



NEUQUEN, 19 de noviembre de 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"A. S. B. C/ M. H. O. S/ ALIMENTOS PARA LOS HIJOS"**, (JNQFA1 EXP 82568/2017), venidos en apelación a esta **Sala III** integrada por los Dres. Fernando Marcelo **GHISINI** y Marcelo Juan **MEDORI**, con la presencia del Secretario actuante Dr. Oscar **SQUETINO** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. **Ghisini**, dijo:

I.- La resolución de primera instancia de fs. 299/305 vta. admitió la demanda interpuesta por S. B. Á. en representación de sus dos hijos menores de edad, en cuanto perseguía la fijación de la cuota alimentaria. La misma fue establecida en un 25% de los haberes del demandado, incluyendo sumas no remunerativas, deducidos los descuentos de ley y la parte proporcional del S.A.C. que corresponda, las asignaciones familiares que percibe por sus hijos, la cuota del jardín y obra social, para el período comprendido entre la interposición de la demanda y el 3 de octubre de 2017 y desde allí en adelante, sobre idéntica base, el 15%.

Para decidir del modo en que lo hizo, la magistrada segmentó cronológicamente el alcance de la obligación en los dos momentos anteriormente referidos, a partir de la incidencia de la resolución dictada en la causa N° 237.497/2018, vinculada al establecimiento de un régimen de cuidado personal compartido.

Ponderó, para fijar el porcentual del primer tramo temporal, el hecho que la actora asumió el cuidado personal hasta la fecha de la



resolución, lo que debe integrarse como un aporte a la manutención (art. 660, Cód. Civ. y Com.), sin que el demandado haya acreditado el extremo aducido en su demanda, relativo a la asunción por su parte del cuidado de los niños de 14.30 a 20 horas.

Para el segundo tramo, consideró en forma circunstanciada la narrativa de ambas partes asociada a hechos sobrevinientes y la insuficiencia probatoria, con lo que concluyó que no se modificó el régimen de cuidado personal compartido alternado. Luego analizó con detalle los alcances del artículo 666 del Código Civil y Comercial, de lo cual dedujo que la obligación alimentaria no está en directa relación con el tiempo que los progenitores pasan con sus hijos, sino que está orientada a garantizar que disfruten de las mismas condiciones de vida en ambos hogares.

De allí que, aun cuando fuera similar el tiempo de convivencia en ambos hogares, la obligación alimentaria del progenitor de mayores recursos subsiste. Posteriormente, la magistrada indicó que más allá del reconocimiento efectuado por las partes en torno a la actividad de la señora Á. como empleada judicial, no se acreditaron sus ingresos.

Respecto de los gastos, tuvo por probado que la progenitora paga un alquiler por la vivienda en que habita y que no ha sido cuestionado que deba contratar una persona para el cuidado de los niños y traslado a las actividades de los menores, extremo que ha quedado corroborado con la respuesta de AFIP.



En relación a los ingresos del progenitor, estableció que quedó acreditado que alcanzaba el importe de \$ 31.500, incluidas las asignaciones familiares, así como que sus gastos se integran con el pago del jardín al que concurre uno de los niños.

Posteriormente, para fijar la extensión de la prestación alimentaria, señaló que ponderaría la etapa escolar de los menores, capacidad económica del demandado y lo dictaminado a fs. 254, de tal modo de cubrir los gastos de subsistencia de los hijos, excluyendo el pago de actividades extra escolares e incluyendo las sumas no remunerativas y obra social.

II.- Contra aquella resolución la parte demandada interpuso recurso de apelación a fs. 310, que previa concesión, fue fundado mediante el memorial de fs. 316/319.

Cuestionó en primer lugar que se haya ponderado en los términos del artículo 660 del Código Civil y Comercial las tareas de cuidado llevadas a cabo por la madre, sin utilizar el mismo criterio a su respecto y sin reconocer los gastos que sufragó.

Consideró que es arbitraria la fijación de la cuota en el 25% de sus haberes sin merituar que además del 20 % oportunamente fijado abona el jardín, mutual y obra social.

Señala que la actora tampoco acreditó el tiempo que pasa con los hijos y que el fallo sólo responde a los dichos de la actora.

Destaca que no se encontraba fijado el régimen de cuidado personal de los hijos, que de hecho era compartido y que de manera provisoria



ya se había fijado un 20 % y solicita que se revoque lo resuelto, estableciendo la cuota en el monto acordado.

En relación al segundo período, se agravia por cuanto la magistrada estableció que debía considerarse los ingresos de ambos progenitores y que, en ausencia de la pauta relativa al ingreso de la madre, fijó los alimentos a su cargo. Critica además que se haya considerado como gasto la contratación de una niñera sin considerar la cantidad de días que los niños están a su cargo y el hecho que la prueba indica que el vínculo laboral cesó, de lo que se sigue que no subsiste el gasto.

Solicitó que se revoque la decisión y en subsidio que se pidan los recibos de haberes de la progenitora.

Conferido el pertinente traslado, la parte actora los replicó a fs. 323/326 vta. Solicitó, en primer lugar, que se declare desierto el recurso, por hallarse insuficientemente fundado. En un segundo orden, contestó los agravios expuestos por su contraparte, solicitando el rechazo del recurso.

III.- De modo liminar al tratamiento del recurso ensayado por la parte demandada, corresponde formular un examen de su admisibilidad en términos de fundamentación, no sólo por la denuncia formulada por la parte actora en orden a la trasgresión del artículo 265 del C.P.C.C, sino además por cuanto incumbe a la misión jurisdiccional de esta Alzada establecer de qué modo queda delimitada su potestad revisora.



Denuncia la parte actora que el apelante no realizó la tarea de impugnación con los alcances que la norma adjetiva le indica, por cuanto se limitó a discrepar en términos genéricos que no destruyen el razonamiento lógico de la sentencia.

Sin embargo y en este primer examen preliminar, debe considerarse formalmente fundada la presentación, por cuanto existe un embate argumental a los segmentos del fallo que se reputan equivocados, sin perjuicio que corresponderá analizar a continuación el grado de acierto o desacierto que tales críticas tengan.

Por lo demás y sin perjuicio de ello, cabe señalar que el derecho a obtener la revisión de la decisión jurisdiccional de primera instancia integra la garantía del debido proceso, contemplado por el artículo 25 de la C.A.D.H, conforme el alcance fijado por la Corte IDH en la OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003 ("Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados", párr. 123-124).

Las disposiciones provenientes de los tratados sobre derechos humanos deben ser aplicadas de conformidad con el alcance que le asigna la Corte IDH, obligación que proviene antes que de los artículos 1° y 2° del Código Civil y Comercial, del artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

Es por ello, que los artículos 265 y 266 del C.P.C.C deben ser interpretados armónicamente y conforme las pautas de mayor



generosidad para el ejercicio de los derechos garantizados a nivel convencional y, en contrapartida, conforme una mirada más estricta de sus restricciones, conforme emerge de la *ratio* de la decisión adoptada en el caso "Atala Riffo" (sent. de 24 de febrero de 2012, Serie C, Nro 239, párr. 284).

Ello es así, por cuanto los alcances de la cláusula federal del artículo 28.2 de la C.A.D.Hl, debe leerse conjuntamente con su artículo 1 e impone la obligación de los Estados provinciales de respetar y garantizar el piso mínimo de derechos provenientes del instrumento internacional (cfr., causa "Garrido y Baigorria" sent del 27 de agosto de 1998, Serie C, Nro. 39, párr. 45).

En atención a la dimensión constitucional del derecho a obtener una revisión del pronunciamiento de primera instancia enraizado en la garantía del debido proceso y las directrices interpretativas que se extraen de tal estándar, corresponde dar tratamiento al recurso y desestimar el planteo de la parte actora sobre el punto (artículos 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; artículos 27, 58 y 62 de la Constitución Provincial).

Ingresando al tratamiento sustancial del recurso, trataré en primer término la crítica esbozada en relación a la interpretación que formuló la magistrada en torno al artículo 660 del Código Civil y Comercial, en cuanto valoró para medir el valor de la obligación alimentaria las tareas de cuidado personal desarrolladas por la progenitora.



En este orden, advierto que tiene el accionado alguna medida de razón en torno a la ausencia de prueba directa en punto a como era efectivamente el régimen de cuidado hasta el momento en que se dictó resolución sobre el punto, no obstante es precisamente por ello que resulta correcto que la *a quo* haya recurrido al concepto de carga procesal, que implica identificar el sujeto procesal que tenía a su cargo producir prueba suficiente sobre el tópico.

La situación examinada en torno a la inexistencia de material probatorio directo no resta en modo alguno la posibilidad de establecer un criterio decisor, tal como lo hizo la sentenciante, a partir de considerar la interposición de demanda de cuidado personal interpuesta por el progenitor como un dato relevante del que se depende de preponderancia de la madre en el cuidado de los niños.

En tal orden, adelanto que resulta completamente irrelevante a los fines del presente proceso indagar acerca de las razones que llevaron a tal estado de cosas, por cuanto la faena intelectual se contenta -a los fines de decidir el derecho aplicable-, con reconstruir lo sucedido.

Existen en el proceso elementos para corroborar la rectitud de la decisión sobre el punto, conforme lo que las partes han afirmado en sus presentaciones iniciales.

En primer lugar, cabe señalar que la obligación alimentaria fue impuesta a partir de la fecha de interposición de la demanda (v. fallo de fs. 305, punto II), lo que ocurrió el 28 de abril



de 2017, conforme consta en el cargo estampado al pie de fs. 22 vta.

La propia narración de la contestación de demanda, obrante a fs. 10, en su tercer párrafo indica que a partir del mes de septiembre [se refiere al año 2016] la progenitora propuso un régimen de contacto en que se acordó “[...] que dos días en la semana y fin de semana por medio los niños estarían conmigo (...) Sin embargo con el correr de los meses la relación con la Sra. A. se fue deteriorando, tornándose imposible acordar un régimen de contacto estable [...]” (sic).

De este modo, independientemente de los indemostrados obstáculos para el contacto personal, lo cierto es que el propio recurrente afirma que al momento en que la parte actora interpuso la presente demanda se había alcanzado un acuerdo en cuyo marco los niños estarían consigo dos días a la semana y fin de semana por medio y que luego se habría tornado imposible acordar un régimen estable, lo que sumado a las declamadas dificultades de contacto denota sin ambages que los niños estaban con su madre.

Las reglas de la sana crítica indican que sólo están sujetos a prueba los hechos controvertidos y conducentes, existiendo en el caso un piso de acuerdo del que se extrae que los niños convivían con la madre, con quien pasaban más tiempo y que la deteriorada relación impidió sostener un régimen de contacto estable.

No interesa al presente proceso, insisto, la investigación concerniente a las causas que originaran las dificultades de contacto, más sí el hecho que su propia alegación



por el recurrente evidencia -como con buen tino lo señaló la *a quo*- que ello implica el reconocimiento de un estado de cosas en que el cuidado era asumido preponderantemente por la madre.

En este contexto, no toma en consideración adecuadamente el accionado que la magistrada construyó su decisión a partir de valorar que la carga de la prueba se encontraba a su cargo. El artículo 710 del Código Civil y Comercial establece en forma expresa una forma de asignar las cargas probatorias, esto es, a quien está en mejores condiciones de probar. No hallo ningún déficit en la decisión que, partiendo de la consideración que los niños conviven con la madre en forma prevalente, puso a cargo del demandado acreditar un hecho alegado que alteraría tal escenario fáctico.

En este orden, pongo de relieve que el Código Civil y Comercial no avanza sobre las facultades reservadas por la Provincia del Neuquén y por lo tanto no delegadas al Estado Federal, por cuanto no establece una regulación exhaustiva, sino pautas axiológicas, principios y reglas genéricas mínimas indisociables de la efectividad de los derechos sustantivos reconocidos (arts. 5° y 121, Constitución Nacional; preámbulo, artículos 1 y 8 de la Constitución Provincial).

Desde otro vértice, le lectura de los artículos 705 a 711 del Cód. Civ. y Com. indican una direccionalidad tendiente a tornar efectiva la garantía de tutela judicial efectiva y además a uniformar un piso mínimo de garantías procesales coherente con las que ostentan rango



constitucional, provenientes del interrelacionado e interdependiente relacionamiento de los preceptos convencionales incorporados con rango supra legal (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

Debemos atender ahora al siguiente tramo de la crítica, referida a que la progenitora asumió el cuidado personal de los niños en forma unilateral y las consecuencias que a ello asigna la parte apelante.

La regulación del Código Civil y Comercial que rige al caso está imbuida del proceso de constitucionalización del derecho de familia, que implica el ensanchamiento de fuentes de regulación de las relaciones jurídicas. En este orden, el digesto civil y comercial muestra una profunda preocupación por la desigualdad de género, plasmando diferentes acciones positivas en cumplimiento del programa constitucional (art. 75 inc. 23 del texto fundamental).

Ello se nota no sólo en la sustitución de la denominación de diferentes institutos, tales como «responsabilidad parental» en lugar de «patria potestad», régimen de «comunicación» en lugar de «visita» y otros por el estilo, sino particularmente en la amplitud de la regulación de los institutos, que tiende a dotar de herramientas para asegurar en forma positiva la igualdad en torno a la responsabilidad de ambos cónyuges, deconstruyendo de este modo el modelo patriarcal que inspiró al anterior paradigma legal.

En consecuencia, se impone tratar el agravio con perspectiva de género, aspecto



insoslayable a la luz de la regla constitucional derivada del artículo 75 inc. 23 de la norma fundamental, que impone a los tres órganos del Estado aproximarse a los conflictos atendiendo a posibilitar la generación de vínculos más equitativos en términos efectivos, que propendan a la superación de la sociedad patriarcal en la construcción de roles.

El artículo 1° de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (en lo sucesivo CEDAW, por su acrónimo en inglés), define en su artículo 1 la base igualitaria en las relaciones entre el hombre y la mujer, como una pauta para la determinación de situaciones de discriminación, atendiendo al concepto en forma fuerte, por su resultado y no exclusivamente a partir de sus causas.

El instrumento referido es parte del concierto de aquellos que cuentan con rango constitucional y correlativamente el Estado se obligó a adoptar acciones positivas encaminadas a hacer efectivas las obligaciones asumidas. Pues bien, el juzgamiento con perspectiva de género constituye una condición mínima para poder dar cumplimiento a la CEDAW y a las acciones para promover el pleno goce y ejercicio de los derechos de la mujer madre en un plano de igualdad respecto del hombre padre.

De este modo y sin juzgar los motivos que generaron las bases la distribución de roles, arriba firme a esta instancia que el régimen de cuidado personal fue asumido preponderantemente por la actora.



Tal asignación de roles cotidianos está sin lugar a dudas atravesado por la construcción de género de la madre, como responsable prioritaria de la atención y cuidado de los niños. Ninguna otra explicación plausible existe para tal hecho, por fuera de la anteriormente ensayada con base antropológica, lo que denota que las partes se han comportado como socialmente se acostumbra.

Resulta ostensible que la madre ha asumido por mandato social el rol estereotipado. En definitiva, es el cuidado personal asumido por ella lo que la jueza valoró en términos económicos como un aporte a la manutención, en los términos del artículo 660 del Cód. Civ. y Com., sin que obste o altere tal razonamiento el cumplimiento por el padre del débito de contacto que dimana de sus obligaciones legales y otros aspectos vinculados a la contribución de alimentos.

Todo esto denota -sin que ello implique demérito o descalificación para el progenitor- que resulta consistente con una mirada de género tendiente a cuanto menos compensar a la mujer por la desigualdad estructural derivada del rol que un modelo patriarcal colocó a su cargo, como sostén principal del cuidado personal de sus hijos.

El eje de la decisión apelada, se advierte fácilmente, son los niños. En este orden, debe ponderarse siempre que el instituto de los alimentos sólo adquiere cabal significación si tributa a la plena y efectiva realización de los derechos de los hijos, que son el centro y destinatario último de éste régimen.



El juzgamiento con perspectiva de género implica un trabajo cotidiano que alcanza incluso a los propios preconceptos que el magistrado tiene sobre determinados tópicos, tarea de introspección que tiende a dotar de efectividad la función judicial de adoptar medidas positivas que tiendan -como señala Rita Segato-, a ir formando y consolidando un nuevo e igualitario ambiente moral (aut. cit., *"Las estructuras elementales de la violencia, ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos"*, 2da. Ed., p. 142, ed. Prometeo).

La Recomendación N° 33 del Comité de la CEDAW tiene resuelto que "[...]los estereotipos y prejuicios de género en el sistema judicial tienen consecuencias de gran alcance para el pleno disfrute de los derechos de las mujeres [...]"

Es esta la razón por la que la revisión postulada sobre el punto no puede desatender los patrones que el artículo 5 de la CEDAW pretender modificar. Cuando la parte demandada apelante denuncia desigualdad, prescinde de considerar todos estos aspectos en que se infiere un rol de "colaboración" plasmado en su contacto con los niños y la contribución económica, que precisamente parte siempre de la consideración de la madre como la persona que tiene primordialmente a su cargo el cuidado de los niños.

Abordando el planteo con perspectiva de género, la atribución de la carga de probar el hecho alegado por el demandado, en oposición al régimen de cuidado asumido por la madre, luce



entonces como una adecuada derivación de los artículo 377 del C.P.C.C. y 710 del Código Civil y Comercial, por lo que la alegación relativa a la asunción "unilateral" del cuidado por parte de la actora no puede tener acogida, debiendo confirmarse la interpretación del artículo 660 del Cód. Civ. y Com.

En definitiva, ponderando ello y que la edad de los hijos lleva a presumir de pleno derecho la necesidad y correlativa obligación alimentaria, abarcativa de los ítems que indica el artículo 659 del Cód. Civ. y Com., no luce como desproporcionado el porcentual fijado por la *a quo*.

En relación al agravio relativo a los alimentos fijados en el segundo tramo, el cuestionamiento formulado remite -en definitiva-, a la asignación de una obligación alimentaria con basamento en lo dispuesto por el artículo 666 del Cód. Civ. y Com.

Cuestiona el recurrente que la ausencia de acreditación de los ingresos de la actora implique la fijación de alimentos a su cargo, criticando luego que la niñera resulte necesaria, puesto que los horarios de tarde tres veces por semana están con él y que la magistrada ha prescindido de los datos de la causa para resolver.

Entiendo que le asiste razón al apelante sobre este punto, puesto que el cambio en el paradigma de Codificación apuntó a relacionar el cuidado personal -privilegiando el compartido- con el régimen de alimentos.



Tal paradigma tiene anclaje y funciona en forma consistente con la noción de género antes plasmada. Ésta regulación tiende a generar esquemas de responsabilidad intrínsecamente igualitarios y es a partir de tal consideración que el artículo 666 del Cód. Civ. y Com. privilegia y coloca como premisa que ante la asunción compartida del cuidado cada parte debe hacerse cargo de la manutención.

La regla es clara al establecer que en este caso los gastos comunes deben ser solventados por los dos progenitores, excepto la situación de ausencia de equivalencia de los recursos.

Tal como lo afirma Claudio Belluscio *de contar ambos padres con los ingresos suficientes, la convivencia compartida con los hijos derivará en que los alimentos se presten en especie durante el período en que se encuentra bajo la guarda de cada uno y que, por lo tanto, no se fije una cuota dineraria* (aut. cit., "Alimentos según el nuevo Código Civil y Comercial", (2017), Buenos Aires, p. 267, ed. Garcia Alonso).

Pues bien, la regulación del régimen de alimentos tiene la particularidad de proyectar los efectos de la sentencia hacia el futuro, en vistas a que la obligación alimentaria se extiende hasta la edad fijada por el artículo 658 del Cód. Civ. y Com.

Es precisamente el dinamismo que informa y fundamenta tal obligación de ejecución continuada lo que explica que la mutación de las circunstancias de hecho consideradas amerite la



transformación de lo resuelto, que siempre tiene por tanto una cierta nota de interinidad.

Al resolver un planteo enmarcado en una situación de cuidado personal compartido debe realizarse un riguroso escrutinio de los recursos equivalentes a los que remite la regla.

Es por ello que una decisión que no esté solidificada a partir de tal premisa tendrá, conforme el alcance mutable de la cosa juzgada, una efímera vigencia, imponiendo una permanente promoción de incidentes que conllevan la ineficacia del servicio de justicia entendido como un medio de resolución pacífica de los conflictos de familia (art. 706, Cód. Civ. y Com.).

Determinado que la progenitora tiene ingresos económicos como empleada del poder judicial (v. fs. 19, último párrafo), cabe considerar que es quien se encontraba en inmejorable posición para acreditar la cuantía de su remuneración, con el simple recurso de incorporar los propios recibos de haberes. Podría incluso señalarse que ello conforma parte de los hechos de la demanda que deben ser relatados adecuadamente, por cuanto se trata de los presupuestos de la acción.

En el presente caso, no obstante, cabe señalar que la ausencia de identificación de tal extremo pudo obedecer al marco fáctico existente al momento en que la demanda fue interpuesta, que fue alterado por el hecho sobreviniente de la resolución atinente al cuidado personal compartido, que encauzó la situación en la regla legal aquí examinada.



Ahora bien, en aquella oportunidad bien pudo y debió advertirse este punto, que al modificar los contornos de la pretensión -en el tramo sobreviniente a la resolución del expediente de cuidado personal-, por cuanto la parte actora debió asumir con el traslado oportunamente conferido la carga de incorporar el dato de sus ingresos, de modo de posibilitar el cotejo entre los de ambos progenitores.

La exigencia del artículo 710 del Cód. Civ. y Com. resulta -al igual que en el planteo anteriormente resuelto de modo desfavorable al apelante- abarcativo de la situación aquí examinada.

Es que era la promotora del proceso quien debió cuanto menos delimitar esquemáticamente la forma de composición de sus ingresos, observándose una absoluta orfandad sobre tan cardinal tópico en su demanda de fs. 19/22 y en la contestación del traslado relativo al hecho nuevo.

En tal orden, se advierte que a partir de la conclusión de la *a quo* de que resulta similar el tiempo en que los niños viven con cada uno de sus padres, se asume como una irrazonable derivación de las constancias del expediente y el material probatorio, con arreglo a la premisa del artículo 666 del digesto Civil y en forma coherente a los principios que informan el modelo regulado, la conclusión que hace jugar a favor de la parte actora la ausencia de acreditación de sus propios ingresos.

Ello es así, por cuanto del razonamiento en que se sustenta la decisión



debiera inferirse que los recursos de la madre - frente a un similar cuidado material de los niños- resultan inferiores a los del actor; la circunstancia obstativa de tal cotejo obedece a la ausencia de colaboración procesal de quien se hallaba en mejor situación de probar.

Resultaría en un todo contrario a los principios que informan al proceso de familia, particularmente el de buena fe y lealtad procesal, resolver el caso como si se tratara de un conflicto patrimonial del siglo XIX, esto es, con arreglo a un esquema de suma cero en que se coloque la forma considerada en modo rígido por sobre la finalidad última del proceso, que no es otra que satisfacer las necesidades alimentarias de los niños en un marco igualitario y poniendo en cabeza de ambos padres que asumieron el cuidado personal compartido, idénticas cargas.

En suma, resultaría un contrasentido la declamación de que los casos deben juzgarse con perspectiva de género para modificar patrones socio-culturales que colocan a la mujer en un pie de desigualdad estructural, confundiendo tal perspectiva con sentenciar cualquier caso en favor del género femenino, incluso con los moldes procesales decimonónicos que sirvieron de fuente a la negación de la aspiración igualitaria que el nuevo Código Civil y Comercial recoge.

Como afirma el autor anteriormente citado, *si los menores pasan la mitad del tiempo con la madre y la mitad del tiempo con el padre, la cuota alimentaria oportunamente fijada debe cesar, debiendo cada progenitor abonar los gastos que el ejercicio compartido irroque, siempre que*



los ingresos de ambos fueran equivalentes (aut. y ob. cit., p. 268).

Por todo ello, toda vez que la *a quo* ha determinado que los tiempos de convivencia son similares a partir del 3 de octubre de 2017 y que la parte actora no ha acreditado (pudiendo hacerlo fácilmente) que sus recursos resulten inferiores a los del demandado, considero que con arreglo al artículo 666 del Cód. Civ. y Com. corresponde dejar sin efecto la fijación de una obligación alimentaria a cargo del demandado.

IV.- Conforme ello, propongo al acuerdo admitir parcialmente el recurso de apelación interpuesto, revocando la imposición de la obligación alimentaria a partir del 3 de octubre de 2017 en adelante y confirmándola en lo restante que fuera materia de agravios de la parte actora.

En atención a la forma en que se resuelve y la existencia de vencimientos recíprocos en ambas instancias, en orden a la existencia misma de la obligación alimentaria en dos tramos bien diferenciados, considero que las costas deben ser soportadas íntegramente en el orden causado (art. 71 y 279, C.P.C.C.).

Los honorarios por la labor desarrollada en la presente instancia se fijan en el 30% de lo regulado en el pronunciamiento de grado por los trabajos desarrollados en la instancia anterior y a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

Tal mi voto.

El Dr. Medori, dijo:



I.- Habré de disentir con el voto que antecede y a propiciar al acuerdo que, haciendo lugar al recurso del demandado, se revoque parcialmente la sentencia dictada, fijando como definitiva la cuota provisoria establecida con fecha 26.06.2017 para el período que transcurre entre la promoción de la demanda y el 02 de octubre de 2017 -Primero- con más intereses, teniendo por canceladas las posteriores a la última fecha por no haber sido cuestionados los descuentos de la empleadora; y para la segunda etapa, imponer que a partir del 03 de octubre de 2017 -en que se hace efectivo el nuevo régimen de cuidado personal compartido alternado- el padre continúe afrontando exclusivamente la cuota mensual que determine el jardín de infantes Amejun para el hijo J., que actualmente se le descuenta de sus haberes, y aún las posteriores, si así fuera así requerido en ocasión de acceder el niño al posterior período de escolarización; con costas devengadas en la primera instancia a cargo del alimentante, y en el orden causado las generadas ante este Tribunal....

II.- Siguiendo los argumentos expuestos por la jueza de primera instancia y tratándose de una cuestión que llega firme a esta instancia, a los fines del abordaje del memorial, atenderé aquella metodología de segmentación cronológica utilizada para establecer la cuota alimentaria correspondiente al período que va desde la interposición de la demanda, el 28 de abril de 2017 (fs. 22vta) hasta el día 2 de Octubre de 2017 (1), y el posterior, en el que comienza a ejecutarse el acuerdo alcanzado sobre



cuidado personal de los hijos J. y J., que se sostiene en la sentencia dictada en el ámbito del proceso que tramitó bajo Expte. JNQFA1-81679/2017, por la que pasó a ser compartido alternado entre madre y padre(2).

A) Acerca del primer período, se comprueba que luego de interpuesta la acción (28.04.2017), el día 26 de Junio del mismo año se dicta resolución fijando una cuota provisoria y mientras dure este trámite, en el equivalente 20% de los haberes del demandado, deducidos los descuentos de ley, con más la suma que por el jardín de infantes Sueñitos (Amejun) se deduce de sus haberes, con más asignaciones familiares (fs. 80 y vta), de la que el empleador tomó razón el día 31 de Julio de 2017 (fs. 131 vta.).

Y a su respecto, la sentencia en crisis estableció que el porcentaje fuera 25% de los haberes del alimentante, incluidas sumas no remunerativas, deducidos los descuentos de ley, con mas el proporcional del SAC que corresponda, las asignaciones familiares que por sus hijos percibe, la cuota del Jardín Sueñito y la obra social (fs. 299/305 y vta.).

1.- El obligado cuestiona por arbitraria la decisión, señalando que no se reconoció el tiempo que pasa al cuidado de sus hijos, los aportes al jardín, a la obra social y mutual, que resultan de los recibos de sueldo acompañados, para postular que se fije en el 20%.

2.- Atendiendo a los ingresos demostrados por el demandado resultante del recibo de sueldo correspondiente al mes de abril de 2017 (fs. 160) resulta que aporta Amejun social \$1.129



y Amejun Servicios \$3.540 (inclusivas del jardín de infantes y camping Yampay Hue) de cuyas suma consideraré a favor de los hijos \$750,00 por la primera y \$3.000 por la segunda.

Agregando a dichas sumas la de \$5.832,51 resultante del 20% sobre \$29.162,57 (\$38.246,08 menos salarios, descuento jubilatorio, asistencial, sindical y seguro), el aporte asciende a \$9.582,51 (\$3.750,00 + 5.832,51) que representa el 32,85% de aquel, por lo que estimo excesivo el mayor porcentaje que derivará del aumento admitido (25%) porque lo lleva al 37,85%, ciertamente desproporcionado, antecedente en función del que propiciaré al acuerdo que se confirme como definitiva aquella provisoria establecida el 26 de junio de 2017.

B) Pasando a evaluar los antecedentes relacionados con el segundo período que inicia a partir del 3 de octubre de 2017, observo que en la sentencia recurrida se determina en el equivalente al 15% de los ingresos que percibe el alimentante de su empleadora, incluidas sumas no remunerativas, deducidos los descuentos de ley, más proporcional de SAC que corresponda, asignaciones familiares ordinarias y extraordinarias, a descontarse de manera automática y depositado en la cuenta judicial de autos y la obra social de los niños.

1.- Cuestiona el demandado que no se ajuste lo decidido a lo regulado en el art. 666 del CC y C, tratándose de un régimen de cuidado personal compartido alternado por el que cada uno de los progenitores debe hacerse cargo de los alimentos de los hijos, si es que ambos cuentan



con recursos equivalentes; y en este sentido, objeta que no se tomaran medidas conforme a las facultades de los artículos 35 y 36 del CPC y C, para conocer el dato primordial y de relevancia, como eran los haberes de la progenitora.

Criticó además que se considerara como gastos de ésta la relación laboral con la niñera, cuando esta ya finalizó, por ser innecesaria, dado que los niños van a la escuela en el turno mañana y, en los horarios de la tarde están con él 3 veces por semana, y que bajo el citado régimen ambos pagan los gastos comunes, insistiendo en que no se pudo conocer el sueldo de la actora pese a las facultades del juez de grado.

2.- Vale citar que en el proceso tramitado bajo Expte. JNQFA1-81679/2017, se estableció por sentencia del 18 de abril de 2018 el cuidado personal compartido alternado de J. y J., por el que pernoctan en el domicilio del padre los días lunes y miércoles, y un fin de semana por medio, mientras que en la semana que no permanecen el fin de semana, los días viernes quedan bajo su cuidado desde la salida del establecimiento escolar hasta las 19 hs.; que en los días que toque a cada uno retirar a los niños del establecimiento escolar, se organizan en caso que surja un imprevisto, ocupándose de sus traslados, y en vacaciones de verano una quincena de enero con la progenitora y otra con el progenitor (fs. 258/266).

Este antecedente fue admitido como hecho nuevo conforme resolución de fecha 13.09.2018 (fs. 282/283), que no fue cuestionada.



3.- A su vez recordar que el criterio para la procedencia y extensión de la cuota alimentaria en los casos de cuidado compartido es estrictamente objetivo, lo que significa que es incorrecto apartarse de los casos previstos por la norma o crear otros, salvo circunstancias extraordinarias; esto significa que no procede crear casos no previstos en la ley, entre otros que la madre o el padre que tiene menores ingresos, menor fortuna y condición, tenga que ser alimentante.

Y ello no importa eximición de la obligación alimentaria ya que ésta, en los casos de cuidado personal compartido, es de ambos progenitores que, obviamente, efectúan las erogaciones necesarias cuando están con el niño, niña o adolescente, no solo los gastos comunes del art. 658 del CCyC, sino todas las demás, necesarios para cubrir igualitariamente las necesidades del niño, niña o adolescente (art. 661 CCyC).

La distribución de cargas que realiza el CCyC evita que una madre o padre con menores recursos que ejerce el cuidado personal compartido alternado deba hacer enormes esfuerzos para solventar los gastos familiares, mientras que el que está en mejor posición económica pueda darle al niño una situación más ventajosa; un desequilibrio en este sentido termina siendo perjudicial para el buen vínculo que debe existir entre todos (Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI Aída, HERRERA Marisa y LLOVERAS Nora (directoras): «Tratado de derecho de familia, según el Código



Civil y Comercial de 2014», Tomo IV, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, p. 189.).

4.- A tenor del plexo fáctico y jurídico expuestos en el presente caso, se comprueba que la jueza de primera instancia ha creado un caso no previsto en la ley, condenando al padre a pagar alimentos cuando, luego de haber admitido las partes la variación del régimen de cuidado compartido alternado a partir del 03.10.2017, extremo que conducía a acreditar acerca de cuál de ellos contaba con mayores ingresos o fortuna y recursos.

Luego, sin evidencia de la mayor incidencia del trabajo en el hogar de alguno de los progenitores que merezca ser contemplada, sólo respecto del demandado se probó acerca de sus ingresos (fs. 99/108) derivados de su desempeño en la categoría Oficial del escalafón del Poder Judicial de la Provincia del Neuquén, mientras que el de Prosecretaria Administrativa ante la misma empleadora atribuido a la actora -fs. 40- atrae como correlato indiciario una remuneración superior a la de aquel, y en su caso era quién estaba en mejores condiciones para probarlo, de conformidad a los principios que rigen los procesos de familia regulados en el art. 710 del nuevo CCyC, respecto a la libertad, amplitud y flexibilidad y carga de la prueba.

En consecuencia, habré de hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto considerando que en el contexto del art. 666 del CCyC, y revocar la imposición al demandado de la cuota en la proporción del 15%, atendiendo a que para ello constituía un presupuesto de



admisibilidad la acreditación de los extremos exigidos en aquella norma luego del acuerdo alcanzado con vigencia a partir del 03 de octubre de 2017.

5.- Sin perjuicio a lo dicho, siendo que al momento de fijar la cuota provisoria el 26 de junio de 2017 se determinó que mientras durara el proceso el padre también continuara aportando la cuota exigida por el jardín de infantes al que concurre el hijo menor J. y que le descuenta de sus haberes la mutual Amejún, entiendo que ha de mantenerse el débito correspondiente, a pesar de tratarse de un gasto común a los progenitores - conforme a lo regulado en los arts. 658 y 659 del CCyC- a los fines de garantizar el equilibrio de las erogaciones en materia educativa que ambos computaron al optar por ese establecimiento, evaluando con los de la hija mayor J., y para el futuro si fuera así requerido en ocasión de acceder el niño al período de escolarización.

IV.- Por todo lo expuesto, propiciaré al acuerdo que haciendo lugar al recurso del demandado, se revoque parcialmente la sentencia dictada, fijando como definitiva la cuota provisoria establecida con fecha 26.06.2017 para el período que transcurre entre la promoción de la demanda y el 02 de octubre de 2017 -Primero- debiendo practicarse planilla de liquidación por las devengadas hasta el mes anterior al que se hiciera efectivo el descuento de los haberes por la empleadora, con la adición de los respectivos intereses a tasa activa del BPN desde que cada suma se devengó y hasta su efectivo pago, teniendo por canceladas las posteriores a la última fecha



por no haber sido cuestionados los descuentos de la empleadora; y para la segunda etapa, imponer que a partir del 03 de octubre de 2017 -en que se hace efectivo el nuevo régimen de cuidado personal compartido alternado- el padre continúe afrontando exclusivamente la cuota mensual que determine el jardín de infantes Amejun para el hijo J., que actualmente se le descuenta de sus haberes, y aún las posteriores, si así fuera requerido en ocasión de acceder el niño al posterior período de escolarización

V.- Las costas devengadas en la primera instancia se impondrán a cargo del alimentante en su calidad de vencido y en el orden causado las generadas ante este Tribunal (arts. 68 del CPCyC).

VI.- Los honorarios de las Dras. ... y ..., patrocinante de la actora, y por el demandado, para las Dras. ... y ..., por su intervención en la primera instancia -y la última desde el 13.06.2018 -fs. 267 y vta-, se determinan en el 9%, 9%, 6% y 8%, respectivamente, a cuyo fin se computará el monto correspondiente a un año de cuota partiendo desde la interposición de la demanda conforme lo estipulan los arts. 26 y 20 de la Ley 1594 del CPCyC.

VII.- Fijar los honorarios devengados ante este Tribunal en el 30% de los establecidos por la misma asistencia letrada a las Dras. ..., ... y ... (art. 15 L.A.).

VIII.- Regular los honorarios de las Dras. ... y ..., patrocinante de la actora, y, para la Dra. ..., por el demandado, por su intervención en el recurso de apelación decidido



con fecha 20.04.2018 (fs. 243/245), en . 3 ius para las dos primeras y en 2 ius para la última (arts. 6, 7, 8, 9, 10, s.s.y c.c. Ley 1594).

Existiendo disidencia en los votos que antecede, se integra Sala con el **Dr. Jorge PASCUARELLI**, quien manifiesta:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto del Dr. Medori, adhiero al mismo.

Por todo ello, **la SALA III POR MAYORIA,**

RESUELVE:

1.- Modificar la sentencia dictada a fs. 299/305 y vta. de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Imponer las costas de la instancia de grado al alimentante en su calidad de vencido (art. 68 C.P.C.C.).

3.- Regular los honorarios de primera instancia para las Dras. ... y ..., patrocinante de la actora, y por el demandado, para las Dras. ... y ..., por su intervención en la primera instancia -y la última desde el 13.06.2018 -fs. 267 y vta-, en el 9%, 9%, 6% y 8%, respectivamente, a cuyo fin se computará el monto correspondiente a un año de cuota partiendo desde la interposición de la demanda conforme lo estipulan los arts. 26 y 20 de la Ley 1594 del CPCyC.

4.- Regular los honorarios de Alzada, a las Dras. ..., ... y ... en el 30% de lo establecido en el punto anterior a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).



5.- Regular los honorarios de las Dras. ... y ..., patrocinante de la actora, y, para la Dra. ..., por el demandado, por su intervención en el recurso de apelación decidido con fecha 20.04.2018 (fs. 243/245), en 3 ius para las dos primeras y en 2 ius para la última (arts. 6, 7, 8, 9, 10, s.s.y c.c. Ley 1594).

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

**Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori - Dr. Jorge Pasquarelli
Dr. Oscar Squetino - SECRETARIA**