

Registro N° 111/2013

Fojas 590/5

En la ciudad de Pergamino, el 16 de Agosto de 2013, reunidos en Acuerdo Ordinario los Sres. Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Pergamino, para dictar sentencia en los autos N° 1633-12 caratulados "**M, M S c/T, P R s/Incidente**", Expte. n° 47.466 del Juzgado en lo Civil y Comercial n° 3, se practicó el sorteo de ley que determinó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: Dres. Roberto Manuel Degleue, Graciela Scaraffía y Hugo Alberto Levato, encontrándose la segunda de los nombrados en uso de licencia por enfermedad al momento del Acuerdo, y estudiados los autos se resolvió plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S:

I) ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

II) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la **PRIMERA CUESTION** el Señor Juez, Dr. Roberto Manuel DEGLEUE dijo:

El magistrado de la anterior sede hizo lugar a la demanda incoada por la Sra. M S M, aumentando la cuota alimentaria que el demandado debe abonar a favor de su hijo menor a la suma de mil doscientos pesos (\$ 1.200), aplicando las costas a la parte demandada y regulando los honorarios de los letrados y perito intervinientes.

Disconforme con lo decidido, la actora interpuso recurso de apelación, concedido en relación (fs. 330 y 334), fundado por medio del memorial obrante a fs. 337/40, cuyo traslado fue contestado por el demandado a fs. 342/5

Dice la quejosa que el resolutorio en crisis es incongruente pues no obstante tener por acreditado el aumento del costo de vida habido desde la fijación de la anterior cuota alimentaria de \$ 850 hace cuatro años hasta la fecha, establece su monto actual en \$ 1.200. Procede a efectuar cálculos comparativos a fin de demostrar la insuficiencia del reajuste en relación al aumento del costo de vida habido desde entonces. Se queja pues se ha omitido considerar la enfermedad del niño *"so pretexto que deben los progenitores arbitrar los medios para que la obra social cumpla con su obligación, o sea, que cubra con la cobertura del 100% del tratamiento"*, y hace recaer sólo sobre ella las consecuencias, pues es quien debe solventarlas en su totalidad. Critica la valoración de las probanzas existentes acerca de la situación económica del alimentante, a las que en detalle refiere.

Al contestar el traslado conferido, el demandado impetra el rechazo del recurso.

La Sra. Asesora de Menores ha dictaminado que puede hacerse lugar a la pretensión deducida, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde la anterior cuota, el notorio incremento de los precios en los rubros alimentos, salud, educación y esparcimiento, la mayor edad del niño, y la dedicación que implica el ejercicio de la tenencia por parte de su madre (fs. 314)

Hallándose reconocido en autos el derecho a la prestación alimentaria del menor, el *quantum* de la misma debe determinarse atendiendo el interés superior del niño y su derecho al sustento y a un nivel de vida adecuado (arts. 3 incs. 1, 6, 24, 27 inc. 1, 28 y 31 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 75 inc. 22 de la Constitución Nacional). En relación a esta temática la jurisprudencia ha puntualizado que la prestación por alimentos tiene raíz constitucional (C.S.J.N., sent. del 16-V- 2000, "La Ley", 2001-B-638), adquiriendo especial relevancia el análisis de los tratados internacionales que dan sustento al derecho alimentario conjuntamente con las normas fondales e internacionales, debiendo en la especie además

meritarse que el menor de autos es un niño que presenta TGD, por el que le fuera otorgado un certificado de discapacidad de la provincia de Buenos Aires (ver punto V) de escrito de contestación de demanda, fs. 78/9).

A fin de determinar la procedencia del incremento de la obligación alimentaria que pesa en cabeza del padre, debe tenerse presente que en materia de alimentos la ley establece respecto de los menores dicha obligación sobre ambos progenitores mientras aquellos no se hayan emancipado. Siendo deber del alimentante procurar los medios necesarios para que el hijo no pase privaciones, debe realizar los esfuerzos pertinentes para cumplir adecuadamente con su obligación (arts. 126, 264/5, 267, 271/2, 306 inc.3 , 1300 del Cód.Civil, ref. por leyes 23.264 y 23.515; ver CC0000 TL, 8482, RSI-18-45, 12-3-1987; B2202354, CAP Causa C-1209/93, RSI 27/12/93, entre otras). Para establecer el monto de la cuota deben tenerse en cuenta: 1º) La situación económica y social tanto del alimentante como del alimentado, apreciadas a través de sus respectivas actividades y sistemas de vida, así como los ingresos que posee la progenitora que convive con el menor, 2º) Las necesidades del hijo, estimándolas de acuerdo a la edad que tiene al momento de fijar la cuota de alimentos, debiendo especialmente considerarse en este caso particular, el costo del tratamiento de la patología que presenta el menor; 3º) La contribución que realiza la progenitora que ejerce la tenencia del hijo, pues debe considerarse a tal fin que la misma no sólo es comprensiva de una faz económica sino de numerosas prestaciones en especie, a través de los cuidados, atenciones y educación proporcionados a la misma en su vida cotidiana, que le insumen tiempo y esfuerzo. Si bien ello no la libera de su propia obligación alimentaria, constituye un elemento a tener en cuenta para fijar el importe de la cuota que debe abonar el progenitor no conviviente quien por no estar afectado a tales funciones goza de mayor disponibilidad para dedicar a su vida laboral. Y por las mismas razones, resultan de peso las contribuciones que el progenitor conviviente realiza en la especie a través de la atención que conlleva el cuidado cotidiano del hijo.(Confr. esta Cám. causa 735 RSD

11/11 ent. ots.).-

Si bien no se halla en discusión la necesidad de incrementar el monto de la obligación decidida por el sentenciante, puesto a examinar la cuantía de esa mejora, considero que la estimación que ha hecho el juzgador primero de las necesidades del menor y del caudal del alimentante no se compadece con las probanzas obrantes en autos.

Según emerge de autos, la actora inició las presentes actuaciones el 15/10/10 reclamando el aumento de la cuota alimentaria para su hijo menor Joaquín que fuera acordada por las partes cuando el niño -nacido el 2/7/05-, poseía 3 años de edad.

Deben entonces considerarse por una parte, el aumento real de aquellos suministros indispensables para cubrir las necesidades del menor -manutención, educación y esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y gastos por enfermedad (art. 267 CC)- acaecido durante el período que ha transcurrido desde la fijación de la anterior cuota alimentaria (el 30/9/08), hace ya casi cinco años a la fecha. Y por la otra, que por la mayor edad del menor se halla ahora transitando la etapa escolar, con lo cual se han incrementado sus necesidades. Además, que según surge del certificado de discapacidad glosado a fs. 9 expedido por la autoridad pública competente de fecha 27/5/10, de las posiciones adoptadas por las partes, y de las probanzas de autos que la situación del menor no ha sufrido significativas modificaciones, cabe presumir la necesidad de acompañante (certificados médicos de fs. 3/7, el certificado de la psicopedagoga de fs. 11, el informe de la Psicóloga Directora de "Acercándonos Espacio Terapéutico", glosado a fs. 221 cuya autenticidad no ha sido desconocida por la contraparte, así como declaraciones testimoniales prestadas en autos -fs.169/75-).

Opino que debe ser parcialmente acogida la queja relativa al rechazo del incremento de la cuota en razón de los gastos que demanda la enfermedad que padece el menor -*variante del trastorno del espectro autista*-. El juzgador primero consideró que en virtud del certificado de discapacidad que tiene el menor, la normativa establece que "*todos los*

gastos que requiere el tratamiento son o deben ser gratuitos, inclusive traslados urbanos y de larga distancia, la práctica de deportes terapéuticos y todo lo necesario para su tratamiento", y es deber de los progenitores arbitrar los medios para que la obra social que posee el menor cumpla con su obligación de cubrir el 100% del tratamiento. Sin embargo, acudiendo a las máximas de experiencia que integran el conocimiento extraprocesal, resulta sabido que los tratamientos médicos como los requeridos para la patología aludida, usualmente insumen costos adicionales que deben ser afrontados por el paciente. Al respecto, deben considerarse que dichos gastos no sólo comprenden vestimenta y equipamiento adecuados para la práctica de las actividades que el niño desarrolle, sino también adquisición de elementos didácticos para estímulo del paciente, traslados no sólo del menor sino de quien debe acompañarlo para llevarlo y retirarlo, etc.. Es público y notorio que las obras sociales poseen cartilla de prestadores, u ofrecen elementos, tratamientos o prácticas médicas determinados. No obstante, dados los constantes avances en el plano del conocimiento médico que originan la aparición de nuevos tratamientos no sólo en el país sino en el extranjero, de los que se toma inmediato conocimiento dada la comunicación global que posee un espacio preponderante en la sociedad actual, resulta conveniente para la salud del menor su control por profesionales de prestigio, especializados en el tema, con acceso a actualización permanente que, aún siendo foráneos, pueden prescribir el mejor tratamiento para el mismo e incluso indicar pautas a quienes localmente asistan al niño. Siendo sabido que generalmente dichos especialistas no brindan sus servicios a través de las obras sociales, debiendo en tal caso ser afrontado su costo en forma particular. Y que aún cuando las obras sociales pueden reconocer tales gastos mediante un trámite de excepción, existen requisitos que deben completarse y demoras, debiendo en muchas ocasiones adelantarse los gastos y luego, por reconocerse honorarios en base a escalas fijas, el reintegro efectuado por la entidad de salud no cubre la totalidad de lo desembolsado.

Comparto la opinión del *a quo*, que ha quedado acreditado con las pruebas referidas en la sentencia apelada que el hijo comparte su tiempo con ambos progenitores (punto 3º de la sentencia).

La capacidad económica aproximada del alimentante se desprende por una parte, de los términos de sus propias presentaciones en el proceso, y por la otra de la prueba producida.

Debe partirse de su propio reconocimiento formulado cinco años atrás, al haber ofrecido en ese entonces la suma de ochocientos cincuenta pesos.

En cuanto al dictamen pericial sobre esta cuestión, y siendo que la fuerza probatoria del mismo, sus ampliaciones y contestaciones deben ser estimadas de conformidad con las reglas de la sana crítica (art. 474 del CPCC y su doctrina), valorando los elementos de convicción antes descriptos, estimo que el *a quo* no le ha dado el valor apropiado a la pericia realizada en autos, desde que de las constancias obrantes en autos, emerge nítidamente la existencia de un error en el dictamen del perito en el punto relativo a los ingresos netos del año 2011 -no advertido por las partes ni por el *a quo*-, máxime dada la materia del presente y por hallarse comprometido el interés superior del niño, corresponde prescindir de este punto de la pericia.

En efecto, a fs. 300 el experto determinó los ingresos netos en base a los ingresos brutos del demandado, los que anteriormente había consignado a fs. 278, del que dedujo los gastos correspondientes. Sin embargo, la operación efectuada para calcular el ingreso neto del año 2011 es errónea

Es que el perito había informado a fs. 278 los ingresos brutos del demandado correspondientes sólo de una parte del año 2011, circunstancia que debió haber aclarado, pero no lo hizo. Ello surge de los antecedentes obrantes en autos: en virtud de la solicitud del experto de que se requiriera al demandado la presentación de los libros de IVA ventas y talonarios de facturas, este último acompañó 6 talonarios de facturas, el último de ellos

correspondiente a la numeración "**1101 a 1150**", solicitando que se extrajeran fotocopias del último talonario, se certificaran y se devolviera el talonario original para poder continuar trabajando con el mismo. **Y lo hizo el 3 de agosto de 2010, tal como surge del cargo obrante en el escrito respectivo** (ver fs. 178/9 y 232). Habiéndose cumplido la certificación requerida (ver fs. 234 y 242), con los "**cuatro talonarios de facturas originales.... y, por último, las copias certificadas de un talonario de factura N° 1101-1134**" se remitió la causa a la Asesoría pericial a los fines de realización de la pericia (fs.277/vta.). El perito se expidió a 278 "**a partir del análisis de la documentación aportada (talonarios de facturas) por la parte demandada**" dejando constancia de haber examinado tal documentación, sobre los ingresos brutos del demandado en el año 2011 y habiendo consignado el resultado de la suma de las facturas acompañadas - \$ 71.252-. **Por lo tanto, dado que sólo tuvo a su vista las facturas extendidas hasta que el demandado allegó los talonarios respectivos en autos, o sea las correspondientes al período comprendido entre el 1/1/2011 hasta el 3/8/2011, los ingresos brutos informados son parciales, pues sólo comprenden tal período. Máxime en atención al reconocimiento formulado por el propio demandado al pedir en el momento de allegar la documental, la devolución del último talonario que se hallaba en uso, y que no se había completado, para poder continuar trabajando con el mismo.**

Luego de otras vicisitudes, originadas en nuevas observaciones a la pericia y sus respectivas contestaciones -ver fs. 282, 286,287, 289-, el perito, a fin de completar la pericia, requirió la presentación de "**comprobantes de compras/gastos correspondientes a los períodos 2009, 2010 y 2011**" (fs.293), y habiéndose proveído de conformidad, el demandado trajo el 11/4/12 "**tres carpetas de gastos del Sr. R T correspondientes al año 2009, 2010 y 2011 conforme lo solicitado por el perito**". Por lo tanto, no habiendo formulado salvedad alguna, no cabe duda alguna de que acompañó los comprobantes correspondientes a todo el año

2011 (fs.294, 296). Con tales elementos la causa pasó a la Asesoría Pericial (fs.299) y a fs. 300 el experto emitió dictamen.

A fin de informar los ingresos netos del demandado, el perito restó de los ingresos brutos parciales informados a fs. 278 (del 1/1/11 al 03/08/2011) los gastos emergentes de las carpetas que había adjuntado el aquel, correspondientes a la totalidad del año 2011 (1/1/11 al 31/12/11). En consecuencia, la operación efectuada no ha respetado los principios técnicos contables ni de la lógica -por haber relacionado ingresos de una fracción del período y los egresos de la totalidad del mismo-, motivo por el cual he de prescindir de ese punto de la pericia, considerando sólo los ingresos netos de los años 2009 y 2010 que ascendieron a \$ 68.731,16 y \$ 83.329, que en promedio arrojan un importe \$5.727 y \$6.944 mensuales, respectivamente.

A todo evento, creo oportuno destacar que la vaguedad del informe obrante en autos en relación al rubro gastos, en atención a que no se ha discriminado si se trata de gastos relacionados al costo de los servicios o productos, de administración, comerciales o financieros, no permite determinar el origen de los mismos, ni si hubo en alguno de los períodos gastos extraordinarios, o por ejemplo incremento del stock de insumos que luego puedan haber redundado en mayores ingresos en períodos posteriores.

Finalmente, cabe considerar que siendo públicos y notorios los aumentos salariales habidos durante los períodos referidos, como así también el incremento del valor de los bienes y servicios, y hasta el presente, es dable presumir que el ingreso neto promedio por el servicio de electromedicina que presta el demandado actualmente es superior a las cifras referidas que corresponden a períodos históricos, siendo incluso también dable presumir que la variación de los ingresos netos informados de los años 2009-2010 obedeció a tal causa.

He de acotar que el accionado no ha alegado haber cambiado el trabajo que poseía al tiempo de haber realizado tal ofrecimiento, habiendo

quedado acreditado que presta tales servicios a entidades públicas de la región, tales como el INTA y el Hospital Zonal de Pergamino y el Hospital de Salto (fs. 228, 271, 343 vta.)

Además, he de destacar que el demandado ha reconocido realizar trabajos de sonido en la Casa de la Cultura, que realiza solo o con otra persona los fines de semana, por los que percibe ingresos adicionales aún cuando no pueda determinarse el monto de los mismos ni su periodicidad (fs. 77,169, 343 vta.).

Por otra parte, ha quedado acreditado en autos la compra de una casa en calle Paso al 100 del Barrio Acevedo y su refacción por parte del alimentante, a través de un préstamo bancario (ver fs. 77/8, 163). Cabe señalar que el inmueble se halla ubicado en una zona próxima al centro de la ciudad, y no sólo constituye su vivienda sino que cuenta con comodidades suficientes para desarrollar su actividad.-

Aún, cuando el demandado ha desconocido la adquisición de una camioneta parecida a una Kangoo, a fin de reponer otra unidad dañada en un accidente, para ser utilizada en su trabajo, tal circunstancia ha quedado suficientemente acreditada con las declaraciones testimoniales de su vecino K, que vive enfrente del mismo (fs.163), S -que posee amistad con el demandado- (fs.166), de G (fs.170/vta.), de R que estudió con el demandado, y que con el mismo realiza trabajos de sonido en la Casa de la Cultura (fs. 169).

Si bien no se ha producido probanza acerca de los precios de los bienes adquiridos, son públicos y notorios los valores existentes - significativos- en el mercado de bienes de tal naturaleza. Siendo sabido por otra parte que las entidades bancarias exigen para el otorgamiento de un préstamo, un mínimo de ingresos en relación al monto del préstamo otorgado.

Además, la necesidad de un automotor para realizar su trabajo es un indicio de la importancia del giro de la empresa, desde que la utilización de un vehículo en forma esporádica no sólo no permitiría amortizar su costo,

sino que los gastos de seguro, patentes y mantenimiento de la unidad tornarían notoriamente antieconómico su uso.

Y dado que al contestar demanda -el 15/11/10- el propio accionado alegó estar abonando una cuota de \$ 1.494 por el préstamo bancario que solicitara para la adquisición de la vivienda, así como una cuota alimentaria de \$ 850 y la cuota de tenis de \$ 139 a favor de su hijo, y poseer un gasto de \$ 600 mensuales en impuestos (fs.77), el hecho de que además de tales gastos haya podido afrontar la refacción de su casa y reponer el vehículo automotor siniestrado que utiliza para su trabajo, permite presumir la importancia de los ingresos (arts. 163 inc. 5º, 266, 272/3, 384 y ccs. CPCC).

Consecuentemente, en procura de una adecuada tutela de los derechos en juego, la prudente ponderación de tal circunstancia se impone al realizar la delicada tarea mensuratoria (Conf. CAP., Causa 94/09, RSD 57/09, en autos "*Parente, Laura Marta c/De mayo, Sergio Gerardo s/ Incidente de aumento de cuota alimentaria*", sent. del 1/7/09), estimo como justo fijar la cuota alimentaria que debe abonar el demandado a la actora en concepto de alimentos para su hijo menor de edad en la suma de MIL SEISCIENTOS PESOS (\$1.600).

En atención a lo que aquí se decide, no existen motivos para apartarse del principio objetivo de la derrota, correspondiendo imponer las costas del presente al accionado. (arts. 68/9 CPCC).

Por las razones dadas, citas legales de referencia y con el alcance indicado,

VOTO POR LA NEGATIVA.

A la misma cuestión el Sr. Juez, Dr. Hugo Alberto Levato, por análogos fundamentos votó en el mismo sentido.

A la **SEGUNDA CUESTION** el Señor Juez, Dr. Roberto Manuel Degleue dijo: De conformidad al resultado habido al tratarse la cuestión precedente, estimo que el pronunciamiento que corresponde dictar es:

Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la actora. En

su mérito modificar el decisorio apelado y fijar la cuota alimentaria que debe abonar el demandado P R T a la actora, en concepto de alimentos para su hijo menor J , desde la fecha de interposición de la demanda en la suma de MIL SEISCIENTOS PESOS (\$ 1.600)

Con costas al alimentante (arts. 68/9 CPCC).

ASI LO VOTO.

A la misma cuestión el Sr. Juez, Dr. Hugo Alberto Levato, por análogos fundamentos votó en el mismo sentido.-

Con lo que terminó el presente Acuerdo, dictándose la siguiente;

SENTENCIA:

Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la actora. En su mérito modificar el decisorio apelado , y fijar la cuota alimentaria que debe abonar el demandado P R T a la actora en concepto de alimentos para su hijo menor J desde la fecha de interposición de la demanda en la suma de MIL SEISCIENTOS PESOS (\$ 1600).

Con costas al alimentante (arts. 68/9 CPCC).

Regístrese. Notifíquese. Devuélvase.

Roberto Manuel DEGLEUE
Presidente de la
Excma. Cámara de Apelación en lo
Civil y Comercial
Depto. Judicial Pergamino

Hugo Alberto LEVATO
Juez

Stella Maris ALBANI
Secretaria