----Trelew, de noviembre de 2018. ----------

----**VISTO**: La resolución de fs. 297, el recurso de apelación deducido a fs. 298 por la parte demandada, concedido a fs. 299 en relación y con efecto suspensivo, fundado a fs. 300/304 y contestado por la contraria a fs. 306/vta.----------

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

----I.- Que la resolución recurrida rechazó la petición de la Sra. K. D. P. de fs. 290/291, por la cual había solicitado la aplicación de astreintes al Sr. F. B. por cada día de retraso hasta el efectivo cumplimiento de la manda judicial en concepto de alimentos establecida en la Sentencia Definitiva N° 16/2016. Ello, en tanto, consideró que el Sr. B. se encontraba brindando a su hija O. el beneficio de una obra social prepaga, conforme constancia de fs. 280/283.----------II.- La recurrente se agravia de dicho rechazo por su carencia de fundamentación. Señala que el Sr. B. modificó unilateralmente la sentencia definitiva N° 16/2016, que establecía —entre otras prestaciones— la cobertura de la Obra Social OSDE. Agrega además que el padre de su hija no acreditó bajo ningún aspecto las circunstancias económicas y laborales por las cuales realizó dicha modificación. Indica que la prestación de OSDE no fue acordada por las partes sino que fue determinada por sentencia y su modificación no le fue notificada previamente. Manifiesta que el cambio unilateral del padre provocó el desamparo asistencial de la niña. ----------En el traslado correspondiente, el actor reiteró que las razones por las cuales llevaron a modificar la obra social de O. fueron de índole económica y personales, habiendo sido la Sra. Del P. informada oportunamente, motivo por el cual niega que la niña haya quedado desamparada.----------III.-

Que a fs. 326 obra vista a la Asesoría de Familia, quien entiende que corresponde hacer lugar al planteo efectuado por la Sra. Del P., conforme lo señalado a fs. 300/304. Por su parte, respecto de la audiencia que establece el art. 130 de la Ley III N° 21, la misma no fue convocada en virtud de la materia en análisis y por cuanto este Tribunal tomó oportunamente conocimiento personal y directo de la niña y de las partes involucradas en este mismo expediente.----------IV.- Que llega a esta Alzada para resolver la procedencia de la aplicación de astreintes hasta el efectivo cumplimiento por parte del Sr. F. B. de abonar a favor de O. B. Del P. la prestadora de salud OSDE como parte integrante de la obligación alimentaria fijada por la Sentencia Definitiva 16/2016.----------

----Al respecto, no se encuentra discutido por las partes la alteración de la entidad de medicina prepaga, sino las circunstancias en las que la misma se produjo. Así, el padre sostiene que mediaron circunstancias personales, laborales y económicas que lo llevaron a cambiar la obra social, con el pertinente aviso previo a la madre, mientras que ésta sostiene que aquel cambio se produjo de manera inconsulta, unilateral, intempestiva e improcedente, en tanto vino a modificar los términos de una sentencia judicial firme

respecto de la materia alimentaria.----------

----Debe tenerse presente que la Sentencia Definitiva Nro. 16/2016 de fs. 175/177 resolvió —en su primer punto— hacer lugar a la cuota alimentaria ofrecida por el actor a favor de su hija O., y fijarla en la suma de $1800, más “la obra social Osde”.----------

----En autos, el Sr. B. expresó que modificó la obra social, contratando la obra social OSPE; aduciendo que ello obedeció a motivos personales y económicos; implicando ello un incumplimiento de los términos de la Sentencia Definitiva N° 16/2016, de manera unilateral e inconsulta, en el modo de cumplimiento de la prestación debida. Dicha circunstancia, coincidiendo con lo dictaminado por la Sra. Asesora de Familia, provocará la revocación de la resolución del grado.----------

----Ello, en tanto, la cuota alimentaria que el actor paga por su hija fue determinada mediante una sentencia judicial, de carácter firme, la que no puede ser modificada unilateralmente por las partes. Así, si bien la sentencia recaída en juicio de alimentos en principio no produce efectos de cosa juzgada en sentido material sino tan solo formal, por ser esencialmente mutable, ello no implica que su modificación quede sujeta al arbitrio unilateral de las partes, sino que se admite cuando cambian las circunstancias tenidas en cuenta al emitirse el fallo (conf. CACR, Sala B, SIC N° 154/2004).----------

----De esta manera, se ha sostenido de manera concluyente que el alimentante debe la cuota alimentaria acordada o determinada hasta tanto se cambie por otro acuerdo o por otra resolución judicial, pues no cabe la modificación, suspensión o cese de los alimentos por voluntad unilateral (conf. CAT, Sala B, SIF N° 54/2018; Herrera, Marisa - Caramelo, Gustavo - Picasso, Sebastián; "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Tomo II. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, año 2015, infojus, p. 247). ----------

----Es por ese motivo que la norma procesal de nuestra provincia establece expresamente en su art. 662 el procedimiento que debe seguirse —en caso de no haber acuerdo entre alimentante y alimentado— a los efectos de producir tal modificación; el cual es de naturaleza incidental (art. 177 del CPCC; conf. esta Sala, SIF N° 30/2017; La Ley online, AR/JUR/9021/2005; MJ-JU-M-14285; AR -MJJ14285; MJJ14285; C.N.Civ. Sala B en El dial, com. AA822A; C.N.Civ. Sala D en E.D. 122650;C.N.Civ. Sala H en L.L. 1998-B-917, entre muchos otros). En este procedimiento, además, debe contarse necesariamente con la intervención del Ministerio Pupilar, con relación a la determinación de la cuota alimentaria, para evitar la vulneración de los derechos del alimentado (conf. CAPM, SIF N° 07/2016), además, de la resolución judicial fundada, lo que aquí no ha acontecido en forma previa a la modificación unilateral dispuesta por el alimentante. ----------

----Es que en este sentido no guarda relevancia que éste indique que la nueva cobertura asistencia es igual o mejor a la que fue determinada por sentencia o que carece de los recursos suficientes a los fines de afrontar esta última, si ello no es puesto a consideración, prueba y resolución en el incidente correspondiente (conf. Mendez Costa, D Antonio: “Derecho de Familia” T II, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe 2001, p. 475;

CACR, Sala B, SIF N° 36/2014). ----------

----De tal manera, debe revocarse la resolución del grado, la cual además —cabe recalcar— hizo caso omiso al dictamen dado en forma previa por la Asesoría de Familia a fs. 296, que sugirió la convocatoria de las partes a una audiencia, lo que bien pudo servir para buscar el acuerdo entre estas o incidentar al menos el conflicto. En este sentido, debe volver a reiterarse lo ya señalado por esta Sala acerca del rol que cumple la Asesoría de Familia, de suma importancia, en cuestiones que involucra a personas menores de edad; por lo que, si bien su dictamen no es vinculante, debe fundarse especialmente aquella decisión que se aparte de su posición o sugerencia (esta Sala, SDF N° 05/2018).----------

----Así las cosas, teniendo en cuenta dicho dictamen, y que la modificación reiterada del agente de salud de la niña puede significar un detrimento para su cobertura asistencial (por ejemplo, en cuanto al régimen de carencias y preexistencias), no es conveniente resolver en esta instancia la intimación —sin más— a que el padre vuelva a contratar la obra social OSDE para O..----------

Ello, en tanto, debe fallarse con arreglo a la situación fáctica y jurídica existente a la fecha de la sentencia, teniendo en cuenta no solo los factores iniciales sino también los sobrevinientes, sean estos últimos agraviantes o no (conf. CACR, Sala A, SDC N° 51/2000). Y, en el caso, debe tenerse presente que se encuentra en juego el interés superior de la niña y su derecho a gozar del más alto nivel posible de salud, cuya tutela debe primar —incluso— sobre el derecho de los adultos (conf. arts. 3.1 y 24 de la Convención sobre los derechos del niño; arts. 639, inc. a del CCCN; CACR, Sala A, SIF N° 179/2016).----------

----Siendo así, deberá revocarse la resolución de fs. 297 y ordenarse al Juzgado de grado que, previo a resolver lo que resulte procedente, fije de manera inmediata una audiencia, a los efectos que las partes, como padres de la niña, puedan arribar a la solución más conveniente en el mejor interés de O., conforme recomendara la Asesoría de Familia a fs. 296, respecto de su cobertura de salud.----------

----En este sentido, finalmente, también se exhorta a los padres de la niña a que recuerden que la finalidad de la responsabilidad parental que detentan por O. se encuentra en el desarrollo integral de la misma, en todas sus potencialidades, cuestión que debe primar sobre sus propios intereses (conf. doc. art. 638 del CCCN; CAPM, SIF N° 16/2016 y SIF N° 22/2016; CACR, Sala B, SIF N° 65/2014). De hecho, el art. 18 de la Convención sobre los derechos del niño establece de manera expresa que la preocupación fundamental de los padres debe ser el interés superior del niño. Por ello, deben recordar que su estado de “padres” es independiente de sus situaciones personales y la relación que tengan entre sí, y que siempre los vincula respecto de su hija, y que, si bien su palabra es prioritaria, es reemplazada por la del Juez cuando fracasan en el acuerdo sobre las cuestiones que hagan al mejor interés de su hija (conf.

art. 642 del CCCN). ----------

---IV.- En virtud de ello, las costas serán impuestas al Sr. F. B. (art. 69 y 70 del CPCC). Se regulan los honorarios de esta instancia, para lo cual se tendrá en consideración el mérito a la labor desarrollada, la inexistencia de un monto determinado para la incidencia y la solución arribada, a los Dres. V. G., patrocinante del actor, y G. O. C. R., patrocinante de la demandada, la suma equivalente a 8 JUS, a cada uno (arts. 5, 6, 7, 13, 29, 32 y 46 de la Ley XIII Nro. 4).----------

----Por ello, la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones con asiento en la ciudad de Trelew; **RESUELVE**:----------

----REVOCAR la resolución de fs. 297 en todo aquello que fuera materia de agravios.----

--ORDENAR al Juzgado de Primera Instancia que, previo a resolver lo que corresponda, fije de manera inmediata una audiencia conciliatoria para que las partes, con la presencia de la Asesoría de Familia, arriben a la solución más conveniente, razonable y satisfactoria en el mejor interés de O. respecto de su prestadora de salud.----------

----IMPONER las costas al Sr. F. B..----------

----REGULAR los honorarios de los Dres. V. G. y G. O. C. R., en la suma equivalente a 8 JUS, a cada uno.----------

----La presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haber coincidencia de opinión y hallarse el restante vocal de Sala en uso de licencia (art. 7º y 8° ley V nº 17).-----

Regístrese, notifíquese y devuélvase. ----------

FLORENCIA CORDÓN FERRANDO
JUEZA DE CÁMARA

NATALIA I. SPOTURNO
PRESIDENTE

----REGISTRADA BAJO EL N° _____ DE 2018 – SIF. - CONSTE. ----------

GUILLERMO N. WALTER
SECRETARIO DE CÁMARA