En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de marzo del año dos mil diecinueve, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo E. Fiordelisi y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara María Inés de Villafañe y Dr. Julián Emil Jalil para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados**: "R., R. N. c/ F., R. H. s/ Alimentos" (Expte. N° 142/18),** venidos del Juzgado de Familia N° 2 en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA**:¿Es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL dijo:

1.- Antecedentes del caso. A fs. 185/194 se dictó sentencia definitiva de alimentos. A fs. 196 la parte actora apela dicha resolución. A fs. 205/208 la parte actora expresa agravios. A fs. 219 y vta. la Sra. Asesora de familia contesta vista.

2.- La sentencia puesta en crisis. A fs. 185/194 y vta. la Sra. Jueza de Familia rechaza la demanda de alimentos que iniciara la Sra. R. N. R. en representación de su hijo G. A. F. y deja sin efectos los alimentos provisorios dispuesto por el auto interlocutorio N° 146 del 2016.

Impuso las costas por su orden y reguló honorarios.

3.- Los agravios de la parte actora. En su expresión de agravios de fs. 205/208 la parte actora indica que la obligación alimentaria pesa sobre los progenitores en primer término, pero en el caso que nos ocupa el padre de

G. se ha desatendido en forma absoluta de su responsabilidad parental incluyendo su obligación alimentaria.

Agrega que los demandados no han probado por ningún medio que su hijo se encuentre cumpliendo con la obligación alimentaria. Explica que el acuerdo firmado fue incumplido desde su inicio, y no posee bienes como tampoco trabajo que permita la viabilidad de una ejecución.

Entiende que la *a quo* equivoca el derecho aplicable, y cita el art. 668 del CCyC. Afirma que su finalidad consiste en garantizar al niño las necesidades básicas para su desarrollo físico, intelectual, espiritual, moral y social (arts. 3 y 27 de la CDN). Considera que estas normas obligan a los jueces a evitar rigorismos formales en cuanto a las pruebas y exigencias procesales que podrían obstaculizar el cumplimiento de la obligación alimentaria.

Expresa que el requisito para que opere esta obligación es que los legitimados activos contra los ascendientes (abuelos) prueben que no pueden percibirse los alimentos de los padres, siendo exigible acreditar verosímilmente que el actor tiene problemas, limitaciones o reticencias para percibir la prestación alimentaria de los primeros obligados.

Dice que esa exigencia se encuentra cumplimentada con la contestación de la AFIP de fs. 129 donde consta que el principal obligado (C. A. F.) ya no se encuentra vinculado laboralmente a su empleadora.

Entiende que no se puede supeditar el derecho alimentario de G. a que su madre acredite y cumpla con requisitos muy rígidos, ya que ello podría atentar contra los derechos fundamentales reconocidos, tanto por la CDN, como por nuestro Código de fondo (arts. 3 y 27 de la CDN, art. 668 CCyC).

Considera que imponer que se inicie un incidente de ejecución o que plantee la denuncia penal como previo a sabiendas que la realidad indica que están condenadas a brindar resultado negativo, es no respetar la normativa

vigente en el ámbito interno y desconocer los derechos de raigambre constitucional del derecho de familia.

Considera que la prueba aportada en autos ha sido erróneamente valorada por la Sra. Magistrada de grado pues quedó acreditado el incumplimiento del progenitor y del informe socio-ambiental se desprende que la situación económica no es holgada y que el único sustento del hogar provine de su trabajo como empleada municipal.

Afirma que la obligación de los abuelos deriva asimismo del art. 27 de la CDN y que el hecho de que exista subsidiariedad no implica que no exista dicha obligación que se basa en la solidaridad familiar. Agrega que estando involucrados los derechos de los menores y debiendo valerse por el interés superior del niño, se debe analizar profundamente la subsidiariedad, ante ello debe flexibilizarse los requisitos procesales para la procedencia de la demanda.

Concluye que la Sra. Magistrada de grado no valoró las obligaciones legales que les cabe a los abuelos, ni la naturaleza del proceso llevado a los estrados.

4.- Cuestión preliminar. Normativa aplicable. Tratándose de una cuestión que debe resolverse mediante la legislación civil y estando en vigencia el Código Civil y Comercial (Ley 26.994) al momento de suscripción del presente acto jurisdiccional, corresponde precisar que la normativa de ese cuerpo establece la regla de aplicación inmediata del nuevo ordenamiento, para los hechos posteriores o aquellos que se encuentren en curso de ejecución que no constituyan una situación jurídica consumada. (Ver: mis trabajos: JALIL, Julián Emil. "*La aplicación del nuevo Código Civil y Comercial en la función resarcitoria de la responsabilidad civil. Desentrañando los enigmas de la implementación del art. 7 del Código Civil y Comercial*", Ed. La Ley, RCyS

2015-XI, 22 AR/DOC/3240/2015. Y Asimismo: JALIL, Julián Emil, "*La aplicación del art. 7 del Código Civil y Comercial y su impacto en el sistema de responsabilidad civil"*, Ed. La Ley, RCCyC, 2015 (octubre), 151, AR/DOC/3019/2015).

5.- Metodología empleada para el tratamiento de los agravios. Es jurisprudencia arraigada de la CSJN que a los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino sólo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso, ni tampoco a ponderar todos los elementos y pruebas aportados al juicio, bastando sólo aquellos que consideren conducentes para fundar sus conclusiones. (Conf. CSJN, Fallos, t. 294, p. 466, t. 295, ps. 135, 356 y 362; t. 276, ps. 132 y 311; t. 280, p. 320 y t. 302, p. 1564 -Rep. LA LEY, t. XXXVIII, J-Z, p. 1182, sum. 20; p. 1183, sum. 21; p. 1182, sum. 20; Rev. LA LEY, t. 139, p. 764, fallo 24.057-S; t. 139, p. 617; t. 144, p. 611, fallo 27.641-S; Rep. LA LEY, t. XLII, J-Z, p. 2370, sum. 45-, entre otros; CNCiv., sala B, E. D., t. 59, p. 250 -Rep. LA LEY, t. XXXV, J-Z, p. 1670, sum. 141-; ídem, sala C, E. D., t. 59, p. 154 -Rev. LA LEY, t. 156, p. 850, fallo 31.874-S-; ídem, sala D, L. 272.208, del 2/9/82; ídem, sala E, E. D., t. 80, p. 272; ídem, sala F, L. 208.621, del 21/6/83. Asimismo: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, J., F. M., 16/02/1984, LA LEY 1984-C, 414, AR/JUR/192/1984. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, "Vieyra, Witcomb, Jorge R. c. Caisso, María M", 27/08/1982, AR/JUR/1829/1982; y jurisprudencia local: CACR, en autos: "V, J y otro c/ T. C. M. SA (M) s/ Sumarísimo", Expte. Nro. 556/15, entre otros).

Teniendo en cuenta el art. 7 de la Carta de Derechos de los Ciudadanos de la Provincia del Chubut ante la Justicia (Ley V - Nº 108), el presente acto jurisdiccional se redactará de la forma más clara y comprensible para sus destinatarios, intentando emplear una sintaxis y estructura sencilla, sin

perjuicio del rigor técnico que sea necesario. En base a lo expuesto, separaré las cuestiones por títulos y daré contenido descriptivo a cada uno de ellos.

6.- El tratamiento de los agravios.

6.1.- El fundamento constitucional de la obligación alimentaria. Del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional surgen los Tratados Internacionales que gozan de jerarquía constitucional. Entre ellos, y lo que aquí compete: la Convención de los Derechos del Niño, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Partiendo de ello, resulta relevante para este caso especialmente lo previsto por el arts. 3 y 27 de la Convención de los Derechos del Niño, y el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales.

El art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño establece que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Por su parte, el art. 27 de dicha Convención reza que: "…1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. 2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño... 4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero...".

Asimismo, el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales señala que "...1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento..."

Es en este marco supranacional donde debe analizarse el derecho alimentario del adolescente G. A. R., conforme los arts. 1 y 2 del CCyC.

6.2.- La necesidad de acreditar las dificultades del actor para percibir los alimentos del progenitor. El art. 668 del CCyC dispone que los alimentos a los ascendientes pueden ser reclamados en el mismo proceso en que se demanda a los progenitores o en proceso diverso; además de lo previsto en el título de parentesco, debe acreditarse verosímilmente las dificultades del actor para percibir los alimentos del progenitor obligado.

Bajo el presente precepto, la Sra. Jueza de grado ha indicado todas las medidas jurisdiccionales que el accionante tiene a su alcance para hacer efectivo el cobro contra el progenitor antes de requerir el pago a sus abuelos.

Adelanto mi opinión en torno a que esas formalidades deben ceder ante los derechos conculcados que atañen a la persona menor de edad y que en definitiva resultan amparados por el *interés superior del niño*. Al respecto ha dicho el STJCH que la regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene, al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, incluso, llegado el caso,

el de los padres. El niño, desde el punto de vista del derecho es una persona con intereses diferenciados que pueden coincidir, pero no se reducen a los de sus mayores. (STJCH en autos: M., R. I. y Otra s/ Adopción, Expte. Nº 21.797-M-2009, Id. V., F. M. s/ Adopción Simple", Expte. N° 19.520-V-2004, S.D. 09/S.R.E./05, Tal criterio es mantenido por la Corte en las causas "M.D.H. c/ M.B.M.F.", 29/04/08, Fallos, 331:941, en "A.F.", 13/03/07, Fallos, 330:642, "Antinao, Celia c/ D. C., M. A. - D., G. N.", 17/04/07, Fallos, 330:1671 y "S.,C. s/ Adopción", 02/08/05, Fallos, 328:287).

Pero además de estas consideraciones específicas, también razones de *tutela judicial efectiva* autorizan la misma solución. Previo a analizar esas circunstancias corresponde explicitar cómo ha evolucionado el concepto de *subsidiariedad* en concordancia con el sistema normativo entendido en su totalidad. (Conf. art. 1 y 2 del CCyC, art. 75 inc. 22 de la CN, arts. 3 y 27 de la CDN, y 11 del PIDES).

6.3.- La subsidiariedad y las formalidades previas. Desde una posición clásica la obligación alimentaria de los abuelos resulta de neto corte subsidiario, costado que se presentaba como ilimitado o absoluto (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 12/08/2009, A., G. y otro c. G., S., DJ 20/01/2010, 115; Cámara de Apelaciones en Familia y Sucesiones de Tucumán, sala II, 24/07/2007, B. N. S. c. C. Y. A. E., LLNOA 2007 (diciembre), 1185; Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, sala III, 26/04/2007, Yañez, Carlos Ariel, LLGran Cuyo 2007 (julio), 670; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II, 28/03/2006, M., G. N. c. E., L. I., LLBA 2006, 652; Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de La Rioja, 28/03/2006, Presser, M. S. c. Heredia, Gustavo F. y otra, LLGran Cuyo 2006 (diciembre), 1417; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, 24/02/2004, C., S. G. c. P., C. y otro, LA LEY 10/08/2004, 4; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, 07/07/2000,

Q., M. B. y otro c. C., A., LA LEY 2001-A, 168 - DJ 2001-1, 931; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 15/04/1999, B., M. I. c. Ch., J.H., LA LEY 2000-C, 888; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, 19/02/1999, F., S. E. v. D., H. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 10/09/1998, S. P., N. M. y otro c. M., A. N. ; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, 25/09/1997, M., D. F. y otros c. M., E. L. y otro; Cámara Civil, Comercial, Criminal y Correccional de Zárate, 08/05/1997, A., P. N. c. P., M. L. y otra, LLBA 1997, 1211; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 14/04/1997, Z., S. M. c. L. de D., E. C., LA LEY 1997-D, 840 - DJ 1997-3, 72).

Durante mucho tiempo y prácticamente en forma pacífica se sostuvo que la obligación es subsidiaria o sucesiva porque si bien la obligación alimentaria se encuentra potencialmente en cabeza de todos los parientes que la deben de acuerdo a la ley, sólo nace en forma efectiva para el más lejano cuando no existe pariente más cercano en condiciones de satisfacerla. Derechamente se afirma que en consecuencia, la falta de prueba acerca de la imposibilidad del padre del menor de cumplir con su obligación alimentaria impide el progreso de la ejecución iniciada contra el abuelo. (Ver: CNac. Civ. Sala L, M., E. D. c/R., J. C. y Otro s/ejecución de sentencia 29/11/91; C. 044303 Civil).

Esas consideraciones han sido superadas siguiendo a prestigiosa doctrina (Ver: SOLARI, Néstor E., "Obligación alimentaria de los abuelos", en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, n° 12, pp. 241 y ss; BELLUSCIO, C. A.: Dos fallos provinciales que conjugan, de forma acertada, las normas del Código Civil y de la Convención sobre los Derechos del Niño referidas al derecho alimentario de los menores de edad, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, n° 40, pp. 223-230; BELLUSCIO, C. A. "Otro fallo que determina

acertadamente la obligación alimentaria que les corresponde a los abuelos", DJ 08/07/2009, 1841 - LLBA 2009 (julio), 597; AGUIRRE ASTIGETA, Sebastián; "Arbitrariedad, derecho alimentario e interés superior del niño", LLNOA 2008 (diciembre), 1065; FAMA, María Victoria "Obligación alimentaria de los abuelos", cap. X, p. 279, en la obra colectiva: GROSMAN, Cecilia "Alimentos a los hijos y derechos humanos"; BOSCH MADARIAGA (h.), A. F. "El deber alimentario del abuelo para con sus nietos" DJ 2005-3, 992; SOSA, Toribio E., "Obligación alimentaria de los abuelos a favor del niño (¿es subsidiaria?)", DJ, 2004-1691; SOSA, Toribio. E. "Obligación alimentaria de los abuelos: subsidiariedad subjetiva y relativa" LA LEY 2006-A, 605; NOVELLINO, Norberto José; "Los alimentos y su cobro judicial". Editorial Nova Tesis, 2ª Reimpresión, Valentín Alsina, Bs.As., 2006), y jurisprudencia (Ver: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Salta, 07/07/2008, Del M., A;. C. c. C., E. y N. de C., A. L., LLNOA 2008 (octubre), 890 - LLNOA 2008 (diciembre), 1066, con nota Sebastián Aguirre Astigueta: CNCiv., Sala G, 27/9/82, LA LEY, 1983-B, 289, ED, 101-635 y Rep. LA LEY, 1983-161, sum. 142; ídem, íd., 7/11/95, LA LEY, 1996-B, 202; ídem, Sala B, 7/2/86, ED, 118-433 y Rep. ED, 20-A, 195, sum. 159; ídem, Sala C, 20/11/97, LA LEY, 1999-C, 802 (caso 13.995) y ED, 176-56; ídem, Sala D, 10/5/96, JA, 1997-II-42; STJ Corrientes, 10/12/07, publicado en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, n° 40, pp. 220-223, entre otros).

Al respecto se afirma que cuando los beneficiarios son menores de edad, tal subsidiariedad debe estar desprovista de la exigencia de formalidades que desnaturalicen esa obligación. Sin perjuicio de la observancia del orden de los obligados a la prestación alimentaria debe evitarse el rigorismo formal en cuanto a las pruebas y exigencias, para dar lugar al aspecto sustancial y primordial de la cuestión: las necesidades básicas del niño.

En consecuencia, no cabría exigir que se agoten una serie de actos procesales, si las propias circunstancias del caso demuestran que serían inútiles, bastando con arrimar elementos a la causa que lleven a la convicción del Juez, de que no existe otro remedio que hacer efectiva la obligación alimentaria que atañe a los abuelos. (Ver: JÁUREGUI, Rodolfo G "Las características especiales de la subsidiariedad de la obligación alimentaria de los ascendientes y una equitativa solución práctica", LLLitoral 2013 (mayo), 377, AR/DOC/1542/2013).

Por lo tanto, concluyo que si bien resulta atinado lo dispuesto por la judicante de grado en torno a medidas que la parte podría haber efectivizado a los efectos de hacer valer su derecho contra el progenitor, no menos cierto es que resulta de exceso rigor formar la incidencia argumentativa de esa consideración en el rechazo de la demanda, pues vulneraria el principio de *tutela judicial efectiva*, máxime teniendo en cuenta la prueba informativa de fs. 129.

6.4.- La tutela judicial efectiva. Cabe destacar los principios de tutela judicial efectiva y oficiosidad que rigen en la materia a la luz del nuevo Código Civil y Comercial (arts. 706 y 709 del Código Civil y Comercial), exigen dejar de lado ciertos rigorismos procesales. Ello sin perjuicio del derecho que le cabe a los abuelos a realizar los planteos que consideren pertinentes y, de ese modo, no vulnerar su debido derecho de defensa (art. 18 de la Constitución Nacional).

Adviértase que del texto del art. 706 del CCyC se aprecia la consagración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y con ello la constitucionalización del derecho civil, la importancia del factor tiempo en los conflictos familiares, el acceso a la justicia de personas vulnerables, la trascendencia del principio de inmediación, la oralidad del procedimiento, los principios de buena fe, probidad y lealtad procesal, la necesariedad de que los tribunales cuenten con equipos multidisciplinarios y, finalmente, la

importancia del *interés superior del niño*. (Ver: GILARDONI, Victoria. "Proceso de alimentos admisible también contra los abuelos del progenitor: un fallo novedoso a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación" RDF 2016-V, 141).

Ahora bien, la solución debe ser compatibilizada con la situación económica particular que atraviesan los abuelos paternos A. C. y R. H. F..

6.5.- La colisión de derechos. Variables admisibles y parámetros de solución. Desde esta arista, la protección del *interés superior del niño* y la *tutela judicial efectiva* implican en el presente caso la provisión de los alimentos a la persona menor de edad por parte de los abuelos paternos en concordancia con los principios supranacionales que informan al caso. (arts. 3 y 27 de la CDN y art. 11 del PDESC).

No obstante, la situación económica de los abuelos, -tal como lo ha explicitado con precisión la *a quo* en base a las constancias de autos-, resulta también *vulnerable*. Lo expuesto impone una solución que compatibilice: a) el interés superior del niño, b) el agotamiento de los requerimientos procesales contra el progenitor, y c) la frágil situación económica de los abuelos paternos.

En este marco, corresponde imponer la obligación alimentaria a los abuelos por un lapso de 5 meses desde la notificación del monto efectivo, el cual será dispuesto por la Sra. Jueza de grado atendiendo a las circunstancias del caso y bajo los parámetros referenciados en el párrafo anterior.

El periodo de 5 meses resulta del tiempo estimado para que el accionante agote las medidas judiciales necesarias para procurar el crédito alimenticio de su progenitor o en su defecto quede acreditada la imposibilidad absoluta de obtenerlo, quedando en este caso consolidado el cumplimiento de la obligación alimentaria en cabeza de los abuelos.

7.- La readecuación de costas. Sin perjuicio de tratarse de una resolución revocatoria de la sentencia de primera instancia el carácter particular de la cuestión debatida me lleva a considerar que no corresponde modificar ésta última en lo que concierne la regulación de honorarios profesionales y a la imposición de costas.

8.- La imposición de costas en la alzada. La imposición de costas al vencido forma parte del principio objetivo de la derrota, siendo que este sólo puede dejarse de lado en caso de que se demuestren circunstancias objetivas especiales que justifiquen lo contrario (Ver, entre otros: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F, Dunas y Mar S.A. c. Tejerina José y otro, 10/06/2010, Exclusivo Doctrina Judicial Online, AR/JUR/38811/ 2010. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, "Frigorífico La Colorada S.A. s/conc. prev. s/ inc. de verific. por: AFIP -DGI", 24/ 06/2010, AR/JUR/39782/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, "Club ciudad de Buenos Aires asociación civil", 12/ 04/ 2010, La Ley Online, AR/JUR/21510/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, "Novoa, Nelly Alejandra y otro c. O.S.F.A. (Obra Social de la Fuerza Aérea) y otros", 19/04/2010, La Ley Online, AR/JUR/15518/2010), ello por cuanto, quien resulta vencido debe cargar con los gastos que debió realizar su contraria para obtener el reconocimiento de su derecho.

Bajo este criterio, y teniendo en cuenta el resultado al que se ha arribado luego del acogimiento parcial del recurso, considero que la excepción del principio antes señalado cobra plena virtualidad, por lo que corresponde la imposición de costas por el orden causado. (Conf. art. 72 del CPCC).

7. La regulación de honorarios a los profesionales intervinientes en la Alzada. A los fines de la regulación de honorarios por los trabajos realizados en esta instancia se tendrá en cuenta la labor desarrollada, naturaleza del proceso, éxito obtenido en esta alzada y demás pautas orientadoras de la ley

de aranceles para abogados. Al ser el presente un proceso no susceptible de apreciación pecuniaria, dicha regulación se efectuará en JUS. Bajo estos parámetros corresponde regular los honorarios profesionales de las abogs. C. K. T. y M. E., conjuntamente, en 4, 5 JUS, con más el IVA si correspondiere, siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se aplicará éste último. (Conf. arts. 5, 6, 7 y 13 de la ley arancelaria).

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL vota por la **NEGATIVA**.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

1 – Antecedentes – Sentencia y Agravios

El Dr. Julián E. Jalil ha desarrollado en su voto precedente los antecedentes del presente proceso, los postulados y fundamentos de la sentencia en crisis y las quejas esgrimidas por la recurrente como sustento del recurso que se le concediera. Por lo tanto, encontrándose cumplimentados los recaudos de ley, corresponde me aboque directamente al tratamiento de las cuestiones propuestas al Acuerdo.

2 – Cuestión previa

Si bien es cierto que la actora recurrente en su recurso mezcla críticas a lo resuelto en el fallo que impugna, trayendo argumentos simplistas y subjetivos, no es menos cierto que –respetando el criterio amplio que tiene esta Alzada sobre el tema— cabe admitir la fundamentación recursiva y tratar los agravios expuestos. Ahora bien, dado que en la presentación se confunde el concepto de ***"agravio"*** y ***"argumento"***, es necesario plantear esta

cuestión previa, conforme lo vengo haciendo ante presentaciones de similar contenido.

La SCJBA, con el carácter de doctrina legal, ha sostenido que debe diferenciarse el concepto de *"agravio"* del de *"argumento"*.

La jurisprudencia, siguiendo esa doctrina legal, tiene dicho que debe ser considerado *"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 por *"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 (conf. SCBA, Ac. 32.953, 12/06/84; Ac. 42.311, 31/10/89; Ac. 43.836, 20/11/91; Ac. 43.658, 17/03/92; Ac. 50.762, 07/03/95; Ac. 54.992, 19/10/96; Ac. 67.337, 01/07/97; CALZ, Sala I, Reg. Sent. Def. 92-93, 116-94, 272-93, 48-96, 126-93, 32-90, 35-96, 159-96, 45-00, entre otros; CALZ, Sala I, 11/03/2008, in re: *"Zárate Aníbal José c/ Lovelle Daniel Osvaldo y Otros s/ Daños y Perjuicios"* --N° 62.948— y *"La Construcción S.A. c/ Lovelle Daniel Osvaldo y Otros s/ Cobro de Pesos"* --N° 62.948 bis—).

Es indudable que el Juez debe pronunciarse sobre todas las cuestiones de la pretensión y la contestación; es decir, sobre las *"cuestiones esenciales"* cuando su consideración tenga influencia en la resolución del caso.

Ingresando al planteamiento de la actora recurrente, advertiré que los Jueces no están obligados a tratar todas las argumentaciones propuestas por las partes, sino que basta que hagan mérito de aquellas que consideren más adecuadas para sustentar sus conclusiones (conf. CSJN, 08/11/81, in re *"Dos Arroyos SCA c/ Ferrari de Noailles"*, en "Actualización de Jurisprudencia", N° 1440, La Ley, 1981-D, pág. 781; CALZ, Sala I, Reg. Sent. Def. 32/90, 172/00, entre muchas otras).

Tales *"cuestiones esenciales"* son esas que, según las modalidades del caso, resultan necesarias para la correcta solución del pleito y vienen constituidas por puntos o capítulos de cuya decisión depende directamente el sentido y alcance del pronunciamiento y que –por su naturaleza— influyen preponderantemente en el fallo, las vinculadas a la dimensión cuantitativa del objeto de la pretensión (conf. SCJBA, Ac. 21.917, DJBA, T. III, pág. 15; ídem, Ac. 35.221, in re *"Ramos de Pagella c/ Escot"*, 22/04/86; CALZ, Sala I, 11/03/08, cit.).

Efectuadas estas consideraciones previas y reiterando que haré aplicación de la doctrina "amplia", en cuanto a la valoración del recurso deducido por la actora, pasaré a tratar las quejas planteadas por la apelante.

3 – <u>Tratamiento de los agravios</u>

<u>Demanda alimentaria exclusiva contra los abuelos. La norma del Art. 668 del CCyCN. Ausencia de reclamo al progenitor obligado</u>

A-) La sentencia recurrida ha dicho –en lo que hace a la legitimación para la acción de alimentos—que el CCyC, en su art. 668, autoriza el reclamo de alimentos a los ascendientes (abuelos) de niños, niñas o adolescentes en el mismo proceso en que se demanda a los progenitores o en proceso diverso, a fin de evitar que se dilate la satisfacción de sus necesidades alimentarias, dando a los abuelos, de esta manera, la obligación "subsidiaria" de brindar la cuota alimentaria a sus nietos, en los supuestos de incumplimiento por parte del progenitor alimentante. Deja constancia sobre el contenido de la norma del artículo precedentemente citado, la que culmina diciendo que debe acreditarse verosímilmente las dificultades del actor para percibir los alimentos del progenitor obligado.

En esta misma línea argumental, ha dicho la a quo que la norma exige que acredite que no puede adquirir los medios con su trabajo o que con éste no

puede alimentarse y que para que procesa la obligación alimentaria entre parientes no es suficiente la existencia del presupuesto subjetivo dado por el vínculo de parentesco, sino que además deviene exigible cuando concurren elementos objetivos los que deberán ser acreditados *prima facie* en juicio y valorados por el juez en cada caso en particular.

Dejó constancia más adelante que no se ha podido constatar que el progenitor de G. no posea ingresos, ni empleo fijo y que ello ha sido sólo un argumento de la parte actora. Agregando que más allá que del informe de la AFIP de fs. 129 surge que no se encuentra trabajando en relación de dependencia, no hay otros elementos que sostengan que el Sr. C. A. F. carezca de otro tipo de ingresos.

Cierto es –ha dicho la Sra. Jueza— que los abuelos deben alimentos cuando faltaren los padres o bien cuando a éstos no les fuese posible prestarlos, de tal modo que dicha obligación nace para el pariente más lejano cuando no existe otro más cercano en condiciones de satisfacerla y en el caso, debieran acreditarse que el progenitor de G. está imposibilitado de aportar los recursos necesarios.

Culmina su decisión destacando que no habiéndose demostrado en autos la dificultad o resistencia del principal obligado alimentario, Sr. C. A. A. F., la demanda debe ser rechazada en todos sus términos. Remarcó que la Sra. R. no ha intentado mínimamente ejecutar el acuerdo alimentario homologado, ni ha hecho frente a una denuncia penal por el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar y que si bien ello no es condición *sine qua non* para reclamar alimentos a los abuelos paternos, la situación económica de los abuelos, quienes tienen a cargo personas menores de edad y una hija mayor de edad en trámite de una pensión por discapacidad, amerita que se extremen los recaudos para exigirle previamente el pago de los alimentos al principal obligado Sr. C. A. A. F..

Reafirmó la a quo que los primeros obligados de la obligación alimentaria son los progenitores y que frente a su incumplimiento por imposibilidad o dificultad, se adopta la figura de la subsidiariedad relativa implementada por nuestro Código Civil y Comercial, acudiendo a los abuelos paternos, con flexibilización de las exigencias procesales por aplicación del principio de solidaridad familiar y del interés superior de los menores.

En este caso, quedó evidenciado –dice la sentencia— que la situación socioeconómica de los abuelos es apremiante. A ello le incorporó que, conforme lo ha dicho la doctrina, el actor debe probar verosímilmente las dificultades que tiene para percibir los alimentos del progenitor obligado.

En atención a lo fundamentado, a lo que se le agrega que los abuelos no se encuentran en condiciones económicas de prestar los alimentos reclamados en autos, la demanda fue rechazada.

B-) Corresponde adelantar que del contenido de la expresión de agravios no surgen rebatidas las claras y terminantes conclusiones de la sentencia en crisis que acabo de volcar en el apartado anterior.

Advierto que dice la apelante que los demandados no han probado por ningún medio que su hijo esté cumpliendo con la obligación alimentaria. Esto no constituye un agravio sino simplemente un argumento carente de relevancia dado que los demandados no tienen obligación de incorporar prueba alguna en tal sentido. Por el contrario, es la parte actora quien debe acreditar lo que la normativa del CCyC exige claramente en su art. 668 y concs. En efecto, en su fundamentación recursiva la apelante transcribe esta norma y la misma es terminante cuando dice: *…"debe acreditarse verosímilmente las dificultades del actor para percibir los alimentos del progenitor obligado"*.

En el agravio se reconoce también que la obligación alimentaria de los abuelos es subsidiaria y simplemente afirma la apelante que el acuerdo

alimentario firmado por su parte fue incumplido desde su inicio y que el padre del alimentado no posee bienes ni trabajo. Pero esta afirmación quedó huérfana de prueba que la avale. La única prueba que se menciona en la queja es el oficio librado a la AFIP (fs. 129), lo cual –lo ha dicho la a quo— en modo alguno es satisfactoria y concluyente a los fines que se persiguen con la acción instaurada en autos.

C-) Se esgrime una queja también con respecto a la valoración de las pruebas realizada por la a quo. En realidad, lo que surge de la expresión de agravios es una postura discrepante con la valoración de la prueba que ha hecho la sentenciante y ello no basta para admitir su pretensión.

De la valoración que ha hecho la Magistrada del inferior sobre las pruebas producidas en autos, no advierto que surja algún procedimiento absurdo o arbitrario que merezca reproche por parte de esta Alzada, al menos ello no ha sido demostrado por la quejosa en sus agravios. Su planteo muestra sí un claro y manifiesto disconformismo y discrepancia con lo resuelto en la instancia inferior pero en modo alguno consigue brindar elementos válidos que permitan a esta Alzada revocarlo conforme sus pretensiones.

He dicho ya ante planteos similares, que los jueces de mérito pueden preferir alguna de las pruebas producidas a otras y omitir toda referencia a las que estimen inconducentes; que basta expresarse en su valoración de los datos fácticos a aquellos dirimentes para la solución del caso y que no deben seguir al pie de la letra las argumentaciones de las partes, siendo suficiente que se pronuncien sobre la cuestiones fundamentales (doct. art. 384 CPCC; conf. SCBA, Ac. 22330, 13/10/76; Ac. 33589, 02/11/84; Ac. 33693, 25/09/84; Ac. 41085, 07/07/89; Ac. 82248, 23/04/03, entre otros). Si bien el juez tiene el deber de apreciar la prueba, ello no implica la obligación de referirse en detalle a cada uno de los elementos aportados, sino de seleccionarlos a fin

de fundar el fallo en los más eficientes, tal como viene de la acción de los artículos 165 y 390 de la ley procesal.

Es que no existe imposición de merituar todas y cada una de las pruebas arrimadas pues se halla dentro de las facultades legalmente regladas –como ya lo referí— la de preferir uno sobre otros sin siquiera hacer mención de estos últimos, cuando no resulten relevantes para la dilucidación de la cuestión litigiosa.

Respecto de la crítica en tratamiento, es del caso atribuir inoperancia al intento de probar un hecho a través de la personal interpretación de las pruebas, bajo la pretensión de que el sentenciante, que decide de acuerdo a los datos que considere dirimentes, deba explicar en cada caso, el porqué prescinde de la valoración de unas u otras, cosa que importaría sin lugar a duda una declinación del principio del artículo 390 y concs. del Cód. Procesal.

D-) Respecto de la obligación alimentaria que incumbe a los abuelos, cuando sus nietos son menores de edad, durante la vigencia del anterior Código Civil se generó un debate a partir de la elevación de la Convención sobre los Derechos del Niño al rango constitucional (conf. art. 75, inc. 22 de la CN), surgiendo tres posiciones en la doctrina y la jurisprudencia.

Una postura la consideraba "subsidiaria" y seguía estrictamente los dictados del anterior Código Civil, el cual –conforme su art. 367— establecía que, entre los parientes consanguíneos en línea ascendente, estaban obligados en primer término aquellos que estuvieren más próximos en grado. Por lo tanto, conforme esta normativa, no hay duda alguna que se encontraban prioritariamente obligados para proporcionar alimentos a los menores de edad, los progenitores por sobre los abuelos paternos y maternos.

Para esta corriente de opinión, la obligación alimentaria de los abuelos sólo surgía cuando se había demostrado la insuficiencia de los recursos del

progenitor demandado (conf. CNCiv., Sala I, 28/09/06, JA 2007-I-17), la imposibilidad de suministrarlos (conf. CNCiv, Sala C, 28/07/87, La Ley 1988-A-398, fallo 86.252; C.Civ.Com.Mar del Plata, Sala I, 23/02/06, LLBA, 2006-652) o el reiterado incumplimiento de la cuota fijada (conf. J.Flia. N° 1 Mendoza, 29/11/10, RDFyP, La Ley, 2011, año 3, N° 6, pág. 77; Cám.Civ.Com.Junín, 16/12/08, LLBA, año 16, N° 6, Julio 2009, pág. 597).

Una segunda postura la consideraba "simultánea". No establecía un orden para interponer la acción, por lo cual el reclamo alimentario podría recaer contra cualquiera de los parientes obligados o contra todos en forma conjunta. Fue una postura sostenida fundamentalmente en el ámbito doctrinario, entendiendo que a tenor de lo establecido en la C.D.N. (arts. 3, inc. 1°; 27 incs. 2°, 3° y 4° y 6), la obligación alimentaria de los abuelos respecto de sus nietos menores de edad se había transformado en directa o simultánea respecto de la que les incumbe a los progenitores.

La tercera fue una postura "intermedia" entre las dos anteriores, la cual si bien es conteste con el carácter subsidiario de la obligación que les incumbe a los abuelos, a tenor de lo establecido en la C.D.N. señala que –cuando los beneficiarios son menores de edad— tal subsidiariedad debe estar desprovista de la exigencia de formalidades que desnaturalicen esa obligación. Por ello, sostenía esta postura que no cabe exigir que se agoten una serie de actos procesales, si las propias circunstancias del caso demuestran que serían inútiles, bastando con arrimar elementos a la causa que lleven a la convicción el juez, de que no existe otro remedio que hacer efectiva la obligación alimentaria que atañe a los abuelos (conf. SOLARI, N.E., *"Obligación alimentaria de los abuelos, en RDF"*, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Abeledo-Perrot, 1998, N° 14, págs. 241 y sigs.; cit. BELLUSCIO, C.A., *"Los alimentos debidos por los abuelos en el Código Civil y Comercial"*, La Ley 2017-C-433).

Siguiendo esta postura se resolvió que *"la obligación de los abuelos respecto de los nietos es subsidiario y el padre que los reclama debe justificar la insuficiencia de sus recursos y las del otro padre, o bien la imposibilidad de suministrar los alimentos, para poder reclamárselos a los primeros. Pero, no es dable exigirle que agote una serie de pasos formales si las circunstancias demuestran que serán inútiles, si bien, al menos, debe alegar la convicción de que no existe otro remedio para condenar a los abuelos"* (conf. CNCiv., Sala C, ED, 13/11/12, N° 13.120).

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación determina en su art. 668 que *"Los alimentos a los ascendientes pueden ser reclamados en el mismo proceso en que se demanda a los progenitores o en proceso diverso; además de lo previsto en el título del parentesco, debe acreditarse verosímilmente las dificultades del actor para percibir los alimentos del progenitor obligado"*.

Este artículo acoge la postura "intermedia" que he referido anteriormente y permite que se reclamen los alimentos para el hijo a los ascendientes y progenitores en un mismo proceso, **debiéndose acreditar verosímilmente** –en tal caso— **las dificultades del actor para percibir los alimentos del progenitor obligado**.

Es decir, que se permite el reclamo en una misma acción tanto al padre como al abuelo, pero siempre que se acredite que no se podrán percibir estos alimentos del progenitor obligado en primer término o, al menos, que será muy dificultoso lograrlo.

Esta postura –que se sustenta desde hace algún tiempo— se basa en la Convención de los Derechos del Niño, pero sin olvidar el carácter subsidiario de la obligación alimentaria derivada del parentesco.

La subsidiariedad en el nuevo Código se encuentra inserta en la primera parte del art. 537 en cuanto expresa: *"Los parientes se deben alimentos en el siguiente orden: a) los ascendientes y descendientes. Entre ellos, están obligados preferentemente los más próximos en grado"* (conf. BELLUSCIO, C.A., ob. cit.).

Al respecto, un fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civ. Com. y Cont. Adm. de la 1ª Nominación de Río Cuarto, Córdoba, determinó: *"El art. 668, Código Civil y Comercial, adopta la postura intermedia o de subsidiariedad relativa, en la cual se comparte que no es lo mismo ser padre que ser abuelo y que, por ende, la obligación alimentaria a favor de los abuelos ingresa a escena ante el incumplimiento del principal obligado, pero no por ello la efectiva satisfacción de la cuota alimentaria debe serlo en un nuevo proceso que retrase, en definitiva, el cumplimiento de una obligación que involucra de manera directa un derecho humano como lo es el alimentario". "De este modo, el Código Civil y Comercial admite que existe una subsidiariedad de fondo, debiéndose demostrar al menos verosímilmente que el principal obligado no cumple con el deber que tiene a su cargo…"* (conf. Cám.Apel.Civ.Com. y Cont.Adm. 1ª Nom. Río Cuarto, Córdoba, 06/04/16, Rubinzal Online, Causa N° 401290, RDJ 4448/16).

La norma citada del nuevo CCyC acoge una innovación procesal que ya venía siendo debatida, esto es, la posibilidad de demandar simultáneamente al obligado principal (los progenitores) junto a los ascendientes, siempre que se acredite verosímilmente la dificultad de los primeros para cumplir con la obligación a su cargo.

Se trata, por cierto, de una flexibilización desde el aspecto procesal, para una más rápida satisfacción del derecho de fondo vulnerado, solución que mejor consulta a los preceptos de la C.D.N. (conf. arts. 3 y 27). Esta norma constituye uno de los supuestos más claros donde se observa la interrelación entre el derecho de fondo y el derecho de forma o procesal, es decir, en cómo los aspectos procesales deben estar en consonancia con las cuestiones de fondo.

Sin embargo, lo dicho no importa que la obligación de los abuelos haya perdido en el nuevo CCyC su "subsidiariedad". *"La obligación alimentaria de los abuelos es subsidiaria: se puede reclamar directamente contra los abuelos, con el requisito de acreditar verosímilmente las dificultades o inconvenientes de percibir*

los alimentos del principal o principales obligados, que son los progenitores". Es decir, la subsidiariedad legal no supone –correlativamente— una sucesividad procesal" (conf. KEMELMAJER de CARLUCCI, A. – HERRERA, M. – LLOVERAS, N., *"Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014"*, Ed. Rubinzal Culzoni, 2014, T. III y IV; CNCiv., Sala M, 03/03/2017, LLOnline: AR/JUR/8460/2017).

En el presente caso solamente contamos con lo expresado por la actora en su presentación inicial en la que dejó constancia de la existencia de un "acuerdo" celebrado con el Sr. F. (progenitor del alimentado) sobre la "asistencia alimentaria", el cual fue oportunamente homologado judicialmente y en el que el Sr. F. se comprometió a abonar una suma mensual en concepto de alimentos. Expuso la reclamante que lo convenido fue incumplido por parte del Sr. F., resultando además difícil ejecutarlo porque no tiene bienes a su nombre ni realiza actividad laboral alguna. Entonces –agregó— frente a la difícil situación económica que vive, acciona contra los abuelos de su hijo. Cabe remarcar que ninguna de estas afirmaciones fue objeto de una oportuna y sólida probanza durante el proceso; por lo que quedaron en simples manifestaciones de la parte quien interpuso una acción directa y exclusivamente contra los abuelos paternos.

A esta altura del proceso resulta prudente preguntarse si los progenitores de G. A. padecen de alguna imposibilidad insuperable que les impida procurar el sustento para su hijo. Se trata de dos personas jóvenes y no se ha acreditado que padezcan enfermedades ni impedimentos para redoblar sus esfuerzos en procura de producir las mejores condiciones económicas para la atención de su hijo.

Debe quedar en claro, conforme lo ha concluido muy acertadamente la a quo y la posición seguida por el art. 668 del CCyC -que regula en forma específica esta obligación alimentaria y aun en el mismo proceso seguido contra los progenitores— que la obligación de los abuelos opera ante el

incumplimiento o imposibilidad del progenitor. De lo contrario, y como tantas veces se ha dicho, se alentaría el incumplimiento irresponsable de los principales obligados –que son los padres— quienes podrían descargar sus deberes parentales en los abuelos de los niños (conf. CNCiv., Sala M, 03/03/2017, cit.).

Debe repararse aquí que la actora no ha acreditado de manera verosímil las dificultades que tiene para percibir los alimentos del progenitor obligado, ni ha demostrado que haya arbitrado los medios para ejecutar el convenio alimentario oportunamente celebrado con el progenitor, como así tampoco el incumplimiento asistencial por parte de este último; todo ello ha sido destacado por la a quo en su decisión recurrida, sin que haya merecido el correspondiente y sólido ataque por parte de la recurrente en el recurso que se le ha concedido.

Y a lo hasta aquí expuesto se le suma, en el caso, la apremiante situación económica en la que se encuentran ambos abuelos demandados por las razones que muy claramente ha destacado la a quo en su decisión y que tampoco han sido rebatidas mediante el recurso interpuesto por la parte actora. O sea, de ningún modo nos encontramos ante unos abuelos paternos que están en una holgada situación económica que les permitiría afrontar sin inconvenientes la asistencia alimentaria aquí reclamada, sino que –por el contrario— tienen ellos reducidos ingresos con los cuales no solamente deben mantenerse sino que también deben hacer frente a la manutención de otras personas que están a su cargo, conforme surge de estas actuaciones y que ya lo he destacado supra.

E-) A modo de síntesis final de mi fundamentación y postura sobre la problemática en tratamiento, corresponde destacar lo siguiente:

a-) La obligación alimentaria de los abuelos en el CCyCN no ha perdido su carácter subsidiario.

b-) El CCyCN acoge una innovación procesal que ya venía siendo debatida, esto es, la posibilidad de demandar simultáneamente al obligado principal (los progenitores) junto a los ascendientes, siempre que se acredite verosímilmente la dificultad de los primeros para cumplir con la obligación a su cargo.

c-) El CCyCN flexibiliza el aspecto procesal, para una más rápida satisfacción del derecho de fondo vulnerado.

d-) Para que opere la mesada alimentaria contra los abuelos, los progenitores deben padecer una imposibilidad insuperable que les impida procurar el sustento para su hijo; más aún si los progenitores son dos personas jóvenes que no tienen enfermedades ni impedimentos para redoblar sus esfuerzos en procura de producir las mejores condiciones económicas para la atención de la persona menor de edad alimentada.

e-) La obligación de los abuelos opera ante el incumplimiento o la imposibilidad del progenitor. De lo contrario, y como tantas veces se ha dicho, se alentaría el incumplimiento irresponsable de los principales obligados, que son los padres, quienes podrían descargar sus deberes parentales en los abuelos de los niños.

f-) La prueba a rendir en el juicio de alimentos contra los progenitores y los ascendientes –sea en el mismo o en diversos juicios—, además de lo previsto en el título del parentesco, se vincula con la verosimilitud de las dificultades del actor para percibir los alimentos del progenitor obligado. **g-)** La disposición del art. 668 del CCyCN comporta, en materia probatoria que: a) debe probarse el vínculo de parentesco con el o los demandados; b) debe probarse la verosimilitud de la dificultad del hijo –el actor—. Esta exigencia no refiere la prueba del extremo de la imposibilidad de prestar alimentos por el padre, sino la probabilidad de que el hijo no perciba alimentos de su progenitor y c) debe probarse que el hijo no percibe ni puede percibir alimentos del progenitor obligado. Se trata de que el progenitor obligado

vive algún impedimento u obstáculo para hacer real su obligación alimentaria con su hijo menor. La verosimilitud de la dificultad es la que ostenta el hijo frente al padre que no podría cumplir. A tal extremo debe adicionarse que el hijo no percibe ni puede percibir alimentos, en función de esos obstáculos o inconvenientes, que sufre o vive el progenitor.

i) La exigencia de acreditar la verosimilitud de la imposibilidad de cumplimiento por el progenitor obligado se funda en que la obligación del progenitor no es igual a la obligación del abuelo o de la abuela, en tanto la de los abuelos se pone en funcionamiento ante el incumplimiento del progenitor o progenitores (conf. CNCiv., Sala M, 03/03/17, cit; BUERES, A.J. (Dirección) – ASPIRI, J.O. (Coordinación), *"Código Civ. y Com. de la Nación y normas complementarias"*, Ed. Hammurabi, 2016, T. 2, pág. 784).

j-) En el caso de autos se ha promovido la acción alimentaria de manera directa y exclusiva contra los abuelos paternos y no de manera simultánea contra el progenitor legalmente obligado a la prestación de alimentos.

g-) En este caso, la parte actora no ha promovido acción alguna por alimentos contra el progenitor obligado a tal prestación.

4 – <u>Conclusión</u>

En razón de los fundamentos hasta aquí vertidos, no es posible que acompañe la postura y propuesta incluida en el voto precedente por mi distinguido colega Dr. Julián E. Jalil y de allí que he de proponer al Acuerdo no admitir las quejas de la recurrente y confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos. Así lo voto.

5 – <u>Costas de la Alzada</u>

Teniendo en cuenta la naturaleza del proceso y cuestiones sometidas al debate, resulta procedente de imponer las costas de la Alzada en el orden causado (art. 69, 2ª. parte CPCC), regulándose los honorarios de las Dras. C.

K. T. S. y M. B. E., conjuntamente, en el 25% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de así corresponder (conf. arts. 5, 13, 29, 46 y concs., Ley XIII N° 4 y modificat.).

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota por la **AFIRMATIVA**.

Ante la disidencia surgida entre los Sres. Jueces de Cámara Julián Emil Jalil y Heraldo Enrique Fiordelisi al tratar el agravio de la parte actora conforme decidiera la Magistrada a quo, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe, dijo:

A LA PRIMERA CUESTIÓN: la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

1.

Dado que el magistrado preopinante en primer lugar ya reseñó en lo esencial los detalles del caso, la decisión impugnada y los motivos de agravio expuestos por la apelante, en los términos en que ha quedado planteada la disidencia, he de pronunciarme sobre los aspectos traídos a decisión de esta Alzada.

Para fundar en los hechos y el derecho mi voto individual, cual lo exigen las mandas de los arts. 169 de la Const. Prov., 8 de la ley V N° 17 y 274 C.P.C.C. bastarán las consideraciones que se exponen.

2. Liminarmente vale recordar que este Tribunal se ha guiado siempre por un criterio de amplia tolerancia para ponderar la suficiencia de la técnica recursiva exigida por el art. 268 del CPCC, por entender que tal directiva es

la que más adecuadamente armoniza el cumplimiento de los requisitos legales impuestos por la antes citada norma con la garantía de defensa en juicio, de raigambre constitucional.

Tal como ya ha señalado el Dr. Heraldo E. Fiordelisi, debe abrirse el recurso en tanto la cuestión alimentaria así lo justifica y mínimamente se aporta una crítica a la sentencia de grado, resguardando de tal manera el derecho de la parte que se dice afectada.

3. Luego diré que el carácter subsidiario de la obligación alimentaria en los abuelos ya estaba consolidada en la doctrina y jurisprudencia, encontrando posterior consagración con la reforma legislativa y unificación del Código Civil y Comercial.

La obligación alimentaria de los abuelos se subsume en la que prescribe el art. 537 del CC y C que establece que los parientes se deben alimentos, fijando un orden de prelación que ubica en primer lugar a los ascendientes y descendientes, aclarando que entre ellos estarán obligados preferentemente los más próximos en grado.

Por su lado el art. 541, distingue cuando el beneficiario es mayor de edad de aquéllos que son discernidos a favor de un menor o adolescente. Los primeros refieren al sustento, habitación y vestuario del beneficiario, así como el tratamiento de sus enfermedades, mientras que los segundos además de lo anterior, se incluyen los gastos de educación de aquél.

Los alimentos entre parientes procuran atender las necesidades materiales y espirituales del alimentado ante la circunstancia de no poder obtener los medios indispensables para cubrirlos. Se fundan en el derecho a un nivel de vida adecuado y en el deber de solidaridad que existe entre los miembros de una misma familia. Como la obligación es sucesiva, el reclamo contra el obligado subsidiario es procedente sólo después de establecer que el obligado principal está imposibilitado de cumplir la prestación, o que la

afronta en una medida insuficiente para proveer a las necesidades del alimentado (cfr. Herrera Marisa en Lorenzetti, Ricardo Luis, Código Civil y Comercial de la Nación, comentado, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2015, TIII, pág. 397/398; Kemelmajer Aída, Herrera Marisa, Lloveras Nora, Tratado de Derecho de Familia, según el Código Civil y Comercial de 2014, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, Tomos III y IV).

Por su lado, la obligación alimentaria de los abuelos que regula en forma específica el art. 668 CCyC establece: *"Los alimentos a los ascendientes pueden ser reclamados en el mismo proceso en que se demanda a los progenitores o en proceso diverso; además de lo previsto en el título del parentesco, debe acreditarse verosímilmente las dificultades del actor para percibir los alimentos del progenitor obligado".*

Lo dicho no importa que la obligación de los abuelos haya perdido en el nuevo Código su subsidiariedad. *"La obligación alimentaria de los abuelos es subsidiaria: se puede reclamar directamente contra los abuelos, con el requisito de acreditar verosímilmente las dificultades o inconvenientes de percibir los alimentos del principal o principales obligados, que son los progenitores. Es decir, la subsidiariedad legal no supone - correlativamente- una sucesividad procesal"* (cfr. Kemelmajer Aída, Herrera Marisa, Lloveras Nora, Tratado de Derecho de Familia, según el Código Civil y Comercial de 2014, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, Tomos III y IV).

A esta altura resulta entonces prudente preguntarse si los progenitores de G. padecen de alguna imposibilidad insuperable que les impida procurar el sustento para su hijo y desde esa perspectiva, no existe prueba en el expediente que amerite llegar a tal conclusión.

Reitero, la norma del art. 668 CCyC opera ante el incumplimiento o imposibilidad del progenitor. De lo contrario, y como tantas veces se ha dicho, se alentaría el incumplimiento irresponsable de los principales obligados -que son los padres- quienes podrían descargar sus deberes

parentales en los abuelos de los niños.

Ahora bien, no puedo desconocer que resulta aplicable en este caso concreto el interés superior del joven que está comprometido. Y que frente a la tensión existente entre los derechos de niños, niñas o adolescentes y los de los abuelos -que podría tratarse de otro sector vulnerable como, el de los adultos mayores-, se debe optar por una postura equilibrada, que evite el exceso de requisitos formales que provoquen la insatisfacción de las necesidades vitales de los niños, acorde a los postulados de la Convención de los Derechos del Niño (cfr. Marisa Herrera, Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Infojus, Tomo II, Segundo Libro, pág.516 y sig.).

Y allí está el argumento a mi criterio dirimente para confirmar la sentencia de grado.

En primer término porque no se ha logrado rebatir la falta de acreditación de ingresos del padre de G. ni tampoco logra refutarse en la queja que la Sra. R. no extremó los esfuerzos para procurar que C. F. cumpla con el acuerdo homologado.

En segundo lugar, tampoco se ha logrado revertir que los abuelos paternos cuentan con un nivel económico de subsistencia y en un contexto familiar de alta vulnerabilidad y, que de admitirse que deben contribuir al sostenimiento de G., los colocaría en la insólita situación de resultar perjudicados no solo en lo individual sino al grupo familiar primario que integran y sostienen. Ese argumento nuclear de la sentencia, no ha sido alterado con los términos de la queja y se mantiene intacto.

Por otro lado y no menos importante, tampoco se alegó y consecuentemente no se acreditó, que G. tenga insatisfechas sus necesidades básicas de acuerdo a su edad y condición y en relación a las posibilidades económicas de los abuelos obligados.

Insistiré que los obligados principales siguen siendo los progenitores y en el caso, ni la actora ni el Sr. F. han justificado -o se ha denunciado- padecen alguna dificultad para satisfacer las necesidades de su hijo menor (cfr. arts. 537 inc. a) y 646 CCyC).

A esos fines y luego de la audiencia con G., puedo referir que es un joven de 17 años, que no se vincula ni quiere hacerlo con su padre ni con sus abuelos paternos.

No está escolarizado y aun cuando la Sra. R. ha manifestado que procura que ingrese a una escuela para adultos o aprenda algún oficio, enfrenta el desinterés de su hijo para tales actividades, lo que en los términos de la Dra. K. amerita la intervención del Área DESC de la Asesoría.

El joven colabora con el cuidado de su hermana pequeña por las mañanas hasta que su madre llega del trabajo (G. contó que él y la niña duermen hasta las 12 hs. aprox.), dijo que permanece en su domicilio y eventualmente puede salir con algún amigo pero que prefiere estar en su casa, no practica deportes y esporádicamente juega al futbol en el playón del barrio, no tiene hábitos tabáquicos ni de consumo, eventualmente ingiere alcohol que le proveen sus amigos -algunos más grandes que "changuean"-, no manifiesta interés en buscar alguna actividad acorde con su edad que le permita siquiera satisfacer algún gusto (por ej. refirió que perdió el celular y que no tiene otro porque la madre no tiene plata para adquirirlo).

En ese contexto no solo no están acreditadas las dificultades -inexistencia, incapacidad económica o imposibilidad- para percibir alimentos de sus progenitores sino que debe considerarse las posibilidades económicas de subsistencia de los abuelos demandados frente a un menor al que no le falta ni alimentos, ni vivienda, ni atención de su salud y que no realiza por su propio desinterés, actividad escolar ni lúdica ni deportiva.

Esto es, a más que la madre en su escrito de inicio no concretó en cuánto sería el aporte que reclama de los abuelos y luego lo sugirió en $ 2.000, no es posible con las constancias aportadas al expediente justificar que lo requerido hace a lo que jurisprudencialmente se entiende como indispensable para satisfacer las necesidades básicas del joven ni aún que podría disponerlo para satisfacer -siquiera-, sus posibilidades de esparcimiento.

En definitiva, atendiendo al carácter mutable de toda decisión referida a prestación alimentaria, considerando el contexto probatorio dado y que ha sido correctamente apreciado por la magistrada de grado, estoy persuadida que la decisión adoptada en la instancia de grado de no imponer a los abuelos paternos la obligación de colaborar con G.- a riesgo de su propia subsistencia-, es ajustada a derecho y debe confirmarse.

4. Las costas.

La naturaleza de la cuestión que llega a resolver, los diferentes criterios jurisprudenciales que incluso se han plasmado en esta sentencia y la ausencia de contradictorio en esta sede, ameritan a mi criterio que las costas en la Alzada, sean soportadas en el orden causado. (art. 69 2da parte del CPCC) para lo cual diré que los honorarios propuestos por el Dr. Heraldo Fiordelisi se ajustan al mérito y resultado obtenido (arts. 5, 7 y 13 de la ley arancelaria).

Voto por la **AFIRMATIVA**.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Señor Juez Dr. Julián Emil JALIL, dijo:

Que de compartir mis distinguidos colegas el criterio que he propugnado en mi voto, el pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente:

1) **REVOCAR** la sentencia apelada obrante a fs. 185/194 en lo que fuera materia de agravios.

2) **HACER LUGAR** a la demanda por alimentos interpuesta por la Sra. R. N. R., en representación de su hijo G. A. F. contra los abuelos paternos Sres. A. C. y R. H. F.**.**

3) **IMPONER** la obligación alimentaria a los abuelos por un lapso de 5 meses desde la notificación del monto efectivo, el cual será dispuesto por la Sra. Jueza de grado atendiendo a las circunstancias del caso y los parámetros que emergen del punto 6.5.

4) **IMPONER** las costas por su orden. (Conf. art. 72 del CPCC).

5) **REGULAR** los honorarios profesionales de las abogs. C. K. T. S. y M. E., conjuntamente, en 4, 5 JUS, con más el IVA si correspondiere, siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se aplicará éste último. (Conf. arts. 5, 6, 7 y 13 de la ley arancelaria).

6) **REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.**

Así lo voto.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

De ser compartidos los fundamentos precedentemente expuestos, el pronunciamiento que corresponde dictar sería el siguiente:

1) **CONFIRMAR** la sentencia recurrida.

2) **IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA** en el orden causado (art. 69, 2ª. parte del CPCC), regulándose los honorarios de las Dras. C. K. T. S. y M. B. E., conjuntamente, en el 25% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de así corresponder (conf. arts. 5, 13, 29, 46 y concs., Ley XIII N° 4 y modificat.).

3) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVASE**.

Así lo voto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo,

Conforme el sentido de mi voto, el pronunciamiento que corresponde se dicte es el que propone el Dr. Heraldo E. Fiordelisi.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de Marzo de 2019.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1) CONFIRMAR la sentencia recurrida.

2) IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA en el orden causado (art. 69, 2ª. parte del CPCC), regulándose los honorarios de las Dras. C. K. T. S. y M. B. E., conjuntamente, en el 25% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de así corresponder (conf. arts. 5, 13, 29, 46 y concs., Ley XIII N° 4 y modificat.).

3) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVASE.**

Registrada bajo N° /2019 SDF.