



NEUQUEN, 7 de noviembre del año 2019.-

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: "**M.D.F.B. Y OTRO S/HOMOLOGACION DE CONVENIO (FLIA.)**", (JNQFA2 EXP N° 73613/2015), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y Fernando **GHISINI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. Patricia **CLERICI** dijo:

I.- El progenitor de E.M.D. interpuso recurso de apelación contra la resolución de fs. 309/311 vta., que no hace lugar a la sanción de multa peticionada por el recurrente, por no haberse acreditado la conducta procesal temeraria y maliciosa, distribuyendo las costas en el orden causado.

a) El apelante se agravia porque el resolutorio recurrido reprocha el factor tiempo que insumió la averiguación de una intervención profesional llevada a cabo en una persona menor de edad, desde la denuncia formulada por su parte y hasta la actualidad, y que continúa sin cumplimiento, ya que no se ha entregado el informe profesional que los terapeutas elaboran para los padres.

Agrega que también otorga el efecto jurídico de modificar la legitimidad de un reclamo formulado en procura de la defensa de un derecho violentado, devenido en conducta reñida con el ejercicio de la coparentalidad. Insiste en que este es el principal agravio, ya que la decisión que recurre es una actuación jurisdiccional que no se expide ni interpreta

la normativa vigente, ni los principios que imperan en los procesos de familia.

Sostiene que el resolutorio apelado no es justo, puesto que interpreta una supuesta falta de razonabilidad en el ejercicio de sus derechos, a la luz del paso del tiempo, como si los derechos se destiñeran.

Relata que inicialmente, y a lo largo del proceso, se requirió de la madre de su hija que cumpliera con los deberes de información, pero la a quo resuelve reprochando su conducta al padre, quién ha formalizado todas sus presentaciones en tiempo y forma.

Señala que solamente se obtuvo de la madre de la persona menor de edad formulaciones evasivas, logradas a cuenta gota, obligando a sucesivas intimaciones, en tanto que el paso del tiempo es entendido por la jueza de grado como restando razonabilidad, convirtiendo la petición del apelante en un ejercicio no pacífico de la responsabilidad parental.

Entiende que el transcurso del tiempo no puede conspirar en contra de la parte que ha ejercido los reclamos en tiempo útil, y ha promovido todas las instancias para hacer valer su derecho.

Tilda de injusto y erróneo considerar que lo que inicialmente fue legítimo, se transforme por supuesto efecto del tiempo.

Cita el punto II del acuerdo homologado en autos, y manifiesta que tomó conocimiento que su hija asistió a un espacio terapéutico por decisión unilateral e inconsulta de su madre, durante sus estadias en Salta, con una psicóloga desde mediados de 2015 hasta fines de 2016; asistencia que se realizó sin la cobertura de la obra social que provee a su

hija, sino mediante pago con dinero en efectivo, por lo que se mantuvo oculta aquella intervención terapéutica.

Afirma que realizó solicitudes a la madre de la joven para que se le informara nombre de la profesional, horarios, motivo de la consulta, avances, devolución e informe a los padres; y que ello sucedió vía mail en diciembre de 2016, marzo de 2017 y mayo de 2017. Agrega que la madre nada comunicó, por lo que se obligó al progenitor a acudir a la justicia.

Dice que no obstante la intimación judicial, la progenitora omite dar la información y no acompaña el pertinente informe, aunque sí reconoce la asistencia terapéutica.

Sigue diciendo que la omisión de toda información colisiona con el ejercicio conjunto y coparentalidad que ambos ejercen y que se encuentra garantizado por ley, además de configurar un incumplimiento del acuerdo homologado.

Destaca que ello se ve agravado por la supuesta inducción al secreto, imponiendo a E. no contar al papá, sin advertir los efectos que tal sugerencia genera en la joven en la relación y vínculo que los une; y que el deber de informar es un compromiso que ambos progenitores tienen en relación al otro, cualquiera sea la modalidad de atribución del cuidado personal o del ejercicio de la responsabilidad parental.

Insiste en que, ante la convención de las partes y la norma del art. 653 inc. a) del Código Civil y Comercial, la información requerida no es opcional, siendo este el motivo por el cual su parte pidió la aplicación de astreintes.

Resume lo sucedido en el trámite y explica que ante las actitudes y conductas reñidas con la buena fe, celeridad y claridad, su parte solicitó la aplicación del art.

45 del CPCyC, advirtiendo la existencia de un propósito obstruccionista y dilatorio, y la temeridad en atención al conocimiento que tenía o debió tener el litigante respecto de la falta de motivos para resistir la acción.

Recuerda que el progenitor no puede imponer a la profesional tratante el cumplimiento de obligación alguna, ya que no ha sido parte de la relación contractual, pero ello si lo puede hacer la madre de E., sobre quién también pesa la obligación del art. 654 del Código Civil y Comercial.

b) La madre de E. contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 323/324.

Pide se tenga presente el escrito de fs. 307 que pone en conocimiento del juzgado que E. ha decidido vivir con su padre en la ciudad de Neuquén.

Luego solicita la deserción del recurso, en tanto el memorial no reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC.

Dice que los agravios no logran rebatir lo que el fallo considera en orden a que el deber de información, así como su eventual incumplimiento, debe analizarse en forma global con las restantes circunstancias del caso, y aplicando el principio de razonabilidad.

Sigue diciendo que tal razonabilidad, la jueza de grado la encuentra en que estamos ante una adolescente, que cuenta con 15 años de edad, tratándose de una niña que se desenvuelve claramente y puede manifestar su voluntad y sus deseos sin dificultad.

Afirma que se ha rechazado sanciones del tipo de la peticionada, citando jurisprudencia que entiende que su aplicación puede cercenar o disminuir el derecho de defensa.

c) La Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente emite su dictamen a fs. 329.

Entiende que los agravios del recurrente son meras disconformidades con lo resuelto.

Señala que en el dictamen de fs. 306, y luego de la escucha de la joven, se dan los fundamentos por los cuales la petición no podrá prosperar, exhortando a sendos progenitores al ejercicio armónico de la coparentalidad.

Dice que hoy la adolescente vive con su padre desde enero de 2019, razón por la cual el planteo deviene abstracto, en tanto el tratamiento fue llevado a cabo en el año 2015, el nombre de la profesional fue informado por la madre y la adolescente no mostró incomodidad.

II.- Ingresando en el tratamiento del recurso de apelación de autos, advierto que el memorial del apelante reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC, por lo que he de abordar su análisis.

III.- Leídos que han sido la resolución recurrida, la expresión de agravios y su responde, y cotejadas las constancias de la causa, en lo que interesa al objeto de la apelación, entiendo que se han confundido dos cuestiones. La una es el deber de información entre los progenitores, y la otra es la temeridad y malicia a la que hace referencia el art. 45 del CPCyC, ya que la primera hace a un derecho sustancial de las partes, en tanto que la otra se vincula con el aspecto procedimental.

El art. 654 del Código Civil y Comercial es claro respecto a que cada progenitor debe informar al otro sobre cuestiones de educación, salud y otras, relativas a la persona y bienes del hijo.

Marisa Herrera destaca la importancia de este derecho-deber en todo lo que hace a la vida cotidiana del hijo y que permite, en definitiva, que los padres estén al tanto de lo que les sucede a los hijos. Agrega la autora citada: *"Mediante la expresa recepción del derecho-deber de información por parte de los progenitores, en particular, el conviviente al progenitor no conviviente, la reforma mantiene coherencia en el régimen general que regula en torno al ejercicio de la responsabilidad parental y el cuidado personal de los hijos.*

*"Si la noción de coparentalidad constituye uno de los pilares del nuevo Código, aun cuando ello no sea posible, el mantenimiento de una comunicación mínima fundada en la información sobre la vida cotidiana del hijo es un imperativo constitucional-internacional" (cfr. aut. cit., "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, T. IV, pág. 370/372).*

Desde esta perspectiva, resulta indudable, en mi opinión, el derecho del padre a estar informado sobre el tratamiento psicológico al que se sometió su hija, sea por el motivo que fuere, como así también sobre su resultado, e informe final brindado por la profesional tratante.

Tal cuestión se vincula íntimamente con la salud psíquica de E, y con su vida cotidiana.

Asimismo, debe tenerse presente que si E. concurrió a dicho tratamiento en el año 2015, contaba con doce/trece años de edad, por lo que nos encontramos ante una niña todavía, y no ante una adolescente plena.

No obstante ello, sin perjuicio de la edad de E. y de la autonomía progresiva de las personas menores de edad, la que fue ejercitada por la hija de las partes al decidir no

concurrir más a dicho tratamiento, lo cierto es que los progenitores tienen derecho a conocer los motivos de la consulta, y los resultados obtenidos con el tratamiento.

Desde esta perspectiva la conducta de la madre no se ajusta a lo debido, en tanto no solamente ocultó al padre la existencia del tratamiento, y con deliberación, ya que de otro modo lo hubiera afrontado con la obra social, sino que instó a su hija no informar al padre sobre ello.

Ahora bien, este incumplimiento por parte de la madre de su deber de información al progenitor, en ese momento no conviviente, no se traduce automáticamente en una conducta temeraria o maliciosa en sede procesal.

En efecto, Roland Arazi y Jorge A. Rojas sostienen que *"Uno de los deberes esenciales del litigante es la observación del principio de moralidad, que consiste en que las actuaciones desarrolladas en el proceso no resulten contrarias a derecho, por abusivas o absurdas, principio éste que no lo podemos concebir como netamente procesal, pues excede el ámbito de la materia, de ahí que la aplicación de sanciones persiga una finalidad ejemplificadora o moralizadora, procurándose sancionar a quién utiliza las facultades legales con fines netamente obstruccionistas, o más aún, sabiendo de su falta de razón...De este modo, el artículo en análisis contempla la llamada inconducta procesal genérica, vinculada a la desnaturalización arbitraria del proceso y la utilización de las facultades que la ley otorga a los litigantes en contraposición a los fines de la jurisdicción, con obstrucción del proceso y violentando los deberes de lealtad, probidad y buena fe procesales (art. 34, inc. 5°, ap. d del CPCC). Ciertamente, tal estándar de actuación tiene como innegable contrapartida la temeridad y malicia.*

*"Por lo tanto, para conceptualizar estos términos, que si bien son utilizados en forma indistinta tienen significados diversos, señalaremos que la temeridad consiste en la conducta de la parte que deduce pretensiones o defensas cuya injusticia o falta de fundamentación no puede ignorar de acuerdo con una mínima pauta de razonabilidad. Por eso la temeridad se da cuando existe conciencia de la propia sinrazón.*

*"En consecuencia, se deben reunir dos extremos para configurarla: uno objetivo, que resulta de la falta de fundamentación o injusticia de la pretensión u oposición, y otro, de tipo subjetivo, configurado por la propia conciencia de la concurrencia de esas circunstancias al caso concreto.*

*"Mientras que, por otro lado, la malicia es la conducta observada en el proceso con una finalidad exclusivamente distorsionadora de aquél, tendiendo a la obstrucción del mismo, persiguiendo su dilación" (cfr. aut. cit., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación...", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014, T. I, pág. 256/258).*

Ahora bien, encontrándonos en el marco de un proceso de familia, cabe recordar que el art. 706 del Código Civil y Comercial consagra a la buena fe y lealtad procesales como uno de los principios generales de este tipo de procesos.

Angelina Ferreyra de De La Rúa, María Virginia Bertoldi de Fourcade y Mabel De Los Santos entienden que estos principios, de buena fe y lealtad procesales, comprenden no sólo la valoración de la conducta procesal de las partes, sino que instan a que se evalúe el desempeño de los involucrados en sus roles familiares. En este sentido, continúan las autoras citadas, la jurisprudencia muestra que los jueces dan valor indiciario a la forma de actuar en el ejercicio de la responsabilidad parental a la hora de decidir sobre aspectos

tan sensibles como determinar quién ha de cuidar de los hijos menores o la modalidad del régimen de comunicación con éstos (cfr. aut. cit., "Tratado de Derecho de Familia", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014, T. IV, pág. 436).

Por su parte, Mario Masciotra señala, refiriéndose a los principios de buena fe y lealtad procesales en los procesos de familia, que el principio de moralidad impone un comportamiento debido, pues impide que la conducta violatoria de dicho principio perjudique al justiciable o a la justicia misma. El autor citado agrega: *"Encarna la idea de honestidad, en la cual se fundamenta la garantía de justicia y equidad, y concreta la aspiración de Calamandrei de que "la honestidad en el proceso es un buen negocio". Por ello, la moralización del proceso constituye, hoy más que nunca, un imperativo impostergable; y nadie debe escatimar esfuerzos a fin de lograr su plena concreción, pues al decir de Couture: "lo que el proceso requiere no es solamente la verdad formal; requiere la lealtad, el juego limpio y no el subterfugio. El proceso no es una red para que el adversario caiga en ella, ni una emboscada para sustraer del debate la natural exposición de los hechos y el Derecho...Debemos señalar que la conflictiva que se plantea en los procesos de "justicia protectora" o "de acompañamiento" conlleva el riesgo de constituir un ámbito propicio para el abuso del derecho o del proceso, de ahí la trascendencia de la incorporación expresa de este principio en el Código fondal.*

*"La naturaleza de los derechos en juego y su impacto para la vida de las personas involucradas impone extremar los recaudos para el correcto comportamiento que deben asumir los operadores jurídicos; y habida cuenta de ello, es imprescindible evitar el abuso procesal, con su consecuente dispendio jurisdiccional que genera efectos*

perniciosos en el proceso afectando a todas las partes, pero esencialmente a los más vulnerables. El juez no puede permanecer impasible e indiferente frente a las estrategias que obstruyen el trámite o usan el proceso para un fin contrario a la ley; inexorablemente los magistrados ejercerán sus poderes-deberes para rechazar las inconductas y no tolerar dilaciones innecesarias, sea que se manifiesten mediante la postulación de actos procesales particulares durante la sustanciación del proceso, sea que se sirvan del proceso con fines ilegítimos" (cfr. aut. cit., "Principios que rigen la justicia protectora o de acompañamiento", LL AR/DOC/1465/2019).

Pero, a pesar de estos desarrollos conceptuales no debe pasarse por alto lo señalado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, "...el prestigioso jurista cita al procesalista rosarino Adolfo Alvarado Velloso, quien al explicar al "principio de moralidad procesal" decía "...la dificultad está en saber si es posible convertir esa exigencia moral en un deber jurídico y, en caso afirmativo, cuáles son los textos legales que lo sancionan", agregando: la obligación de conducirse con buena fe, lejos de ser materia de controversias, es algo tan obvio que ni siquiera puede empezar a discutirse.

"En efecto, la moralidad es un canon que debe presidir todas las conductas humanas, con absoluta prescindencia de que aquellas refieran al proceso, a una competencia deportiva, o a un juego de niños. No pensamos que el hombre moral pueda dejar de serlo a poco que atraviese el tribunal.

"Sin embargo, y por obvio que parezca lo precedentemente expuesto, a la hora de analizar las conductas desempeñadas a lo largo del proceso no siempre resulta tan

claro concluir que determinado sujeto es merecedor de sanciones por inconducta, o si, por el contrario, su proceder se encuentra amparado por el derecho de defensa en juicio.

"En derredor de lo expuesto, esta Sala, en anteriores pronunciamientos ha establecido que la sanción de multa prevista por el art. 45 del ordenamiento procesal debe ser impuesta con suma cautela para no afectar el legítimo derecho de defensa de las partes (24/10/68, LA LEY, 134-593), tratándose de una facultad privativa del juzgador que debe ejercitarse de manera discrecional, es decir, que depende del prudente arbitrio judicial, que no puede ser invocada como derecho de cualquiera de los litigantes, sino que su aplicación compete a la soberana captación que respecto del caso formule el magistrado llamado a resolver (CNCiv. Sala A, 24/6/69, LL, v. 137, p. 790, 23.010-S).

"En suma, la aplicación del art. 45 o de otras formas análogas tendientes a la moralización del proceso supone un cuidadoso análisis de la conducta de la parte, sin que la mera articulación de una defensa pueda ser considerada a los fines pretendidos, ya que la adopción de tal temperamento -como ya anticipara- iría en desmedro del derecho esencial de la defensa en juicio. En la especie, no obstante las pretensiones articuladas y la suerte que corrieran, no se verifica al presente la "inconducta procesal genérica" (entendiéndose por tal el comportamiento que tiñe y se proyecta durante todo el proceso) que habilitaría la imposición de sanciones. De tal suerte, las sanciones solicitadas no serán receptadas" (Sala D, autos "H., A.N. c/ S., N.B.", 12/3/2015, LL AR/JUR/2617/2015).

Aplicando los conceptos antedichos al caso de autos, encuentro que la conducta de la madre de E. ha violado, conforme lo señalé, el deber de información que prescribe la

legislación de fondo, y además, y una vez requerida para que denuncie el nombre de la profesional tratante y acompañe el informe de dicha profesional tuvo una conducta reticente, ya que demoró en dar el nombre de la psicóloga, indicó un domicilio donde no se la pudo encontrar, y además invoca que ha perdido contacto con dicha persona, extremo que, más allá de que puede ser veraz, no le impide ubicar el consultorio de una profesional que desempeña su actividad en la ciudad de residencia de la progenitora.

Sin embargo, entiendo que esa conducta no llega a configurar ni la temeridad ni la malicia que sanciona el art. 45 del CPCyC.

Ello así porque la conducta de la madre de E. se vincula más con el incumplimiento de deberes derivados de su condición de encargada del cuidado personal de su hija, que con la utilización del proceso en forma abusiva o para obstruir o dilatar el trámite.

Y el incumplimiento de los antedichos deberes, ameritaban, en mi opinión, o el forzamiento de la conducta debida a través de la aplicación de astreintes, o la evaluación del cambio de progenitor encargado del cuidado personal de E., extremo este último que, en definitiva, hoy se ha concretado ya que la hija de las partes se encuentra viviendo, desde enero de 2019, en esta ciudad junto a su padre.

Cabe señalar que en aquellos supuestos en que esta Sala II, en anterior y en actual composición, ha aplicado la multa prevista en el art. 45 del CPCyC, ha tenido en cuenta la existencia de mentiras en la postulación de la acción o de la defensa, o el desconocimiento de documentos que se sabía suscriptos por quién negó su autenticidad (cfr. autos "Bosch c/ YPF S.A.", expte. n° 345.944/2006, sentencia de fecha

15/11/2016; "Ceballos c/ Frutic. Unidos Centenario S.R.L.", expte. n° 378.097/2008, sentencia de fecha 9/9/2014; "Monteserín c/ Vivanco", expte. n° 469.825/2012, sentencia de fecha 18/12/2018); en tanto que en el sub lite, conforme se señaló, existió una conducta reticente pero la madre reconoció la existencia del tratamiento y, con demoras, informó el nombre de la profesional que lo llevó a cabo, más allá de ser información incompleta.

Por las razones aquí expresadas es que entiendo que debe confirmarse el resolutorio de grado.

IV.- Por lo hasta aquí dicho, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de autos y confirmar el resolutorio recurrido.

Las costas por la actuación en la presente instancia, teniendo en cuenta que más allá del carácter de perdidosa de la parte recurrente, la conducta de su contraparte pudo hacer creer razonablemente al apelante que tenía derecho a litigar como lo hizo, se imponen en el orden causado (arts. 69 y 68, 2da. parte, CPCyC).

Regulo los honorarios de los letrados que intervinieron ante la Alzada en las sumas de \$ 1.560,00 para la Dra. ..., y \$ 2.160,00 para el Dr. ... (art. 15, ley 1.594).

El Dr. Fernando **GHISINI** dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, **esta Sala II**

**RESUELVE:**

I.- Confirmar el resolutorio de fs. 309/311 vta.-

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia en el orden causado (arts. 69 y 68, 2da. parte, CPCyC).-

III.- Regular los honorarios de los letrados que intervinieron ante la Alzada en las sumas de \$ 1.560,00 para la Dra. ..., y \$ 2.160,00 para el Dr. ... (art. 15, ley 1.594).-

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.-

**DRA. PATRICIA M. CLERICI**  
Juez

**DR. FERNANDO GHISINI**  
Juez

**MICAELA S. ROSALES**  
Secretaria