NEUQUEN, 2 de octubre de 2018.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"G. G. N. A. C/ R. C. F. S/ ALIMENTOS PARA LOS HIJOS"**, **(JNQFA4 EXP** Nº **73864/2015**), venidos en apelación a esta **Sala III** integrada por los Dres. Marcelo Juan **MEDORI** y Fernando Marcelo **GHISINI** con la presencia del Secretario actuante Dr. Oscar **SQUETINO** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el **Dr. Medori,** dijo:

I.- A fs. 272/273 vta. obra el memorial del demandado fundando el recurso de apelación deducido contra la sentencia de fecha 7 de diciembre de 2017 (fs. 267/271); pide se revoque fijándose una cuota alimentaria del 35%, y se establezcan las costas a cargo de la actora.

Cuestiona por errónea valoración de la prueba efectuada por el a quo, al omitir considerar la veracidad del relato de la demandante respecto del domicilio real denunciado al momento de interponerla, así como la ausencia injustificada a la audiencia de absolución de posiciones; que se haya hecho alusión a que posee dos vehículos a su nombre pese a lo manifestado por ambas partes en relación a la existencia de una sola camioneta Nissan Frontier ya que el dominio APD 870 fue vendido a un tercero quien hasta la fecha no ha realizado la transferencia.-

Critica que se dé por sentado que los ingresos de la madre oscilan entre los $9000 y $11000 mensuales por trabajar con sus progenitores, sin que obre recibo alguno que acredite lo testificado; que ha sido el padre de la actora quien la ha ayudado a pagar los gastos de colegio privado de los niños para que ésta lo ayude en su empresa y por ello van hasta las 4 de la tarde, al no haber nadie que los cuide; que la demanda fue interpuesta a fines del año 2015, cuando los niños ya estaban escolarizados, que el Código Civil y Comercial entro en vigencia en agosto de dicho año, y que

nunca efectuó oposición en los términos del art. 642 como sostiene el juez en su fallo.

Indica que por sus obligaciones laborales los niños pasan más tiempo con la madre, no obstante por elección de esta última pasan 8 horas al cuidado de terceros; que demostró efectuar aportes en especie, esto es la vivienda en que aquellos residen, y que la sentenciante yerra al referirse a 'bienes adquiridos en común' ya que no contrajeron matrimonio, solo convivieron, y el inmueble le pertenece.

Afirma que no se aportaron comprobantes de pago de gas, agua potable envasada, alimentos, combustible, y que a fs. 240 obran movimientos de cuenta de la cuota alimentaria que abona que dan cuenta que su aporte fue de $17000 y casi $23000 en mayo y junio de 2017, siendo actualmente mayor.

Respecto a la imposición de costas, alega que jamás desconoció sus deberes de padre abonando desde la separación y antes del inicio de los presentes la cuota alimentaria a favor de sus hijos, siendo que nunca existió interés en llegar a un acuerdo, sino solo exigir caprichosamente un 45% de los haberes; por ello pide sean impuestas a cargo de la actora.

II.- Corrido el traslado de los agravios contesta la actora a fs. 284/288 solicitando se declare desierto por carecer de una crítica concreta y razonada en los términos del art. 265 del C.P.C. y C.

Expresa que el tema vinculado al domicilio real denunciado de los menores en la ciudad de Neuquén ha quedado firme con la resolución interlocutoria mediante la cual se rechazo la excepción de incompetencia; y que nunca fue notificada de la audiencia confesional razón por la cual no corresponde tenerla por confesa como se pretende.

Aclara que los vehículos que posee el demandado surgen del informe del Registro de Propiedad del Automotor y que con el objeto de que cumpla con su régimen de

comunicación, le firmó el 08 del 50% de la camioneta que tenían en común sin percibir nada a cambio.

Destaca que no resulta objetable el ingreso que ésta percibe por su labor dado que ayuda a cubrir parte de los alimentos de los niños coincidiendo su remuneración con su jornada laboral y que lo hace para poder sostener las necesidades de aquellos; que el horario escolar de la doble jornada está supeditado al hecho de que no cuenta con la colaboración del padre en la crianza diaria de los hijos siendo la abuela paterna quien se ocupa de llevarlos a los eventos, medico, actos reuniones del colegio, siendo reiteradas sus denuncias de incumplimiento del régimen de comunicación.

En punto a la oposición de que los niños asistan a un colegio privado cuya cuota asciende a la suma de pesos once mil por cada uno, dice que jamás existió presentación alguna oponiéndose y acerca de la supuesta vivienda indica que no existen pruebas que acrediten su pertenencia; agrega que la injerencia de los abuelos maternos en la vida de sus hijos no lo relevan de cumplir con sus obligaciones alimentarias.

Respecto a las costas señala que el demandado no tuvo predisposición a cumplir con su obligación alimentaria desde la separación tratando de que sean los abuelos maternos quienes se hicieran cargo de los niños, quien no solo comenzó a insolventarse sino dejo de abonar deudas en común, viéndose obligada a iniciar la presente acción a fin de que cumpla con los deberes de padre, y que se hace cargo de la atención exclusivamente mas lo referido a transporte, educación, etc.

III.- Ingresando al análisis de la cuestión planteada resulta que la decisión impugnada, con expresa imposición en costas al vencido, hizo lugar a la demanda y resolvió establecer en concepto de cuota alimentaria para la niña nacida el 12/06/2012 y el niño el 7/12/2009, el 40% de los ingresos del padre, excluidos los descuentos de ley y el

rubro viandas e incluido el proporcional de SAC, con más las asignaciones familiares e imponer las costas al demandado.

A.- A fs. 265 y vta. se expide la Defensora de los Derechos del Niño y Adolescente postulando fijar la cuota definitiva en un cuarenta (40%) de todos los ingresos del alimentante deducidos los descuentos obligatorios de ley con la finalidad de atender primordialmente las necesidades de los dos niños.

B.- Que constituyen antecedentes a valorar que el 25.11.2015, la madre reclama que se fije una cuota alimentaria en la proporción del 45% de los ingresos mensuales que percibe el padre en una empresa conforme categoría técnico en una empresa petrolera percibiendo $45.000, encontrándose separados desde hace 6 meses luego de una convivencia de 5 años aproximadamente.

Que la actora acredita que es la que detenta el cuidado personal de los hijos, la capacidad económica del alimentante (fs. 232/239), la escolarización de los hijos que demandan $7.000 para la mayor al mes de agosto de 2016 (fs. 202) y de $3.400 al mes de agosto de 2017 para el menor (fs. 24), como que atiende todos sus requerimientos diarios de alimentación, vestimenta, transporte, etc.

Que con fecha 25 de febrero de 2016 se fija cuota provisoria equivalente al 35% de los haberes que por todo concepto percibe el alimentante, incluido el proporcional del SAC, excluidos los descuentos de ley y rubro viandas (fs. 110).

El alimentante contesta demanda y ofrece el 35% de sus haberes con más proporcional SAC, excluidos los descuentos de ley y el rubro viandas, y la prueba informa que realizaba aportes mensuales oscilantes ($13.000,00, $10.000, $8.000-fs. 114), que los hijos residen en una vivienda por la que no pagan alquiler, y que la madre recibe aportes

económicos y la colaboración de los abuelos para atender los requerimientos diarios de aquellos.

Que el abordaje de la crítica impone dejar sentado que el propio derecho común establece que la obligación de alimentos, originada en el ejercicio de la responsabilidad parental que titularizan ambos padres, comprende la obligación y derecho a criar a los hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, comprende entre otros, la manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación asistencia, gastos por enfermedad y los necesarios para adquirir una profesión u oficio, no obstante que el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos, y es la misma ley quien reconoce a este último que las tareas cotidianas poseen un valor económico, constituyendo un aporte a su manutención, de conformidad a los arts. 638, 646, 648, 658, 660 s.s. y c.c. del Código Civil y Comercial (cfme. arts. 14 bis de la Const. Nac.; 46 de la Const. Prov; y 638 y ss. del Cod. Procesal).

Luego, el cálculo de la cuota alimentaria depende del prudente arbitrio judicial, pudiendo establecerse un porcentaje de los ingresos o una suma fija, considerando para su determinación las necesidades y circunstancias particulares del alimentante como del alimentista, no debiendo fundarse en meros cálculos matemáticos (CCivCom y Lab. Rafaela, 11.6.97, LLLitoral, 1999-763).

Analizando entonces el caso concreto, se comprueba que la jueza de grado ha realizado una correcta evaluación de los antecedentes colectados, tenido en cuenta las exigencias para cubrir el pago de la cuota escolar mensual que con el aporte que realizaba (entre $8.000 y $13.000) escasamente era cubierto, y considerando que con el porcentaje equivalente al 40% se obtiene $20.000, ello importa tener que destinar el 50%, ello sin considerar gastos de transporte y otros.

Luego, más allá de una razonable preocupación, en relación al régimen y tipo de escuela, no se acreditó que ello afecte a los hijos, tampoco se opuso a la elección, ni parece cuestionable que, por el régimen laboral de ambos progenitores, en el cuidado participen otras personas, siempre que ello no represente perjuicio para el desarrollo humano de los niños.

Respecto a la incidencia de la satisfacción del elemento habitacional, no se comprobó que el que detenta madre e hijos exceda a aquel que los padres pretendieron garantizar a éstos en la etapa en que convivían, siendo materia de otro proceso la forma en cómo se contribuyó a la obtención de inmueble y rodados denunciados.

Finalmente, y cotejando los descuentos informados a fs. 240/241, para considerar su exacta dimensión e incidencia, se deberá atender a que se concreten considerando los rubros a los que, tanto al fijarse la cuota provisoria, como ahora la definitiva, deben aplicarse el porcentual del 40%, que no se comprueba desproporcionado en tanto excluyen las viandas y, en definitiva, no representarían para el alimentante una restricción a la obtención de recursos para cubrir sus necesidades.

Se habrá de rechazar el agravio, entonces, respecto al porcentual fijado como cuota alimentaria mensual.

C.- En relación a la crítica por la imposición en costas, vale recordar que tratándose del proceso en que se fija la cuota alimentaria de los hijos corresponde aplicarlas al alimentante, principio reiteradamente aplicado por la Sala III que integro (Conf.PI T.II F°230/231, Año 2006).

Que si bien este criterio interpretativo dirigido a proteger la incolumidad de la prestación alimentaria no puede ser aplicado de manera absoluta, las particularidades del reclamo ni las constancias de la causa no son suficientes para generar convicción de que deban ser

siquiera distribuidas, atendiendo en primer punto a que la cuota reconocida supera en su porcentaje el ofrecido por el alimentante, así como que no se acreditó haber informado sobre sus ingresos y, en su caso, que los aportes se adecuaban a los requerimientos ni qué proporción representaban.

IV.- A tenor de las consideraciones fácticas y jurídicas expuestas, propiciaré al acuerdo el rechazo del recurso, confirmándose en todas sus partes la sentencia de grado.

V.- Las costas devengadas en la Alzada se imponen al recurrente en su calidad de vencido (arts. 68 y 69 del CPCyC), debiéndose regular los honorarios de los letrados intervinientes en el 30% de los que se fijen para retribuir las tareas de la instancia de grado (art. 15 L.A.).

El Dr. Ghisini, dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala III**

RESUELVE:

1.- Confirmar la sentencia dictada a fs. 267/271, en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada al recurrente vencido (arts. 68 y 69 C.P.C.C.).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo establecido en el pronunciamiento de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori
Dr. Oscar Squetino - SECRETARIO