000659/2014

Comodoro Rivadavia, de mayo de 2015.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"J., M. c/ A. G. A. s/ EJECUCION DE SENTENCIA" Expte. N°659/2014**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia N°1 (Expte. N°427/2013), por haber interpuesto el demandado en fs. 64/67 y en fs. 100/101, recurso de apelación contra las Sentencias Interlocutoria N°44/2014 obrante en fs. 59/61 y N° 94/2014 obrante en fs. 88/89 respectivamente.

I.- En su memorial de fs. 96/99 funda el primero de los recursos y precisa como agravios: 1) que la jueza de grado desoyó lo dicho en el art. 4027 del Código Civil al aplicar el art. 4023, cuando por su especificidad y ausencia de distinción alguna acerca de las pensiones atrasadas a las que alude, comprende la prescripción tanto a las fijadas por sentencia como a quinquenal. Cita jurisprudencia.

Como segundo agravio expone que al fundar la resolución en una cita del Dr. Bossert se incurre en un error, pues de la misma surge que el doctrinario se refiere a la caducidad y no a la prescripción que es materia de debate en autos, siendo por lo tanto inaplicable en autos. Cita jurisprudencia de esta Cámara respecto del plazo quinquenal de prescripción. El tercer agravio lo funda en la inaplicabilidad del art. 4013 del Código Civil mencionado en la sentencia. Por último y como cuarto agravio menciona el rechazo de la impugnación a la liquidación practicada por la actora, pues dice que al impugnarla objetó la misma por incluir periodos no respaldados en la documental

acompañada y practicó una nueva liquidación sobre los haberes efectivamente percibidos. Considera que debió aplicarse el art. 507 del Código Procesal. Peticiona se revoque la sentencia dictada.

Al fundar el recurso en fs. 100/101 contra la segunda resolución impugnada, expresa que le agravia la sentencia por cuanto rechaza la excepción de falsedad en la ejecutoria y manda llevar la ejecución adelante, realizándose una errónea interpretación en la aplicación de las excepciones planteadas. Si bien considera correcta la cita doctrinaria que fundamenta la decisión, de la misma surge y párrafos seguidos que la excepción resulta procedente en casos como el de autos, donde la resolución que se pretende ejecutar no se encuentra firme ni consentida debido a que sobre ella se encuentra pendiente un recurso de apelación. Solicita se revoque la sentencia en crisis y se haga lugar a la excepción planteada.

Corrido los pertinentes traslados, no son contestados por la parte actora.

II.- Antes de entrar en el análisis de los agravios expuestos, corresponde efectuar una breve reseña de los antecedentes de la causa, a fin de ilustrar los mismos.

A fs. 18/21vta., M. J. en representación de su hija menor L. C. A. J., promueve ejecución de sentencia por la suma de $161.012,18 contra G. A. A., en concepto de alimentos atrasados desde abril/2004 a junio/2013. Narra hechos, practica liquidación a fin de calcular el porcentaje acordado respecto de cada mes liquidado, pide retención de haberes, peticiona se mande llevar adelante la ejecución con costas.

Corrido traslado de ley es contestado a fs. 35/40vta. por el demandado, quien niega hechos, opone excepción de prescripción de todos aquellos alimentos anteriores a cinco años contados desde la promoción del presente, impugna liquidación practicando una nueva.

A fs. 53 la parte actora contesta el traslado conferido y expresa que la jurisprudencia ha propiciado la aplicación del plazo de 10 años previsto en el art. 4023 para el cobro de alimentos atrasados, razón por la que ratifica su presentación y liquidación realizada.

Corrida vista a la Sra. Asesora de Familia, considera que la excepción no puede prosperar por entender que corresponde aplicar el plazo de prescripción decenal del art. 4023 del Código Civil, por ser la interpretación que más favorece a la niña alimentada y tratarse la presente de una ejecución de un acuerdo homologado. Respecto de la impugnación a la liquidación entiende que el demandado tenía la carga procesal de indicar en forma precisa los rubros impugnados, haciendo explícitos los motivos y fundamentos de su planteo. No aporta los recibos de haberes que podrían arrojar mayor claridad en relación a los rubros que deben deducirse en concepto de retenciones de ley.

Mediante Sentencia Interlocutoria N° 44/2014 obrante en fs. 59/61, la jueza de grado resuelve rechazar la excepción de prescripción y la impugnación efectuada y consecuentemente aprobar la liquidación practicada por la actora. Impone las costas al demandado vencido.

Apelada la resolución por el accionado, se le concede el recurso de apelación en fs. 68 en relación y con efecto diferido.

A fs. 70 se lo intima abonar la suma de $161.012,68 importe de la liquidación aprobada con más la suma de $32.736,57 provisoriamente presupuestados para intereses y costas, bajo apercibimiento de mandar a llevar la ejecución adelante.

A fs. 77 se ordena trabar embargo sobre dichas sumas y se lo cita de venta para que oponga excepciones, bajo apercibimiento conforme arts. 509, 510 y 512 del CPr., quien en fs. 80/81 vuelve a reiterar la excepción de prescripción y articula la de falsedad por no encontrarse firme la sentencia dictada el 30 de junio por pesar sobre ella un recurso de apelación. La actora al contestar el traslado peticiona el rechazo de la excepción (fs. 86/86vta.).

Mediante Sentencia Interlocutoria N° 94/2014 se resolvió rechazar la excepción de falsedad de ejecutoria planteada y se mando llevar la ejecución adelante a tenor de lo dispuesto por el art. 512 CPr., con costas a la vencida.

Posteriormente y luego de presentados los memoriales la causa es remitida a esta Alzada.

Corrida vista a la Sra. Asesora de Familia, se expide en fs. 124/125, quien estima acertada la doctrina y jurisprudencia que propicia la aplicación del plazo de 10 años previsto en el art. 4023 del Código Civil, en virtud de que es la interpretación que más favorece a la niña alimentada. **III.-** Así sintetizados los antecedentes de la causa, corresponde el tratamiento de los recursos interpuestos.

En forma liminar señalamos que reiteradamente esta Cámara ha sostenido que "El Tribunal Ad-quem es el Juez del recurso y él determina en definitiva su admisibilidad, formas y efectos, mientras no se haya consentido la sentencia o la denegatoria del recurso. La competencia de Alzada es de orden público y las prescripciones del Código de Procedimientos sobre el régimen de los recursos, imperativos porque se vinculan a la estructura de los procesos y la naturaleza de los tipos de resolución judicial (…)" (Colombo: Cód. Proc. Civ., 4ta.Ed.act., T.I, pág. 451, art.276).

Que dichas conclusiones jurisprudenciales y doctrinarias a las que ha adherido esta Sala, sólo reafirman que es potestad de la Alzada todo lo relativo a la admisibilidad, formas y efectos de los recursos. Establecido lo anterior, se observa que en la instancia de grado se concedió a fs. 68, en relación y con efecto diferido, el recurso de apelación interpuesto por el demandado, cuando debió serlo con efecto suspensivo toda vez que al resolverse una liquidación no se aplica el criterio del efecto diferido, por ser aplicable las normas establecidas para los incidentes en los arts. 177 y sgtes. CPr. (Falcón: Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, T V, p. 104 nº 32 y p.106 ap. c); Rubinzal Culzoni 2006).

De igual forma no puede soslayarse que también se resolvió la excepción de prescripción opuesta por el demandado, la que también por disposición del art. 513 primer párrafo debía concederse con efecto suspensivo.

Ante la oposición del recurrente a la prosecución de la ejecución hasta tanto no se resuelva el recurso concedido, la jueza ordenó trabar embargo y citar de venta al mismo, haciendo saber a las partes que una vez cumplida con la citación se mandará llevar adelante la ejecución, y dictada sentencia, la recurrente deberá fundar el recurso.

En estas condiciones y atento las particularidades de la causa, y en orden a las facultades otorgadas a la Alzada por el art. 279, corresponde modificar la concesión del recurso y conceder el recurso de apelación de fs. 68, en relación y con efecto suspensivo (art. 245 del CPr.).

Ahora bien, la modificación de la concesión del recurso, nos lleva a analizar también los actos procesales posteriores al dictado de la primer resolución, toda vez que los mismos se han originado por haber sido concedido el recurso, con un efecto distinto al que correspondía.

Y en este sentido es necesario recordar, en primer lugar, que las especiales características de la ejecución de sentencia de alimentos, hace que no se apliquen las normas generales sobre ejecución de sentencias (arts. 503 y sig. CPr). Así, no requiere que se practique liquidación, no obstante se aconseja en aquellos casos que se han devengado intereses. No es obligatorio que se cite de venta al deudor, y una vez vencido el plazo de intimación se procede al embargo y venta de bienes (arg. art. 660, CPr.; esta Sala Sentencias Interlocutorias N° 9/2008, 42/2012). Surge de autos que, iniciada la ejecución por

alimentos atrasados desde abril/2004, según convenio arribado por las partes y homologado judicialmente en diciembre de 2001 (fs. 2/3), se ordenó correr traslado de la liquidación sin intimar de pago al alimentante. Posteriormente y luego de dictada la primer resolución se intima de pago, se traba embargo y se cita de venta donde el ejecutado vuelve a oponer excepciones.

No obstante la irregularidad en el procedimiento, cuya tramitación como dijimos, importa la aplicación de normas específicas en la materia (art. 660 CPr.) y no las normas generales sobre ejecución de sentencia, dicho trámite no sólo fue fundamentado por la actora en fs. 21, sino que también fue consentido por el recurrente.

Ahora bien, precisado lo anterior corresponde ahora sí ingresar en el tratamiento de los agravios. En primer lugar se analizará la procedencia de la prescripción quinquenal opuesta en la oportunidad de impugnar la liquidación de alimentos atrasados.

El presente incidente de ejecución fue promovido el 24 de julio de 2013, por reclamo de alimentos desde el mes de abril de 2004.

Coincidimos con la magistrada y Sra. Asesora en cuanto no es pacífica la doctrina y jurisprudencia sobre cuál es el plazo de prescripción aplicable a cuotas alimentarias impagas respecto de menores de edad, si el general y decenal del art. 4023 o el especial del 4027 inc. 1° del Código Civil.

Compartimos la solución brindada por la Sala A de esta Cámara en cuanto decidió en SI N° 118/2014

que resulta aplicable el plazo de cinco años del art. 4027 inc. 1°.

Se debe tener presente que el mismo art. 4023, dispone que toda acción personal por deuda exigible se prescribe por diez años, salvo disposición especial. Y es precisamente el art. 4027 en su inciso 1°) que prevé el supuesto especial de pensiones alimentarias, estableciendo en cinco años la prescripción para pagar dichas obligaciones. No es otra la interpretación que resulta de dichos artículos, toda vez que el plazo fijado en esta última norma, se refiere a cuotas alimentarias ya fijadas por sentencia o convenio; porque el derecho a reclamar la pensión es imprescriptible, por más que su titular, haya dejado transcurrir un período prolongado sin hacerlo valer (Santos Cifuentes: Código Civil comentado y anotado, Tomo VI p. 626 en comentario al art. 4027; La Ley 2011).

La jurisprudencia ha dicho que: "Si bien el art. 645 párr. 2° y 3° del Cód. Procesal -art. 657 nuestro- no permite oponer el instituto de la caducidad contra un menor de edad, si han transcurrido más de cinco años sin mediar reclamos, puede invocarse la prescripción de la acción tendiente al cobro de cuota alimenticias adeudadas, toda vez que la incapacidad de hecho del menor para accionar ha sido superada por el ejercicio compartido de la patria potestad que determina que ambos progenitores sean los representantes legales y necesarios del hijo menor de edad, de manera que bien puede la madre, en representación de éste, reclamar al padre por alimentos. Así, en consecuencia, corre la prescripción conforme el art. 3966 del Cód. Civil" (CNCiv. Sala A

12/05/1998,La Ley 1998 F,144DJ 1999-2,1143) y " En tal inteligencia, el lapso de cinco años de prescripción pretendidos por el quejoso para la ejecutabilidad de la deuda resulta incontrovertible, pues no es de aplicación al caso la norma general contenida en el art. 4023 del CC prevista para toda acción personal por deuda exigible, la especie describe uno de los supuestos alcanzados por una disposición especial- art. 4027 inc 1°-, por tanto, excluido del ámbito de vigencia de la prescripción decenal" -fallo citado- (Ver también CNCIV Sala G 2/11/2012, "C, A. F. c/ F, C.A. s/ Ejecución de alimentos" el Dial AA7BA3. Sala B S.I. N° 131/2008. Sala A S.I N° 63/2004, entre otras).

Resulta cierto que tal solución plantea un conflicto entre la aplicación que reclama un instituto como es la prescripción y el interés superior de la joven, comprometida en razón de no haber su representante legal actuado con el debido celo en la defensa de sus derechos, permitiendo de tal manera que el paso del tiempo lesione su patrimonio.

Sin desconocer el interés superior del niño tutelado en nuestra Constitución (art. 75 inc. 22 y remisión a la Convención sobre los Derechos del Niño), consideramos que en casos como el analizado adquiere primacía el instituto de la prescripción.

Señala Llambías que el fundamento que lo abona "reside en la conveniencia general de liquidar situaciones inestables y de mantener la paz de las familias, que no debe ser alterada por la repercusión de hechos ocurridos con mucha antelación... Impidiendo la utilización de la acción prescripta, se da seguridad y fijeza a los derechos, y se aclara la situación de los

patrimonios, que se ven descargados de las obligaciones prescriptas" (Llambías, Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil, Parte General", 5a. ed. actualizada Ed. Perrot, Bs. As. 1973, t. II, pág. 672, n° 2100).

Como se destaca en "Alimentos" de Aída Kemelmajer de Carlucci y Mariel F. Molina de Juan, Tomo II, p. 139, Rubinzal Culzoni, 2014; y que compartimos, la posición de quienes sostienen la prescripción del plazo de cinco años, se sustentan en el carácter urgente ínsito de la naturaleza de la prestación alimentaria, incompatible con el retardo en el reclamo: el fundamento de la prescripción quinquenal radica verosímilmente en la falta de necesidad del alimentado que dejó pasar el tiempo sin gestionar el cobro de su pensión.

Por los fundamentos dados, corresponde admitir los agravios analizados y hacer lugar a la prescripción interpuesta declarando prescriptas las obligaciones alimentarias vencidas con anterioridad al 24 de julio de 2008.

Respecto al segundo agravio, impugnación a la liquidación practicada, corresponde confirmar la resolución dictada en este punto, toda vez que el impugnante si creía que eran incorrectos los montos sobre los cuales se aplicó el porcentaje acordado en concepto de cuota alimentaria, nadie mejor que él para acompañar los recibos de sueldos obrantes en su poder para acreditar la remuneración sobre la que debía calcularse la retención. La ausencia de prueba en este sentido hacen inviables los agravios.

Teniendo en cuenta lo decidido respecto de la prescripción, corresponde aprobar en cuanto ha lugar por derecho, la liquidación practicada por la

actora, respecto de los períodos julio/2008 a junio/2013 por la suma de pesos ciento treinta y tres mil seiscientos doce con dieciséis centavos ($133.612.16), debiendo reducirse en consecuencia el monto del embargo ordenado en fs. 77, a cuyo fín en la instancia de grado se librara el pertinente oficio a la empleadora del alimentante.

Resuelto como fue el recurso de apelación contra la Sentencia Interlocutoria N° 44/2014, corresponde declarar la nulidad de la citación de venta obrante en el punto 5) del auto de fs. 77 y de todos los actos dictados como consecuencia de dicha providencia obrantes en fs. 80/81, 82, 86, 87, Sentencia Interlocturia N° 94/2014 obrante en fs. 88/89, 100/101 (arts. 171, 174 y 176 Ley XIII N° 5 Anexo A DJ).

IV.- De acuerdo a como se resuelve corresponde adecuar costas y honorarios (art. 282 CPr. Las costas de primera instancia se imponen al alimentante, no sólo por la naturaleza del reclamo, sino también porque los principios en materia de costas respecto al juicio de alimentos rigen también en los incidentes de aumento de cuota alimentaria. En consecuencia, si se hace lugar al reclamo de la parte actora, las costas deben imponerse al alimentante vencido aún en los supuestos en que no progresen en su totalidad los reclamos de la accionante, teniendo en cuenta la especial naturaleza de la obligación alimentaria (Loutayf Ranea R: op. cit., p. 435 Astrea 2013).

Las costas de la Alzada, habiendo sido

receptado parcialmente los agravios del apelante y teniendo en cuenta las reglas enunciadas para la imposición de costas en los incidentes por alimentos, se imponen por su orden (arts. 69 2do. parr. del CPr.DJ).

A los fines de la regulación de honorarios por los trabajos realizados en primera y segunda instancia se tendrá en cuenta la relación entre la gestión profesional y la probabilidad de efectiva satisfacción de la pretensión reclamada y las pautas previstas en los art. 5 a 9, 13, 39 de la ley arancelaria XIII N° 4 y N° 15.

Por ello, la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia,

R E S U E L V E:

1) Conceder en relación y con efecto suspensivo el recurso de apelación de fs. 68.

2) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación deducido en fs. 64/67 y en consecuencia revocar el punto resolutivo 1) de la Sentencia Interlocutoria N° 44/2014.

3) Hacer lugar a la excepción de prescripción interpuesta por el ejecutado, declarando prescriptas las obligaciones alimentarias vencidas con anterioridad al 24 de julio de 2008.

4) Aprobar la liquidación practicada en fs. 19/20 por los períodos julio/2008 a junio/2013 en cuanto ha lugar por derecho, en la suma de **pesos ciento**

treinta y tres mil seiscientos doce con dieciséis centavos ($133.612,16), suma por la que prospera la ejecución, debiendo readecuarse el monto del embargo trabado.

5) Declarar la nulidad de la citación de venta dispuesta en el punto 5) del auto de fs. 77 y de todos los actos dictados como consecuencia de dicha providencia obrantes en fs. 80/81, 82, 86, 87, Sentencia Interlocturia N° 94/2014 obrante en fs. 88/89 y 100/101.

6) Imponer las costas de primera instancia al alimentante G. A. A. y las de la Alzada en el orden causado, conforme considerando respectivo.

7) Fijar los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la primera instancia de la Dra. C. E. R., apoderada de la parte actora, en el cinco por ciento (5%) y los de las Dras. F. U. y M. T. V. G., apoderadas de la parte demandada, conjuntamente en el tres por ciento (3%) en ambos casos del monto por el que prospera la ejecución que resulta de la liquidación aprobada, con más la alícuota del IVA si correspondiere.

8) Regular los honorarios por la actuación en esta instancia a favor de la Dra. M. T. V. G. en el treinta y cinco por ciento (35%) de lo regulado por su actuación en primera instancia, con más la alícuota del IVA si correspondiere.

9) Regístrese, notifíquese, devuélvase.

La presente sentencia es firmada por

dos vocales de Cámara por encontrarse en uso de licencia el Sr. Juez de Cámara Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes y concordar en la solución del caso (Ley V N° 17 Digesto Jurídico).