En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de septiembre del año dos mil dieciséis, reunida en acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dra. Graciela Mercedes García Blanco, y asistencia del Sr. juez de Cámara Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"W., A. A. c/ O., R. D. s/ CUIDADO PERSONAL Y ALIMENTOS", expte. nro. 208/16**, venidos del Juzgado de Familia nro. 2 (expte. nro. 497/15), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 225), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Graciela Mercedes García Blanco y Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 107/110? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, la Dra. Graciela Mercedes García Blanco dijo:

La sentencia definitiva nro. 22/2016 del Juzgado de Familia nro. 2 de la jurisdicción, dispuso: Homologar el acuerdo alcanzado por las partes sobre cuidado personal compartido indistinto de la niña R. O. W., a cargo de sus progenitores A.
A. W., D.N.I. XX.XXX.XXX y R. D. O., D.N.I. XX.XXX.XXX, estableciendo su residencia principal en el domicilio materno; hacer lugar parcialmente a la demanda y en consecuencia, fijar una cuota alimentaria mensual a cargo del demandado consistente en el VEINTICINCO POR CIENTO (25%) de las sumas que por todo concepto tenga a percibir en su lugar de trabajo, previa deducción de los descuentos de ley, en ningún caso inferior a la suma de PESOS CINCO MIL QUINIENTOS ($5.500) con más asignaciones familiares en caso que corresponda, y obra social. Dichas sumas deberán ser depositadas en la caja de ahorro del

Banco del Chubut S.A. N° XXXXXX CBU XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, oportunamente abierta en autos.

Ordenó que por Secretaría se librara oficio a la empleadora Ministerio de Economía de la provincia del Chubut a fin que proceda a descontar al Sr. R. D. O., D.N.I. XX.XXX.XXX, el VEINTICINCO POR CIENTO (25%), de las sumas que por todo concepto tenga a percibir, en ningún caso inferior a la suma de PESOS CINCO MIL QUINIENTOS ($5.500) previa deducción de los descuentos de ley, con más asignaciones familiares en caso que corresponda, y obra social. Asimismo, hágase saber que, simultáneamente con el depósito del porcentaje acordado en concepto de cuota alimentaria, deberá dejar sin efecto la retención de PESOS DOS MIL CIEN ($2.100) oportunamente dispuesta en estos autos en concepto de alimentos provisorios que le fuera comunicada mediante oficio N° 1439/15.

Fijó una cuota en concepto de alimentos atrasados por el periodo correspondiente a la fecha del pedido de avenimiento hasta la sentencia, la cual será liquidada de conformidad con las pautas establecidas en el considerando respectivo;

Impuso las costas del pleito en el orden causado con relación al planteo de cuidado personal, y a cargo del demandado respecto de la petición de asistencia alimentaria. Reguló los honorarios de los profesionales actuantes.

Contra la sentencia se alzó el demandado a fs. 112.

A fs. 202/204, se agregó el memorial de agravios de la parte apelante, en dicha oportunidad peticionó la apertura a prueba en esta alzada, la que fuera rechazada por sentencia Interlocutoria nro. 102/2016.

Centra la queja en la determinación del *quantum* de la asistencia alimentaria. Sucintamente señalo que el quejoso dice que solamente se probó la relación de empleo y no los ingresos, hace referencia a su situación actual.

A fs. 222 contestó la vista la Sra. asesora de Familia, propiciando se confirme lo decidido en la instancia de grado.

Contesta agravios a fs. 209/211.

Análisis:

Ha de tenerse en cuenta lo establecido en los arts. 98, 104, 105 de la Ley III nro. 21, y en tal sentido reitero lo que he sostenido en incontables oportunidades: la finalidad de la actividad probatoria es crear la convicción del órgano jurisdiccional sobre la existencia o inexistencia de los hechos alegados por las partes en su correspondiente oportunidad procesal, que son motivo de discusión y que no están exentos de prueba. La carga de la prueba señala a quién corresponde evitar que le falte la prueba de cierto hecho para no sufrir sus efectos perjudiciales. La carga no significa obligación de probar, sino que implica estar a las consecuencias que la prueba se produzca o no, ya que en virtud del principio de comunidad procesal, el material probatorio incorporado surte todos sus efectos quienquiera que los haya suministrados (Devis Echandia "Teoría de la prueba judicial", t.I, pág. 426, Bs.As., 70, Sentis Melendo, Santiago, "Teoría y práctica del proceso", t.III, pág. 200, Bs.As.).

En consecuencia, la actividad probatoria no supone ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada parte. Es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no acredita los hechos que invoca como fundamento de su derecho, pierde el pleito (Couture, Eduardo, "Fundamentos del derecho procesal Civil", pág.42).

"Estas actitudes omisivas facultan a juez de la causa para tener por estimadas como reconocimiento de los hechos expuestos en la demanda. A esta altura recordamos la magistral enseñanza de Goldsmidt con relación a la conducta omisiva en el proceso y en particular a la carga procesal concebida como imperativo del propio interés, al señalar como principio: "La ocasión obliga o, más bien, impone una carga y la más grave culpa contra sí mismo es dejar pasar la ocasión" ("Teoría General del proceso", pág. 84)" (Fenochietto, "Cód. Proc...", t.2, pág. 404, ed. Astrea-1999).

La sentencia venida en crisis ha sido fundada con los materiales probatorios existentes en autos y debidamente fundada en derecho. Suele establecerse la cuota alimentaria en un porcentaje de los ingresos del alimentante, lo que a todas luces es más conveniente que establecer una suma fija... Es que, como explica Bossert, "de este modo, la cuota alimentaria irá cambiando a medida que varía, por incrementos en las remuneraciones, el sueldo que el trabajador percibe, lo que evita incidentes de aumento y resulta justo para ambas partes, ya que el incremento de las remuneraciones suele vincularse al aumento del costo de vida; de manera que, ante un incremento en sus necesidades, el alimentado ve aumentado su alimento, y el alimentante sigue abonando siempre el mismo porcentaje de sus ingresos. Tal y como ocurrió en la especie la jueza *a quo* adoptó dicho criterio, al que adicionó a su decisión un monto mínimo, garantizando los derechos del alimentado como invocó en los fundamentos del fallo, sin que se enerven con las manifestaciones volcadas en el memorial bajo estudio.

Conforme lo expuesto precedentemente, he de confirmar la sentencia de grado, con la imposición de costas al apelante siguiendo los principios establecidos en el código ritual (art. 69) lo que corresponde en su carácter de alimentante.

A la segunda cuestión, la Dra. Graciela Mercedes García Blanco dijo:

Propongo:

1) Rechazar los agravios de la parte demandada y en consecuencia confirmar la sentencia venida en crisis.

2) Costas de la alzada al recurrente.

3) Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes en esta instancia al momento del acuerdo.

A la primera cuestión, el Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes dijo:

Vienen estos autos a mi conocimiento con motivo del recurso de apelación que contra la sentencia de grado interpusiera la parte demandada (fs. 112, agravios fs.

202/204). Corrido el traslado de rigor, fue contestado por la contraria (fs. 209/211). Se rechazó el pedido de apertura a prueba (fs. 214/216). Obra constancia de audiencia art. 130 Ley III N° 21 (fs. 220) e intervención de la Sra. Asesora Civil de Familia e Incapaces (fs. 222). I. Antecedentes:

En breve síntesis, diré que la actora Sra. Sra. A. A. W., en representación de su hija menor R. W. O., promovió formal demanda por alimentos y custodia contra el progenitor, el Sr. R. D. O., en la que solicitó se lo condene al pago de una cuota alimentaria del 25% calculada sobre los ingresos que por todo concepto tuviera percibir el demandado, previo descuentos de ley, incluidos los no remunerativos, suma que nunca deberá ser inferior a la de $7.000, con más escolaridad, asignación familiar y obra social, y costas. Solicitó la custodia exclusiva de la menor. Ofreció prueba. Corrido el traslado de ley, no se presentó en tiempo oportuno el demandado, quien tomó participación con posterioridad. Se fijó cuota alimentaria provisoria. Acordaron las partes en audiencia conciliatoria el régimen de cuidado personal. Se produjo la audiencia de vista de causa. Dictaminó la Sra. Asesora de Familia e Incapaces. Pasaron los autos para resolver.

El fallo de primera instancia homologó el acuerdo alcanzado por las partes sobre cuidado personal compartido indistinto de la niña R. O. W., a cargo de sus progenitores A. A. W., DNI XX.XXX.XXX y R. D. O., DNI XX.XXX.XXX, estableciendo su residencia principal en el domicilio materno. Hizo lugar parcialmente a la demanda y en consecuencia, fijó una cuota alimentaria mensual a cargo del demandado consistente en el veinticinco por ciento (25%) de las sumas que por todo concepto tenga a percibir en su lugar de trabajo, previa deducción de los descuentos de ley, en ningún caso inferior a la suma de pesos cinco mil quinientos ($5500) con más asignaciones familiares en caso que corresponda, y obra social. Fijó asimismo una cuota en concepto de alimentos atrasados por el periodo

correspondiente a la fecha del pedido de avenimiento hasta la sentencia, a ser liquidada conforme considerando respectivo. Impuso las costas en el orden causado en el orden causado con relación al planteo de cuidado personal, y a cargo del demandado respecto de la petición de asistencia alimentaria. Reguló los honorarios profesionales.

II. Análisis de los agravios:

Contra el decisorio se alzó la parte demandada. Se agravió en razón del porcentaje fijado en la sentencia y el piso mínimo establecido, todo en concepto de la asistencia alimentaria a favor de su hija menor que fuera condenado a abonar en la sentencia.

Es entonces que, adentrándome en el tratamiento de la cuestión traída a mi análisis, acostumbro recordar en mis votos que no es preciso que el tribunal considere todos y cada uno de los planteos y argumentos esgrimidos por las partes, ni en el orden en que son propuestos, bastando que se lo haga únicamente respecto de aquellos que resulten esenciales y decisivos para sustentar debidamente el fallo de la causa. Tal como lo ha establecido el más alto tribunal federal, los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino solo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso (CSJN, Fallos, 248:385; 272:225; 297:333; 300:1193, 302:235, entre muchos otros).

Adelanto asimismo que, en el acotado marco reservado a la alzada, y con el fin de lograr un orden en el tratamiento de los distintos aspectos que son objeto de agravio en el marco de la impugnación formulada, habré de abordarlos en forma conjunta, lo que se encuentra justificado por la identidad y conexidad que guardan entre sí, y en atención a los principios de celeridad procesal y seguridad jurídica
(LS 320- 217; 349-39; 347-193; 347-209; 345-154; 347197 entre otros).

Aclarado ello, la demanda fue interpuesta por la Sra. A. A. W. en representación de su hija menor R. W.

O., contra el progenitor, el Sr. R. D. O.. Dijo allí que, cumplida la etapa de avenimiento prevista en el ordenamiento provincial Ley III N° 21, se vio obligada a promover la acción judicial a los efectos de proveer el sustento de la menor. Destaco asimismo que la acción incluyó la pretensión en relación con el cuidado personal de la niña (que fue planteado como custodia), el que la progenitora solicitó le sea otorgado en forma exclusiva.

Así, y corrido el traslado de la demanda, surge de las constancias del proceso que el accionado –debidamente notificado (fs. 17)- no se presentó a estar a derecho en tiempo oportuno, sino que lo hizo tardíamente pretendiendo entonces se decrete la nulidad de la notificación, planteo que fuera rechazado *in límine* por la señora juez de grado. Consta asimismo que las partes acordaron en audiencia conciliatoria posterior un régimen de cuidado personal compartido con modalidad indistinta respecto de la menor (fs. 105).

Bien, dicho ello, advierto que el núcleo de la queja se asienta sobre el monto que ha sido estipulado en concepto de cuota alimentaria. Interpreto a esa hora, que no discute el apelante el porcentaje dispuesto, sino que lo agravia el mínimo que fuera establecido por la sentenciante a la par, y es por ello que cuestiona que al fijarlo no contó la señora juez con la información fehaciente respecto de sus ingresos, procurando producir prueba ante esta alzada a tal fin, pretensión que no fuera admitida según resolución obrante a fs. 214/216 por la razones allí expuestas y que me eximo de reiterar por principios de celeridad economía procesal. Lo cierto es que, como antes refiriera, la sentencia fijó una cuota alimentaria a favor de la hija menor equivalente al 25% de los ingresos que tuviera a percibir el demandado, previo descuentos de ley, la que estableció en ningún caso podría ser menor a las suma de $5.500. Allí, la razón del recurso interpuesto.

Del estudio de los actuados surgen datos objetivos que son los que tendré en cuenta para analizar la procedencia de la crítica efectuada. En primer lugar, el

informe obrante a fs. 24/25 remitido por el Área Administración de Recursos Humanos del Ministerio de Economía y Crédito Público de esta provincia da cuenta de que el demandado presta servicios allí y percibe un ingreso mensual neto aproximado de $13.190 (excluyendo desde luego el rubro “otros descuentos” que no pueden afectar la asistencia alimentaria). Destaco que el informe aclara que el recibo de haberes adjunto corresponde a agosto de 2015, y que emito mi voto en septiembre de 2016.

En segundo lugar, el informe de AFIP agregado a fs. 77/81, en que consta que el accionado se encuentra inscripto como monotributo categoría “B”, a la que al 01/07/2015 correspondía un ingreso bruto anual de $48.000, es decir un promedio de $4.000 mensuales. El informe de referencia es de noviembre de 2015.

Sumados ambos ingresos mensuales, se obtiene un valor aproximado de $17.190. Ahora bien, cabe aclarar que en razón de la realidad económica que vive el país cierto es que los sueldos de la administración pública han sido objeto de reajustes -aspecto de público y notorio-, por lo que el ingreso que ostentara el demandado hace más de un año atrás no puede ser tenido como idéntico al que percibía al momento del dictado de la norma individual y con certeza ha sido ello valorado en el marco del plexo probatorio por la sentenciante. Es que “sobre el tópico relacionado con la valoración de las probanzas los jueces de grado tienen amplias facultades en la faena jurisdiccional de valorar los medios de prueba producidos y adquiridos para el proceso, a fin de establecer las circunstancias particulares del caso que faciliten al juzgador la valoración de las normas jurídicas aplicables. Solo excepcionalmente tal principio cede cuando se demuestra la existencia de un absurdo material o formal" (SCBA, Ac. 81.595, sent. del 17 XII 2003; entre otras).

Que en esa senda de análisis, la suma fija de $5.500 no se presenta de modo alguno como excesiva, más aún

teniendo en cuenta la edad de la niña, y sus necesidades consecuentes, las que si bien no necesitan ser probadas se presumen mayores desde que se encuentra en plena etapa escolar. Y en concreto, carece el recurso de elementos atendibles que me persuadan de lo contrario.

No encuentro así, en el acotado marco que es reservado a esta alzada, mérito para decretar una cuota alimentaria distinta modificando la dispuesta, lo que aduno a lo que vengo expresando, debiendo tener en cuenta asimismo el recurrente que la etapa de apelación no constituye un nuevo juicio, sino apenas la revisión de lo resuelto en la instancia anterior, razón esta por la que los argumentos que pretendiera incorporar en su libelo recursivo no resultan idóneos ni pueden ser sometidos a análisis, desde que los capítulos que no fueran propuestos al juez de la instancia están vedados para la alzada.

Sabido es que "mediante el recurso de apelación no pueden someterse a conocimiento de la alzada defensas o cuestiones que no fueron articuladas oportunamente. Y si el recurrente las introduce en la expresión de agravios, su tratamiento en la alzada importaría la violación de las normas procesales (arts. 34, inc. 4°, 163, inc. 6°, 266 y 272, CPCCN)" (CCiv.Com., Lomas de Zamora, Sala I, 27/2/03, Rep. LL, 2003-1796, n° 33, y LL BA, 2003-1167).

Es que, constituyen capítulos sobre los que no puede pronunciarse el tribunal de alzada todas aquellas defensas que obsten la procedencia de la reclamación de la actora y requieran la alegación y prueba de hechos distintos de los alegados por aquella, cuando no han sido expresamente sometidos a decisión el juez de primera instancia, puesto que lo contrario atentaría flagrantemente contra el derecho de defensa en juicio.

Así, y so pena de pecar de reiterativo, "La alzada solo puede juzgar aquellas cuestiones involucradas en los escritos constitutivos de la litis, porque el límite de los poderes del *ad quem*, está dado por los capítulos propuestos a la decisión el juez de primera instancia (C3° Civ. Com. Minas Paz y Trib. Mendoza, 9/9/02, Rep.

LL, 2003-1978, n° 42, y LL Gran Cuyo, 2003-154). Luego, si en oportunidad de presentarse a contesta demanda el accionado no lo hizo, no puede pretender suplir tal omisión en esta etapa procesal incorporando aquello que no fue objeto de análisis en la instancia de grado.

Es por los motivos expuestos que propondré se rechace el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y se confirme la sentencia de grado en todas sus partes.

Resta resolver la cuestión vinculada a las costas de esta alzada, las que impondré al demandado apelante vencido por el principio objetivo de la derrota (art. 69 CPCCCh). Difiero la regulación de honorarios para el momento del acuerdo.

A la segunda cuestión, el Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes dijo:

Por lo expuesto, y de compartirse mi voto, propongo al acuerdo la siguiente fórmula:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y, en consecuencia, confirmar el fallo de la instancia de grado en todas sus partes.

2) Las costas se imponen al demandado apelante vencido según considerando respectivo (art. 69 CPCCCh).

3) Diferir la regulación de los honorarios profesionales para el momento del acuerdo.

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

SENTENCIA:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y, en consecuencia, confirmar el fallo de la instancia de grado de fs. 107/110 en todas sus partes.

2) Costas de la alzada al demandado apelante vencido.

3) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en esta instancia al Dr. F. A. F. en el treinta por ciento (30%) y a la Dra. A. L. D. 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.

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse vacante un cargo de juez de Cámara y concordar en la solución del caso (Ley V-17-DJ, antes Ley 1130 y art. 274 CPCCCh, Ley XIII-5DJ, Anexo A).

RICARDO RUBÉN ENRIQUE HAYES
Juez de Cámara

GRACIELA MERCEDES GARCIA BLANCO
Presidenta

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2016
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "F"

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Secretaria de Cámara