En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los 22 días del mes de mayo del año dos mil ocho, reunida en Acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Nélida Susana Melero y Dra. Graciela Mercedes García Blanco, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"G., L. B. c/ O., A. O. s/ CUSTODIA Y ALIMENTOS", expte. nro. 16.718/08**, venidos del Juzgado de Familia nro. 1 (expte. nro. 363/06), y atento el resultado del sorteo establecido en el art. 268 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 136), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Nélida Susana Melero, Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y Dra. Graciela Mercedes García Blanco.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 102/106? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. Melero dijo:

I. Vienen las presentes actuaciones por haber sido apelada a fs. 108/vta. por la parte actora la sentencia definitiva de fs. 102/106 registrada bajo el nro. 246 del 08/08/07.

El fallo recurrido en lo que aquí interesa dispuso: ”3)Fijar la cuota suplementaria de alimentos atrasados y que se devengaron durante la tramitación del juicio, la que será abonada por el demandado a la actora oportunamente conforme el considerando respectivo...”.

I.A) La actora se agravia a fs. 129/130

vta. arguyendo concretamente en que conforme emerge de lo analizado por la sentenciante a fs. 105vta., ésta, si bien hace lugar al planteo referido por su parte en cuanto a la fijación de alimentos atrasados desde la solicitud de la etapa previa de avenimiento, yerra en la determinación de fecha o estadio en que dicha etapa principia. Agrega que entre la fecha de la solicitud (24/10/05) y la fecha programada para la audiencia (03/03/06) transcurrieron más de cuatro meses con lo cual de no acogerse los agravios dicha diferencia de tiempo se traducirá en una pérdida de derecho alimentario que de manera alguna puede recaer sobre la actora.

A fs. 133/vta. contesta la Asesora Civil de Familia e Incapaces la vista corrida a fs. 132, la cual, citando el art. 88 de la Ley Pcial nro. 4347, concluye que existe la vigencia de una etapa extrajudicial previa y obligatoria a la instancia judicial para plantear las cuestiones vinculadas a la asistencia alimentaria, comenzando forzosamente dicha etapa con la presentación del requerimiento por parte del presentante ante la sede de la Asesoría Civil de Familia e Incapaces, mas ella no se inicia en la fecha de celebración de la audiencia de avenimiento, ya que lo contrario importaría actuar en detrimento del interés superior del alimentado toda vez que quedaría sin amparo durante el tiempo que transcurre entre la fecha de presentación del formulario y de celebración de audiencia. Sostiene que le asiste razón a la apelante.

I.B) En cuanto a la temática planteada ha determinado la jurisprudencia que: ”En el incidente de aumento de cuota alimentaria el cómputo de la nueva cuota debe comenzar con la presentación del formulario

de mediación. Es que, al estar la mediación erigida como un trámite previo al inicio del proceso, ninguna duda cabe que, no obstante su naturaleza no jurisdiccional, constituye un requisito de admisibilidad de la demanda. Por tal razón, no es posible condicionar un efecto propio de la interposición de la demanda como el devengamiento de la cuota alimentaria, a la presentación de ésta en el Juzgado luego de fracasada la mediación, ya que, en tal caso, se privaría al actor -durante ese período- de la prestación alimentaria" (G., S.E. c/ R., H.P. s/ aumento de cuota alimentaria, Sentencia Interlocutoria - CNCIV - Sala D - Nro. de Recurso: D038225 - Fecha: 30-9-1998): elDial – AEA).

Del análisis de las constancias de autos emerge que la fecha de la solicitud presentada por la actora fue el día 24/10/05 (fs. 3/vta. y 7/vta. conforme cargo de prosecretaría) y que recién conforme Acta nro. 4346/2006 (fs. 4 y 8) se efectuó la celebración de la audiencia de avenimiento el día 03/03/06, la que ante la incomparecencia del demandado, quien se encontraba debidamente notificado, dicha audiencia no pudo realizarse, circunstancia por la cual y atento lo solicitado por la parte actora la Asesora Civil de Familia e Incapaces resolvió dar por concluida la etapa prejudicial de avenimiento prevista en la Ley Pcial nro. 4347. A ello se suma que el demandado fue declarado rebelde por la a-quo a fs. 36.

Estimo importante que la conducta reticente del accionado no puede perjudicar los intereses, tanto de la actora como de la menor involucrada, no coincidiendo en virtud de la jurisprudencia transcripta y lo alegado tanto por la apelante actora como por la Asesora Civil de Familia e

Incapaces con lo analizado por la a-quo a fs. 105vta./106 en razón de que se ve beneficiado quien ha demostrado una conducta desconsiderada y desinteresada ante sus deberes de asistencia y protección propios de la paternidad.

Por las razones de hecho y de derecho expuestas precedentemente arribo a la conclusión que deben admitirse los agravios expuestos por la actora a fs. 129/131vta. y revocar el punto. III del fallo de la sentencia de fs. 102/106 en lo que fuera materia de agravios.

I.C) Las costas tanto de primera como de segunda instancia son impuestas al demandado vencido en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 68 y 279 del CPCCCh). Se difiere la regulación de los honorarios profesionales para el momento del acuerdo, donde se tendrá en cuenta el tema traído a decisión, la labor desarrollada y el éxito obtenido en un todo de acuerdo con lo prescripto por los arts. 6, 7, 9, 14 y ccdtes del Dto. Ley Pcial Nro. 2200 y su modificatoria Ley Pcial Nro.4335.

A la segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

En virtud de la conclusiones arribadas en los considerandos anteriores, propongo como fórmula postulatoria para el momento del acuerdo:

1) Hacer lugar los agravios expuestos por la apelante actora a fs. 129/130vta. y, en consecuencia, revocar el punto III del fallo de la sentencia de fs. 102/106 en lo que fuera materia de agravios.

2) Costas de primera y segunda instancia al demandado vencido (art. 68 y 279 del CPCCCh). Diferir la regulación de los honorarios profesionales

para el momento del acuerdo (arts. 6, 7, 14, 19, 47 y ccdtes del Dto. Ley Pcial Nro. 2200 y su modificatoria Ley Pcial Nro. 4335).

A la primera cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

Que llegan las presentes actuaciones a la Alzada en apelación de la sentencia de fs 102/106vta que hace lugar a la demanda promovida y, en consecuencia, otorga la custodia de la niña A. A. O., a su progenitora Sra. L. B. G., condena al demandado A. O. O. a abonar a la Sra. L. B. G., en representación de su hija, A. A. O., el 20% de las remuneraciones que por todo concepto perciba el demandado, previos descuentos de ley con más asignaciones familiares y ayuda escolar si correspondiere y obra social, que deberá ser depositada por adelantado en el Banco P. D. C. S.A. Fija cuota suplementaria por alimentos atrasados, y que se devengaron durante la tramitación del juicio, la que será abonada por el demandado a la actora oportunamente conforme el considerando respectivo. Impone las costas al demandado vencido y regula los honorarios.

A fs 108 vta la actora solicita aclaratoria por cuanto se determina la fijación de una cuota alimentaria "a partir de la promoción de la etapa prejudicial de avenimiento, mas dispone el pago de los alimentos atrasados, a partir del día 3 de marzo de 2006 (fs 4) según constancia del acta N° 4346/2006". Señala que la fecha que indica la promoción o apertura de la etapa prejudicial de avenimiento viene determinada por la solicitud de la etapa de avenimiento ante la Asesoría Civil de Familia e Incapaces, esto es, el 24 de octubre de 2005.

Apela en subsidio.

A fs 109, la Sra. Juez de Familia

resuelve: "A la aclaratoria no ha lugar por improcedente" y concede el recurso. A fs 129/130 se agrega la expresión de agravios.

Transcribe los fundamentos de la sentencia que la agravian, y agrega que la sentenciante hace lugar al planteo formulado por su parte en lo referido a la fijación de alimentos atrasados desde la solicitud de la etapa previa de avenimiento, pero equivoca en la determinación de la fecha o estadio en que dicha etapa principia.

Señala que ha sido conteste en el reclamo de alimentos a partir de la fecha de presentación de la solicitud de la audiencia de avenimiento y para acreditar dicha fecha, se acompañó a fs 3 el correspondiente pedido de audiencia, recibido en la Asesoría el día 24 de octubre de 2005.

Indica que desde la fecha de la solicitud y la fecha programada para la audiencia transcurrieron más de cuatro meses, en consecuencia, de no admitirse lo reclamado, se traduciría en una pérdida del derecho alimentario.

Cita interpretación de la Corte Suprema de la Nación.

A fs 133 y vta la Sra. Asesora de Familia e Incapaces, contesta la vista conferida.

La peticionante solicitó en el escrito de promoción de demanda de alimentos que la cuota oportunamente a fijarse se retrotraiga a la fecha de la petición de audiencia de avenimiento, lo que como bien señala la Sra Juez y surge de la audiencia de vista de causa, lo reiteró en dicha oportunidad.

Ante la ausencia del demandado no existió controversia.

La Sra Juez entendió con cita de

doctrina que correspondía fijarlo a la fecha de la celebración de la audiencia de avenimiento y así lo resolvió.

Ante ello se alza el quejoso mediante el memorial al que he hecho referencia, coincidiendo la Sra Asesora con la postura del apelante.

En principio he de señalar, que durante el curso del proceso se devengan alimentos y es ante ello que el ordenamiento procesal establece un mecanismo para la percepción de tales sumas, lo que difiere indudablemente de la obligación alimentaria que se persigue.

Tal como lo preceptúa el art. 644 del CPCCh corresponde la retroactividad de los alimentos a la fecha de la interposición de la demanda, pues es precisamente la exteriorizada voluntad de requerir su presentación la que actualiza la necesidad.

La introducción de una etapa de avenimiento obligatoria previa a la interposición de la demanda a través de la Ley 4347 de “Protección Integral de la niñez, adolescencia y familia” en el art. 88, que dispone que previa a la interposición de determinadas acciones, entre otras la de alimentos, los interesados deberán comparecer personalmente ante la Asesoría de Familia e Incapaces a los fines de cumplir con una etapa prejudicial de avenimiento, con lo cual se labrará el acta respectiva y el art. 95 de la ley citada que reza que el testimonio del acta será imprescindible "para iniciar las actuaciones en el Juzgado de Familia”, la determinación del momento a partir del cual se adeudan los alimentos atrasados, dispuesto por el art. 644 ha debido adaptarse, e interpretarse armónicamente toda vez que la Ley 4347 no se aparta de las razones tenidas en cuenta por el

legislador.

Y ello ha sido admitido por la jurisprudencia de las Cámaras de la Provincia (Sala "A" CACR, SD 75/03, CANE, SI 210/07; Sala 2ª CATrelew, SD 32/03, pero lo que se presenta en discusión en autos se refiere a si tal fecha debe retrotraerse al momento en que se solicita a la Sra Asesora se fije audiencia de avenimiento o desde la fecha en que se realiza la audiencia.

Y he de coincidir con el quejoso, la Sra Asesora y quien emitiera el primer voto, atento que, como ya lo señalara, el inicio de la etapa prejudicial de avenimiento impuesta por la citada ley con carácter obligatorio, aplicable –entre otros– al proceso de autos, constituye en la actualidad el primer acto en que se exterioriza la necesidad del reclamante; la solución contraria convertiría a esta etapa ineludible en una carga para el reclamante, lo que resultaría contrario a los fines del instituto e inadmisible cuando están en juego los intereses de menores de edad, por contradicción con el art. 3° de la C.D.N. que consagra su interés superior como consideración de primordial atención en la materia. "En otro orden, hallándose involucrados lo intereses de menores de edad, como ocurre en la especie, una interpretación diversa resultaría claramente contraria al art. 3° de la Convención de los Derechos del Niño, que cuenta con el rango normativo atribuido por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, en cuya virtud el interés superior del niño ha de constituir una consideración primordial en la materia (conf. "S. de L. D. G. V. c. L. de G. M. s/ alimentos", 6-3-98 y CNAC, Sala K, 8-3-204 "M., A.M. y otro c. L.,D.A." LL2004-D-238).

A nivel nacional, más allá de que se

trata de una etapa de mediación, no encuentro motivo para apartarme de lo sustentado por doctrina y jurisprudencia, que ha sostenido: "... la mediación previa al juicio de alimentos apareja la inopinada pérdida de cuotas devengadas comprendidas en el período que va desde la formulación (...) hasta el momento de la radicación de la demanda" (conf. "Derecho Constitucional de Familia" de Andrés Gil Domínguez, María Victoria Fama, Marisa Herrera, Tomo II, Ediar editores, año 2006, pág. 971).

Asimismo, que "En los procesos de alimentos y a los efectos de armonizar lo dispuesto en el art. 644 del CPCC con el contenido de la Ley de Mediación, el cómputo del plazo para el pago de la cuota de alimentos debe comenzar con la presentación del formulario de mediación" (C.N.Civ., Sala D, "T., E.D.N. c/ B., G.C." de fecha 14/05/1998 en L.L. 1998-E-1993 y C.N.Civ., Sala H, "S., J., C.N.A.C., sala C, 7 de junio 2007, "L.G.R. c. M.E.F.", DJ 28-11-2007, 908).

En igual sentido se ha expedido la CNCiv, Sala H, 9-9-97, 2C., "N. C.R., C.J. s/ alimentos", jurisprudencia a la que hace referencia el Dr Alberto J. Bueres, en autos "T., E.D.N. c. B,G.C", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D.

Por las razones dadas deberá modificarse la sentencia, en concordancia con lo dictaminado por la Sra. Asesora de Menores.

Costas y honorarios deben adecuarse por manda procesal.

Las costas de la instancia anterior permanecen inalterables por el principio objetivo de la derrota, las de esta instancia, teniendo en cuenta que el motivo de la apelación ha sido suscitado por la decisión de la sentenciante, y la inexistencia de

controversia, sin perjuicio de la materia, las impongo en el orden causado. Las costas deben imponerse o distribuirse teniendo en cuenta los intereses enfrentados y el caso traído en apelación, entiendo, se trata, a decir de Bossert en "Régimen jurídico de los alimentos", pág. 317, de aquellos que “los intereses enfrentados no conciernen inmediatamente a los alimentos, sino que son... conflictos de índole procesal”, más de interpretación de la norma procesal.

A fin de regular los honorarios de esta instancia, que los difiero para el momento del acuerdo, merituaré la labor profesional, el resultado obtenido, y demás pautas de los artículos 6, 7, 14, 25 y 47.

A la segunda cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo que:

1) Admite los agravios de la actora apelante y modifica la sentencia de fs 102/106, en el punto III) y, en consecuencia, fija la cuota por alimentos atrasados que deberá abonar el Sr A. O. O. a la Sra. L. B. G., en representación de su hija A. A. O. a partir del 24 de octubre de 2005.

2) Impone las costas de esta instancia por su orden y difiere la regulación de los honorarios para el momento del acuerdo.

A la primera y segunda cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento el presente pleito por apelación deducida por la parte actora contra la sentencia definitiva nro. 246/2007 (fs. 108, fs. 102/106).

Debiendo resolver en tercer orden y atento a que la ley 4550 que modifica el art. 271 del CPCCCh (art. 4), dispuso que es suficiente a los efectos de adoptar decisión que el Tribunal lo haga

fundadamente, examinando las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a juzgamiento del juez de primera instancia que hubieran sido materia de agravios, y por mayoría, "bastando para conformarla los votos en sentido coincidente de quienes se expidan en primero y segundo término", dejando a salvo la facultad del tercero de pronunciarse; que siendo esta la situación de quien aquí vota, haciendo uso de dicha facultad normativa me abstengo de expedirme sobre aquellos temas que existen votos coincidentes en su resolución, por lo tanto, se limitará mi pronunciamiento a la imposición de costas, único tema en el que existe discordia en el pronunciamiento de las Sras. Camaristas preintervinientes.

Encuentro que la reseña efectuada de los agravios del representante de la actora que lucen a fs. 129/130 por las juezas prevotantes es suficientemente explícita y me exime de realizarla en el presente, agregando que considero cumplimentado lo dispuesto en el art. 163 del código ritual y en la convicción que la manda constitucional del art. 169 no está destinada a repeticiones disvaliosas, con mayor fundamento cuando hubo consenso en la resolución del tema trocal, diferenciándose respecto del momento a partir del cual corresponde percibir las cuotas de alimentos suplementarias.

La aplicación del art. 68, segundo párrafo, o art. 71 del código ritual, teniendo en cuenta el resultado del pleito, rige para juicios de otra naturaleza y contenido y en casos muy excepcionales puede procederse en los juicios de alimentos, donde por el contrario el principio que rige la materia es que las costas son a cargo del alimentante, no puede variarse el mismo con basamento

en la estimación judicial, dado que la madre, quien abogó por el hijo que consta en forma clara su situación patrimonial y el pedido formulado desde la primera presentación judicial, sufriría un agravamiento indeseado.

Ya que solo es procedente apartarse del principio según el cual las costas deben ser soportadas por el alimentante cuando el actor por temeridad, malicia o negligencia grave, pide más de lo que en derecho corresponde. En la especie, la circunstancia que la actora haya peticionado rubros que consideró necesarios que fueron declarados procedentes y por apreciación judicial se omitió evaluar un lapso, apartándose de las constancias de autos e incluso de sus propias fundamentaciones en el fallo venido en crisis, no autoriza a dejar de aplicar el principio general mencionado (ver Roberto G.Loutay Ranea "Condena en costas en el proceso civil", pág. 428/429, Ed. Astrea-98).

A mayores fundamentos entiendo, conforme doctrina, que la intencionalidad de los legisladores tanto en materia de fondo como de normas procesales fue atender a la celeridad por la urgencia del tema y las necesidades del alimentista para evitar el perjuicio de una demora que sufriría el alimentado (ver Gustavo Bossert, "Régimen jurídico de los alimentos", cap. Aspectos procesales, págs. 346/51, Ed. Astrea-2006). En este orden de ideas, observo que esta legislación tendiente a proteger a quien necesita, por medio de normas que regulan los trámites en ese sentido, observo que no ha de desplazarse el principio que rige respecto de la imposición de las costas en esta materia y quien debe soportarlas, que es el alimentante, y no sufrirlas el alimentado.

Congruentemente con lo expuesto, considero que debe sopesarse y priorizarse al momento de decidir esta cuestión de la imposición de las costas, la urgencia y la necesidad del alimentado que estimo se verían afectadas si la accionante debe soportar la erogación causídica.

Por todo lo cual y según lo dispuesto en el art. 279 del CPCCCh, estimo que corresponde la readecuación de costas y honorarios e imponer las de ambas instancias al demandado.

Por coincidir con la Dra. Melero doy por reproducida la fórmula postulatoria en lo que fue materia de decisión.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con la disidencia parcial de la Dra. Reynoso de Roberts, la siguiente

SENTENCIA:

1) Admitir los agravios de la actora apelante, modificar la sentencia de fs 102/106vta., en el punto III) y, en consecuencia, fijar la cuota por alimentos atrasados que deberá abonar el Sr A. O. O. a la Sra. L. B. G., en representación de su hija A. A. O., a partir del 24 de octubre de 2005.

2) Costas de ambas instancias al demandado. Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia, con relación a los alimentos, de los Dres. H. G. A. y M. C. R., conjuntamente, en la suma de PESOS MIL ($1.000) y por sus trabajos en la alzada en la suma de PESOS TRESCIENTOS CINCUENTA ($350).

3) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

MARTA SUSANA REYNOSO de ROBERTS - Presidente
NÉLIDA SUSANA MELERO - Juez de Cámara
GRACIELA MERCEDES GARCÍA BLANCO - Juez de Cámara

REGISTRADA BAJO EL nro. 01 DEL AÑO 2008
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "F"