Puerto Madryn, de Diciembre de 2021.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: "**H., C. I. C/ M., J. O. S/ Alimentos" Expte. 330 Año 2021**, venidos del Juzgado de Familia N° 2, por haber interpuesto la parte actora a fs. 15 recurso de apelación contra la providencia simple dictada el día 23/09/21 (fs. 12/13).

I. A fs. 12/13 la Sra. Magistrada de grado resuelve que, previo a ordenar el traslado del pedido de alimentos al abuelo materno del niño A. E. E. M., deberá acreditarse verosímilmente la imposibilidad de que los Sres. L. M. A. E. y D. A. M., puedan abonar la asistencia alimentaria de la obligación derivada de la responsabilidad parental. Asimismo, considera la a quo que no se acreditó *prima facie* la insolvencia de los progenitores del niño y por tanto la verosimilitud del derecho invocado, no haciendo lugar a los alimentos provisorios solicitados en la demanda.

Contra dicha resolución se alza la actora a fs. 15, fundando sus agravios a fs. 20/22.

Se agravia la recurrente por entender que el decisorio de la Magistrada de grado es meramente dilatorio y contrario a derecho.

Indica que como abuela paterna ha asumido en solitario el cuidado de su nieto, siendo su condición económica de extrema dificultad.

Explica que eligió como vía procesal incoar la demanda en forma directa contra el abuelo materno por ser obligado legalmente, no demandándose en forma conjunta a los padres por encontrarse ambos desocupados, extremo probado con el informe de la AFIP que adjuntó.

Resalta que el vínculo de parentesco que se invoca está suficientemente acreditado con la documentación acompañada y la probabilidad de que A. no reciba asistencia alimentaria de sus padres surge de la especial situación del niño y que la Sra. Magistrada conoce por resultar quien otorgó la guarda del menor a su favor.

Considera que no dar apertura a un proceso alimentario en favor de un niño por cuestiones procesales resulta violatorio a toda norma de derecho humano.

Sostiene que en todo caso, el abuelo demandado podría oportunamente ejercer el derecho de defensa.

Solicita se revoque el proveído atacado, ordenando la apertura del proceso de alimentos y se fijen alimentos provisorios.

Cita doctrina y jurisprudencia.

La representante de la Asesoría de Familia, Ab. A. K., contesta vista a fs. 28/29, considerando que se debe hacer lugar a la apelación interpuesta por la actora, revocando la providencia dictada por la Sra. Jueza a quo.

II. **a)** Liminarmente debe señalarse que la cuestión apelada refiere a una cuestión netamente procesal. La naturaleza de la cuestión y el objetivo que procura la audiencia del art.130 de la ley III N° 21, determinaron a criterio de este Cuerpo, que resultaba innecesaria en esta instancia del proceso la fijación de la audiencia.

III. 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".

De allí que la misma no ha perdido 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).

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.

Flexibiliza el aspecto procesal, para una más rápida satisfacción del derecho de fondo vulnerado. Pero 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.

De ello que la obligación de los abuelos opera ante el incumplimiento o la imposibilidad del progenitor.

Concretamente, 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.

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).

Ahora bien, el caso de autos tiene la particularidad que con fecha 04/02/2020 la Sra. Jueza de Familia, Dra. D. I. V., otorgó cautelarmente la guarda del menor A. E. E. M. a su abuela paterna, C. I. H., por el lapso de un año, renovándose la misma con fecha 24/06/2021, por igual plazo.

Dicha guarda cautelar se otorga debido a que los progenitores del niño no están en condiciones de cuidarlo debidamente. Todo ello surge de los autos: "Asesoría de Familia s/ Medida de Protección de Derechos del niño E. M. A.E.", Expte. N° 1/2019, que tenemos a la vista al momento de dictar la presente sentencia.

De las constancias de autos surge acreditado: a) el vínculo de parentesco con el Sr. M., b) del informe de la AFIP (fs. 10 vta.) la verosimilitud de la dificultad para percibir alimentos por parte de los progenitores obligados ya que se encuentran sin trabajo en relación de dependencia, sumado a ello que el Sr. E. se halla detenido en la Seccional Tercera de esta ciudad (v. fs. 17/18).

Del análisis de los expedientes (los presentes autos y el Expte. 01/2019), concluimos que se da el presupuesto vinculado con la verosimilitud de las dificultades de la actora para percibir los alimentos de los progenitores obligados.

Como se mencionó ut supra, la exigencia del CCN no se refiere a la prueba del extremo de la imposibilidad de prestar alimentos por parte de los progenitores, sino la probabilidad de que el hijo no perciba alimentos de estos. Situación que se da en los presentes autos.

Además de todo lo hasta aquí expuesto no puede perderse de vista la situación económica en la que se encuentra la abuela guardadora (v. fs. 170/174 del Expte. 1/2019), y que así como ella asumió el cuidado de A. a los fines de evitar su institucionalización, su abuelo materno puede colaborar con un aporte económico con el mismo objetivo.

Todo ello lleva a concluir, en el estudio conjunto de las circunstancias de autos, que le asiste razón a la recurrente, toda vez que se encuentra acreditada la imposibilidad de que los progenitores puedan abonar la asistencia alimentaria.

b) Por otro lado, la actora ha solicitado en su libelo de inicio que se fijen alimentos provisorios, los cuales fueron rechazados en primera instancia, como se dijo, mereciendo su petición en la expresión de agravios.

En razón del modo en que se resuelve el punto anterior, corresponde a este Cuerpo jurisdiccional expedirse sobre ellos.

La doctrina tiene dicho que: *"Es sabido que los alimentos provisionales deben fundarse en lo que "prima facie" surja de los elementos aportados a los autos, pero con el propósito de atender a las necesidades imprescindibles del reclamante, hasta tanto quede definitivamente dilucidado su derecho y el monto que debe alcanzar la cuota, lo cual recién se establecerá en la sentencia"* (conf. Bossert, "Régimen de los alimentos", ps. 330/1, N° 351 y sus citas en nota 29). *"Es independiente de ese*

primer análisis el más completo que se realizará al momento de dictar sentencia, con todos los elementos probatorios y las argumentaciones de las partes ya reunidas en el expediente" (conf. Bossert-Zannoni Manual de Derecho de Familia, p. 50 N° 50; Cn Civ., Sala K Expte. N° 128980 del 27-12-93).

En este sentido la jurisprudencia ha señalado que: *"... No estando regulado el procedimiento específico para la fijación de los alimentos provisorios, cabe aplicar en lo pertinente, las disposiciones que rigen las medidas cautelares, lo que implica que corresponde fijar una cuota alimentaria provisoria siempre que "prima facie" sea acreditada la verosimilitud del derecho del que lo solicita, debiendo estarse en la duda a favor de la subsistencia y dignidad de los alimentos..."* (C.A. Civ. Com., Necochea, 24/02/04, I.M.I c/ R.H. Derecho Argentino de Familia, Legis, pág. 610 cit.).

Analizadas las constancias de autos —como surge supra— se desprenden elementos que permiten concluir inicialmente que le asiste razón a la actora, al menos en instancia cautelar.

Dada la naturaleza sumarísima del instituto en virtud de su objeto, esto es atender sin demoras las necesidades del niño, corresponde proceder a la fijación de una cuota de alimentos provisoria. La misma se fijará inaudita parte habiéndose entendido que ello no coloca en estado de indefensión al alimentante dado el carácter de provisoriedad de la misma.

De tales circunstancias puede deducirse, prima facie, que conforme las necesidades imprescindibles del niño y la capacidad económica de su abuelo materno (v. fs. 10) resulta prudente fijar una cuota provisoria de alimentos en el 10 % (diez por ciento) de los ingresos mensuales del Sr. M., cuyo pago se dispone mediante embargo de haberes, los que estarán vigentes hasta el dictado de sentencia en estos autos. La tramitación de la misma corresponde se lleve adelante en Primera Instancia.

IV. Sin costas en esta instancia porque excepcionalmente el Ministerio de la Defensa percibe honorarios regulados judicialmente de los usuarios que cuentan con medios suficientes (conf. art. 3 inc. 7mo. Ley V N° 90) (Ver: CAPM en autos: "Legajo de Copias en autos: "Z., O. E. y Otro S/ Medida de Protección de (M. D. G.)", Expte N° 325/2011, sent. del 10/12/13).

Por todo lo expuesto, la Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn:

R E S U E L V E:

1) REVOCAR, en cuanto ha sido materia de recurso, la providencia dictada el 23 de septiembre de 2021, de fs. 12/13. **EN CONSECUENCIA**, córrase traslado de la demanda y continúen los autos según su estado.

2) FIJAR alimentos provisorios a favor del niño A. E. E. M. (DNI. X.) a cargo del demandado Sr. J. O. M. (DNI. X.) en el 10% (diez por ciento) de sus ingresos mensuales, cuyo pago se dispone mediante embargo de haberes, los que estarán vigentes hasta el dictado de sentencia en estos autos. Los trámites del mismo serán realizados en Primera Instancia.

3) SIN COSTAS en esta instancia (arg. conf. art. 3 inc. 7mo. Ley V N° 90).

4) REGÍSTRESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.