

R. I. N° 126 (S)

En la ciudad de Necochea, a los 01 días del mes de diciembre de dos mil dieciséis, reunida la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, en acuerdo ordinario, a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados: “**R. A. C. c/ R. M. V. s/ Incidente de cuota Alimentos**” **Expte. N° 10.710** habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los arts. 168 de la Constitución de la Provincia y el art. 263 del Código Procesal Civil y Comercial, resultó del mismo que el orden de votación debía ser el siguiente: Señores Jueces Fabián Marcelo Loiza y Oscar Alfredo Capalbo, habiendo cesado en sus funciones el Doctor Garate (Decreto nº 200 del 13 de mayo de 2013).

El tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1a ¿Es justa la resolución de fs. 126/ 131?

2a ¿Qué pronunciamiento corresponde?

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR LOIZA DIJO:

I.- Conforme surge de las constancias de autos a fs. 126/131 la Sra. Jueza de familia Dra. Manis dicta sentencia en la que resuelve hacer lugar al incidente de fijación de cuota alimentaria promovido por A. C. R., DNI 16.396.545 contra V. R., DNI 27.707.770, debiendo el actor abonar en concepto de cuota alimentaria definitiva para su hija menor de edad S. E. R., DNI 52.XXXX.XXX, desde la fecha de interposición de la presente acción, 07 de Agosto de 2014, la suma de pesos dos mil quinientos (\$2.500) mensuales.

Asimismo impuso las costas en el orden causado teniendo en cuenta las características del proceso y reguló los honorarios de los letrados intervinientes.

Contra dicho pronunciamiento a fs. 139/140 interpone recurso de apelación la demandada fundándolo en el mismo acto.

En primer lugar se agravia la recurrente sobre el "quantum" fijado por la juez de grado manifestando que en la causa "quedó comprobado" el caudal económico del actor con oficio de fs. 87/88 remitido por la Municipalidad de Balcarce; que obra a nombre del actor la habilitación de dos comercios, de los cuales consta que han cesado su actividad. Argumentando que " deben presumirse que lo hizo para eludir la cuota alimentaria y a fs. 101/102 obra oficio remitido por el Registro de la Propiedad Inmueble en el que informa que el Sr. A. C. R. es titular de 3 propiedades y que por los dichos del alimentante al absolver posiciones este reconoce tener un automotor. "

Expresa que el señor R. venía abonando una cuota alimentaria mensual de pesos un mil (\$1000), que el "quantum de la cuota alimentaria debe hacerse sobre las necesidades de la menor y la solvencia de los progenitores.

Destaca que el juez de grado no tuvo en consideración la conducta del alimentante que ocultó sus bienes, cambió la titularidad de los comercios que posee y que tampoco ponderó la situación socio económica de su poderdante en la actualidad y que la suscripta ejerce en forma unilateral su rol de madre sin ayuda del progenitor, lo que limita la posibilidad de trabajar, ya que la niña por su edad requiere una atención constante, dado que el padre vive a 100 km de distancia.

En su segundo agravio relacionado a las costas solicita las mismas se impongan al alimentante atento que provocó el desarrollo del pleito al no acordar cuota en la audiencia de conciliación.

El actor contesta agravios solicitando se desestimen y se confirme la resolución de la jueza de grado.

III. El proceso es curioso y sin duda que no ha contado con la colaboración de las partes ni en su devenir procesal ni en la averiguación de los hechos. La prueba es tan escasa que resulta ello elocuente.

Es el progenitor alimentante quien ha iniciado la acción contra la madre de la niña aduciendo negativa de la progenitora a llegar a un acuerdo. La jueza de grado, quizás por inadvertencia, no fijó qué tipo de proceso regiría la acción, aunque entendió que era un “incidente” sin especificar cuál era el principal (fs. 16).

La madre se presentó, solicitó el rechazo de la acción y en representación de la niña petitionó se fije una cuota de cinco mil pesos (fs. 35/36vta.) Negó los ingresos denunciados por el actor y afirmó que contaba con mayor caudal económico que el expresado en demanda. También ofreció prueba.

Hubo audiencias con fines de conciliación pero sin resultado y se fijaron alimentos provisorios en la suma de pesos mil cien (\$1.100).

El alimentante pidió la apertura a prueba a lo que se contestó con cita de los arts. 636 y 640 del CPCC que atento el tipo de juicio de que se trata y estado procesal de las actuaciones “aclarado que sea ello se proveerá”.

Frente a ello el actor alimentante aclaró que el expediente había sido “caratulado” como alimentos pero la materia en cuestión era “fijación de cuota alimentaria”, por lo que pidió rectificación de la carátula y el proveimiento de las pruebas. Lo mismo hizo el letrado de la demandada, el mismo día (fs. 48/49).

La Sra. Jueza, frente a ello recaratuló el presente como incidente y lo abrió a prueba bajo la cita del art. 181 CPCC (fs. 50/vta.).

Se produjeron testimoniales -que nada pudieron aportar- pericia por Asistente Social en el domicilio de la madre de la niña (fs. 90/92) posiciones de ambas partes (fs. 70/73) y diversos informes.

La escasa prueba nos señala que el actor posee tres inmuebles de su titularidad y un automotor de más diez años de antigüedad. Poco se sabe de su actividad productiva pues los oficios librados a ese fin no fueron nunca contestados.

A su turno la madre de la niña ha informado a la Asistente Social que tiene un ingreso estimativo de \$10.600 (a la fecha del informe) producto de dos actividades, una como empleada y otra como diseñadora gráfica independiente.

Afirma allí también que los gastos agotan el dinero disponible y que por ello requiere ayuda monetaria de su actual pareja. La perito da cuenta que la demandada vive en una vivienda alquilada (que resulta un espacio insuficiente) junto con otro hijo de la demandada quien padece discapacidad física (informe citado de fs. 90/92).

Intempestivamente y a pedido de la accionada la Sra. Jueza dicta la sentencia que fue consentida por el actor y apelada por la demandada.

Por último -y también debido al tipo de proceso elegido- el recurso fue concedido con efecto suspensivo (fs. 141) cuestión que sin duda repercutirá en ambas partes al momento de la liquidación y ejecución de la deuda alimentaria, postergando la debida percepción en favor de la niña.

IV. Efectué un resumen de lo actuado porque entiendo que el modo en que se ha llevado el presente proceso ha conspirado contra los principios que un Juzgado especializado debe procurar custodiar.

En la actualidad y por mérito de las reglas procesales nacionales (emergentes del nuevo Código) y provinciales (ya vigentes para el Fuero de Familia) los magistrados cuentan con un amplio espectro de posibilidades para resolver el modo en el que se llevarán adelante los procesos.

A modo de ejemplo me permito citar los arts. 543; 706 inc. "a"; 709 y 710 del CCyC, así como los arts. 828 –segundo párrafo, primera parte- y 838 del CPCC, que otorgan a estos jueces especialistas, herramientas muy dúctiles y potentes para acometer la compleja materia que aceptaron tratar.

Pero ello no puede derivar en la arbitrariedad o en la falta de reglas o en la imposición de procedimientos que -al menos- no se explica por qué resultan aplicables. Explicación no solo necesaria por tratarse de una decisión jurisdiccional, sino más específicamente porque contradice la regla vigente antes de la reforma del derecho privado (art. 375 CC, vigente a la fecha del auto de fs. 16) y más claramente luego de ella (art. 543 del CCyC) pues se prescribe la necesidad de un "proceso", carácter que el incidente no posee.

La decisión de tramitar el presente como un incidente sin que exista un principal, "criterio" que no se justifica ni se explica en qué se basa, excede entonces el margen discrecional que prevé el art. 838 del CPCC y las restantes reglas referidas.

Y, añadido a lo expuesto, ese decisorio inexplicado se vuelve en contra de dos grupos que merecen el mayor cuidado en el ámbito del derecho privado actual (constitucionalizado y convencionalizado, bajo el influjo de los derechos humanos) una mujer y su hija, quienes merced al tipo de proceso ven restringidos sus derechos -en especial el de acceso a la justicia- pues se las constriñe a

litigar con numerosas limitaciones (empezando por el deber de contestar la demanda incidental en cinco días).

Admito que cuando la acción de alimentos es iniciada por el alimentante el sistema legislado se muestra sin respuesta específica pues el procedimiento especial de los arts. 635 y sgtes. CPCC está legislado en función del alimentado actor (v. Kielmanovich, Jorge “Acción declarativa de fijación de alimentos del deudor” en La Ley 11/06/2009; Bossert, Gustavo “Régimen...” p. 329/330; Cámara Civil y Comercial Azul “B. D. V. y M. V. c/ G., A. A. Alimentos” del 14/64/2016) procurando su mayor protección, y restringiendo las facultades del demandado, rol pensado legislativamente como alimentante, según se aprecia en los arts. 635 inc. 2º; 637; 640 y 641 primer párrafo del CPCC.

Pero en un Juzgado especializado que cuenta con las referidas herramientas para llevar a buen puerto los intereses de los ciudadanos -en especial los pertenecientes a grupos desaventajados como los señalados- la aplicación de las reglas procesales debe procurar certidumbre y seguridad a los litigantes, sin desmedro de sus derechos a ser oídos y a exponer las razones y las pruebas que hacen a sus intereses (13298 art. 4, in fine; arts. 3, 5, 7 y 29 de la ley 26.061; art. 75 inc. 22 CN; art. 36: incs. 2 y 7; arts. 3 y 27, en especial inciso 3º, Convención DdNiño; Convención CEDAW, arts. 1º, 2º y 3º).

Tal incertidumbre arrastra a la propia sentenciante quien imbuida del carácter incidental del procedimiento afirma que “el Sr. R. está en condiciones de abonar una suma mayor a la que abona en la actualidad. También queda claro que la niña causante ha crecido y sus necesidades y actividades han ido aumentando. Por lo que entiendo, corresponde hacer lugar a la fijación de una cuota alimentaria cuyo monto sea superior a la vigente.” Expresiones indudablemente propias

de una decisión que modifica una cuota ya fijada u homologada y no de aquella resolución que se acerca por primera vez a un conflicto.

Vale recordar que el procedimiento incidental requiere cumplir con la premisa del art. 175 CPCC, la existencia de una “cuestión que tuviere relación con el objeto principal del pleito y no se hallare sometida a un procedimiento especial”. Aquí no hay esa relación pues el llamado incidente es el único pleito.

Por supuesto que si la premisa no se cumple mucho menos podrán cumplirse las reglas de él derivadas; tal el caso de los arts. 177 al 179 del CPCC. Ya me referí a lo exiguo del plazo otorgado a la madre y a la niña, pero a ello se suman las restricciones probatorias, las restricciones recursivas (las que tampoco conocemos plenamente pues a falta de principal no sabemos si debemos computarlas como si fuese un juicio ordinario, sumario, o sumarísimo, v. Fenochietto “Código...” p. 240; Astrea, 1998) y demás límites propios de los incidentes, todos los que en el caso han conspirado con los intereses en juego, pues no puede sino achacarse a esas limitaciones, el pobre resultado que exhibe el material probatorio reunido.

Adviértase en tal sentido que la demandada (madre de la niña) procuró en su rol de representante -es decir en nombre de aquella- reconvenir, si se me permite la licencia, (fs. 35, apartado I, Objeto) petición que no obtuvo decisión expresa de la Sra. Jueza, continuándose con el incidente, otorgándole el rol de “demandada” en el incidente (fs. 50/vta.).

Frente a todo ello cabría anular lo actuado, pues la violación de las formas indisponibles del proceso llevaría a esa decisión (CCyCyGP Necochea, Expte. 6592 “Petersen, Alberto G. y ot. c/Engraulis S.A. y ots. s/Ds.Ps.”, reg. int. 80 (R) 20-04-04), máxime

cuando ni siquiera se ha fijado el tipo de proceso ni las razones para transitar la vía incidental sin un proceso principal.

Sin embargo no podríamos obrar como hemos criticado, pues la nulidad iría en detrimento de los derechos de las partes, en especial de la niña alimentada, al retrotraer lo actuado al inicio mismo del proceso.

De allí que, a estas alturas, quepa interpretar que, más allá de la tipología jurídica, el proceso llevado adelante es de “fijación de alimentos” y como tal ha transitado siguiendo más mal que bien las reglas del proceso especial que prevén los arts. 635 y sgtes. del CPCC, procurando a estas alturas, restañar los efectos de lo actuado hasta aquí –y consentido por las partes y la Sra. Asesora- y con vistas a los próximos pasos procesales que necesariamente deberán seguir luego de la presente decisión.

Todo lo expuesto sin perjuicio de exhortar a todos los intervinientes a que en lo sucesivo atiendan suficientemente los intereses en juego y procuren las mejores herramientas procesales para satisfacerlos en el marco del debido proceso (arts. 18 CN; 2 y 8 Convención Americana DDHH).

Así entonces habiéndose arribado ya al dictado de la sentencia, ha de dejarse sentado que a los fines de su cumplimiento, y de conformidad con lo que se tratará en el punto siguiente, ha de seguirse el trámite previsto en el art. 645 CPCC.

Sin embargo, antes de entrar en la consideración de los agravios traídos, se estima oportuno, de conformidad con las disquisiciones efectuadas, determinar, a criterio de esta Alzada, cual ha de ser, en definitiva y para despejar las dudas al litigante, el tipo de proceso a aplicar cuando sea el alimentante quien pida la determinación de la cuota alimentaria.

Para ello, y teniendo en cuenta las distintas posturas que se han dado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia (v. Kielmanovich, Jorge "Acción declarativa de fijación de alimentos del deudor" en La Ley 11/06/2009; Bossert, Gustavo "Régimen..." p. 329/330; Cámara Civil y Comercial Azul "B. D. V. y M. V. c/ G., A. A. Alimentos" del 14/64/2016; Sosa, Toribio "Pretensiones de alimentos" E.D. 258-853), resulta conveniente que en principio el trámite a seguir sea el del juicio sumario de modo de garantizar una amplio derecho de defensa por parte del alimentado, lo que incluye la posibilidad de reconvenir por pretensiones conexas y aún de oponer excepciones previas; ello sin perjuicio que de acuerdo a la postura que este adopte al contestar la demanda, motive su pedido en que el trámite a imprimirse sea el del proceso sumarísimo, dada la índole de la cuestión en litigio, y el Juez, de modo fundado, determine entonces en forma definitiva el tipo de proceso a seguir, otorgando en su caso oportunidad a las partes para que reencaucen sus presentaciones, conforme a ello, y a fin de que se respeten los principios implicados de la manera más plena (arts. 838 CPCC y 545 CCyCN).

V. Despejado el cenagoso terreno procesal construido en el grado, cabe atender los agravios de la alimentada.

Ya dijimos que el plexo probatorio es escaso pero, nuevamente, tal orfandad no puede ir en contra de quien resulta la persona más indefensa de las involucradas, la niña de tan solo cuatro años a la fecha (v. fs. 6).

Es que el alimentante pese a procurar la determinación de la cuota alimentaria, se ha cuidado denunciar su verdadera situación. Ejemplo de ello es que solo a instancia de la actividad probatoria de la demandada (consulta al índice de titulares del Registro de la Propiedad Inmueble) se aviene a declarar cuál es la circunstancia de tales bienes

(contestación de agravios, fs. 142/144vta.) sin prueba que acredite lo alegado.

En ese marco luce aplicable la regla del art. 710 del CCyC –regla procesal de aplicación inmediata- que impone la carga probatoria a quien está en mejores condiciones de probar. Y sin dudas, en lo relativo a su capacidad económica, tal resulta ser el alimentante, quien además contó con la mejor posición procesal que le otorgaba el hecho de iniciar la acción de fijación de cuota alimentaria.

De allí que frente a la existencia de bienes inmuebles de su titularidad deba estimárselos como gozando del dominio pleno, pues de existir restricciones motivadas en derechos reales o personales de terceros, era el alimentante quien podía arrimar la prueba acabada de esa situación.

Sentado ello cabe considerar la situación de la niña. Para ello el mejor elemento probatorio lo aporta el informe de la Asistente Social (fs. 90/92, ya citado). De él puede desprenderse que los requerimientos que hoy fija el art. 659 del CCyC son subvenidos con grandes esfuerzos por la progenitora quien además de aportar su trabajo profesional suma su tarea doméstica y el cuidado diario de la niña sin colaboración alguna del progenitor.

En ese marco la pretensión de que la suma mensual por alimentos sea mayor a los \$2.500 fijados en el grado aparece razonable.

Frente a la falta de mayores elementos probatorios y como pauta objetiva de referencia bien puede indicarse (tal como lo he efectuado en otras decisiones –expte. N° 7935 reg. N° 33 (S) del 13/03/2008 de la anterior Cámara departamental y expte. N° 8718 reg. N° 32 (S) del 15/5/2012, de esta Cámara- que el INDEC ha fijado el valor de la Canasta Básica total para un hogar el mes de octubre de

2016 en la suma de pesos diez mil trescientos once con ochenta y seis (\$10.311,86).

Según explica la teoría especializada “El valor monetario de la llamada canasta básica total es el valor de la canasta básica alimentaria, más una serie de artículos que se entiende que una familia debe poder consumir, como mínimo, para llevar una vida digna. Por ejemplo, necesita ropa, útiles, gastos de traslado, etc.” Y para ello “se mira la proporción del gasto en alimentos de un grupo de referencia. Es decir, aquellas personas que llegan a cubrir la canasta alimentaria, ¿cuánto gastan en bienes y servicios no alimentarios?, ¿qué porcentaje representan los alimentos en su gasto total? A esa proporción se la denomina "coeficiente de Engel". Entonces, dados estos datos, se toma el valor de la canasta alimentaria y se lo expande por la inversa del coeficiente de Engel.” (conf. Sosa Escudero, W. “Qué es (y qué no es) la estadística?” Ed. Siglo Veintiuno Editores SA, 2014, p. 135).

Es decir que el dato estadístico se construye sobre un consumo también estadístico de alimentos básicos más aquellos otros datos.

Pero en esa contabilización no se toma nota del costo de la vivienda (sea propia o alquilada), pues como vimos solo se valoran distintos consumos. Tal omisión implica que en aquellos casos, como el presente, donde la alimentada requiere de un alquiler para acceder a la vivienda, la cuota alimentaria debe contemplar también ese aspecto, pues así lo impone el art. 658 del CCyC al referir a la “habitación” del alimentado.

De allí que a partir del número estadístico que usamos como referencia genérica, sumando las constancias ya referidas de autos, estimo razonable establecer como cuota alimentaria equitativa

para la niña de autos la suma mensual de pesos tres mil doscientos (\$3.200) modificando en ese aspecto la sentencia de autos (arts. 163.

VI. Resta por analizar el agravio referido a las costas que en el grado fueron impuestas por su orden.

Esta Cámara ya ha efectuado excepciones al principio general, propio de los procesos de alimentos, que aconseja imponerlas al alimentante. Así se sostuvo que cuando el proceso era iniciado por el alimentante y no se advierte en él una actitud reticente o morosa que tornara necesaria la interposición de la demanda por parte de la alimentada, era justo atemperar aquel principio pues la justicia del caso así lo aconsejaba (Expte. 8636 R. I. N° 143 (R) del 29/11/2011).

Tal es el caso de autos donde no se registran reclamos por la alimentada previos a la promoción del presente proceso, incluso reconoce que se venía abonando una suma de dinero, y si bien la pretensión del actor no es acogida en el quantum solicitado, lo cierto es que su preocupación –exhibida al incoar la acción y solventar la cuota sin imposición jurisdiccional- viene a dar certeza a una cuestión evidentemente litigiosa. A ello se suma que tampoco la petición de la demandada ha recibido consagración en sentencia, todo lo cual impone mantener la distribución de costas de grado en el orden causado (art. 68, 2° párrafo CPCC).

En cuanto a las costas de Alzada, siendo que la pretensión recursiva principal ha prosperado, entiendo que aquellas deben imponerse al actor que es vencido (art. 68 CPC).

En consecuencia y con las aclaraciones expuestas, a la cuestión planteada votó por la NEGATIVA.

A la misma cuestión planteada el señor juez Doctor Capalbo votó en igual sentido por análogos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR LOIZA DIJO:

Corresponde modificar parcialmente la sentencia de fs. 126/131, y en consecuencia fijar la cuota alimentaria en favor de la niña de autos en la suma de pesos tres mil doscientos (\$3.200) mensuales (arts. 641; 642 CPCC y 658; 659; 660 y ccdtes. del CCyCN). Las costas de grado se confirman en el orden causado (art. 68, 2° párr. CPCC). Costas de Alzada al actor vencido, difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 dec. Ley 8904/77).

ASI LO VOTO.

A la misma cuestión planteada el señor Juez doctor Capalbo votó en igual sentido por los mismos fundamentos.

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

Necochea, 01 de diciembre de 2016.

VISTOS Y CONSIDERANDO: Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo se modifica parcialmente la sentencia de fs. 126/131, y en consecuencia fijar la cuota alimentaria en favor de la niña de autos en la suma de pesos tres mil doscientos (\$3.200) mensuales (arts. 641; 642 CPCC y 658; 659; 660 y ccdtes. del CCyCN). Las costas de grado se confirman en el orden causado (art. 68, 2° párr. CPCC). Costas de Alzada al actor vencido, difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 dec. Ley 8904/77). Notifíquese a la señora Asesora de Incapaces. Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 CPC). (arts. 47/8 ley 5827). Devuélvase.

Dr. Fabián M. Loiza
Juez de Cámara

Dr. Oscar A. Capalbo

Juez de Cámara

Dra. Daniela M. Pierresteguy

Secretaria