COMODORO RIVADAVIA, de febrero de 2010.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"S., N. B. c/ A., J. A. s/ INCIDENTE DE EJECUCIÓN DE CONVENIO", Expte. N° 486/2009,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia No. 2, (Expte. Nro. 456/2009), por haber interpuesto el demandado a fs. 51vta. y a fs. 65, recurso de apelación contra las providencias fs. 21 punto 7) que hace efectivo el apercibimiento dispuesto a fs. 17 e impone al Sr. A. una sanción pecuniaria a favor de la parte contraria de pesos veinte ($20) por cada día de retardo a partir del plazo de notificación y fs. 59 punto 2) que rechaza la excepción de pago interpuesta a fs. 57/58vta., por extemporánea.

En su memorial de fs. 70/72, considera el recurrente que la sanción ha sido impuesta sin que existiera un compromiso preexistente que obligara su cumplimiento. Asimismo se queja porque considera que el importe es alto, desproporcionado, alejado a la realidad de las partes y a los principios del fuero de familia, y expresada en términos cuya fórmula automáticamente prevé nuevas sanciones. Arguye que en el acta labrada a consecuencia de la audiencia de avenimiento puede leerse formulas de acuerdos, manifestaciones de partes o formulas de imposibilidad de acuerdos; así las partes pactaron acuerdos sobre custodia, régimen de comunicación, monto de la cuota alimentaria y alimentos atrasados, efectuando manifestaciones en lo referido a la obra social y asignaciones correspondientes a la niña C.A.- Agrega a su argumentación, que ante la manifestación de la actora que brindaba cobertura de salud a su hija

mediante su obra social, la manifestación primera del recurrente resultó inocua, porque la niña ya se encontraba incorporada a la obra social del ejército de la cual es beneficiaria madre e hija hasta el día de la fecha. Es por ello que no puede interpretarse dicha manifestación del demandado, como parte del acuerdo alimentario que sea pasible de exigibilidad, y menos aún, imponérsele al progenitor una sanción pecuniaria por no haber accedido a una doble cobertura de salud para su hija. Manifiesta que se encuentra impedido económicamente de acceder a la cobertura médico asistencial de una obra social o plan médico de salud privado. Añade que el monto de la multa vendría a triplicar el importe que las partes acordaron como cuota alimentaria mensual. Sostiene que la aplicación de astreintes tiene carácter excepcional y debe responder a un criterio restrictivo, trasladar la sanción conminatoria propia de la órbita del derecho civil al ámbito del derecho de familia, lejos de solucionar el conflicto planteado, tendería a incrementar el nivel de crisis, acrecentando aún más la desarmonía reinante entre los progenitores de la niña. Finalmente entiende que tampoco resulta procedente establecer otra sanción pecuniaria progresiva previendo que nuestro mandante no cumplirá (diez pesos ($10) por cada día de retardo hasta el efectivo cumplimiento de la sanción anterior).

Corrido traslado de los agravios, son contestados por la actora a fs. 78/79vta. solicitando el rechazo de los mismos.

En cuanto al segundo de los recursos interpuestos, el recurrente se agravia a fs. 74/75vta. porque la magistrada no hace lugar a la excepción de

pago interpuesta por considerarla extemporánea. Señala que mediante providencia de fecha 24 de septiembre de 2009 (fs. 17) se dispuso intimar al Sr. A. a que en el término de cinco (5) días proceda al pago de capital con mas los intereses y costas, bajo apercibimiento de trabar embargo sobre bienes suficientes y citación de venta; dicha providencia fue notificada con fecha 30 de septiembre de 2009 (fs. 19 y vta.).- Continúa diciendo que, con fecha 09 de octubre de 2009 se ordenó librar mandamiento de embargo y trabado el mismo citar de venta al accionado para que en término perentorio de cinco (5) días oponga excepciones (fs. 21). Arguye que la cédula de notificación obrante a fs. 70 sólo contiene la parte pertinente de la resolución de fecha 09 de octubre de 2009 por la que la magistrada impusiera al Sr. A. la sanción dispuesta en el apartado 7), pero nunca podría atribuírsele el efecto jurídico de una citación de venta y comienzo del plazo para oponer excepciones. Agrega que en consecuencia no habiéndose notificado por cédula la providencia que dispuso la citación de venta del demandado ni librado mandamiento, sólo podría considerarse hábil a los fines de considerar notificado al demandado de la citación de venta ordenada, la presentación efectuada por su parte el día 26 de octubre de 2009 (fs. 44/52) y considerando que su parte opuso formalmente excepción de pago documentado en la presentación efectuada el día 30 de octubre de 2009 (fs. 57/58vta.), la defensa de pago deducida resulta oportuna. Solicita se revoque la resolución dictada en fecha 03 de noviembre de 2009.

Corrido traslado de los agravios a la parte actora, los mismos son contestados a fs. 86/88.

II.- De las constancias de la causa surge que los Sres. S. y A. arribaron a acuerdos el 13/04/2007 sobre: custodia, régimen de comunicación y asistencia alimentaria, en dicha ocasión el demandado manifestó: "…que en el mes en curso hará los trámites correspondientes a fin de dar Cobertura de Obra Social a la niña" (sic.) (fs. 6/vta.).

Iniciadas las presentes actuaciones, los acuerdos se homologan el 05/11/2007 (fs. 4/5), siendo notificado el demandado de la sentencia a fs. 7/vta..

El día 22/09/2009 la actora inicia demanda de ejecución de convenio (fs. 13/16), lo que motivó que se ordenara en el punto 6) intimar al deudor, Sr. A., a que en el término de cinco (5) días proceda al pago del capital reclamado con mas intereses y costas, bajo apercibimiento de trabar embargo sobre bienes suficientes y citación de venta y en el punto 10 la intimación al Sr. A. para que en término perentorio de cinco (5) días de notificado acredite el cumplimiento de los trámites necesarios para brindar cobertura de obra social a su hija menor C.A.S., bajo apercibimiento de imponerle sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas a favor de la parte contraria por cada día de retardo (art. 37 del C.Pr.), sin perjuicio de las medidas necesarias para hacer efectivo su cumplimiento (fs. 17).

Notificado el proveído al demandado (fs. 19 y vta.) y ante el incumplimiento del punto 10), la actora solicita la aplicación del apercibimiento.

A fs. 21 la magistrada hace efectivo el apercibimiento e impone al Sr. A. una sanción pecuniaria a favor de la parte contraria de PESOS VEINTE ($20) por cada día de retardo a partir del vencimiento del plazo de notificación. Dicho importe se incrementará a razón de PESOS DIEZ ($10) por cada día de retardo hasta su efectivo cumplimiento. Asimismo ordena librar mandamiento de embargo y trabado el

mismo, citar de venta al accionado para que en el término de cinco días oponga excepciones, bajo apercibimiento que en caso de silencio se mandará continuar la ejecución sin recurso alguno.

Con fecha 26 de octubre de 2009 la demandada presenta escrito: "Se presenta. Acompaña constancia de pago documentado. Apela" (fs. 44/53).

A fs. 56 y vta. se glosa cédula de notificación diligenciada el día 19 de octubre de 2009 al demandado, donde se le comunica solamente el apercibimiento y la imposición de una sanción pecuniaria.

El día 30 de octubre de 2009 el demandado presenta escrito: "Manifiesta. Opone excepción. Solicita" (fs. 57/58vta.).

Con fecha 03 de noviembre de 2009 la magistrada resuelve en el punto 2) "Teniendo en cuenta las constancias de fs. 70, respecto a la excepción de pago interpuesta, no ha lugar por extemporánea. …4) Al recurso de apelación interpuesto a fs. 65vta. y 66, concédase el mismo, en relación y con efecto suspensivo…" (fs. 59).

Notificado el demandado personalmente el día 10 de noviembre de 2009, interpone recurso de apelación ese mismo día contra la providencia que antecede; siendo concedido el mismo con fecha 11 de noviembre de 2009 (fs. 66).

III.- En función de lo expuesto, cabe adentrarse ahora en el examen de los agravios invocados por el recurrente; a tal fin se dará tratamiento por separado atendiendo al orden cronológico de las presentaciones.

Recurso de apelación de fs. 51vta.

En forma liminar debe señalarse que la solicitud de homologación importa un sometimiento jurisdiccional voluntario y bilateral, que tiene por objeto otorgar al acuerdo de partes el efecto propio de una sentencia que hace adquirir a dicho acuerdo el carácter de verdadero título ejecutivo.

En la especie, en la audiencia de avenimiento celebrada ante la Asesoría de Familia e Incapaces (Acta Nro 6828/2007 de fecha 13 de abril de 2007 (fs. 6 y vta.) el demandado manifestó entre otros acuerdos: "…que en el mes en curso hará los trámites correspondientes a fin de dar Cobertura de Obra Social a la niña" (sic.), dichos acuerdos fueron homologados mediante sentencia Nº 31/2007 (fs. 4/5).

Ante la denuncia de incumplimiento de tal acuerdo, la magistrada intima al recurrente para que acredite el cumplimiento de los trámites y ante su renuencia impone una sanción.

Las sanciones conminatorias autorizadas por el art. 666 bis C.C. y 37 del C.Pr, constituyen un medio compulsivo conferido a los magistrados para lograr que sus mandatos sean acatados por todos aquellos que intervengan en el proceso, permitiendo con su aplicación doblegar la voluntad renuente del constreñido a su cumplimiento. Su aplicación supone como condición esencial la existencia de una orden judicial no cumplida y que no se satisface pese a ser factible su realización y tal presupuesto no aparece diáfanamente configurado en autos.-

Ahora bien, en el caso de autos la vaguedad de la obligación de hacer del demandado ("…que en el mes en curso hará los trámites correspondientes a fin de dar Cobertura de Obra Social a la niña" (sic), sumado a las manifestaciones efectuadas por la actora ("que ella percibe en forma directa las asignaciones

correspondientes a la niña y da cobertura de Obra Social a la misma" (sic) –fs. 77vta.-, impiden la aplicación lisa y llana de las astreintes.

El terreno más adecuado para el funcionamiento de éstas sanciones conminatorias, es el de las conductas positivas que consisten en un "simple hacer", cuando ese mencionado hacer es personalísimo o infungible, o dicho en otros términos, cuando no es posible que sea ejecutado por otro. Es decir se aplican cuando el tribunal no tiene otro medio de hacer cumplir con lo ordenado. Huelga destacar que no es el supuesto de autos, ya que la propia manifestación de la actora –ya referenciada- lo demuestra.

En este contexto, las astreintes nada aportan a la solución del conflicto.

La actitud del demandado no aparece como la de un deudor recalcitrante; su incumplimiento a la obligación "de hacer los trámites" aparece razonablemente justificado en la existencia de cobertura médico asistencial que posee hoy la niña.

Esto no implica desconocer la denuncia de deficiencia en la cobertura, extremo que aconseja, atento los principios de inmediación y conciliación rectores en los procesos de familia, llevar a cabo en la instancia de grado una audiencia conciliatoria, a fin de llegar a un acuerdo pleno sobre la modalidad de cobertura médico asistencial para la niña.

Por consiguiente, se hace lugar al recurso de apelación interpuesto por el demandado a fs. 51vta. y se revoca el punto 7) de la providencia de fs. 21.

IV.- En cuanto al segundo recurso de apelación interpuesto, debemos señalar que estamos ante

un proceso de ejecución cuya secuencia procesal, dado que son aplicables las normas del artículo 503 y concordantes del CPr. –D.J.- son las siguientes: 1) Si la sentencia contuviere condena al pago de cantidad líquida y determinada o hubiera liquidación aprobada, a instancia de parte se procederá al embargo de bienes. 2) Expresada la conformidad por el deudor, o transcurrido el plazo sin que hubiese contestado el traslado, se procederá a la ejecución. El acreedor podrá solicitar se intime por cédula al ejecutado al pago de lo adeudado, cuando se trate de cantidad líquida y determinada o hubiere liquidación aprobada. (art. 508) 3) Trabado el embargo se citará al deudor para la venta de los bienes embargados y para que oponga y prueba las excepciones dentro del quinto día (art. 509). 4) La excepciones se probarán por las constancias del juicio o por documentos emanados del ejecutante que se acompañaran al deducirlas. Si no se acompañasen los documentos, el juez rechazará la excepción sin sustanciación alguna. 5) Vencido el plazo de cinco días sin que se dedujere oposición, se mandará continuar la ejecución sin recurso alguno.

La secuencia procesal que ocurrió en el expediente es la siguiente: 1) Se lo intimó al deudor para que en el término de cinco días proceda al pago de capital ($9.600), intereses y costas ($1920) bajo apercibimiento de trabar embargo sobre bienes suficientes y citación de venta. (fs. 17). 2) Se lo notificó debidamente (fs. 19 y vta.). 3) Ante el incumplimiento, se ordenó librar mandamiento de embargo y trabado el mismo citar de venta al accionado para que en término de cinco días oponga excepciones, bajo apercibimiento que en caso de silencio se mandará

continuar la ejecución sin recurso alguno (fs. 21). 4) La actora el día 15 de octubre presentó 1 cédula y 1 mandamiento (fs. 21 vta.). 5) El demandado con fecha 26 de octubre presenta escrito y toma conocimiento de la providencia de fs. 21, oponiendo excepción de pago documentado con fecha 30 de octubre de 2009 (fs. 57/58vta.) 6) A fs. 56 se glosa cédula de notificación diligenciada al demandado el día 19 de octubre de 2009, donde se notifica únicamente la sanción pecuniaria impuesta. 7) A fs. 59 la magistrada teniendo en cuenta dicha notificación considera extemporánea la excepción de pago interpuesta. 8) Con fecha 10 de noviembre de 2009 el demandado apela dicha providencia.

Ahora bien, conforme la secuencia relatada precedentemente, hemos de señalar que le asiste razón al recurrente toda vez que la diligencia debió practicarse en el domicilio del deudor de acuerdo con las formas previstas en los arts. 140 y 141 del C.Pr., configurando notificación valida y definitiva de intimación de pago, embargo y citación para defensa y que, por lo tanto, el plazo para oponer excepciones debió computarse desde la fecha en la cual dicha diligencia se llevara a cabo, cosa que no ocurrió.

Del contenido de la cédula de notificación glosada a fs. 56 y vta. se advierte que nunca fue notificado fehacientemente el deudor de dicha providencia de fecha 09 de octubre de 2009 (fs. 21), razón por la cual jamás puede considerar la magistrada extemporánea la oposición de la excepción de pago documentado presentada por el deudor. Del expediente surge que se anotició personalmente de dicha providencia el 26 de octubre de 2009 cuando presenta el escrito de fs. 44/53).- Dentro del quinto día de

notificado (30/10/2009 –fs. 57/58)), previsto en la norma, opone la excepción de pago documentado.

Por lo expuesto, se concluye que debe hacerse lugar al recurso de apelación de fs. 65 y revocar el punto 2) de la providencia de fecha 03 de noviembre de 2009 (fs. 59).-

Ordenar que en la instancia de grado se corra traslado a la actora, de la oposición de excepción de pago documentado de fs. 57/58, por el término de ley.

V.- Imponer las costas de la Alzada por su orden atento al modo en que se resuelve los recursos oportunamente interpuestos (art. 69 del C.Pr. –D.J.-). A los fines de la regulación de honorarios por los trabajos realizados en esta instancia se tendrá en cuenta La calidad, extensión y eficacia de la labor cumplida, de conformidad a lo previsto en los arts. 13 y 32 de la Ley XIII N° 4 –D.J.-

Por ello, la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción de la ciudad de Comodoro Rivadavia,

RESUELVE:

1) Hacer lugar a los recursos de apelación interpuestos por el demandado a fs. 51vta. y a fs. 65 en consecuencia, revocar el punto 7) de la providencia de fs. 21 y el punto 2) de la providencia de fs. 59.

2) Ordenar que en la instancia de grado se corra traslado a la actora, de la oposición de excepción de pago documentado de fs. 57/58, por el término de ley.

3) Imponer las costas de la Alzada por su orden atento al modo en que se resuelve el recurso oportunamente interpuesto, regulando los honorarios

profesionales de los Dres. H. G. A. y M. C. R., conjuntamente, en el TREINTA Y CINCO POR CIENTO (35%) y los de los Dres. A. A. de T. y R. S. G., conjuntamente, en el VEINTICINCO POR CIENTO (25%), de lo que correspondiere en la instancia de grado.

5) Notifíquese, regístrese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL NRO. AÑO 2010

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS