Comodoro Rivadavia, de agosto de 2019.

VISTOS Y CONSIDERANDO

Estos autos caratulados: **"M., N. B. c/ M., M. S. s/ EJECUCION DE SENTENCIA"**, Expte. Nro. 142/2019, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia Nro. 2 (Expte. Nro. 492/2018) por haber apelado la actora, a fs. 211, la resolución que admitió parcialmente la defensa de prescripción opuesta por el ejecutado aplicando el plazo bienal establecido en el art. 2562 del C.C.C..

I.- La recurrente se agravia por la aplicación del nuevo Código Civil y Comercial; considera que se debe aplicar el Código de Vélez toda vez que al momento en que entró en vigencia la nueva ley, el plazo de prescripción estaba en curso. Controvierte el encuadre del reclamo en las previsiones del artículo 2562 inc. c) del C.C.C., que establece un plazo de dos años en función de lo dispuesto por el artículo2537 del citado cuerpo normativo. Sostiene que el nuevo Código se aplica en forma inmediata más no retroactivamente, es decir a partir de su entrada en vigencia y se aplica. Afirma que en el caso de autos debe aplicarse la prescripción decenal contemplada durante la vigencia del Código Civil (art. 4023). Solicita se revoque la decisión de grado.

Corrido traslado, el mismo es contestado a fs. 216/217 por el padre de la niña quien sostiene la lógica del fallo y solicita se rechacen los agravios con costas.

A fs. 221/225, contesta vista la Sra. Asesora de Familia y efectúa un análisis desde la perspectiva de los derechos de la joven y de género. Relata que la

Sra. M., en marzo del año 2009 arribó a un acuerdo de alimentos con el progenitor de su hija y se fijaron en el 20% de los ingresos que en ese momento se correspondían con los haberes que éste percibía como agente de la Municipalidad. En julio de 2009 se diligenció el oficio para el descuento y en septiembre de ese mismo año la empleadora informó la baja del agente. Agrega que nuca más el padre de la niña solventó la manutención de A., que no se detectaron ingresos en relación de dependencia ni el padre demostró voluntad de aportar en forma personal la manutención; de modo tal que estuvo a cargo de la madre de manera exclusiva. Destaca que esta comprendió tanto los gastos necesarios para la subsistencia de la adolescente –habitación, vestuario, educación, esparcimiento-, como también los gastos médicos que constituyen necesidades específicas y aumentadas.

Detalla que, luego de un largo tiempo de atención médica, A. fue diagnosticada con síndrome de Asperger, que debe recibir atención especializada, que viaja a Buenos Aires cada seis meses y requiere asistencia psicológica también especializada dos veces por semana y que le fue extendido certificado de discapacidad.

Agrega que tampoco se puede soslayar que la Sra. M. se encuentra a cargo de su madre de 78 años de edad con diversos problemas de salud y con también certificado de discapacidad vigente.

Asimismo expresa que estamos ante un conflicto entre personas que son familia y por lo tanto debe abordarse a la luz de ciertos principios propios del derecho de familia a fin de encontrar una solución justa e integral. Refiere al interés superior de la joven, su

derecho a ser oída. Resalta el principio de coparentalidad con obligaciones comunes respecto a la crianza y desarrollo de la joven. Afirma que el incumplimiento de la cuota alimentaria por parte del progenitor vulnera el derecho humano de su hija a tener un nivel de vida adecuado que permita su desarrollo integral y constituye además una forma de violencia de género en contra la progenitora. Asevera que el derecho alimentario es un derecho humano directamente vinculado al derecho a la vida y a la subsistencia de la persona y en este caso, la beneficiaria que es una adolescente discapacitada.

En este marco, pide la revocación del fallo y la aplicación del plazo de prescripción quinquenal que ambas Salas de esta Cámara aplicaban con anterioridad a la reforma civil.

A fs. 230, se celebró audiencia con la joven y su progenitora.-

II.- De las constancias de autos surge que la actora el 17 de abril de 2018 inició demanda de ejecución de sentencia en los autos "M., N. B. s/ Homologación de Convenio" Expte. N° 305/2009 y solicitó embargo –fs. 13/16vta.-

A fs. 169/170, la actora practicó liquidación de las cuotas alimentarias atrasadas impagas desde octubre de 2009 hasta agosto de 2018, por la suma de $259.460,76 con más intereses.

A fs. 178/180vta., el demandado impugnó la liquidación y planteó la prescripción de los alimentos devengados desde octubre de 2009 hasta dos años antes de la presentación de la demanda con fundamento en el art. 2562 inc. c) del C.C.C.. También cuestionó la tasa

de interés aplicada y practicó liquidación por el período desde el 27/9/2016 al 27/9/2018, por la suma de $26.217,89.

A fs. 182/184, contesta traslado la actora. A fs. 194/198vta., contestó vista la Sra. Asesora de Familia y luego de realizar consideraciones fácticas de la causa, solicitó que se aplique la prescripción quinquenal en resguardo al interés superior de la joven, citando jurisprudencia de éste Tribunal en la materia.

A fs. 202, se celebró audiencia de avenimiento entre las partes sin la concurrencia del Sr. M..

A fs. 205/208, se dictó sentencia que hizo lugar parcialmente a la defensa de prescripción opuesta por el ejecutado y se ordenó practicar nueva liquidación a partir del mes de abril del año 2016 aplicando la tasa activa que el Banco del Chubut S.A. para sus operaciones de descuento.

A fs. 211, apeló la actora y se elevaron los autos a fines de resolver.

III.- Previo adentrarnos en el puntual tratamiento de la cuestión sometida a revisión es pertinente realizar una breve referencia a la historia vital de A. que es la adolescente que aquí reclama alimentos y cuyo interés superior debemos resguardar.

A. nació el 9 de septiembre del año 2005, en el año 2008 su padre y su madre se separaron. Desde entonces el rol de cuidado estuvo a su exclusivo cargo, también prácticamente el de asistencia alimentaria.

En el año 2009, en audiencia de avenimiento, cuando ella tenía tres años y medio de edad acordaron, su guarda y custodia a cargo de su madre; un amplio

régimen de comunicación para el padre y un régimen de asistencia alimentaria por el cual el progenitor debía abonar el 20% de sus ingresos que en ese momento provenían de su calidad de empleado municipal. Este acuerdo fue homologado por sentencia del 20 de abril de 2009.

La asistencia alimentaria, como ya hemos referido, fue cumplida por el progenitor únicamente durante cuatro meses del año 2009.

En el año 2016, A. fue diagnosticada con trastorno de espectro autista denominado "Síndrome de Asperger" y el 1° de febrero de 2017 se expidió certificado de su discapacidad válido hasta el 1° de febrero de 2022 que da cuenta de tal diagnóstico y de la necesidad de prestaciones de rehabilitación y educativas.

Su tratamiento, hoy, requiere la concurrencia a psicoterapia dos veces por semana y cada 6 meses debe viajar a la ciudad de Buenos Aires para ser asistida en la Fundación I. como resulta de las circunstancias fácticas relatadas al accionar que no fueron controvertidas al contestar la demanda.

En el año 2018, es decir a los trece años A. ingresó a primer año del nivel secundario del Colegio de A. y O. de ésta ciudad.

IV.- El plazo de prescripción

El plazo de prescripción que corresponde aplicar a las obligaciones alimentarias es el de dos años.

El 1° de agosto de 2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación que modificó el régimen general de prescripción y estableció un plazo de prescripción genérico de cinco años y plazos especiales. Entre los últimos y en lo que aquí interesa fijo el de

dos años para el tipo de obligación aquí reclamada. En efecto, en el artículo 2562 ha fijado dicho plazo excepcional para todo "reclamo que se devenga por años o plazos periódicos más cortos, excepto que se trate del reintegro de un capital en cuotas".

A su vez, el artículo 2537 estableció como regla general que el curso de la prescripción al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rige por la ley anterior. La excepción a esa regla, en cuyo caso rige el plazo de la ley nueva contado desde su vigencia, se produce en el supuesto en que aplicado el plazo requerido por la ley anterior venciera más allá en el tiempo que el que resultase de la aplicación de la nueva ley contado desde su vigencia. Es decir, se ha consagrado una solución permanente de derecho transitorio, que por su especificidad, debe primar sobre el principio de aplicación inmediata de la ley nueva receptado en el artículo 7 de idéntico ordenamiento.

En un todo de acuerdo con el novel ordenamiento, la prescripción que comenzó a correr antes de su vigencia (1° de agosto de 2015), está sujeta a las leyes del régimen anterior. Pero si por esa ley se requiriese mayor tiempo que el que fija el nuevo código, quedarán sin embargo cumplidas desde que haya pasado el tiempo designado por el nuevo ordenamiento, contado desde el día en que entró a regir el nuevo código, tal el supuesto de autos.

En forma liminar y teniendo en cuenta la postura de la recurrente que insiste en la aplicación del plazo de diez años, hemos de recordar que tal pretensión no puede prosperar ya que el plazo de prescripción de las sentencias (actio iudicati) no se aplica a las

prestaciones que se devengan con posterioridad a su dictado. Ello porque lo que ésta ha reconocido es el derecho a cobrar esos alimentos, los que no pueden ser cobrados antes de que sean devengados (…) El plazo aplicable a estos alimentos es de cinco años. Por eso, la ley habla de atrasos que todavía no han tenido lugar (…) El texto del artículo 4027 inc. 1, es respetado con esta interpretación porque lo que la ley quiere es que los alimentos prescriban en cinco años, lo que aquí se cumple, ya que tanto después como antes de la sentencia puede oponerse la prescripción a todo período que supere a los cinco años…" (Cfme. López Herrera, Tratado de la prescripción liberatoria, t. I, ps. 573/574).

Ergo, para el caso de las obligaciones alimentarias devengadas y no percibidas, el código derogado establecía la prescripción en cinco años por aplicación del art. 4027 inc. 1° y el nuevo lo establece en dos años (art. 2562 inc. c). Por lo tanto las prestaciones alimentarias adeudadas anteriores al 1° de agosto de 2015, rige el código civil derogado y, consecuentemente, un plazo de prescripción de cinco años. Ahora si el plazo de dos años que fija el nuevo código contados a partir del primero de agosto de 2015 finaliza antes que los cinco años de la legislación anterior (contados desde que cada cuota es exigible día 11 de cada mes), se aplica el nuevo plazo.

Ahora bien, para decidir si el plazo de prescripción ha corrido o no en su totalidad corresponde un análisis integral de la situación planteada.

IV.- Los ejes para la solución del caso

Ahora bien, la determinación del plazo de prescripción aplicable no alcanza para confirmar la

resolución impugnada puesto que las circunstancias del caso reseñadas por la Sra. Asesora obligaban a una solución que se ajuste a tales circunstancias y resguarde el interés superior de A..

Así, tres son los ejes centrales que debieron presidir la solución del presente caso; por un lado y principalmente el interés superior de la niña que lisa y llanamente ha sido soslayado. Luego, la vulnerabilidad adicional por su situación de discapacidad que, también, ha sido invisibilizada. Finalmente, la necesaria aplicación de la perspectiva de género para poder contextualizar la situación de quien ha sido desde el año 2009 la única garante del derecho alimentario de la niña hoy adolescente y, en tal orden de ideas, advertir las implicancias que el rol de cuidado que ha estado a exclusivo cargo de la madre tiene en orden al ejercicio de las acciones alimentarias.

a) El interés superior de A.

El interés superior de niñas, niños y adolescentes puede definirse como aquel principio jurídico garantista, imperativo y vinculante cuya función principal y razón de ser es la de sostener sus derechos, para lo que se erige en directriz y norma de interpretación en los conflictos jurídicos.

En el caso concreto, el interés superior de A. exigía determinar cuál es el conjunto de principios y normas aplicables que ofrecen una mayor protección a sus derechos.

Es que, conforme lo ha sostenido el Comité de los Derechos del Niño, se deberá elegir la solución jurídica que satisfaga de manera más efectiva el interés superior

de la niña, a partir de una lectura garantista del ordenamiento jurídico en su conjunto.

Esta interpretación coherente e integral con el ordenamiento vigente no se verifica en el caso concreto y por lo tanto la decisión judicial impugnada, como lo pone de resalto la Sra. Asesora de Familia no luce razonablemente fundada.

Está ausente la transversalidad del enfoque de derechos humanos que implica resignificar, organizar, mejorar los procesos de manera que la perspectiva de igualdad y no discriminación sea incorporada en todas las acciones e intervenciones. (Yuba, Gabriela "Transversalidad de derechos humanos en el Código Civil y Comercial. Construcción de un nuevo paradigma", JA 2017-IV, 1417).

En un todo de acuerdo con estas consideraciones, hace más de tres lustros (la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido como directriz que cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las normas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional (CSJN, 6/2/2001, Fallos 324:122).

Es por ello que la decisión que libera al progenitor del cumplimiento de sus obligaciones alimentarias sin atender a las circunstancias concretas de la causa que habilitan una solución distinta no tiene en cuenta el interés superior de A..

b) La discapacidad de A.

La vulnerabilidad de A. por su calidad de niña, hoy adolescente se incrementa por su situación de discapacidad debidamente documentada como hemos puesto de manifiesto. Esta realidad a la luz de las convenciones internacionales -art. 23 CDN; art. 7 CDPD, y art. 75 inc. 23 CN-, repercute en forma directa y efectiva en la obligación alimentaria (cfr. CAp.Civ., Com. de Reconquista, Sala 4°, 19/2/ 2014, MJ-JU-M86696-AR). Ello toda vez que la persona con discapacidad -y con mucha más razón si se trata de un niña- goza de una tutela constitucional diferenciada a los fines de asegurarle el disfrute de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa en la comunidad -art. 23 inc. 1.CDN).

De modo tal que la decisión a adoptarse no puede prescindir de esta realidad.

c) El rol de cuidado

El ejercicio exclusivo del rol de cuidado de la niña por parte de su madre, también, proyecta importantes consecuencias en la materia que nos ocupa.

El cuidado puede ser definido como el conjunto de acciones indispensables para satisfacer las necesidades básicas e imprescindibles para la existencia y mantenimiento cotidiano de las personas.

La complejidad del concepto en las múltiples dimensiones que lo componen ha sido explorado académica y políticamente. Así se ha precisado que por un lado, el cuidado involucra no solo el trabajo material que demanda el acto de cuidar a las personas con diversos grados de dependencia en las familias (niños/as, adultos

mayores, personas con discapacidad) sino también el costo económico que conlleva y la dimensión afectiva que implica. Así, el cuidado se presenta en una doble dimensión: física, porque se refiere a todas las actividades concretas vinculadas con la atención del cuerpo de las personas y todas sus necesidades fisiológicas (alimentación, higiene personal, salud, descanso) y simbólica, por el componente afectivo y emocional que implican estas actividades, que hacen al bienestar emocional de las personas.

La inclusión del enfoque de derechos a la problemática vinculada con las necesidades universales de cuidado ha llevado a su consideración como un derecho humano y nos interpela a incorporar una lógica de derechos a la complejidad del cuidado permitiéndonos no solo el reconocimiento de la tarea sino, también el reconocimiento de un derecho universal e inalienable a cuidar, ser cuidado y a cuidarse. Este será un primer paso para distribuir las responsabilidades de cuidado entre todas las personas que integran la sociedad y no depositarlas sólo en las mujeres (cfme. Natalia Gherardi, "El derecho al cuidado de niñas y niños en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

Reiteramos, la realidad del caso demuestra que el cuidado de A., entendido como la protección en su más amplia concepción, apoyo y prestación de bienes y servicios tendientes a su desarrollo pleno y bienestar ha estado exclusivamente a cargo de la progenitora. Ello a pesar de que, como bien señala la Sra. Asesora de Familia, el principio de coparentalidad consagrado en nuestro ordenamiento positivo, claramente determina que tanto la madre como el padre son los obligados a

garantizar el derecho inalienable de A. a ser cuidada y quienes efectivamente deben realizar el trabajo que conlleva.

Este ejercicio exclusivo del rol de cuidado, que obviamente excede el concepto de asistencia alimentaria demuestra la existencia de una notable inequidad en las cargas y responsabilidades de ambos progenitores, que se ve potenciado a un grado sumo por la falta de pago de alimentos y se proyecta en forma concreta en la posibilidad cierta de ejercicio de la acción alimentaria.

Es que la tarea de cuidado por si es una tarea que requiere de una presencia contínua; máxime cuando una niña o un niño ingresa a la adolescencia con problemas de salud, tal el caso que nos ocupa. Si bien resulta difícil cuantificar el alcance del cuidado en términos de tiempo sin dudas requiere de una disposición plena, constante que exige a quien la realiza no solo tiempo sino también un esfuerzo integral.

La intensidad de las tareas de cuidado de A. en función de su salud efectuadas por la progenitora, no pueden ser invisibilizadas a punto tal de prescindir de su existencia. Es que por su complejidad (frecuencia de las terapias y viajes a Buenos Aires), han interferido con la posibilidad de ejercicio concreto de los derechos de la niña como lo pone de relieve la Asesora y ello necesariamente debe ser tenido en cuenta al resolver el presente conflicto.

La edad de A., el tránsito de la niñez a la adolescencia, el tiempo y los estudios médicos que demandaba un diagnóstico como el que tiene A., sin dudas han llevado a la Sra. M. a ocuparse en primer

lugar de la atención y contención de su hija, en todos los aspectos, espiritual, material y de salud y lo enfrentó sola frente al desinterés e inacción del progenitor de la niña.

d) La dispensa de la prescripción

Las cuestiones que hemos reseñado y que fueron invocadas y observadas con agudeza por la Sra. Asesora de Familia cuando efectuó un análisis de las consideraciones fácticas del grupo familiar autorizan la aplicación de uno de los institutos que el derecho de fondo ha previsto para superar para supuestos como el que nos ocupa. Concretamente nos referimos a la dispensa de la prescripción prevista en nuestro ordenamiento jurídico en el art. 2550 del C.C.C.

Su aplicación requiere la concurrencia de tres elementos: dificultades o imposibilidad de hecho que obsten al ejercicio de la acción, que el impedimento exista al tiempo de cumplirse el plazo de prescripción, y que desaparecido el obstáculo se haga valer el derecho en el término de seis meses.

En un todo de acuerdo con los hechos relatados que no han sido controvertidos por la contraria en el mes de abril de 2016 obtuvo su diagnóstico (Síndrome de Asperger), es asistida en la Fundación I. en la ciudad de Buenos Aires, viaja cada seis meses y mínimamente debe concurrir a psicoterapia dos veces por semanas. Esta situación de salud de la niña que debió ser sostenida desde todo los puntos de vista por su madre ha impedido el ejercicio de las acciones judiciales para reclamar la asistencia alimentaria en tiempo oportuno.

A su vez es dable ubicar temporalmente el cese de la dificultad o impedimento para que la representante

de la titular de la acción inicie el reclamo en el momento que A. ingresó en el primer año del nivel secundario y se adaptó con éxito, atento las implicancias que ese cambio tiene en la vida de cualquier adolescente y más aun de quien tiene un trastorno del espectro autista.

Por ello, es dable afirmar que la Sra. M. una vez cesadas las dificultades de hecho hizo valer los derechos de su representada dentro de los 6 meses de finalizada dicha imposibilidad circunstancia que aconteció en marzo de 2018.

La solución que proponemos es acorde al derecho fundamental que subyace, el de los alimentos de una niña con discapacidad, de jerarquía superior respecto de cualquier otro derecho del alimentante.

En este orden de ideas, citamos las agudas reflexiones que sobre el particular hizo el maestro Morello, hace más de una década, destacando que cuando en un litigio existen involucrados intereses de personas menores de edad "nos movemos en el marco de la Justicia de Protección o Acompañamiento, lo que obliga a una lectura predominantemente tuitiva desde la óptica del interés superior del menor que es el sujeto al que la protección constitucional de los tratados cubre de manera preferente".

Sobre tal base, el insigne procesalista enseñaba que al evaluar si ha existido o no un obstáculo insalvable a los fines de tener por operada la dispensa de la prescripción, ha de tenerse en cuenta que si bien "se trata de una cuestión de hecho a ser calibrada prudentemente por el juez, caso por caso" cabe tener "muy presente las finalidades de las normas principales

que orientan el sentido tuitivo" (Morello, Augusto M., "¿Es justa la sentencia?", en D.J., 27-IX-2006, 238; en similar sentido, puede verse Loutayf Ranea, Roberto G.Solá, Ernesto "Inicio del curso del plazo de prescripción en los supuestos de responsabilidad civil extracontractual", R.C. y S. 2013-VIII, pág. 35).

Ésta es, además, la directriz que fluye de un conocido pronunciamiento de la Corte Suprema Nacional, en donde se estableció que la judicatura, al fallar en casos en los cuales se debate si se ha operado la prescripción ante la inacción de los representantes de una persona menor de edad, deben ponderar "no sólo que el derecho de los hijos menores está sujeto a un régimen especial vertebrado en la titularidad y ejercicio de la patria potestad por parte de sus progenitores (...) sino, además, los principios que dimanan de los diversos tratados internacionales" y, en particular, "la Convención sobre los Derechos del Niño, de naturaleza federal y supra legal", de la cual "se desprende que el niño tiene derecho a una protección especial, cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación jurídica, de modo que, ante un conflicto (...) el interés moral y material de los niños debe tener una relevante prioridad sobre cualquier otra ponderación que implique de manera alguna conculcar el acceso a la jurisdicción por parte de aquéllos, toda vez que éste es un deber que el Estado debe garantizar a través de sus órganos competentes" (Fallos 327:2074, por remisión al dictamen del Procurador General).

Concluyendo, corresponde revisar la decisión adoptada con base en los fundamentos dados y establecer que existieron desde abril de 2016 a marzo de 2018

impedimentos fácticos que de manera excepcional tornaron excusable el transcurso del tiempo, por lo que consideramos que la inactividad incurrida al tiempo de operarse la prescripción es inimputable a la actora.

En función de lo expuesto y con base en el régimen legal de la prescripción referido corresponde señalar que solo encuentran prescriptos los alimentos correspondientes a los períodos octubre de 2009 a abril de 2011 inclusive y conforme tal premisa se revisa la decisión de la instancia de grado.

V.- La decisión que proponemos si bien modificatoria de la adoptada en primera instancia no se proyecta en materia de costas y honorarios que deben se confirmados.

Las costas de esta instancia atento el resultado obtenido se imponen en el orden causado.

Los honorarios de primera y segunda instancia se finan de conformidad con las pautas generales contenidas en el artículo 5 de la ley arancelaria y por aplicación de las escalas específicas previstas por el artículo 13 para esta instancia.

Por ello, la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, **RESUELVE:**

1°) Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la parte actora y en consecuencia, revocar el punto 1) de la sentencia de primera instancia ordenando practicar nueva liquidación a partir del mes de mayo de 2011 con más los intereses fijados en la instancia de grado.

2°) Costas de la alzada por su orden.

3°) Regular los honorarios de la Dra. G. M. en el VEINTICINCO (25%) POR CIENTO de los que le correspondan en la anterior instancia y los del Dr. H. A. S. y la Dra. M. F. V., en forma conjunta, en el VEINTICINCO (25%) POR CIENTO a calcular sobre los que le fueron fijados en primera instancia.

4°) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia se firma por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia el Sr. Juez de Cámara, Dr. Julio Antonio Alexandre y concordar en la solución del caso (Ley V N° 17 del Digesto Jurídico de la Provincia del Chubut).

Silvia Noemí ALONSO
JUEZA de CAMARA

Fernando NAHUELANCA
PRESIDENTE

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2019
DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS