Esquel de julio de 2012.-

------**VISTO**: ----------

------El recurso de apelación interpuesto a fs. 40 por la Defensora Pública del Ministerio de la Defensa Dra. Lina Ruth Scandroglio, en representación del Sr. J. L. S., contra la providencia que le fija alimentos provisorios, obrante a fs. 20 vta., y que fuera concedido a fs. 41; y----------

------**CONSIDERANDO**:----------

------1. Que en el referido decreto el *a quo* dispone –en lo sustancial y con carácter cautelar, fijar alimentos provisorios a favor de A. V. S. a cargo de su abuelo paterno Sr. J. L. S. en la suma de $ 260 y para ser retirados de la entidad bancaria por la madre de la niña Sra. L. S. Q.----------

---

------2. Que la recurrente expresa sus agravios a fs. 23/25 y vta. manifestando que la cautelar dispuesta en autos se ha establecido sin tener en cuenta el proceso de alimentos que se encuentra en trámite por ante ese mismo Juzgado (Expte. Nº 170/2011 y Nº 90/12 CANO) y luego de analizar el resolutorio en crisis.----------

------Que refiere que su primer agravio se centra en la falta de acreditación de la verosimilitud del derecho, analizando el art. 367 del Código Civil. Examina el objeto de la demanda de autos indicando que la presente acción se promueve por supuesto incumplimiento parcial de pago de la cuota alimentaria provisoria determinada contra el obligado principal, Sr. M. J. S. (padre de su nieta) y arguye que no ha contestado la demanda ya que el obligado principal se encuentra cumpliendo con su obligación provisional, a la espera de un pronunciamiento definitivo.----------Que opina que en el sistema legal vigente queda resuelto con claridad meridiana quién es el obligado al pago de la cuota, y si no se cumple, contra quién se ejecuta, agregando que la pretensión que originó esta actuación pretende hacer pasar una suerte de solidaridad obligacional que no se encuentra prevista legalmente.----------

-----Que su segundo agravio está referido al hecho de que –a su entender–, no se ha acreditado el peligro en la demora y ausencia de probanzas tendientes a acreditar los extremos legales indispensables para la

procedencia del dictado de la medida cautelar, solicitando se revoque el proveído atacado.----------

------3. Que a fs. 29/31 y vta. la actora contesta el traslado conferido, refutando las quejas del demandado, expresa respecto al primero de los agravios que la cuestión de la subsidiariedad de la obligación alimentaria ya la ha tratado al promover la medida cautelar en el expediente Nº 500/2011 y al entablar la acción de alimentos en expediente Nº 630/2011 (proceso principal del cual se deriva el presente legajo de apelación). Cita doctrina y jurisprudencia de esta Cámara de Apelaciones.----------

------Que se pregunta de dónde sostiene la demandada que el incumplimiento del Sr. M. S. es supuesto, cuando el mismo surge de los expedientes Nº 170/2011, 89/2009, 550/2009 y 500/2011, realizando una síntesis de los actos procesales y resoluciones dictadas en los mismos.-------

---

------Que con relación al segundo de los agravios, exterioriza que tanto la verosimilitud del derecho como el peligro en la demora fueron acreditados al promover la medida cautelar respecto de los abuelos en el expediente Nº 500/2011, que no fue recurrida y a continuación explicita los hechos que acreditan dicho presupuesto, indicando que los mismos surgen palmariamente de los expedientes referenciados, expresando que la urgencia radica en el hecho de que la niña come y tiene necesidades todos los días y su padre sólo aporta $ 200 por mes.----------

------4. Que la audiencia prevista en el Art. 130 de la Ley III Nº 21 se llevó a cabo el día 28 de marzo de 2012 (fs. 39) en la cual, luego de un cuarto intermedio, se escuchó a la niña A. y se dispuso la solicitud de expedientes al Juzgado de origen, los cuales fueron recibidos en fecha 9 de abril de 2012 (fs. 43) y 11 de junio de 2012, ingresando este último en grado de apelación (fs. 49).----------Que, en primer término, recordamos la manda del art. 27 de la CDN en cuanto reconoce el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (inc. 1º)y, si bien pone en cabeza de los padres u otras personas encargadas del niño 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 a 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), estableciendo el art. 3 en su inciso l que en todas las medidas concernientes a los niños debe considerarse primordialmente su interés superior.----------

------Asimismo compartimos el criterio doctrinariamente sustentado por los maestros Augusto Mario Morelo y María S. Ramírez de Morello quienes sostienen que *" ... las disposiciones constitucionales antes citadas, 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 Código 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 CDN 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 razonabilidad mediante la evolución normativa debida a los tratados y la Constitución ..."* (conf. *"La obligación alimentaria de los abuelos ante a la Convención de los Derechos del Niño"* en J.A. 1998-IV-1095).----------

-----Comparte dichos fundamentos entre otros María Josefa Méndez Costa en "Visión jurisprudencial de los alimentos" Ed. Rubinzal-Culzoni, San Fé, año 2000, 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.----------

------Nuestra jurisprudencia ha observado esta flexibilización, tanto el fallo

de la C.N.Civ. sala H del 30-6-95 en autos "P.M.S. y otro c/ C.J.M. s/ Alimentos (Derecho de Familia Rev. interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia Nº 12 pág. 233) y misma sala del 7-3-97 en autos “D. de P., G.M. c/ P., M.N.” en D.J. 1998-1-288, cuanto en el fallo de la Corte Suprema de Nación, en los autos "F., L v. L.V. del 15-11-05 (L.L. 2006-A-367) en los cuales se destaca que: *“... si bien es, en principio, un criterio generalizado que la obligación alimentaria de los abuelos para con sus nietos surge a consecuencia de la imposibilidad de los padres para prestarla, no lo es menos que este concepto debe ceder cuando se den circunstancias especiales que denoten la necesidad de hacer primar la tutela de los derechos básicos de los niños. Los derechos consagrados por la CDN no son programáticos, meras aspiraciones a lograr, sino directamente operativos afirmando que se violaría la regla de la sana crítica si el Tribunal recurriera a un temperamento ritualista imponiendo al menor comenzar un largo itinerario procesal postergando la satisfacción de sus necesidades asistenciales, ya que entre el interés del adulto y el del niño, éste debe ser priorizado, condenado a los abuelos a abonar la cuota alimentaria fijada contra el padre no conviviente si éste no cumple total o parcialmente con la suya, observándose una morigeración de los requisitos legales preceptuados para acceder a la condena alimentaria contra los abuelos en función del interés superior del niño, manteniéndose invariable el principio de subsidiariedad de la obligación.*---------- Teniendo a la vista los autos caratulados: “Q., L. S. c/S., M. J. s/Sumario (Alimentos)” (Expte. Nº 90/12), se desprende del informe de la Actuaria de fecha 14 de diciembre de 2011 (fs. 19), que en dicho expediente ya se habían proveído las prueba ofrecidas por las partes y se había fijado la Audiencia de Vista de Causa para el día 9 de febrero del cte. año, la cual es realizada ese mismo día (conf. fs. 175). Posteriormente con fecha 20 de abril de 2012 se ha dictado sentencia (fs. 209/217 y vta.) disponiéndose la cuota alimentaria para la niña A., a cargo de su padre Sr. M. J. S. equivalente al 25 % de los ingresos netos que éste perciba, más los adicionales netos que perciba por cualquier concepto como dependiente de la Asociación Cooperadora de la Estación Experimental y Agroforestal INTA Esquel, como asimismo la modalidad de pago de la cuota suplementaria se determinará cuando se efectúe la liquidación correspondiente (segundo

párrafo del considerando de fs. 216 vta.).----------

------Que, por todo ello y a tenor de la Convención sobre los Derechos del Niño, la obligación alimentaria de los abuelos respecto de sus nietos menores de edad se ha transformado al menos, en simultánea con la que incumbe al progenitor es de rango constitucional y por lo tanto desplaza a la subsidiariedad establecida en el art. 367 del Código Civil, cuando de menores de edad de trata.----------

------Que, se desprende de las actuaciones que la Sra. Juez de Familia al disponer como medida cautelar alimentos provisorios a cargo del abuelo paterno en fecha 15 de diciembre de 2011 (primer párrafo de fs. 39 vta.), no se había acreditado aún la imposibilidad de los progenitores de proveer la misma, ya que a dicha fecha no se había producido la totalidad de la prueba en el proceso de alimentos entablado contra el padre de la niña Sr. M. J. S., la cual es producida en fecha 9 de febrero de 2012 (fs. 175) conforme surge del expediente Nº 170/2011 J.F. Nº 2 (Expte. Nº 90/2012 CANO).----------
---

------Que también surge del expediente Nº 500/2011 caratulado: “S., A.V. s/Medida cautelar” que interin y en fecha 26 de septiembre de 2011 la Sra. Juez de Familia dispone en carácter cautelar alimentos provisorios por la suma de $ 260 a cargo del abuelo paterno de A., Sr. J. L. S. y por el plazo de 60 días, las que han sido efectivizadas conforme surge de fs. 21 y 22 de dichos autos.----------

------Que la presente acción se inicia el 15 de diciembre del año 2011, después del cese de la medida cautelar dispuesta en el expediente Nº 500/2011, observándose que el sumario instaurado contra el Sr. M. J. S. (padre de la niña) ha sido iniciado en fecha 14 de abril de 2011 (fs. 32 del Expte. Nº 90/12 CANO) y que se ha dictado sentencia en dicho expediente (fs. 209/217 y vta.), la cual ingresa a esta Cámara en grado de apelación.-----
---

------Que no obstante ello y aún considerando que la obligación de los abuelos es subsidiaria respecto a la los padres, conforme el orden establecido por el art. 367 del Código Civil; y, en atención al tiempo transcurrido entre la demanda instaurada contra el padre de la niña (14 de abril de 201) y el inicio de este proceso (15/12/2011) ha transcurrido ya un

largo tiempo sin que el progenitor haya abonado los alimentos provisorios que se le fijaron, surgiendo del expediente que éste a pesar de las intimaciones realizadas no ha pagado (conf. fs. 50, cuarto párrafo de fs. 62 vta., segundo párrafo de fs. 78), agregándose a fs. 84 un Acta de fecha 14 de julio del año 2011, que da cuenta que el Sr. M. J. S. había sido despedido de la Heladería D., por lo que ante la falta de cumplimiento en ese estadio procesal y con el objeto de asegurar las necesidades alimentarias de su hija, la Sra. Q. dirigió esta acción contra el abuelo paterno.----------
---

------Que así ello, corresponde se confirme el decreto en cuanto ha sido materia de apelación, por cuanto, si bien existe el criterio generalizado en cuanto a que la obligación alimentaria de los abuelos para con sus nietos surge a consecuencia de la imposibilidad de los padres para prestarla, no lo es menos que este concepto debe ceder cuando se den circunstancias especiales que denoten la necesidad de hacer primar la tutela de los derechos básicos de los niños. Es que el bien jurídico a resguardar hace a su subsistencia y por ello ha de adoptarse la solución más acorde con tal estado (conf. C.N.Civil, Sala H autos *"P.M.S. y otro c/ C.J.M. s/Alimentos"* en Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, Nº 12, pág. 233, citado por María Josefa Méndez Costa en "Visión jurisprudencia de los alimentos", Edit. Rubinzal Culzoni. Santa Fé, año 2000, pág. 257).----------
------Por ello, la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, ---

----------R E S U E L V E ----------

------1º) ***CONFIRMAR*** en cuanto ha sido materia de agravio la providencia de fecha 15 de diciembre de 2011.----------
------2º) ***REGISTRESE*** y notifíquese.----------
------La presente resolución es dictada con dos Jueces del Tribunal, por haberse alcanzado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V, Nº17 del D.J.P.).-------

CLAUDIO A. PETRIS **GÛNTHER ENRIQUE FLASS**

REGISTRADA BAJO EL NRO. CANO DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS CIVILES DEL AÑO 2012.-

CONSTE.-