

_____ Salta, 23 de agosto de 2017. _____

_____ **Y VISTOS:** Estos autos caratulados "**V., M. C. c/ P. S., M. E.; S., S. d. V.; P., M. A. – ALIMENTOS**", Expte. N° **555.225/16** del Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil de Personas y Familia 6ª Nominación y de esta Sala Primera, Adscripción N° 1, y _____

_____ **CONSIDERANDO:** _____

_____ **La Dra. Adriana Rodríguez de López Mirau, dijo:** _____

_____ **I.** Que vienen estos autos en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 189 por los demandados en contra de la sentencia de fs. 119/121 y vta. que hace lugar a la demanda de alimentos. El recurso fue concedido a fs. 131 en relación y con efecto devolutivo. _____

_____ En el memorial de fs. 135/142 los apelantes sostienen, en primer lugar, que el decisorio atacado se aparta de la interpretación lógica y de los principios esenciales del contradictorio y de la pretensión de las partes. Consideran que el sentenciante incurrió en concesiones *extra petita* generando un desequilibrio que lesiona el derecho de propiedad y quiebra la línea de responsabilidad objetiva, confundiendo los roles del obligado principal con los del garante solidario. Señala que se allanaron a la pretensión deducida por la actora, allanamiento respecto del cual prestó consentimiento la Asesoría de Menores y que no obstante ello el *a-quo* distorsionó la atribución de responsabilidad en base a parámetros subjetivos y personales imputando un mayor grado de responsabilidad al abuelo. Solicitan se revoque la sentencia de grado y se fije como cuota alimentaria el 20 % a cargo del padre y un 10 % a cargo del abuelo, en ambos casos en relación al Salario Mínimo Vital y Móvil. Piden imposición de costas. _____

_____ Corrido traslado del memorial, a fs. 144/148 contesta la actora. En primer lugar sostiene que los agravios formulados no constituyen una crítica concreta y razonada de fallo sino una mera discrepancia con el decisorio, por lo que solicita se lo declare desierto en base al artículo 255 del Código Procesal Civil y Comercial. Respecto a los agravios fundados en supuestas concesiones *extra petita* y al allanamiento del apelante, considera que deben

ser rechazados toda vez que el *a-quo* dictó sentencia conforme lo oportunamente solicitado; entiende que los demandados tergiversan la petición. Resalta que las partes no arribaron a un acuerdo en la audiencia de fecha 6/2/2017 y afirma que por ello la sentencia debe ser confirmada, toda vez que se encuentra apegada a derecho y es congruente con lo oportunamente requerido por las partes. _____

_____ A fs. 157/158 y vta. obra dictamen del Sr. Fiscal de Cámara Civil, Comercial y Laboral, quien considera que se puede hacer lugar parcialmente al recurso fijando la cuota alimentaria que debe abonar el Sr. M. E. P. S. en un 20% de un SMVM, manteniendo la cuota alimentaria fijada al Sr. A. P. en el 10% de sus haberes. _____

_____ A fs. 157 se llaman autos para sentencia, providencia firme conforme notificación automática que obra al dorso de dicho folio. _____

_____ **II.** Que el recurso fue interpuesto en término conforme surge de fs. 127 y vta. y fs. 129/130. _____

_____ **III.** Que en primer lugar es menester destacar que esta Sala Primera ha sostenido en forma reiterada la conveniencia de aplicar un criterio amplio en cuanto a la valoración de la suficiencia de los agravios, por ser el que mejor armoniza con el derecho de defensa y con el sistema de la doble instancia. Mas aún, se ha dicho que en caso de duda sobre si el escrito tiene los méritos exigidos para la expresión de agravios, debe estarse a favor de su idoneidad (cfr. esta Sala I, Tomo 1992:101; 2000:654; SD-2013:7; AI-2014:225; SD-2016:136, entre otros). _____

_____ Siguiendo tal criterio, puede afirmarse que el escrito de fs. 135/142 constituye una expresión de agravios en mínima medida y, en consecuencia, tener por fundado el recurso, lo que habilita su análisis. _____

_____ **IV.** Que para resolver como lo hizo el *a-quo* hizo mérito del allanamiento formulado por los demandados, no obstante lo cual consideró insuficiente la propuesta realizada, entendiendo justo fijar una cuota alimentaria del 25 % de un Salario Mínimo Vital y Móvil a cargo del padre de la menor, teniendo en cuenta la realidad socio-económica del país y que no se

produjeron pruebas en el proceso en relación al verdadero caudal económico del progenitor. _____

_____ Por otra parte y respecto a los abuelos de la menor consideró justo y equitativo, en virtud del artículo 537 del Código Civil Comercial, fijar una cuota alimentaria del 10 % de los haberes que por todo concepto percibe el Sr. M. A. P. -abuelo- como dependiente de la empresa Ale Hnos. SRL. _____

_____ Asimismo fijó en concepto de cuota suplementaria la suma de pesos tres mil (\$ 3.000,-) a cargo del padre de la menor. _____

_____ V. Que los agravios se centran en la supuesta arbitrariedad del fallo al haberse efectuado concesiones –según sostienen los apelantes- *extra petita* a favor de la actora, como así también en los parámetros subjetivos y personales que habría utilizado al fijar la cuota alimentaria, sin hacer mérito del allanamiento y de la propuesta por ellos formulada, respecto de la cual prestó conformidad la Sra. Asesora de Menores e Incapaces. _____

_____ 1. Liminarmente y teniendo en cuenta los agravios formulados debe recordarse que “es condición de las sentencias judiciales que constituyan una derivación razonada del derecho vigente, con aplicación a las circunstancias del caso, por lo que la tacha con sustento en la doctrina de la arbitrariedad prospera cuando el fallo prescinde de planteos oportunamente introducidos o la normativa aplicable de planteos oportunamente introducidos o la normativa aplicable o contiene una interpretación y aplicación que la desvirtúa y torna inoperante”. (CSJN, Fallos, 339: 459; CJS, Tomo 209:1057). _____

_____ En ese marco cabe recordar que la obligación alimentaria de los progenitores con relación a sus hijos menores de edad se encuentra regulada actualmente en los artículos 658 y siguientes del Código Civil y Comercial y se funda en los deberes atinentes a la responsabilidad parental, los que se originan en el hecho de la procreación. Es por ello que en estos supuestos no se requiere, -como en el caso de los restantes parientes- la prueba de la necesidad, pues la condición para su procedencia es simplemente la minoridad del alimentado y no su indigencia, que genera la obligación de los padres a su proveimiento para la subsistencia y desarrollo vital. _____

_____ Cabe destacar que este deber tiene igual fundamento en nuestras Constituciones Nacional y Provincial a tenor de los instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen al niño el derecho de gozar de un nivel de vida adecuado e imponen a los progenitores el deber de asegurar los derechos del hijo concebido a la vida, la salud y al desarrollo. Así el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño en su parte pertinente dispone que “Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. 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”. Esta normativa se ve reforzada con las previsiones contenidas en la ley 26.061, en particular su artículo 7, que reza: “La familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías. El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos”.

_____ En definitiva, en el marco de las obligaciones emergentes de la responsabilidad parental, basta con acreditar la existencia de vínculo filiatorio para admitir la procedencia de la acción de alimentos. Ello, sin perjuicio de precisar que en la fijación de una cuota alimentaria se tienen en cuenta las necesidades del alimentado, las posibilidades económicas del demandado y la contribución que también debe realizar el otro progenitor, tal como se prescribe en el actual artículo 659 del Código Civil y Comercial.

_____ En ese orden, se ha señalado que “La prestación alimentaria de los hijos es un instituto obligacional dinámico, ya que su contenido se configura día a día, en especial por el crecimiento del hijo, circunstancia que representa cambios permanentes en las necesidades que comprende” (cfr. Rivera, Julio Cesar- Medina Graciela, “Código Civil y Comercial de la Nación- Comentado”, Edit. Thomson Reuters - La Ley, CABS, 2014, T. II, pág. 544).

_____ Cabe señalar que en autos la cuota alimentaria está destinada a cubrir las necesidades de la niña J.M.P.V, la cual a la promoción de las presentes actuaciones tenía cinco años de edad (6 actualmente) y, tal como ya se dijera, a los fines de su fijación no sólo se tendrán en cuenta sus necesidades sino también las posibilidades económicas del progenitor demandado y la indispensable contribución del otro; ello de conformidad a las expresas previsiones del artículo 658 del Código Civil y Comercial según el cual “ambos progenitores tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos”. _____

_____ A la luz de tales lineamientos y examinadas las constancias obrantes en la causa se advierte que la madre de la menor, tanto en el escrito de demanda como en oportunidad de llevarse a cabo la audiencia que prevé el artículo 651 del Código de rito, solicitó expresamente que la cuota alimentaria se integre con el 20% del Salario Mínimo Vital y Móvil a cargo del padre y el 10% de lo que percibe el abuelo (v. fs. 14 y fs. 101) con lo cual -tal como lo sostienen los apelantes- el *a-quo* al fijar una cuota del 25% a cargo del padre y un 10% a cargo del abuelo excede la pretensión de la actora, violado el principio de congruencia. _____

_____ Sobre el particular es dable destacar que “aún cuando el juez considere que la cuota debería ser superior al monto reclamado, la sentencia deberá limitar a lo pedido en la demanda, pues de otro modo se incurriría en *plus petitio*, excediéndose el contenido de la litis, y quedaría violado el principio de congruencia” (arts. 36, inc. 4º, y 163, inc. 6º, Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación, “Régimen jurídico de los alimentos Cónyuges, hijos menores y parientes. Aspectos sustanciales y procesales”; Bossert, Gustavo A.; pág 459/460, Edit. Astrea, Bs. As., 2006). _____

_____ Por las razones expuestas corresponde atender a los agravios expresados los recurrentes en este sentido y, en consecuencia, modificar lo resuelto en el punto I de fs. 121 vta., disponiendo que la cuota alimentaria a cargo del padre se calcule en el 20% de un Salario Mínimo Vital y Móvil. _____

_____ 2. Respecto a la obligación alimentaria de los abuelos, no obstante el allanamiento formulado (ver fs. 101 vta.), cabe señalar que el artículo 668 del Código Civil y Comercial introdujo una novedad al respecto, estableciendo 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, deben acreditarse verosímelmente las dificultades del actor para percibir los alimentos del progenitor obligado”. _____

_____ Previo a analizar la procedencia o no del recurso interpuesto y teniendo en cuenta la normativa vigente, corresponde esbozar una breve reseña de los antecedentes que motivaron la introducción de dicho precepto en el nuevo Código Civil y Comercial. _____

_____ Anteriormente y en el contexto del Código Civil la cuestión fue arduamente debatida en doctrina y jurisprudencia; la discusión radicaba esencialmente en la determinación de la naturaleza jurídica de esta obligación, pues las consecuencias de su carácter tenían una importante incidencia práctica. Para un sector de carácter clásico, se trataba de una obligación derivada del vínculo de parentesco existente entre ambos, conforme lo establecía el artículo 367, inciso 1º del Código Civil, y dado que dicho artículo preveía un determinado orden de prelación, determinado por la proximidad en grado de parentesco, los padres se encontraban obligados en primer lugar. De allí que la obligación de los abuelos revestía un carácter subsidiario y, además, debía cumplimentar las exigencias de la norma -acreditar la imposibilidad del principal obligado- e incidía en la extensión de la obligación, que se limitaba a las necesidades básicas e indispensables, dado su origen en la relación de parentesco. _____

_____ Otro grupo de autores, en cambio, sostuvo que el reclamo a los abuelos podía ser directo, dada la incidencia de la Convención de Derechos del Niño en el ordenamiento interno. En concreto, se consideró que el principio del interés superior del niño (art. 3º CDN) impone una reinterpretación de las normas en su favor y consagra el derecho de todo niño a “un nivel de vida adecuado para su pleno desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social

obligación que corresponde satisfacer en primer lugar a los padres u otras personas encargadas del niño” -entre ellos, los abuelos (art. 27 CDN)- a los fines del derecho de los niños a una tutela judicial efectiva y en tiempo oportuno. En definitiva, para estos autores, la Convención de Derechos del Niño desplazaba la subsidiariedad impuesta por el Código Civil y algunos incluso sostuvieron la derogación tácita del artículo 367 Código Civil respecto a los abuelos y nietos que fueran niños, niñas o adolescentes. Se consideró que, al ser una obligación directa, de reclamo directo, simultáneo o no, y extensiva de aquélla de los padres, su extensión era la misma. _____

_____ Ante estas dos posturas extremas surgió una tercera, que podría denominarse intermedia o de subsidiaridad relativa. En principio, consideró a la obligación alimentaria de los abuelos de tipo subsidiaria, pero cuando los nietos sean niños, niñas o adolescentes. Tal subsidiaridad debe estar desprovista de las formalidades propias de este tipo de obligaciones, en virtud de la prioridad debida a la protección de derechos de niños, niñas y adolescentes conforme la Convención de Derechos del Niño. Así, a los fines de no desvirtuar la finalidad de esta obligación alimentaria, se excluye el rigorismo formal a las exigencias procesales y probatorias. _____

_____ La Corte Suprema de Justicia de la Nación adscribió a esta última postura intermedia, reconociendo el deber alimentario de los abuelos, al revocar un fallo que había rechazado la demanda directa incoada por la madre de niños contra los abuelos paternos, a pesar de haber acreditado las dificultades para percibir la cuota alimentaria del progenitor de los niños. Así, efectuando una interpretación del artículo 367 Código Civil en concordancia con el interés superior de los niños comprometido, sostuvo que resultaba “inadecuado que la alzada exija el cumplimiento de otros pasos a fin de considerar expedita la vía para reclamar el pago de alimentos al abuelo paterno”, y entendía que resultaba suficiente acreditar verosímilmente la imposibilidad de lograr el cumplimiento alimentario del principal obligado, el progenitor (CSJN, “F., L. c/ L., V.”, 15/11/2005). _____

_____ Por su parte la Corte de Justicia de Salta adoptó esta postura según precedentes registrados en Tomo 125:077 y 143:953). _____

_____ Ésta es la posición seguida por el artículo 668 del nuevo Código Civil y Comercial que regula en forma específica esta obligación alimentaria y que, aún en el mismo proceso dirigido contra los progenitores, habilita la extensión de la solicitud a los ascendientes. Ahora bien, el artículo dispone que se debe acreditar la imposibilidad de cumplimiento por parte del progenitor y ello así por el simple hecho de que no es lo mismo ser padre que ser abuelo y porque la obligación de los abuelos opera ante el incumplimiento o imposibilidad del progenitor (conf. Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso. “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Tomo II, pág. 516/518, 1ra. Edición, julio 2015, Infojus; C.A.C.C. Salta, Sala I, Tomo SD-2016:192, voto minoritario CJSalta, Tomo 125:077). _____

_____ Es que frente, a la tensión existente entre los derechos de los niños y los de los abuelos -que constituye otro sector vulnerable como es el de los adultos mayores-, se deba optar por una postura equilibrada que evite el exceso de requisitos formales que provoquen la insatisfacción de las necesidades vitales de aquéllos, acorde a los postulados de la Convención de los Derechos del Niño y sin desproteger a quienes, por su mayor edad, tampoco deben quedar desamparados. _____

_____ Sentado lo expuesto y en el caso particular de autos, es dable destacar que esta Sala Primera sigue al respecto dicha posición intermedia con lo cual, teniendo en cuenta el allanamiento de los demandados a la pretensión de la actora (20% del SMVM a cargo del padre y un 10% de lo que percibe el abuelo, ver fs. 101) y que se está en presencia de una niña de seis años de edad, la conclusión del *a-quo* resulta razonable y ajustada a derecho, correspondiendo en consecuencia el rechazo de este agravio y la confirmación de lo resuelto en este aspecto. _____

_____ Párrafo aparte merece el agravio respecto al apartamiento –según sostienen los demandados- del dictamen de la señora Asesora de Incapaces N° 3 (ver fs. 117). _____

_____ El artículo 27 de la Ley Orgánica del Ministerio Público N° 7.328 dispone que “los dictámenes emitidos en las tramitaciones por los representantes del Ministerio Público no son vinculantes salvo en los casos de excepción expresamente previstos en las leyes. Los formularán motivada y específicamente en sus requerimientos y conclusiones, bajo sanción de inadmisibilidad”, con lo cual los cuestionamientos formulados contra la sentencia en crisis en lo que a este planteo respecta, deben ser desestimados. _

_____ **VI.** Que, a los fines de la imposición de costas cabe tener en cuenta que, sin perjuicio del modo en que se resuelva, esta Sala tiene sentado criterio acerca de que las costas en casos como el de autos deben ser soportadas en su totalidad por el alimentante porque, de lo contrario, se afectaría el principio de la integridad de la prestación alimentaria y, como consecuencia, el alimentado recibiría un monto menor que el fijado, lo que redundaría en beneficio de aquél y en perjuicio de éste (C.A.C.C. Salta, Sala I, Tomo AI-2016:589). ____

_____ En este sentido ha dicho la jurisprudencia: “Deben ser impuestas al alimentante dada la naturaleza y finalidad de la prestación alimentaria y aún cuando el resultado de la Alzada haya sido parcialmente favorable al alimentante” (L.L., 1975 – B- 948; C.A.C.C. Salta, Sala I, SD-2014:170; AI-2016:216). _____

_____ **VII.** Que, por lo dicho, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto en autos, modificando la sentencia de fs. 117/121 conforme punto IV. 1 y confirmándola en lo demás, con costas a cargo de los apelantes. _____

_____ **VIII.** Que dando cumplimiento a lo dispuesto por Acordada N° 12.062 de la Corte de Justicia de Salta, se deja establecido que los honorarios de los profesionales intervinientes ante la Alzada se fijarán teniendo en cuenta los porcentajes del 45% a favor del Dr. Roberto Marin Tomas Aranda y del 45% a favor de la Dra. Guadalupe Yolanda Delgado. _____

_____ ***El Dr. Ricardo Casali Rey, dijo:*** _____

_____ Que, por sus fundamentos, adhiero al voto precedente. _____

_____ Por ello, _____

_____ **LA SALA PRIMERA DE LA CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL,** _____

_____ **FALLA:** _____

_____ **I. HACIENDO LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de apelación deducido a fs. 189 por los demandados y, en consecuencia, **REVOCAR** la sentencia de fs. 117/121 punto I **CONDENANDO** al Sr. E. P. S., DNI. a pasar a favor de su hija J.M.P.V, una cuota alimentaria equivalente al 20% de un Salario Mínimo Vital y Móvil, conforme se indica en los considerandos. Con Costas a cargo de los apelantes. _____

_____ **II. ESTABLECER** un porcentaje del 45% a favor del Dr. Roberto Marin Tomas Aranda y del 45% a favor de la Dra. Guadalupe Yolanda Delgado. _____

_____ **III. MANDANDO** se registre, notifique al Sr. Fiscal de Cámara, Sra. Asesora de Incapaces N° 3, a las partes y oportunamente bajen los autos al Juzgado de origen. _____

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE SALTA. VOCALES: Dres. Adriana Rodríguez de López Mirau - Ricardo N. Casali Rey SECRETARIA: Dra. María Laura Sarmiento SALA I, T. 2017 – Sentencias, f° 264/268, 23/08/17.