

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES



UADE

TRABAJO DE INTEGRACION FINAL de ABOGACIA

Obligación Alimentaria por parte de los Abuelos

Espinoza, Romina LU: 1030413

Abogacía

Tutor: Roberto Campos

Fecha de presentación: 15 de Septiembre de 2014

Seminario de Práctica Corporativa Turno Tarde

INDICE

I. ABSTRAC-----	3
II. INTRODUCCIÓN-----	4
OBJETIVOS DEL TRABAJO-----	4
METODOLOGIA PARA EL DESARROLLO DEL TRABAJO-----	4
CONTENIDO Y SUPUESTOS TENIDOS EN CUENTA-----	5
HIPOTESIS Y FUNDAMENTACION-----	5
III. DESARROLLO-----	6
FUNDAMENTO DE LA OBLIGACION-----	6
OBLIGACION SUBSIDIARIA, SUBSIDIARIA RELATIVA O DIRECTA-----	7
OBLIGACION DIRECTA-----	11
CUANTIA DE LA OBLIGACIÓN-----	12
CARACTERISTICAS DE LA OBLIGACIÓN-----	13
GASTOS ORDINARIOS Y EXTRAORDINARIOS-----	14
CARGA PROBATORIA-----	14
ACUERDOS EXTRAJUDICIALES-----	15
REGIMEN PROCESAL-----	15
EFFECTOS DE LA SENTENCIA-----	17
MODIFICACIONES DE LA CUOTA ALIMENTARIA-----	18
CESE DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA-----	20
PLURALIDAD DE SUJETOS OBLIGADOS-----	21
CUOTA ALIMENTARIA COMO COMPLEMENTO -----	21
PROYECTO DEL CODIGO CIVIL-----	22
CONCLUSIÓN-----	24
BIBLIOGRAFIA-----	25
ANEXO-----	27

I. ABSTRAC

En el siguiente trabajo de investigación, se estudió principalmente el tipo de obligación alimentaria que tienen los abuelos para con sus nietos, ya que con la incorporación de la Convención del derecho del niño a la Constitución Nacional en el año 1994, se han formado distintas doctrinas que consideran a esta obligación como subsidiaria, subsidiaria relativa, simultánea o directa. Tomando la doctrina de Famá, Herrera, Morello, Sosa, etc. así como la jurisprudencia que acompaña esta opinión, se van a detallar las razones por las que se sostiene que dicha obligación es directa y no subsidiaria o subsidiaria relativa. En cuanto al otro punto se considera que el quantum de la obligación responde también a lo establecido en el Convenio de los derechos del niño, por lo que si bien no responden igual que a los titulares de la patria potestad tienen que garantizar todos los medios que permita a su nieto o nieta un desarrollo íntegro de su personalidad intelectual y espiritual en su hábitad social y cultural.

En conclusión considero que se debe tomar como una obligación directa porque respeta la idea principal de la Convención, que es procurar una satisfacción efectiva y rápida de las necesidades del menor.

II. INTRODUCCIÓN

a) OBJETIVOS DEL TRABAJO

OBJETIVO GENERAL

Se van a analizar los distintos puntos de vista con respecto a la obligación alimentaria por parte de los abuelos. También las distintas situaciones que rodean a la obligación, como es el caso de la falta no absoluta de recursos por parte de los padres, las modificaciones que pueden tener la cuota alimentaria, si esta es una obligación personal o no y que ocurre cuando el padre o madre tienen plena capacidad para obtener un trabajo.

OBJETIVO ESPECIFICO

Podemos analizar que por la redacción del Art. 367 del código civil¹, los abuelos estarían obligados a proporcionar alimentos a sus nietos de forma subsidiaria, pero se debe tener en cuenta la convención sobre derechos del niño, que para procurar cubrir eficientemente las carencias del menor, abrió la posibilidad de un reclamo directo contra los abuelos.

En cuanto a la cuantía que le corresponde a los abuelos, el Art. 372 establece que "la prestación de alimentos comprende lo necesario para la subsistencia, habitación y vestuario correspondiente a la condición del que la recibe, y también lo necesario para la asistencia en las enfermedades", ya que si bien no se lo podría equiparar a las obligaciones de la patria potestad, se debe tener en cuenta el Art. 27 de la Convención sobre los derechos del niño donde se establece que se debe garantizar los medios tendientes para permitirle un desarrollo íntegro de su personalidad intelectual y espiritual en su hábitat social y cultural.

b) METODOLOGIA PARA EL DESARROLLO DEL TRABAJO

Para el desarrollo del trabajo se utilizó el método dogmático, que permite el análisis de los argumentos de diferentes posturas tomadas por la doctrina y jurisprudencia relacionada al tema, que nos permitió confirmar la hipótesis planteada.

¹ "Los parientes por consanguinidad se deben alimentos en el orden siguiente: 1° Los ascendientes y descendientes. Entre ellos estarán obligados preferentemente los más próximos en grado y a igualdad de grados los que estén en mejores condiciones para proporcionarlos. 2° Los hermanos y medios hermanos. La obligación alimentaria entre los parientes es recíproca"

c) CONTENIDO Y SUPUESTOS TENIDOS EN CUENTA

Se van a analizar las tres doctrinas que surgieron dentro de la legislación Argentina, que son las que consideran que es una obligación subsidiaria, subsidiaria relativa, simultanea o directa. El contenido de este trabajo es básicamente el fallo del Tribunal de familia de Quilmes que introdujo como novedoso considerar la inconstitucionalidad de una parte del art. 367 del Código Civil, bajo la luz de la Convención sobre los derechos del niño incorporado a la Constitución Nacional en la reforma del año 1994.

d) HIPOTESIS Y FUNDAMENTACION

La obligación de los abuelos es directa por que permite una pronta obtención de recursos para el menor y es una modificación introducida por los artículos de la Convención sobre los derechos del niño, que gozan de rango constitucional.

Este trabajo de investigación se va a encaminar en demostrar, por medio de la opinión de varios autores así como la jurisprudencia que de a poco va predominando, que si bien la redacción del art. 367 nos da a entender que existe una subsidiariedad en cuanto al reclamo que se puede iniciar a los abuelos, hoy por un tema de celeridad y economía procesal y teniendo en cuenta el rango constitucional de la Convención sobre los derechos del niño, el reclamo hacia los abuelos es directa, ya que se esta pretendiendo resguardar al sector mas vulnerable y que exige que sus necesidades sean ágilmente cubiertas.

III. DESARROLLO

a) FUNDAMENTO DE LA OBLIGACION

La obligación alimentaria tiene como una de sus fuentes el Código Civil, de los artículos 367 al 376 bis, que lo podemos encontrar en el capítulo IV, derechos y obligaciones de los parientes.

Bossert al igual que Ortiz de Rosas y Zannoni sostienen que “esta fuente legal tiene como fundamento la solidaridad que debe existir entre los miembros de una familia, que permite al legislador establecer, fundado en ella, determinadas obligaciones civiles y que la relación que existe entre los parientes es un vínculo obligacional de origen legal (art. 499 Cod. Civil) que exige recíprocamente de estos una prestación que asegure la subsistencia del pariente necesitado.”² En razón de la solidaridad familiar es que ellos están obligados a acudir en resguardo del menor, prestándoles una ayuda económica, siempre que estén en condiciones para brindarlo. Lo que se intenta proteger es la salud física y mental a la que estos se ven afectados, cuando se encuentran en situaciones, como el desempleo de los progenitores, la disminución de ingresos, etc., que no les permite ver cubiertas sus exigencias básicas.

“Existen otras opiniones que señalan que el fundamento de la obligación, se encuentra en la cualidad del sujeto titular, quien por su falta de madurez y por su alto grado de fragilidad se emplaza considerablemente en una desprotección natural. Señalan también que se debe considerar la familia como un grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, en particular de los niños, por lo que esta debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades frente a la comunidad, debiendo cada integrante de una familia colaborar en la medida de sus posibilidades con el desarrollo de sus miembros.”³

Hoy en día ha “cambiado la perspectiva de la obligación alimentaria, considerándola como un derecho humano básico. Esto se puede observar de manera clara en lo expresado, en el art. 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño (receptada dentro de nuestro

² Bossert, Gustavo A. Zannoni, Eduardo A. “Manual de derecho de familia”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 4º edición, 1996. p 46. Fleitas Ortiz de Rozas, Abel Roveda, Eduardo G. “Manual de Derecho de Familia”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004. Pág. 32.

³ Villaro, Felipe (Dir), Fripp, María Alejandra “Carácter de la obligación alimentaria debida por los abuelos a sus nietos menores de edad”, Revista del Colegio de abogados de la Plata, Buenos Aires, 2008 LNº 70, Pág. 123.

ordenamiento por la ley 26061 en el año 2005), que dice 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. Tras ello, prioriza esta obligación en cabeza de los padres u otras personas encargadas de los niños a quienes 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 Así como el art. 19, de la Convención Americana de los derechos humanos “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del estado” y art. 32 “Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad”.

b) OBLIGACION SUBSIDIARIA, SUBSIDIARIA RELATIVA O DIRECTA

Podemos observar que dentro del Código Civil, se señala un orden de parientes obligados a prestar alimentos, en el art. 367 en su Inc. a) “se deben alimentos los ascendientes y descendientes, y entre ellos preferentemente los mas próximos en grado o, a igualdad de grados, los que estén en mejores condiciones para proporcionarlos”.

Es dentro de este contexto normativo que autores como Busso, Borda y Zannoni consideran que “el orden legal de los parientes obligados a la prestación alimentaria es sucesivo y no simultáneo”⁵, por lo que entienden que “la obligación de los abuelos respecto a los nietos es subsidiaria y el padre que los reclama para sus hijos debe justificar la insuficiencia de sus recursos y los del otro padre, o bien la imposibilidad de suministrar alimentos, para poder reclamarlos a los primeros”⁶. En base a esto, existe jurisprudencia que determina que el demandado pueda pedir el rechazo de la acción en su contra, si acredita que hay otros parientes de grado preferente y en condiciones de prestar los alimentos.

Esta doctrina carece principalmente de la celeridad que el menor necesita así como la complejidad que significa demostrar la insuficiencia o imposibilidad de suministrarse alimentos aunque si bien lo que se resalta es que consideran que “no basta con que el primer obligado pase una pequeña suma de dinero como para evitar que se pueda acudir a

⁴Famá, María V. Herrera, Marisa “La obligación alimentaria de los abuelos de hoy”, El Dial, N° 2659, 2008.

⁵ Busso, “Código Civil anotado”, t. II, n. 83, p. 851; Borda, “Familia”, t. II, n. 1217; Zannoni, t. I, ps. 89, 57 citado en Morello, Augusto M. Morello de Ramírez, María S. “La obligación alimentaria de los abuelos ante la Convención sobre los derechos del niño” JA, 1998-IV-1095.976.

⁶ Borda, ob. cit., n. 1257; C. Nac. Civ., sala C, R.288675, del 24/6/83, LL 1983-D-612 (JA 1984-I-Índice 21, sum. 6); id. R.30023, del 25/6/87 citado en Morello, Augusto M. Morello de Ramírez, María S. “La obligación alimentaria de los abuelos ante la Convención sobre los derechos del niño” JA, 1998-IV-1095.976.

quienes le siguen en orden, con la finalidad de que se cubra la totalidad de los rubros alimentarios, que establece el art 372.”⁷

Por otro lado con una posición intermedia autores como Belluscio y en coincidencia con el doctor Néstor Eliseo Solari, consideran que “el carácter subsidiario de la obligación que le incumbe a los abuelos, a tenor de lo establecido en la CDN, cuando los beneficiarios son menores de edad tal subsidiariedad debe estar desprovista de la exigencia de formalidades que desnaturalicen esa obligación.

Por ello, sostienen que no cabe exigir que se agoten una serie de actos procesales, si las propias circunstancias del caso demuestran que serían inútiles, bastando con aportar 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. Esta doctrina considera que si bien el Inc. 2º del art. 27 de la citada Convención estipula que a los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad de proporcionar –dentro de sus posibilidades económicas- las condiciones de vida que se reputen como necesarias para el desarrollo del niño, ello no se contraponen con la subsidiariedad de la obligación alimentaria de los abuelos establecida en nuestro Código Civil pero lo que se debe evitar afirman Belluscio y Solari, son las formalidades exacerbadas que hagan que tal obligación se diluya o que al menos no se cumpla con la urgencia que las necesidades alimentarias requieren, sobre todo cuando de menores de edad se trata.

El Carácter sucesivo como principio, no puede ser interpretado en el sentido de que el pariente más próximo está obligado a todo y el último a nada, sino que tiene por intención lograr que haya una suerte de obligado principal y que sólo en el caso de que éste no pueda sustentar total o parcialmente los alimentos que requiere el solicitante, debe concurrir el posterior en ayuda de aquellos.”⁸

Por ultimo existen autores, con los que compartimos opinión que consideran que “cuando la obligación incumbe o involucra a personas menores de edad que se encuentran en una

⁷ Jáuregui, Rodolfo G. “Las características especiales de la subsidiariedad de la obligación alimentaria de los ascendientes y una equitativa solución practica”, LLLitoral, 2013. Cita Online: AR/DOC/1542/2013

⁸ 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, Pág. 241, Pág. 244 y Pág. 245. Belluscio, Claudio A. “Alimentos debidos a los menores de edad”, García Alonso, Buenos Aires, 2007, Pág. 307. Citados en Villaro, Felipe (Dir), Fripp, María Alejandra “Carácter de la obligación alimentaria debida por los abuelos a sus nietos menores de edad”, Revista del Colegio de abogados de la Plata, Buenos Aires, 2008 LN° 70, Pág. 125–128.

situación de mayor vulnerabilidad y protección normativa, esta idea de subsidiariedad debería verse flexibilizada en pos de la efectiva protección de los derechos de niños adolescentes; en este caso del derecho a la alimentación y junto a él otros derechos, como el derecho al desarrollo de la personalidad y a una calidad de vida digna.”⁹

La flexibilización que se hace mención es sobre los aspectos sustanciales como en los procesales, ya que es necesario revertir la postura tradicional que se pueden observar en los casos como el fallo dictado en la Provincia de Buenos Aires donde se ha sostenido que “la obligación alimentaria de los abuelos es de carácter subsidiario. Por consiguiente, la madre de los menores debe justificar que el padre de ellos se ve imposibilitado de cumplir con su deber y, además, la insuficiencia de sus propios recursos e imposibilidad de procurárselos para poder dirigir su reclamo contra aquellos. Entonces, los abuelos deben alimentos a sus nietos cuando faltaren el padre o la madre, o bien cuando a éstos no les fuera posible prestarlos” o como el caso del Superior Tribunal de Justicia de la Rioja donde se dispuso que no se daba lugar a la acción iniciada porque “la actora no acreditó en debida forma el incumplimiento de la obligación por el progenitor y que esta circunstancia haya ocurrido en forma reiterada, ni demostró en qué radicaba la imposibilidad de aquel de atender las necesidades de los niños, ni que careciera de medios económicos suficientes para cumplir con la prestación...”¹⁰, estos fallos impiden por su rigorismo formal y procesal, dar una pronta respuesta a lo que se esta solicitando, que es la obtención rapida de recursos básicos para el menor.

Algunos fallos han atenuado el rigor de esta interpretación y han resuelto que “corresponde hacer lugar a la acción de alimentos entablada contra el abuelo (...) a pesar de que la actora no demostró imposibilidad absoluta de procurarse medios de subsistencia, pues la situación de emergencia planteada -en el caso carece de trabajo- impone tomar tal decisión, lo que no implica desconocer su responsabilidad alimentaria frente a su hijo”¹¹. En otro fallo se ha dicho que “aunque la propia madre de los menores (...) reconozca que cuenta con ingresos al desempeñarse como personal doméstico en casa de familia, de ello no puede inferirse

⁹ Famá, María V. Herrera, Marisa “La obligación alimentaria de los abuelos de hoy”, El Dial, N° 2659, 2008.

¹⁰ CNCiv., Sala C, 24/2/04, LL 2004-E-281; Belluscio, Claudio A., “Alimentos debidos a los menores de edad”, Pág. 304; STJ, La Rioja, 20/04/2006, “A. de T., E. del V. c/T., J. V citado en Villaro, Felipe (Dir), Fripp, María Alejandra “Carácter de la obligación alimentaria debida por los abuelos a sus nietos menores de edad”, Revista del Colegio de abogados de la Plata, Buenos Aires, 2008 LN° 70, Pág. 124-128.

¹¹ CNCiv, Sala A, 3/03/2001, “G. A., C. X. C. G., I. A...”, cit. (En el caso, la madre realizaba una actividad laboral sin estabilidad, que no alcanzaba a procurar lo necesario para la subsistencia de la niña, y padecía una enfermedad que requería tratamiento físico y psicológico. El abuelo, a pesar de ser jubilado, era propietario de varios inmuebles, de terrenos y un comercio) citado en Famá, María V. Herrera, Marisa “La obligación alimentaria de los abuelos de hoy”, El Dial, N° 2659, 2008.

una situación económica y una capacidad tal que le permita afrontar las carencias de los alimentados”¹². Asimismo, se ha resuelto que a pesar de que “ha sido la madre quien con sacrificios ha llevado adelante la crianza de su hija (...) no por ello es justo que se libere al abuelo si (...) éste no acreditó que el aporte de la madre sea suficiente para afrontar todos los gastos que irroga la menor...”¹³

La jurisprudencia ha decidido que no siempre cabe eximir a los abuelos del aporte alimentario a favor de sus nietos aunque la mujer pueda procurarse recursos. Se ha sostenido que “el aspecto material de la obligación alimentaria en la diversidad de rubros que comprende debe ser soportado en mayor medida por el padre, pues si bien no se pasa por alto que el deber de contribuir a los gastos también debe ser soportado por la madre, si ésta ejerce la tenencia, en buena medida compensa su obligación brindándole cuidado y dedicación. En tales condiciones los recursos de ésta deben evaluarse no como la liberación del progenitor, sino a efectos de apreciar la cuantía de esa participación que a la madre corresponde, en correlación con ese aporte de cuidado y asistencia mencionado”.¹⁴

“Esta doctrina ampliamente receptada jurisprudencialmente en lo atinente a la obligación alimentaria derivada de la patria potestad, se aplica también respecto de la obligación de los abuelos.”¹⁵

Por todo lo expuesto “se puede decir que se esta en presencia de una abrogación tácita o contención de aplicación del precepto aludido (art. 367 CC.), acomodándolo a la realidad actual en cuanto ese precepto no se halla en sintonía funcional con los fines que, de manera imperativa y preferente, propicia la Convención sobre Derechos del Niño. El cual no es oponible al niño titular del derecho fundamental y personalísimo que lo legitima a proponer directamente –no de modo sucesivo o subsidiario- la acción de alimentos contra sus abuelos, obligados sin más a su cumplimiento, una vez acreditados los requisitos de procedencia”¹⁶

¹² CNCiv, Sala F, 18/10/1994, “G., B. R. y otro c. F., N. R. O. N y otros”, ED, 164-107 citado en Famá, María V. Herrera, Marisa “La obligación alimentaria de los abuelos de hoy”, El Dial, N° 2659, 2008.

¹³ CNCiv, Sala E, 14/05/2001, “M. L., L. K. c. N., J. A.”; ídem.

¹⁴ CNCiv, Sala I, “G. C., V. L. c. C., J. R.”, Gaceta de Paz, 19/08/1997, p. 1; ídem.

¹⁵ CCiv y Com. Bell Ville, 5/11/1987, “D., C. M. c. D., A. B.”, LLC, 1989-111 y CNCiv, Sala H, 30/06/1995, “P., M. S. y otro c. C., J. M. s/ alimentos”, RDF n° 12, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 233; ídem.

¹⁶ Morello, Augusto M. Morello de Ramírez, María S. “La obligación alimentaria de los abuelos ante la Convención sobre los derechos del niño” JA, 1998-IV-1095.976.

c) OBLIGACION DIRECTA

Siguiendo esta misma línea doctrinaria, el Tribunal de Familia nro. 1 de Quilmes, en un caso donde se presentó el actor, en representación de su hija menor de edad, promoviendo una acción por fijación de la cuota alimentaria contra los abuelos maternos de su hija, pero estos en su defensa afirmaron que el reclamo contra ellos es de carácter excepcional y subsidiario, y además que el actor no ha demostrado la imposibilidad de suministrarlos.

El Tribunal hizo lugar a la demanda y decretó la inconstitucionalidad parcial del art. 367 del Código Civil, bajo los siguientes argumentos: a) que “el art. 367 del C. Civil, no se halla en sintonía funcional con los fines que, de manera imperativa y preferente propicia la CDN, subrayando su prelación por sobre los preceptos del Código Civil, los derechos del niño y las garantías jurisdiccionales que los tutelan, el plexo normativo y el orden de los valores a tutelar y el interés superior del menor defendible sin quebrar la regla de la razonabilidad mediante la evolución normativa debida a los tratados y la Constitución”; b) que “se ha flexibilizado también, la postura tradicional que considera que la obligación alimentaria de los abuelos nace cuando existe imposibilidad por parte de los propios padres para prestarla, afirmando que dicho principio debe ceder cuando se configuran circunstancias especiales que denotan la necesidad de hacer primar la tutela de derechos básicos de los menores (el Tribunal cita el fallo de la Corte Suprema de Nación, en los autos “F., L v. L.V. del 15-11-05”) c) que “las disposiciones constitucionales desplazan la operatividad del art. 367 C.C., el cual no resulta oponible al menor titular del derecho fundamental y personalísimo que lo legitima a proponer directamente (no de modo sucesivo o subsidiario) la acción por alimentos contra sus abuelos, obligados sin más, acreditados los requisitos de procedencia, a su cumplimiento” y d) que “el principio de subsidiariedad de la obligación alimentaria de los abuelos con relación a los padres, se contrapone con las previsiones del art. 27 incisos 2, 3 y 4 de la CDN que establecen la procedencia del reclamo alimentario del niño contra sus padres u otras personas encargadas (inc. 2), a otras personas responsables (inc. 3) u otras personas que tengan responsabilidad financiera (inc. 4) en pie de igualdad sin sucesividad ni subsidiariedad alguna (...) se nos presenta como una solución injusta que no contempla el interés superior de la menor de causa, responder los derechos básicos asistenciales con la debida premura, obligándola a un largo itinerario procesal que en definitiva termina postergando el cumplimiento de tales derechos”¹⁷

¹⁷ Tribunal Colegiado de Familia de Quilmes, B.L.E C/ C.D. y OTRA, 2007 citado en Salomón, Marcelo J. - Jáuregui, Rodolfo G “La Constitución Nacional y la obligación alimentaria de los abuelos: una mirada integradora”, LLBA, 2007, 605. Cita Online: AR/DOC/2208/2007.

Los autores que acompañan la misma línea del fallo expresan que “en un país donde se puede apreciar lentitud del sistema judicial, informalidad de la economía y maniobras de los padres para evadir sus obligaciones, la doctrina de la responsabilidad directa de los abuelos ante el incumplimiento del obligado principal aporta importantes soluciones a los derechos alimentarios de niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, deberá ser necesariamente contrapesada y equilibrada con una prudentísima valoración de las carencias y del caudal económico de los alimentantes, en este caso los abuelos, personas que por lo general presentan una situación de vulnerabilidad y que la Constitución Nacional también ampara en forma especial”¹⁸

d) CUANTIA DE LA OBLIGACIÓN

Según lo establecido en el art. 372 los parientes se deben una prestación que comprenda lo necesario para su subsistencia, habitación, vestuario y asistencia de las enfermedades correspondiente a la condición del que va a recibir, teniendo en cuenta de que el que lo solicita demuestre la carencia de medios para procurárselos por si mismo (Art. 370), claro que siempre, “en los casos en el que el alimentado sea un menor, el estatuto de necesidad se presume”.¹⁹

En cuanto al quantum la mayoría de la jurisprudencia a adoptado esta posición y “han decidido que el derivado de la obligación alimentaria de los abuelos sólo debe ser suficiente con relación a las necesidades elementales que se deben cubrir”.²⁰ Pero contraria a esta, y adoptando una posición mas flexible, fallos como el del Tribunal de justicia de Corrientes, “no consideran solo la parte de alimentación o manutención propiamente dicha, sino también los gastos en educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y por enfermedad, es decir lo necesario para vivir dignamente”²¹ o “lo necesario para el desarrollo armónico del alimentado y el mantenimiento de su nivel de vida, pero poniendo como limite

¹⁸ Raganato, Claudia G. y Bruno, Federico M., “¿Es subsidiaria la obligación alimentaria de los abuelos a favor de los nietos menores de edad? Un fallo novedoso en la materia”, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, nro 38, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008, p. 230- p. 244 citado en Famá, María V. Herrera, Marisa “La obligación alimentaria de los abuelos de hoy”, El Dial, N° 2659, 2008.

¹⁹ Blanchard, Victoria “Alimentos por los abuelos”, La Ley, Cita Online: AR/DOC/1559/2014

²⁰ CNCiv, Sala F, 14/02/1996, “B., M. del C. y otros c. V., A. F. y otro”, LL, 1996-D-889; CNCiv, Sala I, 3/04/1997, “M., M. N. c. A., R.”, LL, 1997-D-882; CNCiv, Sala F, 25/09/1997, “M., D. F. y otros c. M., E. L. y otro”, LL, 1998-B-916; CNCiv, Sala H, 7/03/1997, “D. de P., G. M. c. P., M. N.” (elDial - AA4BFA), LL, 1997-D-110; CNCiv, Sala H, 31/12/97, “B. C., G. E. c. C., J. E. y otro”, LL, 1999-C-802 citados en Famá, María V. Herrera, Marisa “La obligación alimentaria de los abuelos de hoy”, El Dial, N° 2659, 2008.

²¹ 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. citado en Belluscio, Claudio “Otro fallo que determina acertadamente la obligación alimentaria que les corresponde a los abuelos”, DJ, 2009, 1841 • LLBA, 2009, 597 Cita Online: AR/DOC/1692/2009.

las posibilidades económicas y el nivel de vida del alimentante.”²²

Así mismo la Corte Suprema se expidió “haciendo a lugar a la fijación de una cuota alimentaria a pagar por el abuelo paterno, resaltando que el criterio sobre el cual debe decidirse la cuestión es el interés superior del niño.”²³

Esta doctrina permite asentar que lo fundamental para establecer el quantum de la cuota alimentaria es saber cual es la capacidad económica que tiene el alimentante, y que con respecto al artículo del Código Civil, esta debe considerarse solo como base y no una limitación, esto quiere decir que “no solo deben tomarse en cuenta sus necesidades físicas u orgánicas (subsistencia, habitación, vestuario y asistencia en las enfermedades, conf. el art. 372 del Cód. Civil), sino también debe garantizarse los medios tendientes a permitirle un desarrollo íntegro de su personalidad intelectual y espiritual en su hábitat social y cultural (conf. art. 27, CDN).

Estos autores alegan que el articulado del Código está pensado, para regir los supuestos de alimentos entre parientes y que no compromete un sector de la población de mayor vulnerabilidad como lo son los niños y adolescentes.”²⁴

e) CARACTERISTICAS DE LA OBLIGACIÓN

El derecho a los alimentos es inalienable e irrenunciable (art. 374 Cod. Civil), por lo que no es posible de transmitirse por ningún acto entre vivos, el beneficiario tampoco podrá constituir a terceros derecho alguno sobre la suma que se destine a los alimentos ni ser embargada por deuda alguna.

“La inalienabilidad afecta al derecho a los alimentos que constituye el fin de la relación alimentaria legal, pero no al objeto de la prestación. Las cantidades devengadas de un crédito por alimentos pueden ser objeto de una cesión, pero el derecho a la prestación de alimentos no es susceptible de transferirse, como tampoco el derecho a las cuotas futuras.”²⁵. Esto quiere decir que lo irrenunciable es el derecho a los alimentos, no el cobro de las cuotas ya devengadas.

En el art. 371 se consagra el principio de la irrepetibilidad de los alimentos pagados, por lo que los alimentos pagados por uno de los obligados no es repetible contra otros parientes.

²² Olmo, Juan Pablo “Alimentos de los abuelos a favor de los nietos menores de edad en Entre Ríos”, LLLitoral, 2013, 1065. Cita Online: AR/DOC/4074/2013.

²³ CSJN, 15/11/2005, “F., L. c/ L., V.” (elDial - AA2F83), RDF 2006-II, LexisNexis- Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 17. citado en Famá, María V. Herrera, Marisa “La obligación alimentaria de los abuelos de hoy”, El Dial, N° 2659, 2008.

²⁴ Famá, María V. Herrera, Marisa “La obligación alimentaria de los abuelos de hoy”, El Dial, N° 2659, 2008.

²⁵ Bossert, Gustavo A. Zannoni, Eduardo A. “Manual de derecho de familia”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 4º edición, 1996. p 49.

En este artículo se puede observar que “no excluye, la posibilidad de que el condenado a pagar alimentos o el que los abono voluntariamente, exija a otros parientes obligados en igual grado que contribuyan al pago de la pensión, exclusivamente a los que se refiere a las cuotas futuras.”²⁶

Otra característica propia de los alimentos es la reciprocidad, según el art. 367, la cual significa que ambos parientes se deben alimentos entre sí, pero en este caso al tratarse de menores de edad, no rige esta característica al menos mientras dure la minoridad.

f) GASTOS ORDINARIOS Y EXTRAORDINARIOS

Existen los llamados gastos ordinarios y extraordinarios, los cuales son los gastos indispensables para una vida de relaciones razonable, como los gastos de subsistencia, habitación, vestido y educación, excluyéndose los gastos de lujo o superfluos.

Los extraordinarios son los que corresponde llevar por reclamo autónomo y que se abone como cuota especial, estos pueden ser los gastos de asistencia médica, farmacia, mudanzas, funerarios por sepelios del alimentado, provisión de libros de estudio en determinada época del año, etc.

g) CARGA PROBATORIA

“La carga de probar los ingresos del alimentante en principio pesa sobre quien reclama alimentos, pero la jurisprudencia no exige una prueba acabada de cuales son esos ingresos, ya que existen situaciones en que por índole de las actividades que desarrolla el obligado, resulta muy dificultoso esa prueba y por lo que debe valorarse el patrimonio del alimentante aunque si bien no sean bienes que produzcan rentas, estos son su forma de vivir, su posición social, sus actividades.”²⁷

Con respecto a la prueba del quantum de la cuota alimentaria “es el alimentante quien tiene la carga de probar, que no está en condiciones económicas para afrontar determinado tipo de obligaciones, ya que podría comprometer sus derechos humanos básicos, y por lo que de acuerdo a las pruebas que presente, será el juez el que decida incluir rubros que no estén mencionados en el art. 372 del Cod. Civil.”²⁸

²⁶ Bossert, Gustavo A. Zannoni, Eduardo A. “Manual de derecho de familia”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 4ª edición, 1996. p 51.

²⁷ Ídem; p 52.

²⁸ Famá, María V. Herrera, Marisa “La obligación alimentaria de los abuelos de hoy”, El Dial, N° 2659; 2008.

h) ACUERDOS EXTRAJUDICIALES

Si bien conforme el art. 374, se señala que como característica del derecho a alimentos, “no es pasible de transferencia alguna, no impide que las partes determinen convencionalmente el monto de la cuota o el modo de suministrar los alimentos. Si bien dicho convenio goza de validez es posible su denuncia en los casos en que se alteren las circunstancias tenidas en cuenta para otorgarlo así como en los casos en que sea notablemente injusta, teniendo en cuenta la situación económica del alimentante y sus propias necesidades.”²⁹

El convenio va a ser pasible de homologación según la decisión de las partes, en caso de que no se homologue goza con fuerza ejecutoria siempre que no sea modificada.”En aquellos casos en que sea impugnado, el convenio puede valer como confesión extrajudicial de los recursos del alimentante.”³⁰

i) REGIMEN PROCESAL

El régimen procesal del juicio de alimentos esta regulado en los art. 375 y 376, los cuales tienden a asegurar la premura y el efectivo cobro por parte del alimentado.

En estos casos sea por el padre, madre o abogado del niño, el menor va a actuar, así como apunta Toribio Sosa, “bajo una representación legal, lo cual no le quita carácter de legitimado sustancial, ya que es este quien reclama alimentos.”³¹

Dentro del ámbito procesal, la flexibilización se lleva a cabo cuando se observa que “es innecesario tener que reclamar en primer lugar al padre o madre incumplidor, y se demanda de manera directa a los abuelos.”³² “Siendo solo necesario que se demuestre el caudal económico de estos, ya que además el Art. 370 no puede considerarse como una obligación que el menor deba cumplir, ya que se presumen en razón de la edad.”³³

²⁹ C. Civil Cap., Sala A 19/5/1961, causa 71 941 (inérita); Belluscio Manual, t. 2. n° 520. citado en Borda, Guillermo A. “Tratado de derecho civil- Familia”, Tomo II, Editorial Perrot, Buenos Aires, 9° edición 1993. p. 360.

³⁰ Bossert, Gustavo A. Zannoni, Eduardo A. “Manual de derecho de familia”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 4° edición, 1996. p 67.

³¹ Sosa, Toribio E., “Obligación alimentaria de los abuelos: subsidiariedad subjetiva y relativa”, LA LEY, 2006-A, 605. citado en Jáuregui, Rodolfo G. Salomón, Marcelo J. “La Constitución Nacional y la obligación alimentaria de los abuelos: una mirada integradora”, LLBA, 2007, 605. Cita Online: AR/DOC/2208/2007.

³² Famá, María V. Herrera, Marisa “La obligación alimentaria de los abuelos de hoy”, El Dial; N° 2659, 2008.

³³ Belluscio, Claudio A. “Otro fallo que determina acertadamente la obligación alimentaria que les corresponde a los abuelos”, DJ, 2009 , 1841 • LLBA 2009, 597 Cita Online: AR/DOC/1692/2009.

Se tiene en cuenta la seguridad económica de los abuelos esto es, que les permita obtener los derechos indispensables para su dignidad, conforme lo establecen el art. 22 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Si bien se ven confrontados ambos derechos, del menor y del abuelo, considero que esta línea de pensamiento que se pretende transmitir tiene en cuenta los derechos de este último, ya que para que éste soporte la obligación de responder por los alimentos a sus nietos se va a evaluar principalmente los medios económicos que posee para confrontarlos.

La idea de flexibilización procesal tiene como base el art. 3 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño que obligan a los Estados Parte y particularmente a los jueces, a llevar a cabo medidas que eviten el rigorismo formal en cuanto a pruebas y exigencias procesales.

Conforme a esto, autores como Fanzolato han considerado que “La subsidiariedad legal del que se desprende el orden de prelación de los parientes obligados no supone – correlativamente- una sucesividad procesal, en el sentido de requerirse la promoción y sustanciación de distintos procedimientos, uno después de otro. La ley no exige, para la procedencia de la pretensión contra el abuelo, un juicio previo contra los progenitores en el que haya quedado formalmente establecida su absoluta o relativa falta de recursos; por el contrario, la acción puede dirigirse primigeniamente contra cualquiera de los obligados, con tal de que –en el mismo procedimiento- se acredite concisa y sucintamente, que los obligados en grados preferentes no están en condiciones económicas de cumplir la prestación alimentaria”³⁴

Una vez iniciado el proceso, se encuentra regulado dentro del Cod. Procesal Civil y Comercial, Título III, que el juez debe señalar la fecha en que se llevara a cabo la audiencia preliminar, que tendrá lugar con un plazo máximo de 10 días desde la fecha de su presentación, en la que las partes se presenten personalmente y en algunos casos intervendrá también el representante del ministerio pupilar, acá se va a tratar de que las partes lleguen a un acuerdo.

El demandado puede demostrar la falta de título o derecho de quien pretende los alimentos, ofreciendo solo la prueba de informes y documental.

“Este criterio no respeta la bilateralidad del proceso, es por eso que se ha permitido que el demandado oponga excepciones como incompetencia, defecto legal, falta de personería, defensas fundadas en la existencia de parientes de grado mas próximo al actor, ingratitud,

³⁴ Fanzolato, Eduardo I., “Derecho de familia”, Advocatus, Córdoba, 2007, t. I, ps. 280 y 281 citado en Famá, María V. Herrera, Marisa “La obligación alimentaria de los abuelos de hoy”, El Dial, N° 2659; 2008.

etc.”³⁵ “La jurisprudencia a resuelto también la posibilidad de producirse todo genero de pruebas, siempre que sean susceptibles de producirse dentro del plazo del aludido art. 644. Especial importancia puede revestir la prueba de confesión, que también se ha admitido.”³⁶

En los casos en que ocurra la inasistencia del demandado se aplicara una multa y la fecha de una nueva audiencia dentro del quinto día, bajo apercibimiento de establecer la cuota alimentaria bajo las pretensiones de la parte actora y lo que resulte del expediente. En casos en los que sea la parte actora la que no asista a la audiencia, el juez fijara una nueva, bajo los mismos términos de tenerla por desistida.

En caso en que el juez vea conveniente la aplicación de alimentos provisionales, del art. 375 del Cod. Civil, que se van a aplicar desde el principio de la causa o en el curso de ella hasta el dictado de la sentencia. La extensión de la cuota debe tener en cuenta así mismo las carencias básicas del menor, estos “si son concedidos, se retrotraerán hasta el momento en que fueron pedidos; de manera que si el pedido de los provisorios se hizo después de interpuesta la demanda de alimentos, no correrán desde esta, sino desde aquel pedido”³⁷

j) EFFECTOS DE LA SENTENCIA

Los efectos propios de la sentencia según el art 644 del Código Procesal, será la fijación de una suma que se considere equitativa que deberá abonarse por meses anticipados y además comenzara a correr desde la interposición de la demanda.

El pago podrá ser en dinero o especie, en principio según lo dispone el art. 646, el alimentante deberá hacer un depósito en el banco de depósitos judiciales salvo pacto en contrario.

Si las partes acordaron el pago en especie o bien parte en especie y parte en dinero, es aceptada, así como el caso en que se haya acordado que se abone en forma directa a terceros, como por ejemplo los gastos del colegio, alquiler de la casa donde vive el alimentado, la cobertura medica, expensas, cursos extracurriculares, etc.

³⁵ Bossert, Gustavo A. Zannoni, Eduardo A. “Manual de derecho de familia”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 4º edición, 1996. p 55.

³⁶ C. Civil Cap., Sala B 11/12/1984. L.L., 1985-B. p. 63; Sala A, 5/3/1984 L.L. 1984-C, p. 635; Sala C 11/10/1989. E.D. t. 137. p. 269 Sala G 6/2/1985 L.L. 1985-B p. 63 Sala I 21/11/1990. E.D. t. 141. p. 609; Bossert, op. Cit en nota 2056. citado en Borda, Guillermo A. “Tratado de derecho civil- Familia”, Tomo II, Editorial Perrot 9º edición 1993. p. 363.

³⁷ Bossert, Gustavo A. Zannoni, Eduardo A. “Manual de derecho de familia”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 4º edición, 1996. p 56.

Los aportes en especie son justificados en primera instancia por la mala relación y por esto en la desconfianza que el aporte en dinero pueda ser usado para otros fines y no para afrontar las faltas de sus nietos o nietas, esta forma de hacer el aporte permite al alimentante integrar fehacientemente esas necesidades.

Es así que un caso llevado a cabo ante el “Juzgado Nacional en lo Civil n° 38, ante la resistencia de la abuela a prestar alimentos a sus nietos –cuyo padre había fallecido- por la mala relación que sostenía con su nuera, se trabajó en una audiencia conciliatoria de modo de explotar otras alternativas para responder al requerimiento de los cuatro niños involucrados. En este contexto, se logró que la abuela paterna, que tenía una vivienda de grandes dimensiones y registralmente divisible, donara a favor de los niños una parte, contribuyendo de este modo a cubrir el rubro “vivienda”, integrante de la obligación alimentaria.”³⁸

Es posible el embargo de salarios, jubilaciones y pensiones, según lo dispuesto en la ley 14443, sin que influya el límite de 20% ya que no rige para el cobro de alimentos. Obedeciendo también el art. 3 de la ley 26061, por la que se establece que “cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”.

Por otro lado para encontrar un equilibrio debe considerarse así como lo dice Jáuregui “que para aquellos padres que incumplen con sus obligaciones derivadas de la patria potestad, deberían ser privados de esta, registrarlos en el Registro de Deudores Alimentarios, suspenderlos del régimen de comunicación, aplicarles astreintes, prisión en horarios no laborales, o la prisión continua. etc.” ³⁹

k) MODIFICACIONES DE LA CUOTA ALIMENTARIA

La modificación se lleva a cabo por vía incidental en donde la petición de aumento, cesación o coparticipación en los alimentos, no interrumpirá la percepción de las cuotas ya fijadas, esto es así porque la sentencia que condena al alimentante no produce cosa juzgada material, art. 650 de Cod. Procesal, ya que “la naturaleza asistencial de la cuota alimentaria hace que la propia existencia y el "quantum" de la misma puede ser revisado, tantas veces como hayan cambiado las circunstancias de hecho que se tuvieron en cuenta para fijarla.”⁴⁰

³⁸ Famá, María V. Herrera, Marisa “La obligación alimentaria de los abuelos de hoy”, El Dial; N° 2659; 2008.

³⁹ Jáuregui, Rodolfo G. “La Corte Suprema de Justicia de la Nación. La cuestión federal y la obligación alimentaria de los abuelos”, LA LEY, 2005, 4 • LA LEY 2006-A , 367. Cita Online: AR/DOC/3779/2005.

⁴⁰ Belluscio, Claudio “Modificación y cese de los alimentos debidos a los nietos menores de edad”, El Dial, 2008.

En los casos donde se establezca una reducción de la cuota “el alimentante no podrá pedir que se le devuelva el exceso que pago; tampoco una compensación de ese exceso con las cuotas futuras que deba abonar.”⁴¹ Los casos en los que se puede plantear la disminución de la cuota son:

“Por enfermedad, esto quiere decir que dentro del incidente, el abuelo debe demostrar que la enfermedad física o psíquica que padece, es un impedimento para seguir obteniendo los mismos ingresos y que esta se manifestó luego de fijada la cuota o si bien ya conocido, esta cobro una entidad tal que lo imposibilitó a obtener los mismos ingresos que se tuvieron en cuenta.

Dentro del ámbito laboral, el despido laboral, es otra de las causas en las que fuera de su voluntad se ve impedido el obligado a obtener los ingresos para responder con la cuota. Relacionado a esto también se puede plantear en los casos en los que se muestre que existe una reducción de la remuneración que percibe de la relación laboral y que esto le impide afrontar con el importe total de la cuota o la disminución de sus ingresos que obtiene al ejercer su profesión de forma independiente. Y por último cuando el abuelo se jubila, al cesar en su actividad laboral habitual y al ser su único ingreso la jubilación mínima se permite la reducción de la cuota.

Por la incorporación al mercado laboral del nieto, aunque sea menor de edad, es posible la reducción de la cuota más teniendo en cuenta si los únicos ingresos del abuelo es la percepción de una jubilación mínima.”⁴²

Para el aumento de la cuota alimentaria se tendrá en cuenta el aumento de las necesidades habituales del nieto menor de edad y así mismo el aumento de los ingresos del abuelo posterior a la determinación de la cuota, “no se tendrá en cuenta la avanzada edad de los abuelos siempre que los ingresos de aquéllos no dependen de su actividad física o laboral, sino de rentas que perciben de inmuebles de propiedad del matrimonio y del cobro de una pensión”⁴³. Solo es permitida por vía de incidente la solicitud de aumento de la cuota ya que por la ley 25561 y el fallo plenario de la Cámara Civil del año 1995, se prohíbe la actualización automática de la cuota alimentaria.

“La doctrina y la jurisprudencia admiten que la mayor edad de los hijos menores habilita a un aumento de la cuota, no interesando para ello que ella se hubiese fijado por sentencia o por

⁴¹ Bossert, Gustavo A. Zannoni, Eduardo A. “Manual de derecho de familia”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 4ª edición, 1996. p 58.

⁴² Belluscio, Claudio “Modificación y cese de los alimentos debidos a los nietos menores de edad”, El Dial, 2008.

⁴³ CNCiv, Sala A, 4/7/96, A. de C., G. E. c. P., V. y otro, ED, t. 171, p. 346. citado en Famá, María V. Herrera, Marisa “La obligación alimentaria de los abuelos de hoy”, El Dial; N° 2659; 2008.

convenio de partes, en el entendimiento que la mayor edad de aquellos también presupone de por sí, mayores gastos al incrementarse sus necesidades, es el caso cuando el nieto ingresa a la secundaria⁴⁴.

También es posible solicitar el incremento cuando el menor sea afectado por la aparición de una enfermedad crónica, que perdure en el tiempo y no sea algo transitorio.

I) CESE DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

La obligación alimentaria entre parientes cesa ipso iure por el fallecimiento del alimentante o del alimentado, ya que es inherente a la persona y por lo tanto no transmisibles por muerte. También si la "situación de hecho que determino la fijación de la cuota cambia con posterioridad a la condena o al convenio celebrado, en razón de hallarse el alimentante en un estado sobreviniente de imposibilidad económica que no le permita continuar asistiendo a su pariente, a tal fin este podrá promover incidente a fin de quedar liberado para el futuro de la obligación."⁴⁵

Conforme el art. 373, es posible que los ascendientes invoquen el cese cuando se halla dado un caso de desheredación, estos son los nombrados en el art. 3747, son por injurias de hecho, atentado contra la vida, cuando el descendiente hubiese denunciado criminalmente al ascendiente por un delito que merezca una pena de 5 años de prisión o mas de trabajos forzados, el cese en este caso es definitivo salvo que exista perdón del ofendido conforme el art. 3750.

Con respecto a la prescripción de pensiones alimentarias el Cod. Civil art 4027 inc. 1 establece que es en el plazo de 5 años, en la "jurisprudencia se a generalizado considerando que se presume que al alimentado le fueron innecesarios"⁴⁶, "aunque en algunos casos los jueces consideran que aun con un plazo menor es suficiente para declara la caducidad, art. 645 Cod. Procesal, del derecho a reclamar el pago. Pero con respecto a los menores de edad no es posible declarar la caducidad; de manera que si ha transcurrido un plazo mayor a 5 años, es posible solo invocar la prescripción de la acción."⁴⁷

⁴⁴ CNCiv., Sala F, 16/3/81, LL, 1981-C-395 y Rep. LL, 1981-198, Sala D, 19/11/80, ED, 92-320 y Rep. LL, 1981-199, sum. 195. citado en Belluscio, Claudio "Modificación y cese de los alimentos debidos a los nietos menores de edad", El Dial, 2008.

⁴⁵ Zannoni, Eduardo A. "Derecho de Familia", Tomo I, Editorial Astrea 3º edición 1998 p. 126.

⁴⁶ C. Civil en Pleno de la Cap., 27/7/1954, J. A., 1954- III, p. 382 y L. L., t. 75, p. 737; Sup. Corte Buenos Aires, 478/1953. L.L., t. 72. p. 49. citado en Borda, Guillermo A. "Tratado de derecho civil- Familia", Tomo II, Editorial Perrot 9º edición 1993. p. 353.

⁴⁷ S C Buenos Aires A y S. 1960-V. p. 649; id.. 14/10/1986. D.J. 1987-2. p. 609; C Apel. San Isidro. 10/10/1989, E.D., fallo nº 42.156. con nota en desacuerdo de Spota. Ídem; p. 367.

m) PLURALIDAD DE SUJETOS OBLIGADOS

Cuando existe el caso en que los abuelos paternos y maternos con un mismo nivel económico, o mas o menos equiparables, “la distribución de la obligación alimentaria a prorrata entre todos los obligados, de acuerdo a sus posibilidades económicas y a sus propias cargas familiares, es la que más se ajusta a la finalidad que se debe tomar en cuenta al momento de resolver cada caso en particular: la composición adecuada del interés del niño y de los intereses de los abuelos.

No es justo pretender que uno sólo de ellos cargue con la totalidad de la cuota alimentaria, cuando existen otros abuelos que se encuentran en condiciones de proporcionarla.”⁴⁸

El alimentante será quien por vía incidental plantee la coparticipación de los que se encuentran en iguales condiciones, de las cuotas que se devenguen con posterioridad, ya que sobre las abonadas con anterioridad no cabe reclamo de repetición alguno (art. 371 del Cód. Civ).

n) CUOTA ALIMENTARIA COMO COMPLEMENTO

En los casos en los que los progenitores no puedan cubrir totalmente las carencias del menor, es posible que se establezca una cuota complemento para atender los recursos no cubiertos. “Si la situación económica de los abuelos lo permite, no cabe dejar insatisfechas las necesidades elementales del niño ante el cumplimiento parcial del padre demandado o bien cuando éste no se encuentra en una posición económica que le permita hacer frente de manera integral a las faltas de su hijo. Y ello aunque el otro progenitor pueda aportar lo que le corresponde para su manutención, si esta suma no es suficiente para darle al niño un nivel de vida digno.

Es así como también la jurisprudencia se a pronunciado, “si el menor no recibe de su padre el aporte que necesita (...) se justifica que la abuela (...) aporte a su nieto lo que éste precisa para completar sus más elementales necesidades”⁴⁹

⁴⁸ Famá, María V. Herrera, Marisa “La obligación alimentaria de los abuelos de hoy”, El Dial, N° 2659; 2008.

⁴⁹ CCiv. Com. CCont. Adm. Río Cuarto, 26/05/1998,” F., C. N. c. D. C. de D., G. E.”, LLC, 1998-1176 y C1° Civ. Com. Fam., Río Cuarto, 25/06/1998, “F., C. N. c. D. C. de D., G. E.”, LL, 1999-B839.

o) PROYECTO DEL CODIGO CIVIL

El proyecto va a introducir importantes cambios, comparado con la regulación actual, este va a permitir demandar al padre/madre y abuelo/a simultáneamente, esto es parientes de distintos grados; si bien no sigue la Convención sobre derechos del niño, tampoco el rigorismo del Código Civil actual y en parte trata de responder más rápido a las necesidades del menor.

Es una respuesta a la problemática que existe actualmente y manifiesta lo decidido por la Corte Suprema en diferentes casos, donde ha decidido que “debe revocarse la sentencia que rechazó la demanda por alimentos interpuesta por la madre, en representación de sus hijos menores, contra el abuelo paterno a raíz del incumplimiento de la obligación alimentaria por parte del progenitor, si la actora ha demostrado la insuficiencia de medios para hacer frente a la manutención de sus hijos y la ejecución de alimentos no ha podido llevarse a cabo porque el padre carece de trabajo fijo y de bienes a su nombre, pues, al resolver del modo indicado, el a quo desvirtuó el derecho al sustento alimentario de los reclamantes amparado por el art. 367 del Cód. Civil, desatendiendo la consideración primordial del interés superior de los menores”.⁵⁰

Se dispone en el art. 668 del Proyecto 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”⁵¹. “Si bien se le reconoce carácter subsidiario a la obligación, está en sí mismo notoriamente atenuado por las especiales particularidades que presenta la cuestión en atención tanto a la naturaleza intrínsecamente urgente de la obligación como a la marcadísima condición de vulnerabilidad del sujeto protegido, titular de los derechos humanos alimentarios.”⁵²

Los requisitos del art. 545, para que proceda el juicio no recaen sobre los menores, esto es que se acredite la falta de medios económicos suficientes y la imposibilidad de obtenerlos. Se plantea también la posibilidad de repetir de los otros obligados, en caso de que existan según el art. 549, en proporción a lo que a cada uno le corresponde.

⁵⁰ CSJN, “F.L c/ L.V”, 2005 citado en Merlo, Leandro, “la obligación alimentaria de los abuelos respecto de sus nietos ante la imposibilidad de pago de uno de los progenitores”, Revista de derecho de familia y sucesiones, 2013, cita: IJ-LXIX-658

⁵¹ Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012.

⁵² Jáuregui, Rodolfo G. “Las características especiales de la subsidiariedad de la obligación alimentaria de los ascendientes y una equitativa solución práctica”, LLLitoral, 2013. Cita Online: AR/DOC/1542/2013

Una de las críticas que se hace respecto del proyecto es que con respecto a la retroactividad de la sentencia, en el art 669, reza que "Los alimentos se deben desde el día de la interposición de la demanda o desde la interpelación al obligado por medio fehaciente, siempre que la demanda se presente dentro de los seis (6) meses de la interpelación" sobre este aspecto Solari señala que "no se a tenido en cuenta la nueva ley de mediación y en consecuencia el art. 644 del CPCCN, por lo que hoy las cuotas alimentarias fijadas en la sentencia, se deben desde la fechas de interposición de la mediación"⁵³

⁵³ Solari, Néstor E.Belluscio, Claudio A. "Los alimentos en el Proyecto de Código", LA LEY, 2012 , 1 • LA LEY 2012-E , 703 Cita Online: AR/DOC/3118/2012.

IV. CONCLUSIÓN

A lo largo de mi trabajo de investigación trate de analizar los fundamentos de cada una de las doctrinas, y relacionarlo al fin propio de la obligación que es brindar una ayuda al pariente que se encuentra en un estado de necesidad, que requiere una respuesta eficiente. Si bien cada una se basa en derecho, llegue a la conclusión que la que tiene mas relación con este fin es la línea de pensamiento que considera que la obligación es directa. Son los abuelos entonces quienes deben responder de forma directa hacia sus nietos. Hoy ellos cumplen un rol importante en la vida de sus nietos, ya que son muchas veces, los que intervienen en el cuidado de ellos. Aun sin que los nietos inicien una acción contra ellos, los abuelos intervienen en el cuidado de su salud, educación, etc., como una forma de ayudar a la familia.

Por eso ante aquellas situaciones donde se requiera su ayuda para que el menor goce de un nivel de vida adecuado que le permita su desarrollo físico y mental, no es posible admitir su inactividad.

Muchas de las criticas hacia la doctrina que considera que la obligación es directa, son fundamentalmente porque entienden se esta hablando de eximir de responsabilidad a los padres pero no consideran el fin propio de esta obligación que es la de responder de forma inmediata a las carencias que necesitan ser satisfechas. Entiendo que la incorporación de la declaración sobre los derechos del niño ha abierto esta posibilidad y ha dado una respuesta al menor, quien tiene ahora la posibilidad de ir de forma directa contra el abuelo o abuela, y no esperar "a la voluntad del padre o madre que aun existiendo una sentencia que los obliga a cumplir con sus obligaciones propias de la patria potestad, no lo cumplen".

Creo principalmente que si la legislación Argentina a ratificado la normativa de los diferentes tratados que propugnan los derechos del menor, nuestro Código Civil va en contra de esos fines, ya que no se puede esperar a obtener una satisfacción efectiva y a tiempo, cuando es necesario primero un proceso contra el padre o madre incumplidor y luego una vez obtenida la sentencia donde se declara que el padre o madre no pueden cubrir las necesidades de sus hijos, ahí recién se permita iniciar una acción por alimentos contra los abuelos.

Lo que creo es que se debe abrir también como posibilidad la acción de recupero de cuotas pasadas al menor, ósea las ya devengadas, y que se empiece una acción por parte del abuelo contra los padres, y así solicitar el reintegro de estas, claro que siempre que no se perjudiquen los derechos del menor.

BIBLIOGRAFIA

NORMAS

- Constitución Nacional
- Convención sobre los Derechos del Niño
- Declaración Universal de Derechos Humanos
- Código Civil
- Ley 26061
- Ley 14443
- Ley 25561

JURISPRUDENCIA

- Fallo del Tribunal de Familia de Quilmes “B.L.E C/ C.D. y OTRA” 18/4/2007.

DOCTRINA

- Belluscio, Claudio “Otro fallo que determina acertadamente la obligación alimentaria que les corresponde a los abuelos”, DJ.
- Belluscio, Claudio “Modificación y cese de los alimentos debidos a los nietos menores de edad”, El Dial.
- Blanchard, Victoria “Alimentos por los abuelos”, La Ley.
- Borda, Guillermo A. “Tratado de derecho civil- Familia”, Tomo II, Editorial Perrot.
- Bossert, Gustavo A. Zannoni, Eduardo A. “Manual de derecho de familia”, Editorial Astrea.
- Famá, María V. Herrera, Marisa “La obligación alimentaria de los abuelos de hoy”, El Dial.
- Fleitas Ortiz de Rozas, Abel Roveda, Eduardo G. “Manual de Derecho de Familia”, Lexis Nexis.

- Jáuregui, Rodolfo G. “Las características especiales de la subsidiariedad de la obligación alimentaria de los ascendientes y una equitativa solución practica”, LLLitoral.
- Jáuregui, Rodolfo G. “La Corte Suprema de Justicia de la Nación. La cuestión federal y la obligación alimentaria de los abuelos”, LA LEY
- Merlo, Leandro, “La obligación alimentaria de los abuelos respecto de sus nietos ante la imposibilidad de pago de uno de los progenitores”, Revista de derecho de familia y sucesiones.
- Morello, Augusto M. Morello de Ramírez, María S. “La obligación alimentaria de los abuelos ante la Convención sobre los derechos del niño”.
- Olmo, Juan Pablo “Alimentos de los abuelos a favor de los nietos menores de edad en Entre Ríos”, LLLitoral.
- Otero, Mariano C. “El parentesco en el Proyecto de Código”, LA LEY.
- Salomón, Marcelo J. -Jáuregui, Rodolfo G “La Constitución Nacional y la obligación alimentaria de los abuelos: una mirada integradora”, LLBA.
- Solari, Néstor E.: “Obligación alimentaria de los abuelos”, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Abeledo-Perrot.
- Solari, Néstor E. Belluscio, Claudio A. “Los alimentos en el Proyecto de Código”, LA LEY.
- Villaro, Felipe (Dir), Fripp, María Alejandra “Carácter de la obligación alimentaria debida por los abuelos a sus nietos menores de edad”, Revista del Colegio de abogados de la Plata.
- Zannoni, Eduardo A. “Derecho de Familia”, Tomo I, Editorial Astrea.

ANEXO

Tribunal Colegiado de Familia de Quilmes

B., L. E. c. C., D. y otra • 18/04/2007

Publicado en: LLBA 2007 (julio)

Cita online: AR/JUR/2310/2007

Voces

Hechos

El actor, en representación de su hija menor de edad, promovió acción por fijación de la cuota alimentaria contra los abuelos maternos de su hija, reclamando una suma mensual en tal concepto. Los demandados afirmaron que su nieta permanece cuatro días a la semana en su domicilio, por lo que puede hablarse de guarda compartida de la pequeña, y que el reclamo contra ellos es de carácter excepcional y subsidiario, y además que el actor no ha demostrado la imposibilidad de suministrarlos. El Tribunal hizo lugar a la demanda.

Sumarios

1 - Corresponde declarar de oficio la inaplicabilidad para el caso concreto de la primera parte del párrafo segundo del art. 367 del Código Civil en cuanto establece una preferencia en la obligación alimentaria para los ascendientes más próximos de grado –padres- que implica una subsidiariedad en dicha obligación para los menos próximos en grado –abuelos-, que se contraponen con las previsiones de los arts 3 inc. 1 y 27 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, por lo que no resulta oponible al reclamo alimentario que formula el actor en representación de su hija menor de edad, contra los abuelos maternos.

2 - Es procedente la acción por fijación de la cuota alimentaria entablada por el actor contra los abuelos maternos de su hija menor de edad, si la progenitora incumplió deliberadamente la cuota provisoria que se le fijara pese a encontrarse debidamente notificada de ella, por lo que la niña no recibió colaboración dineraria alguna de su parte y por ello se encuentran suficientemente probados los requisitos de procedencia del reclamo, máxime si además los accionados no lograron demostrar la guarda compartida que invocaron.

TEXTO COMPLETO:

Quilmes, abril 18 de 2007.

1ª ¿Es procedente la demanda interpuesta contra el abuelo materno por fijación de cuota alimentaria en favor de la nieta menor? 2ª ¿Es procedente la demanda interpuesta contra la

abuela materna por fijación de cuota alimentaria en favor de la nieta menor? 3ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

La doctora Arroyo dijo:

Resultando: a) A fs. 1 se presenta el Sr. L. E. B. en representación de su hija menor de edad, promoviendo acción por fijación de cuota alimentaria contra los abuelos maternos de su hija, Sres. D. E. C. y M. H. A., reclamando una suma mensual en tal concepto.

b) Expone que de su unión concubinaria con la Srta. A. C. C. nació su hija menor N. A. B., y que a la fecha de retiro del hogar de C., la menor quedó viviendo con el actor. Que tramitó con anterioridad juicio alimentario contra la mencionada A. C. C. en este Tribunal, y que ante la virtual imposibilidad de obtener de su ex-pareja el cumplimiento de una cuota alimentaria se ve obligado a accionar contra los abuelos maternos atento la imposibilidad de arribar a acuerdo con ellos. Afirma que ambos abuelos se desempeñan en relación de dependencia, dice desconocer sus ingresos. Ofrece prueba y funda en derecho.

c) A fs. 2 obra informe actuarial que certifica que las partidas de nacimiento de la menor N. A. B. y de su progenitora A. C. C. se encuentran glosadas a los autos "B., L. E. c. C., A. C. s/Alimentos" (expte. interno n° 16240) y que del mismo surge que la Srta. C. no labora en la Remisería "Punto Car", que el Registro de la Propiedad comunica que la mencionada no resulta titular de bien registrable alguno y que la Municipalidad de Berazategui informa que no resulta beneficiaria de plan social alguno, por lo que a continuación, se da curso a la petición, convocando la Sra. Juez de Trámite a audiencia del art. 636 del CPCC.

d) Surge además del registro informático de este Tribunal que en los autos referidos, se fijó cuota alimentaria provisoria a abonar por la progenitora no conviviente en favor de la menor sujeto de autos en la suma de \$ 100 mensuales en fecha 8 de Julio de 2004. Que debidamente notificada de su obligación, la Srta. C. incumplió con el pago de la cuota en favor de su hija. Que en fecha 11 de Noviembre de 2004 se trabó embargo provisoria por dicha suma mensual, librándose el oficio respectivo a "Remis Punto Car" donde laboraba la allí accionada, no pudiéndose efectivizar la medida, atento haber renunciado a su trabajo en el mes de Octubre, obrando a fs. 25 de los presentes copia del informe remitido por el titular de la "Remisería Punto Car".

e) A fs. 16/19 y en oportunidad de la audiencia del art. 636 CPCC, se presentan los demandados con escrito de responde, afirmando que su nieta en cumplimiento del régimen de visitas acordado privadamente por ambos padres, permanece 4 días a la semana en su domicilio, por lo que puede hablarse de una guarda compartida de la pequeña, que el reclamo contra ellos es de carácter excepcional y subsidiario y que el actor no ha demostrado la imposibilidad de suministrarlos que se halla primordialmente en cabeza de ambos progenitores. Ofrecen prueba y fundan en derecho.

f) Atento la imposibilidad de arribar a un acuerdo en la audiencia señalada (ver constancias de fs. 20), y a los fines de justificar sumariamente la fijación de cuota alimentaria provisoria solicitada por el actor ordenada a fs. 24, obran a fs. 25/34 copias de las constancias de la causa alimentaria tramitada contra la progenitora de la menor, a fs. 38 y 42 las declaraciones testimoniales y a fs. 50/53 informe socio-ambiental realizado en el domicilio de ambas partes litigantes, por lo que previa vista al Sr. Asesor de Menores, a fs. 57 se fija cuota alimentaria provisoria en favor de la menor N. A. B en la suma de \$ 50 mensuales, la que debidamente notificada es incumplida por los accionados, por lo que a fs. 68 se resuelve trabar embargo en la empresa "Transporte de Vidrios" de la ciudad de Ezpeleta sobre los ingresos que allí percibe el accionado Sr. D. C. como chofer de camiones.

g) A fs. 77 se decreta la apertura a prueba de las actuaciones, proveyéndose la ofrecida por ambas partes litigantes, obrando a fs. 96 la confesional rendida por la parte actora a tenor del pliego glosado a fs. 95, a fs. 109/118, fs. 120 y fs. 127/138 la informativa producida por los accionados.

h) A fs. 141 la parte actora solicita se dicte sentencia, por lo que, oído el Ministerio Pupilar a fs. 143, pasan los autos para su dictado - ver fs. 144.

1ª cuestión. — Primero: Que se encuentra debidamente acreditado el vínculo de parentesco invocado por el actor, con los certificados de nacimiento de la menor sujeto de autos N. A. B - hija de L. E. B. y A. C. C. y el de esta última —hija de D. E. C. y M. H. A.— cuyos originales obran en expediente interno n° 16240, conforme surge del informe actuarial de fs. 2, resultando de ello la acreditación del carácter de abuelos maternos de los accionados respecto de la menor actora.

Segundo: Nuestro Código Civil trata de la obligación alimentaria de los parientes en los arts. 367 y ss. El fundamento de dicha obligación está dado por el principio de solidaridad familiar, a raíz del cual surge la necesidad de que aquellos individuos que están ligados por lazos de parentesco, de acuerdo con el orden de prelación impuesto por la misma norma, concurren a hacer posible el bien personal de los integrantes de la comunidad a la que pertenecen. El amparo de tal necesidad elemental, que hace a la dignidad humana, da lugar a un personalísimo derecho a reclamar y un deber que cumplir, que la ley ha contemplado expresamente.

El art. 370 establece la obligatoriedad probatoria para el solicitante de los alimentos, de que le faltan los medios para alimentarse y que no le es posible adquirirlos con su trabajo.

El principio de subsidiariedad que emana del art. 367, la fijación de una cuota alimentaria inferior en su monto a la que se fijaría en cabeza de los progenitores como consecuencia de dicha subsidiariedad (art. 372 C.C.) y la exigencia del cumplimiento previo de los requisitos establecidos en el art. 370 citado en el párrafo precedente, han sido receptados

invariablemente en forma estricta tanto por la doctrina como la jurisprudencia, con contadas excepciones.

No obstante ello, la confluencia de la normativa interna y las disposiciones de las declaraciones y convenciones que integran la regla de reconocimiento constitucional (v.g. la incorporación con raigambre constitucional de la Convención de los Derechos del Niño —art. 75 inc. 22 CN— y las previsiones en ella contenidas en sus arts. 3 inc. 1 y 27), nos conminan a replantear algunas afirmaciones dogmáticas, que, hasta el momento, han sido consideradas absolutas e incólumes tanto por la doctrina como la jurisprudencia, conforme criterio sustentado en "Derecho Constitucional de Familia, Gil Dominguez-Fama-Herrera con prólogo de Aída Kemelmajer de Carlucci, t. II, ps. 973 y ss. acápite 7.d.3.ii", el que comparto, entendiendo, por ende, que el instituto en cuestión debe ser objeto de un nuevo y minucioso análisis.

Tercero: El art. 27 de la CDN reconoce el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (inc. 1). Si bien pone en cabeza de los padres u otras personas encargadas del niño la responsabilidad primordial de cubrir dichas necesidades (inc. 2). Pone también en cabeza de los Estados Partes la adopción de las medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a ese derecho (inc. 3) y para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño (inc. 4), estableciendo el art. 3 en su inciso I que en todas las medidas concernientes a los niños debe considerarse primordialmente su interés superior.

Doctrinariamente "Morello Augusto Mario y Ramirez de Morello, María S. sostienen en "La obligación alimentaria de los abuelos ante a la Convención de los Derechos del Niño" en JA, 1998-IV-1095" que las disposiciones constitucionales antes citadas, desplazan automáticamente la operatividad del art. 367 del C.C., el cual no es oponible al niño titular del derecho fundamental y personalísimo que lo legitima a proponer directamente —no de modo sucesivo o subsidiario— la acción de alimentos contra sus abuelos, obligados sin más a su cumplimiento, una vez acreditados los requisitos de procedencia, ya que el rol de los abuelos se ha incrementado en los tiempos actuales hasta tal punto que en los hechos han reasumido funciones paternas y una presencia y relación con los nietos más intensa y continua que denotan razones sociológicas que sumadas a las propiamente jurídicas derivadas de los tratados internacionales con raigambre constitucional obligan a la revisión de los conceptos doctrinarios y jurisprudenciales antaño dominantes sobre la materia, ya que el art. 367 del C.Civil, no se halla en sintonía funcional con los fines que, de manera imperativa y preferente, propicia la CDN, subrayando —entre otros fundamentos— la prelación de la CDN por sobre los preceptos del Código Civil, los derechos del niño y las garantías jurisdiccionales que los tutelan, el plexo normativo y el orden de los valores a

tutelar y el interés superior del menor defendible sin quebrar la regla de la razonabilidad mediante la evolución normativa debida a los tratados y la Constitución, compartiendo dichos fundamentos entre otros María Josefa Méndez Costa en "Visión jurisprudencial de los alimentos Ed. Rubinzal-Culzoni pág. 277, afirmando Toribio Sosa en DJ, 2004-1-690 que podía sostenerse que la de los abuelos y la de los padres eran obligaciones concurrentes en favor del niño. Gil Dominguez-Fama-Herrera, en obra citada en el considerando anterior "in fine", sin pronunciarse expresamente por la abrogación tácita de los preceptos contenidos en el Código Civil, afirman que es indudable que la incorporación de la CDN a la CN ha significado, de manera necesaria, la flexibilización de ciertos preceptos legales que, con anterioridad a la reforma constitucional, parecían inmutables.

Jurisprudencialmente, es dable observar esta flexibilización, tanto el fallo de la CNCiv. sala H del 30-6-95 en autos "P.M.S. y otro c. C.J.M. s/ Alimentos (Derecho de Familia Rev. interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia n° 12 p g. 233) y misma sala del 7-3-97 en autos D. de P., G.M. c. P., M.N. en DJ 1998-1-288, cuanto en el fallo de la Corte Suprema de Nación, en los autos "F., L v. L.V. del 15-11-05 (LA LEY, 2006-A,367) en los cuales se destaca que si bien es, en principio, un criterio generalizado que la obligación alimentaria de los abuelos para con sus nietos surge a consecuencia de la imposibilidad de los padres para prestarla, no lo es menos que este concepto debe ceder cuando se den circunstancias especiales que denoten la necesidad de hacer primar la tutela de los derechos básicos de los niños. Los derechos consagrados por la CDN no son programáticos, meras aspiraciones a lograr, sino directamente operativos afirmando que se violaría la regla de la sana crítica si el Tribunal recurriera a un temperamento ritualista imponiendo al menor comenzar un largo itinerario procesal postergando la satisfacción de sus necesidades asistenciales, ya que entre el interés del adulto y el del niño, éste debe ser priorizado, condenado a los abuelos a abonar la cuota alimentaria fijada contra el padre no conviviente si éste no cumple total o parcialmente con la suya, observándose una morigeración de los requisitos legales preceptuados para acceder a la condena alimentaria contra los abuelos en función del interés superior del niño, manteniéndose invariable el principio de subsidiariedad de la obligación (ver fallo citado en primer término).

Esta flexibilización de los preceptos del Código Civil por aplicación de los preceptos constitucionales en la materia se observan también y aún más profundamente en los fallos de la Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay, sala Civ.y Com "in re" "G.,M.E. c. S.W., J. y otra" (LL Litoral 2003-1096) y en fallo anterior de la misma sala del 2-10-2002 (LL Litoral, Juris, Año 7, n° 9) en los que se destaca la aplicación de la CDN que impone solucionar equitativamente el caso ponderando el interés del menor, y afirmando que ello justifica imaginar soluciones que trascienden el ritualismo procesal ordinario de los conflictos meramente patrimoniales, condenado a los abuelos a abonar la cuota alimentaria en forma

solidaria y subsidiaria con el progenitor no conviviente del menor, permitiendo a este acceder más rápidamente a prestaciones que se reconocen como urgentes.

Cuarto: En síntesis la doctrina sentada en los fallos precedentemente citados, ha flexibilizado ciertos preceptos legales que, con anterioridad a la reforma constitucional, reitero parecían inmutables. Aun manteniendo el principio de subsidiariedad que recepta el art. 367 del C.C. en virtud del diverso fundamento que da origen a la obligación alimentaria parental (deber de patria potestad) y la que corresponde a los parientes en general (principio de solidaridad familiar), es dable observar en los mismos que la derivación de tal principio en una menor amplitud en lo que al monto de la cuota alimentaria entre parientes en general y abuelos en particular se refiere, que había derivado anteriormente en una jurisprudencia que mayoritariamente había resuelto que esta última debe restringirse a lo que resulta indispensable para atender las necesidades ineludibles del reclamante (conf. arts. 370 y 372, C.Civil), resulta superada por el eje rector en materia de infancia y adolescencia, el interés superior del niño (art. 3 CDN) y los parámetros impuestos por el art. 27 inc. 1 de la citada Convención.

Ha flexibilizado también, la postura tradicional que considera que la obligación alimentaria de los abuelos nace cuando existe imposibilidad por parte de los propios padres para prestarla, afirmando que dicho principio debe ceder cuando se configuran circunstancias especiales que denotan la necesidad de hacer primar la tutela de derechos básicos de los menores.

No obstante esta postura superadora de los fallos citados, en cuanto a las probanzas de tales requisitos, conforme ilustra el insigne maestro Dr. Augusto Mario Morello en su obra antes citada en el 2° párrafo del considerando Tercero del presente, estas variantes del exceso ritual manifiesto, pese a su buena intención no constituyen más que un paliativo, visto que el menor no sólo está sujeto a la carga de acreditar dichas probanzas sobre la insuficiencia de los recursos de sus padres o de su imposibilidad para obtenerlos, sino que además se encuentra atrapado por el cepo que implica considerar a la obligación alimentaria de los abuelos como sucesiva (y subsidiaria) desde el ángulo de la ley común.

Por esta razón entiende que las necesidades de sustento del menor y su interés superior se ve desplazado en los hechos, gravemente menoscabado o sin solución adecuada por lo que la norma del art. 367 CC produce consecuencias totalmente disfuncionales y negativas, excediendo el marco que hoy justifica el acceso a la jurisdicción, desvirtuando los fines consagrados en la Convención de Nueva York (art. 3 p. 1) y apartándose, en los resultados, de las garantías constitucionales y de los principios orientadores que dan sustento al Modelo de Justicia de acompañamiento o de protección, lesionando la coherencia y utilidad del nuevo ordenamiento de jerarquía constitucional (arts. 14 bis. y 75 inc. 22 CN). En consecuencia, considera que las disposiciones constitucionales desplazan la operatividad

del art. 367 C.C., el cual no resulta oponible al menor titular del derecho fundamental y personalísimo que lo legitima a proponer directamente (no de modo sucesivo o subsidiario) la acción por alimentos contra sus abuelos, obligados sin más, acreditados los requisitos de procedencia, a su cumplimiento.

Quinto: El orden de prelación que surge del inciso 1 del art. 367 del CC para los ascendientes más próximos en grado y que por ende configura el principio de subsidiariedad de la obligación alimentaria de los abuelos con relación a los padres, se contrapone con las previsiones del art. 27 incisos 2, 3 y 4 de la CDN que establecen la procedencia del reclamo alimentario del niño contra sus padres u otras personas encargadas (inc. 2), a otras personas responsables (inc. 3) u otras personas que tengan responsabilidad financiera (inc. 4) en pie de igualdad sin sucesividad ni subsidiariedad alguna.

Frente a la contradicción normativa observada en nuestro derecho positivo, se debe resolver en pro de la coherencia y la utilidad, dando una respuesta jurídica que resulta de la Constitución, respuesta basada en valores que la ley sustenta y el intérprete acepta, atiende a las peculiaridades del caso y arriba a una interpretación conciliatoria sin ignorar que, como dice Bidart Campos "no todos los derechos se refieren a bienes jurídicos de igual valiosidad".

Es por eso que, frente a lo terminante del texto legal, de donde la aplicación del adagio "dura lex sed lex" podría llevarnos a la configuración de algo que "prima facie" se nos presenta como una solución injusta que no contempla el interés superior de la menor de causa, en la satisfacción de sus derechos básicos asistenciales con la debida premura, obligándola a un largo itinerario procesal que en definitiva termina postergando la satisfacción de tales derechos; cabe considerar la posibilidad de una excepción en la aplicación de la norma referida al caso particular basada en consideraciones de justicia, en el principio constitucional de supremacía (art. 31, C.N.) y en valoraciones jurídicas de fondo que permiten una interpretación favorable a la procedencia de la mencionada excepción. Entiendo que en el caso, el interés abstracto del Legislador debe ceder -como excepción- ante el interés concreto que se presenta ante los ojos del Juzgador. El juez no puede cerrar los ojos ante esa realidad cuando la Convención Internacional de los Derechos del Niño le manda lo contrario, esto es por sobre el interés de los adultos priorizar el superior del niño (art. 3 inc. 1 CDN). Conforme lo indica la máxima "bene judicat quid bene distinguit", el Juez debe distinguir y considerar que si el fin tenido en miras por el legislador no se da en el supuesto bajo juzgamiento, la prohibición no rige para el caso, y si la norma no permite distinguir debe declararla inconstitucional, si viola un valor implícito en el ordenamiento superior del Estado, ya que como afirma Bidart Campos "...el interés superior del niño es el techo que guía a toda la normativa de la Convención" ("Tratado Elemental..EDIAR. Bs. As.)...

Que el valor de la Seguridad Jurídica, no obstante su indudable relevancia en materia de prescripción, caducidad sustancial y procesal y de cosa juzgada, etc.; debe ceder ante otros valores como la Justicia, la Solidaridad y la Paz Social que tienen mayor jerarquía y que justifican y fundamentan la protección de los derechos humanos de los niños.

Con relación a la facultad del "a quo" de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las normas incompatibles con la Constitución Nacional, aunque las partes no lo hubieran solicitado expresamente, declaración que naturalmente producir efectos en el caso concreto, cito a continuación abundante jurisprudencia que así lo ha resuelto, (SCBA, L 32748 S 6-7-1984, Juez Ghione (MI); SCBA, L 53824 S 7-3-1995, Juez Ghione (Mi); SCBA, L 56941 S 20-5-1997, Juez Ghione (MI), entre otros fallos.

El fundamento doctrinario está dado en la aplicación del adagio latino "iura novit curia", de donde se desprende el principio general que permite al Juez el correcto encuadramiento del caso a la norma y como sostiene el maestro Bidart Campos, este principio obliga a hacer un análisis del derecho aplicable el cual está informado por el sentido de supremacía (art. 31 C.N.), mandando éste a observar en primer lugar el vértice del ordenamiento, que a su criterio actualmente consiste en un " bloque de constitucionalidad ", ubicándose en primer término la Constitución Nacional y los Tratados internacionales con tal jerarquía (art. 75 inc. 22 de la C.N.).

Por último, siguiendo el criterio sustentado por SCBA en la causa L. 72.258, "Asmit de Mottino, Mónica Liliana por sí y en representación de su hijo menor J.B.M. y Zoppi Marta Esther en representación de sus hijos menores C.M. y M.D.M. contra Policía de la Provincia de Buenos Aires. Indemnización por muerte", en su reciente Fallo del 28 de mayo de 2003 con el voto del Dr. Pettigiani que adecúa el criterio de ese Tribunal al de la CSJN en la causa "Mill de Pereyra, Rita Aurora y otros c. Provincia de Corrientes" (de fecha 25-9-2001 —LA LEY, 2001-F, 891—) y los votos de los doctores: de Lázari al sostener que: "La declaración oficiosa de inconstitucionalidad no implica avasallamiento del Poder judicial sobre los demás poderes, pues dicha tarea es de la esencia de aquél, siendo una de las funciones específicas la de controlar la constitucionalidad de la actividad desarrollada por el Ejecutivo y el Legislativo, a fin de mantener la supremacía de la Constitución"; en igual sentido el voto del señor Juez doctor Negri:..."la declaración oficiosa de inconstitucionalidad puede y debe hacerse cuando las circunstancias así lo exijan. El tema de la congruencia constitucional de las normas a aplicar se le plantea al juez antes y más allá de cualquier propuesta de inconstitucionalidad formulada por las partes."; en el mismo sentido el voto del señor Juez Dr. Hitters párrafos 5; 6; 9 y 10 del ap. 2, conteste el voto de la señora Juez, Dra. Kogan.

Por todo lo expuesto, corresponde declarar inaplicable parcialmente por inconstitucional para este caso concreto, la primer parte del párrafo segundo del inciso 1° del art. 367 C. Civil, en cuanto establece "una preferencia en la obligación alimentaria para los

ascendientes más próximos en grado" (padres) que implica una subsidiariedad en dicha obligación para los menos próximos en grado (abuelos) que se contrapone con las previsiones de los arts. 3° inc. 1 y 27 de la CDN, por lo que no resulta oponible a la menor sujeto de autos Nahir Azul Broccardo, en el reclamo alimentario que formula contra los accionados, sus abuelos maternos C.-Argüello. En tal sentido este Tribunal registra antecedentes en expedientes internos nros. 1487 y 7766, a cuyos FALLOS me adherí al primer voto del Dr. Dalla Vía y de la Dra. Cernuschi respectivamente, en el sentido de declarar inaplicable por inconstitucionalidad de la norma aplicable para el caso concreto, en orden a lo establecido en el art. 14 inc. 1) de la ley 48, toda vez que se controvierte la validez de una ley nacional de Derecho Común por contradecir el principio de la supremacía constitucional.

Sexto: Por los fundamentos expuestos en los considerandos anteriores, resultando procedente la flexibilización interpretativa de las previsiones normativas de los arts. 370 y 372 del C.Civil, corresponde examinar si en los presentes autos se encuentran acreditados los requisitos de procedencia.

Con la acreditación del vínculo de parentesco consignado en el considerando Primero del presente tengo por probado la verosimilitud del derecho alimentario invocado por la menor actora contra sus abuelos maternos.

Con las copias de la constancias de la causa 16240 obrantes a fs. 28/34 y del registro informático de este Tribunal y constancias del informe socio-ambiental de fs. 50/53 encuentro probado que la principal obligada al pago de la cuota alimentaria, entre ambos progenitores, esto es su madre no conviviente Srta. Andrea Celeste C., ya que conforme jurisprudencia unánime el progenitor que detenta la tenencia judicial o de hecho del menor cumple parcialmente su obligación alimentaria, incumplió deliberadamente la cuota provisoria que se le fijara en dichos autos, pese a encontrarse debidamente notificada de ella, que renunció a su empleo en Remis "Punto Car" en el mes inmediatamente anterior a que se ordenase judicialmente su embargo, que no resulta titular de bien registrable alguno y que no percibe plan social alguno, surgiendo del informe socio-ambiental que como "ama de casa" no desempeña tarea laboral alguna, ni estable ni ocasional. De dicho informe surge también que a la fecha de realización del mismo el progenitor de la niña Sr. Leandro Emiliano Broccardo se encontraba desocupado, por lo que, conforme jurisprudencia antes citada, y visto que, desde la fijación de cuota alimentaria a su progenitora en forma provisoria en el mes de julio de 2004, al presente, la niña no ha recibido colaboración dineraria alguna por parte de la misma, entiendo suficientemente probados los requisitos de procedencia de su reclamo contra los abuelos maternos, no correspondiendo exigirle a Nahir Azul Broccardo que acredite fehacientemente la imposibilidad de sus progenitores de procurarse ingresos con su trabajo, por lo que considero que la excepción que en tal sentido

oponen los accionados en su responde al respecto, no puede prosperar, máxime que no se encuentra probado en autos la supuesta "guarda compartida" de la menor sujeto de autos argüida por los accionados.

Tampoco puede prosperar la excepcionalidad y subsidiariedad de su obligación argüida por los accionados, visto los fundamentos expresados en el considerando precedente in fine y al comienzo del presente considerando, atento no resultar oponible a la menor actora la subsidiariedad contemplada en el art. 367 del C.C y devenir inaplicable en autos por su inconstitucionalidad.

En consecuencia, valoradas las probanzas aportadas conforme las reglas de la sana crítica, constando a fs. 133 y depósitos de fs. 121/126 que el accionado abuelo materno Sr. Domingo Enrique C. se desempeña laboralmente en empresa de "Transportes de Vidrios - Denominación Silberman, Marcelo Adrián", estimándose sus ingresos actuales en la suma aproximada de \$1144,50 (ver fs. 133), teniendo en consideración que, tal como surge del informe socio-ambiental antes referido el accionado tuvo 9 hijos, de los cuáles a la fecha sólo tres son aún menores de edad, estimo resulta equitativo y ajustado a derecho determinar una cuota alimentaria mensual en favor de su nieta Nahir Zul Broccardo, en el equivalente al doce por ciento (12%) de los ingresos totales que percibe el demandado en la actualidad como así también de los que pudiere percibir en el futuro, una vez deducidos exclusivamente los descuentos de ley, todo ello en atención al derecho de la menor sujeto de autos de ver satisfechas sus necesidades y a la obligación directa de su abuelo de procurar su satisfacción (arts. 3° inc. 1 y 27 CDN art. 75 inc. 22 CN y doctrina y jurisprudencia antes citadas), los que se abonar n del 1 al 10 de cada mes mediante depósito en cuenta abierta n° 502537-4 en el Banco de la Provincia de Buenos Aires, sucursal Quilmes Centro, a la orden de este Tribunal y como perteneciente a estos autos.

Sexto: En Régimen Jurídico de los Alimentos (p g. 518 par g. 565) el Dr. Gustavo Bossert sostiene que, para casos análogos al presente, es posible, con o sin incumplimiento mediante por parte del accionado, disponer la retención directa de la cuota alimentaria, oficiándose al empleador a efectos que mensualmente haga el depósito judicial respectivo, y que no debe considerársela una medida cautelar sino simplemente una modalidad que tiende a hacer m s regular y seguro el procedimiento de cobro de la cuota. En consecuencia, estimo procedente en el caso de autos, sustituir la medida de embargo dispuesta a fs. 68, por la retención directa de haberes, la que registrá también respecto de la cuota definitiva que aquí se resuelva una vez firme la misma y sin solución de continuidad respecto a las sumas que ya se vienen reteniendo como provisionales, comunicándose por oficio a "Transportes de Vidrios- Silberman, Marcelo Adrián" de la ciudad de Ezpeleta, lo que así propongo al acuerdo.

Séptimo: En cuanto a los alimentos atrasados, corresponde calcularlos desde la interposición de la petición (3 de Mayo de 2005), conforme cargo de recepción de fs. 4 vta. - art. 641 in fine CPCC), debiendo satisfacerse éstos en proporción a la cuota alimentaria ordinaria, en suma a determinar ulteriormente, a cuyos efectos, para el reclamo de los alimentos adeudados (en caso de existir) deberá practicarse liquidación con las siguientes bases: a) Discriminar las sumas debidas por el demandado mes por mes, y los pagos parciales de existir. b) Calcular los intereses por mora, conforme a la tasa pasiva que por cada período correspondiere y que el Banco de la Pcia. de Bs. As. registra para sus operaciones de depósito a plazo fijo por 30 días (conforme art 641 del CPCC y jurisprudencia SCBA, Ac 51063 S 19-9-95).

Octavo: En cuanto a las costas deben imponerse al accionado C., no sólo por su carácter de vencido en autos (art. 68 del CPCC) sino, fundamentalmente por la naturaleza alimentaria del presente proceso. Por ende:

Voto por la afirmativa.

Lo doctores Ferrari y Meiszner votan en igual sentido y por los mismos fundamentos.

2ª cuestión. — Sin perjuicio de tener aquí por reproducidos los fundamentos vertidos en los considerandos Primero a Quinto inclusive de la cuestión anterior resuelta en autos, y en relación a la accionada abuela materna Sra. María Honoría Argüello, cabe puntualizar que de la confesional rendida por el representante legal de la menor actora a fs. 96 (conforme pliego obrante a fs. 95) surge de la respuesta dada a la posición 11ra. que éste reconoce que la Sra. Argüello se desempeña como ama de casa, que asimismo de la informativa glosada a fs. 137/138 que la misma no registra movimiento alguno en la base de datos de empleo, emanando, finalmente del informe socio-ambiental de fs. 50/53 que la demandada se desempeña como empleada en servicio doméstico por horas en forma irregular (ver fs. 51 vta.) en tareas de planchado 2 o 3 veces por semana, cuatro horas diarias, percibiendo \$ 3 por hora (ver fs. 52 vta.), lo que representaría un ingreso mensual de \$ 100 aproximadamente.

Visto los magros ingresos obtenidos por la accionada Argüello y atento como ha quedado resuelta la cuestión anterior (art. 367 inc. 1 in fine C.C.), estimo no corresponde fijar cuota alimentaria a abonar por la demandada en favor de su nieta menor (arts. 384, 415. 473 y concs. CPCC) sin imposición de costas a la actora aquí vencida, en atención a que pudo creerse con derecho a entablar la misma (art. 68 párrafo 2º CPCC). Por ende:

Voto por la negativa.

Los doctores Ferrari y Meiszner votan en igual sentido y por los mismos fundamentos.

3ª cuestión. — Solución Decisoria Propuesta: De conformidad con los fundamentos expuestos precedentemente y atento como han quedado resueltas las cuestiones debatidas en autos, propugno se dicte el siguiente pronunciamiento: 1) Declarar de oficio la

inaplicabilidad para el caso concreto de la primer parte del párrafo segundo del inciso 1° del art. 367 C. Civil, en cuanto establece "una preferencia en la obligación alimentaria para los ascendientes más próximos en grado" (padres) que implica una subsidiariedad en dicha obligación para los menos próximos en grado (abuelos), por contravenir la Constitución Nacional (arts. 3 inc. 1 y 27 CDN, art. 75 inc. 22). 2) Receptar la demanda de fijación de cuota alimentaria deducida contra el abuelo materno Sr. D. E. C., en favor de la menor N.A.B., por el porcentaje y en la forma indicada en el punto Quinto in fine del considerando a la primer cuestión debatida.

3) Establecer como modalidad de pago la retención directa de haberes por parte del empleador del 1 al 10 de cada mes y su posterior depósito en la cuenta a abrirse en autos en el Banco de la Provincia de Buenos Aires, Sucursal Quilmes Centro, sustituyéndose la medida cautelar trabada sin solución de continuidad con la retención aquí propuesta.

4) Establecer las bases para la liquidación de los alimentos devengados y no percibidos.

5) Rechazar la demanda instaurada contra la abuela materna Sra. M.H.A., atento la precariedad de sus ingresos.

6) Imponer las costas del proceso al alimentante vencido, Sr. D.E. C., regulándose los honorarios de los letrados intervinientes.

Así lo voto

Los doctores Ferrari y Meiszner votan la solución decisoria propuesta en igual sentido y por los mismos fundamentos.

En atención a como han quedado resueltas las cuestiones propuestas el Tribunal resuelve:

I) Declarar de oficio la inaplicabilidad para el caso concreto de la primer parte del párrafo segundo del inciso 1° del art. 367 C. Civil, en cuanto establece "una preferencia en la obligación alimentaria para los ascendientes más próximos en grado" (padres) que implica una subsidiariedad en dicha obligación para los menos próximos en grado (abuelos), por contravenir la Constitución Nacional (arts. 3 inc. 1 y 27 CDN, art. 75 inc. 22).

II) Hacer lugar a la demanda por cobro de alimentos interpuesta por el actor, Sr. L.E.B., en representación y en favor de su hija menor N.A.B., condenando en consecuencia al demandado, Sr. D.E. C., a abonar en concepto de cuota alimentaria ordinaria mensual una suma equivalente al doce por ciento (12%) de los ingresos totales que percibe en la actualidad en "Transportes de Vidrios -Silberman, Marcelo Adrián" sita en la ciudad de Ezpeleta, como así también de los que pudiere percibir en el futuro, una vez deducidos exclusivamente los descuentos de ley, todo ello en atención al derecho de su nieta de ver satisfechas sus necesidades y a la obligación directa de su abuelo de procurar su satisfacción. Dicho importe se aplicará con efecto retroactivo a la fecha de interposición de la petición, es decir al 3 de Mayo de 2005 (ver cargo de fs. 4 vta. - art. 641 CPCC), los que deberán abonarse del 1 al 10 de cada mes, mediante depósito en cuenta abierta n° 502537-

4 en el Banco de la Provincia de Buenos Aires, sucursal Quilmes Centro, a la orden de este Tribunal y como perteneciente a estos autos.

III) Sustituir la medida cautelar de embargo dispuesta a fs. 68 por la retención directa de haberes, la que registrará respecto de la primera sin solución de continuidad y siendo la misma operativa una vez firme esta sentencia, a cuyo fin librese oportuno oficio.

IV) Establecer para el supuesto de practicarse liquidación por los alimentos devengados durante la tramitación del proceso y no percibidos, sea en forma parcial o total, que la misma deberá efectuarse con las siguientes bases: a) Discriminar la sumas debidas por el demandado mes por mes, y los pagos parciales de existir. b) Calcular los intereses por mora, conforme a la tasa pasiva que por cada período corresponda, que el Banco de la Pcia. de Bs. As. registra para sus operaciones de depósito a plazo fijo por 30 días (conforme, art 641 del CPC y jurisprudencia SCBA, Ac 51063 S 19-9-95.).

V) Rechazar la demanda instaurada contra la abuela materna Sra. M.H.A., atento la precariedad de sus ingresos (art. 367 inciso 1 in fine C.C.), sin imposición de costas a la actora vencida, en atención a que pudo creerse con derecho a entablar la misma (art. 68 párrafo 2º CPCC).

VI) Imponer las costas del presente proceso, al accionado Sr. D.E.C., en atención a la naturaleza alimentaria del mismo y a su carácter de vencido en autos (art. 68 CPCC). —
Marta Amelia Arroyo.