En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de junio del año dos mil doce, reunida en Acuerdo **la Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Silvia Noemí Alonso y asistencia de los señores Jueces de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca y Dr. Julio Antonio Alexandre, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"G., S. R. c/ J., D. B. s/ ALIMENTOS Y CUSTODIA", expte. nro. 135/12**, venidos del Juzgado de Familia nro. 3 (expte. nro. 720/10), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 326), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Julio Antonio Alexandre, Dra. Silvia Noemí Alonso y Dr. Fernando Nahuelanca.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 294/300vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Que la sentencia de fs. 294/300vta. decide otorgar la custodia de los hijos menores de las partes en conflicto a la demandante –madre de los mismos- y a abonar a la actora en representación conjunta de ellos como a la hija ya mayor de edad Y. B. J., en concepto de cuota alimentaria mensual el 40% de los ingresos que por todo concepto perciba el accionado, previos descuentos de ley, con más las asignaciones familiares, si las percibiera y cobertura de la obra social, conforme el alcance, modos y plazos que se establecen en el p. 1 del fallo impugnado.

En el p. 2 se fija la cuota suplementaria por

alimentos atrasados remitiendo implícitamente a los respectivos considerandos. Y seguidamente carga las costas de la instancia de grado sobre el demandado.

Apela el vencido a fs. 302 conforme surge de autos y se informa a fs. 308 a tenor de la presentación de fs. 310/312vta. que le es contestada a fs. 316/319, previo insinuar insuficiencia y promover la declaración de deserción del recurso interpuesto por su oponente. Se oyen a los menores conforme constancia de fs. 321 y a la Asesora de Familia e incapaces sosteniendo el fallo salvo en cuanto a la custodia de N. I. J., reiterando su opinión que debe decidirse a su respecto un régimen de custodia compartida de alternancia quincenal.

Tras un detenido estudio de elementos que obran en la causa dentro de los límites jurisdiccionales a que autoriza el recurrente a través de su informe a modo liminar y en razón de la sanción propiciada por la demandante en esta instancia, entiendo que cumpliendo los agravios de la parte demandada, la crítica concreta y razonada que prescribe el art. 269 CPr/DJ –al menos mínimamente-, en aras de la amplitud de la garantía de defensa en juicio, y conforme el criterio restrictivo que rige en esta materia, no propiciaré la sanción de deserción que postula la contraria en su responde (ver v. gr. Fenochietto y Arazi en “Código Procesal...”, t. 1, 2ª. ed., pág. 954 y sus citas).

Ello, sin perjuicio de recordar que es potestad del tribunal de revisión extraer lo esencial del memorial, mereciendo respuesta tan solo los argumentos que posean relevancia y sean conducentes a la decisión del caso (ver, v. gr., fallos 258:304; 262:222; 265:301; 272:225 entre muchos).

No resulta fácil establecer el agravio concreto que se formula en el p. II del memorial, ya que se insinúa falta de objetividad y parcialidad en la valoración de la prueba que perjudicaría sus aspiraciones de ser el custodio de sus hijos menores con base en meras generalizaciones y reiteración de alegaciones puntualmente discernidas y decididas en el fallo que se basa nada menos en las opiniones de cada uno de sus hijos, demostrando comprensión y madurez acorde a sus edades en cada intervención; en el informe y recomendación del Equipo Técnico Interdisciplinario; todo confrontado con el resto de la prueba sin que se haya objetado alguno de tales actos y en la audiencia de vista de causa se escucha y se atiende la opinión de la Asesora de Familia e Incapaces, que ahora sostiene en fallo salvo en cuanto al menor N. I., como ya se ha señalado anteriormente.

Curiosamente no es el apelante quien sostiene la modificación propuesta por la representante del Ministerio Público. Pero además, no surge razón alguna para establecer un régimen distinto y que pueda motivar de algún modo una diferencia de trato entre hermanos en materia tan sensible.

De ningún modo puede sostenerse, tras la detenida lectura de los considerandos del fallo, desvío, error u omisión en la valoración de la prueba y menos aún imputar como de “absurdas” las opiniones vertidas lo que roza la mala fe procesal y se advierte al respecto.

No cabe duda de que en autos se distingue perfectamente quién se encuentra en mejores condiciones de brindar atención, asistencia, cuidado en forma cotidiana, todo sin perjuicio de que durante los períodos de descanso que goza el demandado en razón de

su trabajo fuera de la zona pueda disfrutar de un amplio régimen de comunicación, implícito en el fallo, tal como también se había convenido en su oportunidad y al que se hace referencia a fs. 296 últ. parte y 297 de los considerandos.

Entiendo que esta cuestión no merece mayor tratamiento por la fragilidad de la crítica.

Desde la fecha de los primeros acuerdos que no tuvieron resultado satisfactorio, de lo contrario no estaríamos ocupados en el tratamiento de los mismos, el costo de las necesidades habituales de los menores fue variando y tal circunstancia fue tenida en cuenta en la sentencia, así se ha dicho que normalmente los gastos -en los diferentes rubros- van aumentando a medida que tienen mayor edad, así como en otros nuevos, propios de la edad. Por lo demás, dicha circunstancia no requiere prueba alguna, sino que se presumen. De ahí que sea compartible el criterio del fallo en presumir tales circunstancias, no obstante que no se haya probado específicamente tal hecho (ver, v. gr., "Incremento de la cuota alimentaria y forma del cumplimiento de los alimentos atrasados", por Solari, Néstor E., publicado en: LLC 2010 (septiembre), 866).

Además, participo del criterio de la iudex a quo en establecer la cuota con base en un porcentual del ingreso, ya que como bien se ha decidido en circunstancias análogas, uno de los beneficios de estipular la cuota alimentaria en un porcentaje del haber mensual proveniente de la relación de dependencia del alimentante, es la posibilidad de actualización automática, resultando una solución justa y razonable, por cuanto no impone un sacrificio mayor al alimentante ni la cuota se licua con el correr del tiempo en

perjuicio del alimentando (ver, v. gr., CCiv., Com. y de Garantías en lo Penal Zarate-Campana, 2009/06/23, LLBA 2009-1276, fallo 6227).

No se advierten en la crítica respecto de la fijación del porcentual establecido como cuota alimentaria mensual para el conjunto, elementos concretos a considerar que tornen ilógica la estimación, el perjuicio cierto o hechos impeditivos del alimentante, valoración errada del caudal económico de uno y otro, en fin: razones de peso que autoricen a modificar el monto. Lo resuelto es razonable, adecuado y mantiene los porcentuales establecidos en casos análogos.

En cuanto a este punto no debe olvidarse que, en atención a la condena por alimentos atrasados y en razón de la crítica formulada en esta instancia, se advierte que a fs. 255 el ETI da cuenta de un aporte mensual de $3.500 como cuota alimentaria para sus hijos, por parte del demandado, no advertido por la sentenciante a la hora de fijar la cuota suplementaria. De tal modo y sin que exista mayor actividad probatoria por parte de la recurrente para poder formular otras deducciones, esta se impone y en consecuencia tal como informa en forma pacífica doctrina y jurisprudencia (ver, v. gr., “Alimentos Según la Jurisprudencia”, de Analía R. Barbado y Patricia B. Barbado, ed. Ad-Hoc, 2000, pág. 300 p. 11), tener en cuenta dicha deducción al momento de la liquidación ordenada conforme remisión del p. 2 del resolutorio al p. IV de los considerandos.

Además, dentro del marco obligacional del acuerdo compartido, también afrontó gastos en especie, los que deberán ser debidamente valorados y cuantificados a la hora de la fijación de la liquidación ordenada.

Por todo lo expuesto y art. 657 CPr./DJ, normativa, doctrina y jurisprudencia acorde señalada, propongo al acuerdo la modificación parcial del fallo y tan solo en cuanto a la hora de formularse la liquidación ordenada en cuanto a la fijación de cuota suplementaria por alimentos atrasados se proceda al descuento en cada una de las cuotas mensuales de la suma de $3.500 abonadas por alimentante tal como se lo ha señalado en párrafos anteriores, más lo que se estima por pagos en especie en el marco del acuerdo y desde la fecha de la segunda audiencia de avenimiento y hasta la fecha de la notificación de la liquidación en cuestión.

No incidiendo en la cuestión central del debate la cuestión decidida positivamente a favor del recurrente y en virtud de la naturaleza jurídica de la materia en cuestión, las costas en ambas instancias deben ser soportadas por el demandado.

A la segunda cuestión el Dr. Alexandre dijo:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada, salvo en cuanto a la determinación de la cuota mensual correspondiente a los alimentos atrasados, debiéndose reducir cada cuota conforme los considerandos pertinentes.

2) Las costas de ambas instancias pesan sobre el vencido y se difiere la regulación de honorarios de ambas instancias al momento del acuerdo.

A la primera cuestión la Dra. Alonso dijo:

1. El fallo apelado y los agravios. Remisión.

El alcance del fallo, los antecedentes del caso y los datos del recurso han sido reseñados por el primer votante; a tales constancias me remito a fin de evitar repeticiones estériles.

2. Tratamiento de los agravios.

Los fundamentos expresados en el memorial de agravios carecen de entidad para generar la revisión del fallo.

En primer lugar, corresponde señalar que la decisión relativa a la custodia de las hijas y el hijo menores de edad del matrimonio no ha sido impugnada; de modo tal que las referencias a la custodia compartida no se corresponden con la lógica del fallo.

Respecto a la proclamada falta de acreditación de las necesidades de las adolescentes y del adolescente, cuyos alimentos se han fijado, debo puntualizar que estas no deben ser probadas, sino que se presumen, conforme lo dispone el derecho vigente.

Sin perjuicio de ello, el informe del Equipo Técnico Interdisciplinario da cuenta de las actividades extraescolares y rentadas a las que las adolescentes concurren, las que se vinculan con su formación educativa –fs. 255vta.–, a la vez que reseña las erogaciones habituales vinculadas con la concurrencia al colegio, además de otras estrictamente relacionadas con el contenido de la prestación alimentaria.

En efecto, conforme lo prevé el art. 267 del Código Civil, la mentada prestación se constituye con las necesidades vinculadas a la manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y gastos por enfermedad.

Ha de señalarse, también, que estas encuadran dentro del nivel socioeconómico y cultural que las hijas y el hijo gozaban hasta el momento del conflicto

Por dichas razones deben desestimarse estos argumentos.

El recurrente impugna, también, lo resuelto sobre

alimentos atrasados.

El cuestionamiento a la existencia misma de los alimentos atrasados no puede prosperar porque el instituto ha sido previsto por nuestro ordenamiento procesal con una doble finalidad que beneficia en primer lugar al alimentante y, por supuesto, en segundo orden a los alimentados. Es que la norma pretende evitar que el pago total e inmediato de todas las cuotas alimentarias devengadas durante el juicio pueda resultar ruinoso o imposible para el alimentante, quien deberá afrontar, además, el pago de las cuotas que venzan a partir de la sentencia. Ergo, como una manifestación del humanismo procesal -que a su vez encuentra sus fundamentos en las tendencias afines del derecho de fondo- protege al alimentante no privándolo de los medios necesarios para satisfacer sus necesidades básicas, al tiempo que también tutela al alimentado mediante la preservación del patrimonio de quien deberá seguir asistiéndolo en el futuro (cf. Esteban Louge Emiliozzi, "Algunos aspectos problemáticos de la obligación alimentaria -con particular referencia a la provincia de Buenos Aires-", Lexis Nexis Buenos Aires, N° 5/2005, noviembre, pág. 557 y ss., esp. pág. 573).

En este contexto procesal, la magistrada ha condenado al pago de las cuotas devengadas, claro está que asiste razón al recurrente en tanto ha ordenado practicar liquidación sin prever la deducción de lo ya abonado por el alimentante en concepto de alimentos provisorios conforme lo fijado oportunamente y cuya percepción ha sido reconocida por la madre de los menores de edad, al momento de ser entrevistada por el Equipo Técnico Interdisciplinario.

Ahora bien, es imposible soslayar que el alimentante demandado arguye el cumplimiento de la obligación alimentaria en el marco del acuerdo sobre custodia compartida vigente al momento de promoción del presente reclamo. En el marco de su queja, es audible deducir desde la fecha de celebración de la segunda audiencia de avenimiento y hasta la fecha de notificación de la determinación de alimentos provisorios los pagos en especie que el demandado acredite haber realizado en dicho período.

La deducción de los pagos en especie propuesta, tiene sustento no solo en lo acordado por ambos progenitores, sino también en la falta de fijación judicial de los alimentos. Es que a partir del momento en que estos se fijan en sede judicial, aun bajo la figura de alimentos provisorios, la cuota debe cumplirse tal como fue determinada, en el caso en dinero, a partir de ese momento tiene plena vigencia el principio general de que los pagos en especie se consideran meras liberalidades y por lo tanto no corresponde su deducción de la cuota. Pero, en el período anterior el alimentante estaba habilitado para realizar los pagos espontáneos en dinero o en especie (obligación alternativa).

Con base en las razones expuestas, el demandado al momento de la liquidación y por el período señalado, podrá deducir los pagos en especie realizados siempre que verosímilmente resulte que dichas erogaciones fueron realizadas a favor de sus hijas/os y sean razonables (C.Nac.Civ., Sala I, "R., M.G. v. P., H. s/ ejecución de alimentos", 18.06.98., E.D. 180-173).-

El último agravio versa sobre la imposición de costas. El principio específico que rige la materia –

costas al alimentante- así como el general –costas al vencido- impiden el acogimiento del agravio.

Por las razones expuestas el recurso prospera parcialmente.

3. Costas y honorarios.

Las costas de esta instancia se imponen al alimentante vencido. No existen razones que avalen el apartamiento de los principios reseñados.

El alimentante demandado continua revistiendo la calidad de vencido en esta instancias porque el acogimiento parcial del recurso propuesto no importa una modificación sustancial de la sentencia impugnada, sino una mera complementación del modo en que la liquidación de los alimentos atrasados ha sido dispuesta.

Los honorarios de esta instancia se fijan de conformidad con las previsiones del artículo 5 de la ley de honorarios profesionales y por aplicación de la escala contenida en el artículo 13 del citado cuerpo legal. Con base en tales premisas se fijan a favor de la representación letrada de la actora en un 30% de los que le corresponden en la instancia de grado y a favor de los letrados del demandado en un 25% de la misma base.

A la segunda cuestión la Dra. Alonso dijo:

Adhiero a la propuesta del colega preopinante.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que el Dr. Nahuelanca no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente

SENTENCIA:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia de fs. 294/300vta., salvo en cuanto a la determinación de la cuota mensual correspondiente a los alimentos atrasados, debiéndose reducir cada cuota conforme los considerandos pertinentes.

2) Las costas de ambas instancias pesan sobre el vencido.

3) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la alzada a los Dres. A. G. M. y N. A. D., conjuntamente, en el treinta por ciento (30%) y del Dr. R. G. P. en el veinticinco por ciento (25%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado.

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2012
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "F"