

"C.J. Y S.L.G. S/ DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO (Nº 11.162)"

CAPITAL- JUZ. DE FAM. Nº 4- DRA. CLAUDIA LAFERRIERE

Paraná, 21 de noviembre de 2019.

VISTO Y CONSIDERANDO:

1.- Contra los puntos 1 y 2 de la resolución obrante a fs. 239/240 por la cual la jueza de la anterior instancia prohibió al Sr. L. A. S. ingresar a las instalaciones del Club Estudiantes de ésta ciudad hasta que acredite documentadamente en éstos autos el cumplimiento de la obligación alimentaria a su cargo conforme resolución de fs.85/86 y liquidación aprobada a fs. 235, ordenando librar los oficios respectivos (pto. 1) y lo intimó al cumplimiento de la obligación alimentaria mensual en el plazo de cinco días bajo apercibimiento de fijar sanción conminatoria equivalente a 1000 pesos diarios acumulativos (punto 2) interpuso éste a fs. 246/249 recurso de revocatoria con apelación en subsidio.

Luego de sustanciarlo corriendo el pertinente traslado a la acreedora alimentaria (memorial de fs. 266/270), la jueza rechazó el primero y concedió el segundo a fs. 277/278 en relación y con efecto suspensivo.

2.- A su vez contra la misma resolución referenciada que en el punto 3 ordenó el descuento directo sobre los ingresos del alimentante como dependiente de la Universidad Católica Argentina, Facultad Teresa Avila de Paraná, en lo atinente al previo

descuento del total de la cuota escolar del Colegio Don Bosco, ordenados en los autos n° 23282 apeló la alimentada, a fs. 251, concediéndose el respectivo recurso a fs. 252 en relación y con efecto devolutivo, luciendo memorial de agravios a fs. 256/258 los que fueron replicados a fs. 260/264.

3.- La representante del Ministerio Público a fs. 296/297 propició la confirmación de los puntos atacados.

4.- La magistrada justificó su decisión respecto de la materia del primer recurso en la manda del art. 553 del CCCN y el art. 131 de la Ley Procesal de Familia de E.R. N° 10.668; consideró que le imponen deberes a la magistratura para garantizar el cumplimiento de las obligaciones alimentarias; más concretamente fundó en el principio de la tutela judicial efectiva.

5.- En relación al punto 3 lo fundó en el hecho que la Sra. C. ha incumplido la manda judicial que ordena la continuidad de la asistencia de los hijos al Colegio Don Bosco y que en tal sentido, el garantizar el pago de la cuota escolar, como rubro componente de la cuota alimentaria y que redunde en orden a la efectividad de ese pronunciamiento.

6.- En su escrito de apelación el alimentante alegó arbitrariedad, violación al principio de legalidad; violación al principio del juez natural; violación al principio de última ratio, del debido proceso, de culpabilidad y apartamiento de las

constancias de la causa.

Puntualizó que no tuvo en cuenta que la alimentada es deudora suya por una ejecución que permanece impaga; que la cuota alimentaria fue fijada en base a hechos vigentes a ese momento en que no sólo sus hijos concurrían al Colegio Plaza Mayor, sino, además, en base a que eran cuatro los alimentados y no tres como ahora; que descontar el cien por ciento de sus ingresos es contradictorio con el interés superior de los niños; que tres días de la semana comen con él; y dos noches duermen en su casa y se encuentra obligado a realizar todos los traslados hacia y desde el Colegio, lo cual se torna imposible si embarga el cien por ciento de sus ingresos: que ha sido discriminado en éste proceso, que cada vez que ha solicitado morigerar la cuota alimentaria y a modificar el régimen de cuidado personal se le negó atender en éste expediente; que la sanción viola el principio de congruencia, que no fue objeto de litigio ni fue solicitado por la parte; pide que deje sin efecto los astreintes dado que su incumplimiento no se debe a una actitud pertinaz suya, sino a una situación apremiante que le imposibilita hacer frente a una cuota alimentaria tal como fue fijada, que además quedó descontextualizada; que la alimentada reclamante se desentiende de la atención del hijo mayor, que estudia en una facultad paga por él.

7.- En la réplica la alimentada pide la

confirmación de la medida. Sostiene que la misma le fue aplicada también en otra causa a fin de que abone la matrícula del Colegio Don Bosco y el mismo la acató sin cuestionarla; que el alimentante ejerce violencia económica al no abonar la cuota; que los embargos obedecen a resguardar el cumplimiento de alimentos futuros; que el recurrente es un incumplidor sistemático; que no es cierto que no tenga medios porque ofreció pagar las cuotas por adelantado del colegio Don Bosco en la medida cautelar; que tiene matrícula activa y litiga; que no paga lo mínimo desde hace siete meses; que la división de bienes de la comunidad fue justa y no tiene que ver con la cuestión alimentaria; que su hijo mayor vive con ella y no con él, que el alimentante no pasa cuota alimentaria; que el embargo no alcanza a cubrir ni el treinta por ciento de la cuota alimentaria.

8.- Al justificar el mentado ataque el punto 3 sostiene quien apela que sus hijos están escolarizados en una institución Marble Falls, con matrícula paga por el término de un año; lo que no fue desconocido por la contraria ni por la magistrada; que lo hizo por un convenio que en ella delegaba la elección del Colegio; que la magistrada debió ordenar el descuento total y directo de los haberes del demandado.

9.- Resumidos como fueron los antecedentes relevantes del caso, genéricamente bien se puede sostener que el deber de la magistratura de ejecutar lo resuelto, se

deriva de otro deber, el de fallar. En ambas materias apeladas lo común que subyace es que quienes apelan incumplen sendas resoluciones judiciales que sirven de sustento a la pieza atacada y pretenden por ésta vía eximirse de las consecuencias sus respectivos incumplimientos.

10.- El primer recurso roza la deserción. Ello así toda vez que amén de esgrimir supuestos motivos que justificarían una modificación de la cuota alimentaria pactada, homologada y vigente, - que subrayamos no es materia de éste pronunciamiento- no menciona resolución alguna por la cual se haya dispuesto que no rija la misma total o parcialmente.

Tampoco justificó el pago de lo adeudado acompañando recibos pertinentes. En este estrecho y explicitado marco de conocimiento que propone el recurso no ataca el argumento central de la pieza sobre el punto, que es la aplicación del art. 553 del CCCN; que echa por tierra la pretendida violación al principio de legalidad y la alegada incompetencia material.

11.- Realizado el pertinente test de constitucionalidad de la medida (impedimento de entrada a un Club Deportivo Recreativo) no aparece en la tarea de valoración como desproporcionada para con la afectación del derecho del apelante, en atención a la calidad de los derechos humanos alimentarios que pretende proteger de personas vulnerables en razón de su edad. En

efecto en ésta inteligencia se ha dicho sobre éste artículo que es una concreción de los principios sentados en la Convención sobre los Derechos del Niño en materia asistencial (arts. 3º, 4º, 12 y 27) y se orienta a la eficacia de la sentencia de alimentos. (Cámara 1a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I; 11/09/2018; "T., A. M. c. P., M. s/ alimentos", L.L. 2018-E , 423), justamente en un fallo en que se confirma la decisión de ingreso a un club hasta tanto se abone la deuda por parte del deudor.

12.- En cuanto a la alegada incongruencia, vale destacar que en nuestra consideración y en virtud de la materia, se aplican plenamente los principios de oficiosidad, interés superior del niño y tutela judicial efectiva (art. 706 y ccs. y 1 y ccs. de la LPF 10668). Es más que evidente que a la luz del nombrado principio de oficiosidad en una materia tan sensible como es derecho alimentario de niños y adolescentes, sobra cualquier otra argumentación para respaldar la decisión, toda vez que el defecto endilgado en el agravio sería intrascendente, ya que- como antes referimos- se funda los arts. 553 y 670 del CCCN. Pero aun profundizando la cuestión, si bien la norma en cuestión no aclara si puede ser adoptada de oficio o a pedido de parte, entendemos que lo primero se infiere por otros motivos menos importantes al recién indicado, pero que conducen inexorablemente a idéntica solución, la que es reforzada: Es una facultad reconocida expresamente a la

magistratura, por lo que no es indispensable que sea a pedido de parte en cuyo caso la norma haría la distinción. Un elemental primer principio interpretativo es no hacer distinciones cuando el legislador no las hace -"Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus": Donde la ley no distingue, nosotros no debemos distinguir. Máxime ello así en el caso, en que la contraria, al contestar los agravios no sólo que no los cuestiona por inconvenientes a sus intereses, sino que además pide su confirmación. No resiste el mínimo análisis toda vez que es vehículo legal apto para permitir la concreción de dos principios basales: interés superior del niño y tutela judicial efectiva.

14.- A mayor abundamiento el art. 131 de la LPF estatuye que *"está facultado para aplicar cualquier tipo de sanciones conminatorias que resuelten eficaces, adecuadas y razonables a los fines de obtener el cumplimiento en tiempo y forma del pago de la obligación alimentaria y asegurar la eficacia de la sentencia"*.

Nada impide que se apliquen astreintes en conjunto con otras sanciones como es el caso. Los astreintes son condenaciones conminatorias de carácter pecuniario que los jueces aplican a quien no cumple un deber jurídico impuesto por una resolución judicial, cuya vigencia perdura mientras no cese la inejecución, pudiendo aumentar indefinidamente. Tienen especial importancia para compeler al deudor a que cumpla específicamente lo

debido, cuando la ejecución forzada de la obligación es imposible" (Cfr. Código Civil y leyes complementarias" dirigido por BELLUSCIO, Augusto C., t. 3, p. 242, Ed.Astrea). No representan, pues, una indemnización judicial de perjuicios, no tienen carácter fundamentalmente resarcitorio, aunque en alguna medida conjuguen las consecuencias de la demora. Por más que no haya real existencia de un perjuicio —que no tiene el vencedor porqué invocar, ni probar —, ellas son igualmente procedentes. Tampoco constituyen una medida disciplinaria, sino una forma de coacción psicológica sobre el condenado, a fin de determinar su voluntad forzándolo a cumplir la resolución, cuando la clase de prestación contenida en la condena impide que se obtenga por otros medios. O sea, en los casos en que la ejecución dependa exclusivamente de la voluntad del obligado" (Cfr. MORELLO, Augusto Mario, SOSA, Gualterio Lucas, BERIZONCE, Roberto Omar, "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación", t. II-A, p. 709, Platense, Abeledo Perrot). A la luz de éstos conceptos, el apercibimiento contenido en el punto 3 no luce excesivo, desmesurado ni surge que desnaturalice el cometido esencialmente persuasivo del instituto.

15.- Siguiendo con el art. 553 su textura deja espacio a que quede abierta la posibilidad cierta de una amplia gama de opciones jurídicas al magistrado, más requiere de tres condiciones para que encaje en sus límites de aplicación. La primera

que haya una decisión que imponga el deber alimentario (no cuestionó el apelante la existencia de dicha resolución); la segunda es que exige que los mentados incumplimientos sean reiterados, adjetivo que indica que sucede repetidamente: que al menos requiere que constaten o acrediten dos, contiguos entre ambos, en un lapso temporal relativamente próximo, que le permitan al juez inferir la conducta omisiva, requisito que se da en éstos autos. La tercera es que la medida judicial que se adopte como remedio a esos reiterados incumplimientos sea "razonable": Jurídicamente significa que haya una adecuación o proporcionalidad entre el medio o instrumento utilizado y los derechos del obligado que afecte la medida (en éste caso su libertad ambulatoria en una mínima expresión) con el fin perseguido: que se reanude el cumplimiento de la cuota.

16.- Sobre éste artículo se ha dicho con razón que deja abierta a la creatividad de los operadores jurídicos proponer aquellas medidas que puedan resultar idóneas para que el deudor alimentario cumpla (Ver GUZMÁN, LEANDRO. *"Discrecionalidad y justificación Entre el juez intérprete y el juez creador en el Código Civil y Comercial"*, 1.º ed., Buenos Aires., Astrea, 2019, pag. 152); y que es tan importante la determinación del derecho alimentario, y fijación de la cuota alimentaria, como garantizar la eficacia de la sentencia que así lo determine; que en coincidencia con el art. 550, sobre medidas cautelares, faculta de

manera amplia al juez de la causa a implementar las medidas razonables para que la sentencia se cumpla efectivamente. Debe interpretarse, en consecuencia, que la autoridad jurisdiccional no queda limitada por lo establecido en la legislación de fondo y de forma, pudiendo recurrir a las que, conforme al caso, resulten las más adecuadas para garantizar el cumplimiento del deudor. Además de las mencionadas en el comentario al art. 550 (embargo preventivo, inhibición general de bienes), pueden disponerse otras medidas como la intervención judicial, la anotación de litis, la prohibición de innovar; prohibición de salir del país del deudor; la inscripción en registros de deudores alimentarios, en las jurisdicciones donde se han creado. Asimismo pueden aplicarse sanciones de carácter pecuniario por no cumplir con los deberes jurídicos impuestos en la resolución judicial, como son los astreintes, que estaban previstos en el art. 666 bis del Cód. Civil. En la nueva normativa, este tipo de sanciones está establecido, en los mismos términos, en el art. 804, referido a las obligaciones con cláusula penal y sanciones conminatorias (CLUSELLAS, EDUARDO. G. *"Código Civil y Comercial de la Nación. 2 Comentado, anotado y concordado"*, 1.º ed., Buenos Aires., Astrea, 2015.pag.699); pues son *"herramientas de presión sobre el incumplidor, pero que deben ser ideadas por los jueces, atento a las facultades que les otorgó el legislador por medio del art. 553, Cód. Civ. y Com., que habilitó la posibilidad de imponer*

al responsable de incumplimientos reiterados de la obligación alimentaria "medidas razonables" para asegurar la eficacia de la sentencia, estableciéndose, como único límite, la razonabilidad. Y teniendo, especialmente, en cuenta los principios de tutela judicial efectiva y el interés superior del niño, que no pueden dejarse de lado habida cuenta las características especiales que rigen los procesos de familia" (Cfr. Mestre, Vanesa Débora "Facultades de los Jueces para aplicar las medidas dirigidas al cumplimiento de la cuota alimentaria"- RCCyC 2019 (septiembre) , 55).

17.- Al ordenarlas la magistratura no hace más que recoger una de las Conclusiones del XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal (Jujuy 2015) Comisión N° 4, Subcomisión1 (Comisión de Jurisdicción protectoria de las formas y la efectividad de la Justicia de Familia) en cuanto se recomendó *"adoptar el activismo judicial, que debe acentuarse cuando están involucradas personas en situación de vulnerabilidad"* (precisamente como es el caso).

Asimismo en otra se concluyó que *"durante el conflicto se requiere de jueces moduladores y activistas que, con pragmatismo, hagan del proceso un camino que conduzca efectivamente hacia sus fines"* (XXIX Congreso Nacional de Derecho Procesal ; Comisión Civil "el Rol del Juez en la Actualidad").

18.- En doctrina Belluscio bien indica que

el único límite a estas medidas que tienden a combatir el incumplimiento alimentario, en un caso concreto, es que ellas no cercenen o prohíban el ejercicio de derechos o garantías constitucionales. Las podrán restringir, pero no prohibir. Por ello, estas medidas tendrán que estar sujetas al pago de los alimentos adeudados y, una vez producido ello, corresponderá su levantamiento. Es decir que no deben ser una mera prohibición, aplicada como sanción, por el incumplimiento del pago de la cuota alimentaria. Dada la amplitud de las medidas que el juez podrá tomar, conforme a los arts. 553 y 670 del Cód. Civ. y Com., seguirán emitiéndose fallos con medidas innovadoras para atender a la reversión del incumplimiento alimentario. A ello tiende lo normado en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y ése es el desafío que tiene por delante: reducir el incumplimiento de la cuota alimentaria. Belluscio, Claudio A. "Medidas impuestas por el juez o tribunal contra el incumplimiento del deudor alimentario" L.L. 2018-E , 572).

19.- Por lo demás, en casos como el presente –donde no se paga hasta la medida adoptada cuota alguna, sin acreditarse la imposibilidad absoluta- quedando la madre a cargo de los hijos, y el problema pesando únicamente sobre ella, - independientemente de que en el presente caso no negó la alimentada en los agravios que pasen algunos días los hijos en la casa del progenitor- se de un supuesto de violencia de género

económica, que los tribunales no deben permitir ni convalidar.

Recientemente la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, sala II; 12/09/2019; "F. N. M. c. D. F. G. s/ Ejecución de sentencia" LA LEY 11/10/2019 , tiene dicho con cita de prestigiosa doctrina que en éstos casos se perfila nítida una situación de violencia económica (ley 26.485, art. 5 apartado 4; ver, entre otros, MEDINA, Graciela, "Violencia de Género y Violencia Doméstica", "Responsabilidad por Daños", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2013, p. 107; MESTRE, Vanesa Débora, Facultades de los jueces para aplicar medidas dirigidas al cumplimiento de la cuota alimentaria, RCCyC 2019 (septiembre), 55; SERRENTINO, Gabriela, Medidas coercitivas para garantizar el pago de alimentos y sancionar la discriminación y la violencia patrimonial y económica hacia las mujeres, RDF 2019-IV, 155).

Situación que, desde el Poder Judicial, no podemos tolerar ni pasar inadvertida; teniendo en cuenta, incluso, los padecimientos no solo materiales, sino también inmateriales, que esto puede generar sobre la mujer que queda a cargo de los niños y que tiene que resolver, por sí sola, todo lo que hace a la atención de sus hijos. Lo cual, incluso, implica que la mujer (al tener que hacerse cargo de toda la situación) deba detraer parte del tiempo que pudiera utilizar para una mejor atención de sus hijos (niños y adolescentes).

En éstos casos no solo es preciso

revertir esta circunstancia, sino también evitar que se repita a futuro (arts. 2, 4, 11, 13 y especialmente 16 inc. d) Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer; arts. 7, 8 y concordantes Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer).

20.- En relación al otro recurso, asimismo- igualmente roza la deserción. Ello así dado que no se hace cargo en la expresión de agravios del obstinado incumplimiento de su parte a lo resuelto por la magistrada hace varios meses sobre la escolarización de sus hijos en el Colegio Don Bosco,- base de la atacada decisión y cuestión también ajena a éste recurso- ni tampoco rebate el argumento de que la escolarización ordenada y que ella cuestiona conlleva una erogación económica; y que la misma es parte de la cuota alimentaria (art. 659 y ccs. del CCCN). En síntesis no logran conmover las críticas a criterio de ésta Sala la motivación de la resolución. No es superfluo recordar que fue la alimentada apelante en el mencionado trámite (decisión confirmada por ésta Sala y que se encuentra concedido el pertinente recurso de inaplicabilidad de ley ante la Sala en lo Civil y Comercial del Excmo. STJER según constancias del registro informático) que introdujo la eventual falta de pago de la cuota como uno de los motivos del conflicto. Para dirimirlo es de toda lógica que la magistrada a fines de prevenir nuevos entuertos, ordene la medida dispuesta en el

punto 3 que merece su confirmación. En efecto en ese trámite expresó esa parte que la magistrada no requirió informes al Colegio Don Bosco para saber antes de resolver si existían deudas o cuotas impagas.

21.- En cuanto a las costas de los respectivos recursos, no existe motivo alguno para apartarnos del criterio objetivo de la derrota, difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad.

Por ello,

SE RESUELVE:

1º) RECHAZAR los recursos de apelación interpuestos a fs.246/249 y 251 contra la los puntos 1,2 y 3 de la resolución de fs. 239/240 la que se confirma en todas sus partes.

2º) Costas del presente a los apelantes vencidos (art. 65 CPCCER).

3º) Honorarios oportunamente.

Regístrese, notifíquese conforme Arts. 1 y 4 Acordada 15/18 SNE y en estado bajen, sirviendo la presente de suficiente y atenta nota de remisión.

RODOLFO GUILLERMO JÁUREGUI EDUARDO ROMEO CARBÓ

Se registró. Conste.

*MARIA CLAUDIA FIORE
Secretaria de Cámara*