

## SENTENCIA DEFINITIVA Nº 78/13.-

En la ciudad de Río Grande, Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, a los 31 días del mes de julio de 2013, reunidos los señores jueces y la actuario de la Sala Civil, Comercial y del Trabajo de la Cámara de Apelaciones provincial con asiento en esta ciudad, para entender en el recurso de apelación interpuesto en los autos Nº 21170/13 provenientes del Juzgado de Familia y Minoridad Nº 1, del distrito judicial Norte, en los autos caratulados: “N., M. R. c/ G., R. H. L. s/ Alimentos s/ Incidente de Apelación”, en trámite por ante este Tribunal de Alzada bajo el Nº 6475/13, se certifica que se llegó al Acuerdo resultante de la siguiente deliberación y debate (art.47.2 del CPCC):

1.- El juez Francisco Justo de la TORRE, dijo:

I.- A fs. 54/58, la doctora Susana del Valle García, en ocasión de un proceso sobre alimentos resuelve hacer lugar parcialmente a la demanda incoada por la señora M. R. N., contra el señor R. H. L. G. Fija la cuota en beneficio de la menor Z. J. N. en el quince por ciento (%15) de los haberes que percibe la demandada más las asignaciones familiares ordinarias y extraordinarias correspondientes a la menor. Ello hasta que cumpla la edad de 21 años.

Aplica el carácter retroactivo del art. 592.1 del Código procesal y rechaza la pretensión de la actora para que se imponga desde el nacimiento de la niña de autos.

Dispone además una cuota suplementaria a fin de cancelar la diferencia entre la cuota definitiva y la provisoria.

Para arribar a tal solución la magistrada interviniente calificó como inoponible el efecto retroactivo de la sentencia de alimentos al momento de la concepción, puesto que por disposición del art. 592.1 del ritual, desde que se pide se considera exigible la cuota alimentaria. Sugiere al respecto que la actora debió atacar a la norma referenciada por inconstitucional y no lo hizo.

Indica que admitir el requerimiento deducido por la actora importaría desnaturalizar el presente trámite, puesto que no corresponde imponer al demandado la responsabilidad por hechos acontecidos con anterioridad a la interposición de la demanda. Afirma que la actora contaba con otras vías procesales para hacer valer el derecho alimentario, en el proceso de filiación, pudiendo haber solicitado de manera provisoria los alimentos en cuestión.

Tuvo en cuenta la vista brindada por el Ministerio Pupilar a fs. 52/vta., donde se dictamina la conveniencia de fijar el quantum en un porcentaje no menor al 15 %.

Meritó la edad de la niña de autos -12 años- y la capacidad económica del alimentante.

II.- Contra lo decidido se erige la actora e interpone recurso de apelación a fs. 68/71.

Indica que el porcentaje impuesto en el 15 % no abastece las necesidades de la niña de autos cuyo gasto asciende a la suma de \$ 5.925 –pesos cinco mil novecientos veinticinco-.

Califica a la decisión como injusta y arbitraria, toda vez que la suma a la cual desde su parte se arriba, es la resultante de una acabada información de los valores de mercados de los productos alimenticios, como de la vestimenta, esparcimiento, educación y salud que a diario se debe afrontar para dar una vida digna a la niña Z. J.

A su juicio resulta equitativo elevar el porcentaje al 20 % de los ingresos del demandado.

Reafirma que el hecho biológico de la concepción de Z. J., hizo nacer el derecho para ella y correlativamente la obligación del padre, y es por ello que en la práctica queda derogada la limitación temporal impuesta procesalmente en el art. 592.1 in fine. Invoca al respecto el bloque de constitucionalidad que contempla el interés superior del niño y la interpretación pro homine, debiendo por ello prevalecer la norma más favorable a la persona humana.

Entiende que no corresponde plantear la inconstitucionalidad del art. 592.1, toda vez que su pretensión encuentra sustento en el Código Civil, en supremacía de la Constitución Nacional y en la operatividad de los tratados de Derechos Humanos.

Cita el art. 31 de la Carta Magna. Destaca que no debe olvidarse que la reforma constitucional puso en manos del Poder Legislativo la obligación de dar operatividad a las normas de los tratados sobre derechos humanos –transcribe el inc. 23 primer párrafo del art. 75 de la Constitución-. Cita jurisprudencia que considera aplicable.

Hace hincapié en que si bien el objeto de la litis se basó en dos cuestiones, el Ministerio Pupilar sólo se expidió respecto al monto de la cuota alimentaria y no en relación a la retroactividad entendida por la actora.

Finalmente destaca que el demandado omitió impugnar el derecho invocado por la actora, afirma que éste sólo se limitó a resaltar las bondades procesales del art. 592.1 del ritual, con lo cual –entiende- opera la aceptación a las normativas aplicables y la jurisprudencia brindada.

Concluye resumiendo su elaboración recursiva y aduce que el derecho constitucional vigente va más allá de una norma procesal. En consecuencia reitera el carácter retroactivo de la sentencia al momento de la concepción y la procedencia del porcentaje establecido en un 20 %.

Funda el recurso en los arts. 271, 275 y cctes del CPCCLRyM, arts. 16, 31, 75 inc. 22 y cctes. de la Constitución Nacional, en los arts. 30, 31, 52, 70, 247, 248, 251, 265, 267 y cctes. del Código Civil, en la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, en el Pacto de San José de Costa Rica, y

en la Convención de los Derechos del Niño, arts. 335, 345, 369, 586 cc y ss del CPCCLRYM, más doctrina y jurisprudencia que este Tribunal considere aplicable.

III.- Corrido traslado de ley a fs. 72, la parte demandada hace uso del derecho de responde a fs. 75/78.

Si bien en principio considera que el recurso de apelación intentado debe ser declarado desierto en tanto a su juicio adolece de los requisitos procesales necesarios para ser tenido en cuenta, manifiesta que los gastos enunciados por la actora no han sido probados y no se ha determinado el caudal económico de la misma.

A su juicio el porcentaje establecido se corresponde con las necesidades de la niña y la capacidad de solventarlos de su parte.

En relación al concepto de retroactividad impetrado sostiene que la sentencia es retroactiva al momento de interposición de la demanda. Ello conforme lo establece textualmente el código procesal.

Hace mención a que la norma procesal referenciada se funda en la razonable falta de necesidad del reclamante, que pudiendo demandar no lo hace y la aplicación del artículo no resulta arbitraria en el contexto del procedimiento que lo prevé. Cita jurisprudencia atinente.

Asiente que si la parte actora consideró a la norma como violatoria de derechos fundamentales, debió haber incoado su inconstitucionalidad por el remedio procesal adecuado; y en el caso, destaca, precluyó la posibilidad de hacerlo.

En consecuencia, solicita el rechazo de la apelación deducida por la actora con costas.

En prieta síntesis la actora solicita se declare desierto el recurso de apelación intentado por el demandado y/o se rechace el mismo, confirmando la decisión atacada con costas.

IV.- Previo a dilucidar la controversia suscitada en autos destaco, por un lado, que los jueces no están obligados a pronunciarse respecto de la totalidad de los agravios invocados por las partes, sino sólo respecto de aquéllos que resulten conducentes a la solución del caso. (Fallos 221:37, 222:186; 226: 474; 228: 279; 233: 47; entre otros).

Por otro, que cuando los agravios aparezcan insuficientes o defectuosamente planteados desde el punto de vista jurídico, el juez puede modificar, ampliar o restringir el derecho utilizando el brocardo curia novit iura en el que encuentra sustento su decisión. Así pues, tratándose de una cuestión de derecho, el magistrado tiene la facultad-deber de determinar las normas que rigen la solución del litigio, con prescindencia de los argumentos jurídicos formulados por las partes, ya que teniendo en consideración los presupuestos de hecho y la pretensión aplica el derecho que estima pertinente.

V.- Sentada la aclaración preliminar y analizada que ha sido la elaboración recursiva, soy de opinión que ella debe prosperar parcialmente en mérito a las consideraciones de hecho y derecho que en adelante se consignan.

V. 1.- En primer término se agravia la actora porque el porcentaje no supera el 15 % del salario que percibe el demandado y afirma que el mismo no abastece a cubrir las necesidades de la niña de autos.

No obstante, omite describir cuál es la injusticia del caso y en qué medida se trasluce la arbitrariedad que invoca.

En confronte con las constancias de la causa, concluyo que el presente agravio no excede una simple oposición a lo que en definitiva se resuelve y por ello debe ser desestimado, toda vez del razonamiento brindado por el apelante no trasluce una construcción jurídica cuya entidad permita torcer el porcentaje fijado en la anterior instancia.

Por el contrario, la actora se limita a sostener que el gasto alimentario arriba a la suma de \$ 5.925 –pesos cinco mil novecientos veinticinco-, sin brindar una descripción concreta de los ítems que permiten llegar a ese monto.

Más aún, al momento de demandar y describir los gastos por salud de la beneficiaria (\$ 1.500) hace referencia al cuadro permanente de su afección, pero no indica el padecimiento.

Realiza una referencia general a los valores de mercado y en relación a los rubros que integran toda cuota alimentaria. Afirma dogmáticamente que -a su juicio- resulta equitativo elevar el porcentaje al 20 % de los ingresos del demandado.

La afrenta se desvanece porque no encuentro fundamentos suficientes para derribar la decisión de grado y propiciar el incremento del quantum de la cuota establecida.

Entiendo que el monto cuestionado ha sido fijado de conformidad al art. 265 primer párrafo del Código Civil y es por ello que debe mantenerse.

Ello así porque el demandado fundó (fs. 33) cuál es su condición económica, efectuando una propuesta del 10 % de sus ingresos más las asignaciones familiares, y, posteriormente a lo largo de la audiencia preliminar ofreció elevar el porcentaje a 15 %.

No obstante lo cual surge de fs. 06 que la niña de autos carece de obra social –cuestión no discutida en autos-, lo que permite afirmar que debe ser incluida en la obra social de su progenitor (fs. 32).

Pues, vista la manda del artículo referenciado por el cual se impone a los padres la obligación de alimentar a sus hijos conforme su condición y fortuna (art. 265 C.C.), en la hermenéutica de que el derecho a la salud goza hoy de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 C.N.), y por imperio del art. 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño por el que “...Los Estados partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud...” que indudablemente se ve logrado con los beneficios de una obra social, la cuota alimentaria de autos deberá fijarse como quedara establecida en la instancia de grado, más la incorporación de la beneficiaria a la obra social cuya titularidad es ejercida por su progenitor.

De manera tal que el incremento de la cuota se verá reflejado no en el quantum (15 %) sino en especie (obra social).

V. 2.- Por otro lado la apelante se agravia en relación al punto dos de la sentencia en crisis.

Afirma la quejosa que en la práctica la limitación temporal del art. 592.1 in fine del Código procesal queda derogada, porque desde la concepción nace el derecho alimentario en beneficio de la niña Z. J. y correlativamente la obligación del padre. Invoca el interés superior del niño y el bloque de constitucionalidad federal.

Claro está que desde la reforma constitucional efectuada en el año 1994 en virtud de lo establecido en el art. 75 inc. 22, la CDN y en consecuencia su artículo tres –interés superior del niño-, si bien no forman parte del texto de la constitución se hallan fuera de él a su mismo nivel dentro de lo que ha de designarse como bloque de constitucionalidad federal.

Al decir del doctor BIDART CAMPOS<sup>1</sup> toda la constitución (su primera parte más el resto del articulado) en común con los once instrumentos internacionales sobre derechos humanos de jerarquía constitucional (más los que la adquieren en el futuro) componen un bloque que goza de supremacía y se ubica sobre el derecho infraconstitucional.

Dentro de ese bloque no hay planos superiores ni planos inferiores, pues se da origen a una cúspide en la que todas sus normas se caracterizan por tener un idéntico nivel entre sí.

De modo que el derecho del niño a ser “alimentado” o en su caso el derecho a la supervivencia y desarrollo (art. 6 CDN) configura sin dudas una prerrogativa constitucional<sup>2</sup> y como tal debe ser protegida del derecho infraconstitucional que lo vulnere.

Sin embargo de la lectura de los agravios pareciera desprenderse la cita general y dogmática de los principios constitucionales. No surge la contradicción que intenta hacer valer la apelante entre aquéllos y el orden procesal, por el cual deba aplicarse el interés superior del niño en resguardo de los derechos de la menor de autos, toda vez que no se desprenden de la causa las contingencias económicas padecidas por la beneficiaria antes del reclamo judicial, como tampoco el requerimiento al demandado de la pertinente cobertura.

La garantía del debido proceso también goza de protección constitucional (art. 18) y su aplicación se ve perfeccionada en mérito a lo que disponen los códigos procesales locales cuya creación corresponde a las provincias en virtud del juego de los arts. 121 y 75 inciso 12.

Y específicamente en lo que al derecho civil respecta, no es sino a través del principio dispositivo (art. 14 de la Constitución Nacional y art. 1 del CPCCLRyM) que se da inicio al procedimiento cuya legalidad debe resguardarse y al que las partes han de someterse para hacer efectivos los derechos que entienden vulnerados.

Al respecto y en términos jurisprudenciales se ha sostenido que: "... en el ámbito del derecho civil, se reconoce como columna vertebral al principio dispositivo..."<sup>3</sup>.

Es así como el fin del proceso es "...la efectividad de los derechos sustanciales..." (art. 12 del CPCCLRyM).

Surge de autos que la apelante consintió la jurisdicción y el proceso al cual da inicio, que no es más que el que se desprende del Título III, Capítulo VII del Libro IV del Código procesal local y por tanto debe ajustarse a sus reglas.

De modo tal que a la demanda incoada por la actora le serán aplicables las normas de los artículos contenidos en el capítulo referenciado, toda vez que el respeto de ellas hace a la garantía del debido proceso legal, al derecho de defensa (art. 18 CN) y al principio de igualdad contenido por el artículo 16 de la Constitución Nacional –invocado casi al finalizar el escrito recursivo (fs. 70).

Si bien es cierto que el incumplimiento de la cuestión alimentaria es una violación de los derechos humanos (fs. 4 vta. cuarto párrafo) o mejor aún la vulneración de un derecho constitucional, su resguardo o restablecimiento opera a partir de la intervención jurisdiccional que como he dicho se impulsa por la acción de quien ejerce su titularidad (art. 1 del ritual) –en el caso a través de representante legal (art. 57 del C.C.)-.

En tal sentido lo ha receptado el art. 592.1 del Código de procedimientos local, al disponer "...la mandará abonar por mes anticipado, desde la fecha de presentado el formulario para mediación..." que no es otro momento que el de inicio de la demanda por alimentos, toda vez que el carácter tuitivo de la norma se propone cubrir con la necesidad alimentaria desde su requerimiento formal, que a todas luces da cuenta del padecimiento efectivo del beneficiario y del acto conculcatorio en desmedro de sus derechos.

Criterio que se abona con lo dispuesto en el artículo siguiente (593. 2) por el cual la inactividad procesal hace presumir la falta de necesidad del alimento.

En reiteradas oportunidades se ha sostenido que el estado de indigencia de un menor de edad se presume justamente por su condición desventajosa, distinta a la de un mayor de edad que puede

proveerse sustento por sus propios medios. Pero operará a partir del requerimiento judicial y es por ello que la sentencia debe retrotraerse al inicio de la demanda.

Por el contrario a lo que sostiene la apelante, si se consideró que el art. 592. 1 in fine controvierte lo que la Constitución manda debió plantear su inconstitucionalidad, o en su defecto y por cierto más acertado, acreditar el porqué de la inactividad procesal por más de diez años.

Aduce que su acción encuentra sustento en el Código Civil sin precisar en concreto -respecto a la retroactividad pretendida- a qué normas se refiere, sólo enuncia al finalizar la expresión de agravios el art. 70 C.C. que determina la existencia de las personas desde la concepción en el seno materno. Más los arts. 247 –determinación de la paternidad extrapatrimonial-, 248 –reconocimiento de la filiación-, 251 –imprescriptibilidad de la acción de filiación-, 265 –origen de la obligación alimentaria derivada de la patria potestad-, 267 –composición de la obligación alimentaria-, todos parte del mentado Código.

Pero el fundamento normativo referenciado no abastece para determinar que el demandado es deudor de la obligación alimentaria desde la concepción de la niña de autos.

Como lo señalé en un antecedente de esta Sala<sup>4</sup> los padres adquieren respecto de sus hijos un compromiso de por vida, incluso antes del nacimiento (art. 70 C.C.)

Más aún, en términos de doctrina BELLUSCIO indica: “...es el propio orden natural el que constriñe a los progenitores a arbitrar los medios conducentes, con la finalidad de dar satisfacción adecuada a las necesidades de los hijos menores...”<sup>5</sup>.

Y es por ello que el tópico es incorporado al Derecho de Familia, desprendiéndose del orden natural para integrar el ordenamiento jurídico, que al establecer los deberes paternos filiales impone entre otras la obligación alimentaria.

Al respecto NOVELLINO sostiene que: “...la prestación alimentaria no tiende a conmutar un valor implicado en un negocio jurídico o a recomponer un capital: su finalidad esencial es satisfacer las necesidades del alimentado, por lo que dicha prestación es independiente de toda concepción patrimonial...”<sup>6</sup>.

Por ello sin perjuicio de su especificidad, no resulta ajeno al Derecho de Familia la aplicación de conceptos del derecho privado en general, toda vez que la causa de las obligaciones puede surgir de las relaciones de familia (art. 499 del C.C.).

Razón por la cual los alimentos tienen carácter obligacional que en el caso se ha establecido como el dar una suma de dinero mensual cuya naturaleza no es crediticia ni patrimonial sino asistencial, y su finalidad está destinada a cubrir las necesidades de la niña de autos.

Al igual que la juez interviniente el Código Civil marca que la obligación se extiende hasta la edad de 21 años de la beneficiaria (punto I de la sentencia en crisis y art. 265 segundo párrafo del C.C.).

Pero nada dice el derecho sustantivo desde cuándo comienza. En consecuencia, si bien los padres son responsables del cuidado y la manutención de los hijos, en términos jurisdiccionales, para constituir al deudor en mora el Código exige que sea interpelado, cuestión que luego de fijada la cuota alimentaria se torna automática (art. 509, párrafos segundo y primero respectivamente).

Por último el apelante hace mención a la omisión en la que incurre el Ministerio Pupilar, dando cuenta que no se expidió en relación al pedido de retroactividad de los efectos alimentarios al momento de la concepción.

No obstante, ocurrido el llamado de autos a fs. 53 sin impugnación o reproche alguno por parte de la actora, entiendo que resulta extemporáneo el planteo deducido en esta instancia. Puesto que al notificarse de lo ordenado la recurrente tuvo oportunidad de deducir el planteo en la anterior instancia.

Ahora bien, teniendo a la vista la causa “N., M. R. c/ G., R. H. L. s/ Filiación” –acollarada por cuerda a la presente-, surge claro el pedido urgente de alimentos provisorios en favor de la niña de autos (fs. 07/11), requerimiento que es rechazado in limine mediante providencia simple glosada a fs. 12 in fine por falta de legitimación.

En razón de las manifestaciones vertidas en el presente punto, surge evidente que los efectos de la sentencia deben retrotraerse al 4 de noviembre de 2011, porque ha sido ése el momento en el que el deudor tomó conocimiento de la necesidad alimentaria y operó la interpelación a su respecto (art. 509) y más aun, porque si bien la inactividad procesal del alimentario crea la presunción de su falta de necesidad, el caso de marras es alcanzado por la excepción que brinda el mismo art. 593. 2 –salvo prueba en contrario-.

Ha quedado demostrado que el pedido de alimentos operó antes de la demanda, el juicio de filiación anterior y en la hermenéutica de los puntos analizados el inicio de la obligación acontece desde que es requerido judicialmente su cumplimiento aunque más no sea provisoriamente, pues se tornan inequívocos el reclamo formal y la contingencia que debe ser cubierta en orden a la responsabilidad que emana del art. 265 del C.C.

Nótese que este último criterio es el que sostienen tanto la juez interviniente (fs. 55 noveno párrafo) como el demandado (fs. 77 cuarto párrafo), ambos sostienen que los alimentos se deben “...desde que se piden...”.



VI.- Por el fundamento esgrimido en el presente voto, en orden al sustrato fáctico acontecido, en mérito a las circunstancias concomitantes de la causa y a la luz del derecho aplicable al presente caso, propongo a mis colegas de la Sala hacer lugar parcialmente al recurso de apelación deducido a fs. 68/71, confirmar la cuota alimentaria tal como quedara establecida en la primera instancia y disponer la incorporación de la niña de autos a la obra social cuya titularidad es ejercida por su progenitor. A su vez, revocar el punto dos de la sentencia en crisis e imponer su efecto retroactivo al 4 de noviembre de 2011, fecha en que se demandaron los alimentos provisorios junto a la acción de filiación.

En cuanto a las costas en virtud a la naturaleza de lo que se debate y al modo en que se resuelve, postulo imponerlas por su orden (art. 78.2 CPCCLRyM).

Finalmente en relación a los emolumentos de los letrados intervinientes, por la labor realizada en esta instancia estimo que han de ser impuestos en el 30 % -para cada una de las partes- sobre lo que oportunamente se reguló en la anterior instancia.

2º.- El juez Ernesto Adrián LÖFFLER, dijo:

Adhiero a los fundamentos y solución propuesta por el vocal ponente, votando en los mismos términos.

En virtud del Acuerdo que antecede, el Tribunal

## S E N T E N C I A

1.- HACER LUGAR parcialmente al recurso de apelación deducido a fs. 68/71, DISPONER la incorporación de la niña de autos a la obra social cuya titularidad es ejercida por su progenitor y, CONFIRMAR el porcentual de la cuota alimentaria tal como fuera fijado en la instancia de grado. A su vez, REVOCAR el punto dos de la sentencia en crisis e IMPONER su efecto retroactivo al 4 de noviembre de 2011, fecha en que se demandaron los alimentos provisorios junto a la acción de filiación.'

2.- COSTAS POR SU ORDEN (art. 78.2 del CPCCLRyM).

3.- ESTABLECER los emolumentos de los letrados intervinientes en el 30 % -para cada una de las partes- sobre lo que oportunamente se reguló en la anterior instancia.

4.- MANDAR se copie, registre, notifique y oportunamente, remitan las actuaciones al juzgado de origen.

Se deja constancia que la jueza Josefa Haydé MARTIN no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia.

JUECES: DE LA TORRE – LÖFFLER

SECRETARIA: CIANFERONI

SENTENCIA DEFINITIVA REGISTRADA AL Tº III, Fº 547/53

1 BIDART CAMPOS, Germán J. Manual de la Constitución Reformada, t I, cap. V, págs 333/372, ed Ediar S. A., 3º edición, marzo de 2.001.

2 En igual sentido lo expresó mi colega Ernesto Adrián Löffler. (Véase Cám. Ap. TDF “C., E. A. c/ F., M. L. s/ Reducción de cuota alimentaria”, Expte Nº 5179/09, mayo 2010.

3 CSJ de Santa Fe, 7-7-93, “Municipalidad de Santa Fe c/ Greschuk, Iván –apremio- s/ Recurso de Inconstitucionalidad”, Zeus 65-J-198. Citado por JORGE W. PEYRANO, Principios Procesales, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2011, pág. 11.

4 Cám. Ap. TDF. Causa Nº 6378. “P., D. I. c/ S., N. s/ INCIDENTE”.

PRIMER VOTANTE: doctor Francisco Justo de la Torre. Marzo 2013.

5 (Claudio Alejandro Belluscio, Prestación Alimentaria Régimen Jurídico. Editorial Universidad, Buenos Aires, 2006, pág. 45).

6 (Citado por Claudio Alejandro Belluscio, Prestación Alimentaria Régimen Jurídico. Editorial Universidad, Buenos Aires, 2006, pág. 52).