En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de agosto del año dos mil quince, 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: **"C., S. E.c/ R., J. C. s/ ALIMENTOS", expte. nro. 182/15**, venidos del Juzgado de Familia nro. 3 (expte. nro. 306/14), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 231), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Julio Antonio Alexandre, Dr. Fernando Nahuelanca y Dra. Silvia Noemí Alonso.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 182/191vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, el Dr. Alexandre dijo:

Que la sentencia por alimentos, parcialmente condenatoria de fs. 182/191vta., es apelada por el demandado a fs. 193 de conformidad al informe de fs. 210/214vta. que le es contestado por su oponente con representación oficial a fs.

GISELA CINTIA MOREJÓN
Secretaria de Cámara

216/221 y por la Defensora de Familia en representación de los menores involucrados, sosteniendo el fallo a fs. 228/228vta.

Tras detenida lectura de los argumentos que brindan cada una de las partes a la luz de los antecedentes de la causa destaco, en principio, la referencia de la Defensa Pública de la actora en cuanto a la críticas realizadas por el demandado al fallo apelado no resultan acertadas, esto es alude a su presunta insuficiencia en consideración a la normativa que rige la materia, en tal aspecto recuerdo haber sostenido en ocasión de haber

cotejado el contenido del responde (en el caso ver fs. 80/86)) con la de la queja que esta, como acto procesal, no alcanza con el "quantum discursivo" sino que la "qualitae" hace a la esencia de la crítica razonada, por lo tanto, no basta con disentir del pronunciamiento, pues disentir no es criticar de modo tal que el recurso debe bastarse a si mismo. En consecuencia, tanto los disensos subjetivos como la exposición retórica de la posibilidad de haberse interpretado las pretensiones o sus defensas de modo distinto al llegado por el juez *a quo*, si bien constituye características propias del debate dialéctico, no lo son de la impugnación judicial que se pretende.

No obstante la referencia a errores u omisiones en la valoración de la prueba adquirida o su apreciación fragmentada, expuestas en la exposición de la recurrente, me persuade del cumplimiento suficiente de los extremos exigidos por el art. 268 del CPr/DJ y, en consecuencia, debe mantenerse abierta la instancia a efectos de la revisión del fallo dentro de esos límites jurisdiccionales.

Veamos: en cuanto al cuestionamiento referido al nivel de suficiencia económica de quien reclama el sostén por ella y sus hijos menores, considerando exagerada la cuota estimada y procurando su disminución a los valores que consigna a fs. 214, p. VI.2., olvidó impugnar en el inicio la declaración jurada formulada a

GISELA CINTIA MOREJÓN
Secretaria de Cámara

fs. 40 p. II, claro reconocimiento implícito de una precaria situación económica de quien asumió la obligación del cuidado de sus hijos. No es todo. También debió recurrir a la asistencia pública municipal.

Ahora bien, en numerosas circunstancias análogas se ha afirmado que conforme al artículo 265 del Código Civil, ambos padres deben alimentos a sus hijos conforme a su condición y fortuna, debiendo tenerse en cuenta

entonces el trabajo que desarrolla cada uno, o el que puede desarrollar, la capacitación con que cuentan, título profesional, oficio, actividades ya cumplidas, nivel de educación, los bienes ya fructíferos que cada uno posee, los bienes de capital improductivos que podrían convertirse en bienes fructíferos, la vivienda con que cuentan, el estado de salud de cada uno en la medida que influye en su posibilidad de obtener ingresos y le demande gastos para la atención de sus propias dolencias (ver “Algunas consideraciones sobre el deber alimentario de los padres respecto de sus hijos”, por Campos, Roberto D., cita: MJ-DOC-5413-AR - MJD5413 y, *v. gr.*, "G. E. M. c/ D. S. R. J. s/ alimentos", Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, 13/7/2010, MJJ56489).

Y aquella presunción a la que he hecho referencia al principio no se funda tan solo en el silencio de la contraria, emerge claramente de la prueba adquirida, debidamente apreciada y confrontada sin la más mínima duda. Y es que de tal manera, la *iudex a quo* supo en función tales circunstancias establecer adecuadamente el debido equilibrio ente las partes en referencia a la asistencia requerida.

Siguiendo la nota señalada y las citas en las que funda su opinión que ha merecido mi atención y favorable adhesión, sigue diciendo, en párrafos útiles a la solución del presente caso, que en función de lo dispuesto en los arts. 265, 271 y 1300 CCiv, ambos deben contribuir a los alimentos del hijo en forma proporcional a sus respectivos ingresos. Pero esta situación sufre alguna variación cuando los padres se encuentran separados pues, para estimar la contribución del progenitor que tiene la guarda de los hijos, deben considerarse los aportes en especie que hace y que tienen significación económica, como así también debe ponderarse la atención cotidiana que presta al hijo, pues ello implica una inversión de tiempo al que debe atribuírsele valor, ya que con esta actividad el progenitor resta tiempo para realizar

actividades lucrativas. Así lo han interpretado nuestros tribunales al considerar: «Corresponde, en principio, al progenitor no conviviente proveer a las necesidades alimentarias en mayor proporción, pues quien ejerce la tenencia efectúa a diario una contribución en especie y en tiempo, ya que tiene a su cargo el cuidado, supervisión y atención directa de los hijos, tareas que si fueran asumidas por terceras personas tendrían un costo económicamente evaluable que generaría mayores erogaciones a ambos padres» (ver, *v. gr.*, CNCiv, Sala J, 25/6/2010, "P. A. S. c/ R. C. A.", La Ley Online, AR/JUR/29470/2010) y que «Si bien la obligación alimentaria pesa sobre ambos progenitores, quien vive con los hijos compensa brindándoles cuidado y dedicación, razón por la cual recae sobre el padre no conviviente la obligación de pagarlos en mayor proporción» (ver, *v. gr.*, CNCiv., Sala C, 20/9/2007, "C. V. C. y otro c/ N. S. H. J.", La Ley, Doctrina

GISELA CINTIA MOREJÓN Secretaria de Cámara

Judicial Online, AR/JUR/9390/2007).

Lo expuesto no significa que el aporte alimentario que efectúa el progenitor que ejerce la tenencia se agote en su contribución en especie, atendiendo y cuidando en forma cotidiana a sus hijos, que lo releve de efectuar contribuciones en dinero si se encuentra en condiciones de hacerlo. El padre que ejerce la guarda debe aportar su mayor esfuerzo porque la tenencia y los gastos que se generan como consecuencia de ella no excluyen su contribución económica, sobre todo, si cuenta con posibilidades ciertas y adecuadas para hacerlo. En consecuencia no hay obstáculo alguno para que el progenitor obligado al pago de una cuota dineraria solicite la coparticipación del otro que

ejerce la tenencia de los menores, teniendo en cuenta la situación y los recursos de este último. Por lo tanto, sus posibilidades de contribución deben ponderarse como una coparticipación que cabe al que ejerce la tenencia en beneficio del hijo menor alimentado y no como una liberación del deber que incumbe al otro progenitor.

De allí que pesaba sobre la reclamante la carga de la prueba de los factores negativos que le impiden concretar tales aportes de modo exigido de ordinario por la ley en idénticas circunstancias. Ello no emerge como una novedad al conocimiento del recurrente, ya que ha reconocido expresamente las delicadas y graves dolencias sufridas por su esposa y mal puede negar las secuelas debidamente señaladas en el informe del ETI y que no han sido de ningún modo impugnadas. Al trastorno psicofísico, se suma el tiempo que requiere su tratamiento y el gasto que irroga y todo ello incidiendo negativamente en la obligación alimentaria en cuanto a la contribución debida de no mediar tales circunstancias.

De ningún modo puede vanagloriarse el demandado por la supuesta concesión graciosa de sus derechos referidos al hogar conyugal olvidando el alcance de la presunción del art. 1271 CCiv. en cuanto a la vivienda que hoy ocupa su familia.

Bien leídos los considerandos en su partes pertinentes, no existe reproche en cuanto las especiales referencias que se formulan luego de tomar en consideración el caudal disponible del demandado a efectos de cubrir las obligaciones requeridas por la presente, estableciendo su justa medida en razón de la asistencia consensuada para con el resto de sus hijos pese a la mayoría de edad. No se aprecian desbordes, pues ha tenido en cuanta cada situación en especial como asimismo las necesidades personales del alimentante.

En cuanto a las críticas que alcanzan a la condena favorable a favor de la esposa debe recordarse que el deber de asistencia se mantiene a pesar de que los

esposos se encuentren separados de hecho, y resulta justo que el cónyuge acuda con una prestación en beneficio de la esposa quien, luego de la separación, ha quedado en una situación de inferioridad de recursos. Los cual ha quedado suficientemente probado al tratar el punto anterior, máxime tomando en consideración la documental médica, informe del ETI y testimoniales no impugnadas (ver en idéntico sentido, *v. gr.*, Cámara de Familia de Mendoza, 03/12/2010 –"L.
A. A. c/ M. L. B. s/ alimentos - med. prec."- cita: MJJU-M-61788-AR - MJJ61788 - MJJ61788).

GISELA CINTIA MOREJÓN Secretaria de Cámara

Bien se ha dicho que durante la separación continúa vigente el sistema de asistencia espiritual y material, incluida la prestación alimentaria que prevé el art. 198 del Código Civil, sin perjuicio de las adecuaciones a la cuota que derivarán del hecho de vivir separados (Bossert, Gustavo A., "Régimen jurídico de los alimentos", 2ª ed. actualizada y ampliada, pág. 29; Escribano, Carlos y Escribano, Raúl, "Alimentos entre cónyuges", pág. 25; Fanzolato, Eduardo "Alimentos y reparaciones en la separación y en el divorcio", pág. 9).

En lo que respecta al monto de la cuota, actualmente prevalece en la doctrina y la jurisprudencia el criterio según la cual aquella debe fijarse en correspondencia con las posibilidades del alimentante, procurando preservar el nivel de vida que el cónyuge reclamante mantenía durante la convivencia matrimonial. En apoyo de tal posición se ha señalado que en estos casos rige plenamente el art. 198 del Código Civil y por proyección el principio general contenido en el art. 207 referido al cónyuge inocente, sin que corresponda aplicar el art. 209 del mismo Código relativo al cónyuge culpable, ya

que aún no hay debate ni prueba sobre culpas. Sin embargo, también se ha aclarado que deben ponderarse las nuevas circunstancias fácticas derivadas de la separación, Bossert, Gustavo A., "Régimen...", cit, págs. 28/31), en el caso ya valorados en su actual dimensión y sin que pueda imputársele a la sentenciante que se haya excedido en sus apreciaciones.

En cuanto a la fecha punto de partida para el cálculo de las cuotas atrasadas, ya hemos tenido oportunidad de adherir en numerosos casos y con

GISELA CINTIA MOREJÓN
Secretaria de Cámara

sobrados fundamentos en línea con lo sustentando por la *iudex a quo*.

Recuerdo que entre las razones invocadas se dijo que una aplicación razonable de las previsiones del señalado art. 644 del Cód. Procesal (656 y 657 del CPr/DJ, invocadas por el recurrente) armonizando su texto con el de la posterior Ley de Mediación Obligatoria, conduce a concluir que la vigencia de la cuota alimentaria opera desde la presentación del formulario de mediación. Una solución contraria, se alega, erigiría a dicho procedimiento como una verdadera carga para el actor, conspirando seriamente con los fines del instituto, ya que desalentaría la predisposición para negociar frente a la premura por dar por finalizado con el trámite previo en miras a franquear el acceso al juicio. Asimismo, estando comprometidos los intereses de los menores de edad, una interpretación diversa resultaría claramente opuesta al art. 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño que cuenta con rango constitucional *cf*. art. 75, inc. 22 de la vigente ley fundamental (ver "Reclamo de alimentos atrasados y la instancia previa regulada por la Ley 24.573" por Álvarez, Osvaldo Onofre, 1-ene-2004, cita: MJ-DOC-1-AR - ED, 209-529 - MJD1). Razones por las cuales, en concordancia con los fundamentos del defensor público actuante y la asesora de familia, debe mantenerse firme lo ordenado en el fallo y así lo propongo al acuerdo. Consecuentemente deberá

desestimarse el recurso de apelación articulado por la vencida, debiendo soportar las costas de la alzada, difiriéndose la regulación de honorarios al momento del acuerdo en el que se tendrán en cuenta las pautas arancelarias de la Ley XIII nros. 4 y 15, teniéndose presente también la reserva del llamado “caso federal”. A la segunda cuestión, el Dr. Alexandre dijo:

Rechazar el recurso de apelación articulado por la demandada, debiendo soportar las costas de la alzada, difiriéndose la regulación de honorarios de conformidad los considerandos pertinentes y teniéndose presente la reserva del llamado caso federal.

A la primera cuestión, el Dr. Nahuelanca dijo:

La sentencia se dicta a fs. 182/191vta., por la que se hace lugar parcialmente a la demanda y condena a la parte demandada J. C. R. a pagar a la parte actora S. E. C., una cuota alimentaria a favor de dos hijos menores, del 28% de los ingresos que por todo concepto perciba, previo descuentos de ley, en ningún caso inferior a $5.000 y a favor de la cónyuge accionante el 7% mensual, no inferior a $1.700, al mantenimiento de la obra social. Condena asimismo, previa liquidación, a cuota suplementaria por alimentos atrasados. Impone las costas al demandado.

Apela la parte demandada a fs. 193 y a fs. 194 se concede el recurso.

Los agravios a fs. 210/214vta., señalan los antecedentes de la causa, destacando que el porcentual peticionado era del 35% para los hijos y del 15% en derecho propio. Impugna entonces como primer agravio y en función de los contenidos de la vista de causa y conceptos del fallo que transcribe, que puesto el énfasis en los roles que cada una de las partes cumplieron dentro del régimen familiar, de las declaraciones de testigos, prueba documental e informe del E.T.I., quedan probados los aportes de diverso tipo cumplidos por el accionado y además de los hijos mayores. Que durante la convivencia el alimentante era el principal, que posteriormente al retirarse del hogar

conyugal tiene por finalidad proveer mayor protección al grupo mayoritario (fs. 212), que le importó mayor monto del alquiler, Menciona otros gastos y destaca que asimismo cumple con la manutención de dos hijos mayores de edad por los gastos necesarios para adquirir un oficio o profesión.

Considera, entonces, un trato desigual porque la sentencia privilegia la situación económica de la Sra. C., de ingresos escasos y pasado grave enfermedad, pero niega la mayor gravedad actual con lo que en su parte recae un alto porcentaje, que no niega la obligación alimentaria, pero se agravia del *quantum* y sostiene que afecta el derecho de igualdad, por las obligaciones parentales de una y otro, sosteniendo que su parte, por las circunstancias, debe contribuir además al cuidado de los niños, que entonces la actora debería realizar los mayores esfuerzos para obtener propios ingresos.

El caso planteado por la recurrente en este primer agravio, por una suerte de desigualdad en el enfoque de la sentenciante para resolver, en lo fundamental por cuanto su parte asume gastos de manutención y formación de otros dos de sus hijos, mayores de edad pero menores de 21 años, D. y C.

Es claro que el fallo debió ocuparse específicamente de tales cuestiones, ya que fueron opuestas como defensa al contestar la demanda, aunque al respecto solo puede oponerse la ausencia de discurrimiento, porque no ha desconocido la realidad de tal situación conforme resulta de los asentamientos de la sentencia de fs. 187, las consideraciones del informe del ETI de fs. 187vta.

En principio corresponde señalar que con la reforma al Código Civil por la Ley 26579 que modificó la mayoría de edad, la obligación de los padres de prestar alimentos a los hijos se extiende hasta los 21 años, con el amplio alcance que establece el art. 267 C.C., pero en esta proyección y aplicación, debe recordarse que el hijo mayor de edad no está sujeto a la autoridad y de los padres en razón de las normas de la patria potestad o parentales (*cf*. Sala II de la Cám. de Apelac. en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Neuquén, fallo del 19/2/2013).

Es loable, en consecuencia, el mantenimiento que sostiene el demandado en la asistencia de los hijos nombrados, pero no aparece como justificado que pretenda modificar la cuota alimentaria fijada a favor de los dos hijos menores, cuando los hijos mayores no resultan demandantes y hasta se advierte de las constancias señaladas que uno de ellos obtiene ingresos por actividad laboral.

Por otra parte, considerando los gastos aledaños que informa la actora conexos a la asistencia de los hijos, no resulta excesiva la cuota alimentaria establecida por la Sra. jueza sentenciante en función de dos hijos a asistir.

Por lo expuesto se rechaza el primer agravio.

Asimismo, afirma como segundo agravio que existe una valoración equivocada de la prueba y rechaza la cuota alimentaria fijada a favor de la cónyuge. La apelante contrapone puntualmente que se encuentran indebidamente valoradas el estado de necesidad de la requirente y la falta de recursos e imposibilidad de conseguirlos. Cita fallo que la cónyuge no puede

pretender luego de la separación de hecho, si no realiza tareas remuneradas, continuar con la prestación sin tiempo alguno, conforme con sus aptitudes y demás condiciones personales.

Señala el recurrente los textos de la sentencia en cuanto dice que la cónyuge demandante ha sufrido luego de la separación graves problemas de salud, cáncer de tiroides, como lo más relevante y problemas de la vista y se encuentra en la actualidad con tratamiento médico con asma y artrosis, que comprensiblemente pueden haberle impedido el desarrollo y acceso a una actividad laboral. Con ello, afirma que la demandada no probó la imposibilidad de procurarse una actividad que le permita trabajo realizar un activo remunerado, con lo que debe rechazarse la pretensión.

GISELA CINTIA MOREJÓN
Secretaria de Cámara

Las constancias de la historia clínica de fs. 125 y ss. de S. E. C. revelan en efecto la grave enfermedad que padece la cónyuge peticionante, carcinoma de tiroides e hipotiroidismo, ambos de carácter crónico, con lógica consecuencias de tratamiento (medicación y controles para tales enfermedades), como otras complejidades por fracturas de miembros inferiores, obesidad, tratamiento de asma, a fs. 13 presta consentimiento para someterse a tratamiento médico-quirúrgico; son circunstancias de graves problemáticas de salud que padece la peticionante, que en sana crítica no puede estar comprendida en el fallo citado, que bien limita su aplicación en tanto lo admitan las condiciones personales de la peticionante, no siendo el caso de autos. Se rechaza el agravio.

Por el tercer agravio impugna la demandada el establecimiento de los alimentos atrasados desde la fecha del avenimiento, lo que considera contrario a lo consagrado a nivel nacional como provincial. En todo caso, amplía que si se flexibiliza la norma ante el surgimiento de la etapa prejudicial de avenimiento, no resulta justo parta el demandado que deba abonar alimentos desde una fecha tan distante la interposición de la demanda, que tanto puede deberse a la falta de necesidad como que su parte hizo aportes dinerarios y

en especie, conforme lo que dice acreditado en autos. Alude a jurisprudencia de esta Cámara y la pronta aplicación de la reforma unificatoria del derecho civil y comercial.

En principio, la recurrente no controvierte los fundamentos vertidos en el fallo en el considerando IV de fs. 189vta. y sig., que impone la etapa obligatoria del avenimiento conforme con la Ley III N° 21 que no puede perjudicar la finalidad alimentaria por su carácter asistencial ni al principio de solidaridad, por lo que de seguirse el criterio que se pretende importaría la pérdida de dicha asistencia desde que se manifiesta fehacientemente la necesidad alimentaria y se cita para el avenimiento. Al respecto resulta inadmisible que la supuesta deficiencia de la petición por la representante oficial, comporte la pérdida del derecho alimentario en su curso hasta la demanda, desde que son los derechos del niño los que privan, los que no pueden resultar anulados ni por dichas circunstancias o modo de la ley o solo la vigencia pretendidamente inamovible a partir de la previsión del código ritual. Es que el derecho alimentario del niño alcanza rango constitucional a partir de la ratificación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que ha obligado a los países firmantes a adecuar su derecho interno a dicho paradigma de protección integral, los derechos son de orden público, irrenunciables e interdependientes, indivisibles e intransigibles a partir de su recepción en el art. 75, inc. 22, de la C.N., con lo que si la norma de rango inferior contiene menoscabos a la plenitud del derecho y no ha sido reformada, debe interpretarse el contexto legislativo sin desmedros a tal protección o prescindirse su aplicación por la imponencia de la norma constitucional (Dr. Bidart Campos; las normas constitucionales no se dividen en programáticas y operativas, todas tienen fuerza directamente operativa). Como señala la autora que se ha de citar, la obligación alimentaria se evalúa desde la perspectiva

del interés superior del niño y los Estados deben adoptar las medidas adecuadas para dar efectividad a sus derechos (*cf*. "Una mirada sobre la obligación alimentaria desde la perspectiva de los Derechos del Niño", autora Eliana M. González Moreno en E.D.233-955). Por similares fundamentos, no hay lugar para la caducidad de las diferencias por cuotas atrasadas por supuesta inactividad, se impone el criterio que sigue: "Resulta inaplicable la caducidad de alimentos atrasados a menores de edad, ya que no corresponde suponer falta de necesidad respecto de quien no actúa por sí, sino por representante legal, en razón de la inactividad de este" (Cám. en lo Civil y Comercial de Rafaela. Fecha 23/5/2013, autos "L.G.C. c/ S.L.H. s/ alimentos".

Huelga señalar, como lo anticipa mi colega preopinante, que es jurisprudencia de esta Cámara de larga data la armonización de la legislación provincial incidente, que no es sino aplicación de los principios señalados en razón del resguardo constitucional.

Por todo lo expuesto, se rechaza el recurso interpuesto, con costas en razón del art. 59 Ley XIII N° 5 del Digesto Jurídico. Para regular honorarios rige la Ley XIII N° 4 del mismo Digesto, arts. 5, 6, 8, 13 y concords., considerando el mérito del trabajo profesional y su resultado.

A la segunda cuestión, el Dr. Nahuelanca dijo:

Atento a la concordancia resultante en el presente acuerdo, corresponde el pronunciamiento propuesto por el Dr. Alexandre, con la reserva del caso federal señalada.

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 la Dra. Alonso 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 articulado por la demandada y confirmar la sentencia de fs.

182/191vta.

2) Costas de la alzada a la demandada apelante vencida, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales del defensor público Dr. H. G. A. en el treinta por ciento (30%) y del Dr. T.J. B. en el veinticinco por ciento (25%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

3) Tener presente la reserva del caso federal.

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

JULIO ANTONIO ALEXANDRE
Juez de Cámara

FERNANDO NAHUELANCA
Presidente

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2015
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "F"

GISELA CINTIA MOREJÓN Secretaria de Cámara