Comodoro Rivadavia, de agosto de 2010.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"S., Y. E. c/ B., J. J. s/ INCIDENTE DE AUMENTO DE CUOTA ALIMENTARIA", Expte. N° 198/2010**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia N° 1, (Expte. N° 146/2008), por haber interpuesto a fs. 233 el demandado recurso de apelación contra la sentencia interlocutoria de fecha 12 de abril de 2010, de fs. 227/231vta., que hace lugar al incidente de aumento de cuota alimentaria y en consecuencia condena a abonar a favor de los niños F.L.B. y L.J.B., una cuota alimentaria equivalente al TREINTA POR CIENTO (30%) de los haberes que por todo concepto perciba el demandado, previos descuentos de ley, con más las asignaciones familiares y ayuda escolar cuando corresponda. Fija una cuota suplementaria por alimentos atrasados y le impone las costas al demandado vencido.-

I.- En su memoria de fs. 236/241vta., se agravia el recurrente porque se hace lugar a la petición de aumento de la cuota alimentaria, la considera realmente excesiva y desproporcionada, toda vez que la actora no acreditó los mayores gastos y necesidades de los niños ni justificó que pasen por un estado de desnutrición o que les falte vestimenta, recreación, practiquen alguna actividad extraescolar o hayan pasado por algún tipo de enfermedad en el que la actora haya incurrido en gastos extraordinarios. Afirma que es con él con quién los niños participan de diferentes actividades, haciéndose plenamente responsable de los gastos que ello demanda, como así también de su recreación, vacaciones, obra social y

materiales para su educación, cuya prueba obra en éstos autos. Sostiene que lo resuelto vulnera irreparablemente su patrimonio y actualmente excede sus posibilidades. Señala que la magistrada pasa por alto el ofrecimiento que le hace a la actora del 25%, lo rechaza sistemáticamente sin un justificativo valedero desde la audiencia de avenimiento. Expresa que la jueza realiza un análisis reduccionista y unilateral de los hechos apoyándose en doctrina y jurisprudencia de su juzgado que no es pacífica ni plenaria, además del fallo no surge un acabado y pormenorizado análisis de los hechos puesto que no toma en cuenta el total de las obligaciones a las que él hace frente (nuevo matrimonio, nacimiento de una nueva hija y contrato de alquiler).- Asevera que no es suficiente decir que a mayor edad mayores gastos para disponer el aumento de la cuota, cuando las necesidades elementales están cubiertas, a su entender debe probarse acabadamente tales extremos de pretender un aumento por encima de los montos normales o realizar un detalle de las actividades que practican los niños, para hacer lugar a una pretensión tan exorbitante. Expresa que valora el cuidado y atención que la actora dispensa a sus hijos pero la jueza no hace hincapié respecto a la capacidad contributiva que posee la actora, ni tampoco se tiene en cuenta las posibilidades que ella tiene de ingresar por su propia juventud y capacitación al mercado laboral. Sostiene que siempre intentó, desde que existió el requerimiento, actualizar el monto de la cuota pero no pudo materializarlo porque la actora legalmente se lo impide. Señala que su sueldo no fue siempre el mismo, fue incrementándose en forma

paulatina conforme la oferta y demanda del crudo, pero que en la actualidad el precio del mismo bajó ostensiblemente y se espera una importante caída de sueldos para los que pertenecen a ese sector, no obstante se comprometió a abonar ese porcentaje, porque, a pesar de los vaivenes económicos que se puedan sufrir, podrá hacer frente y soportarlo acorde a las posibilidades que tiene. Asimismo se agravia por la cuota suplementaria de los alimentos atrasados, entiende que su parte tiene que abonar dos veces el concepto de alimentos, no solamente tiene que sufrir una condena aleccionadora por su comportamiento coherente y razonable en todo el proceso, sino que además se le adiciona este otro rubro, desde el momento que se inicia la mediación hasta la interposición de la sentencia. Sostiene que ésta doble imposición es una injusticia, una arbitrariedad incongruente con los principios procesales e inconstitucional. Finalmente se agravia por la imposición de las costas, toda vez que hubo participación razonable en el proceso, por lo que resulta viable el pedido de costas por su orden.- Cita doctrina.- Hace reserva del caso federal.-

Corrido traslado a la parte actora a fs. 242, los mismos no son contestados.

II.- De las constancias del expediente surge que a fs. 24/26, la actora promueve demanda por aumento de cuota alimentaria en representación de sus hijos F.L.B. y L.J.B. contra el padre. Afirma que la cuota pactada con el alimentante desde el año 2006 no ha sido modificada (acta de avenimiento y sentencia homologatoria fs. 2 y 10 y vta. –Expte. N° 1367/2006 agregado por cuerda) y que la misma resulta

insuficiente. Ofrece prueba.

Con fecha 24 de abril de 2008 (Acta N° 8709/2008) se efectuó ante la Asesoría de Familia e Incapaces una audiencia de avenimiento, del punto Asistencia Alimentaria surge que: "La madre de los niños solicita en concepto de cuota alimentaria mensual un TREINTA Y CINCO POR CIENTO (35%) de lo que percibe el Sr. B. en concepto de salario, menos los descuentos de ley. El padre de los niños ofrece un VEINTICINCO POR CIENTO de su sueldo, por lo que en este punto no hay acuerdo, manteniéndose provisoriamente lo acordado anteriormente en el Acta N° 5942/2006".-

A fs. 75/79 contesta el demandado, solicita el rechazo de la demanda de conformidad a los argumentos que expone en su escrito y ofrece prueba.

Producida la prueba y contestada la vista por la Sra. Asesora Civil a fs. 224/225, se dicta sentencia interlocutoria no. 27/2010 de fs. 227/231, que fija la cuota alimentaria a favor de los hijos del demandado en el treinta por ciento (30%) de los haberes que por todo concepto perciba el demandado, previos descuentos de ley, con más asignaciones familiares y ayuda escolar cuando corresponda y obra social. Adiciona el pago de cuota suplementaria por alimentos atrasados e impone costas al alimentante.

III.- Sostiene la doctrina y jurisprudencia predominante, criterio al que adhiere el tribunal, que para que proceda el incidente de modificación, es preciso la concurrencia de una sustancial variación de la situación vigente al tiempo del establecimiento de la cuota.

Se trata de un presupuesto ineludible

para la procedencia de la petición pero por supuesto no puede ni debe ser ese sólo extremo el único tenido en cuenta para fijar una nueva cuota.

La actora funda su petición en la insuficiencia de la cuota convenida por las partes (acta y sentencia de fs. 2 y 10 y vta. –Expte. N° 1367/2006 agregado por cuerda) atento el incremento en el costo de vida y la mayor edad de los niños. A su vez, el alimentante alega un cambio de su situación personal que le impide afrontar el pago de una cuota del 35% de sus haberes por alimentos. Destaca que la obligación de mantener a la hijos es de ambos progenitores.

Es preciso recordar que, lo prioritario en relación al tema de alimentos gira en torno al concepto de necesidad, el que indica que no se trata de hacer que los alimentados participen de la fortuna paterna, si existiere o que la cuota se fije en proporción directa a ésta o teniendo en cuenta la posición económica del alimentante, debiendo sí tenerse en cuenta tales parámetros como pautas a los efectos de la determinación del monto definitivo.

En autos, como bien lo señala la jueza de la primera instancia, la mayor edad de los niños ha implicado la existencia de un aumento en sus necesidades escolares, sociales, médicas, esparcimiento, etc; que justifican un aumento de la pensión pactada en su oportunidad.

Es que han transcurrido más de cuatro años entre la fecha que se pactó la suma de $ 1000 (año 2006- acta de fs. 2 Expte. N° 1367/2006) hasta la actualidad. Entonces los niños tenían 7 y 3, hoy tienen

11 y 7 años. Además resulta que surge de la documental adunada por la empleadora los ingresos del alimentante actualmente son mejores que los que tenía en aquella época.

En la determinación de la cuota alimentaria, constituye una ecuación insoslayable la compatibilización entre necesidad y posibilidad; en tal sentido la fijación en porcentuales contempla adecuadamente tal delicado equilibrio desde que implica una valoración de los dos extremos. Luego, la modalidad es ventajosa fundamentalmente para el alimentado desde que tendrá asegurado el aumento de la cuota en función del crecimiento salarial del obligado y, como contrapartida, también lo es para el alimentante para los supuestos de disminución de sus ingresos fijos. Ha de decirse, entonces que contempla adecuadamente las pautas que deben ser consideradas en la materia y que evita la proliferación de incidentes tanto de aumento como de disminución de cuotas ante eventuales modificaciones de las entradas; evidenciando, entonces, sólidos fundamentos de economía procesal.

Ahora bien, la recurrente sostiene que el porcentaje es excesivo. Es decir alega que el primer presupuesto vinculado al equilibrio entre necesidad y posibilidad no concurre en la especie.

Las necesidades de los niños, no requieren prueba, no obstante ello resulta de autos que el niño de menor edad concurre a la Escuela N° *** “P. C.”, sita en calle C. N° **** B° I. Q. (fs. 85, 102/103vta.).

En el presente se ha acreditado el ingreso del alimentante conforme surge de los recibos de fs.

69/72 y 193/196, dato objetivo que evidencia la capacidad económica del padre, recibe una remuneración promedio mensual de $ 11.300 (según recibos de sueldos).- De la prueba colectada en autos surge que el Sr. B. a contraído nuevas nupcias (fs. 57), de dicha unión a nacido una niña (fs. 90) y que alquila la vivienda donde habita (fs.58/61).

A fs. 197 obra contestación de oficio N° 497/09 de la empresa T. V. D. A. S.A., y se acompañan recibos de sueldo del Sr. B. e informa que no percibe asignaciones familiares.-

A fs. 11/16 se agregan recibos de pago de alquiler por parte de la actora y a fs. 17/19 contrato de locación del inmueble donde habitan los niños y la Sra. S..-

De las pruebas testimoniales (fs. 126vta., 127 y vta.), y de la prueba confesional de la actora (fs. 122) surge que trabaja en forma esporádica como empleada doméstica, planchado, que su remuneración casi siempre es de quinientos pesos por mes, aunque es variable. Es decir que existe posibilidad concreta de contribución materna.

Por tal razón es pertinente una mínima reducción del porcentaje fijado.- En este orden debe valorarse además el aporte que debe hacer la madre y el contenido que es dable asignarle a la prestación alimentaria (manutención, vestido, habitación, asistencia, gastos por enfermedad, educación y esparcimiento).

Reiteramos, la obligación que impone a los padres el artículo 265 del Código Civil de criar, alimentar y educar a los hijos conforme su condición y

fortuna con sus propios bienes, implica para el padre y la madre procurarse los medios necesarios para asegurar mínimamente a sus hijos una subsistencia digna. Se ha considerado que incluso el hecho que se tengan otros hijos de uniones posteriores, sólo puede incidir en el mayor esfuerzo que cabe exigirles. Ello, porque el límite del monto de la cuota de alimentos está dado por las necesidades del niño, en función de los ingresos de los progenitores.-

En consecuencia, debe hacerse lugar a los agravios y se revoca el porcentual total dispuesto por la magistrada, de acuerdo a los fundamentos vertidos en el presente, fijándolo en el 25%.

Con relación a la determinación de la cuota suplementaria por alimentos atrasados, la crítica no puede prosperar, rechazándose la queja sobre una supuesta "doble imposición", resultando inadmisible, en atención a los preceptos legales aplicables, arts. 657 y 662 in fine (antes 645 y 650 del CPr.) y 88 y siguientes de la Ley III N° 21 D.J. (antes ley 4347), debe computarse la misma desde la fecha de la audiencia de avenimiento. Resolver de otra manera, implicaría subvertir los intereses en juego colocando los de la actora y el demandado por encima de los hijos.

En dicho sentido, cabe agregar, que la Ley III N° 21 ha impuesto como presupuesto de admisibilidad de la demanda de alimentos la realización de la audiencia de avenimiento, trámite que los litigantes no pueden obviar.

Por ello, ante la expresa manifestación de la parte y la obligatoriedad de la etapa de avenimiento impuesta por la Ley III N° 21, se concluye que el

agravio no debe prosperar. Máxime que como se ha observado este es el criterio que la jueza ha sostenido en otros pronunciamientos de igual tenor (Sent. Int. No 12/2009), sin que se advierta las razones que justifiquen apartarse del mismo en el caso particular (art. 650 in fine CPr).

Ello así, 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).

Por las razones dadas deberá rechazarse este agravio y confirmarse el punto II) del fallo.

Por último en cuanto al agravio sobre la

imposición de las costas al alimentante, la queja tampoco ha de prosperar, por no encontrar en los presentes, mérito para ello, no sólo por la naturaleza del reclamo, sino por entender que la actitud asumida por la alimentada no resultó abusiva y pudo considerar que le asistía derecho a ello. Señala acertadamente Bossert, citado por Roberto G. Loutayf Ranea en "Condena en costas en el proceso civil" pág. 437 "que las costas en los incidentes de aumento o reducción alimentaria no deben imponerse al beneficiario de la pensión, siempre que se haya asumido una actitud razonable, sea al demandar sin éxito, sea al pedir sin éxito del pedido de reducción".

A mayor abundamiento, consideramos que en casos, como el de la naturaleza que se trata el presente, es entendimiento jurisprudencial que compartimos que: "Corresponde imponer las costas al alimentante, pues de lo contrario se desvirtuaría la naturaleza y alcance de la prestación, gravando cuotas cuya percepción íntegra se presume como una necesidad de subsistencia. La índole asistencial de la deuda acordada por los litigantes, inhibe de ser afectada por gastos originados ante la necesidad de compeler al progenitor a sufragar cargas básicas surgentes de la patria potestad, habida cuenta que debe permanecer incólume al prístino derecho alimentario en favor del hijo, permaneciendo ajeno a distraimientos por erogaciones que reconocen un obvio piso de marcha en el renuente comportamiento del padre. Ante la necesidad de prohijar la plenitud de alimentos para el menor, queda desplazada la operatividad de lo normado por el art. 73 del Cód. Proc. y es menester privilegiar la

especificidad del tema asistencial que involucra al presente (arts. 31 Const. Nac., 265 y 267 Cód. Civil) (Pcia. De Buenos Aires, "A., R. c/ P., J. C. s/ Divorcio vincular" - CC0201 - LP - A 43034 RSI-7-94 I - 10-2-1994, mag. votantes: Sosa-Crespi: elDial - WB70C).

En consecuencia, se hace lugar parcialmente a los agravios de fs. 236/241vta. y se revoca el porcentual total dispuesto por la magistrada, de acuerdo a los fundamentos vertidos en el presente.-

IV.- Las costas de la alzada en atención a la naturaleza de la cuestión debatida se imponen al alimentante vencido. Para regular los honorarios rige la Ley XIII N° 4 del Digesto Jurídico (arts. 5, 6, 9, 24 y concords.), el mérito del trabajo profesional y su resultado.

Por ello, la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia,

R E S U E L V E:

1°) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto a fs. 233 y, en consecuencia, revocar parcialmente el Punto I) de la sentencia de fs. 227/231.

2°) Condenar al demandado J. J. B. D.N.I. **.***.*** a abonar a la Sra. Y. E. S. D.N.I. **.***.*** en representación de sus hijos menores de edad y a favor de los niños F.L.B. D.N.I. **.***.*** y L.J.B. D.N.I. **.***.***, una cuota alimentaria equivalente al VEINTICINCO POR CIENTO (25%) de los haberes que por todo concepto perciba el demandado, previos descuentos de ley, con más asignaciones familiares, ayuda escolar cuando corresponda y en la

forma que lo determina la jueza de grado en el punto I de la parte resolutiva.

3°) Costas de la Alzada al demandado vencido. Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la Alzada a la Dra. C. A. M., en la suma de PESOS TRESCIENTOS ($300).

4°) Regístrese, notifíquese, devuélvase.