

ACERCA DEL FALLO DE EXCLUSIÓN POR INDIGNIDAD.

Dr. Mauricio Moyano¹.

En esta oportunidad comentaré un fallo que resolvió la exclusión por indignidad de un progenitor que adeudaba alimentos a su hijo posteriormente fallecido.

La causa se caratuló “Vargas, Graciela Isabel c/ Cobos, Victor Miguel p/ ordinario”, y tramitó por ante los autos N° 260.422, cuya sentencia de primera instancia fue dictada en junio del 2019 por el Primer Tribunal de Gestión Asociada de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza. Posteriormente, en noviembre del 2019, el fallo fue ratificado por la Quinta Cámara Civil, Comercial y Minas de la Ciudad de Mendoza (autos 54.439). El caso trataba sobre la exclusión por indignidad fundada en el art. 2281 inc. e) del CCC. La madre del causante demandó por indignidad a su ex marido y padre del causante, en tanto sostenía que no había cumplido en tiempo y forma con su obligación alimentaria.

Cuestiones procesales atinentes al proceso de exclusión: La demanda de exclusión por indignidad se interpuso una vez producida la muerte del *de cuius* (art. 2283 CCC²) y ante el mismo tribunal donde tramitaba la sucesión del causante (autos 159.821, “Cobos, Pablo Federico p/ sucesión”) conforme lo ordena el principio del fuero de atracción (art. 2336 del CCC)³.

En un primer momento la demanda por exclusión se inició dentro del mismo proceso sucesorio, lo cual no fue admitido por el Tribunal, en tanto la misma debió tramitar por cuerpo separado y en proceso de conocimiento, conforme lo ordena el art. 332

¹ Ejerce en forma particular la profesión de abogado. Actualmente es profesor de Sucesiones en la Universidad del Aconcagua y en la Universidad de Mendoza. Ha disertado en varios congresos y capacitaciones, escrito varios artículos relativos a la materia, y fue director y coautor del libro "El proceso sucesorio en el código procesal civil, comercial y tributario de la Prov de Mendoza", Ed. ASC, 2018.

² Art. 2283. Ejercicio de la acción. “La exclusión del indigno sólo puede ser demandada después de abierta la sucesión, a instancia de quien pretende los derechos atribuidos al indigno...”

³ Álamo Roxana, “El Instituto Del Fuero De Atracción En El Código Civil Y Comercial –Ley 26.994”, En “Revista Del Foro De Cuyo Nro. 161-13.

del código de forma local⁴. Ergo, la actora inició luego proceso de conocimiento por exclusión en cuerpo separado⁵.

Una vez interpuesta la acción el Tribunal no ordenó la suspensión o paralización del proceso sucesorio, lo cual debería haberse ordenado hasta tanto recayera sentencia definitiva en el proceso de exclusión, atento la naturaleza de la cuestión debatida (exclusión de un legitimario por indignidad). Insisto en que debió ordenarse la paralización del proceso sucesorio, en tanto no se podía dictar sentencia declaratoria de herederos (art. 328 código procesal de Mendoza⁶) sin la previa resolución de aquella pretensión.

Sobre la leyes temporales aplicables al caso: Atento la fecha de fallecimiento del causante (16/11/16) corresponde que este caso sucesorio se rija por las normas del actual Código Civil y Comercial (ley 26.994), tal cual surge de los arts. 7 y 2644⁷ del código de fondo. Así, resultó aplicable al caso el art. 2281 del Código Civil y Comercial, el cual manifiesta: “*Causas de indignidad. Son indignos de suceder: ... e) Los parientes o el cónyuge que no hayan suministrado al causante los alimentos debidos... ”*.

No obstante ello, la obligación de prestar alimentos del progenitor a favor de su hijo Pablo se rigió por el viejo Código Civil, en tanto Pablo cumplió sus 21 años el 15 de

⁴ Artículo 332º CUESTIONES SOBRE DERECHOS HEREDITARIOS. - Las acciones judiciales que se susciten respecto de los derechos a la sucesión, se sustanciarán en pieza separada y en procedimiento de conocimiento.- El trámite del proceso sucesorio no se paralizará, salvo en cuanto sea indispensable por hallarse condicionado a la resolución de las cuestiones a las cuales se refiere el primer apartado. La suspensión deberá resolverse por auto fundado y será apelable.

⁵ MOYANO, Mauricio y ots., "El proceso sucesorio en el código procesal civil, comercial y tributario de la Prov de Mendoza". Ed. ASC, Mendoza, 2018, pág. 87.

⁶ Artículo 328º DECLARATORIA DE HEREDEROS. - I- Acreditado el vínculo de todos o reconocidos por quienes lo acreditaran, previo dictamen del Ministerio Público Fiscal, se dictará sentencia de declaratoria de herederos o de aprobación de testamento si correspondiera.

⁷ Artículo 2644. Derecho aplicable La sucesión por causa de muerte se rige por el derecho del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento.

diciembre del 2013. Así, resultó de aplicación a la obligación alimentaria los arts. 265 y 267 del viejo Código Civil⁸.

La causal de la exclusión por indignidad invocada en el caso: Como anticipé, el juicio trataba sobre la exclusión por indignidad reprochada al padre, en tanto se sostenía que éste no había cumplido en debida forma con la misma. Por ello, en la causa, las partes debatieron principalmente sobre si se incumplió o no con la obligación alimentaria.

Por otro lado, no fueron hechos controvertidos en la causa: el divorcio de los progenitores del causante ocurrido en el año 2005, ni tampoco el primer acuerdo de alimentos obtenido como consecuencia de una mediación del año 2001, el cual fue cumplido en tiempo y forma.

Respecto de los alimentos que abonaba el progenitor, se demostró en la causa que años después de celebrado el convenio alimentario del 2001, la actora inició un proceso de aumento de cuota alimentaria (año 2005), el cual obtuvo sentencia favorable. En este sentido, la cuota alimentaria del progenitor a favor de sus dos hijos menores ascendió en el año 2005 al 30% de los ingresos del demandado con más el 100% de las asignaciones familiares que él percibía. Dicho aumento de cuota fue incumplido por el progenitor, por lo que derivó en sendos expedientes de ejecución de alimentos (años 2008 y 2009 - autos N° 194/8/4F y 1666/9/4F), y en un embargo de los haberes del demandado.

⁸ Art. 265. “Los hijos menores de edad están bajo la autoridad y cuidado de sus padres. Tienen éstos la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, no sólo con los bienes de los hijos, sino con los suyos propios. La obligación de los padres de prestar alimentos a sus hijos, con el alcance establecido en artículo 267, se extiende hasta la edad de veintiún años, salvo que el hijo mayor de edad o el padre, en su caso, acrediten que cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo”. (Párrafo incorporado art. 3° de la [Ley N° 26.579](#) B.O. 22/12/2009)

Art. 267. “La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos en manutención, educación y esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y gastos por enfermedad”.

Por demás, debe tenerse presente que en el año 2011 el demandado solicitó la cesación de su obligación alimentaria alegando que la misma sólo correspondía realizarse hasta los 18 años de edad de sus hijos, y no hasta los 21. Al efecto, solicitó la inconstitucionalidad del art. 3 de la ley 26.579. La acción no prosperó por falta de legitimación sustancial pasiva, en tanto demandó a la madre, cuando en realidad tendría que haber demandado a sus hijos, desde que ya eran mayores de edad.

Así las cosas, se continuó trabando embargo sobre el sueldo del demandado para cubrir con los alimentos devengados hasta los 21 años de edad de los alimentados. Cabe destacar que al momento de la muerte del causante (16/11/16) éste contaba con 23 años de edad, pero existía todavía un saldo impago de alimentos (devengados antes de que cumpliera los 21 años), el cual se iba cumpliendo con el embargo de sueldos antes indicado. Ello es de suma importancia, en tanto se demostró que el cumplimiento parcial en el pago de los alimentos no fue voluntario, sino forzoso. Es decir, el progenitor demandado por indignidad cumplía parcialmente con su obligación alimentaria, pero lo hacía porque existía un embargo de haberes en su contra. No obstante ello, el embargo no alcanzaba para cancelar la obligación atrasada que arrastraba desde hacía años.

¿Se incumplió o no la obligación de prestar alimentos?: Dejo en claro que finalmente se demostró en autos que el demandado cumplió en tiempo y forma con su obligación alimentaria desde el año 2001 hasta el año 2007. En el 2007 se ordenó, mediante una sentencia judicial, un aumento de cuota alimentaria (30% de los haberes y 100% de las asignaciones familiares), con efecto retroactivo al momento de interposición de la demanda (año 2005). Dicho aumento de cuota no fue cumplido por el demandado, por lo que se ejecutó (años 2008 y 2009), y embargó el sueldo al demandado.

Así, desde el año 2007 y hasta (por lo menos) el año 2018, embargo de sueldo de por medio, el demandado fue cumpliendo parcialmente con su obligación alimentaria. Pero nunca pudo cumplirla en su totalidad ni cancelar su deuda atrasada, conforme lo

determinó la Cámara de Apelaciones en el año 2018. En el juicio por alimentos se determinó que al 10-12-2018 el demandado aún adeudaba la suma de \$87.188,41.

Las otras cuestiones debatidas en el proceso de exclusión: Resulta común en este tipo de procesos que las partes y sus letrados involucren o aleguen otras cuestiones ajenas al objeto principal de la causa. Así, en este proceso debía debatirse acerca del cumplimiento o no de los alimentos del progenitor a favor de su hijo. Pero en el afán de demostrar la totalidad de la realidad reinante, las partes invocaron y produjeron prueba respecto de hechos innecesarios e impertinentes. En efecto, la actora le reprochó al demandado haber desamparado moralmente a su hijo, haber desaparecido de la vida de su hijo. El demandado, por su parte, invocó una vez más el tema de la infidelidad de su ex cónyuge, la cual tuvo como fruto a una niña y al posterior divorcio del matrimonio. También trajo a colación la culpa de su ex cónyuge declarada en la sentencia del divorcio, y negó el abandono o desamparo de su hijo. Por demás, manifestó que incluso se constituyó como querellante en la causa penal para determinar las responsabilidades por el fallecimiento de su hijo, cuestión que la actora no hizo.

En suma, creo que las partes intentaban demostrar el amor, afecto y afinidad que (es innegable) tenían cada una respecto de su hijo, y lo contrario respecto del otro progenitor. Estos procesos involucran los sentimientos más puros de las personas, más propios y similares a los procesos de familia que a los procesos civiles. Estamos hablando del fallecimiento de un hijo. Se pone de manifiesto que en nuestro sistema jurídico de sucesión en la persona, de indudable raigambre romanista, poco importan los bienes del causante. Nótese que a lo largo de los dos fallos, tanto de primera como de segunda instancia, nunca se hizo alusión al caudal relicto. Más allá de que esa sea la consecuencia de la declaración de indignidad. Porque obviamente que de hacerse lugar a la misma, se excluirá a un ascendiente y acrecerá la porción del otro. Pero las partes ni siquiera tuvieron presente los bienes materiales, sino que intentaban dejar incólume sus sentimientos y su obrar para con su hijo.

Bien, todo esto que las partes quieren expresar hay que permitirselos. Pero de allí a producir prueba al respecto, es otro tema. Evidentemente que estas cuestiones que mutuamente se reprochaban las partes (el abandono del hogar, las infidelidades, el supuesto desamparo, no investigar la muerte violenta, etc.) son ajenas a la causal invocada (alimentos debidos), por lo cual devienen en innecesarias e impertinentes. Y así lo dejó en claro la Sra. Juez de primera instancia al peticionar a las partes en la audiencia inicial que se avoquen a demostrar sólo el cumplimiento o no de la causal invocada. Es decir que el hecho controvertido en la causa era determinar si el demandado había cumplido en tiempo y forma con su obligación alimentaria.

Pese a los esfuerzos del Juzgador, creo que su propósito no fue íntegramente cumplido en tanto se produjo prueba totalmente innecesaria. En efecto, el tribunal sólo rechazó la pericia psicológica, en tanto la consideraba ajena a la cuestión sometida a discusión. Pero se produjo, en cambio, prueba testimonial y dos encuestas ambientales que, estimo, nada aportaban al proceso.

A tales efectos, en primera instancia, en la audiencia inicial, el Tribunal determinó: *“Entiendo que en estos autos el objeto de la litis trabada queda circunscripto a la obligación de suministro al causante de los alimentos debidos – art. 2281 inc. e) CCCN- lo que me persuade de la impertinencia del tratamiento de otras cuestiones referidas a la responsabilidad parental que no hacen a la alegada causal de indignidad. Es por ello que debo proceder a rechazar por impertinente, las pruebas periciales tal como fueran ofrecidas por la actora, sin perjuicio de: 1).- Traer al pleito, por aplicación de lo dispuesto por el art. 711 CCCN, a la Srta. Roxana Elizabeth Cobos, y aceptar como testigo al conviviente de la actora, Sr. Marcelo Luis Saez; como a la testigo conviviente del demandado, Sra. Diana Hebe Canela, quienes podrán declarar, salvo negativa expresa y fundada de los mismos, que evaluaré en su caso. 2).- Ordenar se realice por intermedio de Perito Licenciado en Trabajo Social que corresponda, encuesta ambiental en el domicilio de la actora y del demandado, a fin de que determine: a).- personas que habitan en cada uno de los dos inmuebles; b).- ingreso detallado de los habitantes; c).- condiciones edilicias del inmueble... 4.- Las restantes pruebas propuestas reúnen los requisitos básicos de*

conducencia y pertinencia, han sido ofrecidas en tiempo oportuno y con los recaudos básicos exigibles, por lo que se aceptan en su totalidad”.

¿Resulta necesario contar con sentencia judicial previa que ordene el pago de alimentos para poder excluir por indignidad?

Si bien en este caso existía condena judicial a pagar alimentos y, además, la misma estaba incumplida parcialmente, no quiero dejar pasar la oportunidad para manifestar mi disenso con la posición adoptada por el Tribunal respecto de la necesidad de contar con sentencia judicial previa que ordene el pago de alimentos para justificar la exclusión del alimentante por indignidad.

Tal como lo manifiesta la Sra. Juez de primera instancia, durante la vigencia del anterior código de fondo la doctrina y jurisprudencia debatieron sobre si era necesario contar con sentencia judicial que condenara al pago de alimentos para que procediera la causal de indignidad. Así, el artículo 3296 bis del anterior código de fondo expresaba: *“Es indigno de suceder al hijo, el padre o la madre que no lo hubiera reconocido voluntariamente durante la menor edad o que no le haya prestado alimentos y asistencia conforme a su condición y fortuna”*. Se advierte que la antigua norma no exigía en su letra condena judicial alguna.

El actual artículo 2281 del Código Civil y Comercial tampoco establece en su letra condena judicial alguna. El mismo dice: *“Son indignos de suceder: ... e) Los parientes o el cónyuge que no hayan suministrado al causante los alimentos debidos...”*. Ergo, aún al día de hoy, vigente el nuevo Código Civil y Comercial, la doctrina sigue dividida al respecto sobre si se requiere o no condena judicial previa. Veamos algunas posiciones al respecto:

El doctrinario Ricardo Luis Lorenzetti manifiesta: *“La norma se refiere a los alimentos que resulten de fuente convencional o legal y no atiende a diferencias derivadas de la existencia de reconocimiento judicial. Por lo tanto, si el legislador no ha discriminado, habiendo podido hacerlo, no le corresponde al intérprete efectuar tal distinción y todos esos casos quedan alcanzados por la norma. La norma*

no discrimina, por lo que la ley se ha de entender general e indistintamente “Generalia generaliter intelligenda suni”, dice Gothofredo en la glosa de la Ley 1, Título 5, Libro 37 del Digesto, “Lex quoa generaliter loquitur, generaliter debet intelligi”, Cuando la ley no hace excepción alguna, pudiendo haberlo hecho, no es posible separarse de su disposición general por medio de una distinción que ella no ha hecho. De aquí el axioma común de los juristas ubi, lex non distinguit nec nos distinguere debemus, lo que significa que donde la ley no distingue no debemos distinguir. Al decir de Escriche, “el juez que pusiere excepción a una ley concebida en términos generales y absolutos, comete una arbitrariedad, un atentado, un exceso de poder”. Sin dejar lugar a dudas, mediante el artículo en comentario el legislador ha dispuesto la sanción sin proveer una consecuencia distinta para los alimentos debidos por disposición judicial o convencional, respecto de aquellos debidos por imposición legal pero no sometidos a la jurisdicción y que, por lo tanto, no son resultantes de un pronunciamiento judicial, habiendo podido hacerlo, si ésa era su intención. El legislador pudo haber realizado la discriminación tal como lo intentó en el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial del año 1993, que en su artículo 3296 consideró que debía ser también indigna aquella persona que, obligada por sentencia judicial a prestar alimentos al causante, no lo hubiese hecho. Claramente estableció como requisito que el incumplimiento fuese a una sentencia judicial. Tal lo dicho, las sanciones punitivas deben ser interpretadas de modo restrictivo. En el caso concreto no puede tratarse de cualquier incumplimiento. Un atraso temporal que no haya puesto en peligro al causante no tiene la entidad suficiente como para habilitar la sanción. Por otro lado deben considerarse las circunstancias de los sujetos, es decir, tener en consideración todos aquellos elementos que resultan pertinentes en la determinación no sólo de la vigencia del deber sino también de su cuantía”.⁹

Por su parte, Jorge O. Azpiri sostiene: “No hay duda que si hubo una condena a pasar alimentos que fue incumplida tal comportamiento encuadra en la presente

⁹ Lorenzetti, Ricardo Luis, “Código Civil Y Comercial Comentado”, Rubinzal – Culzoni Editores, Bs. As., 2014, tomo X, pág. 420.

norma. Pero si no hubo reclamo ni condena no se puede presumir la necesidad y, por ello, no tendría que configurar una conducta que deba ser sancionada. La norma puntualiza que no se han suministrado al causante “los alimentos debidos” u ello sólo puede ocurrir luego de una sentencia que imponía el cumplimiento de eses deber. No se ha previsto la situación que tiene lugar cuando ha mediado un incumplimiento parcial del deber alimentario y en tal supuesto quedará a criterio del juez determinar si corresponde la exclusión hereditaria. Tampoco se ha considerado el momento en que pudo haber ocurrido la falta de alimentos ni el tiempo de su duración. Puede suceder que se incumpla durante un lapso y luego se satisfaga esa obligación; en tal supuesto se presentan dudas acerca de si se ha configurado o no la causal, quedando también este caso sujeto a la interpretación judicial. Otro tanto ocurre respecto del tiempo de la duración del incumplimiento, ya que puede haber sido tan sólo de un período o haberse extendido en el tiempo. La trascendencia de esta situación de hecho deberá ser determinada judicialmente¹⁰”.

Finalmente, José Luis Pérez Lasala afirma que: *“La Ley no exige, para aplicar esta causal, que haya reclamo judicial, y menos aún que los alimentos estén fijados u homologados judicialmente; por eso consideramos que es suficiente la mera falta de la prestación. La jurisprudencia avaló esta posición. Otros autores, como Mazzinghi, interpretaron que por razones de seguridad sólo se configura la causal cuando media incumplimiento de una sentencia o de un convenio homologado que establece la cuota alimentaria. En el mismo sentido se manifiesta Di Lella. Pensamos que hubiera sido mejor –puesto que se trata de una sanción- exigir, al menos, el reclamo judicial de los alimentos”¹¹.*

Más allá de las posiciones doctrinarias expuestas que, como vemos, no son coincidentes, la solución que encontró la Sra. Juez de primera instancia al fallo comentado no es compartida por este letrado. En el aludido fallo, la Sra. Jueza de

¹⁰ Azpiri, Jorge O., “Incidencias Del Código Civil Y Comercial. Derecho Sucesorio”. Ed. Hammurabi, Bs. As., 2015, página 50 y 51.

¹¹ PÉREZ LASALA, José Luis, *Tratado de Sucesiones, Código Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, T. I, Pag. 417.

primera instancia sostiene que tal discusión ha devenido en abstracto al día de hoy, en tanto el actual Código Civil y Comercial en el último párrafo del artículo 2281 sostiene: “... *En todos los supuestos enunciados, basta la prueba de que al indigno le es imputable el hecho lesivo, sin necesidad de condena penal*”. Ahora, ¿Es esta eximición de condena penal aplicable al caso de incumplimiento alimentario? Estimo que no, que este último párrafo del artículo 2281 no es aplicable al caso de los alimentos. En efecto, el artículo exime de condena penal, cuestión totalmente ajena a un proceso de familia por alimentos¹².

Por demás, y sin perjuicio de lo expuesto en el párrafo anterior, fundamento mi posición con el siguiente razonamiento. El principio genéricamente aceptado respecto de los alimentos es que mientras no se reclaman, no se necesitan. Por ello, entiendo que el reclamo judicial resulta necesario para poder excluir por indignidad al alimentante incumplidor.

El principio antes mencionado surge también de la redacción del artículo 669 del Código Civil y Comercial que establece: “*Los alimentos se deben desde el día de la demanda o desde el día de la interpelación del obligado por medio fehaciente, siempre que se interponga la demanda dentro de los seis meses de la interpelación...*”

En conclusión, quiero dejar en claro mi disenso respetuoso respecto de dos cuestiones sostenidas por el Tribunal de primera instancia. En primer lugar, sostengo que los alimentos deben estar fijados judicialmente, lo cual presupone la necesidad del alimentado. Y por demás, la eximición del último párrafo del artículo 2281 del Código Civil y Comercial respecto de la condena penal no es aplicable al caso de los alimentos.

¹² En el mismo sentido se expresa: PÉREZ LASALA, José Luis, *Tratado de Sucesiones, Código Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, T. I, Pag. 420.