000183/2016

Comodoro Rivadavia, de mayo de 2016.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"ASESORIA DE FAMILIA (V.)s/Incidente de Revisión (art. 152 ter C.Civil-Ley 26657)"** Expte. N°183/2016, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia N°3 (Expte. N°558/2015).

I.- Llega esta causa en consulta por haber sido decretada en la instancia de grado sentencia de restricción de la capacidad jurídica de M. S. V., DNI **.***.***, para: "realizar por sí misma actos de administración, disposición y garantía de bienes de todo tipo, muebles como inmuebles, incluyendo aceptación de herencias y donaciones, celebrar contratos de todo tipo, incluso de trabajo, y todo otro negocio de monto fijo o determinado que supere el salario mínimo vital y móvil, gravar los mismos o intervenir en los juicios patrimoniales por si sola, ya que no puede comprender por sí, el alcance de estos actos, sin perjuicio de sus capacidades residuales, para movilizarse, alimentarse e higienizarse, siendo en cambio dependiente de terceros para todos los demás actos de la vida cotidiana, determinando el alcance de la presente por el término de Tres (3) años, conforme las consideraciones efectuadas en el considerando respectivo" (sic).

Asimismo, se designó la figura de administrador y/o figura de apoyo -no sustitutiva-, no se impusieron costas, ni se regularon honorarios conforme se señaló en sus considerandos y se ordenó librar oficios al Registro del Estado Civil y

Capacidad de las Personas y al Registro Público Provincial de Juicios Universales.

La resolución no fue impugnada por la representante legal de M. S. V. que requirió la elevación de la causa a esta Cámara de Apelaciones, en consulta, pedido que reiteró la representante legal de la administradora y figura de apoyo designada en autos, L. S. V..

A fs.50, se corrió vista a la Sra. Asesora de Familia que respondió a fs.51/51vta. En su escrito, refiere a las constancias de la causa y aboga por el respeto del derecho de M. S. V. a la capacidad personal de ejercer sus derechos por sí misma, consideró adecuada la designación de la figura de apoyo no sustitutiva y solicitó se establezcan las salvaguardias que enuncia y requirió la exención de costas.

II.- El presente es promovido por la Sra. Asesora de Familia con el fin de que se tome contacto personal con la causante y se adecue el proceso de determinación de la capacidad jurídica de la causante y el sistema de salvaguardias y apoyos necesarios a su persona o el cese de los mismos. Denuncia conexidad con la causa: ”ASESORIA DE FAMILIA E INCAPACES (V.) s/DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD” Expte. N°1.005/2009 en trámite ante el mismo Juzgado de Familia N°3 de esta ciudad.

A fs. 5, se designa a la Dra. Candela Recio, de la Defensa Pública, como letrada de la causante en el proceso.

A fs.14, comparece la Sra. L. S. V., hermana de la causante y su curadora, con asesoramiento letrado.

A fs.22/23, se glosa el informe conjunto realizado por el Cuerpo Médico Forense y las funcionarias integrantes del Equipo Técnico Interdisciplinario (ETI).

En dicho informe consta que M. S. V. tiene retraso mental moderado, de origen congénito, se encuentra parcialmente orientada en tiempo y espacio, demuestra una actitud activa durante la entrevista, con comunicación limitada y pensamiento concreto y que no sabe leer ni escribir. Se agrega que colabora con las actividades del hogar, realiza pequeñas compras y caminatas, que tiene contacto y se vincula con vecinos, personal del centro periférico y comerciantes del barrio.

Se señala que vive con su hermana y dos de sus hijas, manteniendo contacto con su familia extensa compuesta por los otros hijos y nietos de su hermana L. S. V.. Recibe una pensión y tiene obra social. Se informa que no reconoce el valor del dinero y que necesita la supervisión de terceros para su administración.

A fs. 33, la jueza toma contacto personal con M. S. que, manifiesta que ayuda mucho a su hermana en la casa, que hace mandados y aprendió a pedir turnos médicos, que tiene amigos y que todos la conocen en el barrio. Consta que vive con su hermana y sobrinas, que le gusta mirar televisión, que goza de buena salud y no toma medicación, que percibe la pensión de su madre y tiene obra social (PAMI).

III.- El Código Civil y Comercial de la Nación establece en su artículo 31 los principios y

reglas que regulan la restricción de la capacidad jurídica.

La norma textualmente reza: “La restricción al ejercicio de la capacidad jurídica se rige por las siguientes reglas generales: a) la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial; b) las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona; c) la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial; d) la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión; e) la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios; f) deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades”.

La transcripción efectuada demuestra que los ejes son la presunción de la capacidad jurídica, la excepcionalidad de la restricción, la conservación de la capacidad aun restringida y el beneficio de la persona como única finalidad de la restricción.

Además, la norma prevé que la actuación estatal en la materia se ajuste a los siguientes principios garantistas: interdisciplinariedad de la intervención, no discriminación, aseguramiento del derecho a la comunicación, adopción de las medidas menos restrictivas de derechos y participación de la persona en el proceso como parte con asistencia letrada.

Sentadas estas premisas, corresponde verificar si la intervención estatal en el caso que concluye con el dictado de la sentencia venida en consulta, se ajusta a estos principios.

La jueza restringió la capacidad de M. S. V. para realizar por sí misma actos de administración, disposición y garantía de bienes de todo tipo, muebles e inmuebles, incluyendo aceptación de herencias y donaciones, celebrar contratos de cualquier tipo, incluso de trabajo y de todo otro negocio de monto fijo o determinado que supere el mínimo vital y móvil, gravar los mismos o intervenir en juicios patrimoniales.

La magistrada para así decidir, en primer lugar, determinó las bases del nuevo ordenamiento, luego hizo referencias a las actuaciones e informe interdisciplinario y al contacto personal que tuvo con la causante que le permitió corroborar personalmente su estado de salud.

Ahora bien, la realidad patrimonial de la causante demuestra que no posee bienes inmuebles o muebles registrables y que solo percibe la pensión de su madre que cobra personalmente con la asistencia de su hermana en virtud que no sabe leer ni escribir.

Sin embargo, surge del informe interdisciplinario que M. S. hace mandados y realiza pequeñas compras dentro de su barrio, actos cotidianos y simples contratos cuya realización tienden a la evolución y desarrollo de su autonomía personal.

Lo expuesto demuestra que es necesario restringir la capacidad de M. S. para el ejercicio de actos patrimoniales para los que debe contar con la

asistencia de las figuras de apoyo designadas, adecuada a su realidad.

La restricción del ejercicio de la capacidad jurídica para la celebración de contrato de trabajo, por su propia naturaleza, merece tratamiento separado.

En primer lugar, debemos remarcar que el trabajo es un derecho humano básico (art. 14 bis y art. 75 inc. 22; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículos XIV y XXXVIII; Declaración Universal de Derechos Humanos, artículos 23 incisos (1 a 4) y 24; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 6, 7, 10 y 12; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, artículo 22; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, art. 7. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 11; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 32).

En la materia que nos ocupa, no podemos soslayar que el trabajo es un mecanismo de inclusión, ya que facilita el desarrollo de las relaciones sociales, así como la participación en muchos otros aspectos que involucran el ejercicio de derechos de ciudadanía.

Repárese que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, expresamente reconoce el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás, estableciendo que los Estados partes salvaguardarán y

promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación y especificando algunas de ellas.

El Estado Nacional, ha cumplido esa manda. En efecto, la Ley N° 5689, ha establecido que los organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales, las empresas del Estado y las concesionarias de servicios públicos tienen la obligación de ocupar personas con discapacidad en una proporción no inferior al 4% del total de su personal.

Por lo demás, existen importantes beneficios fiscales que el Estado otorga a los empleadores en el marco de una política que promueve el trabajo de las personas con discapacidad. A modo de ejemplo citamos las previsiones de la Ley 22431, art. 23 modificado por Ley 23.021 que contempla una deducción especial en el impuesto a las ganancias, equivalente al setenta por ciento (70%) de las retribuciones correspondientes al personal discapacitado en cada período fiscal. Incluso en su artículo 8 bis, incorporado por Ley 25689 prevé que el Estado Nacional, organismos descentralizados o autárquicos, entes públicos no estatales, empresas del estado y empresas privadas concesionarias de servicios públicos, priorizarán, a igual costo y en la forma que establezca la reglamentación, las compras de insumos y provisiones de aquellas empresas que contraten a personas discapacitadas.

También, la Ley 24013 ha previsto un 50% de descuento en contribuciones patronales para los

supuestos de contratación por tiempo indeterminado por el período de un año (art.87); el otorgamiento de créditos especiales para suprimir barreras arquitectónicas cuando los empleadores contraten un cuatro por ciento (4%) o más, de su personal con trabajadores discapacitados (art.88); la obligación de las obras sociales de incorporar trabajadores discapacitados, ya que los mismos tienen derecho a la Prestación Médica Obligatoria (PMO) (art.89) y que las Aseguradoras de Riesgo de Trabajo (A.R.T.) no pueden cobrar un importe mayor por incorporar trabajadores discapacitados (art.89).

Las disposiciones legales engarzan dentro del marco de obligaciones internacionalmente asumidas por el Estado argentino a la que se ha hecho referencia y a otras impuestas por la Organización Internacional del Trabajo (OIT). En efecto, en el Convenio número 159 de la OIT se considera la discapacidad como una situación de desventaja laboral que puede y debería ser corregida mediante un conjunto de medidas de política, reglamentaciones, programas y servicios. En sus Recomendaciones 99 y 168, se esbozan medidas específicas que podrían introducirse a nivel nacional para fomentar las oportunidades de empleo para los discapacitados y se pide que esas medidas se ajusten a las normas en materia de empleo y de sueldo aplicables a los trabajadores en general.

En definitiva, las medidas específicas adoptadas por el Estado nacional corroboran la importancia del trabajo en el desarrollo humano de las personas con discapacidad y demuestran que la restricción dispuesta mediante la sentencia en

revisión, carece de motivación y se aparta ostensiblemente de los principios de proporcionalidad, adecuación y menor restricción, que presiden la materia. Por lo tanto debe ser revocada.

IV.- En la parte resolutiva del fallo, último párrafo, luego de restringir la capacidad para determinados actos la jueza ha adicionado el siguiente párrafo: "sin perjuicio de poseer capacidades residuales, para movilizarse, alimentarse, higienizarse, siendo en cambio dependiente de terceros para los demás actos de la vida cotidiana …".

Las actividades referidas corresponden al concepto técnico "actividades de la vida diaria" (AVD). Los primeros usos del término se hallan en el ámbito de la medicina de la rehabilitación y actualmente constituye uno de los pilares del ejercicio profesional de los terapeutas ocupacionales.

La doctrina autoral coincide en considerar a tales actividades de la vida diaria como las tareas de mantenimiento personal, movilidad, comunicación, manejo del hogar, que capacitan al individuo para lograr la independencia en su entorno. Según el grado de complejidad cognitiva y fin hacia uno mismo o en relación al entorno se las clasifica en básicas o instrumentales.

Las actividades básicas se caracterizan por ser universales y ligadas a la supervivencia y condición humana, el esfuerzo cognitivo es mínimo (alimentación, aseo, baño, vestido, movilidad personal, sueño y descanso). Las instrumentales conllevan un mayor sesgo cultural estén ligadas al entorno, son un medio para obtener o realizar otra acción, implican

interacción. Son ejemplos la utilización de distintos sistemas de comunicación, escribir, hablar por teléfono; movilidad comunitaria (conducir, usar medios de transportes), mantenimiento de la propia salud; uso de procedimientos de seguridad y respuestas ante emergencias (Romero Ayuso, Dulce M., Actividades de la vida diaria, Anales de Psicología, 2007, vol.23, N°2 (diciembre),264/271;http://www.um.es/analesps/v23/v23_2 /13-23_2.pdf).

No es necesario ni reconocimiento, ni autorización judicial para realizar estas actividades y, dada su esencialidad no es dable calificarlas como residuales.

Por supuesto, su ponderación es esencial en el proceso judicial para determinar el sistema de apoyos que debe basarse en la situación de la persona.

Repárese que la reforma se concentra, en qué necesita la persona para ejercer su capacidad jurídica (cf. Kraut, Alfredo Jorge –Palacios, Agustina, comentario art. 31 en "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", director Lorenzetti, Ricardo Luis; ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014 p. 139).

Además es imposible soslayar que se ha resuelto la dependencia de terceros para "todos los demás actos de la vida cotidiana"; de modo que lejos de destacar los ámbitos del obrar autónomo se han restringido actos, en forma inespecífica. Lo resuelto implica una clara vulneración de las reglas previstas por el nuevo ordenamientos de las cuales se desprende que la eventual limitación que pudiera establecerse al ejercicio de la capacidad civil, "siempre debe serlo con

contornos acotados, es decir referidos a actos específicos" (cf. Kemelmajer de Carlucci, Aída – Fernández, Silvia E. – Herrera, Marisa, ob.cit.).

En función de lo expuesto debe reajustarse la forma del pronunciamiento, sin perjuicios del mantenimiento de la restricción para aceptar herencias y testar que debe ser mantenida, ya que por la complejidad de tales actos resulta conveniente la asistencia de la figura de apoyo.

Finalmente, teniendo en cuenta las disposiciones del art. 12 apartado 4 de la CDPD, la presente sentencia será revisada en el plazo de 1 año a partir de que sea notificada la misma, al cabo del cual se deberá actualizar el informe interdisciplinario para verificar la existencia de una evolución o deterioro en la salud de M. S. que pudiera significar un cambio de encuadre de su capacidad jurídica.

Por las razones dadas corresponde revocar el punto 1° de la parte resolutiva del fallo.

Las costas: La revisión que la Sra. Asesora de Familia propone no puede prosperar porque no se impusieron costas ni honorarios a la causante.

Por ello, la Sala A de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en Comodoro Rivadavia,

RESUELVE:

1°) Revocar el punto 1) de la sentencia de primera instancia de fs.37/42 y confirmar los restantes, con los alcances de los puntos siguientes. **2°)** Restringir

el ejercicio de la capacidad jurídica de M. S. V.,DNI N° **.***.***, nacida el 28 de diciembre de 1974, en General Roca, Río Negro, hija de J. A. V. DI ***.***-fallecido- y de M. L. P., DNI *.***.***, fallecida, para realizar por sí misma actos jurídicos de disposición y administración cuyo monto supere el 20% de la pensión que percibe, aceptar herencias o donaciones y para testar.

3°) Ordenar la revisión de la presente en el término de un año.

4°) Regístrese, notifíquese, devuélvase.

La presente se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia la Sra. Jueza de Cámara, Dra. Silvia Noemí Alonso y haber concordado en la solución del caso (cfme. ley V N°17 DJCh).-

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2016

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS