--- En la ciudad de Trelew, a los días de febrero del año dos mil doce, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Aldo Luis De Cunto y presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Raúl Adrián Vergara, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“V., A. E. c/ A., R. A. s/ Alimentos”** (Expte. N º 314 - año 2011) venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden resultante del sorteo practicado a fs. 126.---

--- **A LA PRIMERA CUESTION** el Dr. Vergara dijo: ----------

--- 1. Llegan a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la actora a fs. 90, que fuera concedido libremente a fs. 91, contra la sentencia de la anterior instancia de fs. 84/87 que hizo lugar a la demanda instaurada por la Sra. A. E. V., en representación de sus hijos R. R. A., F. R. A., y G. A. A., en contra del Sr. R. A. A., condenándolo a pagar la suma de $1.300.- mensuales en concepto de cuota alimentaría que deberá abonar el nombrado a favor de sus hijos, y asimismo desestimó la medida cautelar impetrada por la accionante, con imposición de costas al alimentante. ----------

--- Los agravios vertidos lucen a fs. 104/109 vta., el traslado conferido a fs. 110 fue contestado por su contraria a fs. 112/114, a fs. 119 y 120/121 lucen las actas correspondientes a la audiencia prevista por el Art. 130 de la Ley III N º 21, y a fs. 122 se deja constancia de la incomparecencia del demandado y de la falta de intención de arribar a un acuerdo por esa parte. ----------

--- Formula queja la apelante por estimar que la sentencia es incongruente ya que no trató el pedido de actualización semestral por lo que solicita se modifique la misma en el punto recurrido. Expresa también que la sentencia es arbitraria ya que se basó en prueba inexistente. Manifiesta que del expediente no surge una prueba del aporte diario de $30.- por el demandado, y que el juzgador dio por cierto un ofrecimiento de abonar la mitad del alquiler de una vivienda sin haber sido ratificado el mismo, ni haber sido aceptado por su parte. Agrega que la fijación del quantum es infundada ya que no alcanza con decir que el valor alcanzado es justo y equitativo, sino que es necesario realizar un análisis de la construcción de ese valor. Asimismo afirma que el fallo se aparta de la legislación vigente cuando rechaza la atribución de la vivienda como integrante de la cuota alimentaría, y la magistrado nada dijo de la forma en que valoró que los hijos viven en un estado de “hacinamiento” mientras que el padre tiene dos dormitorios y hasta quincho. Requiere se compute el rubro vivienda, alude a la canasta básica de alimentos y a que además se calcule la canasta básica total. Formula interrogante en lo que hace a como llega a la suma de $1.300.- si la norma de fondo comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos en manutención, educación y esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y gastos de enfermedad. Cita jurisprudencia local y propone dos alternativas: 1) se modifique el valor fijado

estableciéndose una suma que compense la resolución negativa en cuanto a la atribución de la vivienda como integrante de la cuota alimentaría; 2) se disponga además del valor fijado la atribución de la vivienda donde reside el padre, como integrante de la cuota alimentaría. Hace reserva del caso federal y peticiona se dicte resolución haciendo lugar al planteo efectuado.----------

--- A su turno, al contestar el traslado conferido el demandado con cita de doctrina entiende que la jueza de grado se expidió acerca de los planteos de la actora, por lo que cabe deducir que esa parte disiente con lo resuelto pero ello no es agravio. Señala que el actor se agravia en el sentido de que la jueza no trató la atribución de la vivienda a su favor y en tal sentido debió recurrir oportunamente ya que la litis se encuentra trabada en materia de alimentos únicamente. Agrega que el actor saca de contexto los planteos tratados al transcribir párrafos aislados de la sentencia. Sostiene que la sentencia no es incongruente ya que se expidió acerca de la demanda de alimentos, y que la fijación de la cuota alimentaría se encuentra razonada pues el quantum se determinó de acuerdo a las presentaciones efectuadas y al resultado de las pericias practicadas que han determinado la posibilidad económica del alimentante y sin necesidad de probar las carencias de los alimentados ya que se presupone la situación de escasez. Expresa que la pericia del ETI posee todos los requisitos técnicos, científicos y legales exigidos, y que no rebatió el argumento de la jueza en el sentido de que el actor tuvo la posibilidad de proponer consultor técnico y puntos de pericia, cuestión que no realizó por su propia negligencia. Entiende que quedaron descartados los requisitos mínimos de procedencia de toda medida cautelar, pese a lo cual se limita a reiterar las razones que llevaron a solicitar tal medida, sin justificar el peligro en la demora y la verosimilitud del derecho. Afirma que la cuota alimentaría establecida excede las posibilidades económicas de su parte y que quedó plasmado en el expediente que le entregaba dinero en efectivo a los niños que sumados en forma mensual constituyen un monto menor al sentenciado. También que lo recaudado en el bar ronda los $3.000.- de los cuales abona casi el 50% a la actora, y que la vivienda le fue adjudicada hace cuatro años en ocasión de encontrarse las partes ya separadas. Finaliza sosteniendo que no hay prueba alguna que refute el informe pericial, alude al Art. 477 del C.P.C.C., y solicita se confirme la sentencia recurrida, con costas a la parte actora. ----------

--- 2. Se agravia la apelante al considerar que la sentencia es incongruente por no haber tratado el pedido de actualización semestral.----------

--- En tal sentido, se ha puntualizado que este principio de congruencia tiene atingencia básicamente con la manera en que los jueces y tribunales resuelven las cuestiones que les han sido sometidas con arreglo a la traba de la relación procesal, sin omisiones ni demasías decisorias, o sea, la conformidad de la sentencia con el pedimento. Es también derivación del sistema dispositivo que los *límites de la decisión judicial* queden

demarcados por las peticiones y pretensiones deducidas por las partes (*congruencia*). La sentencia que no se pronuncia sobre algunas de las cuestiones propuestas es omisa; la que va más allá de lo pedido, se dicta *ultra petita* o *extra petita* (Morello, Sosa, y Berizonce, “Códigos Procésales ...”, Librería Editora Platense – Abeledo-Perros, 1986, T. II-C, Págs. 39/40 y cita de fallos; Morello y otros, ob. cit., 1982, T. I, pág. 574, respectivamente).----------

--- Y en el presente caso ante el pedido expreso formulado por la apelante (p. III a., fs. 106 y fs. 109) debe considerarse que siguiendo un criterio de economía procesal, se ha permitido que el tribunal de segunda instancia pueda pronunciarse también respecto de los puntos omitidos de resolver por la sentencia de primera instancia; es la solución consagrada por el Art. 278 del Cód. Procesal de la Nación (Loutayf Ranea, Roberto G., “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, Astrea, 1989, T. 1, pág. 160).------

--- En tales condiciones, atento lo previsto por el Art. 281 del C.P.C.C. corresponde salvar la omisión y pronunciarse acerca del pedido formulado en el sentido de que la suma a fijarse “... se actualice semestralmente de acuerdo al índice que V. S. estime corresponda ...” (p. II, fs. 9). ----------

--- Al respecto, los arts. 7 y 10 de la ley 23.928 excluyen la posibilidad de cláusulas convencionales o disposiciones en la sentencia, destinadas a establecer modos de indexación de precios u otros modos de actualización, sin hacer distingos en cuanto a qué tipo de deuda se aplica la previsión general. En cuanto a la interpretación jurisprudencial más allá de los fallos que se glosan seguidamente es importante la cita de la Cámara Nacional Civil en Pleno: “Con posterioridad a la vigencia de la ley 23.928 no son legalmente admisibles los dispositivos de reajuste automático de las cuotas alimentarías, en función de los índices que reflejen la depreciación monetaria” (CN Civ. en pleno, 28/2/95. *ED*, 162-214) (Dutto, Ricardo J., “Juicio por incumplimiento alimentario y sus incidentes”, Editorial Juris, 2003, par. *13.14.*, Págs. 329/330).----------

--- Por otra parte, es el criterio adoptado por nuestro más alto tribunal de justicia al expresar: “... 2. Que el tribunal sostuvo que la ley 23.928 prohíbe expresamente esa clase de reajuste con posterioridad a la fecha indicada por la beneficiaria, y que resulta irrelevante establecer si se trata de una deuda de valor o de dinero, ya que la prohibición se aplica a todo tipo de obligaciones a partir del momento en que su contenido se fije en una concreta suma de dinero. Señaló que ese es el caso de la obligación a cargo del alimentante, por lo que no es admisible actualizar la cuota mediante el mecanismo de ajuste por índices de depreciación monetaria convenido. ... 10. Que, en consecuencia, la obligación de pagar una suma de dinero en concepto de alimentos se encuentra alcanzada por la restricción contenida en el Art. 7 ley 23.928” (C.S.J.N., 30/11/93, “S., A. M. v. S., A. J.”, J.A. 1994-III, 219).----------

--- Asimismo, la situación no se modificó con la salida de la convertibilidad, y por eso se sostiene que la prohibición de dispositivos de reajuste automático de las cuotas alimentarías en función de los índices que reflejen la depreciación monetaria mantiene

su vigencia con el dictado de la ley 25.561 (Art. 4º), que si bien derogó el régimen de la convertibilidad cambiaria sostuvo la no indexación, y ello con prescindencia de que se la considere o no deuda de valor, sin perjuicio de que el alimentario pueda reclamar el aumento de la cuota si ésta ha devenido insuficiente (Kielmanovich, Jorge L., “Derecho Procesal de Familia”, Abeledo Perrot, 2009, pág. 98).----------

--- Por tales razones, se rechaza el pedido de actualización de la cuota alimentaría.------

--- 3. Entiende la quejosa que la sentencia es arbitraria ya que se basó en prueba inexistente, no brindó fundamentos para la fijación del quantum, y se apartó de la legislación vigente al rechazar la atribución de la vivienda como integrante de la cuota alimentaría.----------

--- En ese aspecto, la Corte Suprema a partir de mediados de los años 50 y a mérito de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias se permitió conocer y revocar determinadas sentencias, extraordinarias por cierto, dictadas por la justicia ordinaria en aplicación del derecho común y, más tardíamente, local, que resultasen apeladas ante sus estrados en los términos del Art. 14 de la ley 48. Y tanto la doctrina cuanto la jurisprudencia de la Corte Suprema se han encargado de ofrecer una clasificación de las diversas e incontables causales de arbitrariedad (Alberto Antonio Spota (h), “Recurso Extraordinario Federal y Arbitrariedad de Sentencia”, en “Derecho Procesal Constitucional”, Manili (coordinador), Editorial Universidad, 2005, Págs. 372, 374 y sig.).----------

--- En tal sentido, las sentencias que no constituyen una derivación razonada del derecho aplicable constituyen sentencias arbitrarias (C.S.J.N. Fallos 236:27; 261:263; SCBA, Ac. y Sent. V. III, p 358). Para que la sentencia sea descalificable por arbitrariedad debe demostrarse que la operación intelectual desarrollada en el proceso de formación de la sentencia, que ella exterioriza, carece de bases aceptables con arreglo a los preceptos legales que gobiernan la valoración de las probanzas, no siendo suficientes las meras discrepancias subjetivas (SCBA, Ac. y Sent., 1977, v. II, p. 193 y 198; 1978, v. I, p. 340; 1978, v. II, p. 374).----------

--- Con tales alcances, estima la apelante que el juzgador se basó en prueba inexistente ya que no hay prueba del aporte diario de $30.- por parte del Sr. A..---------- Y la lectura de la sentencia permite señalar que la referencia efectuada a fs. 86, último párrafo, con relación al “... aporte diario que realiza el Sr. A. ($30) ...” no resultó dirimente para dilucidar la cuestión pues en definitiva el fallo no convalidó ese sistema de entrega y percepción de dinero. ----------

--- Por lo demás, ese monto fue objeto de expresa referencia en el informe social de fs. 48/49 (“Régimen alimentario:... F. va a casa del padre a buscar $30 a diario para la comida”, fs. 48 vta.), y ello fue admitido por la actora, al menos con referencia a las oportunidades que manda a los menores a pedir, pues expresó “... recibiendo actualmente la suma de $30 diarias en las oportunidades en que manda a los chicos a

pedir dinero ...” (audiencia de vista de causa, fs. 82).----------

--- En cuanto a que el ofrecimiento de abonar la mitad del alquiler de una vivienda para la actora y los tres niños no resulta de prueba colectada y por tanto es una sentencia arbitraria, debe señalarse que -aun cuando no se concretara expresamente tal ofrecimiento y por ende ni siquiera resultó una oferta aceptada-, lo cierto es que ese dato fue también mencionado en el ya citado informe social (“Régimen alimentario: ... Por su parte el Sr. A. ofrece cubrir el 50% del alquiler”, fs. 48 vta.), por lo que mal puede afirmarse que no resulta de las constancias de autos. ----------

--- En ese contexto, debe precisarse que la apreciación de la prueba importa su valoración por el judicante, y aun cuando fuere equivocada, no puede invocarse para postular que la sentencia es arbitraria.----------

--- En lo que hace a que es infundada la fijación del quantum cabe señalar que a pesar de las manifestaciones de la quejosa se observa que el fallo en crisis brindó suficientes fundamentos a los fines de establecer el monto de la cuota alimentaría, por lo que las expresiones vertidas por la parte traducen una impugnación del fallo que si bien merece su consideración no resulta suficiente como para calificar de arbitraria a la sentencia.

--- Así, con referencia al recurso extraordinario federal, la Corte Suprema precisó que la tacha de arbitrariedad reviste carácter estrictamente excepcional y no tiene por objeto corregir en tercera instancia decisiones equivocadas o que se reputan de tales, sino que atiende a supuestos de gravedad extrema en los que media un apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso o una absoluta carencia de fundamentación (Fallos 307:74; 302:189; 303:890). Por eso, las discrepancias con respecto a la valoración de la prueba y a la interpretación del derecho por los jueces de la causa no comportan impugnación atendible de arbitrariedad (Fallos 262:140). La doctrina sobre arbitrariedad de sentencias no tiene por objeto corregir fallos equivocados o que se consideren tales sino que atiende solamente a supuestos de excepción en los que, fallas en el razonamiento lógico en que se sustenta la sentencia o una manifiesta carencia de fundamentación normativa, impiden considerar al pronunciamiento apelado como un acto jurisdiccional válido (C.S.J.N. Fallos 304:279 y 1546). La doctrina de la arbitrariedad … sólo tiende a cubrir defectos realmente graves de fundamentación o razonamiento que impiden considerar a la sentencia recurrida como acto jurisdiccional (Fallos 304:375). Una sentencia equívoca sólo será arbitraria si es tan grosera que aparece como algo inconcebible dentro de una racional administración de justicia (C.S.J.N. Fallos 247:713).----------

--- Y en materia de arbitrariedad el S.T.J. sostuvo que “es menester demostrar acabadamente que el razonamiento empleado por el juzgador fue afectado por un error grave y manifiesto que ha derivado en conclusiones contradictorias e incoherentes en el orden lógico formal e insostenible en la discriminación axiológica (Cfr. S.C.B.A., Ac. 52.233-S, 7/3/95 y Ac. 57.426-S, 5/3/96)” (del voto del Dr. Pasutti, en autos “Asesor Civil de Familia c/Estado Provincial-Secretaría de Salud de la Pcia. del Chubut s/ Acción de

Amparo" (Expte. N ° 20.637-A-2006), S.R.E. 18/2006, del 08/11/2006). "La procedencia de la tacha de arbitrariedad requiere un apartamiento inequívoco de la situación normativa prevista para el caso o una absoluta carencia de fundamentación (SI. 72/89, 58, 96, 101/90, 176, 223/92)" (del voto del Dr. Torrejón, en autos "T.C.C. S.R.L. c/ T. S.A. s/ Cumplimiento de Contrato" (Expte. N ° 17.833-T-2000), S.R.E. 1372001, del 15/06/2001).----------

--- Respecto a que el fallo se aparta de la legislación vigente cuando rechaza la atribución de la vivienda como integrante de la cuota alimentaría, debe considerarse que con tal manifestación se formulan de modo promiscuo dos reclamos claramente diferenciados. Uno, la atribución de la vivienda, y el restante que hace al agravio vertido en cuanto a que el monto fijado de la obligación alimentaría no contempla la satisfacción de las necesidades referidas a la vivienda. ----------

--- Tocante a la atribución de la vivienda, reclamo que incluido en demanda (fs. 10, penúltimo párrafo) se reitera en la pieza de agravios (p. 2 de su "Conclusión", fs. 109, penúltimo párrafo), cabe precisar que el Tribunal a fs. 13, último párrafo, rechazo tal pretensión.----------

--- En tales condiciones, desde que dicha providencia fue consentida por la parte actora resulta inadmisible que vuelva a reiterar dicha cuestión ya que la misma fue alcanzada por el principio de preclusión. ----------

--- De acuerdo con el principio de *preclusión*, en cambio, el proceso se halla articulado en diversos períodos o fases dentro de cada uno de los cuales deben cumplirse uno o más actos, siendo ineficaces aquellos que se ejecutan fuera del período que le es asignado (Palacio, Lino Enrique, "Derecho Procesal Civil", Abeledo Perrot, 2da. ed., 6ta. reimpresión, T. I, par. 53, pág. 279). Sabemos que las diversas etapas del proceso se desarrollan en forma sucesiva, concatenada. Mediante la clausura definitiva de cada una de ellas y el pase a la siguiente el proceso avanza, lo que impide el regreso a etapas o estadios consumados. Como consecuencia, los actos que las partes dejen de cumplir o produzcan con posterioridad resultan ineficaces (Morello, Sosa y Berizonce, ob. cit., T. I, Págs. 621/622).----------

--- Por tales fundamentos, se rechaza la pretensión de la apelante en la lo que hace a la atribución de la vivienda donde reside el padre de los menores. ----------

--- Asimismo, con relación a las manifestaciones que se efectúan a fs. 107 vta./108, último y primer párrafo, en el sentido de que se confunde el objeto de la cautelar con el principal, debe advertirse que si la pretensión de la atribución de la vivienda fue desestimada toda vez que el presente juicio versa en forma exclusiva sobre la materia de alimentos, es evidente la improcedencia de la medida cautelar solicitada a fs. 51/53. Por lo demás, la recurrente no se hizo cargo de los fundamentos expuestos por el sentenciante a fs. 85, penúltimo párrafo, al rechazar la medida cautelar por no darse en el caso los presupuestos de admisibilidad de la misma, por lo que en tal sentido, la falta

de crítica concreta importa la deserción parcial del recurso por deficiencia técnica en esta porción de la queja (arts. 268 y 269 del C.P.C.C.).----------

--- 4. Pese a la desestimación de las quejas antes analizadas cabe precisar que ello no resulta dirimente pues en definitiva resta por considerar el agravio formulado tendiente a la modificación del monto fijado al requerirse una suma que compense la falta de atribución de la vivienda en el marco de lo previsto por el Art. 267 del Código Civil.--------

--- En este aspecto, debe ponderarse que el monto indicado en el escrito de inicio (p. II, fs. 9) sólo fija un piso toda vez que el reclamo alude a "... un valor no inferior a la suma de pesos un mil doscientos ($1.200) ..." (p. II, fs. 9) (el subrayado me pertenece), lo que permite ingresar al pedido de un monto mayor. ----------

--- En tales condiciones, ya en anteriores precedentes tuve oportunidad de señalar que al fijarse la cuota alimentaría debe atenderse al mantenimiento de un equilibrio que permita dar satisfacción al alimentado teniendo al mismo tiempo en cuenta las posibilidades económicas del obligado a satisfacer dicha prestación. Así, al fijarse la cuota alimentaría debe buscarse un prudente equilibrio entre el monto de la misma, las necesidades a cubrir y la aptitud del obligado para llenar tal finalidad (CN Civ., sala B, abril 24-997, L.L. 1998-D, 274; en igual sentido, sala K, junio 22-992, L.L. 1993-D, 535, J. Agrup., caso 9245).También que el monto de la cuota ha de basarse en dos elementos: las posibilidades económicas del alimentante y las necesidades del alimentista. Respecto de las posibilidades del alimentante, se debe tener en cuenta lo que requiere para la satisfacción de sus propias necesidades, además de considerar los ingresos y bienes con que cuenta (Bossert, Gustavo A., "Régimen jurídico de los alimentos", Astrea, 2da. ed. act., 2004, par. 482, pág. 460). Para determinar el importe de la cuota alimentaria debe tenerse en cuenta no sólo la capacidad económica del obligado, sino también las necesidades de los alimentados (CN Civ., sala C, octubre 23-979, L.L. 1979-D, 542; en igual sentido, la misma sala, abril 2-980, L.L. 1981-B, 554, sum. 35.862-S). ----------

--- A su vez, tal como lo precisa el juzgador a fs. 85, último párrafo, ninguna duda cabe que la obligación alimentaria pesa sobre ambos progenitores a tenor de lo dispuesto por el Art. 265 del Código Civil. ----------

--- El Art. 265 del Cód. Civil impone a los padres la obligación alimentaria de acuerdo con su condición y fortuna, sin distinguir entre la situación del padre o de la madre pues pesa por igual sobre ambos, sin perjuicio de la adecuación de la cuota a cargo de uno u otro conforme a las circunstancias del caso (Dutto, Ricardo J., ob. cit., par. 5.1., pág. 45). El Art. 265 del Código Civil consagra el deber-derecho de alimentos que emana de la patria potestad. También el deber-derecho alimentario pesa sobre ambos padres, adecuándose la ley a las nuevas directivas en la materia: el deber de asistir a las necesidades del hijo pesa sobre ambos progenitores, con independencia que uno de ellos ejerza la tenencia (Bueres-Highton, "Código Civil …", Editorial Hammurabi S.R.L., 1995, T. 1, pág. 1228). Conforme al Art. 265, ambos padres deben alimentos a sus hijos

“conforme a su condición y fortuna”. La norma no deja dudas respecto del deber que pesa sobre ambos progenitores. Quien ha tenido un hijo asume el deber de proveer a sus necesidades, no es sólo el interés individual del hijo el que se halla comprometido en ello, sino que a través de él, aparece el interés de la sociedad, ya que la protección de los menores debe estar, en primer lugar, a cargo de sus progenitores. De manera que los progenitores tienen el deber de proveer la asistencia del hijo menor, y para ello deben realizar todos los esfuerzos que resulten necesarios (Bossert, Gustavo A., ob. cit, par. 208 y 244, Págs. 193 y 223). ----------

--- Todo lo cual no impide señalar que en el presente caso el demandado si bien interpuso reconvención por alimentos (p. II, fs. 29 vta.; p. VIII 5º, fs. 31 vta.), cuyo traslado se dispuso a fs. 36, no dedujo recurso de apelación respecto del fallo de la anterior instancia, a lo que cabe agregar que en el juicio de alimentos deducido contra el padre por la madre en representación de su hijo menor es estéril la alegación y prueba de los hechos vinculados con la capacidad patrimonial de ésta ya que en este proceso no podría proponerse la coparticipación del deber alimentario, teniendo en cuenta la singular estructura de aquél (Kielmanovich, Jorge L., ob. cit., pág. 73). ----------

--- Desde ya que podría señalarse que fijar una cuota que está por encima de las posibilidades del progenitor, conforme a los ingresos que han podido acreditarse, representa una solución meramente abstracta, que en los hechos no conduce a hacer efectiva la satisfacción de las necesidades del hijo (Bossert, Gustavo A., ob. cit, par. 224, pág. 225). ----------

--- Sin embargo, en el presente caso cabe hacer notar las dificultades existentes para fijar la cuota alimentaria ya que el demandado es un trabajador independiente que explota un bar, pero lo cierto es que no cumplió con su deber de colaboración procesal pues no arrimó elemento probatorio fehaciente que demuestre que “... lo recaudado mensualmente ronda los tres mil pesos” como afirma en su contestación de agravios (fs. 113 vta., segundo párrafo). Sólo se sabe que explota un comercio que gira bajo el nombre comercial “B. D. (ver alegación, fs. 30; e informe social, fs. 48 vta.), y a lo sumo que alquila un local, toda vez que esa parte no aportó prueba documental de la locación y de los gastos de explotación, menos aún de la recaudación diaria y/o mensual del negocio. ----------

--- En ese contexto, “... es evidente que no le bastará al demandado por alimentos posicionarse en una cómoda y simple negativa de los hechos alegados por la demandante en representación de sus hijos menores, sino que en cumplimiento de su deber de probidad y colaboración debe adoptar una posición activa en el proceso tendiente a acreditar su real caudal económico, de tal manera que dada la controversia sobre el punto, logre desacreditar el que es denunciado en demanda (Conf. Peyrano, Jorge W., “El proceso atípico”, Ed. Universidad, ed. Año 1993, pág. 140/145)” (del voto del Dr. Lucero, sala “B”, c. 18.547, S.D.C. 36/03). ----------

--- Es criterio de esta sala “B” en causa citada, y también en c. 19.126, S.D.C. 11/04.----- Desde esa perspectiva debe atenderse a la regla de distribución de la carga de la prueba al colocar la misma en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones para producirla (Conf. Peyrano y Chiappini, “Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas”, E.D. 107-1005). ----------

--- Y en este direccionamiento, no parece suficiente ni valioso el solo manejo de la “regla” conforme a la cual el actor tiene la carga de acreditar los hechos constitutivos del derecho que invoca y el demandado los extintivos, impeditivos o modificativos que opone a aquellos. Ante ese cuadro el juez, de acuerdo a las particularidades del caso y a la *conducta* obrada por las partes, reparará en la quiebra del deber de cooperación, haciéndolo jugar en contra del infractor al representar un módulo de utilización razonablemente adecuado para arribar a la acreditación de las afirmaciones controvertidas. Expresándolo con las palabras del artículo 163, inciso 5°, apartado 2° del Código Procesal, esa *falta de cooperación activa*, entre otras matizaciones, traduce “la conducta observada por las partes durante la sustanciación del juicio y podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, inclusive los indicios y presunciones, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones” (Morello, “La Prueba. Tendencias modernas”, Librería Editora Platense – Abeledo-Perrot, 1991, Págs. 60/61). Ello significa que las partes deben colaborar con el juzgador aportando los elementos que permitan dilucidar el caso, recayendo la carga probatoria en cabeza de aquel que se encuentre en mejor situación de probar, por lo que su conducta pasiva aferrándose a una mera negativa constituye una violación al principio de buena fe y al deber de colaboración que el juez no puede dejar de valorar al tiempo de dictar sentencia, en los términos previstos por el último párrafo del inciso 5° del Art. 165 del C.P.C.C., de aplicación por remisión del Art. 98 de la Ley III N º 21. ----------

--- Coincidentemente, se ha señalado en diversos pronunciamientos que el demandado en el juicio de alimentos está obligado a prestar la colaboración necesaria a los efectos de que queden demostrados sus reales ingresos (Bossert, Gustavo A., ob. cit., par. 492, pág. 465). ----------

--- Por otra parte, ante la insuficiencia de recursos que alega el obligado (ver manifestaciones del demandado en el sentido que la cuota alimentaria fijada “... excede sus posibilidades económicas ...”, fs. 113, penúltimo renglón), debe señalarse que “ ... no incumbe al alimentario la carga de la prueba de la carencia o insuficiencia de medios del alimentante (arg. Art. 377, cód. procesal)... Por el contrario, la claudicación debe ser inexcusablemente justificada a través de la invocación y acreditación de circunstancias eximentes o atenuantes indudablemente válidas y categóricamente aptas para sostener la justicia de la defensa que se alega. ... No es admisible, por lo tanto, pretender evitar las responsabilidades adquiridas al engendrar a la prole con la mera invocación o implicancia, huérfana de adecuado sustento probatorio, de la insuficiencia de los recursos con que se cuenta (CN Civ., esta sala, R. 273.482, septiembre 17-1981 (CN

Civ., sala D, noviembre 5-1981, “S., G. A. y Q. de la M., N”, p. 4º del decisorio, E.D. t. 99-393 y 394, respectivamente).----------

- Por lo demás, en la duda sobre los datos relativos a la capacidad económica del alimentante, los mismos habrán de interpretarse en favor de la parte más débil de la relación, en especial cuando se trate de un menor (Lagormasino y Uriarte, “Juicio de alimentos”, Editorial Hammurabi, 1997, par. 42.a, pág. 165).----------

--- Con tales pautas y en atención a lo previsto por el Art. 267 del Código Civil debe destacarse que uno de los rubros que debe cubrir el alimentante es la vivienda del menor. Puede proveerla en especie, cuando el menor ocupa un inmueble de su propiedad o un inmueble ganancial del alimentante y su cónyuge; caso contrario, la cuota alimentaria deberá comprender el monto necesario para pagar el alquiler de una vivienda adecuada al nivel económico, cultural y social del menor, dentro de las posibilidades del alimentante, pero, además, deberá éste abonar lo necesario para su mantenimiento, es decir, las expensas comunes, los servicios e impuestos que graven el inmueble (Bossert, Gustavo A., ob. cit., par. 265, pág. 241; en el mismo sentido, par. 542, Págs. 499/500). La vivienda es otro de los rubros que integran el deber alimentario de los padres respecto de sus hijos menores, que resulta ser uno de los más significativos y no sólo desde el punto de vista pecuniario. Así, se sostiene que dentro de ella se desarrolla la denominada educación informal, que es aquella a la que acceden primariamente los menores a través de la autoridad y el cuidado que le prodigan sus padres. Entendemos que el término debe ser ponderado también con amplitud. Esto es, no se agota el deber de los padres con el aporte de la vivienda, sino que además se incluyen en este rubro todos los gastos de mantenimiento de la misma (Campos, Roberto D., “Alimentos entre cónyuges y para los hijos menores”, Editorial Hammurabi, 2009, pág. 145). ----------

--- En ese contexto, le asiste razón a la quejosa en cuanto a que el juzgador no debió ponderar como pauta a los fines de establecer la obligación alimentaria el ofrecimiento del Sr. A. de abonar la mitad del alquiler de una vivienda para la Sra. V. y los tres niños ya que dicho ofrecimiento no se materializó en la presente causa pues sólo fue mencionado por el informe social a fs. 48 vta., máxime si se considera que la letrada apoderada del demandado manifestó en la audiencia celebrada el 24/11/2011 respecto de la vivienda “... que no le dio a entender que pagaría el 50% del alquiler además de la cuota ...” (fs. 120 vta., segundo y tercer renglón).----------

--- Por ello, a partir de considerar que la vivienda es uno de los rubros que integran el deber alimentario y que por tanto el alimentante se encuentra obligado a cubrir, corresponde incrementar la cifra fijada en la anterior instancia para lo cual debe atenderse al monto del alquiler indicado en la audiencia del día 24/11/11 con más los gastos inherentes a su mantenimiento, sin perjuicio de ponderar además que el importe de $500.- se abona por una vivienda precaria de un sólo dormitorio (informe social, fs.

48 vta.). También en este análisis cabe valorar la necesidad de encontrar un prudente equilibrio entre las necesidades de los alimentados y los ingresos del alimentante, atendiendo asimismo a que la obligación alimentaria pesa sobre ambos progenitores, y que en el presente caso la actora cuenta con un trabajo estable (informe social, fs. 48 vta.). ----------

--- Con tales parámetros, desde que indudable resulta que son amplias las facultades que tiene el juez para determinar el monto de la cuota alimentaria, y a pesar de las reservas que puedan formularse al sistema de dejar librado al criterio judicial la determinación de la cuota, tal solución se impone al carecer nuestra regulación legal de un mecanismo tarifado (Lagomarsino y Uriarte, ob. cit., par. 41 y 42, Págs. 162/163 y 164, respectivamente), estimo prudente y adecuado a las circunstancias de la presente causa elevar la cuota alimentaria mensual para fijarla en definitiva en la suma de pesos un mil ochocientos ($1.800.-). ----------

--- 5. En consecuencia, propicio al Acuerdo revocar parcialmente la sentencia venida en apelación para elevar la cuota alimentaria mensual a cargo del Sr. R. A. A. a la suma total de pesos un mil ochocientos ($1.800.-), confirmando la misma en todo lo demás que fuera materia de agravios. ----------

--- Desde que la revocatoria que se propicia al incrementar el monto de la obligación no altera las calidades de vencedor y vencido que presentan las partes en la anterior instancia, y toda vez que los honorarios se establecieron en términos porcentuales por lo que se adecuarán en forma automática al nuevo monto, no será necesario adecuar las costas y los emolumentos de primera instancia. ----------

--- A su vez, el progreso de los agravios en orden a la elevación del monto de la obligación alimentaria conduce a imponer las costas de Alzada al demandado vencido, conforme al criterio objetivo de la derrota (Art. 69 del C.P.C.C., remisión del Art. 98 de la Ley III N º 21). ----------

--- Asimismo, atendiendo a la extensión, mérito, eficacia y resultado que arrojan los trabajos profesionales cumplidos en esta instancia, estimo prudente regular los honorarios del Dr. R. E. N. y de la Dra. I. L. B., en las sumas porcentuales equivalentes al 30% y 25% respectivamente, de las cantidades establecidas para la anterior instancia, con la salvedad respecto del profesional citado en último término que la regulación se efectúa con el alcance contemplado por el Art. 59, segundo párrafo, de la Ley V N º 90 (arts. 13 y 46 de la Ley XIII N º 4), con más el I.V.A. pertinente. ----------

--- Finalizo el tratamiento y a la primera cuestión voto PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA. ----------

--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. De Cunto manifestó: ----------

--- En atención a la claridad de la reseña que efectuara el Sr. Magistrado antes sufragante respecto de la sentencia de origen de fs. 84/87, de los agravios que contra la misma expusiera la actora en su presentación de fs. 104/109, así como de la contestación que la demandada hiciera de los mismos a fs. 112/114, me remito a la

misma en homenaje a la brevedad, procediendo a ingresar directamente en el tratamiento de las quejas vertidas por la apelante.----------

--- I.- Seguiré el orden de tratamiento que trazara el colega preopinante, el cual, por lo demás atiende al mismo que siguiera la apelante.----------

--- 1) La recurrente arguye, en primer lugar, la incongruencia de la sentencia por cuanto en la misma no se ha decidido su planteo de actualización semestral (ver fs. 105 vta./106, pto. a). Al respecto cabe razonar que las resoluciones judiciales deben adecuarse al postulado de congruencia, lo que impone que medie conformidad entre el contenido de aquéllas y el objeto de las peticiones (Conf. Art. 165, inc. 6 del CPCC), las que delimitan el “thema decidendum”. La comparación entre lo reclamado y lo decidido, debe guardar una estricta correspondencia, cuando la resolución se aparta de la materia que fijaron las partes, se menoscaba el aludido requisito. Es que sobre el particular gravita el señorío de los justiciables, quienes en virtud del principio dispositivo que impera en este sector del proceso, vinculan al órgano jurisdiccional (Conf. Morello-Sosa-Berizonce: “Códigos....”, Librería Editora Platense S.R.L. – Abeledo Perrot, 1982, T º I, Págs. 116/117). Así la sentencia debe contener la decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, lo que pone de relieve que, según el principio de congruencia, aquélla debe guardar estricta correlación con lo pretendido en la demanda o reconvención; o sea, con las cuestiones oportunamente planteadas por las partes en los escritos con los cuales se ha trabado la litis (Conf. CN. Civ., Sala D, 30/7/76, ED, 72-446; ídem, Sala F, 2/6/76, ED, 69-323). El principio de congruencia señala que debe existir conformidad entre el contenido de las resoluciones judiciales y lo que ha sido objeto de petición por las partes. La congruencia es la exigencia de que medie identidad entre la materia, partes y hechos de una litis incidental o sustantiva y lo resuelto por la decisión jurisdiccional que la dirima (Conf. Loutayf Ranea, Roberto G.: “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, Ed. Astrea, 2009, Tº 1, págs.194).----------

--- En la especie, asiste razón a la quejosa en cuanto la misma solicitó que la cuota alimentaria que se establezca sea actualizada semestralmente de acuerdo al índice que el juzgador estimare correspondiente (ver fs.09, pto. II), así como que no hubo decisión al respecto en el decisorio impugnado. No obstante ello, dado que se reitera dicha petición en el presente agravio (ver fs. 105 vta./106, pto. III, a), la cuestión cae bajo las previsiones del Art. 281 del CPCC (Art. 278 del CPCCN) que dispone: *“El tribunal podrá decidir sobre los puntos omitidos en la sentencia de primera instancia, aunque no se hubiese pedido aclaratoria, siempre que se solicitare el respectivo pronunciamiento al expresar agravios”.* Es así que la no deducción del recurso de aclaratoria contra la sentencia, por haber omitido el tratamiento de pretensiones, no impide su conocimiento por la Cámara. Para ello, de conformidad con los principios generales, será necesario apelar el decisorio e introducir el tema en el escrito de expresión de agravios. No se

impone, por tanto, haber solicitado aclaratoria ante el juez recurrido respecto de la omisión incurrida, inversamente a lo que se interpretaba en el Código derogado, donde se subordinaba la posibilidad de su tratamiento a la existencia de la aclaratoria. En virtud de la norma comentada, la Cámara tiene conocimiento para decidir las cuestiones omitidas, así como también para reparar los errores materiales de la sentencia impugnada y los conceptos oscuros (Conf. Fenochietto-Arazi: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ed. Astrea, 1993, Tº 1, págs. 960/961).----------

--- Es así que ante el planteo de actualización semestral de la actora recurrente, cabe señalar que los arts. 7 y 10 de la ley 23928 excluyen la posibilidad de cláusulas convencionales o disposiciones en la sentencia, destinadas a establecer modos de indexación de precios u otros modos de actualización, sin hacer distingos en cuanto a qué tipo de deuda se aplica la previsión general. Debe recordarse que la deuda alimentaria es una deuda de valor -el dinero es sustituto del objeto específico- pues la finalidad de la prestación es permitir al sujeto alimentado adquirir bienes y servicios que le son necesarios. Para algunos al omitir la citada legislación toda referencia a las deudas de valor y como las prohibiciones deben considerarse de interpretación restrictiva, un criterio literal lleva a exceptuar las deudas de valor de la prohibición de indexar. Otra posición objeta la posibilidad de actualizar la cuota alimentaria por convenio o sentencia, en razón de la falta de excepciones al régimen general de los arts. 7 a 10 de la ley. En cuanto a la interpretación jurisprudencial, la Cámara Nacional en lo Civil en Pleno decidió: *“Con posterioridad a la vigencia de la ley 23928 no son legalmente admisibles los dispositivos de reajuste automático de las cuotas alimentarías, en función de los índices que reflejen la depreciación monetaria”* (Conf. CN. Civ., en pleno, 28/2/95, ED, 162-214). La posición mayoritaria de la Cámara se fundó en que siendo voluntad del legislador derogar los mecanismos existentes de actualización por índices y prohibir su establecimiento en las relaciones posteriores, esto no admite excepciones de ninguna índole. Una vez fijada la deuda de alimentos en una cantidad determinada de dinero, se ve despojada del carácter de deuda de valor, y por lo tanto no puede generar nuevos ajustes posteriores al 1 de abril de 1991 (Conf. Dutto, Ricardo J. : “Juicio por incumplimiento alimentario y sus incidentes”, Ed. Juris, 2003, Págs. 329/330). Por su parte la Corte Federal, con fecha 30/11/93 decidió un recurso extraordinario planteado por el apoderado de la beneficiaria contra un fallo de la Sala A de la Cámara Nacional en lo Civil, que había confirmado una sentencia de primera instancia, que no hizo lugar al reajuste de cuota alimentaria solicitado por el período posterior al 1/4/91 (Conf. CSJN, 30/11/93, JA, 1994-III-219). En la oportunidad la Corte sostuvo que del Art. 7 de la ley 23928 surgía que fue voluntad del legislador suprimir los mecanismos existentes de actualización, y que dicha excepción general no admite excepciones de ninguna índole por resultar expresiva la proposición de la norma por la cual *“En ningún caso se admitirá la actualización monetaria...cualquiera fuere su causa...con posterioridad al 1º de abril de 1991...”.* Agregó que en tales condiciones, no

es admisible distinguir entre deudas de valor y de dinero para exceptuar a las primeras, ya que resulta indiferente a los fines de la ley que el objeto de la obligación sea el dinero o un valor abstracto. En su estimación el momento decisivo es aquél en que la obligación se concreta en una suma de dinero, pues a partir de allí rige, sin excepciones, la prohibición legal. Es así que se concluyó que la obligación de pagar una suma de dinero en concepto de alimentos se encuentra alcanzada por la restricción contenida en el Art. 7 de la ley (Conf. Lagomarsino, Carlos A.R. y Uriarte, Jorge A.: “Juicio de alimentos”, Ed. Hammurabi, 1997, pág. 169).----------

--- La situación, como bien lo apunta el Dr. Vergara, no varió luego de la salida de la convertibilidad, atento lo dispuesto por el Art. 4 de la ley 25561, que mantuvo la prohibición de actualización contenida en el Art. 7 de la ley 23928. Es por ello que habré de coincidir con el colega prevotante en el rechazo de este agravio.----------

--- 2) Como segundo agravio se tilda de arbitraria a la sentencia por haberse basado en prueba inexistente, por ser infundada la fijación del “quantum”, y por apartarse de la legislación vigente al rechazar la atribución de la vivienda como integrante de la cuota alimentaría (ver fs. 106/109, pto. b). Al respecto resulta oportuno recordar el intento de enumeración de las causales de arbitrariedad de la sentencia esbozado por Carrió con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Federal. Así, en cuanto al objeto o tema de la decisión los fallos han sido descalificados por arbitrarios en razón de: 1) omitir considerar y resolver ciertas cuestiones oportunamente propuestas, 2) resolver cuestiones no planteadas. En cuanto a los fundamentos del decisorio, clasifica las causales de arbitrariedad en: A) aquellas que hacen al establecimiento del fundamento normativo entre: 3) las que fueron dictadas por jueces que, al dictarlas, se arrogaron el papel de legisladores y no se sintieron limitados por el orden jurídico; o 4) prescinden del texto legal sin dar razón plausible alguna; o 5) aplican preceptos derogados o aún no vigentes; o 6) dan como fundamento pautas de excesiva amplitud, en sustitución de normas positivas directamente aplicables; B) en cuanto al establecimiento del fundamento no normativo (o de hecho) entre sentencias que: 7) prescinden de prueba decisiva; o 8) invocan prueba inexistente; o 9) contradicen abiertamente otras constancias de los autos; C) en cuanto al establecimiento del fundamento normativo, del fundamento de hecho, o al tránsito de ellos a la conclusión, entre sentencias que: 10) hacen afirmaciones dogmáticas que sólo constituyen un fundamento aparente; o 11) incurren en excesos formalistas o rituales; o 12) son autocontradictorias. Finalmente en relación a los efectos del decisorio, han sido descalificadas por arbitrarias aquellas sentencias que: 13) pretenden dejar sin efecto decisiones anteriores firmes (Conf. Carrió, Genaro R. y Carrió, Alejandro: “El recurso extraordinario por sentencia arbitraria”, Ed. Abeledo-Perrot, 1983, T º I, Págs. 57/59). De acuerdo a la enumeración precedente, las razones de arbitrariedad invocadas caen bajo las previsiones del elenco reseñado, ya que se considera que se invoca prueba inexistente, se realizan

afirmaciones dogmáticas que constituyen sólo fundamentos aparentes, y se prescinde del texto legal. Corresponde analizar si le asiste razón a la recurrente.----------

--- Con relación a que el fallo se basa en prueba inexistente se menciona que el demandado aporta la suma de $ 30 diarios, lo cual no se encuentra acreditado, ya que la actora sólo expresó en la audiencia de vista de causa que recibió dicha suma que el padre manda con los chicos en algunas oportunidades, como algo ocasional. Es cierto que en el decisorio se refiere entre la prueba colectada al aporte diario que realiza el demandado (ver sentencia a fs. 86, último párrafo), sin embargo dicha referencia no aparece como dirimente -en cuanto a que realmente se habría cumplido dicho aporte- a los fines de la fijación del "quantum" de la cuota, porque como lo admite la propia actora ello suma el monto mensual de $ 900 (ver fs. 106 vta., 2do. párrafo), en cambio se estableció una cuota de $ 1.300 (ver sentencia a fs. 86, último párrafo). A ello cabe añadir que en el informe del ETI de fs. 48/49 se hizo mención a que el hijo F. va a la casa del padre a buscar $ 30 a diario para la comida (ver fs. 48 vta., "in fine"), lo que fuera admitido por la actora, si bien aclaró que ello era así en las oportunidades que manda a los chicos a pedir dinero (ver acta de audiencia de vista de vista de causa a fs. 82).----------

--- Otra de las razones por las cuales se entiende que el decisorio se basó en prueba inexistente radica en la mención de que el demandado ofreció abonar la mitad del alquiler de una vivienda para la madre y los tres niños, cuando ello fue sólo una promesa que no fuera ni ratificada ni aceptada. Esto último es cierto, pero ello no invalida la sentencia como arbitraria, ya que también en el informe del ETI se refiere a dicho ofrecimiento (ver fs. 48 vta. "in fine"). Es que son cuestiones diversas si el ofrecimiento se perfeccionó o no, y si existió en algún momento de acuerdo a las constancias de la causa -lo que ocurrió- y como tal pueda ser ponderado en la sentencia. En síntesis cabe concluir que la jueza no se basó en prueba inexistente, sino que ponderó la existente en el expediente, y más allá de su pertinencia o su carácter de dirimente para la fijación del "quantum" de la cuota -lo que se examinará más adelante-, no puede concluirse en la arbitrariedad del decisorio por dicha razón. Por lo tanto, más allá de analizar si la apreciación de la prueba resultó ajustada a derecho o no, no encuentro motivos para calificar de arbitrario el decisorio (Conf. CA Trelew, Sala "B", SDL N º 16/2011, del 26/05/11).----------

--- En relación a que el "quantum" de la cuota fijada resulta infundado, la apelante sostiene que a pesar de las amplias facultades de los jueces para dicha fijación, ello nunca puede resultar en caer en la falta de fundamentación. Explica que se debió valorar la prueba y explicar por qué se llegaba al monto establecido, no siendo suficiente decir, simplemente, que el valor que se fija es "justo y razonable" (ver fs. 107, último párrafo/vta., 1er. párrafo). El fallo, en su porción dirimente precisa *"Por ello, de la prueba colectada, considerando el aporte diario que realiza el Sr. A. ($30) y su*

ofrecimiento de abonar la mitad del alquiler de una vivienda para la Sra. Viera y los tres niños (ver informe de fs. 48/49), de conformidad con lo dispuesto por los arts. 265, 267, 27, 272 y cctes. del CCiv...estimo que es justo y equitativo fijar la cuota alimentaría en una suma de Pesos: un mil trescientos ($ 1.300)..." (ver sentencia a fs. 86, último párrafo). De lo expuesto, y más allá de lo acertado o no del monto, es claro que se tuvo en cuenta el monto diario que a veces abonaba el demandado y el ofrecimiento de pagar la mitad del alquiler por parte del mismo, como pautas para la estimación cuantitativa de la cuota. Por lo tanto tampoco encuentro que no exista fundamentación para la fijación de la cuota, a los fines de considerar la sentencia como arbitraria. Al respecto cabe tener presente que la Corte Federal ha sostenido, con remisión al dictamen de la Procuración General que *"es susceptible de recurso extraordinario, fundado en la arbitrariedad, el fallo que se basa en afirmaciones dogmáticas, sin meritar constancias obrantes en la causa que podrían haber incidido fundamentalmente respecto del resultado de la demanda"* (Fallos, 330:4429, p. 4432). Evidentemente no se trata el supuesto de autos de un decisorio arbitrario, ya que ha existido fundamento en las constancias de autos, más allá de la corrección o no de la valoración de las mismas y del monto establecido.----------

--- En lo relativo a que el fallo se aparta de la legislación vigente por rechazarse la atribución de la vivienda como parte integrante de la cuota alimentaría, bien señala el Dr. Vergara que se cuestionan dos circunstancias diversas: la no atribución de la vivienda y que el monto establecido no contempla las necesidades habitacionales del grupo de los alimentados (ver fs. 107 vta./108 vta., pto. b) 3). Con relación a lo primero, cabe expresar que en la demanda se formuló la pretensión de atribución de la vivienda (ver fs. 10, anteúltimo párrafo), lo que se reitera en la expresión de agravios a fs. 109, pto. 2 del capítulo "Conclusión". Dicho reclamo fue resuelto negativamente en su momento en la instancia anterior, habiéndose hecho mérito de que en el acta de fs. 05 se otorgó poder para iniciar demanda de alimentos (ver fs. 13, último párrafo). Dicha providencia fue consentida por la actora, por lo que resulta inaudible en esta sede el replanteo de la cuestión. Es que al respecto ha operado el principio procesal de preclusión, por el cual las diversas etapas del proceso se desarrollan en forma sucesiva, concatenada y mediante la clausura definitiva de ellas y el pase a la siguiente el proceso avanza, lo que impide el regreso a etapas o estadios consumados. Como consecuencia, los actos que las partes dejen de cumplir o reduzcan con posterioridad resultan ineficaces (Conf. Morello-Sosa-Berizonce: "Códigos....", Librería Editora Platense – Abeledo Perrot, 1982, T º I, págs. 621/622). Por dicho motivo concluyo en el rechazo del agravio relativo a la pretensión de atribución de hogar conyugal.----------

--- Asimismo cabe agregar respecto al pedido de medida cautelar de fs. 51, atento lo expuesto a fs. 107 vta. "in fine"/108, 1er. párrafo, que si se desestimó oportunamente la pretensión principal de atribución del hogar, dado que se otorgó poder solamente para

incoar la demanda de alimentos, es claro que la medida precautoria, en tanto accesoria de la acción principal, deviene improcedente. Además, la sentenciante al respecto razonó que *"...desde ya rechazo la medida cautelar interpuesta por el letrado apoderado de la actora, toda vez que no están dados los presupuestos de admisibilidad de las cautelares y el objeto de su pretensión se confunde con el objeto de la presente acción (alimentos que involucra otros aspectos tales como la vivienda, vestimenta, salud, esparcimiento, etc.) Art. 267 modificado por la Ley 23.364"* (ver sentencia a fs. 85, anteúltimo párrafo). Y sobre dicha argumentación no se efectuó ninguna crítica concreta, por lo que en esta porción el recurso deviene desierto por insuficiencia técnica (Conf. arts. 268 y 269 del CPCC).----------

--- 3) Sin perjuicio de lo antedicho, es de analizar el agravio por el cual la apelante cuestiona el monto de la cuota fijada por considerarla insuficiente. Al respecto señala que la vivienda que utilizan los menores junto a su madre es una pieza donde además vive la pareja de la actora, mientras que el demandado habita una vivienda de dos dormitorios con un quincho en el fondo. Agrega que es evidente el estado de hacinamiento en el que viven los alimentados. A ello suma el valor de los gastos que sufragan las necesidades de los menores, indicando que la canasta básica total se corresponde con la suma de $ 845,39 (ver fs. 108, a partir del 2do. párrafo/vta.).----------

--- Sobre este aspecto es de ponderar que en la demanda se requirió como mínimo la suma de $ 1.200 mensuales (ver fs. 09, pto. II). Es sabido que la fijación del "quantum" de la prestación se hace teniendo presente la edad, sexo, salud, educación del alimentado, la capacidad económica del obligado, posición social, etc. (Conf. Córdoba, Marcos en Bueres-Highton: "Código Civil....", Ed. Hammurabi, 2003, Tº 1 B, pág. 775). Asimismo se ha interpretado el Art. 267 del C. Civil en cuanto a que la manutención de los hijos debe considerarse en un sentido amplio, que es el de amparar o mantener y no meramente alimentar. Al respecto es de tener en cuenta el Art. 27, inc. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño -de jerarquía constitucional- que, al hacer referencia a las obligaciones de los Estados Partes para ayudar a los progenitores, comprenden dentro de las necesidades de los niños la nutrición, el vestuario y la vivienda. A su vez los gastos de educación deben considerarse también en sentido amplio, entendiéndose por tales todas aquellas erogaciones que en forma directa o indirecta se relacionen con la instrucción y formación cultural del hijo menor. Consecuentemente, no sólo se refiere a las cuotas y matrícula del colegio, sino también a útiles, guardapolvos y uniformes, libros, transporte, comedor escolar y todas aquellas actividades extracurriculares que hagan a la formación e instrucción del menor. De igual forma los gastos de esparcimiento se corresponden con aquellos que hacen a la recreación del menor, los que serán de distinta índole de acuerdo a la edad del mismo. La recreación cumple un importante papel en la formación y desarrollo psicofísico del menor, ocupando un lugar preeminente la práctica deportiva que en la actualidad es considerada como imprescindible y no cesa aun cuando el menor carezca de

condiciones naturales para concretarla. Y en cuanto a la vestimenta, la obligación se cumplirá en función de las necesidades del menor y el nivel de vida y condición social de los progenitores. Se sostiene que la mayor edad del hijo hace presumir, aun en ausencia de prueba, un incremento de sus erogaciones en materia de vestimenta (Conf. Campos, Roberto D.: “Alimentos entre cónyuges y para los hijos menores”, Ed. Hammurabi, 2009, págs. 143/144 y 148).----------

--- En dicho orden de ideas debe recordarse que la circunstancia de que la obligación alimentaría que deriva de la patria potestad pesa en forma igualitaria sobre ambos padres, no significa que los aportes o contribuciones sean equivalentes. Es que debe atenderse a los roles que cada progenitor desempeña en el grupo familiar, las tareas remuneradas que desempeña o la capacitación que tiene para desarrollarlas. En tal sentido la contribución que realiza el progenitor que ejerce la tenencia de los hijos brindándoles cuidado y dedicación en forma cotidiana y asumiendo los gastos que ello implica, es elevada por la doctrina y la jurisprudencia a la categoría de aporte. Es cierto que ello no lo releva de efectuar contribuciones en dinero pero es claro que la asistencia a los hijos, especialmente de corta edad, cercena las posibilidades laborales de quien los tiene a su cargo. Lo cierto es que su contribución siempre será menor que aquella que efectúa el progenitor que no ejerce la tenencia, salvo que este último acredite una verdadera imposibilidad de desempeñar una actividad útil (Conf. Campos, op. cit., págs. 150, 158/159). Sobre este punto cabe aclarar, como bien lo hace el colega preopinante, que la demandada reconvino a fin de que se fije una cuota alimentaría del orden del 30% de los ingresos de la actora (ver fs.29 vta., 2do. párrafo y 31 vta., pto. VIII, 5), sin embargo, a pesar de no haber existido decisión al respecto, dicha parte ha consentido la sentencia, por lo que nada cabe resolver en esta instancia.----------

--- En la especie, el accionado no cuenta con un ingreso fijo, habiéndose alegado que explota un bar en la ciudad de Dolavon (ver fs.30, 4to. párrafo e informe del ETI a fs. 48 vta.), admitiendo que sus ingresos mensuales rondan los $ 3.000 (ver fs. 113 vta., 2do. párrafo). Acerca de la prueba de los ingresos del alimentante se ha sostenido que la situación patrimonial de este último podrá establecerse mediante presunciones o prueba indiciaria, si no tiene ingresos regulares; a tal fin se tomará en cuenta la actividad laboral que realiza, su nivel de vida y gastos. El obligado debe contar con los medios necesarios para atender los requerimientos del futuro alimentario, lo que implica una cuestión de hecho librada a la prudente apreciación judicial (Conf. Campos, op. cit., pág. 218). Asimismo se ha sostenido que cuando no se cuenta con prueba directa de los ingresos del alimentante la prueba indirecta resulta de trascendental importancia, pues en el proceso de alimentos no se trata de lograr la acreditación exacta del patrimonio del demandado, sino de contar con una cantidad de elementos que permitan inferir su capacidad económica (Conf. Campos, op. cit., págs. 218/219). Ahora bien respecto a la actividad probatoria del demandado en el juicio de alimentos, se ha

entendido que en este tipo de juicios, en los que se trata de demostrar hechos y circunstancias de la realidad que el demandado puede, a veces, fácilmente ocultar, cada parte está obligada a aportar la prueba que está en mejores condiciones de producir, del mismo modo que, uniformemente, se lo reconoce respecto de los juicios de simulación. Coincidentemente, se ha señalado en diversos pronunciamientos que el demandado en el juicio de alimentos está obligado a prestar la colaboración necesaria a los efectos de que queden demostrados sus reales ingresos (Conf. Bossert, Gustavo A.: “Régimen jurídico de los alimentos”, Ed. Astrea, 2004, pág. 465; CN. Civ., Sala M, 17/2/97, LL, 1997-C-499; entre otros). Es de señalar sobre este aspecto que el demandado mantuvo una actitud probatoria pasiva.----------

--- A todo lo expuesto debe agregarse que el monto de la cuota ha de basarse en dos elementos: las posibilidades económicas del alimentante y las necesidades del alimentista (Conf. CN. Civ., Sala C, 14/12/82; entre muchos otros en Rep ED, 20-A-195, n º 161 y ss.). En cuanto a las necesidades del alimentado, en el Art. 267 del C. Civil se incluye expresamente el rubro vivienda. Resulta ser uno de los más significativos y no sólo desde el punto de vista pecuniario. Así se sostiene que dentro de ella se desarrolla la denominada educación informal, que es aquella a la acceden primariamente los menores a través de la autoridad y el cuidado que le prodigan sus padres. De allí que el término debe ser ponderado con amplitud, esto es que no se agota el deber de los padres con el aporte de la vivienda, sino que además se incluyen en este rubro todos los gastos de mantenimiento de la misma, es decir, los gastos mensuales correspondientes a expensas, tasas, impuestos o servicios (Conf. Campos, op. cit., págs. 145/146). Asimismo la cuota alimentaría deberá comprender el monto necesario para pagar el alquiler de una vivienda adecuada al nivel económico, cultural y social del menor, dentro de las posibilidades del alimentante, sin perjuicio, como se expresó “ut supra” de que se deberá abonar lo necesario para su mantenimiento (Conf. Bossert, op. cit., pág. 241).----------

--- Bajo el marco conceptual señalado, es de considerar lo manifestado por la actora en cuanto a que abona la suma de $ 500 por mes (ver fs. 120), por una casa precaria, de cuyas condiciones de hacinamiento da cuenta el informe del ETI. En efecto a fs. 48 vta., se constata que la vivienda es precaria, y que consta de una cocina, un solo dormitorio y baño interno, siendo las condiciones de habitabilidad de hacinamiento, ya que no cuenta con los ambientes necesarios para el desenvolvimiento de una cotidianeidad en función de preservar la intimidad de sus habitantes. Como contracara de esta situación se deja constancia que el demandado habita una vivienda propia, que se encuentra en buenas condiciones de habitabilidad, constando de dos dormitorios, cocina-comedor, living y baño interno. El mobiliario es adecuado y se encuentra en buen estado de conservación. Asimismo se informa que A. ha construido en el patio trasero un amplio quincho (ver fs. 48 vta.). En el contexto referido, a lo que cabe añadir que también deben solventarse los gastos de la vivienda, la suma de $ 500 antedicha no resulta

suficiente para sufragar el costo total de una vivienda idónea para el desarrollo de los menores, ya que ello en todo caso resulta suficiente para abonar el alquiler de la que habitan en el presente. Es así que hallo justo y prudente adicionar el total de dicho monto a la cuota establecida, atendiendo a que si bien el demandado no tiene la obligación de afrontar el sólo dicha carga, y que ofreció abonar la mitad, es claro que incrementando dicha suma, las posibilidades del grupo familiar de obtener unas mejores condiciones de habitabilidad encuentran mayores probabilidades de concretarse. Si a ello se suma que deben solventarse los gastos de la vivienda como impuestos, tasas y servicios, resulta adecuada la cuota propuesta por el Dr. Vergara de $ 1.800 mensuales.----------

--- II.- En consecuencia de todo lo expuesto, procede revocar parcialmente el fallo apelado a fin de elevar el monto de la cuota alimentaría mensual establecida en la suma de pesos mil ochocientos ($ 1.800), confirmándola en todo lo demás que fuera materia de agravios.----------

--- Dado que la revocación parcial, no importa alterar las condiciones de vencedor y vencido de las partes en la anterior instancia, y que los honorarios se establecieron en términos porcentuales, lo que implica que se adecuarán automáticamente a la nueva base regulatoria, no procede efectuar la readecuación de la imposición de costas ni de honorarios de acuerdo a lo dispuesto por el Art. 282 del CPCC.----------

--- En lo que se refiere a la imposición de las costas de esta sede, el progreso del agravio sustancial, esto es, el relativo al incremento de la cuota alimentaría, permite concluir en que el vencido ha resultado el accionado, por lo que, en virtud del principio objetivo de la derrota, las mismas se imponen al demandado apelado (Conf. Art. 69 del CPCC, según remisión del Art. 98 de la ley III N º 21).----------

--- En cuanto a la regulación de honorarios por la actuación ante la Alzada, atento el resultado del recurso, como al mérito y extensión de los trabajos realizados, resulta adecuado establecer los emolumentos de los letrados apoderados de la actora y del demandado, Dres. R. E. N. e I. L. B., en un 30% y 25%, respectivamente, sobre las cantidades fijadas para los mismos en la instancia de grado, con la salvedad para la última nombrada de que la regulación se efectúa con el alcance contemplado por el Art. 59, 2do. párrafo de la ley V N º 90, y en ambos casos con más el IVA correspondiente (Conf. arts. 6, 13, 24 y 46 de la ley XIII N º 4, y leyes 23349 y 23871).----------
---

--- A la luz de todo lo expuesto, a la primera cuestión voto PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTION** el Dr. Vergara dijo: ----------

--- Visto el acuerdo alcanzado al tratar la primera cuestión, corresponde: a) revocar parcialmente la sentencia venida en apelación para elevar la cuota alimentaría mensual a cargo del Sr. R. A. A. a la suma total de pesos un mil ochocientos ($1.800.-),

confirmando la misma en todo lo demás que fuera materia de agravios; b) imponer las costas de segunda instancia al demandado vencido; y c) regular los honorarios de los Dres. R. E. N. e I. L. B., en las sumas porcentuales equivalentes al 30% y 25%, respectivamente, de las cantidades establecidas para la anterior instancia, con la salvedad de que en el segundo caso la regulación se efectúa con el alcance contemplado por el Art. 59, segundo párrafo, de la Ley V N º 90, con más el I.V.A. pertinente.---------- Así lo voto.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. De Cunto dijo: ----------

--- En atención al acuerdo arribado, el pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Vergara, fiel expresión del mismo.----------

--- Así lo voto.----------

--- Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, hallarse en uso de licencia el Sr. Juez de Cámara Dr. Sergio Rubén Lucero (Art. 7 , Ley V – N º 17) pasándose a dictar: ----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

--- Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones con asiento en la Ciudad de Trelew, **RESUELVE**: ----------

--- REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia venida en apelación para elevar la cuota alimentaría mensual a cargo del Sr. R. A. A. a la suma total de pesos un mil ochocientos ($1.800.-), confirmando la misma en todo lo demás que fuera materia de agravios; ----------

---------- IMPONER las costas de segunda instancia al demandado vencido;

---------- REGULAR los honorarios de los Dres. R. E. N. e I. L. B., en las sumas porcentuales equivalentes al 30% y 25%, respectivamente, de las cantidades establecidas para la anterior instancia, con la salvedad de que en el segundo caso la regulación se efectúa con el alcance contemplado por el Art. 59, segundo párrafo, de la Ley V N º 90, con más el I.V.A. pertinente.----------

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

RAUL ADRIAN VERGARA
JUEZ DE CAMARA

ALDO LUIS DE CUNTO
PRESIDENTE

REGISTRADA BAJO EL N ° 03 DE 2012 – SDF.- Conste.-

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA DE CAMARA

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA DE CAMARA