

Incumplimiento Del Regimen De Comunicacion Derechos Del Nino Astreintes

JURISPRUDENCIA

Incumplimiento del régimen de comunicación. Derechos del niño.

Astreintes Se confirma la resolución que le impuso a la progenitora el pago de una suma de dinero en concepto de astreintes por el incumplimiento incurrido en el régimen comunicacional paterno-filial ordenado por el juez. En ese sentido, se aclaró que si bien la finalidad inmediata de las astreintes era el cumplimiento de la manda judicial, existía una finalidad mediata que consistía en garantizar el régimen comunicacional vigente en beneficio del niño y su progenitor no conviviente.

Córdoba, veinte de marzo de dos mil dieciocho. Y VISTOS: Estos autos caratulados ?CUERPO DE APELACION EN AUTOS: P., A. G. C/ R., M. A. - MEDIDAS URGENTES (ART. 21 INC. 4 LEY 7676)?, de los que resulta que: 1) A fs.16/17 la señora M. A. R., por intermedio de su letrada apoderada, abogada C. M. N., conforme certificado de fs. 35, interpone recurso de reposición y apelación en subsidio en contra del Decreto de fecha tres de febrero de dos mil diecisiete, dictado por la señora Jueza de Familia de Tercera Nominación, Pamela Virginia del Huerto Ossola de Ambroggio, en cuanto resuelve: ?(...) CÓRDOBA, 03/02/2017.- Agréguese las constancias acompañadas. Téngase presente lo manifestado. Atento lo solicitado, lo dispuesto por proveído de fecha 26/12/2016, los sucesivos incumplimientos por parte de la progenitora del sistema comunicacional vigente en autos, que es su deber el acatamiento de lo resuelto, estimando, en consecuencia, que en el caso resultaría procedente la aplicación de sanciones pecuniarias conminatorias como medio compulsivo para que se acate lo ordenado, más precisamente, la aplicación de astreintes, resultando por otra parte de la esencia de estas últimas, la comunicación previa a las personas físicas a que estuvieren dirigidas, para el supuesto de no cumplir con la resolución judicial cuya fuerza tienden a consolidar (?Medios para forzar el cumplimiento", Moisset Iturraspe, pág.85), extremo cumplimentado a fs. 179, impóngase a la Sra. M. A. R., a favor del Sr. A. G. P., en concepto de astreintes, la suma equivalente a diez jus, es decir pesos Cinco mil ciento cincuenta y nueve con cuarenta centavos (\$ 5.159,40) por el incumplimiento incurrido en el sistema comunicacional vigente en autos, suma que deberá ser depositada, en el término de diez días, a la orden del Tribunal y para los presentes autos en el Banco de la Provincia de Córdoba, Sucursal Tribunales, bajo apercibimiento de ley, a cuyo fin, procédase a la apertura de una cuenta a la vista. Notifíquese. (...)? (sic, fs.14). 2) A fs. 18 se rechaza el recurso de reposición y se concede el recurso de apelación interpuesto. 3) A fs. 19/24vta. la señora M. A. R. expresas agravios por intermedio de su apoderada, abogada C. M. N. 4) Elevadas las actuaciones, este Tribunal se avoca al conocimiento de la presente causa (fs.36) 5) Corrido traslado al señor A. G. P., lo contesta con el patrocinio de su abogada, C. M. (fs. 40/42). 6) A su turno hace lo propio la señora Asesora de Familia interviniente (fs.44/46). 7) A fs.47, se dicta el decreto de autos, el que una vez firme deja el planteo impugnativo en estado de ser resuelto. Y CONSIDERANDO: I) Que el recurso ha sido interpuesto oportunamente, corresponde su tratamiento. II) La apelante se queja, en primer lugar, porque entiende que el proveído atacado carece de fundamento fáctico, toda vez que no se describen con claridad cuáles son los incumplimientos al acuerdo celebrado con fecha 07/09/2016 que fundan la aplicación de astreintes. A su vez, aduce que la Magistrada omite describir cuál es el cálculo que realizó para llegar a la aplicación de la sanción pecuniaria de diez (10) jus. En este sentido expresa que la Jueza debió realizar una mayor fundamentación, ya que su resolución trae aparejadas consecuencias patrimoniales. Agrega que ello se evidencia cuando, al tiempo de rechazar la reposición y conceder la apelación, la Juzgadora menciona cuáles son los incumplimientos que se le imputan y el cálculo de la multa. Opina que ese agregado ?tardío? (sic) de argumentos no puede subsanar la falta de fundamentación en el decreto impugnado, ya que ello encuentra su límite en los principios de preclusión y lealtad procesal. En segundo término la quejosa cuestiona el fundamento dado en el punto c) del proveído atacado, ya que ella expresamente negó los incumplimientos al régimen comunicacional que se le endilgan. Acusa de ineficaz a la prueba documental mencionada por el Tribunal en apoyo de la versión de la parte contraria, pues se trata de exposiciones policiales unilaterales y sin ningún valor objetivo de prueba. Arguye que mantener el criterio de la Jueza de Primera Instancia importaría sentar un precedente peligroso en materia probatoria respecto a la imposición de sanciones pecuniarias conminatorias. Al respecto explica que éstas podrían quedar supeditadas al manejo arbitrario de las partes a partir de la simple realización de una exposición policial unilateral de los hechos. Entiende que, para una correcta aplicación de la multa impuesta, la parte contraria debió ofrecer e incorporar prueba suficiente que acreditase el incumplimiento imputado. Aduce también que en ninguno de los decretos atacados la Juzgadora tuvo en cuenta las circunstancias alegadas que justificaban dejar sin efecto las sanciones impuestas. Apunta que deben valorarse las consecuencias que implicaría mantener las sanciones pecuniarias dispuestas por la Magistrada, ya que ello supondría una merma en los recursos alimentarios que el padre del niño está obligado a entregar, frustrándose de esa manera la finalidad superior de la prestación de alimentos. Seguidamente cita jurisprudencia que estima avala su postura. III) Por su parte el señor A. G. P., al contestar agravios, resalta en primer lugar el incumplimiento con la cuestión formal

exigida para el recurso incoado, lo que -señala- amerita considerarlo desierto. En ese orden, entiende que el escrito de expresión de agravios no se circunscribe al punto pertinente atacado en oportunidad de interponer la reposición (fs. 185) e incorpora agravios en contra el decreto de fecha 16/02/2017, el que nunca fue impugnado en tiempo y forma. Seguidamente, niega que le asista razón a la apelante ya que los sucesivos incumplimientos a que alude el decreto están presentes en autos desde el inicio de las actuaciones. Agrega que en virtud de esto, en más de una oportunidad la recurrente fue apercibida de imponerle una sanción en caso de persistir en los incumplimientos al acuerdo arribado. Asegura que el decreto apelado agrega más constancias de incumplimientos al régimen comunicacional por parte de la Sra. R. y la Jueza estima pertinente aplicar sanciones pecuniarias, a fin de compelerla para que acate lo ordenado. Explica que ahí está la prueba que ordena agregar a autos la Jueza de Familia y ahí está el fundamento que dice la apelante no existir. Destaca que por decreto de fs.125 de fecha 26/12/2013 se hace saber a la Sra. R. que deberá observar estrictamente el acuerdo de fs.1 bajo apercibimiento de aplicar astreintes; que éste se le apercibió, notificó y quedó consentido, por lo que la sanción no puede ser considerada ni extemporánea, ni infundada y mucho menos que afectó su derecho de defensa en juicio. Estima que la medida tomada es justificada, aunque no sea compartida por la apelante. A su vez niega que le asista razón a la recurrente cuando asegura que la Sra. Jueza de Familia omitió describir cuál es el cálculo que realiza para aplicar diez jus, en concepto de astreintes, ya que del escrito de fs. 3 surge claramente que se aplicará un jus por cada día de incumplimiento. Finalmente, niega que se haya afectado el derecho de defensa en juicio a la señora R., pues el hecho de que el decreto de concesión del recurso de apelación amplíe el decreto impugnado, no le quita validez ni completitud a este último. Como corolario, hace alusión a la Convención de los Derechos del Niño y a la supremacía del interés superior de éste. De todo lo expuesto infiere que frente al incumplimiento reiterado e irreductible de la apelante debe rechazarse el recurso de apelación intentado, con costas a la contraria. A lo largo de su escrito cita jurisprudencia y doctrina que entiende avala su postura. IV) A su turno, la Asesora de Familia de Cuarto Turno, Myriam M. Rebuffo, a cargo de la Asesoría de Familia de Quinto Turno, señala que de las constancias obradas surge que la progenitora obstaculizó el derecho a la coparentalidad del niño, lo que motivo los diferentes emplazamientos formulados oportunamente por el Tribunal. Manifiesta que, conforme al proveído de fecha 26/12/2016, se le hizo saber a la señora R. que debía observar estrictamente el sistema comunicacional pactado con fecha 07/09/2016 bajo apercibimiento de aplicar astreintes en su contra, en la suma de pesos equivalente a un jus diario por cada día de incumplimiento debidamente acreditado; decreto que quedó firme y consentido por ambas partes. Afirma que es por este motivo que la recurrente no puede manifestar que el decisorio atacado carecía de fundamentación. Expresa que, según prescribe el art. 804 del CCCN, resulta justa y equitativa la condenación de carácter pecuniario a fin de compeler a la progenitora a observar adecuadamente el régimen comunicacional. Explica que la quejosa yerra en cuanto argumenta que el decisorio que cuestiona no explica el cálculo realizado para la imposición de la multa, ya que el mismo fue efectuado conforme a derecho por decreto de fecha 26/12/2016. Expone que la señora R. no hace más que disentir con lo resuelto por el Tribunal, puesto que no logra demostrar con sus argumentaciones cómo se consumó el vicio y se rompió el iter lógico del decisorio que ataca. Agrega que la expresión de agravios para ser tal debe señalar los errores fundamentales de la resolución y aportar elementos para demostrar que es errónea, injusta o contraria a derecho. Por otro lado, dice que de las constancias obradas surge que la señora R. no permitió el cumplimiento en forma del sistema comunicacional, vulnerando de ese modo el derecho a la coparentalidad del niño, lo que justifica la toma de medidas que garanticen la efectiva observancia del derecho en juego. De lo expuesto concluye que el recurso en cuestión carece de fundamentación, limitándose a reiterar los argumentos expuestos al plantear la reposición con apelación en subsidio en contra del proveído cuestionado. Finalmente destaca que, a su vez, la quejosa agrega cuestionamientos relativos al decreto de fecha 12/02/2017, proveído que no fue atacado oportunamente. Por todo lo expuesto considera se debe rechazar el recurso deducido y confirmarse lo resuelto por la Jueza de Primera Instancia. V) Se anticipa que el planteo recursivo no puede ser admitido. Las quejas de la recurrente se centran en: a) Que la decisión adoptada carece de fundamentación suficiente lo que la transforma en arbitraria. b) Que no se valoraron correctamente las constancias de la causa en relación a la orden de restricción que regía entre las partes. c) Que la prueba evaluada a los fines de aplicar la sanción no le resulta oponible. 1. Preliminarmente es dable señalar que el caso tiene como antecedente el régimen comunicacional paterno-filial ordenado en autos y el pedido de aplicación de sanciones conminatorias por parte del señor A. G. P., ante los incumplimientos de la señora M. A. R.. En este escenario, y para encuadrar el tratamiento de las quejas, debe advertirse que las sanciones conminatorias o ?astreintes? están previstas por el art. 804 del Código Civil y Comercial (art. 666 bis del derogado Código Civil) que expresa: ?Los jueces pueden imponer en beneficio del titular del derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplen deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial. Las condenas se deben graduar en proporción al caudal económico de quien debe satisfacerlas y pueden ser dejadas sin efecto o reajustadas si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder.? Estas sanciones constituyen un medio compulsivo conferido a los magistrados para que sus mandatos sean acatados por aquellos que intervengan en el proceso, con miras a que su imposición logre doblegar la voluntad renuente del constreñido al

cumplimiento. La aplicación de sanciones conminatorias supone como condición esencial la existencia de una orden judicial no cumplida y que no se satisface pese a ser factible su realización. (confr. Ossola, Federico Alejandro, Cap. II: Las astreintes y los incumplimientos en el régimen comunicacional en Régimen Comunicacional. Visión doctrinaria, Dir. Faraoni Fabián Eduardo y otros, Nuevo Enfoque Jurídico, 2011, pgs.466-515; Belluscio, Claudio A., ¿Derecho de visitas: Las Astreintes frente al impedimento de contacto paterno filial?, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Año V, Nro. 8, Septiembre 2013, Dir. Mendez Costa, María J. y otros, La Ley, pgs.57-62). Se aclara que dichas multas operan como obligaciones de dar sumas de dinero. En efecto, esta herramienta técnica-jurídica está destinada a lograr el acatamiento de decisiones judiciales, por lo que, en consecuencia, requiere como condición necesaria que ese "deber de conducta" haya sido impuesto en una resolución judicial firme. Ello así, pues el fin último es sancionar la desobediencia a las órdenes o mandatos de los jueces, puesto que tal proceder atenta contra el poder de "imperio" de los magistrados. De ello se sigue que ¿La principal finalidad de las ¿sanciones conminatorias' es fortalecer el poder de imperium de los magistrados, y darles un arma eficaz para doblegar la resistencia contumaz de un litigante que no cumple con obligaciones que surgen de una ¿resolución' judicial (...)? (Moisset de Espanés, Luis, ¿Sanciones conminatorias o ¿astreintes': Obligaciones a las que son aplicables?, La Ley 1983-D-128). En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación manifestó en relación al tema que la aplicación de astreintes ¿(...) tienen como finalidad compeler el cumplimiento de un mandato judicial y que alcanzan a quienes, después de dictadas, persisten en desentenderse injustificadamente de aquél? (confr. ¿Caraballo, Jorge Oscar y otros c/ Policía Federal Argentina y otro?, 02/03/2010, C.1919.XLI.RHE, T.333 P.138). Sin perjuicio de ello y como bien señala la doctrina provincial (Ossola, ob. cit. pág. 468), si bien la finalidad inmediata de las astreintes es el cumplimiento de la manda judicial, existe una finalidad mediata que es la de garantizar -en este caso- el régimen comunicacional vigente, que resulta en beneficio del niño y su progenitor no conviviente. 2. Bajo estos conceptos se ingresa al tratamiento de los agravios expuestos. a) Como primer reclamo la recurrente alega que el decreto de fecha tres de febrero de dos mil diecisiete carece de fundamentación por lo que la sanción aplicada resulta arbitraria y debe ser revocada. Sobre este punto se observa que si bien el proveído impugnado resulta insuficiente para habilitar la sanción aplicada, ello queda salvado cuando en la contestación a la reposición la Juez, por decreto de fecha 16/02/2017, amplió los fundamentos que dieron lugar a la aplicación de las astreintes. En virtud de ello, se afirma que no es correcto lo que sostiene la apelante en relación a la imposibilidad de la Sentenciante de ampliar el proveído por haber precluido la oportunidad para realizar dicha corrección. En efecto, el recurso de reposición tiene por finalidad que el juez reexamine la cuestión y, si encuentra razón al impugnante, lo revoque por contrario imperio. De igual modo, si considera que el decreto es ajustado a derecho, nada obsta a que pueda efectuar las aclaraciones que correspondan y, en su caso, como ha sucedido en autos dar los argumentos por los cuales entendió que la sanción debió ser aplicada. De ello se infiere que no existe preclusión para las facultades del juez de reparar el error cometido, por lo que la queja que se trata debe ser desestimada. b) Con relación al segundo agravio invocado por la recurrente, referido a que no se tuvo en cuenta la orden de restricción que regía sobre los progenitores del niño de autos, se entiende que aquel no pasa de ser una mera disconformidad con el análisis realizado por la Juez. La exposición efectuada por la impugnante no rebate las motivaciones esenciales del pronunciamiento, cuya solución deriva de razones con sustento fáctico y jurídico, es decir, que las censuras formuladas no alcanzan a conmovir tales fundamentos y configuran una simple divergencia con lo decidido por no convenirle a su postura. Estos argumentos resultan meras alegaciones inadecuadas para fundar el recurso que intenta y su expresión no conforma una crítica concreta y razonada de la parte de la resolución que se estima equivocada. En tal sentido ya se expresó nuestro Máximo Tribunal (Cfr. TSJ, Sala Civil y Comercial, AI N° 362, de fecha 03/11/10, en autos: ¿Robino de Falco Francisca Ada - Testamentario - Incidente de Regulación de Honorarios de Néstor Alejandro Gómez - Recurso Directo? y A.I. N° 419 de fecha 07/12/10 en autos: ¿Hillar Puxeduu Néstor Alejandro c/ Gutiérrez Marina Haydee - Abreviado - Cobro de Pesos - Recurso Directo), como así también este Tribunal en reiteradas ocasiones (A. N° 239, 27/10/2015, ¿Incidente de aumento de cuota alimentaria en autos: P., J. C. - D., F. L. - Divorcio Vincular - No contencioso - Cuerpo?; A. N°: 201, 29/09/2015, ¿N., M. I. DEL C. C/ J?, entre otros). No obstante ello y para satisfacción de la recurrente, cuadra agregar que las censuras intentadas sobre este aspecto de la resolución se encuentran debidamente zanjadas, ya que por decreto de fecha once de octubre de dos mil dieciséis que obra a fs.36 de los autos principales que se tienen a la vista, la Magistrada advierte la existencia de la orden de restricción vigente y, para evitar cualquier enfrentamiento entre los progenitores, dispone que el niño sea entregado por interposición persona, soslayando de esta manera todo contacto personal entre el Sr. P. y la Sra. R.. Se destaca que este proveído (11-10-2016) se encuentra firme, por lo que la apelante no puede en esta etapa invocar, como causal de imposibilidad de cumplir con el régimen pactado, la orden de restricción que los regía. Es que como bien señala la Jueza de la instancia anterior, en el decreto que ahora se ataca, la restricción fue dispuesta para los progenitores y no para su hijo, por lo que salvado el inconveniente de la entrega en forma directa por los padres al disponerse que lo sea por un familiar del Sr. P., no existía ningún motivo para que el régimen de comunicación no se cumpliera conforme lo acordado por las partes y establecido por el Tribunal. Esta queja por lo tanto no puede

ser admitida. c) Finalmente se agravia la Sra. R. porque la prueba en virtud de la cual se le aplican las astreintes no le resulta oponible. En referencia a ello se considera que, más allá del valor de prueba adjudicado por la Juzgadora a las exposiciones policiales, la falta objetiva de cumplimiento ha quedado probada por sus propias manifestaciones al expresar agravios, en cuanto sostiene que la orden de restricción dispuesta implicó un obstáculo al cumplimiento cabal del acuerdo celebrado por las partes de fecha siete de noviembre de dos mil dieciséis (fs. 21vta.). Esta sola manifestación echa por tierra sus impugnaciones a las exposiciones policiales acompañadas por el Sr. M. (fs.4/10) y que fueran valoradas por la Magistrada para aplicar las astreintes. En este orden se entiende que ante el expreso reconocimiento de la Sra. R., en cuanto a que la orden de restricción imposibilitaba el cumplimiento del régimen de comunicación, no queda más que concluir que efectivamente las constancias policiales acompañadas resultaban ciertas y oponibles a la apelante. Por otra parte hace presumir su conducta incumplidora el hecho que emplazada la Sra. R., por decreto de fecha veintiséis de diciembre de dos mil dieciséis (ver fs. 3 de estos autos), para que cumpla el régimen de visitas pactado bajo apercibimiento de astreintes, deja vencer el término sin realizar ningún cuestionamiento, por lo que dicho proveído queda firme y consentido. Todas estas razones, así como la coincidente opinión de la Representante Complementaria del niño de autos, conllevan a desechar las quejas ensayadas y, en consecuencia, confirmar lo resuelto. Como corolario de lo expuesto el recurso de apelación que se trata debe ser desestimado. V) De acuerdo a la solución que se propicia, corresponde disponer que las costas por la actividad desplegada en esta instancia sean soportadas por la impugnante vencida, señora M. A. R. (art.130, CPC). En su mérito, corresponde regular los honorarios de la abogada C. M., a cuyo fin se toma como base lo que fue materia de discusión en la alzada, esto es, el monto de las astreintes impuestas en primera instancia que asciende a la suma de pesos cinco mil ciento cincuenta y nueve con cuarenta centavos (\$5.159,40). A tenor de lo dispuesto por el art. 39, incs. 5° de la ley citada, corresponde tomar el punto mínimo de la escala del art. 36 (mínimo 20% y máximo 25%), esto es el veinte por ciento (20%). Según lo dispuesto por el art. 40 del C.A. se estima razonable fijar el punto mínimo del treinta por ciento (30%), es decir, veinte por ciento por treinta por ciento igual a seis por ciento ($20\% \times 30\% = 6\%$). Realizados los cálculos de rigor resulta que los honorarios por las tareas realizadas en la alzada por la referida letrada no alcanzan al mínimo legal, por lo que sus estipendios quedan establecidos en la suma de pesos cinco mil cuatrocientos veintitrés con cuarenta y cuatro centavos (\$5.423,44), equivalente a ocho (8) jus conforme su valor al día de la fecha (\$677,93) (art. 40 del Código Arancelario). No procede regular honorarios a la letrada apoderada de la Sra. M. A. R., abogada C. M. N., conforme a lo dispuesto por los arts. 1, 2 y 26 de la Ley 9.459. Por todo lo expuesto, disposiciones legales citadas, lo establecido por el art.142 y concordantes de la Ley 10.305 y por unanimidad, el Tribunal. RESUELVE: I) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la señora M. A. R. y, en consecuencia, confirmar el proveído de fecha tres de febrero de dos mil diecisiete, dictado por la Juez de Familia de Tercera Nominación, Pamela Virginia del Huerto Ossola de Ambroggio y, en consecuencia, confirmarlo en todo cuanto ha sido materia de ataque. II) Imponer las costas en la alzada a la señora M. A. R. (art.130 C. de P.C.). Regular los honorarios de la abogada C. M. M., en la suma de pesos cinco mil cuatrocientos veintitrés con cuarenta y cuatro centavos (\$5.423,44) equivalente a ocho (8) jus, conforme su valor al día de la fecha (\$677,93) (art.40 C.A.). No regular honorarios a la abogada C. M. N. (arts.1, 2 y 26 del C.A.). III) Protocolícese, hágase saber y oportunamente bajen los autos al Juzgado de origen, a sus efectos.

FDO. María Virginia Bertoldi de Fourcade - María de los Ángeles Bonzano de Saiz - Rodolfo Alberto Ruarte

Correlaciones: N. J. E. c/ B. S. F. s/ ejecución de alimentos - incidente - Juzg. Nac. Civ. N° 92 -

11/02/2016

025541E