000095/2011

Comodoro Rivadavia, de mayo de 2011.-

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"D., B. J. c/ W., D. S. s/ ALIMENTOS (legajo de copias)", Expte N° 95/2011,** venidos del Juzgado Letrado de Familia, N° 3 (Expte. N° 408/2009), por haber interpuesto la parte demandada a fs.18/19 del presente legajo recurso de reposición con apelación subsidiaria contra la providencia de fs.17. Rechazado el primero, se concedió el segundo conforme surge de fs.20.

De las constancias del presente legajo surge que el demandado alimentante solicitó a la Sra. Juez, le indique a su empleadora que calcule el porcentual de la cuota alimentaria fijada, luego de retener el porcentaje correspondiente al impuesto a las ganancias.

Frente a ello, se decidió librar oficio reiteratorio en los mismos términos que el librado con anterioridad (ver fs. 10) en el que señalara que "deberá descontar …previos descuentos de ley…".

El descuento efectuado en el mes de diciembre, realizado el cálculo previo de haber descontado las retenciones de ganancias generó un nuevo pedido del alimentante en igual sentido, solicitando además la imposición de multa por cada día de incumplimiento.

II.- Tal petición dio lugar a la providencia de fs. 17 que se recurre. Dispuso la sra. Juez el libramiento de oficio aclaratorio en el que indica a la empresa que deberá proceder a la retención una vez efectuados "todos los descuentos de ley" y considerando que no surgía ningún incumplimiento no

hizo lugar a la imposición de multa indicando al requirente que ocurra por las vías pertinentes por ante su empleadora.

Le causa agravio al apelante que la providencia que se recurre no aclare la situación, y toda vez que le indica que debe recurrir por la vía pertinente contra la empleadora, considera que implica una contradicción además de un enfrentamiento potencial con su empleadora. Entiende también, que tal vía solo estaría habilitada una vez que el juzgado ordene claramente la forma de hacer los cálculos, mientras tanto no se trataría de incumplimiento.

Considera una denegación de justicia negarse a aclarar el punto y dejarlo en manos del propio alimentante y de su empleadora.

III.- La cuestión a dilucidar que plantea el recurrente consiste en determinar si la retención por impuesto a las ganancias consiste en un descuento de ley, y es decir de aquellos que deben deducirse de los ingresos percibidos en forma previa a la determinación de la cuota o, por el contrario, si se trata de una retención y por lo tanto no debe considerarse a la hora de calcular el porcentual correspondiente a la cuota alimentaria fijada, de manera que, sin tal deducción, los ingresos considerados son mayores y por lo tanto mas elevada la cuota alimentaría que se calcula.

En tal sentido, la insistencia de la Sra. Juez de primera instancia de indicar “previos los descuentos de ley” lejos de aclarar la situación en la forma requerida, implica una tautología, que encierra de manera inútil y circular la petición.

Sabido es que la fijación de la cuota alimentaria debe basarse tanto en las posibilidades económicas del alimentante como en las necesidades del alimentista, sin apartarse de tales realidades.

Asimismo que al fijar la cuota en porcentaje, tratándose de un trabajador en relación de dependencia, se asegura que la cuota irá cambiando a medida que varía el sueldo que el trabajador percibe.

Desde tal punto de vista se trata de que la base del cálculo de lo que puede aportar el alimentante, sea la suma liquida que realmente percibe, y en base a la que se miden sus "reales posibilidades".

Estos simples fundamentos explican que deben descontarse de la remuneración bruta, a efectos de aplicar el porcentaje, las deducciones forzosas fundadas en disposiciones legales, pues no es justo que el alimentante soporte el porcentaje sobre una suma que en virtud de disposiciones legales, no percibe descuentos que no han dependido de su voluntad. De lo contrario la cuota a la que se arribe no respondería a las reales posibilidades económicas del alimentante.

Por ello, en el caso, para calcular la cuota alimentaria deberá excluirse el impuesto a las ganancias, en tanto del ordenamiento legal vigente –ley 20.628 y sus modificatorias- surge que tal retención responde a una obligación legal, que el alimentante se encuentra compelido a cumplir y por ende no puede ser resistida por el mismo, debiendo considerarse un descuento de ley y no voluntario.

Es que su ganancia, no es tal si no se descuenta previamente el monto que la norma prevé para su categoría, pues las sumas que por tal concepto se le retienen no ingresan a su patrimonio, sin que pueda

ser considerado como ingreso sobre el cual deba computarse el porcentual de la cuota fijada.

En consecuencia, debe admitirse el recurso de apelación deducido en subsidio y disponer que en la instancia de grado se libre oficio aclaratorio de los anteriores librados, informándole a la empleadora L. A. S.A. que dentro del concepto de descuentos de ley deberá considerar la retención que por impuesto a las ganancias, se le efectúe al demandado bajo apercibimiento de aplicar astreintes en caso de incumplimiento.

No cabe imponer costas en esta instancia atento la cuestión debatida, el procedimiento, la falta de contradicción y la decisión arribada. Los honorarios de los letrados intervinientes serán regulados teniendo en cuenta las pautas establecidas en el art. 32 in fine de la ley arancelaria local sin desatender las orientaciones dadas en los arts. 5 a 8 del citado cuerpo normativo.

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

RESUELVE:

1) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto en subsidio, contra la resolución de fs. 17 (fs.361 del principal).

2) Disponer que en la instancia de grado se libre oficio aclaratorio a la empleadora haciéndole saber que, a los fines de calcular la cuota alimentaria deberá considerar como descuento de ley el monto descontado en concepto de impuesto a las ganancias, bajo apercibimiento de imponer astreintes en caso de incumplimiento.

3) Sin costas de la alzada de acuerdo al considerando respectivo. Regular los honorarios profesionales de las Dras. A. C. R. y L. J. de M. conjuntamente en la suma de pesos doscientos cincuenta ($250).

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia se firma por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia el Sra. Juez de Cámara, Dra. Nélida Susana Melero y concordar en la solución del caso (Ley 5 N° 17 del Digesto Jurídico de la Provincia del Chubut).

REGISTRADA BAJO EL N° AÑO 2011

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS