**Registro N° 177 /2018**

 **Fojas** 850/855

En la ciudad de Pergamino, el 27 de noviembre de 2018, 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 la causa N° 3396-18 caratulada **"FOLNO FLAVIA LORENA C/ MOLINATTO GUSTAVO RUBEN S/INCIDENTE DE ALIMENTOS"**, Expte. N° 1.284 del Juzgado de Familia N° 1, se practicó el sorteo de ley que determinó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: Dres. Graciela Scaraffia y Roberto Degleue, 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 cuestión la señora Jueza Graciela Scaraffia dijo:

La sentencia en recurso hizo lugar al incidente de aumento de cuota alimentaria deducido por la actora, fijándola en la suma mensual de pesos ocho mil ($ 8.000,-), a cargo del demandado y a favor de los tres hijos menores de las partes, con más el pago de la cuota del colegio al que asisten. Dispuso que rige a partir de la fecha de interposición de la solicitud de trámite -7/12/10- y que se le deberá deducir la suma abonada por el alimentante durante el desarrollo del proceso en carácter de alimentos provisorios. Difirió la fijación de cuota suplementaria para atender las cuotas atrasadas hasta tanto obre liquidación, de la que se descontará lo percibido provisoriamente por alimentos. Impuso las costas al accionado y reguló los honorarios de los letrados intervinientes, quedando pendientes de fijación los correspondientes a los Dres. Villanueva y Crosetti.

El decisorio fue objeto de apelación por ambas partes (fs. 409 y 411). A fs. 421/3 funda su recurso la actora y a fs. 424/5 hace lo propio el demandado, y las respectivas contestaciones obran a fs. 428/9 y 434/5. A fs. 443 contesta vista la Sra. Asesora de Incapaces interviniente.

Elevada la causa a fs. 444, pasan los autos para resolver, encontrándose la providencia respectiva firme (fs. 445) y la causa en condiciones de ser fallada.

La actora se agravia por cuanto el fallo no incluye como rubro en especie, la cobertura de salud de los niños, expresamente solicitado en demanda e incluído en el acuerdo homologado, y manifiesta que si bien el demandado no procedió a abonar una obra social, solventaba de manera particular el gasto generado. Sostiene que ello importa una reducción automática de la cuota, por cuanto el monto fijado en dinero efectivo no alcanza entonces para cubrir debidamente las erogaciones de los hijos en común. Expresa que el incremento de $ 3.000 -sobre los provisorios fijados-, resulta insuficiente para solventar el pago mensual de una cobertura de salud para los tres hijos, motivando la ausencia de razonabilidad y equidad del fallo atacado, que modifica la modalidad de pago sin contemplar la incidencia de ello en las restantes necesidades de los alimentados.

Solicita en definitiva, que a la suma mensual establecida en sentencia con más el pago en especie del colegio, se adune el pago del mismo modo, de obra social, o de manera privada, el pago de los gastos íntegros de salud de los hijos. Con costas al demandado.

Al contestar este último, se opone a lo solicitado y afirma que el Juzgador ha valorado que está demostrado en autos, que siempre cubrió las necesidades de sus hijos, incluyendo el rubro salud. Expresa que no gozar de prepaga u obra social no significa no tener cobertura de salud y que sus hijos siempre la han tenido, solventada por el demandado.

Al fundar su recurso, expresa que no ataca la suma establecida por el a-quo en sentencia sino *"...la fecha en que se pretende determinar como debida."* (fs. 430 vta.) en tanto debió disponer que el monto fijado de *"...PESOS OCHO MIL (8.000) deben ser depositados desde que quede firme la misma."* (fs. 431).

Sostiene además que no corresponde la fijación de cuota suplementaria ya que no ha habido incumplimiento de su parte por lo que debe abonar la suma impuesta desde su fijación y en adelante, no procediendo practicar liquidación hacia atrás.

La actora contesta el memorial de la contraria y peticiona su más absoluto rechazo con expresa imposición de costas. Señala que el apelante desconoce la normativa de aplicación pretendiendo que la cuota fijada lo sea desde su firmeza y no desde la interposición del reclamo, cuando ello implicaría que la dilatación del proceso, por el mero transcurso del tiempo colocaría en franca ventaja económica al alimentante.

A su turno, la Sra. Asesora de Incapaces actuante, entiende que el planteo del demandado no puede prosperar, destacando que el decisorio "...*consagra el principio de retroactividad en la materia, receptado tanto por el art. 641 del CPCC como por el art. 548 del CCyC, que fija la fecha a la cual se retrotrae la obligación de pago."* (fs. 443) y en orden a la cuota supletoria, afirma que resulta procedente para cancelar los alimentos devengados durante el trámite del juicio.

He de iniciar el examen del pronunciamiento en crisis, a través del tratamiento del recurso interpuesto por la accionante.

Entiendo que debe ser recibido el agravio expuesto, y que corresponde integrar la cuota alimentaria fijada a cargo del demandado, con el pago en especie de la cobertura de salud de los hijos, mediante su afiliación a obra social o prepaga.

Es que, partiendo de la valoración de la prueba efectuada por el Juzgador respecto de los extremos a examinar en la materia -capacidad económica de las partes y necesidades de los alimentados-, estimo que el rubro obra social debe hallarse expresamente contemplado a cargo del alimentante como prestación en especie, tal cual lo fuera el rubro educación por el que se incluye el pago de la cuota de colegio.

Es que la suma establecida en dinero ha de ser destinada a gastos de vivienda, vestimenta, material escolar, actividades extracurriculares, esparcimiento, traslados y otros cotidianos, que también asume en su proporción la actora. El aporte de la suma dineraria lo es para contribuir a sufragar aquellos y equilibra el cumplimiento de las obligaciones alimentarias de las partes (arts. 658 y ccs. C.C.C.).

Asimismo, el monto de $ 8.000 pesos establecido en sentencia para los tres hijos de las partes, no luce elevado en relación a las erogaciones mencionadas y por el contrario, se vería ciertamente desnaturalizado si debieran asumirse con el mismo, además, los costos de salud. Por su parte, el demandado no invoca al respecto ningún perjuicio en concreto ni ha alegado imposibilidad económica para afrontarlos.

En consecuencia, en lo que atañe al referido punto, propongo al Acuerdo la modificación de la sentencia y la inclusión expresa de tal rubro en especie.

En cuanto al recurso del demandado, su pretensión de que la suma fijada en autos es debida desde que quede firme el respectivo resolutorio, es claramente improcedente.

El pronunciamiento recaído, hizo lugar -fs.406 vta./7- al aumento de cuota alimentaria incoado (ver fs. 27 y 31 vta. punto II) y expresamente el art. 647 del CPCC, prevé que la nueva cantidad que se fije, *"...rige desde la interposición del pedido."*

Sentado ello, lo que considero que ha sido erróneamente establecido en sentencia, es la fecha de la referida interposición, que el A-quo estableció el 7/12/2010.

En dicha oportunidad se efectuó la presentación de solicitud de trámite de fijación de alimentos (fs. 2/4) y la causa quedó sin instar -luego de señalarse audiencia en la etapa previa para el 21/2/2011 (fs.12/4)- porque los alimentos sobre los que versaba, es decir el objeto del juicio, se acordó en los autos "Molinatto Gustavo Ruben c/ Folno Flavia Lorena s/ Determinación de alimentos", expte. N°1248 (*17/5/2011*).

A fs. 16 -*17/11/2014*- se presentó la actora con nuevo patrocinio solicitando la desparalización de las actuaciones y a fs. 20 -*9/2/2015*-, peticionó fijación de audiencia y pase a la Sra. Consejera de Familia. Celebrado el acto, no habiendo las partes arribado a acuerdo, la funcionaria eleva la causa para la clausura de la Etapa Previa, señalando que el demandado mantuvo su postura de no modificar la cuota homologada en los autos N°1248. El Magistrado ordenó recaratular la presente como incidente de aumento de cuota alimentaria (fs. 31 vta. punto II), dio por concluída la Etapa Previa y dispuso la radicación de las actuaciones por ante el Juzgado (art. 837 CPCC), indicando que quedaba al accionante expedita la vía incidental correspondiente (arts. 647, 175 y sgts. del CPCC). Se allega demanda el 10/9/2015 y a fs. 72 se tiene por agregada, corriéndose traslado a la contraparte. La actora allí expuso que la cuota homologada era insuficiente para cubrir las necesidades de los menores y no se condecía con la capacidad económica del accionado, acogiéndose luego la pretensión de aumento, en el fallo en recurso.

Pero claramente, si la cuota que se accede incrementar, se fijó en fecha 17/5/2011 (fs. 403 punto V), nunca el aumento respectivo podrá imponerse retroactivamente a una fecha anterior a la misma -7/12/2010-, como se decide en la sentencia apelada.

Entiendo que en autos, el momento de interposición a computar en los términos del art. 647 del ritual, es aquél en el que se peticiona el reinicio de la Etapa Previa, esto es el 9/2/2015 (fs. 20), a lo que da curso el Sr. Juez a fs. 21, encauzando el procedimiento como petición de aumento y ordenando recaratular, con indicación del trámite correspondiente (fs. 31 vta).

En dicho orden considero, tal como tiene dicho el Superior Tribunal provincial, *"...que la etapa previa reglada en procedimiento familiar es de carácter jurisdiccional, ya que se sustancia ante el Consejero de Familia y aparece implementada en un verdadero proceso cuya dirección corresponde al Juez del trámite (confr. Ac.107931 del 16/2/2011)."* (este Tribunal causa N° 1364 RSI 148 del 3/7/2012).

En la especie, esa instancia ya judicial que integra el trámite correspondiente al pedido marcando su inicio a los fines del art. 647 últ. párr. del CPCC, es la incoada el *9/2/2015* y no la presentación de fecha *7/12/2010* sobre fijación de alimentos, cuyo tránsito por la etapa previa se interrumpió al resultar establecidos en otro expediente, para mutar -al reiniciarse en la antes aludida fecha 9/2/2015-, a la pretensión de aumento de cuota decidida en autos.

Respecto de la fijación de cuota suplementaria, diferida en sentencia hasta la oportunidad en que obre liquidación, aspecto del fallo con el que se disconforma el apelante, se ajusta a derecho el decisorio por cuanto corresponde a los alimentos devengados durante la tramitación del proceso (art. 642 del CPCC) y tal como destaca la Sra. Asesora de Incapaces a fs. 443, es ajena a la demora o incumplimiento en que pudiere haber incurrido o no el obligado. Está destinada a facilitar la cancelación de la deuda por las cuotas o porción de las mismas según el caso, que se hubieren acumulado en el transcurso del juicio, justamente por la retroactividad que la ley impone (confr. arts. 548 C.C.C. y 641 y 647 del CPCC).

En consecuencia propongo al Acuerdo, acoger parcialmente la apelación deducida por el accionado y en su mérito modificar únicamente la fecha en la que se tiene por interpuesto el pedido de aumento de cuota alimentaria a los efectos retroactivos que prevé la ley, en los términos expuestos en estos considerandos.

Las costas se imponen al alimentante, no obstante que su pretensión prosperara en parte por cuanto reiteradamente se ha dicho desde aquí, que tal es el principio aplicable en la materia pues de lo contrario se desvirtuaría la esencia de la prestación, al gravarse cuotas cuya percepción se presume como una necesidad de subsistencia (confr. causas C-6376, RSD 36/08; Nº 735/10 RSD 11/11; Nº 1571/12 RSD 51/13; Nº 2020 RSI 39/14; N° 2253 RSD31/2015).

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

VOTO POR LA NEGATIVA.

A la misma cuestión el señor Juez Roberto Degleue por análogos fundamentos votó en el mismo sentido.-

A la segunda cuestión la señora Jueza Graciela Scaraffia dijo: De conformidad al resultado habido al tratarse la cuestión precedente, estimo que el pronunciamiento que corresponde dictar es:

Hacer lugar al recurso interpuesto por la actora y en su mérito modificar la sentencia apelada, disponiendo que a la cuota allí establecida a cargo del demandado en una suma de dinero a depositar y en especie el costo de la cuota del colegio al que concurren los alimentados, se debe adunar el pago en especie de su afiliación a obra social o prepaga (arts. 659 y ccs. del C.C.C.).

Hacer lugar parcialmente al recurso deducido por el demandado y en consecuencia modificar la sentencia apelada en cuanto establece que la cuota alimentaria rige a partir de la fecha de interposición de la solicitud de trámite -7/12/2010-, disponiendo que tiénese como fecha de interposición del pedido de aumento de cuota decidido en sentencia, el 9/2/2015, a los efectos retroactivos que impone la ley (arts. 647 y ccs. del CPCC; art. 548 del C.C.C.).

Costas al alimentante (arts. 68 y ccs. del CPCC).

**ASI LO VOTO**.

A la misma cuestión el señor Juez Roberto Degleue por análogos fundamentos votó en el mismo sentido.-

Con lo que terminó el presente Acuerdo, dictándose la siguiente

**S E N T E N C I A**

Ha lugar al recurso interpuesto por la actora y en su mérito se modifica la sentencia apelada, disponiendo que a la cuota allí establecida a cargo del demandado en una suma de dinero a depositar y en especie el costo de la cuota del colegio al que concurren los alimentados, se debe adunar el pago en especie de su afiliación a obra social o prepaga (arts. 659 y ccs. del C.C.C.).

Se hace lugar parcialmente al recurso deducido por el demandado y en consecuencia modifícase la sentencia apelada en cuanto establece que la cuota alimentaria rige a partir de la fecha de interposición de la solicitud de trámite -7/12/2010-, disponiendo que tiénese como fecha de interposición del pedido de aumento de cuota decidido en sentencia, el 9/2/2015, a los efectos retroactivos que impone la ley (arts. 647 y ccs. del CPCC; art. 548 del C.C.C.).

Costas al alimentante (arts. 68 y ccs. del CPCC).

Regístrese. Notifíquese. Devuélvase.-

Graciela Scaraffia

Presidenta

Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial

Dpto. Judicial Pergamino

Roberto Manuel Degleue

 Juez

Ana María ALBORNOZ

Secretaria