Puerto Madryn, de Octubre de 2018.-

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: "**O., Y. C/ I., R. A. S/ Incidente de aumento de cuota alimentaria en autos "O., Y. y I., R. A. S/ Homologación de convenio" (expte. 134/2015)" Expte. 43 Año 2018**, venidos del Juzgado de Familia nº 2 Expte. Nº 250/2016, por haber interpuesto el demandado, a fs. 319 recurso de apelación contra la Sentencia Interlocutoria registrada bajo el N° 16/2018.

I. A fs. 308/317 la Sra. Magistrada de primera instancia hace lugar parcialmente al aumento de cuota alimentaria y en consecuencia fija la asistencia alimentaria de los adolescentes M. I. e I. I., a cargo de su padre, R. A. I., en el TREINTA por ciento (30%) de sus haberes mensuales, incluidos rubros remuneratorios y no remuneratorios, menos los descuentos de ley e impuesto a las ganancias, con un piso mínimo de pesos DIECISEIS MIL MENSUALES ($ 16.000), con más el pago de la obra social a cargo del progenitor, y el cobro de las asignaciones familiares en forma directa por la progenitora, suma que deberá ser abonada del 01 al 05 de cada mes y depositada en la caja de ahorros de titularidad de la Sra. O., tal cual la modalidad convenida en el Expte. N° 134/2015), bajo apercibimiento en caso de incumplimiento de disponer la prohibición de realizar trabajos de buzo profesional para las empresas navieras, dándole intervención a Prefectura Naval Argentina, para que tomen razón del impedimento, y hasta tanto no se abone la cuota alimentaria fijada en autos. Y a los fines de evitar futuras incidencias, la pensión mínima fijada en cuanto al dinero efectivo se refiere, se actualizará a partir de julio del corriente año en función de los incrementos que registre la Canasta Básica Total, debiendo tomarse el 50% del valor correspondiente a la familia de tres miembros. La cuota se fija con

efecto retroactivo a la fecha de la celebración de la audiencia de avenimiento, esto es al 03 del mes de mayo de 2016.

Contra dicha resolución, interpone recurso de apelación el Sr. I. fundándolo con el memorial de agravios de fs. 322/327.

Le causa agravio la resolución dictada debido a que la situación fáctica prima facie no ha variado en desmedro de la actora.

Señala que ha quedado demostrado con la prueba producida que la actora se encuentra en condiciones de aportar a la satisfacción de las necesidades de los hijos adolescentes, siendo su obligación al igual que la de él de procurar los medios idóneos.

Explica que su empleo es inestable y que si bien accede a un mayor salario, también es cierto que implica diferentes sacrificios personales y de salud y el tiempo de la actividad es limitado en la edad (máximo 45 años).

Manifiesta que cuando no tiene empleo, también debe costear los gastos fijos para lo que administra las sumas percibidas en tiempos de trabajo.

Considera que la cuota fijada además de ser excesiva, afectará la posibilidad de realizar actividades con sus hijos, lo que resulta injusto.

Por otro lado le causa agravio que la Sra. Jueza no haya tenido en cuenta que la actora jamás probó ninguno de los extremos invocados, ni los supuestos gastos ilógicos, resultando excesivo el reclamo.

Reconoce que las condiciones de vida se modifican al igual que el costo, pero cree que no es menos importante demostrar por parte de la actora los gastos que supuestamente efectuaría y reclama.

Solicita que la cuota se fije en proporción a las necesidades de los alimentados y a la fortuna de él, considerando que es excesiva la fijación del 30% de los ingresos del suscripto, por lo que requiere que se reduzca al 25%.

En tercer lugar le causa agravio el porcentual fijado como cuota. Considera que yerra la Sra. Jueza de Grado al utilizar como base para fijar el aumento de la cuota los recibos de sueldo, sin tener en cuenta que en el bruto y neto contienen además los ítems de devolución de gastos por él efectuados previamente.

Además de ello solicita se revoque la sentencia y se fije el aumento conforme la realidad tomando en cuenta el promedio de los salarios, excluyendo las liquidaciones finales por cese en el empleo.

Por otro lado le causa agravio la decisión de la Sra. Jueza de grado al establecer como piso mínimo mensual la suma de $ 16.000, para los momentos en que carezca de empleo, lo que afecta gravemente su patrimonio.

Explica que cuando no trabaja está convenido y demostrado que sus hijos permanecen con él, es decir, no sólo no tiene ingresos sino que los gastos son mayores para atender a las necesidades de sus hijos.

En quinto lugar se agravia que la Jueza de grado fallara estableciendo como piso mínimo mensual en la suma de $ 16.000 con aplicación retroactiva al mes de mayo de 2018.

Sostiene que el monto fijado como piso mínimo por la Sra. Jueza supera el 100% de los salarios que percibí a la época del reclamo, provocando un desequilibrio absoluto, a lo que se sumarían intereses desde aquella fecha, resultando un enriquecimiento injustificado de la actora.

Ofrece que el piso sea de $ 12.400 en lugar de $ 16.000 como plantea la Magistrada a quo.

Pone de resalto que durante todo el proceso ha cumplido en tiempo y forma con los pagos, abonando además los gastos extras a pesar de haber

convenido que fueran a medias con la actora, así como la obra social, entre otros.

Por último le causa agravio que la Jueza de grado no haya convocado a una nueva audiencia de conciliación, después de tanto tiempo transcurrido, ya que los ingresos de la madre han mejorado sustancialmente (antes no tenía empleo y ahora sí), por lo que se hace necesario atender a la realidad actual de la familia.

A fs. 332/334 contesta el traslado del memorial la actora, solicitando se confirme la sentencia de primera instancia en todas sus partes, con expresa imposición de costas al demandado.

A fs. 360/361 lucen agregadas las audiencias celebradas en la sede de esta Excma. Cámara de Apelaciones y a fs. 363 el dictamen de la representante de la Asesoría de Familia quien considera que debe confirmarse en todos sus términos la sentencia recurrida.

II. Las sentencias o acuerdos respecto a alimentos tienen una validez esencialmente provisoria, pues el alimentado puede denunciarlo cuando se alteren las circunstancias que se tuvieron en cuenta para la fijación de la cuota, y cuando pueda demostrar que la suma acordada es injusta, teniendo en cuenta la situación económica del alimentante y sus propias necesidades. Sabido es que el presupuesto de procedencia del incidente de aumento de cuota alimentaria reside en una sustancial modificación de la situación vigente al tiempo del establecimiento de la pensión primigenia, ya que los términos económicos de la relación alimentaria no asumen caracteres absolutos sino relativos, éstos se aprecian en función de la específica prestación de que se trata. Es decir, si para la fijación de la cuota debe tomarse en cuenta el estado patrimonial o capacidad económica, tanto del

beneficiario como del alimentante, tratándose del aumento de una cuota ya fijada, los mismos elementos de juicio han de considerarse para decidir la procedencia o improcedencia de la demanda formulada en tal sentido, pues son siempre las necesidades del alimentado y el caudal del alimentante los factores que regulan el quantum de la obligación por alimentos (Conf. Morello-Sosa-Berizonce-Tessone: "Códigos Procesales", T. VII-A, pág. 409 y 397).

Lo que si resulta claro del estudio de las presentes actuaciones es que el Sr. I. no cuenta con un sueldo fijo, lo que imposibilita a ambas partes poder tener una previsión de los ingresos con los que van a contar para hacer frente a los gastos de los hijos adolescentes.

Si bien la Sra. O. al momento de la celebración de la audiencia reconoció que se encuentra trabajando en la Municipalidad, lo hace en carácter de contratada, lo cual tampoco genera una seguridad económica para afrontar los gastos de los jóvenes.

El Sr. I. aduce que la situación de la actora ha cambiado pero para mejor, y no ha acreditado tener mayores gastos que los que ya tenía, al momento de convenir la última cuota alimentaria.

El problema es que hoy esa cuota resulta insuficiente. Ello por cuanto el nivel de gastos se incrementó por el solo hecho del transcurso del tiempo y especialmente como consecuencia del proceso inflacionario del país y de las mayores erogaciones que deben afrontarse frente a la mayor edad de los jóvenes, lo cual no requiere de prueba exhaustiva.

En este sentido, la jurisprudencia ha entendido *que en virtud de que el crecimiento de los hijos provoca un aumento de las necesidades en materia de alimentación, educación, vestimenta, esparcimiento y vida de relación, con el consiguiente incremento de los costos, puede solicitarse —sin necesidad de producir*

prueba concreta al respecto— un incremento de la cuota fijada para el hijo menor, en razón de su mayor edad respecto de la que tenía al fijarse o convenirse la originaria (CCiv., sala K, 29/08/2005, "B., L. A. c. B, T. F. y otros", La Ley Online).

La jurisprudencia tiene dicho al respecto que: *"Toda vez que las necesidades en materia de alimentación, educación, vestimenta, esparcimiento y vida de relación aumentan en los hijos a medida que crecen, con el consiguiente incremento de los costos, es innecesario producir prueba concreta al respecto a los efectos de solicitar un aumento de la cuota fijada para el hijo menor, en razón de su mayor edad con relación a la que tenía al momento de convenirse la cuota originaria"* (CCiv., sala K, 13/08/2002, "B. B., L. F. c. A. R., R.", DJ 2002-3, 620, La Ley Online).

En el mismo sentido se ha resuelto que: *"Toda vez que la prestación alimentaria constituye un deber impuesto a los padres como contenido de la patria potestad, no está sometida a la prueba de la necesidad por parte de la reclamante, pues su requerimiento constituye un hecho evidente, como también lo es que a medida que los hijos crecen aumentan sus necesidades".* (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G "A., L. y otros c. L., A. A."; 29/02/2012", LA LEY 29/06/2012, 7; LA LEY 2012-D, 221. DJ 29/08/2012, 89. AR/JUR/486/2012). Por otra parte, también se ha entendido que procede adecuar el monto de la cuota alimentaria en relación al alza constante del costo de la vida, toda vez que lo contrario importaría disminuir en términos reales su valor. Adviértase que tal reajuste no importa, de manera alguna, un aumento de la prestación, sino tan sólo la adecuación de su valor nominal a guarismos reales, dado que su mantenimiento en épocas de aguda inflación se traduciría en una gradual reducción de su monto en perjuicio del alimentado (Conf. CCiv., sala F, 13/12/1984, "S., S. B. c. S., C. M.", L.L., 1985C-100, La Ley Online).

Ahora bien, a fin de poder determinar el quantum de la pensión alimentaria deben tenerse en cuenta los ingresos del progenitor alimentante, y las carencias de los jóvenes respecto a los rubros establecidos en los arts. 658 y 659 del C.C.y C, pues debe existir un equilibrio entre las necesidades que la cuota tiende a cubrir y la aptitud del obligado para llenar tal finalidad.

De las constancias del expediente, surge claro que las necesidades de los jóvenes se incrementaron, de hecho el Sr. I. ofrece abonar el 25% de su salario en lugar del 30% que es lo fijado por la a quo.

En este punto consideramos que frente a las constantes variantes que tiene el sueldo del demando, resulta justo lo fijado por la Magistrada de grado.

Con respecto a la base imponible sobre la que se debe calcular dicho porcentaje, no encontramos argumentos suficientes para apartarnos en lo resuelto por la Sentenciante. Ello, debido a que corresponde aplicar los porcentuales decretados sobre todos los importes que efectivamente cobra el emplazado, aun cuando se los haya denominado como no remunerativos, toda vez que no obstante esa calificación, los mismos integran el sueldo, o sea, forman parte de la remuneración que percibe en concepto de contraprestación por las labores que realiza, revistiendo carácter habitual y permanente y no tener por finalidad la cobertura de un gasto específico.

Por otro lado, le causa agravio al demandado el piso que fija la Sra. Jueza de grado para los momentos en que el Sr. I. se encuentre sin empleo.

Dadas las características del trabajo del demandado, el hecho de haberse estipulado un porcentaje, con un mínimo de $ 16.000 para los meses que el Sr. I. no trabaja, posibilita que en aquellos períodos que la cuota es mayor (que en definitiva son los menos), la progenitora pueda administrar y ahorrar parte de ese dinero para así afrontar los meses que cobra menos.

Esta circunstancia permitirá que los jóvenes puedan mantener las distintas actividades que realizan para su desarrollo y se puedan cubrir sus necesidades de vestimenta y esparcimiento, entre otras.

Los demás agravios del demandado en este punto, carecen de entidad suficiente para fundar una solución distinta, ya que el monto fijado dada la realidad del país no resulta excesivo, y más aún cuando fue pedido hace dos años por la actora, al momento de iniciarse el presente proceso.

Sin perjuicio de todo ello, la obligación alimentaria es un derecho condicional y mutable que puede variar en su magnitud cuando se modifican las condiciones de hecho en base a los cuales se estableció.

De todo lo hasta aquí expuesto, se concluye que los argumentos del apelante no logran desvirtuar los fundamentos de la Sra. Jueza de la instancia anterior, de allí que la resolución atacada deberá ser confirmada en todos sus términos.

III. Si bien no ha sido materia de agravios, este Cuerpo no puede dejar de analizar el apercibimiento impuesto por la Sra. Magistrada de grado en el punto 1) de la Sentencia Interlocutoria registrada bajo el N° 16/2018 al disponer: *"…bajo apercibimiento en caso de incumplimiento de disponer la prohibición de realizar trabajos de buzo profesional para las empresas navieras, dándole intervención a Prefectura Naval Argentina, para que tomen razón del impedimento, y hasta tanto no se abone la cuota alimentaria fijada en autos".*

La Alzada se encuentra limitada en su análisis y tratamiento a todo aquello que ha sido materia de agravios. Sin perjuicio de ello, los órganos judiciales están obligados a juzgar de conformidad con el derecho vigente y siendo la tópica constitucional esencialmente jurídica, no están vinculados por el silencio de los justiciables. (Conf. Juan José Azpelicueta – Alberto Tessone,

“La Alzada. Poderes y deberes”, Librería Editora Platense SRL, La Plata, 1993, pág. 197).

Por otra parte, se adita que los jueces tienen el deber de aplicar la Constitución (art. 31 C.N.) y que ni siquiera la renuncia explícita o tácita de los interesados puede relevarlos de dicha tarea (Hitters, J.C, “Posibilidad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes”, E.D. 116-896).

Desde este punto de vista, señalan los autores ut supra citados, es indisputable que la Alzada goza de potestad para declarar *ex officio* la inconstitucionalidad de las leyes. Tratándose de una cuestión de derecho que puede ser considerada *iura curia novit*, el tribunal de apelación no se encuentra embretado por lo que hubiese alegado el apelante en el escrito fundante del recurso, ni limitado por los capítulos propuestos a decisión del inferior (C.S.N., E.D. 74.385).

De ello que, con el fin de resguardar los derechos de los justiciables violentados por la a quo, teniendo en cuenta la posibilidad de declarar de oficio una ley, es que este Cuerpo considera su deber revisar todas aquellas disposiciones que lesionen los derechos constitucionales de las partes.

La Sra. Jueza de grado con el apercibimiento impuesto cae en un "exceso de jurisdicción", ya que la sanción impuesta, en primer lugar, no fue solicitada por la actora y en segundo término, se vuelve contra ambas partes —cuyos derechos deben protegerse—. Ello por cuanto viola principios constitucionales, como el Derecho a Trabajar (art. 14 Bis) y Tratados Internacionales.

La proactividad del magistrado encuentra sus límites en el estricto cumplimiento de las garantías constitucionales y jurisdiccionales, pues, por sobre todas las cosas, el juez es antes que nada, el último garante de los

derechos humanos de las personas involucradas en el conflicto familiar. Por lo que no puede ser quien las violente.

De las constancias de autos, de los dichos de la actora y de los jóvenes M. e I., surge que el Sr. I. ha cumplido siempre en tiempo y forma con sus obligaciones de padre, por lo que resulta lesivo a sus derechos constitucionales la sanción impuesta. Además de ello, si no fuera inconstitucional la misma, resultaría por demás excesivo el apercibimiento impuesto, ya que existen un sin número de medidas que pueden disponerse que no afecten a las partes y sin que transformen de cumplimiento imposible la obligación alimentaria aquí dispuesta.

Por todo lo hasta aquí expuesto, es que dicho punto de la sentencia será dejado sin efecto.

IV. Las costas de esta instancia se impondrán por al demandado vencido. A los fines de la regulación de honorarios por los trabajos realizados en esta instancia se tendrá en cuenta la labor desarrollada, naturaleza del proceso, éxito obtenido y demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados (arts. 5, 7 y 13 de la Ley XIII N° 4), por ello corresponde fijar los honorarios de las Abs. S. D. B. y M. R. en forma conjunta en 10 JUS y a la Ab. N. E. S. en 8 JUS (arts. 7, 13 y ccdtes. Ley arancelaria).

Por ello la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Puerto Madryn

RESUELVE:

1°) CONFIRMAR la Sentencia Interlocutoria registrada bajo el N° 16/18 en todo cuanto ha sido materia de agravios.

2º) DEJAR SIN EFECTO el apercibimiento impuesto en el punto 1) de la Sentencia Interlocutoria registrada bajo el N° 16/18, previsto para el caso de incumplimiento del pago de la cuota alimentaria.

3°) IMPONER las costas de esta instancia al demandado vencido (art. 69 del C.P.C.C.).

4°) REGULAR los honorarios de las Abs. S. D. B. y M. R. en forma conjunta en 10 JUS y a la Ab. N. E. S. en 8 JUS (arts. 7, 13 y ccdtes. Ley arancelaria)

5°) REGÍSTRESE, notifíquese y devuélvase.-

La presente sentencia es firmada por dos vocales de Cámara en virtud de concordar en la solución del caso y encontrarse excusado el Dr. Julián Emil Jalil (Art. 8 y 9 Ley V N° 17).

REGISTRADA BAJO EL N° /2018 SIF.