En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de julio del año dos mil nueve, reunida en Acuerdo la **Sala** B de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Nélida Susana Melero y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Graciela Mercedes García Blanco y Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados**: "C., J. c/ L., C. A. y otra s/ ALIMENTOS", expte. nro. 97/09**, venidos del Juzgado Letrado de Familia nro. 2 (expte. nro. 638/08), y atento el resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 262), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts, Dra. Graciela Mercedes García Blanco y Dra. Nélida Susana Melero.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 218/223? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

Que llegan las presentes actuaciones a la alzada en apelación (fs. 230) de los honorarios por altos y de la sentencia de fs. 218/223 que hace lugar a la demanda y establece una cuota alimentaria en beneficio de M. A. L. a cargo de los codemandados C. A. L. y J. A. S. en un 20% de las sumas que por todo concepto perciban en sus haberes jubilatorios, previa deducción de los descuentos de ley; ordena que la cuota sea abonada mediante depósito en el Banco Chubut S.A. del 1 al 10 de cada mes en cuenta judicial que se abrirá al efecto, librar oficio a Anses y al Instituto Provincial de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut a fin de arbitrar los medios para efectuar los depósitos. Dispone que las sumas sean abonadas a su sola presentación, a cuyo fin ordénese oficio. Fija una cuota en concepto de alimentos atrasados a la fecha de avenimiento hasta la sentencia, impone las costas a los demandados vencidos y regula los honorarios.

A fs. 243/248vta. se agrega la expresión de agravios.

El primero de ellos se relaciona con la legitimación reconocida a la actora para demandar a los Sres. L. y S. y condenarlos a pagar

alimentos a su nieta.

Hace referencia al art. 370 CC y agrega que la niña no padece necesidades de ningún tipo y hay una colaboración permanente del entorno que es voluntaria sin que se hayan dado motivos de suficiente entidad para transformar esa prestación voluntaria en una obligación de dar suma de dinero. Cita jurisprudencia.

Resalta la situación de los demandados, personas mayores que han pasado penurias y que esta demanda y sus reclamos afectan la salud.

Entiende que la a quo no tuvo en cuenta los ingresos de la Sra. C., quien no trabajaría en forma irregular y percibe $2.135, como mínimo, sin computar comisiones por ventas y otras extras. Asimismo, percibe $484 en concepto de pensión y $400 en concepto de asignación familiar. Señala que Anses ha incrementado las asignaciones familiares.

Menciona el resultado de la prueba a A. y de la obra social Pami. Agrega que no consta que la actora realizara pago alguno a A. y que haya tramitado en Pami otras prestaciones específicas.

Indica que todo lo expuesto demuestra que el informe del ETI con base en lo dicho por la actora es falso y que las necesidades de la víctima están cubiertas.

Remarca que la Sra. Juez no receptó la recomendación de la Sra. Asesora a la Sra. C. a realizar los trámites para lograr la efectiva cobertura de Pami y en tiempo.

Agrega que no ha merituado la sentenciante la situación de sus poderdantes que son jubilados, lo que perciben, los gastos para el sostenimiento de la vivienda que habitan, la colaboración con la madre de la Sra. S. de 94 años, el pago mensual del vehículo, seguro, tratamientos médicos, odontológicos, medicación, y otras erogaciones para la supervivencia, que la edad les obliga a realizar y que, en razón del envejecimiento, aumentará.

Solicita se rechace el reclamo y enumera los presupuestos ausentes para ello.

Se agravia, subsidiariamente, ante el excesivo quantum en que se fijó la cuota alimentaria, si se tiene en cuenta la que se condena

generalmente a los abuelos o cuando son los padres.

Resulta más injusto por cuanto se dispuso el 20% en cabeza de los Sres. L. porque ambos reciben ingresos por separado de sus respectivas jubilaciones.

El tercer agravio se refiere a la determinación que los alimentos se devengarán desde la fecha del avenimiento, ya que dicha fecha se toma en el caso que el alimentante sea el progenitor del menor, la que es legal, y los abuelos no tienen obligación alguna hasta tanto no lo decide el juez, pues estos son subsidiarios y la interpretación es restrictiva.

El cuarto agravio se centra en la imposición de las costas que fueron impuestas de manera íntegra a los apelantes, atento a que estos se sintieron con derecho a litigar al no tratarse de un alimentante común, sino a quienes pueden o no serlo de acuerdo al criterio del juez, al estar ante un tercero totalmente ajeno a las decisiones de vida y de forma debida que llevaron a los padres de sus nietos a reproducirse.

Hace reserva del caso federal.

No existe controversia sobre la enfermedad que padece la niña M. A. L. ni que es nieta de los demandados. Tampoco se advierte una negativa de los abuelos a colaborar, aunque no en la medida solicitada y otorgada por la Sra. Juez.

No obstante, la apelante entiende que la actora no está legitimada para demandar a sus representados, toda vez que la niña no tiene necesidades, sino que la obligación es subsidiaria.

Posición de subsidiariedad que alega la Sra. Asesora de menores en la audiencia de vista de causa.

Y sin perjuicio de no haber interpuesto al contestar la demanda excepción, liminarmente se refirió a ello, tratando de que se tenga en cuenta el carácter subsidiario de la obligación demandada, frente a lo normado en el art. 367 del CC y lo que dispone la Convención Internacional de los Derechos del Niño y los arts. 3 y 4 de la ley III, N° 21; razón por la cual la Sra. Jueza dio respuesta en el punto II, al analizar la procedencia de la obligación alimentaria.

Razones que si bien comparto y que fueron sostenidas por la

CSJN en fallos: 322:2701; 324:122, no me impiden entender junto con los sufragantes de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, Sala segunda, 12 de febrero de 2008, “B. L. Y. s/ alimentos. Reconstrucción”, MJJ26032, “que ambas normativas no se contradicen en modo alguno, pudiendo las mismas ser expresamente aplicadas en el supuesto de autos, sin necesidad alguna de plantear la inaplicabilidad de la normativa civilista, como lo ha resuelto algún Tribunal recientemente, conforme surge del fallo del Tribunal Colegiado de Instancia Única de Familia de Quilmes del 18/04/2007, publicado y comentado por Claudia Graciela Raganato y Federico Miguel Bruno en la Revista de Derecho de Familia dirigida por Cecilia P. Grossman, nov/dic. 2004 (LexisNexis, 219/244).

Todo ello sin olvidar que la obligación de los abuelos surge como pariente cercano y con fundamento en la solidaridad familiar. Y en autos recobra fuerza ante la falta del padre de la menor e hijo de los demandados, pero no sólo desde lo patrimonial sino desde lo afectivo, resultando también esencial el cariño y contacto con los abuelos. Y digo ello porque aún teniendo los abuelos una buena relación con su nieta y la colaboración de estos, tal como surge de fs. 54 y 227 y la declaración de los testigos quienes son coincidentes en que los abuelos compartían con la niña dos o tres veces a la semana, agregando la Sra. A. T., que la retiraba de A., lo que corrobora la Sra. J. D. que desde enero no se habían presentado los abuelos, haciéndolo anteriormente; ausencia que justificaron los abuelos en la audiencia que a los fines de los arts. 14 y 130 de la ley III N° 21, se realizara en esta instancia (fs. 255), al exponer las razones por las que debieron viajar a la Provincia de Salta, a lo que también aludieron los testigos; la actitud de los adultos ha privado a M., que carece de apoyo paternal y con la patología que dan cuenta los informes, de contacto entre sus afectos.

El resto de los elementos probatorios permiten determinar la procedencia de lo reclamado, pero desde ya adelanto que no en el porcentaje solicitado y otorgado.

Señala Bossert, en “Régimen jurídico de los alimentos”, segunda edición, pág. 4, que el monto de la cuota alimentaria ha de basarse en dos elementos: las posibilidades económicas del alimentante y las necesidades del

alimentista, a lo que agrego las necesidades del alimentado.

Y como ya dijera y surge del material incorporado, la niña sufre de una afección que requiere una atención y gastos permanentes (fs. 176/177)

Y se ha probado que tales necesidades están cubiertas, pues concurre a A., de lunes a viernes en jornada doble con objetivos específicos de tratamiento individualizado, incluye tratamiento escolar, evaluación y supervisión semanal por equipo interdisciplinario de dos horas de apoyo al tratamiento cognitivo, conductal, fonoaudología, dos sesiones semanales.

Y en punto a los gastos que tal tratamiento requiere, consta que los mismos son reconocidos por Pami (fs. 76) y a fs. 200 el 11-2-2009 se agregó informe de Pami en que consta que se está cubriendo la atención de A. por reintegro, pues el Instituto no tiene convenio con la A. de P. A..

Y agrega que no fueron solicitadas prestaciones específicas, lo que provocó que la Sra. Asesora en la audiencia de vista de causa, instara a la progenitora a solicitar la cobertura de todas las necesidades y si fuese necesario accionar judicialmente.

El informe de fs. 211 da cuenta de la suma que percibe la Sra. C. como empleada en “E. Ch.” ($1693 + $442), no recibiendo asignación familiar por su hija y de la entrevista con el equipo interdisciplinario reconoce la actora percibir la pensión por fallecimiento del padre de la niña ($484) y asignación por hijo discapacitado ($400).

Asimismo, la Sra. C. vive junto a su madre, abuela de M..

De ello se desprende que sus necesidades de salud se hallan cubiertas.

Dije, siguiendo a Bossert, que había que merituar las condiciones del alimentante, y nos encontramos que se trata de personas que han accedido a la jubilación, que poseen vivienda propia, que se encuentran abonando la cuota de un automóvil y que necesitan solventar los gastos propios de toda casa.

Ha sido claro el testigo O. al declarar que los montos jubilatorios -como se sabe- son de hambre, pues él es jubilado y no le alcanza.

De los ingresos de ambos (fs. 101/110), más allá del

reconocimiento del Sr. L. en la audiencia de fs. 255, que hace un año y medio mejoraron su sueldo, no surge que dichos montos aproximadamente $4.000 sean de una relevancia tal que les permitan, conservando una vida digna, afrontar el pago del 20% de sus sueldos, en forma continua como lo dispusiera la Sra. Juez, teniendo en cuenta los gastos propios a los que he aludido y siendo normal que la edad de los mismos traen aparejados mayores gastos.

No olvido en esta valoración que los demandados viven junto una hija que trabaja y que también tiene obligaciones con relación a sus padres.

Tampoco dejo de ponderar que M. tiene otros gastos; alimentación, ropa, transporte, que son solventados por la Sra. madre y que de acuerdo al informe de fs. 228 abona una parte a A., aunque el mismo será reintegrado según lo ya analizado, quien además se ocupa de la niña.

Valorando todo lo señalado, lo sostenido por la Sra. Asesora en la audiencia de fs. 216/217 quien consideró que debe otorgarse una suma que ayude a sobrellevar las necesidades de la niña de acuerdo a la posibilidad de los alimentantes con apoyo en el informe social de fs. 180 y 183, “Diagnóstico social preventivo” y siguiendo jurisprudencia que se comparte: Causa Nº 50582 - "P. V. c/ P. J. O. y otros s/ Alimentos" – Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul (Buenos Aires) - Sala II - 17/04/2007 "En punto a la concreta fijación de la cuota, cabe utilizar el prudente criterio judicial que impera en la materia, debiendo recordarse aquí las reflexiones de Bossert, quien sostiene: "Aunque la cuota se establece basada en un porcentaje de los ingresos o una suma fija, el análisis que conduce a ello no debe fundarse en meros cálculos aritméticos. Son las múltiples circunstancias atinentes a las necesidades del reclamante y también a las necesidades del propio alimentante, las que, en cada caso, deben ser analizadas con prudente criterio por el juez, para estimar el monto adecuado de la cuota". Y se ha afirmado en torno a esta problemática, que en esta labor jugarán un rol decisivo las máximas de experiencia, que integran el conocimiento extraprocesal del juez, ya que éste no podrá prescindir de su experiencia vital (conf. Morello, Sosa, Berizonce, “Códigos Procesales”, tomo VII-A, págs. 321, 324, 325, 328, 329, 330 y 337), entiendo que debe modificarse la sentencia de la instancia de

grado y fijar la cuota alimentaria en un 8% de lo que perciben ambos demandados, previa deducción de los descuentos de ley, como lo dispusiera la sentencia.

Se agravian en cuanto se han fijado los alimentos atrasados desde la fecha de avenimiento y respecto a ello concordaré con la sentenciante.

“La retroactividad de los alimentos definitivos, por idénticas razones a las que había para llevarlos a la fecha de la interposición de la demanda -o de la notificación de ésta, según otra postura- se ha remontado a la época en que tiene lugar la etapa prejudicial reglada por los arts. 61 a 72 de la Ley 6354, obligatoria conforme lo dispone expresamente el art. 71 del mentado cuerpo legal. En extraña jurisdicción, con similares sistemas prejudiciales como el de nuestra provincia, se ha decidido en el mismo sentido que la cuota alimentaria fijada en sede judicial debe abonarse desde el día en que se inició el proceso de mediación al imponer la ley 24573 (Adla, LV-E, 5894) un trámite previo obligatorio a la promoción de la demanda, interpretando que la directiva impuesta por el artículo 644 del Código Procesal se ha visto sustancialmente modificada en este aspecto (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C 23/03/2005, "G., L. C. y otros c. R., G. M." La Ley Online).

Como ya lo resolviera cuando tuve que decidir sobre este tema, el inicio de la etapa prejudicial de avenimiento impuesta por la citada ley con carácter obligatorio, aplicable –entre otros– al proceso de autos, constituye en la actualidad el primer acto en que se exterioriza la necesidad del reclamante; la solución contraria convertiría a esta etapa ineludible en una carga para el reclamante, lo que resultaría contrario a los fines del instituto. La ley III n° 21 en su art. 87, inc j, se refiere a la asistencia alimentaria y el art. 88 establece que “en forma previa a la interposición de las acciones previstas en los incisos... y j) del artículo 87... los interesados deberán comparecer en forma personal por ante la Asesoría de Familia e Incapaces”.

Más allá de que a nivel nacional se trata de una etapa de mediación, no encuentro motivo para apartarme de lo sustentado por doctrina y jurisprudencia, que ha sostenido: “... la mediación previa al juicio de alimentos apareja la inopinada pérdida de cuotas devengadas comprendidas en el período que va desde la formulación (...) hasta el momento de la radicación de la demanda”

(conf. “Derecho Constitucional de Familia” de Andrés Gil Domínguez, María Victoria Fama, Marisa Herrera, Tomo II, Ediar Editores, año 2006, pág. 971).

Asimismo, que “En los procesos de alimentos y a los efectos de armonizar lo dispuesto en el art. 644 del CPCCCh con el contenido de la Ley de Mediación, el cómputo del plazo para el pago de la cuota de alimentos debe comenzar con la presentación del formulario de mediación” (C.N.Civ., Sala D, “T., E.D.N. c/ B., G.C.” de fecha 14/05/1998 en L.L. 1998-E-1993 y C.N.Civ., Sala H, “S., J., C.N.A.C., sala C, 7 de junio 2007, "L.G.R. c. M.E.F.", DJ 28-11-2007, 908.

En igual sentido se ha expedido la CNCiv, Sala H, 9-9-97, 2C., "N. C.R., C.J. s/ alimentos", jurisprudencia a la que hace referencia el Dr. A. J. Bueres, en autos "T., E.D.N. c. B,G.C", CNAC Sala D (CNCiv) (Sala D) y Columbo-Kiper, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, pág. 207).

Normativa, doctrina y jurisprudencia aplicable, atento que nuestra ley III N° 21 en el art.88 no formula diferencia alguna bien se trate de padres, ascendientes o descendientes; establece bajo el título “De la Etapa prejudicial de Avenimiento”, que en forma previa a la interposición de las acciones previstas en el inc. j del art.87, deberá efectuarse la misma resultando imprescindible el testimonio del acta que se labra para iniciar las actuaciones ante el Juzgado de familia (art. 95).

Las costas impuestas a los demandados y la regulación de honorarios son motivo de agravio.

Ambos honorarios y costas por mandato legal (art. 282 CPCCCh) deben adecuarse, por lo tanto la apelación deviene inconducente.

Sin perjuicio de la constante doctrina y jurisprudencia a la que he seguido con respecto de quien debe soportar las costas en los juicios de alimentos, no es menos cierto, que ha de estarse a las constancias de autos en cada caso particular.

Roberto G. Loutayf Ranea, con comentario que comparto, sostiene que “se ha dicho que la idea directriz de que las costas del juicio de alimentos debe soportarlas el alimentante ha de tener atemperaciones, que se compadecen, primero, con un estricto sentido de justicia, por cuanto su

mantenimiento a ultranza es susceptible de dar pie a eventuales planteos aventurados, escudados en la no condena en costas, y, segundo, con la normativa procesal que deviene en el precepto contenido en el art. 68 del ordenamiento procesal (C2ª, Civ.Com. La Plata, Sala III, 20/9/79, Rep. LLXXXIX-539, sum. 103); se daría lugar a una manifiesta desigualdad entre las partes al liberarse a uno de los justiciables de toda responsabilidad en la promoción de incidentes, o en su resistencia a planteos que resulten ajustados a derecho o en la deducción de peticiones no acordes con las constancias fácticas o jurídicas de la causa" (C2ª, Civ.Com. La Plata, Sala I, 9/3/78, LL Actualización de Jurisprudencia, 1988-XI-402, n° 510, citado por Roberto G. Loutayf Ranea en "Condena en costas en el proceso civil", pág. 435).

Siguiendo tales directrices y entendiendo que la condena en su totalidad a los abuelos surtiría iguales efectos que los se quiere evitar con relación a los alimentados, dadas las circunstancias evaluadas y la situación de las partes que he conocido en el contacto con las mismas, me convencen que resulta equitativo establecer las costas de ambas instancias por su orden.

A fin de regular los honorarios, que los difiero para el momento del acuerdo, tendré presente el trabajo profesional, el resultado obtenido, la posibilidad que las pretensiones prosperen, y demás pautas de los arts. 5, 6, 7, 9, 29 y 13 de la ley de aranceles.

A la segunda cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

1) Admite parcialmente los agravios y revoca el punto 1) de la sentencia de fs. 218/223, estableciendo una cuota alimentaria del 8% de las sumas que perciben ambos codemandados C. A. L. y J.a A. S. en concepto de haberes jubilatorios, previo descuentos de ley como lo dispusiera la sentencia, en beneficio de la niña M. A. L..

2) Rechaza el resto de los agravios y confirma el punto 6, modificando los puntos 7 y 8 de acuerdo a los respectivos considerandos.

3) Impone las costas de ambas instancias por su orden y difiere la regulación de los honorarios para el acuerdo.

4) Tiene presente la reserva del caso federal.

A la primera y segunda cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento el presente pleito por apelación de la sentencia y de los honorarios regulados por altos por los demandados a fs. 230, de la sentencia nro. 42/09. La Sentencia atacada hizo lugar a la demanda y estableció una cuota alimentaria en beneficio de la niña M. A. L. a cargo de los codemandados C. A. L. y J.a A. S. consistente en el 20% de las sumas que por todo concepto perciban de los haberes jubilatorios, fijó los alimentos atrasados desde el pedido de avenimiento. Impuso las costas a los demandados (fs. 218/223).

Atento a cómo fueron detallados los agravios de las partes por quien me precedió en la emisión del voto, y sin perjuicio de encontrarse cumplimentada la manda procesal del art. 165 Ley XIII-nro. 5 Digesto Jurídico Provincia del Chubut (anterior art. 163) por dicha labor, efectuaré una breve reseña de las quejas a los fines de orientación en la resolución de los planteos.

En el memorial de agravios los recurrentes se quejan por la decisión del A quo de disponer la carga alimentaria a la niña directamente y no en forma subsidiaria, haciendo una extensa referencia a las constancias en autos sobre el estado económico de la alimentada y su madre. El segundo agravio lo constituye el porcentaje fijado que considera exorbitante y excesivo, luego de un análisis doctrinario dice que se beneficiaría en una forma indebida y doblemente de lo que correspondería a un progenitor, ya que percibirían el 20% por cada abuelo. El tercer agravio lo constituye la circunstancia de que se condena desde la fecha del avenimiento. Cuarto agravio la imposición de las costas. Hizo reserva del caso federal (fs. 243/48).

1.- En cuanto al primer punto de objeción sobre el fallo venido en crisis, la subsidiariedad de la obligación alimentaria de los abuelos: lo que la parte recurrente dio en llamar una errada aplicación de lo dispuesto en el art. 367 del Código Civil, no he de compartir la postura doctrinaria, más allá del análisis de procedencia de los otros agravios.

A tenor de la Convención sobre los Derechos del Niño (que cuenta a partir de 1994 con jerarquía constitucional), la obligación alimentaria de los abuelos respecto a sus nietos menores de edad se ha transformado en directa o, al menos, en simultánea con la que incumbe al progenitor. Y ello en virtud de que

la aludida convención internacional, de rango constitucional, desplaza a la subsidiariedad establecida en el art. 367 del Código Civil, cuando de menores se trata (conf. Morello y Morello de Ramírez, en J.A. 1998-IV-1094; Méndez Costa, “Visión Jurisprudencial de los Alimentos”, págs. 275 a 277, entre otros autores). "La incorporación con raigambre constitucional de la Convención de los Derechos del Niño -art. 75 inc. 22 CN- y las previsiones en ella contenidas en sus arts. 3 inc. 1 y 27, desplazan automáticamente la operatividad del art. 367 del C.C., el cual no es oponible al niño titular del derecho fundamental y personalísimo que lo legitima a proponer directamente -no de modo sucesivo o subsidiario- la acción de alimentos contra sus abuelos, obligados sin más a su cumplimiento, una vez acreditados los requisitos de procedencia, ya que el rol de los abuelos se ha incrementado en los tiempos actuales hasta tal punto que en los hechos han reasumido funciones paternales y una presencia y relación con los nietos más intensa y continua que denotan razones sociológicas que sumadas a las propiamente jurídicas derivadas de los tratados internacionales con raigambre constitucional obligan a la revisión de los conceptos doctrinarios y jurisprudenciales antaño dominantes sobre la materia, ya que el art. 367 del C. Civil, no se halla en sintonía funcional con los fines que, de manera imperativa y preferente, propicia la CDN, subrayando -entre otros fundamentos- la prelación de la Convención por sobre los preceptos del Código Civil, los derechos del niño y las garantías jurisdiccionales que los tutelan, el plexo normativo y el orden de los valores a tutelar y el interés superior del menor defendible sin quebrar la regla de la racionabilidad mediante la evolución normativa debida a los tratados y la Constitución, compartiendo dichos fundamentos entre otros María Josefa Méndez Costa en "Visión jurisprudencial de los alimentos”, ed. Rubinzal-Culzoni pág. 277, afirmando Toribio Sosa -en D.J. 2004-1-690- que podía sostenerse que la de los abuelos y la de los padres eran obligaciones concurrentes en favor del niño" (ver elDial - AA5211)

Estos fundamentos me motivan a desestimar el agravio de la apelante en este punto. No obstante considerar que el planteo de la recurrente lo fue de manera dogmática y así fue satisfecho. En cuanto –reitero- el acceso directo al reclamo y no en forma subsidiaria y el techo dado con el convenio internacional

que como afirma Bidart Campos "...el interés superior del niño es el techo que guía a toda la normativa de la Convención" ("Tratado Elemental...", EDIAR, Bs. As.).

En cuanto al porcentaje fijado en la instancia de grado, cuestionado en esta Alzada, he de revisar tal decisión a la luz de lo sostenido por magistral doctrina en la materia que no perdió vigencia ni importancia axiológica al momento de decidir, ya que conforme lo indica la máxima "bene judicat quid bene distinguit", el Juez debe distinguir y considerar el fin tenido en miras por el legislador si se da en el supuesto bajo juzgamiento.

El prof. A. Bueres haciendo referencia a la transcripción parcial del art. 1613 del Esbozo de Freitas en el art. 367 el cual disponía que los alimentos son naturales y civiles, los primeros comprenden únicamente lo necesario para el sustento, habitación y vestuario, y para tratamiento de enfermedades. Los civiles comprenden los necesarios para gastos de educación si fuese menor. Nuestro Codificador abarcó los primeros pero la doctrina reconoce que Vélez no perdió el concepto amplio del término y lo complementa con un análisis del art. 3790 del CC que prevé la instrucción al legatario. Sin perjuicio de ello, lo cierto es que la normativa que rige la situación entre parientes no la contempla. La elaboración jurisprudencial a pesar de esto, adoptó la acepción amplia entendiendo que alguno de los rubros en que la obligación se descompone son los referidos a la educación y esparcimiento. Ello no significa que la obligación abarque gastos superfluos o de lujo. Todo ello dependerá del grado parental que vincule a los sujetos del derecho-deber alimentario, la relación existente entre la necesidad del alimentado y la posibilidad económica del alimentante y la edad de uno y otro es así que la fijación del quantum de la prestación se hace teniendo presente la edad, sexo, salud, educación del alimentado, la capacidad económica del obligado, posición social, etc. Tales pautas tenidas en cuenta por nuestros jueces fueron receptadas por la ley a través del contenido del art. 207 del CC, el que si bien se refiere a los efectos de la separación personal sirve como base a otro tipo de relaciones familiares (ver autor citado, “Código Civil…”, t.1, pág. 1345, ed. Hammurabi). Con relación al grado parental ya me he expedido, pero aun mantiene preeminencia inalterable como elementos valorativos los últimos mencionados por el profesor.

Bajo esta óptica advierto que la niña alimentada adolece de problemas de salud, no cuestionados en ningún momento en el pleito; no obstante el o los tratamientos necesarios e imprescindibles son cubiertos por la obra social Pami (fs.79) y el reconocimiento que se reintegran los gastos por no tener convenio con la A. de p. A. (fs. 200 el 11-2-2009).

La niña cuenta con un progenitor vivo, la madre, que tiene ingresos propios de su trabajo como empleada de comercio, así también los correspondientes al sistema previsional (fs. 180) y obra social que cubren la erogación que genera la enfermedad, lo que puedo dejar de considerar una de las necesidades naturales de la niña que al momento se presentan cubierta y solventados los gastos necesarios para el sustento.

Tampoco puedo apartarme del reconocimiento y la constancia obrante en autos de que los abuelos han mantenido una actitud y han llevado a los hechos una colaboración, retirando a la nieta de la institución, estando con ella, manteniendo dentro de las posibilidades de la enfermedad que porta un contacto familiar e inmediato, que además de lo afectivo que escapa por no estar comprendido en el tema a decidir, implica un aporte económico que no debe desconocerse (fs. 227 y manifestaciones de las partes en la audiencia).

Por su parte los abuelos son jubilados, las constancias de fs. 183/4 indican el caudal salarial del que disponen, el modo en que desarrollan su vida en la actualidad y, esencialmente, la edad de los mismos, sobre lo que se hizo hincapié en el memorial bajo análisis, son valorados.

Por estas razones encuentro que en coincidencia con mi colega preopinante, la fijación de la cuota impuesta por la sentenciante de grado ha de adecuarse reduciéndose, y comparto lo propuesto.

Se agravia de la imposición del sentenciante de grado sobre las cuotas de alimentos atrasados. Simplemente recuerdo que cuando la mediación se erigió como trámite previo al inicio del proceso (audiencia de avenimiento ley 4347, actual III nro. 21) y constituye un requisito de admisibilidad de la demanda, por lo que no es posible considerar como un efecto propio de la interposición de la demanda, como es el de devengar la cuota, a su presentación en el juzgado tras el fracaso de la mediación. Se agrega que aceptar lo contrario

implicaría una derogación parcial de los efectos prácticos del art. 644 del CC, resultado no querido por el legislador. Sin embargo con buen criterio se ha resuelto que esa regla es inaplicable cuando ha mediado una demora injustificada en promover el juicio de alimentos tras el fracaso de la mediación (Gustavo Bossert en “Régimen Jurídico de los alimentos” pág. 349/350), situación que no ocurrió en la especie. Por lo cual confirmo en este punto lo decidido.

Con relación a la imposición de las costas en la instancia de grado, queja de los apelantes. Valoraré la particular situación venida en examen. En especial la actitud y predisposición cumplidora que han demostrado los alimentantes con antelación a la promoción del juicio de fijación, que implica un claro reconocimiento de la voluntad de los demandados tendiente a cumplimentar la prestación que ahora se les exige judicialmente, excepcionándose de tal modo el principio que impone no gravar el quantum alimentario con la atención de gastos y honorarios profesionales.

Habiéndose modificado la sentencia de grado, carece de virtualidad jurídica expedirme sobre la apelación de honorarios de los profesionales actuantes de la parte actora que fueran cuestionados por la parte demandada (art. 282 del CPCCCh).

Por lo cual propicio la imposición de las costas en ambas instancias por el orden causado (arts. 282, art. 69 y conc. del CPCCCh). Difiero la regulación de los honorarios profesionales actuantes al momento del Acuerdo.

Por haber coincidido con la vocal preopinante, doy por reproducida la fórmula postulatoria, teniendo presente la reserva del caso federal.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh, se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que la Dra. Melero no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente

SENTENCIA:

1) Admitir parcialmente los agravios y revocar el punto 1) de la sentencia de fs. 218/223, estableciendo una cuota alimentaria del OCHO POR CIENTO (8%) de las sumas que perciben ambos codemandados, C. A. L. y

J.a A. S., en concepto de haberes jubilatorios, previo descuentos de ley como lo dispusiera la sentencia, en beneficio de la niña M. A. L..

2) Rechazar el resto de los agravios y confirmar el punto 6, modificando los puntos 7 y 8 de acuerdo a los respectivos considerandos.

3) Imponer las costas de ambas instancias por su orden. Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia a la Dra. A. S. P. en la suma de OCHOCIENTOS PESOS ($800) y de las Dras. A.C.R. y L.D.J. de M.,
conjuntamente, en la suma de SEISCIENTOS PESOS ($600). Por los trabajos realizados en la alzada se regulan los honorarios profesionales de la Dra. A. S. P. en la suma de DOSCIENTOS CUARENTA PESOS ($240) y de las Dras. A.C.R. y L.D.J. de M., conjuntamente, en la suma de CIENTO CINCUENTA PESOS ($150).

4) Tener presente la reserva del caso federal.

5) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2009
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "F"