En la ciudad de General Roca, a los 17 días de septiembre de 2012. Habiéndose reunido en Acuerdo los Sres.Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Rio Negro, con asiento en ésta ciudad, para dictar sentencia en los autos caratulados: "CONTRERAS ELENA RAQUEL C/ FUENTEALBA MARCELO PEDRO S/ ALIMENTOS" (Expte.n°20818-CA-11), venidos del Juzgado de Familia nro.ONCE, previa discusión de la temática del fallo a dictar, procedieron a votar en el orden de sorteo practicado, transcribiéndose a continuación lo que expresaron:

CONSIDERANDO:Que contra la sentencia que hace lugar en su mayor extensión a la demanda por alimentos interpuesta por la Sra. Elena Raquel Contreras, en representación de sus hijos menores, contra el Sr. Marcelo Pedro Fuentealba, condenando al pago de una cuota mensual del 30% de los ingresos de éste, con costas, se alza el mismo interponiendo recurso de apelación y acompañando memorial de agravios a fs. 127/129, que merecieron el responde de la contraria a fs. 133/vta.-

En sus agravios el demandado expone en primer lugar que se encuentra acreditado y reconocido por la actora que el apelante ejerce un amplio régimen de visitas y que entonces la madre no tiene la carga de manutención de sus hijos durante los 30 días al mes. Que conforme las testimoniales ofrecidas por la actora quedó probado que los chicos realizan actividades deportivas y culturales que no podrían ser solventadas con la suma que la propia actora reconoce percibir. Que entonces lo agravia el elevado porcentual fijado, solicitando que el mismo sea establecido al 20%.

En segundo término manifiesta que el a quo ha resuelto contrario a derecho al no hacer distinción alguna entre sumas remunerativas y no remunerativas, afectando gravemente los ingresos del accionado. Ello al fijar en forma genérica sobre un 30 % pero sin delimitar sobre que parte de los ingresos. Que el apelante entiende que en la fijación de alimento no debe incluirse el rubro “viandas”, ya que el mismo no posee carácter remunerativo y constituye una prestación alimentaria diaria del trabajador, en especie. Que la actora en su demanda no realizó distinción sobre sumas remunerativas y no remunerativas, en objetiva contraposición con el formalismo de la ley ritual. Y que resolver sin distinción entre rubros que tienen causa fuente y finalidad diferente, es contrario a derecho y viola el principio de congruencia.

1.- Pasando a considerar los agravios vertidos, el demandado no contestó la demanda, ni concurrió a las dos audiencias fijadas oportunamente en autos. No controvirtió en consecuencia, el hecho que los hijos vivieran en forma permanente con la madre. Ello

no fue motivo de contradicción y por tanto no integró la litis. El Juez no pudo expedirse sobre el mismo atento el deber de congruencia al que se encuentra sometido (art.163 inc. 6 y 34 inc. 4 CPC) y tampoco podrá hacerlo esta cámara. En todo caso deberá plantear la cuestión en la instancia de grado por la vía correspondiente (incidente de reducción de alimentos). Mas no obstante la imposibilidad revisora, cabe señalar que el régimen amplio de visitas no significa que conviva algún día con el padre. Y tampoco podemos sostener que las actividades deportivas que realizan los niños, sean abonadas por el padre, ya que en su particular punto de vista su importe no puede ser cubierto con lo que la madre dice percibir por su actividad como empleada de comercio.

2.- En cuanto al cuestionamiento por la inclusión del rubro “vianda”, cabe reconocer que es un tema discutido en la jurisprudencia. La Cámara de Apelaciones de Cipolletti, entre otros pronunciamientos y con voto de los Dres. Albrieu, Pozo y Douglas Price, en la sentencia de fecha 24-02-2012 en el expediente 1924-SC-11, se inclina por la inclusión de tal rubro trayendo a colación distintos fallos, aunque corresponde advertir que algunos no hacen directa referencia al concepto “vianda”, sino, en forma genérica, al modo en que ha de interpretarse “ingresos del alimentante”. En dicho precedente por otra parte, expresamente se había fijado en la instancia de grado que el porcentual -que además era mayor al que aquí nos ocupa- contemplaba todos los ingresos “descontados únicamente los descuentos de ley” y la discusión se produjo luego de la firmeza de la sentencia y en oportunidad de impugnarse una liquidación. Va de suyo entonces que la labor de la alzada en tal caso era interpretar el alcance de una sentencia que ya había pasado en autoridad de cosa juzgada. Aquí por el contrario, la sentencia no llega a ese nivel de precisión pues refiere simplemente a ingresos y se apela tempestivamente la misma, en el recurso cuyo trámite precisamente nos ocupa.

En nuestra región en una posición distinta y que se comparte, se expresó la Sala II de la Cámara de Apelaciones de Neuquén con voto del Dr. Gigena Basombrío y Osti de Esquivel (sentencia N° 103/10 del 30-03-2010), y aunque luego cambiara el criterio la mencionada en segundo término (sentencia N° 307/09 del 01-12-2009), en fallos más recientes como el N° 108/12 de abril de este año, con votos de Gigena Basombrío y Clerici, vuelve a expresarse en sentido similar al del fallo de la sala E de la Cámara Nacional que transcribe “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), en el mismo sentido esta Sala in re "Ramírez M. A. c/ Martínez M. A. s/ inc. cuota al. (Inc. 36389/8). En consecuencia, deberá revocarse la resolución apelada en cuanto decide incluir los rubros "viandas", disponiéndose que los mismos deberán excluirse en la base de cálculo para determinar la cuota alimentaria"(http://200.41.231.85/cmoext.nsf/ 95735d27a3 a5c4b5802568a9004df016/b76b6230ef5109b2032578a9004e64b9?OpenDocument).

También la otra Sala de la Cámara de Apelaciones de Neuquén en reciente pronunciamiento del 13-03-2012, reafirma la línea argumental que sostengo incluso en una situación que podría ser más discutible ya que se acreditó que el alimentante era provisto de comida por la propia empresa además de percibir el rubro "vianda". En tal sentencia, tras reiterar el criterio de la Sala E de la Cámara Nacional transcripto, agrega que "corresponde revocar la sentencia que determinó que el rubro "viandas" que percibe el alimentante debe integrar la base de cálculo para el porcentaje de la cuota alimentaria, por cuanto el alimentante trabaja en turnos rotativos en un yacimiento que se encuentra alejado de la ciudad y si bien en los horarios de trabajo la empresa le proporciona la comida, por lo que no debe efectuar erogaciones en tal sentido, en los momentos en que no se encuentra cumpliendo su turno, destina el rubro "viandas" a procurarse su alimentación en esa localidad" (http: //www.rubinzalonline.com.ar/index.php ?m=jurisprudencia & c=jurisprudencia&a=get&id=1126937).

Esta misma cámara que ahora conformamos en sentencia N° 65 de fecha 19-07-2005 en el expediente CA-17363 cita el mentado precedente de la Cámara Nacional y enfatiza que no debe incluirse el rubro viáticos como ingreso a los efectos de la determinación de la cuota alimentaria y, en sentencia más reciente del 29-09-2011 dictada en el expediente CA-20330, aunque de un modo no tan claro porque finalmente le indica a quien reclama los alimentos que si su intención es que los viáticos se computen que plantee la cuestión por la vía que estima pertinente, sostiene que los mismos no integran la remuneración. Señalo por último en esta línea de citas, que la sala C de la Cámara Nacional también se ha expresado en un sentido concordante sosteniendo que en el cálculo de la cuota alimentaria no deben computarse los viáticos, pues se presumen consumidos y no son estrictamente remuneraciones, sino gastos de la empresa. (Cám.

Nac. Civ., sala C, 8-4-97, L. L. 1997-E-675, fallo 96.158).

Se considera que a los efectos que aquí tratamos la cuestión no debe resolverse a partir de examinar si el ítem que percibe el trabajador es o no remunerativo. Ello es un asunto distinto que se vincula con lo laboral, tributario y previsional, cuya aplicación en materia alimentaria puede llevar a decisiones injustas. No se desconoce que muchas veces rubros tales como vianda y viáticos son utilizados como vías para elevar el salario permitiendo indebidos ahorros en las obligaciones que frente al fisco tienen por los conceptos remunerativos no solo la patronal sino hasta los mismos trabajadores; pero ello no puede verse como una regla, sino como una excepción cuya prueba debe recaer en quien niega el destino y justificación que le asigna la ley a tales rubros.

El trabajador que debe alejarse de su vivienda o que no puede dormir o comer en su hogar, incuestionablemente merece un reconocimiento por los mayores gastos que ello supone. Gastos en hoteles, comidas en restaurantes, adquisición de viandas, etcétera, que obviamente tienen un costo extra que es cubierto por estos ítems cuando la patronal no los afronta directamente. Por no suministrarle la patronal el alojamiento, comida y gastos que el trabajador transportista u otros similares tienen al tener que alejarse de sus hogares, le reconoce viáticos, vianda o asignaciones similares para que él mismo se provea. No son entonces ingresos del trabajador, sino erogaciones de la empresa que cubren costos del trabajo que no debe cubrir el trabajador y por ende no puede computarse como un ingreso a los fines de la determinación de la cuota alimentaria, excepto que las partes pacten lo contrario o que eventualmente se pruebe que exceden el destino previsto por la norma que crea el rubro.

En aval de lo que aquí sostenemos puede verse que en algunas actividades como el de los agentes diplomáticos, o trabajadores de organismos y empresas internacionales, muchas veces estos conceptos (cualquiera sea la designación que se les de) superan en monto a la retribución por el trabajo.

Se considera en consecuencia que corresponde confirmar la sentencia apelada, pero con la aclaración que a los efectos de determinar los ingresos del alimentante se descontará lo que son aportes de ley y el rubro viandas, computando por el contrario los descuentos que pudieren hacérsele por embargos o descuentos voluntarios autorizados por el alimentante. Con tal alcance se hace lugar al recurso.

En cuanto a las costas por esta instancia corresponde armonizar el principio general que sigue el resultado del proceso y el especial en materia alimentaria que procura que los alimentos no se vean disminuidos como consecuencia de las costas impuestas a quien se

vió compelido a accionar por ellos. En esa inteligencia y teniendo en cuenta que este último principio no debiera permitir abusos como el que incurriría quien discute sobre un tema en que la Cámara ya se ha expedido en distintos fallos en un sentido contrario, es que si bien se mantienen las costas de primera instancia en su totalidad a cargo de la demandada, las de segunda instancia se establecen en un 40% a cargo de la actora y un 60% a cargo de la demandada. En cuanto a los honorarios, no obstante que lo cuestionado por el recurso no fue la totalidad de la cuota alimentaria, teniendo en cuenta el diferimiento hecho en la sentencia de primera instancia, corresponderá regular recién luego de establecidos estos.

Todo ello y en mérito al Acuerdo que antecede, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería, ASI LO RESUELVE.-

Regístrese y vuelvan.-

GUSTAVO A.MARTINEZ DIEGO BROGGINI
PRESIDENTE JUEZ DE CAMARA

CARLOS LARROULET
JUEZ DE CAMARA
(EN ABSTENCION)

Ante mí:
GUSTAVO BAGLI
SECRETARIO SUB.
L