

**Expte. 10725; Reg. 143 (S) del 26/12/2016.**

En la ciudad de Necochea, a los 26 días del mes de diciembre de dos mil dieciséis, reunida la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, en acuerdo ordinario, a efectos de dictar sentencia en los autos caratulados: "**C..., M... C... c/S..., H... E... s/Alimentos**" habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código Procesal Civil y Comercial, resultó del mismo que el orden de votación debía ser el siguiente: Señores Jueces Doctores Alfredo Pablo Noel, Fabián Marcelo Loiza y Hugo Alejandro Locio, encontrándose excusado el Dr. Capalbo a f. 98.

El tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

### **CUESTIONES**

1a. ¿Es justa la resolución de fs. 145/147vta.?

2a. ¿Qué pronunciamiento corresponde?.

### **A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR NOEL DIJO:**

I.- Llegan los autos a este tribunal a fin de resolver el recurso de apelación deducido a f. 148 por la parte actora, agraviándose de la decisión que resuelve: "I.- Dejar sin efecto la imposición de astreintes impuestas a fs. 77, desde el día 1 de noviembre de 2010, inclusive. II.- Aprobar la liquidación de astreintes debidas en la suma de pesos nueve mil cuatrocientos ochenta (\$ 9.480.-), suma que se encuentra a disposición de la alimentada para su retiro. III.- Rechazar la acumulación solicitada por la alimentada. IV.- Imponer las costas por su orden atento el carácter alimentario y la naturaleza de la cuestión decidida. V.- Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad". (v. f. 147vta.).

II.- En su memorial, la apelante cuestiona el trámite impreso a la incidencia y a las resoluciones consecuentes. Alega que "sorprende" que el a-quo haya corrido traslado al Asesor de la presentación del alimentante solicitando el cese de la astreintes antes de oír a su parte; cuestiona además que el Asesor "sin haberla escuchado y sin tener a la vista ningún otro expediente, haya dictaminado en favor del cese de las astreintes".

Seguidamente se agravia de la conclusión que tiene por abonados los alimentos atrasados -en la causa "C... M... C... c/G..., E... A... y otro s/Alimentos" (expte. 31.872)- sin dar mayores precisiones puntualiza además, que "...los únicos alimentos atrasados allí cancelados fueron los devengados durante el trámite de ese proceso, no los devengados en este proceso seguido contra el progenitor".

Crítica que se haya concluido que la cuota alimentaria convenida no fuera cumplida en tiempo y forma por el progenitor pero sí lo ha sido subsidiariamente por los abuelos. Subraya que el origen y la finalidad de ambas cuotas es diverso y por consiguiente, no pueden confundirse. Explica que mientras la obligación en el caso de los abuelos tiene fundamento en el amplio concepto de "solidaridad familiar", en el caso del progenitor tal obligación se funda en "los deberes atinentes a la patria potestad o responsabilidad parental". Ello, a su entender, justifica su distinta finalidad pues mientras en el caso de los abuelos, el monto de la cuota debe restringirse a lo que resulta indispensable para atender las necesidades ineludibles del reclamante, en el caso del progenitor, debe fijarse una cuota con amplitud y propia de la responsabilidad parental en juego.

Titulado como “cuarto agravio” el presentante tilda de contradictorias las conclusiones del grado aseverando que “si la naturaleza de las obligaciones alimentarias difieren, el cumplimiento de la una no puede implicar el cumplimiento de la otra” pues mientras una nace de la responsabilidad parental la otra de la solidaridad familiar. Concluye que la obligación alimentaria fijada en autos no fue cumplida con la prestación satisfecha por los abuelos paternos.

Seguidamente censura el cese del devengamiento de astreintes entendiendo que la conducta de “deudor recalcitrante” continúa pues no se ha cumplido con el mandato judicial y en consecuencia, no ha cesado la contumacia.

En su sexto agravio critica la negativa del a-quo de fijar intereses respecto de las astreintes devengadas; con cita del art. 622 del C.C. subraya que la causa de devengamiento de intereses es la “mora”, “...aunque no se encuentren convenidos, y no existe norma alguna que exima a las astreintes de tal régimen legal...” (f. 153vta.).

Más tarde, cuestiona que se haya rechazado la acumulación “solicitada por la alimentada” cuando fue el alimentante quien la pidió. Por último, critica la imposición de costas pues, en su opinión, aquellas deben ser íntegramente cargadas al alimentante incumplidor (f. 154).

III.- A su turno y ante el traslado conferido (f. 116), la parte demandada respondió los agravios vertidos a fs. 156/162vta.

VI.- El recurso no debe prosperar.

Alteraré el orden de los agravios a fin de abordar, en primer término, los embates relativos al cese de las astreintes para luego examinar los restantes.

En esa senda, recuerdo que “las astreintes tienden a obtener el efectivo cumplimiento de un mandato judicial cuando es resistido por el obligado, mediante la aplicación de una condena pecuniaria que lo afecta mientras no haga lo debido (art. 37 CPCC), (conf. SCBA, Ac. 90941 S 8-03-2006, Juba sum. B28240). Habiendo sido reconocido en doctrina que, “...las astreintes no causan estado ni pasan en autoridad de cosa juzgada, razón por la cual pueden ser revisadas y dejadas sin efecto si el deudor justifica total o parcialmente su proceder...” y.... que, “... la viabilidad de esas alternativas, solo puede ser examinada con motivo del cumplimiento de la obligación de que se trate de modo que no pueden ser revisadas ni dejadas sin efecto si la contumacia no cesa, pues de lo contrario se las despojaría de su carácter conminatorio” (este Tribunal, expte. 10130, reg. int. 79 (R) del 12/05/2015).

En autos, la sanción conminatoria fue impuesta el día 26/03/2008 en razón del “incumplimiento demostrado por el alimentante” (v. f. 77); ahora bien, en mayo de ese mismo año la actora demandó a los señores E... A.... G... y H... J... S...., en “su carácter de abuelos” de la niña V... S... (ver fs. 30vta. y sgtes. del expte.31.872, “C... M... C.... c/G... E... A... y otros s/Alimentos” que corre por cuerda).

Explicó allí en el punto titulado “presupuesto de procedencia” que había demandado por alimentos al progenitor de su hija -H... E... S.- quien no cumplió con la cuota alimentaria homologada por aquél entonces imponiéndosele, como consecuencia de tal incumplimiento, “astreintes”. Asimismo indicó que ante la ausencia de bienes del alimentante y la holgada situación económica de sus abuelos, demandó a estos últimos tanto la cuota

alimentaria pactada como los “alimentos atrasados” (ver fs. 32 y sgtes. del expte. 31.872, “C... M... C... c/G... E... A... y otros s/Alimentos”).

Dichas actuaciones arribaron a un acuerdo transaccional entre las partes (fs. 143/144) oportunamente homologado en el mes de Agosto del año 2009 (ver sentencia a f. 149 del expte. 31.872, “C... M... C... c/G... E... A... y otros s/Alimentos” que corre por cuerda).

Tales obrados dieron lugar incluso a un incidente de aumento de cuota -incoado en agosto del 2012- donde la actora reclamó nuevamente a los abuelos de la niña la elevación de la cuota alimentaria establecida; en esa oportunidad y también mediante una sentencia homologatoria se elevó el caudal de la cuota alimentaria en favor de la niña V... S... (v. fs. 19 del expte. 35466-01 “C... M... C... c/G... E... A... y otros s/Incidente de Aumento de Cuota Alimentaria” que corre por cuerda).

En ese contexto la distinción que plantea la apelante resulta contradictoria pues en esta instancia plantea la distinta fuente y alcance del deber alimentario -del progenitor y de los abuelos- pero con anterioridad, reclamó el mismo monto dinerario establecido en concepto de cuota alimentaria además de los alimentos atrasados reclamados citando incluso el art. 267 del C.C. (v. f. 12vta. pto VII del expte. 35466-01 “C... M... C... c/G... E... A... y otros s/Incidente de Aumento de Cuota Alimentaria” que corre por cuerda).

Tal conducta violenta principios lógicos fundamentales como el “de identidad” y el “de no contradicción” (conf. “Argumentación Jurídica”, Grajales-Negri, Edit. Astrea, pág. 185, año 2015); en efecto, no puede sostenerse válidamente que la cuota alimentaria “es” y “no es” al mismo tiempo pues mientras al demandar a los abuelos identificó a la cuota adeudada como la pactada inicialmente con el progenitor, en esta instancia, pretende distinguirlas poniéndose en una evidente contradicción con sus propios actos.

Recuérdese aquí la reiterada doctrina de la Casación que indica: "Las partes no pueden reclamar una solución que implique contrariar un acto propio precedente, deliberado, jurídicamente relevante y plenamente eficaz" (SCBA, Ac. 80011, S 19-2-2002; ídem, Ac 82420, S 3-3-2004. Este Tribunal; expte. 8801, reg. int. 12 (S) del 20/3/2012; ídem, expte: 9553, reg. int. 17 (S) del 25/02/2014).

Ese mismo razonamiento cabe oponer al segundo agravio pues qué otros alimentos atrasados pueden haber sido satisfechos sino los adeudados por el progenitor y que fueron descriptos por la propia apelante en su demanda inicial -a f. 32, pto. V. de los autos “C... M... C... c/G... E... A... y otros s/Alimentos”, expte 31.872- saldados, como se anticipó, en aquellos autos (ver fs. 143/144 y 149 de esos autos).

Tales conclusiones imponen tener por cancelados los alimentos reclamados al progenitor y, por consiguiente, cesado el incumplimiento obligacional. Es que, más allá de quien haya saldado las cuotas adeudadas, lo cierto es que el carácter accesorio de la condena de astreintes (arts. 523 y 525 del C.C. y arts. 856 y 857 del CCyC) impone extinguir a esta última si se ha saldado la obligación alimentaria principal.

En efecto, si como sucedió en el caso, las astreintes impuestas fueron abonadas (v. f. 131bis) y la causa de la sanción -incumplimiento alimentario- cesó, (art. 499 CC, hoy 726 CCyC) cabe dejar sin efecto su imposición atento la naturaleza conminatoria (doct. C.S.J.N. Fallos 322:68; 327:1258), sancionatoria y accesorio de la astreintes (arts. 666 bis del C.C. y 804 del CCyC; art. 37 del CPCBA).

Ello permite, por ejemplo, declarar la improcedencia de fijar astreintes, si producido el incumplimiento del alimentante, la obligación está siendo cumplido, por un tercero (ver Belluscio, Claudio en "Incumplimiento Alimentario respecto de los hijos menores", Edit. LA Rocca, pág. 122, jurisprudencia citada en nota n°254 y 255, Bs. As. , año 2002).

Es que, de otro modo se modificaría el carácter conminatorio de las astreintes impuestas, en tanto resulta incompatible su continuación con la concreción obligacional por parte de un tercero dado que tal coexistencia "mutaría la propia naturaleza de las astreintes convirtiéndola en resarcitoria y acumulable" (conf. Cám. de Apel. Civ. y Com. Junín, 12/09/1984, in re "Palmieri, José, L. c/Giuli, Jorge R y otro", en E.D. 111-683).

En cuanto a los intereses, cabe remarcar que al imponerse dicha sanción se guardó silencio respecto a ese ítem (v. f. 77); tal decisión fue consentida y tolerada por la apelante razón por la cual, no resulta procedente la adición de intereses (CC0001 SI 81690 RSI-901-00 I 21/11/2000; Juba B1700896).

Ello además resulta concordante con la jurisprudencia provincial que no admite actualización ni intereses durante el tiempo que las astreintes rigen (CC0001 SM 53814 RSI-335-3 I 02/10/2003, in re "Salvatierra Lidia c/I.O.M.A s/Amparo s/ Incidente de ejecución de multa", Juba B1950861) puesto que la naturaleza propia de este instituto, ajeno al resarcimiento, no permite que se las asemeje válidamente al concepto de los intereses debidos por la deuda principal (CC0100 SN 6352 RSD-1-10 S 09/02/2010; in re "Escuela de la Paz S.R.L. c/Mamoli Roberto s/Cobro ejecutivo", Juba B858637). En suma, corresponde desestimar el agravio vinculado a la adición de intereses a las astreintes decretadas.

Sentado lo anterior y ya adentrándonos en los restantes agravios, advierto que si bien es razonable la queja ensayada en cuanto al trámite impreso a la incidencia, tal déficit fue salvado con el traslado conferido a f. 139 donde la accionante tuvo la posibilidad -que efectivamente ejerció- de oponerse al cese de las astreintes decretadas, impugnar la liquidación practicada y oponerse a la acumulación solicitada (v. fs. 140/141); razón por la cual el agravio que se expone en tal sentido debe desestimarse.

Además cabe subrayar que tal queja no se refiere a defectos de forma o estructura de la resolución atacada sino a vicios que precedieron al pronunciamiento; cuestiones que, como se sabe, escapan al ámbito del art. 253 del CPCBA y deben canalizarse por la vía incidental (este Tribunal, expte. 691, reg. int. 79 (R) del 27/05/2010).

Respecto a la acumulación desestimada y más allá del evidente error material al identificar la peticionante en la parte dispositiva, lo cierto es que del considerando III surge con su suficiente claridad que fue el propio alimentante quien solicitó tal acumulación, a la postre desestimada. En consecuencia, no acarreado tal yerro agravio suficiente que habilite su tratamiento (art. 260 del CPCBA) corresponde desestimar el séptimo agravio vertido.

En cuanto a las costas también cabe su confirmación pues si bien la suerte del recurso ha sido adversa a la apelante, la naturaleza de los derechos que esta última representa justifica imponer las costas por su orden en ambas instancias (art. 68, 2do. párr. del CPCBA).

Por las consideraciones expuestas, a la cuestión planteada voto por la **AFIRMATIVA**.

A la misma cuestión planteada el señor Juez Doctor Loiza votó en igual sentido por análogos fundamentos.

A la misma cuestión planteada el señor Juez Doctor Locio votó en igual sentido por análogos fundamentos.

**A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR NOEL DIJO**

Corresponde confirmar la sentencia de fs. 145/147vta (arts. 666bis del C.C. y 804 del CCyC; art. 37 del CPCBA), con costas por su orden en ambas instancias (art. 68, 2do párr. del CPCBA); difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad (art 31 dec. ley 8904).

**ASI LO VOTO.**

A la misma cuestión planteada el señor juez Doctor Loiza votó en igual sentido por los mismos fundamentos.

A la misma cuestión planteada el señor juez Doctor Locio votó en igual sentido por los mismos fundamentos

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente:

**S E N T E N C I A**

Necochea, 26 de diciembre de 2016.

**VISTOS Y CONSIDERANDO:** Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo se confirma la sentencia de fs. 145/147vta (arts. 666bis del C.C. y 804 del CCyC; art. 37 del CPCBA), con costas por su orden en ambas instancias (art. 68, 2do párr. del CPCBA); difiérese la regulación de honorarios para su oportunidad (art 31 dec. ley 8904). Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 CPC). Devuélvase juntamente con los principales C... M... C... c/G.... E... A... y otro s/Alimentos", expte. Nº 31.872, en I cuerpo y 199 fojas, y "C.... M.... C... c/G... E... A... y otro s/Incidente de aumento de cuota alimentaria", expte. Nº 35.466-01, en I cuerpo y 105 fojas. Devuélvase. (arts. 47/8 ley 5827).

Dr. Hugo Alejandro Locio

Juez de Cámara

Dr. Fabián M. Loiza

Juez de Cámara

Dr. Alfredo Pablo Noel

Juez de Cámara

Dra. Daniela M. Pierresteguy

Secretaria