

NEUQUEN, 28 de Junio del año 2023

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "L. F. O. S/ DIVORCIO" (JNQFA6 EXP 138735/2022) venidos en apelación a esta Sala I integrada por Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Estefanía MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado Cecilia PAMPHILE dijo:

1. El Sr. F. O. L. apela el pronunciamiento dictado en fecha 30/03/2023 en cuanto fija, por el término de 6 meses, una cuota provisoria a favor de su ex cónyuge, del 15% de sus haberes, mediante descuento automático (hojas 41/43).

En primer lugar señala que la magistrada se basa en las pautas de los incisos b), c) y e) del art. 433 del Código Civil y Comercial.

En relación al inc. b) -edad y estado de salud de ambos cónyuges- afirma que quedó demostrado que pese a que la Sra. P. está bajo tratamiento psicológico, la misma labora jornada completa, con dos cargos bien remunerados.

Respecto del inc. c) de la misma norma -capacidad laboral y posibilidad de acceder a un empleo-, indica que la Sra. P. no tardó más de un mes desde que presentó la demanda de alimentos, en solicitar un cargo administrativo en el Consejo Provincial de Educación para poder obtener otro cargo y mejor remuneración.

En punto al inc. e) -atribución de la vivienda familiar- esgrime que su parte le atribuyó la vivienda desde una primera instancia, para no causarle perjuicio a sus hijas ni a la Sra. P.

Refiere que la capacidad económica de la Sra. P. le permite por demás sostener sus propios alimentos.

Señala que en el mes de marzo de 2023 la misma percibió un haber total de \$346.182, conforme surge de los recibos que acompaña, indicando que ejerce dos cargos a través del Consejo Provincial de Educación.

Dice que a ello debe sumarse que la Sra. P. tiene la atribución del hogar; que su parte solicitó el cuidado alternado de sus hijas y la cuota que abona a favor de las mismas, todo lo cual no justifica la cuota aquí fijada.

En segundo lugar esgrime que la jueza tomó como punto de partida que la Sra. P. se encuentra al cuidado de las hijas, pero omite mencionar que su parte lo está el mismo tiempo, conforme surge de los expedientes iniciados.

Luego, sostiene que la contraria se encuentra laborando con dos jornadas y que fue una estrategia legal no hacerlo al comienzo del proceso, para luego pedir alimentos o compensación.

Insiste en que la Sra. P. no se encuentra impedida de procurar los medios para poder llevar adelante sus necesidades.

En cuarto orden esgrime que se encuentra fuera de discusión que los viáticos, viandas, desarraigos y pernóctes no entran en el cálculo de la cuota alimentaria.

Asimismo, solicita que se excluya de la base de cálculo de la cuota alimentaria el impuesto a las ganancias que la empleadora retiene legalmente, en tanto resulta un descuento obligatorio por ley.

Solicita que se acepte la prueba ofrecida para poder apreciar la real situación económica de la Sra. P.

En definitiva, peticiona que se revoque la resolución atacada, nulificando la cuota alimentaria fijada, con costas por su orden.

De manera subsidiaria solicita que, para el cálculo de la misma, se excluyan los ítems: viáticos, viandas, ayuda alimentaria, pernocte, ganancias y arraigo.

Sustanciados los agravios, la contraria contesta en hojas 54/57.

2. Ahora bien, al conferirse traslado de la propuesta reguladora, la Sra. P. solicita una compensación económica.

Dice que durante el matrimonio desarrolló su profesión docente con escasas horas semanales y en carácter de suplente, dado que siempre fue necesario que se hiciera cargo de las hijas del matrimonio.

Relata que el Sr. L. trabaja 14 días al mes fuera de la ciudad, lo cual la ha obligado a cumplir ambos roles durante su ausencia.

Expone que L. siempre realizó el manejo exclusivo de los ingresos, pagando los gastos propios del hogar, por lo que, a los efectos de seguir compartiendo ganancias y responsabilidades, requiere que se le abone durante 3 años una cuota estimada en el 15% de los haberes de quien fuera su cónyuge.

Sostiene que, en ese lapso, podrá mejorar su capacidad laboral y mejorar sus ingresos.

Dice que ella ha resignado ingresos por priorizar a su familia.

En este contexto requiere:

“Dada la necesidad urgente de solventar gastos impagos desde el mes de septiembre /22, fecha en que L. se fue del hogar, provocando gran incertidumbre a esta parte respecto de mi porvenir económico, solicito se fije cuota provisoria del 15% solicitado, estableciendo la misma en \$80.000 de piso, hasta tanto VS defina en definitiva, a tal fin denuncié empleadora ..., SITO EN ..., de la ciudad del Neuquén, a efectos de lograr el descuento como medida preventiva dada la necesidad de sufragar costos vencidos y por vencer,

acompañó constancia de CALF, Impuesto MUNICIPALES, INTERNET Y CABLEVISION que reflejan el estado de necesidad en que me encuentro, dado que además el actor dejó de pagar intempestivamente los servicios, provocando el aviso de corte de los mismos...".

2.1. Ahora, la Sra. P. requirió la medida, de corte cautelar, bajo el título "ALIMENTOS PROVISORIOS URGENTES" y esto es lo que entiendo produce una suerte de confusión en punto al encuadre que corresponde efectuar.

Nótese que la magistrada, en sus desarrollos, pivotea sobre el instituto de la compensación económica y los alimentos para el cónyuge y, finalmente, poniendo énfasis en la perspectiva de género y en la solidaridad familiar, resuelve: "...a fin de propiciar la estabilidad económica de la Sra. P. a efectos de atender sus necesidades ineludibles, fijo -al modo peticionado- con carácter provisorio y por el término de 6 meses, cuota alimentaria provisorio del 15% de los haberes que perciba el Sr. F. O. L. de su empleadora, mediante descuento automático en forma mensual y consecutiva del 1 al 10 de cada mes en la cuenta judicial del BPN que deberá abrir a la orden de este Juzgado y como perteneciente a estos autos...".

3. El embate recursivo se centra en que no se encuentran dados los requisitos para la fijación de alimentos, conforme a las previsiones del art. 434 del CC.

El tratamiento de esta crítica merece una serie de consideraciones.

3.1. En primer lugar, tal como lo adelantara, la magistrada alude a ambos institutos: alimentos y compensación económica.

Debe reconocerse que la compensación económica, tiene puntos de contacto con otros institutos del derecho civil, entre ellos, con los alimentos.

Sin embargo, tiene una finalidad y unos presupuestos de procedencia distintos.

En efecto, acercándonos a la cuestión con perspectiva de género, tal como lo hace la magistrada de grado, la prestación compensatoria tiene que ser vista como una herramienta útil para la protección de las mujeres que, por haber estado en un sistema matrimonial basado en la distribución de roles según el género, luego de la ruptura, sufren perjuicios injustos. A partir de este instituto se puede restablecer el equilibrio de la situación económica, provocada por el divorcio o cese de la unión convivencial Cfr. DEVOLUCIÓN DE LA PRESTACIÓN COMPENSATORIA FRENTE A LA CADUCIDAD DE INSTANCIA DECRETADA. LA BÚSQUEDA DEL JUSTO MEDIO EN EL MARCO DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO, Guglielmino, Adriana del Carmen, Publicado en: RCCyC 2022 (diciembre), 148..

Justamente, con esta figura se busca "compensar" el desequilibrio económico que a veces generan las crisis familiares y, de este modo, evitar o morigerar perjuicios injustos a uno de los miembros de la pareja que se disuelve.

Tenemos entonces que, si bien el derecho argentino ha consagrado al divorcio incausado, no se desentiende de los sacrificios o postergaciones personales que pudieran tener origen en la situación familiar Al decir de Mariel Molina de Juan: "De algún modo, lo que busca es corregir una suerte de inequidad que la finalización de la vida familiar produce en uno de los miembros de la pareja y reequilibrar sus situaciones patrimoniales (no sólo estáticas sino también dinámicas). Uno de los primeros pronunciamientos que resuelven sobre esta cuestión lo expresa con claridad: "Lo equitativo y razonable no es aquí la búsqueda de una nivelación o igualación patrimonial entre las partes sino la recomposición del correspondiente a uno de ellos por el 'empobrecimiento' – generalmente por la frustración o postergación del crecimiento propio, pérdida de chances u oportunidades y ayudas que hubiere

brindado— a la par y vinculado al 'enriquecimiento' del otro, durante la convivencia"(13). En otras palabras, evitar que la asignación de roles y funciones, acordadas durante la vida en común, provoque un perjuicio injusto en las posibilidades de desenvolvimiento futuro de uno de los miembros de la pareja que se disuelve" (cfr. COMPENSACIONES ECONÓMICAS: UN MODELO PARA ARMAR, Molina de Juan, Mariel F. Publicado en: RCCyC 2017 (marzo), 17)..

3.2. Justamente, la nueva normativa es más respetuosa de la autonomía de la voluntad y permite que se acceda al divorcio de un modo más rápido.

Pero la celeridad con que se resuelve el divorcio no tiene su correlato a la hora de resolver los temas patrimoniales derivados de aquél: Y, en esta transición, la parte más débil se ve afectada Cfr. ¿ALIMENTOS PROVISORIOS O COMPENSACIÓN PROVISORIA? EL PASAJE DEL MUNDO SÓLIDO AL MUNDO LÍQUIDO. UN CAMINO QUE AÚN FALTA RECORRER, Groisman, Eliana G. Publicado en: RDF 2018-IV, 228 Cita: TR LALEY AR/DOC/3256/2018. Cuestiona la autora: "Es decir, se sale de lo sólido a lo líquido sin estar organizado para la nueva modernidad. Ocurre, entonces, que uno de los cónyuges (generalmente en un matrimonio heterosexual es la mujer la parte débil) se encuentra de pronto divorciada, sin tener resuelta la liquidación de los bienes o una posible compensación económica y tiene que, mientras tanto, enfrentar su nueva realidad sin estar preparado para ello y por un tiempo que puede tomar años en resolver en el marco de un litigio. No importa cómo se llegó al divorcio, sino cuáles son las consecuencias objetivas que el divorcio provoca". Y agrega: "Los jueces tienen la responsabilidad de resolver "a la luz de la realidad social en el que aún sigue siendo alto el porcentaje de mujeres que dejan de trabajar o relegan su formación profesional/académica por dedicarse al cuidado de los hijos, con acierto se ha se ha expresado que la figura de la compensación



económica es una herramienta hábil para proteger al cónyuge o conviviente más débil que aún siguen siendo las mujeres".

Entiendo, por tanto, que debe haber una transición más lenta del mundo sólido, al que pertenecía la mujer, al líquido, ya sea para ubicarse laboralmente, ya sea para hacerse de su porción en los bienes o para recibir eventualmente la compensación económica.

De otra manera, sería arrojar a la mujer al mundo líquido, obligándola a negociar sin libertad o condenarla a años de angustia económica...".

Es a esa transición a la que apunta la petición cautelar efectuada en el caso; y es en este contexto transicional, en el que debe ser interpretada la resolución dictada.

4. En efecto, asiste razón al recurrente en punto a que en el caso no se ha acreditado siquiera sumariamente que se den los recaudos para fijar alimentos, luego del divorcio El Código Civil y Comercial dispone que, en principio, los cónyuges no tienen derecho a percibir alimentos luego del divorcio, y que sólo puede reclamarlos el que padece una enfermedad grave y el que no tiene recursos propios ni posibilidad de obtenerlos..

De allí que, en principio, al no proceder la fijación de una cuota alimentaria, tampoco podría prosperar un pedido de alimentos provisorios, dado su carácter accesorio.

Sin embargo, ya sea que se entienda que se trata de una flexibilización del instituto Mazzinghi sostiene, en este sentido: "Pero el problema radica en el derecho que puede tener el cónyuge más necesitado durante el período que transcurre desde la declaración del divorcio hasta el eventual reconocimiento de la compensación económica del art. 441 del Código Civil y Comercial.

En ese lapso, el cónyuge que no tiene recursos propios, y que no tiene una posibilidad lógica de generarlos, puede, –desde mi punto de vista–, reclamar la fijación de una cuota de alimentos a cargo del cónyuge más solvente y con una situación económica más sólida.

El hecho de que la norma se ocupe de marcar la imposible superposición de los alimentos con la compensación económica es una señal clara a favor de la posibilidad de que una y otra figura se apliquen sucesivamente.

Apenas decretado el divorcio por iniciativa del marido, –por ejemplo–, la mujer podría tener necesidad de pretender una cuota de alimentos para atender a sus necesidades, las mismas que quizás, eran atendidas, hasta ese momento, por su marido.

El hecho de que esta misma mujer pretendiera la procedencia de una compensación económica no debería inhibirla de reclamar alimentos por el tiempo que transcurra hasta el reconocimiento y fijación de la compensación.

Además, no hay que perder de vista que la cuota de alimentos es retroactiva, y que puede cubrir las necesidades del cónyuge más débil desde el día mismo en que se decretó el divorcio hasta el eventual otorgamiento de la compensación económica prevista en el art. 441 del Código Civil y Comercial...” (cfr. Derecho del cónyuge a percibir alimentos luego del divorcio, Mazzinghi, Jorge A. M. Publicado en: LA LEY 21/07/2015, 21/07/2015, 1 Cita Online: AR/DOC/1951/2015).

y –por lo tanto– una excepción a esa regla, o que se aprehenda la solución como una medida cautelar relativa al trámite de la compensación económica –posición por la cual me inclino–, la respuesta dada en la instancia de origen debe ser confirmada.

4.1. En efecto, de las constancias de autos surge que el recurrente se desempeñaba –al menos al momento de interposición de la demanda

y mientras que duró el matrimonio- en el sector del petróleo, con un régimen de trabajo por el cual se ausentaba 14 días de la ciudad.

Este esquema de por sí, determinó que el cuidado de las hijas y, en este contexto, el traslado a las distintas actividades y asistencia en general, estuviera a cargo de la Sra. P.

Lo que la Sra. P. plantea, es que con motivo de la organización familiar y la consiguiente distribución de roles, habría resignado -durante el matrimonio- a desarrollarse plenamente en su profesión, dedicándose a tareas no remuneradas (como el cuidado del hogar o de las hijas); que muchos de los gastos eran cubiertos con los ingresos del Sr. L. y que, a partir de la decisión de divorciarse, se produjo un desequilibrio con impacto en lo económico, en tanto aquél dejó de contribuir con muchos de esos gastos.

De las presentaciones de las partes surgiría -y, al menos en esta instancia no hay elementos en contrario- que la organización familiar respondía al esquema descripto por la Sra. P.

Entonces, lo que se buscó con la resolución de primera instancia - y, además, encuentra correlato en la pretensión de compensación económica solicitada al contestar la propuesta regulatoria- fue darle un amparo económico a la esposa por un tiempo, lo que entiendo, además, debe ser encuadrado en el marco de su pretensión por compensación económica Como señala la ya citada Groisman: En los procesos de familia, las medidas precautorias, además de tener como objeto asegurar el resultado de una acción o evitar que la gestión de uno de los cónyuges pueda poner en peligro, hacer inciertos o defraudar los derechos del otro, debe estar acorde con el principio de solidaridad familiar. Este principio debe prevalecer en todas las etapas del proceso, incluyendo entonces la eventual medida provisional. Y dice más adelante: "Los arts. 721 y 722 del Cód. Civ. y Com. establecen medidas provisionales en el

divorcio y en la nulidad de matrimonio, con relación a las personas y a los bienes, respectivamente. Si bien ninguno de los dos artículos hace referencia específica a medidas precautorias para atender a las necesidades urgentes de uno de los cónyuges después de dictada la sentencia de divorcio, entiendo que, planteado el reclamo de fijación de compensación económica, procederá la fijación de una medida provisional en ese marco normativo –de los arts. 721 y 711–, toda vez que la enumeración no es taxativa. Se deberá tener en cuenta la urgencia que puede encerrar el reclamo y acreditar someramente los presupuestos que hacen al pedido de fondo.” (cfr. artículo ya citado). .

5. Ahora, la compensación económica no busca igualar patrimonios, ni restituir lo perdido por su equivalente exacto, ni garantizar el nivel de vida que se tenía durante la convivencia, sino que funciona como un correctivo jurídico de las desigualdades económicas familiares y que persigue autosuficiencia o independencia económica frente al futuro del ex cónyuge o ex conviviente que ha quedado más vulnerable frente al otro luego de fracasado el proyecto de vida en común Ver Molina de Juan, Mariel “Compensaciones económicas para cónyuges y convivientes. Preguntas necesarias y respuestas posibles”, (<http://www.colectivoderechofamilia.com/mmi-compensaciones-economicas-para-cónyuges-y-convivientes/>)..

De allí que habrá que ponderar, en su momento, no sólo la procedencia si no su alcance.

Y aquí debo detenerme en algunos aspectos instrumentales.

No desconozco que no surge que se haya deducido la acción tendiente a obtener tal compensación, más allá de la intención expresada al contestar el traslado de la propuesta reguladora.

Sin embargo, no puede dejar de advertirse que la laxitud de las normas de derecho procesal, en el marco de procesos de familia, es atendible por la delicadeza de las situaciones que se consideran.

Y aquí entiendo que corresponde efectuar dos precisiones:

a) Por un lado, que aun cuando, frente a medidas de carácter anticipatorio la evaluación de los recaudos deba ser más estricta, no puede prescindirse de la lectura en clave de género. Desde allí, dada la asimetría que surgiría como consecuencia de la distribución familiar de roles, debe tenerse por reunida una fuerte presunción a favor del derecho de la Sra. P., circunstancia que, unida a razones de solidaridad familiar, hacen que la medida se presente razonable.

b) No obstante lo anterior, tratándose de una cautelar ligada a una pretensión que aún no ha sido deducida, entiendo que deberá promoverse el pertinente proceso en el término de 20 días, contados a partir de la firmeza del presente pronunciamiento (argumento del artículo 207 del CPCC), bajo apercibimiento de ser dejada sin efecto.

En mérito a las consideraciones anteriores, y más allá del alcance y condiciones a las que se supedita el efecto de la resolución de primera instancia, entiendo que la pretensión recursiva en punto a que la cuota mensual sea dejada sin efecto, no podrá prosperar.

6. En cuanto al cuestionamiento por la no exclusión de determinados ítems, entiendo que asiste razón al recurrente en su planteo.

Como lo señalara, dado el encuadramiento jurídico que entiendo es pertinente efectuar, no nos encontramos frente a una prestación de naturaleza alimentaria, desde donde considero que los desarrollos efectuados en tal materia, no son aplicables al presente, sin más.

Por lo tanto, el porcentaje establecido por la magistrada, deberá calcularse restando lo relativo a viandas/ayuda alimentaria y ganancias.

En atención a la forma en que se resuelve, las costas serán impuestas en el orden causado. MI VOTO.

Jorge PASCUARELLI dijo:

Disiento con lo expuesto por mi colega en el voto que antecede.

Tras el análisis del recurso deducido por el Sr. F. O. L., se observa que los agravios expuestos no contienen una crítica concreta y razonada, conforme lo exige el art. 265 del C.P.C. y C., y no resultan suficientes para arribar a una conclusión distinta de la expuesta por la magistrada, en punto a la procedencia de la medida.

Es que el recurrente funda sus agravios -primero y tercero- en los recibos de haberes de la Sra. P., que acompaña con su escrito recursivo, a los efectos de demostrar su capacidad económica.

Pero lo cierto es que, el pedido de admitir la prueba ofrecida en esta instancia no puede prosperar porque el recurso se encuentra concedido en relación (arts. 243 y 647 del C.P.C. y C., cfr. fs. 51) y, conforme señala Palacio, "Si el recurso ha sido concedido en relación no procede en cambio admitir la apertura a prueba ni la alegación de hechos nuevos (art. 275, párr. 2°), debiendo por lo tanto el tribunal resolver sobre la base de las actuaciones producidas en primera instancia", (Palacio, Lino E., Manual de Derecho Procesal Civil, pág. 592, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1998).

Luego, lo expuesto por el recurrente en su segundo agravio en punto al cuidado compartido de sus hijas resulta insuficiente para revertir el argumento que transcribe.

Asimismo se observa que el apelante no rebate en forma concreta los fundamentos dados por la jueza de grado, en punto a la aplicación de la perspectiva de género en el caso y del principio de solidaridad familiar.

Por ello, teniendo en cuenta el carácter cautelar y el plazo de duración de la medida, concluyo que la misma debe ser confirmada en punto a su procedencia.

Finalmente, respecto al cuarto agravio, más allá de considerar que la cuestión pudo ser introducida mediante aclaratoria en la instancia de grado, entiendo que resulta procedente.

Es que, "Respecto de los rubros viandas y viáticos, esta Sala, en su actual composición, ha dicho: "Es que este rubro está precisamente destinado a no reducir los ingresos, que en virtud de la modalidad de la prestación fuera de la residencia, tendría que afrontar de su peculio el empleado como gastos de alimentos para su propio sustento. Es el importe que le pagan para que se mantenga los días que está trabajando".

"Y también: "Si el alimentante ha percibido sumas en concepto de viáticos y gastos de traslado e instalación, salvo que se demuestre lo contrario, debe entenderse que las mismas no constituyen gastos de representación que integren en definitiva su ingreso regular, sino que fueron percibidas para atender erogaciones específicas y fueron consumidas en ellas, constituyendo un reintegro por gastos de servicio, razón por la cual quedan fuera del régimen de remuneraciones y no puede aplicarse a su respecto, el porcentaje establecido como prestación alimentaria (En el caso, se trataba de personal afectado a una fuerza de paz de la O.N.U. en el continente africano), (Sent.:178184 - Civil - Sala E - Fecha 09/10/1995 LDT)", (INC 36389/8, EXP N° 47341/11, entre otros)" (conf. esta Sala en autos "A. J. R. C/B. A. A. S/INCIDENTE DE ELEVACIÓN", JNQFA2 INC 1419/2017, entre otros).



Asimismo, respecto de los descuentos de ley, los mismos no pueden ser incluidos en la base de cálculo atento a su propia naturaleza - en el caso, el impuesto a las ganancias-.

Así, en función de lo expuesto y dadas las circunstancias particulares del caso, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación deducido por el Sr. L., y en su consecuencia, modificar el pronunciamiento de fs. 41/43, disponiendo que se excluya de la base de cálculo de la cuota alimentaria provisoria fijada los rubros viáticos y viandas, así como el impuesto a las ganancias. Imponer las costas de esta instancia en el orden causado, en atención al modo en que se resuelve el recurso (art. 68 CPCC).

Tal mi voto.

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con Patricia CLERICI, quien manifiesta:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto de Cecilia PAMPHILE adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta Sala I por MAYORIA

RESUELVE:

1.- Confirmar la medida dictada en el pronunciamiento de hojas 41/43 con el alcance que se establece en la presente, y en consecuencia, tratándose de una cautelar ligada a una pretensión que aún no ha sido deducida, disponer que deberá promoverse el pertinente proceso en el término de 20 días, contados a partir de la firmeza del presente pronunciamiento, bajo apercibimiento de que la medida cautelar sea dejada sin efecto.

2.- Disponer que el porcentaje establecido en la instancia de grado deberá calcularse restando lo relativo a viandas/ayuda alimentaria y ganancias.



3.- Imponer las costas de esta instancia en el orden causado, en atención a la forma en que se resuelve, y regular los honorarios de las letradas intervinientes en el 25% de lo que corresponda en la instancia de grado (art. 15, LA).

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

Dra. Cecilia PAMPHILE JUEZA- Dr. Jorge D. PASCUARELLI JUEZ

Dra. Patricia CLERICI JUEZA

Dra. Estefanía MARTIARENA SECRETARI