



NEUQUEN, 05 de Julio del año 2016.

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: "**J. N. H. C/ G. E. A. S/ ALIMENTOS PARA EL CONYUGE**", (Expte. N° **60265/2013**), venidos en apelación del JUZGADO FAMILIA 1 - NEUQUEN a esta **Sala II** integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Sandra C. **ANDRADE** y, puestos los autos para resolver, **la Dra. Patricia CLERICI dijo:**

I.- La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la resolución interlocutoria de fs. 136/142, que hace lugar en forma parcial a la demanda, fijando una cuota alimentaria mensual a favor de la actora del 15% del total de haberes del alimentante, deducidos los descuentos de ley, desde la fecha de interposición de la demanda y hasta el 31 de julio de 2015, distribuyendo las costas en un 50% para cada uno de los litigantes.

a) La recurrente se agravia entendiendo que ha mediado una errónea aplicación del art. 198 del Código Civil, omitiéndose también aplicar la jurisprudencia imperante en la materia.

Dice que el art. 198 del Código Civil exige, para la procedencia de los alimentos a favor del cónyuge, que exista en cabeza de quién los reclama la necesidad de la asistencia económica, necesidad que en autos entiende que no fue probada por ninguna de las partes. Cita jurisprudencia.

Sigue diciendo que no corresponde fijar una cuota alimentaria por el solo hecho de ser cónyuge. Cita jurisprudencia de la Sala II de esta Cámara de Apelaciones.

Señala que el a quo no valora la actividad de la actora ni la atribución de la vivienda, en tanto se acreditó



que la demandante posee actividad comercial en venta de carne y derivados, y que dicha parte ha reconocido que el demandado le dejó la vivienda objeto del asiento del hogar conyugal para que viva.

Denuncia la existencia de contradicción entre los argumentos de los Puntos II y III de la sentencia recurrida, toda vez que en el apartado II del resolutorio de grado se entiende que la actora posee necesidades, pero en el punto III, cuando aborda el tema a la luz del nuevo Código Civil y Comercial, analiza que no se probó la necesidad de los alimentos, que la peticionante desarrolla actividad comercial, que el demandado le dejó la vivienda, que no posee problemas de salud como tampoco se encuentra imposibilitada para procurarse un trabajo.

Subsidiariamente se agravia por la omisión de excluir los rubros viáticos y viandas a efectos de fijar el porcentaje a abonar en concepto de alimentos. Cita jurisprudencia.

b) La parte actora no contesta el traslado de la expresión de agravios.

II.- El juez de grado ha determinado una pensión alimentaria a cargo del demandado y a favor de la actora por el período que va desde la interposición de la demanda a la fecha de entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, con fundamento en lo dispuesto por el art. 198 del Código Civil de Vélez Sarsfield.

Luego, por el período comprendido entre el 1 de agosto de 2015 y la fecha de disolución del vínculo matrimonial entre las partes como consecuencia del dictado de la sentencia de divorcio vincular, ha rechazado la pretensión de la parte actora en el entendimiento que no se acreditaron



los recaudos establecidos en la nueva legislación (arts. 432 y 433).

La recurrente se agravia respecto del período por el que procede la prestación alimentaria, habiendo devenido firme en esta instancia el rechazo de la pretensión alimentaria respecto del segundo período considerado.

El art. 198 del Código Civil de Vélez Sarsfield establecía que los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos (texto conforme Ley 23.515).

Pedro Di Lella explica que la obligación alimentaria de los cónyuges es recíproca y que los roles que los esposos se han atribuido recíprocamente durante la vida en común darán el contenido a este deber. Sigue diciendo el autor citado, si uno de los esposos cumplía el rol de proveedor de los bienes materiales y el otro se ocupaba de la atención de la casa y de los hijos, entonces el deber alimentario debe entenderse atribuido por voluntad común a uno de ellos, y esa pauta será tenida en cuenta por los jueces si el conflicto matrimonial es llevado ante ellos. *"Por supuesto, la obligación alimentaria está sujeta a que sea necesaria y, si bien su alcance no está determinado estrictamente en este capítulo, surge sin duda del artículo 207 que, si bien prevé la responsabilidad del culpable en la separación, la que no quedará determinada hasta la sentencia, lo cierto es que mientras tramita el proceso, los alimentos debidos al que normalmente los recibía derivarán de su carácter de cónyuge y no de su calidad de inocente en la separación o el divorcio"* (cfr. aut. cit., "Código Civil Comentado", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2004, T. "Derecho de Familia - I", pág. 127).



Bajo esta interpretación de la manda del art. 198 del Código Civil, la resolución del a quo resulta ajustada a derecho.

De la prueba aportada a esta causa surge que, mientras se mantuvo la vida en común de las partes, el actor fue quién trabajó bajo relación de dependencia, aportando al sustento económico del hogar común.

Si bien al contestar la demanda, el demandado sostiene que durante dicho período la actora trabajó en casas de familia, no se ha acreditado este extremo.

De la prueba informativa de fs. 86 surge que la actora no se encuentra registrada en el sistema "Mis Aportes - Módulo Operador" para ningún empleador; en tanto que la ANSES da cuenta de que la demandante no percibe subsidio, pensión y/o jubilación por parte de dicho organismo (fs. 86); igual información ha brindado el Instituto de Seguridad Social del Neuquén (fs. 97).

De ello se sigue que habiendo contraído matrimonio las partes el día 22 de julio de 2005 (acta de matrimonio de fs. 2), y desempeñándose el demandado para su empleadora desde el día 25 de marzo de 2000 (ver recibos de haberes de fs. 20/45), fue éste último quién asumió el rol de proveedor de los medios materiales para la manutención del hogar conyugal, ya que no se ha demostrado que la actora contara con algún medio tendiente a la obtención de recursos económicos.

Consecuentemente, producida la separación de hecho de los cónyuges en el mes de octubre de 2011, luego de seis años de convivencia, va de suyo que la actora quedó en una situación de necesidad económica, más allá de continuar habitando la casa que fue sede del hogar común.



Adviértase que el demandado denuncia que la actora realiza una actividad comercial, pero la ubica temporalmente al momento en que se produce la contestación de la demanda (marzo de 2014, aproximadamente un año después de planteada la acción): *"...en la actualidad, según tengo entendido, ... desarrolla una actividad relacionada con la venta al por menor de carnes rojas, menudencias, chacinados, etc."* (fs. 59 vta.).

En cuanto a la información brindada por la Dirección Provincial de Rentas (fs. 84), no surge del informe la antigüedad de la inscripción como contribuyente directo sobre los ingresos brutos.

En definitiva, las partes no se encontraban en la misma situación al producirse la separación de hecho, ya que mientras el demandado trabajaba en relación de dependencia, la actora se dedicaba a las tareas domésticas, por lo que indudablemente la separación no produjo iguales efectos para ambos, por lo menos en el plano económico.

Lo dicho determina que, conforme lo ha resuelto el juez de grado, exista la obligación alimentaria del demandado hacia la actora por el período por el que se ha hecho lugar a la pretensión.

Llegado a este punto cabe destacar que el juez de grado no ha omitido la valoración de la necesidad alimentaria de la actora, sino que ella ha sido presumida en virtud de lo probado por cada una de las partes.

Reitero que el demandado no ha acreditado que su ex esposa trabajara fuera del hogar mientras duró la convivencia; y que sí se encuentra probado que durante dicha convivencia fue únicamente el accionado quién contó con una remuneración mensual.



No tiene influencia sobre la conclusión a la que he arribado el desarrollo de actividad comercial por parte de la demandante ya que, como lo he explicado, esta situación es posterior a la separación de hecho de los cónyuges, resultando lógico que ante el incumplimiento del deber alimentario por parte del marido, la accionante buscara un medio que le proveyera recursos para subsistir.

Tampoco influye la atribución del hogar conyugal en cuanto a la existencia de la obligación alimentaria, la que si debe ser tenida en cuenta a efectos de fijar su cuantía.

Finalmente, no existe autocontradicción en la sentencia de grado, toda vez que el análisis que realiza el magistrado de primera instancia respecto del período posterior a la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, lo es en base a la nueva normativa y a la interpretación que de ella hace el juez de grado, la que no ha sido cuestionada por la recurrente; sin tener en cuenta la manda del art. 198 del Código Civil que avaló lo resuelto para el primer período.

III.- Respecto de la base de cálculo de la cuota alimentaria asiste razón a la apelante.

No surge de los recibos de haberes del demandado que éste percibiera suma alguna en concepto de "viáticos", pero si recibe compensación por "viandas".

Con relación a este último rubro (viandas) esta Sala II ha dicho que el mismo no integra la base de cálculo para fijar la cuota alimentaria, en tanto se trata del importe que la empleadora abona al trabajador para que se alimente durante el tiempo que se encuentra a disposición de ella (cfr. autos "Sabuiarte c/ Lara", ICF n° 10.217/2004, P.I. 2012-III, n° 264; "González c/ Giménez", ICF n° 20.517/2006, P.I. 2012-III, n° 253, entre otros).



Por ende, corresponde excluir lo percibido por el demandado en concepto de viandas de la base de cálculo de la cuota alimentaria determinada en la sentencia de grado.

IV.- No obstante el éxito parcial obtenido por la parte demandada en su apelación, dado la naturaleza de la acción que se ventila en este trámite, las costas por la actuación ante la Alzada son a cargo del alimentante (arts. 69 y 68, 2da. parte CPCyC).

V.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte demandada, y modificar, también parcialmente, el resolutorio apelado disponiendo que el rubro "viandas" sea excluido de la base de cálculo de la cuota alimentaria debida por el demandado, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

Las costas por la actuación en la presente instancia son a cargo del apelante, regulando los honorarios profesionales de la Dra. ... en el 30% de la suma que, por igual concepto, se determine por su actuación en primera instancia (art. 15, Ley 1.594).

**El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:**

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **SALA II**.

**RESUELVE:**

I.- Modificar parcialmente la resolución de fs. 136/142, disponiendo que el rubro "viandas" sea excluido de la base de cálculo de la cuota alimentaria debida por el demandado, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.



II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia a cargo del apelante.

III.- Regular los honorarios profesionales de la Dra. ... en el 30% de la suma que, por igual concepto, se determine por su actuación en primera instancia (art. 15, Ley 1.594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

**Dr. Federico Gigena Basombrío - Dra. Patricia M. Clerici**

**Dra. Sandra C. Andrade - SECRETARIA**