Buenos Aires, 18 de junio de 2018.

Y VISTOS; Y CONSIDERANDO:

Llegan estos autos para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 95, concedido a fs. 96; y el recurso de apelación interpuesto por el demandado a fs. 97, concedido a fs. 98, contra la decisión que obra a fs. 91/94. El memorial de la actora obra agregado a fs. 99/102 y no fue contestado. A fs. 103/105 fundó su recurso el demandado y el respectivo traslado fue contestado a fs. 106/107.

I.- Cuestionó la actora el rechazo del pedido de reembolso de un tercio del contrato de alquiler del inmueble sito en Av. Olazábal xxxx de esta ciudad, que ascendería a un monto total de $ 22.094. Manifestó que la suma adeudada por el demandado surge de la obligación por él asumida en el acuerdo original agregado a fs.

19/21 del expediente sobre “régimen de comunicación” (nº 94.338/2015), ya que en el inciso b) de la cláusula de alimentos se comprometió a abonar a partir del mes de abril de 2016 “un tercio del inmueble donde la madre reside con el menor; un tercio de las expensas y ABL de dicho inmueble”. Entiende de allí que el pago del tercio referido no implica que exclusivamente se trate de aquel ubicado en la calle Cullen xxx de esta ciudad.

Ahora bien, dicho apartado no puede ser tenido en cuenta de forma aislada, en tanto que, en el inciso a) de la misma cláusula, el accionado se comprometió a abonar hasta el mes de Abril de 2016 inclusive, de forma íntegra, el alquiler de la vivienda donde su hijo residía, puntualizando que se trataba de aquél ubicado en Cullen xxx de esta Ciudad. A ello, se suma además la aclaración posterior del inciso b) ya citado, en cuanto a que la actora pagaría los dos tercios restantes de aquel inmueble con posterioridad al mes de Abril de 2016, haciendo referencia nuevamente y en forma expresa a dicho departamento.En definitiva surge claramente que lo convenido fue siempre sobre el inmueble de la calle Cullen y no de cualquier otro, por lo que corresponde confirmar en este punto lo resuelto por el juez de grado. Robustece la solución a la cual se arriba el tiempo verbal en el cual fue redactada la cláusula (tiempo presente) y la referencia a “dicho inmueble”, lo cual despeja todo tipo de dudas de la obligación que contrajo el demandado.

Por lo demás, las razones esgrimidas por la actora para decidir la mudanza al inmueble sito Av. Olazábal -que surgirían del exp. nº 70.752/2015- resultan ineficaces, desde que el acuerdo que luce a fs. 11/13 del presente fue suscripto con posterioridad a que la actora se mudara a dicho inmueble con sus hijos (Marzo 2015) y luego de que el demandado se retirara del domicilio a pedido de aquella (ver punto 9), sin que existan nuevas denuncias que permitan corroborar el control económico alegado. De todos modos y, en su caso, la cuestión debería haberse ventilado por la vía correspondiente.

Por tales motivos este punto será confirmado por el Tribunal.

II.- En el mismo acuerdo que se menciona más arriba las partes acordaron una cuota mensual liquida de $ 4.700 hasta abril de 2016, y a partir de allí una cuota mensual de $ 4.900 que se actualizaría de acuerdo al porcentaje de aumento que sufra la cuota del Jardín al que concurra Julián.

La actora sostuvo que en virtud de las tratativas de los abogados el demandado comenzó a pagar de forma habitual sumas “extras” desde agosto de 2016 ascendiendo la cuota mensual a $ 6.000, que fue incrementada voluntariamente a partir de enero de 2017 a un total de $ 7.000.

A fs. 16/vta. la reclamante practicó liquidación por alimentos atrasados aludiendo al incumplimiento del demandado por el incremento del 30% de la cuota del jardín que reincidiría de forma directa en la suma líquida pautada por alimentos.Lo cierto es que para hacer el cálculo, tomó como cuota alimentaria la suma de $ 7.000 a la que adicionó el 30% concluyendo que la suma mensual debida es de $ 9.100.

El demandado por su parte señaló que las sumas “extras” que la actora mencionó han sido transferidas en concepto de liberalidades y no como parte del acuerdo alimentario, y que si bien ha tomado conocimiento del incremento del jardín a partir de marzo de 2017 en un 30%, la cuota que siguió transfiriendo fue la misma que aquellas que pagaba desde enero de 2017.

Es evidente que el Sr. H. ha tomado en cuenta para el incremento de la cuota alimentaria el 30% de $ 4.900 que arroja un total mensual de $ 6.370. Finalmente aclaró que la suma de $ 818,16 también correspondió a liberalidades que hizo a favor de su hijo, por lo que no adeudaría suma alguna.

Así las cosas, el magistrado de grado dispuso rechazar la liquidación practicada por la actora priorizando nuevamente el acuerdo homologado en los autos conexos nº 94.338/2015.

La apelante se agravió porque el juez a quo no tuvo en consideración que las sumas “extras” fueron transferidas con habitualidad durante nueve meses como cuota alimentaria, por lo que deben ser consideradas como un reconocimiento del demandado y sobre aquellos montos deben hacerse los incrementos pautados en el acuerdo. Por último, invocó la afectación del interés superior del niño.

La excepción al criterio del estricto cumplimiento de la prestación dineraria en materia alimentaria se ha reconocido, en principio, sólo en situaciones en las que la liquidación de la deuda comprende períodos atrasados en los que no existía aún vigente un convenio homologado o no se había dictado la sentencia que define la prestación con alcance retroactivo.En ese espacio temporal de imprecisión en el que, por lo general, el juicio de alimentos está en trámite y no existe aún una cuota ni provisoria ni definitiva establecida, se ha entendido como razonable que todas las erogaciones hechas por el alimentante que atienden rubros que deben ser cubiertos por la prestación alimentaria (como bien pueden ser el cánon locativo y las expensas del inmueble en el que residen los beneficiarios) pueden ser deducidas de la liquidación definitiva de los alimentos atrasados que corresponde hacer, luego de que éstos han sido establecidos con fuerza ejecutoria. Sin embargo, una vez que se ha fijado -por acuerdo de partes o por sentencia firme- el monto de la cuota alimentaria, no corresponde admitir que el alimentante modifique o altere unilateralmente la modalidad de pago de aquélla, por lo que se impone el rechazo de la pretensión de compensar los pagos a terceros posteriores al convenio o sentencia que la estableció, pese a que tales gastos comprendan rubros que integran el contenido de los alimentos, las que deben considerarse meras liberalidades (conf. esta Sala, 22/11/2002, “S., A.B. y otros c/ K., P. S. s/ alimentos provisorios”, R. 358.924 y CNCiv. sala H, 7/12/2005, “S., A. B. y otros c/ K., P. s/ alimentos”, R. 437.148, entre muchos otros).

Estas pautas directrices fueron mayoritariamente compartidas por otras salas del Tribunal (CNCiv. sala B, 28/6/2010, LL 2010-E, 9; CNCiv. sala K, 3/2/2003, LL 2003-E, 349 y 10/12/2002, LL 2003-A, 594; CNCiv. sala M, 28/2/2001, LL 2001-D, 121; CNCiv. sala F, 8/2/1996, AR/JUR/1616/1996; CNCiv. sala E, 9/6/1995, LL 1995-E, 202; CNCiv. sala A, 2/6/1993, AR/JUR/1481/1993; CNCiv. sala G, 7/10/1983, LL 1984-A, 231; entre muchos otros).

Por ello, una vez más, habrá de estarse a lo convenido por ambas partes a fs. 19/21 en el exp.N° 94.338/2015, debiendo en su caso la actora solicitar la modificación de la cuota alimentaria por la vía idónea.

Por tales razones dadas, esta Sala confirmará en este aspecto lo resuelto por el juez de grado en cuanto al rechazo del reembolso de las diferencias dinerarias por alimentos atrasados.

III.- Se agravió también la actora en cuanto a que el magistrado de la instancia anterior rechazó el reembolso de la cuota correspondiente a la colonia de vacaciones del mes de enero 2017 por no encontrarse contemplado dicho rubro dentro del acuerdo vigente.

En este sentido, adujo que el demandado asumió el compromiso de hacerse cargo del costo de la colonia de vacaciones en un escrito presentado en los autos principales. En este punto, este Tribunal difiere de lo resuelto por el juez a quo.

Si bien es cierto que no se encuentra estipulado en el convenio referido el pago de la colonia de vacaciones en el jardín C., no lo es menos que, a fs. 128/131 punto I), el demandado señaló – frente a la propuesta de la madre de que J. participara de la Colonia- que “en principio esta parte no tiene objeción a que J. concurra a dicha Colonia e incluso asumir el costo de la misma.” (v. fs. 128).

Luego dejó a salvo una serie de consideraciones que nada tenían que ver con la cuestión alimentaria, sino exclusivamente con el régimen de comunicación y el vínculo personal con su hijo.

En consecuencia, si bien como ha expresado el juez de grado no se ha acordado entre ambas partes quién se haría cargo del costo de la Colonia, la voluntad de que J. asistiera fue claramente expresada, así como el ofrecimiento de abonar su costo (lo cual, en la práctica, se erige como un aval de reintegro del gasto). Por lo demás, la concurrencia del niño a la Colonia de vacaciones y el costo pagado por la madre (v. comprobante de fs.1) no fueron cuestionados.

Por tal motivo corresponde aquí acceder al agravio y revocar lo resuelto por el juez de grado, obligando al demandado a reembolsar a la actora la cantidad de $ 3.575 en concepto de “Colonia de vacaciones”.

IV.- Finalmente, en cuanto al agravio del demandado por el rechazo del planteo de temeridad y malicia, este Tribunal ha sostenido en reiteradas oportunidades que en la aplicación de sanciones procesales se recomienda cautela o prudencia, a fin de que no se conviertan en un elemento que impida a los interesados hacer valer adecuadamente su derecho de defensa en juicio; de manera que, en definitiva, el criterio que preside su aplicación debe ser restrictivo.

Así, se ha sometido -con acierto- a la libre ponderación judicial la calificación de la conducta pasible de sanciones. Pero esa facultad de l ibre apreciación del obrar de las partes y sus letrados no es un poder arbitrario; los jueces tienen el deber de tomar en cuenta la conducta procesal de aquéllos según las pruebas y las circunstancias del caso para decidir si ha habido temeridad o malicia, como supuestos que determinan la aplicación de los correctivos adecuados.

En caso de duda razonable debe optarse por no aplicar sanciones, admitiendo con amplitud el ejercicio del mentado derecho de defensa.

De tal forma, sólo cabe la imposición de sanciones cuando resulte manifiesto el exceso en dicho ejercicio (CNCiv., esta sala, R. 460.018 del 8/9/06, entre muchos otros).

Considera esta Sala que de los antecedentes de autos no surgen elementos objetivos que permitan imputar a la actora un obrar abusivo en el ejercicio de su derecho sino que, por el contrario, la conducta procesal asumida se corresponde con lo que puede resultar ajustado dentro del contexto controversial de un conflicto judicial como el de autos.Por ello, se confirmará el rechazo del a quo al pedido de sanciones.

V.- Debido a las particularidades de la cuestión y a la forma en que se resuelve, en la que han existido vencimientos parciales y mutuos, las costas de ambas instancias deben ser soportadas en el orden causado (arts. 68, 2.do. párrafo, 69 y 279 del Código Procesal).

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal RESUELVE:

Modificar el pronunciamiento recurrido únicamente con el alcance dispuesto en el punto III del presente considerando y confirmarla en lo demás en cuanto decide y fuera materia de agravios. Con costas de ambas instancias en el orden causado, en atención a la forma en que se resuelve (arts. 68, 2do. párrafo, 69 y 279 del Código Procesal). Regístrese y notifíquese a las partes electrónicamente. Cumplido, comuníquese al CIJ (Ac. 15/2013 y 24/2013) y devuélvanse las presentes actuaciones a la instancia de origen. La Dra.Liliana E. Abreut de Begher no firma por hallarse en uso de licencia. (Art. 14 Del Régimen de Licencias).