Comodoro Rivadavia, de febrero de 2012.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"C., T. J. c/ N., F. E. s/ ALIMENTOS", Expte. Nro. 587/2011**, venidos del Juzgado de Familia Nro. 3 (Expte. Nro. 614/2011).

I.- Llegan los autos a conocimiento de esta Sala por haber interpuesto la actora a fs. 21, recurso de apelación en contra del auto de fs. 20 en cuanto dispuso, con fundamento en los arts. 265 a 272, 367 y ccdtes., del C.C, ocurrir por la vía pertinente en relación al reclamo de asistencia alimentaría respecto del obligado principal

A fs. 23/26 sostiene que tal decisión injusta deviene del desconocimiento de los derechos fundamentales de los menores emanados de la Convención de los Derechos del Niño (en adelante CIDN). Acusa de apreciación incompleta y parcializada de la aplicación de las normas que regulan la prestación alimentaría de los abuelos. Sostiene que las normas citadas por la Sra. Juez deben armonizarse con las de la CIDN que gozan de prelación constitucional respecto de las contenidas en el Código Civil y según las cuales existe una acción directa, no subsidiaria o sucesiva del niño para reclamar alimentos contra sus abuelos.

Concreta el agravio que le causa la decisión que al obligar a agotar las vías pertinentes contra el padre de las niñas, provoca un dispendio jurisdiccional innecesario a la vez que un grave perjuicio a las menores y la madre por tornarse abstracto e inútil intentar cualquier medida compulsoria contra el mismo quien no posee bienes registrables ni empleo en relación de dependencia desconociendo su actual domicilio, constituyéndose en un excesivo formalismo que menoscaba el interés superior de las niñas.

Afirma que la jerarquía constitucional de la CIDN desplaza la subsidiariedad establecida por el Art. 367 del C.C.. Invoca los arts. 6 y 27 inc. 2 de la CIDN. Cita doctrina en apoyo de su postura y que propicia como predominante frente a una norma desfasada que conduce a una hermenéutica lesiva de un derecho humano privilegiado y que amplia el espectro de soluciones tradicionalmente aceptadas.

II.- La aquí recurrente actora promovió demanda por

alimentos para sus hijas menores, Y. (12 años) y C. (7 años) contra el abuelo paterno de las mismas. Acreditó que está divorciada del padre de sus hijas, por sentencia del 25 de agosto de 2010 en la que se homologó el acuerdo sobre cuota alimentaría, que fuera presentado en el divorcio (ver fs.7/8) y haber concluido la etapa previa de avenimiento con el aquí demandado (fs.4).

Señaló la apelante, que el padre nunca cumplió con la cuota aduciendo falta de trabajo, que desconoce su actual domicilio, que no posee bienes registrables. Relató que a principios de 2011 se presentó a su domicilio y le manifestó a las niñas que se iba de la ciudad prometiendo regresar cuando mejore su situación económica. Que lo intimó a su pago mediante carta documento en el mes de septiembre de 2011 a dos domicilios distintos (ver fs. 4/5).

Destacó que con sus ingresos de docente de escuela primaria no alcanza a cubrir las necesidades de sus hijas, viéndose precisada de demandar al abuelo de sus hijas con fundamento en los términos del Art. 367 in. 1 para que con los alcances del Art. 372 del C.C. contribuya.

Apelando al buen criterio del juez, solicitó que no se le exija incidente de ejecución contra el progenitor no conviviente, porque en atención a las circunstancias que denuncia, el mismo estará condenado al fracaso. Invocó la CIDN según la cual corresponde interpretar que la subsidiariedad de la obligación alimentaría en cabeza de los abuelos, debe estar desprovista de la exigencia de formalidades que desnaturalicen la obligación. Solicitó la fijación de una cuota alimentaría.

La Sra. juez de primera instancia teniendo en cuenta las normas que regulan la asistencia alimentaría y el dictamen de la Asesora Civil de Familia e Incapaces, manda a agotar las vías pertinentes de reclamo respecto del obligado principal, alzándose contra tal decisión el recurrente.

III. En base a tal contexto fáctico y jurídico, surge que la respuesta al planteo efectuado, surgirá de dilucidar, si en el presente caso y estadio de evolución jurídica de nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia, resulta justificado el acatamiento rígido al principio de subsidiariedad emanado de los arts. 367 y 370 del Código Civil, seguido de la Sra. Juez de primera instancia al disponer agotar previamente el reclamo contra el padre o principal obligado.

Es cierto que tal criterio, ha sido seguido invariablemente en forma estricta tanto por doctrina y jurisprudencia, también es cierto que la incorporación con raigambre constitucional de la CIDN, el instituto en cuestión debe ser objeto de un nuevo y minucioso análisis (“Gil Domínguez, Fama, Herrera en “Derecho Constitucional de Familia” T. II p. 973 y ss).

En tal orientación, resulta indudable que desde el punto de vista legislativo, la incorporación de la CIDN, a la Constitución Nacional, ha significado e impone la flexibilización de ciertos preceptos legales –en el caso, los arts. 367 y 370 del CC- que, con anterioridad a la reforma constitucional parecían inmutables.

Ello por cuanto, el Art. 27 de la mentada Convención reconoce el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (inc. 1). Si bien pone en cabeza de los padres u otras personas encargadas la responsabilidad primordial de cubrir dichas necesidades (inc. 2) pone también en cabeza de los Estados Partes la adopción de las medidas apropiadas para ayudar a los padres y otras personas responsables por el niño a dar efectividad a ese derecho (inc. 3) y para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño (inc. 4).

A tales previsiones se le agrega la consideración primordial al interés superior del niño (Art. 3 Ap. 1) estándar interpretativo que debe orientar y condicionar toda decisión de los tribunales.

Desde el análisis doctrinario, Augusto Mario Morello, María S. Ramírez de Morello (JA 1998-IV-1095) tal lo consigno el quejoso; María Josefa Méndez Costa (“Visión jurisprudencial de los alimentos” Ed. Rubinzal Culzoni, p. 277); Toribio Sosa (comentario a fallo de la CSJN 15/11/2005 en LL 2006-A, 605 y DJ 2004-1-690); Gil Domínguez, Fama y Herrera (op. cit); Jauregui Rodolfo G., comentario a fallo en LL 2006-A-367) entre otros, afirman que es indudable que la incorporación de la CDN a la Constitución Nacional ha significado necesariamente la flexibilización de ciertos preceptos legales.

Por último, jurisprudencialmente tal flexibilización comenzó a esbozarse en pronunciamientos de la Sala H de la CN Civ, en autos

“P.M.S. y otro c/ C.J.M s/ Alimentos” 30/6/95 y “D. de P., G. M. s/ P. M. N. 7/3/97 (DJ 1998-1-288),en los que se observa una morigeración de los requisitos legales preceptuados para acceder a la condena alimentaría contra los abuelos en función del interés superior del niño, aun cuando se mantenga la subsidiariedad de la obligación. Resultando decisiva en la materia la orientación seguida por la Corte Suprema de Justicia en el fallo del 15/11/2005 dictado en los autos F. L. c. L. V. (publicado en LL 2005-F, 479, Cita Fallos Corte: 328:4013; Cita online: AR/JUR/4550/2005), en que, si bien ratificó el carácter subsidiario de la obligación alimentaría en cabeza del abuelo, compatibilizó su contenido con el resto del ordenamiento jurídico, invocando principalmente el Ap. 4 del art. 27 y la primordial consideración del interés superior de los menores (fallos 322:2701; 324:122), respecto del cual ha señalado que atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las normas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional (Fallos 324:122), y revocó la decisión de Cámara que habría dejado sin efecto una cuota alimentaría a cargo del abuelo demandado.

Dicha postura, también se observa en pronunciamientos de otros tribunales: Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay, Sala Civ. y Com. Del 2/10/2002 (LLlitoral Octubre 2003-1096), Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, sala II, 12/2/2008 en “B. L. Y. s/ alimentos. Reconstrucción (MJ-JU-M-26032-AR/ MJJ26032), Tribunal Colegiado de Instancia Única en el Fuero de Familia Nro. 1 de Quilmes, 18/04/2007 “B. L. E. c/ C. D. y otra s/ Alimentos” publicado en revista interdisciplinaria de Familia Nro. 12 (Lexis Nexis).

Tales criterios superadores de aquella tradicional que considera la obligación de los abuelos subsidiaria y sucesiva, han sido receptados parcialmente por esta Sala en Sentencias definitivas Nro. 06/2009 “F”, 10/2009 “F”, 03/2010 “F” del 2/07/2009, 17/12/2009 Y 22/03/2010 respectivamente,

admitiendo la legitimación pasiva de los abuelos en el reclamo alimentario de sus nietos acreditados los presupuestos de procedencia por parte del alimentado (que le faltan medios para alimentarse y que no le es posible adquirirlos).

En la causa, no se desconoce que la actora, no ofreció prueba tendiente a acreditar los medios económicos con los que cuenta ella y la falta de medios del padre no conviviente –por Ej. con informe del registro de la propiedad inmueble, automotor, AFIP DGI-, no obstante, del relato de los hechos que efectúa, surge prima facie injustificada la decisión de la juez, pues tratándose de un reclamo vinculado con prestación alimentaría a favor de menores, se deben buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva la pretensión encauzando los trámites por la vía más expeditiva y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que hoy cuentan con particular tutela constitucional (art. 27 inc. 4 CIDN) conforme lo señalara el Máximo Tribunal Nacional en “G. C. I. y otros c. K. E. y otro (LL2001-C-568).

Tal conclusión se impone no solo por lo que se viene sosteniendo y propiciando desde la doctrina y jurisprudencia, sino que ello fue invocado en el escrito de inicio en el que se denuncia un incumplimiento por parte del alimentante (nótese las intimaciones previas, la concurrencia de los abuelos paternos a la etapa previa de avenimiento), se manifestó expresamente lo infructuoso que resultaría una ejecución forzada previa al padre no conviviente por el desconocimiento de su actual paradero con expresa invocación del perjuicio que tal reclamo ocasionaría al interés superior de las niñas en atención al tiempo que insumirá.

Los criterios transcriptos y tales constancias de la causa, permiten concluir que la providencia en crisis, que trasunta un rechazo in limine de la acción, aparece desproporcionada y denota una rigidez interpretativa incompatible con la envergadura de los derechos que se ejercitan.

La providencia atacada aparece contraria a las directivas propuestas por la propia Corte Nacional pues deja sin atender primordialmente el interés superior de las niñas, que queda nitidamente desplazado y menoscabado conforme señala Morello en la

obra citada.

A mayor argumento, frente a la petición concreta efectuada por la demandada, advertimos que la Sra. juez no hizo mérito de las razones esgrimidas y no dispuso fundadamente su negativa.

En consecuencia, corresponde hacer lugar al recurso interpuesto, ordenando que en la instancia de grado, se adecue el trámite en la forma conveniente –integrando la litis con el obligado principal (art. 147 del CPr.) y el abuelo demandado- a los fines de dictar una resolución de mérito sobre la demanda instada.

IV.- En atención a la materia debatida y por cómo se decide no se imponen costas (art. 68 del CPr.). Los honorarios de los letrados intervinientes se regularán atendiendo a lo preceptuado por los artículos 32, 13 y 46 de la ley arancelaria.

Por ello, la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia,

R E S U E L V E:

1)Admitir el recurso de apelación interpuesto a fs. 21 y disponer que en la instancia de grado se continúe con el trámite, se disponga la integración de la litis de acuerdo a la ley procesal conforme a los considerandos respectivos.

2)Sin costas de esta instancia. Regúlense los honorarios profesionales al Dr. S. H., en el cuatro por ciento (4%) de los que le sean regulados por los trabajos realizados en la primera instancia por el proceso principal.

3)Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia es firmada por dos vocales de Cámara, en virtud de encontrarse en uso de licencia, la Sra. Juez de Cámara Dra. Nélida Susana Melero y concordar en la solución del caso (ley V N ° 17 del DJPCH).

REGISTRADA BAJO EL N º 19 DEL AÑO 2012

EL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS