Cám. de Flia. de 2º Nom. Cba., Auto Nº 25 del 10/03/15, CUERPO DE APELACIÓN EN AUTOS «B H M E C/ H, P A - SEPARACIÓN PERSONAL – CONTENCIOSO» (Expte. Nro. 1967150).-

Y VISTOS: I) Estos autos caratulados: CUERPO DE APELACIÓN EN AUTOS «B H M E C/ H, P A - SEPARACIÓN PERSONAL – CONTENCIOSO» (Expte. Nro. 1967150) venidos del Juzgado de Familia de \* Nominación, a cargo de \*, de los cuales resulta que: I) Comparece el abogado RAB, en su carácter de letrado patrocinante del señor HMEB, e interpone recurso de apelación en contra de la resolución de fecha 9 de abril de 2014 (fs. 1), en cuanto resuelve: « … II) Estimar la cuota alimentaria que el Sr. HMEB debe abonar en favor de los niños TAR y FM con vigencia desde el mes de febrero del cte. año en la suma de Pesos dos mil quinientos mensuales, que se deberá hacer efectiva hasta tanto se proponga otra modalidad de pago, mediante entrega a la Sra. H y contra recibo suscripto por la misma debidamente imputado, del primero al diez de cada mes, más el pago los gastos de escolaridad y obra invitando una vez más a las partes, a que superen diferencias personales y , en especial y respecto a T, formulen los acuerdos necesarios para el tratamiento de su patología (…)» Fdo.: Juez y Prosecretaria Letrado - II) A fs. 3, mediante decreto de fecha 15 de abril de 2014, se concede el recurso de apelación interpuesto por ante la Cámara de Familia que por sorteo corresponda, a cuyo fin se corre traslado al apelante para que exprese agravios, quien lo hace a fs. 5/7. A fs. 8 se tienen por expresados los mismos y se ordena correr traslado a la contraria, señora PAH, quien lo evacua a fs. 19/26, con el patrocinio de la abogada MJS. A fs. 30 se ordena el traslado a la señora Asesora de Familia interviniente, quien lo contesta a fs. 33/34. III) Elevadas las actuaciones a esta Excma. Cámara de Familia de Segunda Nominación, se avocan a su conocimiento los Dres. Graciela Melania Moreno de Ugarte, Fabian Eduardo Faraoni y Roberto Julio Rossi (fs. 49). IV) A fs. 53 se ordena librar Mandamiento al Juzgado de Familia de \* Nominación a los fines que se sirva a remitir «ad effectum videndi» los autos principales (N° 1657679), lo que es cumplimentado a fs. 56. V) A fs. 59, y previo a la prosecución del trámite recursivo, se provee la prueba documental acompañada por la parte apelada (fs. 10/18 y 22/22 vta.), y su contestación por el apelante (fs. 31 y 46), en los siguientes términos: «… Que la segunda instancia es esencialmente revisora de lo acontecido en la primera, por lo tanto, la decisión recurrida ha de ser analizada desde el prisma fáctico del propio Tribunal a quo. Siendo ello así, la incorporación de elementos probatorios en la instancia recursiva reviste carácter excepcional, y se encuentra proscripta cuando el trámite dentro del cual se ha vehiculizado y resuelto la acción esgrimida responde al de las llamadas «medidas cautelares». En la especie, la resolución cuestionada (fijación de alimentos provisorios) se ha dictado en el marco del art. 21 inc. 4 de la ley 7676. En consecuencia, sólo a la luz de los elementos tenidos en cuenta por el iudex es que puede revisarse la resolución alimentaria adoptada, dado el estrecho procedimiento de la cautelar en cuestión. Por ello, y en virtud de no configurarse en el caso de marras ninguna de las hipótesis legales que permitan excepcionalmente arrimar prueba en esta etapa apelativa: A la documental ofrecida y el pedido de fs. 31 y 46: No ha lugar (....). VI) Firme esta resolución y dictado el decreto de autos (fs. 68), el mismo queda firme y consentido, y la causa queda en estado de ser resuelta por el Tribunal.

Y CONSIDERANDO: I) Contra del proveído, de fecha 9 de abril de 2014 (fs. 1), el señor HMEB, interpone recurso de apelación, el que fuera concedido por decreto de fecha 15 de abril del 2014. El recurso ha sido interpuesto en tiempo oportuno, por lo que corresponde su tratamiento. II) Los agravios del apelante admiten el siguiente compendio: Expresa que si bien coincide con el magistrado cuando manifiesta que la cuota alimentaria debe guardar relación con la capacidad económica del alimentante, no coincide cuando asevera que no se encuentran demostrados en autos los ingresos que percibe. Señala que en autos se encuentra acreditada su condición tributaria de Monotributista - Categoría «D» - Locaciones de Servicio, de lo cual se deduce según la escala realizada por la AFIP que sus ingresos anuales ascienden a pesos noventa y seis mil ($96.000) como tope máximo, es decir, pesos ocho mil mensuales ($8.000). Considera que el a-quo no puede valerse del prudente arbitrio judicial para determinar la cuota alimentaria cuando cuenta con herramientas que sirven para acreditar cuáles son sus ingresos. Igualmente estima que el preopinante incurre en un error material cuando determina que la cuota alimentaria comprenderá los gastos de educación de sus hijos. Aclara que en ningún momento ofreció hacerse cargo de los gastos de educación, ni tampoco la señora H lo ha manifestado, sino que la misma en la página 25 de la contestación de la demanda y reconvención se obliga a cubrirlos. Refiere que se supone que con el dinero en efectivo que comprende la cuota alimentaria la señora H tiene que hacer frente a todos los gastos escolares de los hijos. Destaca que si en cambio se hace cargo de las cuotas de colegio, lo cual es diferente. Expresa que el a-quo estima que la cuota por hijo ronda la suma de pesos un mil ($1.000) a pesos un mil doscientos ($1.200), pero establece la de sus hijos en la suma de pesos un mil doscientos cincuenta ($1.250), más los gastos de escolaridad y la obra social, con lo cual el total por hijo asciende a la suma de pesos dos mil cuarenta y tres ($2.043), resultando entonces que comprende pesos $2.500 más pesos $ 480 por hijo de obra social, más pesos $ 375 por hijo de cuota de colegio. Aclara que pagaba esos montos el año pasado y que ambos han aumentado. En este contexto considera que teniendo en cuenta que sus ingresos ascienden a la suma de pesos ocho mil ($8.000) por mes como tope máximo, y que debe aportar en concepto de cuota alimentaria la suma de pesos cuatro mil ochenta y seis ($4.086), se le está absorbiendo un porcentaje que es totalmente exagerado e inconstitucional, pues alcanza el 51% por ciento de sus ingresos. En definitiva sostiene que la cuota resulta confiscatoria y por lo tanto debe ser reducida a una suma monetaria que sea acorde a sus ingresos. Añade que el a-quo en ningún momento pensó en su situación en particular y que si abonara la cuota alimentaria fijada tendría que vivir con menos de cuatro mil pesos por mes, teniendo en cuenta que ahora necesita alquilar un departamento, debido a que la señora H permanece en el ex domicilio conyugal que es propiedad de sus padres. Puntualiza que está viviendo en el domicilio de su hermana, con su familia, situación momentánea que debe cambiar y de tener que abonar una cuota que supera el 50% de su salario se le haría imposible. Refiere que si bien ambos progenitores deben aportar equitativamente para costear todas las necesidades de sus hijos, la señora H es quien ostenta la tenencia de los mismos y por ello pesa sobre su persona una mayor carga económica, y que ello es óbice para establecer una cuota alimentaria que absorba más de la mitad de sus ingresos. Finalmente aduce que la señora H en la página 25 de su contestación de la demanda de separación personal y reconvención en divorcio vincular se obliga a cubrir mensualmente los gastos de alimentos, ropa, farmacia, educación, útiles y elementos escolares, bibliografía y pago de servicios e impuestos del domicilio donde viven, y que el iudex no se percató de ello al resolver la obligación asumida por la señora H, por lo que solicita que al momento de resolver la cuestión se aclare que como padre se compromete a abonar las cuotas escolares, pero los gastos de escolaridad serán soportados de forma conjunta, como así también debe quedar asentado que la madre se compromete a cubrir las tasas, servicios e impuestos del lugar donde reside. En virtud de lo expuesto, peticiona que se revea lo dispuesto por el a-quo mediante proveído de fecha 9 de abril de 2014, y se reduzca la cuota alimentaria a una suma monetaria acorde a su condición económica, tomando como base lo solicitado en el escrito de la demanda, esto es pesos dos mil ($2.000) en efectivo, más la cuota del colegio y obra social. Pide imposición de costas. III) La parte recurrida contesta los agravios con el siguiente alcance: Señala que el quejoso no indicó en que número de foja acreditó la condición y categoría de Monotributista que alega. Agrega que los ingresos mensuales que el señor B manifiesta percibir se contraponen con lo que se estima debería ser su ingreso real mensual por los dos cargos jerárquicos (socio en el Estudio CT & Asociados y Presidente y socio de Q) que desarrolla hace años y que mantiene en la actualidad. Explicita que el apelante busca confundir sobre lo que expresó en la contestación de la demanda y reconvención, y luego afirma que el a-quo se ha equivocado fijando una obligación superior a lo que ha peticionado, sin advertir que las cuotas del colegio que el señor B abona, forman parte de los gastos de escolaridad que el iudex le ordena abonar. Solicita que se rechace el pedido del progenitor, a que deba ser ella, quien cubra todo lo referido a los gastos de escolaridad de sus hijos, más el pago de tasas, e impuestos del inmueble en el que habita, ya que son pocos los pacientes que puede atender como psicóloga, y que sus hijos quedaron a su cargo por pedido del padre, teniendo que dedicarles muchísimo tiempo y atención. Precisa que T y F se encuentran escolarizados, en el nivel primario, con toda la demanda que ello implica, y que T padece «MIELOMENINGOCELE», por lo que requiere ayuda constante para ir al baño, higienizarse, y debe efectuarle a diario varios cateterismos, etc. Reitera que en virtud de ello solo puede ejercer su profesión de psicóloga atendiendo dos o tres pacientes en los ratos libres, y ese monto escaso de dinero que obtiene tiene un solo destino, cubrir los gastos mensuales fijos de comida de los dos hijos, ropa, calzado, farmacia y todo lo de educación que no abona el padre. En lo referente a la obligación que fija el a-quo al progenitor de abonar los gastos de escolaridad, afirma que no le parece que haya incurrido en un error o plus petito, pues las cuotas del colegio que actualmente abona el progenitor y que solicitó que abone también como parte integrante de la cuota alimentaria forman parte de los gastos de escolaridad. Manifiesta que el apelante reitera que con la categoría de Monotributo que informo se deduce cuáles son sus ingresos y que de prosperar la cuota alimentaria fijada por el a- quo, se le afectaría más del 50 % de sus haberes mensuales, lo cual rechaza por ser falaz y malintencionado. Menciona que se incorporó a autos otros elementos que acreditan los dos puestos jerárquicos laborales que desarrolla el progenitor, y que es difícil de pensar que por ambos, perciba un ingreso mensual de $8.000. Agrega que toda la argumentación del apelante se cae a pedazos cuando se contrasta con la realidad, y que el nivel socioeconómico y la capacidad de generar recursos que posee cada uno es muy diferente y se desprende de autos. Finaliza expresando que el señor B plantea la apelación por motivos netamente económicos, pues pretende aportar para el crecimiento sano de sus dos hijos la suma de pesos sesenta y seis ($66) diarios, y que busca solapadamente que ella aporte económicamente más de lo que ya efectúa a diario y que se encuentra más que acreditado en autos que ambos progenitores poseen condiciones socioeconómicas y cargas familiares muy distintas. En definitiva, solicita el rechazo de la vía recursiva iniciada y la confirmación de la resolución impugnada, con imposición de costas. IV) Por su parte, la señora Asesora de Familia de Tercer Turno señala que: La condición tributaria ante la AFIP resulta de una declaración que realiza quien aporta, razón por la que debe tomarse como una estimación del importe al que ascenderían sus ingresos, pero que no se trata de una acreditación directa de los montos que percibe mes a mes. Estima, a diferencia de lo que sostiene el recurrente, que el a-quo en un supuesto como el de autos, sí puede valerse del prudente arbitrio judicial para determinar la cuota alimentaria, ya que en realidad no cuenta con elementos de prueba que permiten tener por acreditados en forma directa los ingresos con los que cuenta el alimentante. Entiende que corresponde hacer presente lo sostenido por autorizada doctrina, cuando se indica que tratándose de personas que poseen título profesional, el juez no se halla limitado a tener en cuenta lo que surge de acreditaciones contables, testimonios, informativas, etc., sino que el carácter de profesional permite presumir ingresos acordes con ello y con el nivel de vida desarrollado. En relación con la segunda cuestión planteada por el apelante, considera que la voz «gastos de escolaridad» utilizada por el iudex en la resolución atacada, debe ser entendida como el pago de la cuota escolar del establecimiento al que asisten T y F. Agrega que conforme se desprende de las constancias de autos, ambas partes han determinado el pedido y ofrecimiento en estos términos, habiéndose expedido su ministerio en el mismo sentido. Atento a ello estima que podría aclararse que los gastos de escolaridad a los que se refiere el proveído atacado se limitan al pago de la cuota del establecimiento escolar al que asisten sus representados. En relación a la cuestión planteada por el recurrente referida a que la cuota alimentaria fijada por el juez alcanza el 51 % de sus ingresos resultando confiscatoria, expresa que parte del supuesto inválido de suponer que sus ingresos se encuentran acreditados y ascienden a la suma de pesos ocho mil mensuales ($ 8.000), tan solo por la categoría de Monotributista en la que se encuentra inscripto. Es por ello que entiende que debe mantenerse la resolución recurrida. V) Análisis de los agravios.1. El quejoso circunscribe su primera objeción en que el iudex al momento de fijar la cuota alimentaria no valoró de manera correcta su capacidad económica, que entiende se encuentra acreditada con la constancia de su condición tributaria acompañada a fs. 87 de los autos principales que se tienen a la vista. La sola lectura del proveído en crisis revela que el preopinante al momento de fijar el quantum de la mesada alimentaria tuvo en cuenta en primer lugar las necesidades de los alimentados, y a partir de allí fue que expresó que la cuota fijada debe mantener relación con la capacidad económica del alimentante o llegado el caso prescindir de tal extremo ante su falta de acreditación echando mano del prudente arbitrio judicial. Dicha afirmación no resulta de menor reparo, si tenemos en cuenta que la cuota alimentaria de marras ha sido planteada y tratada procesalmente en la órbita de las medidas cautelares que puede adoptar el Juez de Familia según lo preceptuado por el art. 21 inc. 4º de la Ley 7676. Son caracteres propios de este tipo de medidas su provisionalidad y mutabilidad, ya que se trata de resoluciones interinas que mantienen su vigencia en tanto subsistan las circunstancias que motivaron su dictado. De acuerdo a ello, se faculta al juzgador a tomarlas en forma transitoria, con carácter de urgente y de acuerdo a las características del caso, teniendo en cuenta los intereses puestos a su conocimiento y según se acredite, por quien las peticiona, la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora. Todas las hipótesis comprendidas en dicha normativa adjetiva, deben ser tratadas con urgencia ya que, en caso contrario, la decisión quedaría sujeta a procesos controvertidos. En ese contexto procedimental, debe también liminarmente señalarse que el correcto razonamiento judicial en principio no requiere del tratamiento pormenorizado de todas las pruebas que se hayan acercado a la causa, y la tarea de selección y descarte del material probatorio debe responder a la previa ponderación implícita de la trascendencia de las mismas para la dilucidación de la causa (cfr. TSJ, Sala Civil y Comercial, in re: «Rinero Bartolo Slider y otro c/ Novau Giaquini y Cía. S.C.C.-Demanda ordinaria de impugnación por nulidad-Recurso de Casación», Sent. nº 33, del 06/04/05). Siendo ello así, y no obstante que de la resolución en crisis no surge una expresa valoración de dicha documental, ello no altera lo resuelto en el pronunciamiento recurrido. Se dan las razones de tal aserto: a) En primer término, es consabido que no puede pretender el agraviado sustraerse al pago de la cuota alimentaria para sus hijos menores de edad alegando una supuesta incapacidad económica para ello, dado que la naturaleza de la obligación en cuestión exige en todo caso al alimentante realizar mayores esfuerzos para la satisfacción integral de las necesidades integrales de sus hijos (cfr. Cám. Nac. de Apel. Civ. Sala B, en autos: «P., M. T. y otros c. R., C. R. s/alimentos», de fecha 24/05/2011; Cita online: AR/JUR/37252/2011, La Ley); b) Repárese además, que el alimentante es una persona idónea para incrementar u obtener nuevas fuentes de ingresos, en tanto posee título profesional, y se halla en edad y condiciones físicas promedio para seguir prosperando en su profesión (cfr. Cám. Nac. de Apel. Civ., sala J, 18/03/2014, en «L., M. y otros c. B., G. D. s/ alimentos»; Cita online: AR/JUR/2482/2014, La Ley)AR/JUR/2482/2014L., M. y otros c. B., G. D. s/ alimentos • 18/03/2014; c) Amén de ello, y tal como lo afirma la señora representante del Ministerio Público Pupilar, la condición tributaria en cuestión resulta ser una declaración de quien realiza los aportes a la Administración Federal de Ingresos Públicos, razón por la cual puede tomarse como una estimación del importe al que ascenderían los ingresos del recurrente, pero en modo alguno habilita a su valoración como acreditación directa de los montos que efectivamente percibe el inscripto; d) Asimismo, y revisada dicha documental (fs. 87 de los obrados principales) no pasa desapercibido a este Tribunal que su fecha de vigencia se extiende desde el 26-09-2013 al 25/03/2014, y la fecha del proveído impugnado data del 09/04/2014. Como colofón de todo ello, resulta evidente que en los obrados no luce una acreditación fehaciente y directa de los ingresos efectivos del alimentante, lo cual habilitaba plenamente al a-quo a recurrir al prudente arbitrio judicial a esos efectos, en atención al carácter cautelar de la cuestión cuyos presupuestos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora no admiten controversia. De tal guisa queda huérfana de una crítica válida el presente motivo de agravio. Por idénticos motivos, tampoco resulta susceptible de recibo la alegación del quejoso en orden a la insuficiencia de sus ingresos para afrontar sus gastos personales una vez deducida la merced alimentaria fijada, pretendiendo ligar ese extremo a una supuesta confiscatoriedad de la misma, pues ya se ha visto que tal argumentación carece de asidero fáctico y jurídico. 2) En lo referido al agravio centrado en que el preopinante incurre en un error material cuando determina que la cuota alimentaria comprenderá los gastos de educación de sus hijos, cabe señalar que la vía correspondiente e idónea para su abordaje y así subsanar el defecto que se señala era la aclaratoria (art. 336 del CPCC). Ahora bien, la no utilización oportuna de tal remedio no se erige en un óbice para el derecho a impugnar el proveído por vía del recurso ordinario, y por ende corresponde su tratamiento en esta instancia. De la detenida lectura de los antecedentes de la causa, en especial de la audiencia celebrada en los términos del art. 21 inc. 4 de la Ley 7676, con fecha 13 de marzo de dos mil catorce (fs. 284/285 de los autos principales), surge que no existía litigiosidad entre las partes en cuanto a que sea el señor B quien se hiciese cargo de la obra social y la cuota escolar del establecimiento al cual asisten los niños. Sumado a esto la señora Asesora de Familia interviniente en oportunidad de evacuar la vista que le fuera corrida (fs. 291 de los autos principales), se expidió en sentido favorable respecto de este punto. En consecuencia, surgiendo de la causa que fue voluntad de ambas partes que el progenitor apelante se haga cargo del pago de la cuota del establecimiento escolar al que concurren sus hijos menores de edad, no es dable entender la expresión «gastos de escolaridad» consignada en el proveído cuestionado en otro sentido que no sea justamente el limitado al pago de la cuota del establecimiento escolar al que asisten T y F. Desde esa óptica, y ceñido el planteo a una mera interpretación emergente de las propias constancias de la causa, se diluye el supuesto agravio vertido en este aspecto. 3. Por último, tampoco puede ser atendida la pretensión del recurrente en orden a que se imponga judicialmente a cargo de la progenitora los gastos relativos a los servicios, tasas e impuestos del inmueble donde reside con los niños, dado que dicha solicitud deberá en todo caso ser vehiculizada por la vía respectiva, excediendo el ámbito de la impugnación apelativa que nos ocupa. 4. A mayor abundamiento, y en aras a la satisfacción del ánimo del recurrente que se evidencia del tenor de sus reproches al pronunciamiento en crisis, es dable destacar que la naturaleza cautelar y provisoria de la medida impugnada deja expedita la posibilidad de ocurrir por la vía pertinente a los fines de modificar lo resuelto, en caso de verificarse un cambio en las condiciones que determinaron la decisión, ya sea porque, sin variar las circunstancias en la realidad, si han variado las tenidas en cuenta por el juzgador como consecuencia de los nuevos elementos aportados por la parte afectada; o porque han variado en la realidad las circunstancias existentes (cfr. Loutayf Ranea, Roberto G., Tratado de las medidas cautelares - Aspectos Generales del procedimiento en las medidas cautelares, Ed. Jurídica Panamericana S.R.L., Santa Fe, 1996, pág. 173 y ss.). 5. En conclusión, y a mérito de todo lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de apelación articulado por el señor HMEB y, en consecuencia, confirmar el proveído dictado con fecha 9 de abril de 2014 (fs. 1), en todo cuanto decide y ha sido motivo de impugnación. VI) Costas y Honorarios. Atento el principio objetivo de la derrota, las costas de esta instancia se imponen al recurrente vencido, señor HMEB (art. 130 CPCC). Los honorarios profesionales de la abogada MJS se regulan en esta instancia en función de lo dispuesto por los arts. 26, 28, 36, 39 incs. 1º y 5º, 40, 75, 85 y concordantes de la Ley 9.459. La base económica a los fines de la regulación es la suma de Pesos Sesenta mil ($60.000), conformada por el monto de la cuota alimentaria controvertida multiplicada por veinticuatro meses ($2.500 x 24= 60.000). En función de lo dispuesto por el art. 39 incs. 1º y 5º y por el art. 85 de la ley 9.459, por haber existido controversia, se aplica la mitad (%50) del punto medio de la escala del art. 36, esto es, 22.5% (hasta 5 U. E), y en función del art. 40 del mismo cuerpo legal, se toma el 40% (punto medio de dicho porcentaje). Practicados los cálculos aritméticos pertinentes ($60.000 x 22.5 % x 50 % x 40 % = $2.700). El resultado que arroja no alcanza el mínimo legal por lo que se estima la retribución de la abogada MJS en la suma de Pesos Tres mil quinientos siete con veinte centavos ($ 3.507,20), equivalente a diez (10) jus, según su valor al día de la fecha, a cargo del señor HMEB. No corresponde regular los honorarios del abogado RAB, de conformidad con lo normado por el art. 26 «a contrario sensu» de la ley 9.459. Por lo expuesto, el Tribunal.

RESUELVE:

I) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el señor HMEB y, en consecuencia, confirmar el proveído dictado con fecha 9 de abril de 2014 (fs. 1), en todo cuanto decide y ha sido motivo de impugnación.

II) Imponer las costas al recurrente vencido (art. 130 CPCC).

III) Regular los honorarios profesionales de la abogada MJS en la suma de de Pesos Tres mil quinientos siete con veinte centavos ($ 3.507,20), equivalentes a 10 jus, conforme su valor al día de la fecha, por su actuación en la presente instancia recursiva, los que serán a cargo del señor HMEB (arts. 26, 28, 36, 39 incs. 1º y 5º, 40, 75, 85 y concordantes de la Ley 9.459). IV) No regular los honorarios profesionales del abogado RAB (art. 26 «a contrario sensu» de la ley 9.459). Protocolícese, hágase saber, dese copia y oportunamente bajen los presentes al Tribunal de origen, a sus efectos.

Fdo: ROSSI – MORENO DE UGARTE – FARAONI.-