NEUQUEN, 10 de Noviembre del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"B. M. E. C/ C. G. A. S/INC. MODIFICACION REGIMEN DE VISITAS"**, (Expte. Nº **60199/2013**), venidos en apelación del JUZGADO FAMILIA 4 - NEUQUEN a esta **Sala II** integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación, el **Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:**

I.- La parte actora apela la resolución de fs. 81/83, mediante la que se tiene por acreditado el incumplimiento al régimen de comunicación y se la condena al pago de $1.200,oo de astreintes diarios.

Del memorial de fs. 88/89 vta. se corre traslado a la parte demandada, quien lo contesta a fs. 93/94.

II.- La cuestión a resolver radica en si resulta ajustada o no la condena al pago de astreintes.

Recientemente, en la causa "D.A. CONTRA T.D.M.F. S/TENENCIA", (Expte. Nº 41394/2009, resolutorio del 1 de noviembre de 2016), mi colega de Sala expresó:

“Federico Alejandro Ossola señala que para la aplicación de las astreintes debe verificarse en los hechos el incumplimiento de la resolución judicial (elemento objetivo) y la conducta imputable al sujeto incumpliente, ya sea a título de dolo o culpa (elemento subjetivo). Y ante la comprobación de este incumplimiento, es el sujeto pasivo de la obligación quién debe acreditar las circunstancias que eximan la imputabilidad (cfr. aut. cit., “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, T. V, pág. 256).

En autos el incumplimiento en su doble faz (elementos objetivo y subjetivo) se encuentra presente. La demandada no cuestiona estos extremos, sino que pretende justificar su actitud con el dictamen de la Defensoría General de la Nación.

Pues bien, esta causal de justificación no puede ser aceptada. Conforme lo señala la parte actora, el dictamen en cuestión, además de ser una opinión no vinculante para el tribunal y las partes, fue emitido antes de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación dispusiera el rechazo de la queja planteada por la progenitora de los niños, con lo cual, implícitamente, lo desechó.

Luego, dicho dictamen, más allá del respeto que el mismo merece, no puede justificar el incumplimiento de una resolución judicial firme; no tiene entidad a tal fin porque no es vinculante, conforme lo señalé, y además teniendo en cuenta la etapa del proceso en la que fue realizado.

III.- No obstante lo dicho, la jurisprudencia ha sostenido que quién se hace acreedor de una sanción de astreintes debe saber que la ley no le otorga un derecho definitivamente incorporado a su patrimonio, dado que siendo su fundamento principal evitar desobediencias a una orden judicial, una vez que ésta ya fue cumplida, el juez puede morigerarla considerando la importancia del acto que debía cumplirse y las consecuencias de su omisión (cfr. Cám. Nac. Apel. Civil, Sala M, "L., A. s/ sucesión ab intestato", 14/8/2014, DJ 2014, pág. 33).

(…) no se puede perder de vista que nos encontramos dentro de un proceso de familia, el que involucra sentimientos personales de las partes, además de cuestiones de derecho; y que la orden judicial se encuentra cumplida, aunque

luego, y por decisión de uno de los hijos, fue parcialmente revertida."

Bajo tales parámetros, y si bien la apelante reconoce haber incumplido el acuerdo homologado, creo que lo hizo bajo causas justificadas.

Ello por cuanto, no obstante desconocer la opinión de los niños involucrados dado que no fueron escuchados por la jueza, la conducta procesal de la madre demuestra que su intención ha sido modificar el régimen acordado en beneficio de aquellos.

Nótese las reiteradas presentaciones que efectúa poniendo en conocimiento de la magistrada de grado la negativa de los hijos a concurrir los fines de semana a la casa del progenitor no conviviente por varios motivos, pero especialmente, por el culto que profesa, además de haber solicitado la suspensión del régimen de comunicación pactado y su modificación mediante la promoción del ICC 804/2015, que se tiene a la vista.

Así, entiendo que no se trata de un accionar arbitrario haber interrumpido las visitas vigentes, en la medida en que pesa sobre la progenitora en ejercicio de la guarda de los menores, el deber de protegerlos y cuidarlos.

Por esta razón, reitero, el propósito de la mamá no fue desoír el acuerdo aludido, dado que como señalé, ha planteado formalmente la cuestión, pudiéndose encontrarse afectado el interés superior de los hijos, los que, repito, no fueron escuchados.

E insisto en la escucha de los niños, dado que el contacto que debe guardar el juez de familia no puede ser remplazado, como en el caso, por la Defensora interviniente, resultando determinante que tome el sentir de los menores previo al momento de arribar a una solución que puede ser

contraria no sólo al interés de la madre, sino al de los propios menores.

Por otra parte, y no obstante el acuerdo arribado en esa instancia, no debe descartarse el aspecto dinámico que caracteriza a estas cuestiones, y que deben ser atendidas dada la conflictividad de los mayores.

Consecuentemente, entiendo que la aplicación de astreintes, a razón de $ 1.200,oo diarios durante el lapso de la omisión de cumplimiento resulta excesiva, inadecuada y no ayuda a la pacificación de las relaciones familiares, extremo éste necesario para el normal desarrollo de los hijos de las partes.

III.- Por ende, propongo al acuerdo dejar sin efecto la sanción referida, y consecuentemente, revocar la decisión apelada, con costas por la actuación en ambas instancias, teniendo en cuenta el modo en que se resuelve la apelación, en el orden causado (arts. 69 y 68, 2da. parte, CPCyC), difiriendo la regulación de los honorarios profesionales para cuando se cuente con base a tal fin.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

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

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- Revocar la decisión de fs. 81/83, con costas por la actuación en ambas instancias en el orden causado (arts. 69 y 68, 2da. parte, CPCyC).

II.- Diferir la regulación de los honorarios profesionales para cuando se cuente con base a tal fin (art. 15, ley 1594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO -Juez **Dra. PATRICIA CLERICI-Jueza** **MICAELA ROSALES-Secretaria**