



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

C 117566 "S. A. I.
contra P. J.. Alimentos"

Suprema Corte de Justicia:

I. El Tribunal de Familia número dos del Departamento Judicial de Mar del Plata en fecha 7 de marzo de 2012 confirmó la resolución de la juez de trámite que resolvió hacer lugar a la demanda de alimentos promovida por A.S. en representación de su hija menor de edad M.P. y fijo una cuota alimentaria mensual equivalente a la suma de pesos de mil quinientos (\$1500) más el aporte en especie de la obra social (fs. 1134/1138 y vta y fs.1158/66 y vta)

Contra dicho resolutorio se alza la Sra. S. en representación de su hija menor de edad a través del Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de ley obrante a fs. 1171/1183 y vta. que a continuación paso a examinar.

II. Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley.

Liminarmente denuncia la quejosa errónea aplicación de la ley o doctrina legal de esa Corte y absurdo en la apreciación de la prueba (fs. 1171 y ccs.)

En particular alega errónea aplicación del derecho constitucional a la igualdad (arts. 11 Const. Pcial. y 16 CN), a la defensa en juicio (arts. 18 CN y 8 CADH), a los derechos especiales de los niños previstos en los artículos 3, 9 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño incorporada a nuestro texto constitucional a través del artículo 75 inc. 22; en el artículo 36 y concordantes de la Constitución Provincial; en los artículos 3, 7 y 27 de la ley 26061; en los 265, 267 y 1277 Código Civil y

diversas disposiciones de la ley 13298 (fs.1171 y vta.; 1179 y vta.; 1180 y vta. y 1182 y vta.),

Denuncia concretamente la absurda valoración de la prueba producida en autos al descartar el rubro “vivienda” expresamente demandado pese a encontrarse probados todos los extremos que hacen a su procedencia (fs. 1172). Es decir, “...la parte actora demandó además el aporte en especie de la Obra Social Galeno y el aporte en especie de vivienda en el inmueble de XXX de la Ciudad de Mar del Plata. Respecto de estos aportes el fallo en crisis concede sólo uno -la obra social- e insólitamente descarta y rechaza el otro -la vivienda- sin que existan argumentos o fundamentos para efectuar semejante discriminación” (fs.1172 vta.).

En efecto se agravia al considerar que la sentencia decide dogmáticamente rechazar el llamado “aporte de vivienda” también en especie sin traducirlo ni compensarlo con una prestación de dinero análoga y suficiente para cubrir este rubro. Es decir, la sentencia que había acogido por ejemplo la continuidad del seguro médico de Galeno y así lo condenó expresamente decide luego rechazar lisa y llanamente la prestación alimentaria de vivienda sin sustituir por una suma de dinero esa prestación que se venía dando en el pasado. Se produce de este modo, paradójicamente, una pingüe ganancia para el padre, que pasaría de este modo a arreglar sus obligaciones alimentarias con muchísimo menos dinero, o al menos con muchísimo menos esfuerzo económico del que venía haciendo”. Ello en tanto el accionado prestaba una parte de los alimentos en especie (a través del inmueble donde la menor habita) y “...de buenas a primeras logra inesperadamente recuperar ese bien con el que prestaba parte de los alimentos, y lo que es peor, pretende hacerlo sin ninguna compensación”(fs. 1173 y vta).

En virtud de ello considera acreditado el vicio del



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

absurdo en tanto la sentencia considera probados todos los extremos alegados por la actora, pero rechaza el rubro principal sin ningún tipo de fundamento” (fs. 1173 vta.)

A mayor abundamiento alega que “...no puede entenderse que el monto condenado en dinero fuera suficiente para cubrir los demás montos peticionados y la vivienda puesto que se ha probado que sólo la escolaridad de la niña y su vestuario se lleva ya la suma de mil quinientos pedida. Si la prueba producida por esta parte alcanza para justificar los rubros demandados por vestuario y alimentación, no se puede entender como podría estirarse hasta cubrir un rubro tan oneroso como la vivienda. El Tribunal que dice encontrar reparos (harto discutibles) en condenar al demandado a prestar en especie el rubro vivienda, contaba en autos con elementos más que suficientes para saber cuánto representaba en dinero ese rubro que el Sr. P. había decidido dejar de prestar con su pretensión de recobrar el uso del inmueble” (fs.1174) . En tal sentido, insiste en que si el Tribunal no quería hacer lugar al rubro vivienda en especie tal como fuera demandado, debió considerar cómo iba a suplir el padre ese aporte en caso de modificarse el *statu quo* de la vivienda de la menor “ (fs. 1174 vta)

Incluso agrega que “ Este vicio queda probado con el texto mismo de la sentencia que por una lado tiene acreditadas las necesidades de la menor y la solvencia económica del padre y absurdamente realiza una operación intelectual defectuosa al derivar de esa plenitud probatoria una conclusión increíble como lo es el rechazo del rubro económicamente más importante” (fs.1175)

La quejosa pone énfasis en destacar que el tribunal *a quo* va aun mas lejos ya que ni siquiera elige “degradar” la vivienda de M. a una de menores comodidades, sino que lisa y llanamente decide que el rubro vivienda puede y debe ser directamente suprimido (...) El fallo

recurrido contradice las constancias de autos y resulta en sí mismo incongruente en su decisión con la ponderación de la prueba que el mismo fallo efectúa. Y así, la prueba producida respecto de la solvencia del demandado ha sido acogida por la sentencia sin ningún tipo de recorte. Estos defectos vician la sentencia dando procedencia al presente remedio extraordinario que por ende puede y debe ser considerado procedente” (fs. 1176 y vta).

En esta línea insiste en señalar que “desestimar el rubro vivienda en especie sin compensarlo en dinero en modo alguno, la sentencia no sólo rechaza dogmáticamente y sin fundamento alguno gran parte de los demanda sino que otorga al padre de la niña un inesperado e ilícito enriquecimiento. La sentencia que estamos cuestionando beneficia notoriamente al demandado en el aspecto económico. Y esto que desde el cese de la convivencia parental y la interposición de demanda de alimentos la obligación en efectivo debida quedo acreditada en la suma de pesos 1500 que el demandado debe con más los intereses fijados. A esa suma otrora se adicionaba la prestación de la vivienda de la niña, que el demandado cubría y cubre sin tener que sacar dinero de su bolsillo sino solamente permitiendo que su hija habite en una vivienda de su propiedad tal como en su momento considero adecuado” (fs. 1176 vta.)

En tal sentido advierte que el demandado en oportunidad de contestar demanda no desconoce la pertinencia del rubor “vivienda” sino que sólo la considera excesiva ofreciendo la locación de una vivienda más modesta, o sólo la parte proporcional a la menor” (fs. 1177).

En suma alega que “mantener el fallo recurrido significa consentir la victoria apabullante del dominio, también llamado plena *in re potestas* por sobre la moderna interpretación del derecho-deber de la patria potestad acogida por nuestra Constitución Nacional (...) La sentencia acepta y da su bendición a la mezquina postura del padre en este conflicto



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

poniendo el derecho a la libre disposición de una propiedad del padre claramente por sobre los legítimos intereses de la menor...” (fs. 1177vta)

Esta toma de partido del Tribunal *a quo*, es muy poco afortunada en el terreno axiológico haciéndose eco de las ambiciones del propietario de un bien de obtener un lucro y prefiriéndolas al derecho de las menores a la vivienda garantizado por la Constitución...” (fs. 1177 vta.)

Concluye que “al no haberse contemplado todas esas circunstancias probadas y acreditadas en autos el Tribunal *a quo* ha dictado una sentencia absurda en la que los considerandos se llevan de patadas con la parte resolutive que suprime un rubro demandado de un plumazo y sin ningún fundamento legal” (fs. 1178Vta.)

Y se queja al sostener que “increíblemente la sentencia recurrida ha logrado la triste hazaña de empeorar la situación de la menor de un modo ostensible” (fs. 1178 vta).

Por otra parte se quejan respecto de la inaplicabilidad a la especie del artículo 1277 del Código Civil. En efecto se agravian por considerar que resulta inconstitucional la interpretación esgrimida por el Tribunal en orden a considerar que el artículo 1277 únicamente protege a los hijos frutos de uniones matrimoniales – en clara discriminación de los hijos extramatrimoniales-. Asimismo señalan el yerro del Tribunal al esgrimir como inaplicable la norma a los hechos de autos sobre la base de entender que la propiedad inmueble en la que habita la menor M. resulta propiedad del accionado únicamente en un 50% - correspondiendo la titularidad del 50% restante a la ex esposa del Sr. P.-, cuando en rigor, sostiene, que de la prueba acreditada en autos a fs. 2 y 3 se desprende que la titularidad corresponde exclusivamente – en su totalidad- al accionado en autos (fs.1179 y vta.)

Por último se queja al considerar que la

sentencia en crisis evidencia una errónea aplicación del principio rector del interés superior del niño al desplazar –al punto de desatender- las necesidades de la niña M. en pos de la protección de los intereses patrimoniales del accionado (fs. 1180/2)

En virtud de lo expuesto es que solicita que se modifique la resolución recurrida, se adecúe el monto alimentario debido hasta cubrir las necesidades de la menor, es decir, incluyendo la prestación de vivienda en especie o sustituyéndola por una suma de dinero que le permita la locación de una vivienda similar a la ocupada hasta el momento “ (fs. 1178 vta.)

III. El recurso en mi opinión debe prosperar.

Sabido es que la determinación de la capacidad económica del alimentante y el monto fijado por la cuota alimentaria constituyen una típica cuestión de hecho cuya apreciación está reservada en principio a los jueces de grado, salvo que se denuncie y demuestre la existencia de una causal caracterizante de la doctrina del absurdo en la valoración de la prueba (art. 384 del C.P.C.C.) -es decir "el desvío notorio, patente o palmario de las leyes de la lógica o grosera desinterpretación material de alguna prueba (C. 98.600, sent. del 25-II-2009, C. 103.982, sent. del 11-XI-2009).”(SCBA, Rc 112 477, sent. del 2-3-2011).

En virtud de ello y de conformidad con los agravios traídos se advierte que la cuestión se centra, en definitiva, en el examen sobre la configuración o no del vicio de absurdidad endilgado. En tal sentido adelanto mi opinión según la cual en la especie el absurdo ha quedado demostrado.

Pues, sin perjuicio de las normas constitucionales (artículos 25 de la D.U.D.H.; 11.2 del P.I.D.E.S.C.; 26 de la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

C.A.D.H. y 34 de la Carta de la OEA; 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, enunciados en el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional; 14 bis de la Constitución Nacional y 36 de la Constitución de la Provincia) y civiles protectorias de la vivienda como derecho autónomo de los niños (art. 1277 C.C.-más allá de su cuestionable aplicación al caso de autos-), no cabe duda de que la vivienda constituye uno de los rubros que indispensablemente integra la cuota alimentaria a cargo del alimentante (arts. 264 y 267 CC).

En efecto la sentencia asume tal circunstancia al señalar que “...analizadas las constancias de autos, cabe a la suscripta considerar que debe desecharse la pretensión de la parte actora pues a través de la cuota alimentaria fijada al alimentante, y aun con la necesaria contribución del otro progenitor, puede procurarse una vivienda que al alimentado le permita vivir con dignidad, junto al progenitor que tiene la guarda, en el supuesto en que esta última no decida habitar en el inmueble de su propiedad sujeto al régimen del bien de familia de la ley 14394” (fs.1165).

Sin embargo – y he aquí el *quid* de la cuestión a examinar- del análisis del decisorio cuestionado no surgen las pautas tenidas en cuenta para fundar el monto de la cuota que la quejosa impugna como insuficiente para satisfacer los rubros reclamados comprendiendo el de vivienda de la menor M.

En otras palabras, la sentencia omite explicitar de qué modo la suma de pesos mil quinientos (\$1500) permite satisfacer la totalidad de los rubros alimentarios reclamados para satisfacer las necesidades de M. incluida la vivienda de conformidad con el nivel económico de los progenitores. Es decir, omite puntualizar en concreto de qué modo los ejes sobre los que se estructura la determinación de la cuota alimentaria de los hijos menores de edad – es decir, las necesidades de la niña – y su equivalente en dinero-, por un lado, y los ingresos aproximados

del progenitor no conviviente, o, en su defecto, una referencia concreta al nivel de vida, por el otro– justifican el *quantum* establecido.

Resulta sabido que la responsabilidad de proveer lo necesario para la crianza y el cuidado de los hijos debe reconocerse conjuntamente a ambos padres, y que los niños tienen derecho a vivir conforme el nivel de vida de éstos. Sin embargo, resulta una regla unánimamente aceptada en doctrina y jurisprudencia que en los casos, como el de autos, en que la tenencia se encuentra atribuida unipersonalmente a uno de lo progenitores, corresponde asumir que éste efectúa un aporte significativo en especie que justifica que los aportes económicos que corresponda realizar para atender a las necesidades de los hijos recaigan mayormente en cabeza del progenitor no conviviente (fs.1161 y vta. y1162), siempre que no se demuestre que éste no se encuentra en condiciones de poder afrontarlos.

Sin embargo tampoco surge de la sentencia criticada de qué modo la cuota alimentaria fijada en dinero -comprensiva de todos los rubros, incluso el de vivienda-, resulta acorde con el nivel económico del accionado y respeta el principio que establece el mayor aporte en cabeza del progenitor no conviviente, al prescindir –como vengo señalando– de la valoración en concreto de los parámetros esenciales para que la determinación de una cuota alimentaria no resulte arbitraria: las necesidades particulares de la niña y la adecuada valoración de las pruebas sobre las posibilidades económicas del alimentante.

Esta omisión esencial se agrava, en mi opinión, si se advierte que la sentencia admite como premisa el buen nivel de vida del accionado – como parece desprenderse de los elementos tenidos en cuenta por los jueces en pos de de determinar el nivel de ingresos del obligado a fs. 1162 y vta. (vgr. el nivel de gastos, la cantidad de bienes inmuebles y bienes muebles registrables de su propiedad, etc.) y como fuera afirmado previamente por la Sra Juez de trámite (fs1136 vta.)-. Pues ello



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

hubiera exigido *a fortiori* una mayor fundamentación respecto del modo en que la cuota establecida refleja adecuadamente en los hechos los principios aplicables a la materia de conformidad con el más elevado estándar que implica asumir el buen nivel de vida del obligado como punto de partida.-

Al respecto cabe recordar que “Al alimentante corresponde probar sus ingresos sino quiere caer en presunciones, por lo que no cabe otra alternativa que admitir la prueba indiciaria para determinar el *quantum* de la cuota alimentaria (Cám. Nac. Civ. Sala F, 30/11/87, R.32.228 citado en **Bossert, Gustavo**, *Régimen Jurídico de los Alimentos*, Buenos Aires, Astrea, 2da edición, 2006 p.501).

A mayor abundamiento diré que en mi opinión el absurdo se evidencia en la circunstancia destacada por la actora relativa al empeoramiento de la situación de la niña M. respecto del fallo originalmente apelado.

Ello pues la sentencia obrante a fs.1134/8 y vta. que fijó el *quantum* de la cuota alimentaria en la suma de pesos mil quinientos (\$1500) con más el aporte en especie de la obra social y guardó silencio respecto del rubro vivienda que fuera autónomamente reclamado. Incluso la referencia obrante en el decisorio respecto de las medidas cautelares seguidas entre las mismas partes en las que se estableció la prohibición de innovar respecto de la situación de hecho y de derecho de la vivienda en la que habita M. evidencia la consideración autónoma reconocida a la vivienda como rubro integrante de la cuota alimentaria.

En virtud de ello resulta posible afirmar que hasta la sentencia que aquí se cuestiona la niña gozaba del derecho a una suma de alimentos equivalente a pesos mil quinientos con más la obra social que el obligado aportaba en especie y el derecho a habitar – aunque con carácter cautelar- en la vivienda propiedad del Sr P. (fs. 668/79 y vta. e informe actualizado remitido por la Sra. Asesora de Incapaces que se acompañe al presente dictamen).

En ese sentido adviértase el dictamen favorable de la Sra. Asesora de Menores respecto de la solicitud de la autorización para que la niña continúe habitando el hogar en el que había vivido hasta la separación de sus padres, propiedad del Sr. P. (fs. 654 y 1133) y la circunstancia de que el propio accionado en oportunidad de contestar demanda reconoció la posibilidad de efectuar aportes en dinero para cubrir la necesidad habitacional de su niña, rechazando el reclamo en especie reclamado por la actora.

Sin embargo, y como vimos precedentemente, este escenario se altera sustancialmente en perjuicio de la niña M. en la sentencia que aquí se cuestiona toda vez que en ésta no sólo se resolvió rechazar el reclamo de vivienda en especie sino, y he aquí -en mi opinión- la configuración del absurdo, se concluyó que la suma de dinero que se encontraba establecida en la instancia anterior sumada a las contribuciones del otro progenitor (o sea de la actora) resultaba suficiente para cubrir la totalidad de los rubros, incluido el de vivienda de la niña.

Es decir, se advierte, en consecuencia, que la firmeza de la sentencia impugnada implicaría en los hechos una drástica disminución del monto de la cuota alimentaria impugnada en tanto el decisorio concluye que debe mantenerse el *quantum* de la cuota establecida en la instancia de origen añadiendo expresamente que ésta resulta comprensiva del rubro destinado a garantizar la vivienda de la niña – y su mantenimiento – de acuerdo con el alto nivel de vida del obligado. O sea, la sentencia en crisis conlleva una notoria disminución –sino el aniquilamiento– de la suma de dinero establecida en la instancia de origen para asegurar las necesidades materiales de M. con independencia del rubro vivienda – que hasta la actualidad (vgr. educación, alimento, vestimenta, esparcimiento, etc.) de conformidad con el nivel de vida de su padres.

Este déficit en la labor hermenéutica desplegada se robustece en mi opinión al equiparar la situación de ambos progenitores



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

en relación con la obligación de asegurarle vivienda a su hija, sin referir a los aportes en especie que realiza la actora al convivir y contribuir al cuidado de la niña de modo cotidiano en virtud de ejercer la guarda de M. en oportunidad de establecer el *quantum* de la cuota alimentaria a cargo del accionado, a quien correspondería efectuar un aporte económico significativamente mayor para la satisfacción de las necesidades materiales de su hija – entre los que se destaca el monto previsto para la satisfacción del rubro vivienda–, excepto que se encuentre acreditada su imposibilidad económica para dar cumplimiento con ello, circunstancia que no fuera invocada ni demostrada en estos autos.

En síntesis, si bien se afirma en el decisorio impugnado que “...a través de la cuota fijada al alimentante y aun con la necesaria contribución del otro progenitor puede procurarse una vivienda que al alimentado le permita vivir con dignidad...” (fs. 1165), no se explicita -insisto- de qué modo la suma de dinero fijada reconoce la posibilidad concreta de afrontar la satisfacción del alquiler de una vivienda además de los demás rubros que integran la cuota alimentaria, en la medida en que ello pesa sobre el accionado y de acuerdo con su nivel económico máxime cuando -me permito insistir- de los elementos de juicio obrantes cabe presumir su holgado nivel de vida (fs. 1162y vta y ccs).

En ese sentido señala Bossert que “..Deberá, entonces, calcularse, al establecer la cuota, el monto necesario para abonar un alquiler de acuerdo con el nivel económico, social y cultural de las partes. Este rubro, a satisfacer por el alimentante, implica que también ha de proveer el monto necesario para el pago de las expensas comunes si se trata de un departamento en propiedad horizontal, así como el pago de los impuestos con los que debe cargar el locatario” (**Bossert.**, op.cit., p.499 y 500)

En la misma línea se ha sostenido que la vivienda “... puede ser satisfecha en forma parcial, directa y en especie por el alimentante, si éste proporciona al menor una vivienda de su propiedad o un

inmueble ganancial que le pertenece juntamente con el otro progenitor. Asimismo, por haberse retirado el progenitor alimentante del inmueble que fue asiento del hogar conyugal, y quedara habitando dicho inmueble el hijo menor de edad junto al otro progenitor. (...) Pero si la vivienda no es proporcionada en forma directa por el alimentante a su hijo menor, *la cuota alimentaria deberá contemplar el pago del alquiler de una vivienda de características similares a la que habitaba la familia cuando se encontraba unida...*” (Belluscio Claudio, *Prestación Alimentaria. Régimen Jurídico*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2006, pp. 315-16) (Destacado propio).

Asimismo destacó que “ ..si el alimentante no proporciona la vivienda o la que ha sido asiento del hogar conyugal no ha sido cedida al cónyuge alimentado, además de los gastos mencionados a cargo del obligado, *el juez establecerá dentro del importe total de la cuota ordinaria una suma que corresponda al alquiler de un inmueble. Por otra parte cabe señalar que no incide en el cumplimiento de la obligación alimentaria referente al rubro vivienda que, tratándose de un menor, el mismo deba compartir el inmueble en que habita con el progenitor que ejerce la tenencia*” (Belluscio C., “La vivienda como parte integrante de los alimentos a los hijos de entre 18 y 21 años”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, Año IV, Número 5, Junio 2012, p.137) (destacado propio).

En suma en mi opinión el absurdo radica en la omisión de explicitar la argumentación respecto de cuál ha sido el punto de partida fáctico tenido en cuenta por los magistrados como determinante para la fijación del *quantum* de la cuota alimentaria en general –y del rubro vivienda en particular–, impidiéndose la evaluación respecto de si dicha suma responde a los principios vigentes que orientan la determinación de la cuota alimentaria de los hijos menores de edad de conformidad con las circunstancias fácticas de autos.

Por todo lo hasta aquí expuesto propicio a VE hacer lugar al Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

examinado, por resultar acreditado el absurdo invocado, y devolver los autos a la instancia de origen para que se dicte nueva sentencia teniendo en consideración las constancias señaladas en concordancia con el resto de los elementos de juicio obrantes a la luz de los principios que rigen la cuestión alimentaria de los hijos menores de edad.

Tal es mi dictamen.

La Plata, 28 de noviembre de 2013.

Firmado: Juan Ángel de Oliveira. Subprocurador General.

