En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de julio del año dos mil quince, reunida en Acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dra. Silvia Noemí Alonso, y asistencia de los señores jueces de cámara Dr. Fernando Nahuelanca y Dr. Julio Antonio Alexandre, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"P., M. E. c/C. R., M. s/ALIMENTOS", expte. nro. 155 año 2015**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia nro. 1 (expte. nro. 512/13), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 446), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Silvia Noemí Alonso, Dr. Julio Antonio Alexandre, Dr. Fernando Nahuelanca.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 400/406 vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. Silvia Noemí Alonso, dijo:

1.El fallo apelado

La jueza de grado hizo lugar parcialmente a la demanda y condenó a la señora M. C. R. a abonar a la actora en representación de su hija menor de edad L. d. C. A., el diez por ciento (10 %) de las remuneraciones

que por todo concepto perciba la demandada, previos descuentos de ley, con más asignaciones familiares y obra social en caso de que correspondan conforme considerando respectivo. Ordenó que las cuotas sean depositadas del 01 al 10 de cada mes en el Banco del Chubut S.A., sucursal local, en cuenta Caja de Ahorro abierta, sin costo de emisión ni mantenimiento, a nombre de la actora. Fijó la cuota suplementaria por alimentos atrasados, y que se devengaron durante la tramitación del juicio, desde septiembre de 2014; las costas del proceso se cargaron a la vencida y se regularon los honorarios

profesionales –fs. 400/406-.

2. El recurso de apelación. Sus fundamentos.

La parte actora apeló a fs. 408, el recurso fue concedido a fs. 409, fundado a fs. 421/430 y contestados los agravios a fs. 434/436.

La recurrente sostiene que la resolución de la jueza de grado le genera gravamen porque ha existido una errónea apreciación de la prueba y "valoración de la demanda" (sic). También se agravia por el monto de la cuota y porque la suplementaria se fijo desde el mes de setiembre de 2014 y no desde el avenimiento tal como fue pedido.

Mediante el primer agravio se cuestionan las afirmaciones de la jueza de grado respecto al rol que la abuela paterna ha tenido en la crianza de la niña.

Concretamente se sostiene que “la supuesta colaboración y solidaridad de la Sra. C. se ha desvanecido en forma inmediata al dictado de la sentencia”. Luego, afirma que tal solidaridad se encuentra reñida con la conducta procesal demostrada en autos ya que la demandada ocultó su real situación laboral y no entregó

las pertenencias de la niña; se detiene en tales aspectos y concluye sosteniendo que tal solidaridad no existe y que se agravia “si es que tal entendimiento ha influido en alguna manera para atemperar el criterio al

momento de la determinación de la cuota alimentaria”.

Se refiere luego, en forma confusa, a los informes del Equipo Técnico Interdisciplinario.

El segundo agravio se refiere específicamente al monto fijado en concepto de cuota alimentaria que califica como insuficiente para cubrir las necesidades de la niña. En forma genérica, cita jurisprudencia y doctrina, sosteniendo que la jueza no ha dado primacía al interés superior de la niña.

El último agravio versa sobre los alimentos devengados y se centra en la fecha a partir de la cual éstos corresponden. Concretamente sostiene que corresponde desde la audiencia de avenimiento (29 de mayo de 2013) y no desde el mes de setiembre de 2014 como lo estableció la jueza; agrega que no existió dilación alguna entre la fecha de agotamiento de la

etapa prejudicial de avenimiento y la presentación de la demanda; de modo tal que la solución consagrada se aparta de los criterios rectores vigentes en al materia. Cita jurisprudencia, sostiene que se ha transgredido el derecho a la igualdad y transcribe los artículos 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 2 a 4 del Pacto Internacional de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales.

3. Tratamiento de los agravios.

Los argumentos relativos al rol de la abuela paterna en la crianza de la niña no constituyen un agravio concreto y, por lo tanto deben ser rechazados. Repárese que de las propias expresiones de la

recurrente se desprende que son meramente hipotéticos en tanto han sido expresados en la medida que tal entendimiento haya influido de alguna manera en la

determinación de la cuota alimentaria.

Huelga señalar que la demostración concreta de la incidencia de tales argumentos en la materia que nos ocupa estaba a cargo de la recurrente y no cabe presumirlos.

El siguiente agravio versa sobre el monto de la cuota y tampoco prosperará porque los fundamentos que sostienen la revisión son manifiestamente insuficientes para conmover una solución dotada de congruencia como lo es la consagrada por la jueza de grado.

La recurrente no ha logrado demostrar el quiebre de la ecuación alimentaria que se integra con dos elementos las posibilidades económicas del alimentante y las necesidades de la alimentada. En ese orden de ideas, el discurso ceñido exclusivamente al último de los elementos ignorando absolutamente el segundo de ellos es insuficiente conforme los elementos probatorios colectados en el proceso y debidamente individualizados por la jueza de grado.

Finalmente el último de los agravios versa sobre la fecha en que se declaró la existencia o nacimiento del crédito por alimentos.

Respecto a tan puntual cuestión he de señalar que los argumentos esgrimidos por la recurrente transitan un andarivel genérico y dejan incólumne el fundamento del fallo. En efecto, la jueza en modo alguno sostuvo su decisión en la dilación entre la fecha de finalización de la etapa de avenimiento y la de iniciación de la demanda; razón por las cuales los argumentos vinculados a este tema son ajenos a la decisión impugnada. Es que en la sentencia de primera instancia se ha hecho expresa referencia a un dato concreto y puntual de la litis: el momento en que la niña comenzó a convivir con su madre (septiembre de 2014). En ese orden de ideas ciñéndose a las pruebas colectadas, a las reglas de la lógica y al dictamen de la Sra. Asesora de Familia es que se dispuso a partir

de esa fecha el devengamiento de la obligación alimentaria en cabeza de su abuela y en función del reclamo materno; este fundamento ha quedado sin critica concreta y razonada y por lo tanto solo cabe su confirmación.

4. Costas y honorarios

Las costas de esta instancia deben imponerse en el orden causado teniendo en cuenta el resultado obtenido y la naturaleza de este proceso.

Los honorarios de esta instancia deben ser regulados para la Dra. M. A. P. en el 28% de los determinados en la instancia de grado y los de la Dra. A. S. P. en el 25% de los fijados en esa instancia. Ello de conformidad con las pautas generales del artículo 5 de la ley arancelaria vigente y por aplicación de la escala específica prevista por el art. 13 del mismo ordenamiento. A la segunda cuestión, la Dra. S. N. A. dijo:

1º) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y confirmar la sentencia apelada en lo que fue materia de agravio.

2º) Costas de esta instancia en el orden causado.

3º) Regular los honorarios profesionales del modo propuesto.

A la primera cuestión el Dr. Julio Antonio Alexandre, dijo:

Que tal como adelantara en su voto mi colega preopinante la sentencia parcialmente condenatoria de fs. 400/406vta. es apelada por la accionante a fs. 408, conforme el informe de fs. 421/430vta. contestados por su oponente a fs. 434/436vta. y por ésta a fs. 411 frustrando su queja tal como se indica a fs. 431, y es escuchada la señora Asesora de Familia en representación de la menor involucrada en la causa a fs. 443/443vta. sosteniendo el fallo.

Quien abre el acuerdo a reseñado en forma breve y ajustada tanto el contenido de la resolución impugnada como los argumentos de la queja evitando de tal modo su mera reiteración.

Tras detenida lectura y cotejo de los razones que se invocan invitando e intentando la revisión de lo decidido, en relación a los fundamentos dados en sus considerandos y siendo que la demandada cuestiona, en principio, aquellas expresiones considerándolas insuficientes a la luz de las exigencias del art. 269 CPr/DJ, entiendo que tal acto procesal, no satisface con el mero “quantum discursivo” sino que es la “qualitae” la que hace a la esencia de la critica razonada, por lo tanto, no basta con disentir con el pronunciamiento, pues disentir no es criticar de modo tal que el recurso debe bastarse a si mismo. En consecuencia tanto los disensos subjetivos como la exposición retórica de la posibilidad de haberse interpretado las pretensiones o

sus defensas de modo distinto al llegado por la a quo, si bien constituye características propias del debate dialéctico, no lo son de la impugnación judicial que se pretende.

Entiéndase que he sostenido, conforme pacífica doctrina y jurisprudencia que debe diferenciarse el concepto de «agravio» del de «argumento», ya que entendemos por «agravio» toda crítica dirigida a las denominadas «cuestiones esenciales», que son las que hacen a la estructura de la litis y su esquema jurídico. Que sin su consideración no sería posible resolver el caso planteado. Va de suyo que su tratamiento es obligatorio para la Alzada. En cambio, debe entenderse como «argumento» toda mención efectuada por la parte apelante destinada a sostener su posición, pero que no se refiere a las ya citadas «cuestiones esenciales». Los argumentos no son de tratamiento obligatorio en segunda instancia (ver v. gr. SCBA Ac 32953 del 12-VI-84, Ac. 42311 del 31-X-89, Ac. 43836 del 20-XI-91, Ac. 43658 del 17-III-92, Ac. 50762 del 7-III.-95, Ac. 54992 del 19-X-96, Ac. 67337 del 1-VII97; CALZ, Sala I, Reg. Sent. Def. 92-93, 116-94, 27293, 48-96, 126-93, 32-90, 35-96, 159-96, 45-00 y muchos otros). Máxime cuando tales argumentos refieren a situaciones ajenas a las planteadas en la instancia de origen y dada la naturaleza del fuero la recurrente podrá hacer valer en

el tiempo y por la vía que puedan corresponder pero no en esta instancia.

Veamos. Establece el art. 280 del CPr/DJ que "El Tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia". La normativa procesal transcripta, con fundamento en los principios de congruencia y preclusión procesal, regula los límites en la actuación de los Tribunales de Alzada una vez instada su jurisdicción mediante la interposición del recurso de apelación (argto. arts. 34 inc. 4to, 165 inc. 6to, 269, 275 y conds. de tal cuerpo legal y art. 18 de la CN.; art. 44 de la CPCh. ; Conf. AZPELICUETA, Juan José - TESSONE, Alberto "La Alzada, Poderes y Deberes", Ed. Platense, 1993, p. 176 y ss.).

En tal orden de consideraciones, ha expresado Hitters que: "...excede los límites del recurso de apelación el tratamiento de temas introducidos como alternativa recién en segunda instancia, toda vez que la alzada no puede fallar sobre cuestiones no planteadas en el primer grado (...) la alzada por ser un área de revisión carece de poderes para decidir temas no sometidos al juez inferior, ya que la función prístina del ad quem no es la de fallar en primer grado sino la de controlar la decisión de los magistrados de jerarquía inferior"(HITTERS, Juan Carlos "Técnica de los recursos ordinarios", Librería Editora Platense, 2004, p. 420/424).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado, al respecto, señalando que "configura una extensión indebida de los límites de la jurisdicción de los tribunales de segunda instancia la incorporación al litigio de una defensa no alegada y en una oportunidad impropia para posibilitar la discusión de su admisibilidad y procedencia ("Fallos": 276:216; 310:1753; 311:569) o la admisión de planteos que no fueron oportunamente introducidos por las partes" ("Fallos": 298:642; 306:447, 843).

Por su parte, el Supremo Tribunal Provincial ha señalado que "Las atribuciones de los tribunales de apelación se encuentran doblemente acotadas. De un lado, por la estructura de la relación procesal —básicamente explicitada por el contenido de las pretensiones deducidas en la demanda y su contestación— y, del otro, por los agravios desplegados en los recursos que deben resolver " (SCBA, C. 108.160 Sent. del 27/VI/2012).

En suma, el tribunal de Alzada quebranta los principios de congruencia y preclusión procesal cuando su fallo recae sobre cuestiones o defensas que no fueron sometidas al juez de primera instancia (argto. arts. 34 inc. 4to, 163 inc. 6to., 266, 272 y conds. del CPC; conf. doctrina y jurisp. citada).

Ello así por cuanto el recurso de apelación no se concibe como una renovación plena del debate o una repetición del proceso antecedente, sino como un medio

de revisión destinado a verificar ——sobre la base de la resolución impugnada—— el acierto o error con que el juez de primer grado ha valorado los actos instructorios producidos en la instancia anterior (argto. argto. arts. 34 inc. 4to, 163 inc. 6to, 266, 272 y conds. del CPC; conf. doctrina y jurisp. citada). Sentado ello, entiendo que las afirmaciones realizadas por el recurrente referidas a que se debe aplicar el índice de costo de obra que calcula la Consultora Reporte Inmobiliario, resulta ser un

capítulo que no fue oportunamente sometida a la decisión del magistrado de la instancia anterior quedando por ello al margen de la función revisora de esta Alzada (argto. arts. 34 inc. 4to, 163 inc. 6to, 266, 272 y cc. del C.P.C; jurisp. esta Sala, causa Nº 146.863; RSD324-10 del 29/12/10).(ver v. gr. CApel., Civ. y Com. de Mar del Plata, sala III, 03/12/2013 –"Amaya, María Antonia c. BBVA Consolidar Seguros S.A. s/ daños y perjuicios por incumplimiento contractual"- Publicado en: RCyS 2014-II 228 • RCyS 2014-VII , 231; Cita online: AR/JUR/84011/2013).

Por todo lo dicho y conforme el principio de tolerancia en cuanto al cumplimiento de los requisitos del art. 268 CPr/DJ, corresponde el rechazo de su primer pretensión formulada a fs. 421vta. p. III.

En cuanto al siguiente discurso, con pretensión de crítica, en cuanto a la cuantificación del monto ya que

en consideración de la recurrente la iudex a quo no tuvo en cuenta las reales necesidades de la menor, poniendo especial énfasis en tal extremo, pone de manifiesto la debilidad de la queja ya que invita a utilizar un método de determinación inadmisible en relación a la naturaleza de la obligación alimentaria que rige el caso.

Veamos. El deber alimentario de los ascendientes y en particular de los abuelos es un tema de debate doctrinario y jurisprudencial en nuestro derecho. Los abuelos tienen obligación alimentaria expresa respecto de sus nietos; la cuestión discutible consiste en determinar qué naturaleza jurídica tiene ese deber. Si esa obligación de los abuelos es parte del derecho alimentario entre parientes, va a tratarse de una obligación subsidiaria y delimitada a cubrir las necesidades vitales básicas del nieto. Si, en cambio, se trata de una obligación que surge del derecho de los menores a un alimento filial, como una obligación extensiva de la obligación de los padres, el deber del abuelo no será necesariamente subsidiario, o sea, que podría reclamarse en forma simultánea o incluso antes que al reclamo a los padres, si es más beneficioso para el niño y, por supuesto, no se reduciría a cubrir sólo el mínimo vital del nieto.

En tal sentido se ha dicho si la razón de los derechos del niño es asegurar sus necesidades básica, debe pensarse en los modos en que tales exigencias sean

tuteladas. No basta en la enumeración de los derechos sino que es preciso buscar los caminos para que tengan efectividad. Es decir, imaginar los mecanismos para garantizarlos, tanto desde el punto de vista asistencial como de su protección jurisdiccional (ver Cecilia Grosman en "Significado de la Convención de los Derechos del niño en las relaciones de familia" en LL 23/05/1993).

Una recta aplicación de tal Convención nos lleva a sostener que la obligación alimentaria de los abuelos con relación a los nietos no puede ser regida por los arts. 367 y concs. del CCiv., esto es normas que regulan los alimentos de los parientes en general ya que por aplicación del art. 27 ap. 4 CDN no cabe sino concluir que nos hallamos frente a una obligación solidaria, donde el actor le bastará con acreditar la que ante la falta de cumplimiento de su progenitor requerido corresponde hacer lugar a la demanda contra los abuelos cuando estos están en condiciones de brindar los alimentos. (volveré sobre este último requisito).

Otra interpretación atentaría contra sus derechos, concluyendo que la subsidiaridad de la obligación alimentaria de los abuelos conforme el art. 367 CCiv., se torna inaplicable por existir normas de jerarquía superior que no la prevén (arts. 3 y 27 CDN).

Como consecuencia de ello ante el incumplimiento de los obligados principales, el nieto tiene expedita la acción alimentaria contra sus abuelos.

En cuanto al tema nuestra Corte Suprema, en un fallo de 2005, fijó un criterio muy especial, ya que reconoció el deber alimentario de los abuelos, pero requirió que los reclamantes acreditaran que fue imposible obtener el cumplimiento alimentario de parte de los padres. La reforma proyectada consagra en su art. 668 la posibilidad de demandar simultáneamente a los abuelos y progenitores, "en el mismo proceso… o en proceso diverso"; sin embargo, la última parte de la norma dice que "además de lo previsto en el título del parentesco, debe acreditarse verosímilmente las dificultades del actor para percibir los alimentos del progenitor obligado", con lo que sigue la línea interpretativa del mencionado fallo de la Corte Suprema(Corte Suprema de Justicia de la Nación, 15/11/2005 – "F., L. V. L., V.", publicado en Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2006 – II, Pág. 17 y ss.).

Esto es aún cuando se flexibilizo la promoción de la acción y el contenido de la prestación no implica sin más la carga probatoria impuesta al requirente y la necesidad del juez de precisar de la manera mas razonable la fijación de la cuota, de allí que se impone

también – tal como lo previne anteriormente- la necesidad de establecer cuales son las posibilidades económicas del alimentante para no tornar ilusorias las expectativas del alimentado. Tal extremo es el que se ha tenido en cuenta en el fallo pero no por parte de la recurrente y de tal modo otorgar certeza en cuanto a su pretensión actual y la seguridad del mantenimiento del debido equilibrio. Esto es, falto fundar en los hechos de conformidad con la prueba adquirida el error de apreciación del sentenciante y la razonabilidad de sus argumentos, que una vez mas, no alcanzan al nivel de la critica esperada por la norma.

Que a fs. 405 p. IV, se afirma que atento el planteo de la Sra. Asesora de Familia, en oportunidad de dictaminar en la audiencia de vista de causa, de pedir los alimentos desde el momento en que la niña comienza a convivir con su madre (septiembre de 2014), comparto el criterio que parezca lógico disponerlo de ese modo, toda vez que es ese el momento en el que nace la obligación alimentaria en cabeza de la abuela. Todo en consonancia con lo dicho en párrafos anteriores. pero tal razonamiento no ha sido motivo de agravios puntuales y los argumentos brindados son ajenos a las peculiaridades de la presente por lo que su acogimiento implicaría incongruencia.

Que atento lo propuesto al acuerdo y la naturaleza de la pretensión las costas se imponen por el orden

causado y se difiere la regulación de honorarios al momento del acuerdo en el que se tendrán en cuenta las pautas arancelarias de la ley XIII nos. 4 y 15. A la segunda cuestión el Dr. Julio Antonio Alexandre Alexandre dijo:

Habiendo concordado con el voto de la Dra. Alonso reitero su formula decisoria.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que el Dr. Fernando Nahuelanca, no emite su voto.

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

SENTENCIA:

1º) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y confirmar la sentencia apelada en lo que fue materia de agravio.

2º) Costas de esta instancia en el orden causado.

3º) Regular los honorarios profesionales de esta instancia para la Dra. M. A. P. en el VEINTIOCHO POR CIENTO (28%)de los determinados en la instancia de grado y los de la Dra. A. S. P. en el VEINTICINCO POR CIENTO (25%) de los fijados en esa instancia.

4°) Regístrese, notifíquese, devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL NRO. AÑO 2015

DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS “F”