

Procedió luego a imponer las costas a los demandados y finalmente reguló honorarios.

II.- La decisión agravia a la parte actora quien apela mediante escrito electrónico. También el letrado patrocinante apela la regulación de sus honorarios por estimarlos bajos.

Refiere la recurrente que la cuota fijada es exigua pues el niño no recibe aportes de su padre y padece una discapacidad crónica, lo que estaría acreditado con el informe socio ambiental.

Solicita que la cuota sea fijada en un porcentaje (35%) de las jubilaciones de los abuelos del niño y que se la haga efectiva por medio de retención directa sobre las percepciones previsionales de los demandados, valorando para ello que los demandados nunca se presentaron al proceso.

En su siguiente agravio cuestiona el rechazo de la afiliación del niño a la Obra Social PAMI persiguiendo la inconstitucionalidad del art. 9 inc. "a" de la ley 26.660

Señala que esta es la primera oportunidad en la que la cuestión se plantea por lo que la puesta en crisis de dicha norma resulta oportuna.

Refiere que el art. 541 impone a los alimentantes la asistencia médica por lo que la condición que impone la citada norma (guarda o tutela de los menores) resulta irrazonable, abusiva y contraria al plexo constitucional.

Cita las normas constitucionales y convencionales aplicables, la doctrina especializada, la jurisprudencia interamericana en juego y concluye que la norma en cuestión no supera el test de convencionalidad y está en pugna con los mandatos constitucionales.

III.1.- La primera cuestión a tratar resulta ser el cuestionamiento al monto de la cuota fijada en el grado.

La prueba es escasa y el magistrado de grado no ha dado mayores razones para justificar el valor decidido. Tampoco los demandados se han presentado al proceso por lo que los elementos de apreciación se limitan a lo aportado por la actora.

De las constancias surge que el niño tiene a la fecha 10 años convive con su madre en condiciones humildes y padece "hipotonía muscular del tronco (enfermedad cerebral). No tiene masa muscular, no tiene fuerzas se cae constantemente, tiene calambres. Sufre de problemas coronarios en la aorta" (v. informe socio ambiental fs. 117vta.). Esto último se ve refrendado con la copia de historia clínica obrante a fs. 40/47 donde se reseña la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

situación del niño, los tratamientos que habitualmente debe realizar así como los viajes por motivos de salud a la ciudad de Mar del Plata.

A su turno los ingresos de los abuelos que obran acreditados son exiguos (\$6.501,44.- para el señor P... y \$6.263,87.- para la señora R... ambos a septiembre de 2018).

En consideración a tales elementos, valorando la edad del niño sus condiciones de vida reflejadas en el informe socio ambiental y la restante prueba colectada entiendo que el agravio relativo al aumento de la cuota puede admitirse (arts. 357; 541; 542 CCyCN; 165; 384 y 641 CCyCC).

Y si bien es cierto que al demandar la representante del niño solicitó la fijación de una suma mensual (fs. 23, apartado "I.- Objeto") su actual petición de que la cuota se establezca en un porcentaje resulta atendible sin afectación al principio de congruencia.

Como se ha dicho tal principio "no es un esquema rígido de conceptos o postulados, con límites infranqueables que, cuando corresponda, impidan su necesaria flexibilización y adaptación cuando requiera compatibilizarse en una armonización funcional frente a valores superiores, según predica la Corte Suprema de la Nación. No puede extrañar, pues, que ante determinadas situaciones excepcionales el respeto irrestricto a la congruencia deba ceder ante la influencia de otros principios procesales cuya observancia resulta más valiosa en el caso." (De los Santos, Mabel, "Los valores en el proceso civil actual y la consecuente necesidad de reformular los principios procesales", en J.A. 2001-757; cit. por Jorge Peyrano, "La flexibilización de la congruencia en sede civil. Cuando se concede judicialmente algo distinto de lo requerido por el justiciable", en Revista de Derecho Procesal, 2007-2, Sentencia -I, p.100/101)

Asimismo "Una de las excepciones a la aplicación estricta del principio de congruencia, la representan varias de las cuestiones que componen la materia de familia, en la que se relativiza dicho principio. Además, se encuentra aceptado por la doctrina especializada en materia de familia que, en este ámbito, el principio de congruencia se relativiza en pos de los delicados intereses en juego, y el juez, realizada la denuncia, tiene amplias facultades para adoptar las medidas de protección que considere pertinentes a tal fin, sin perjuicio de lo solicitado por la parte afectada (cf.

Kielmanovich, J. "Procesos de Familia", Ed. Abeledo - Perrot, 1998, p.16; Kemelmajer, A.; "La Medida Autosatisfactiva: Instrumento eficaz para mitigar los efectos de la violencia intrafamiliar", en "Medidas Autosatisfactivas", Dir. Peyrano, J., p.448" (cfr. Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza, Expdte. n°193/10, "Molina A. y su hija menor M. A. c/Tercero J. M. p/Med. Tut.", 17/11/2011, LA 3-198).

También se ha sostenido, más específicamente, que "La cuota por alimentos puede fijarse en una suma fija o en un porcentaje de los ingresos del obligado; el juez acudirá a esta última forma cuando el alimentante es un trabajador en relación de dependencia que obtiene ingresos fijos ; ello es factible aún cuando la interesada solicitara una suma fija, toda vez que en la especie el porcentaje establecido no excede la suma pedida por la actora al promover el incidente de aumento de cuota alimentaria. (art. 647 CPCC). CC0101 LP 249991 RSI-58-8 I 08/08/2008; "N.L. M.N. c/U.A.L.C. s/Incidente de aumento de cuota alimentaria"; donde el subrayado me corresponde) tal y como sucede en autos según se refleja en la parte de la demanda ya citada.

Por otro lado no se advierte que acoger tal petición signifique un detrimento para ambas partes sino que tal modo de cálculo resulta beneficioso para ellas e incluso para el sistema de justicia pues evita volver a judicializar las cuestiones relativas a los alimentos con motivo en la desactualización del monto fijado.

En tal sentido se ha entendido, y se comparte, que establecer como cuota un porcentaje de los ingresos del alimentante resulta un modo equitativo de corregir la cuota para ambas partes (CNCiv sala F, "S.F., M.J. y otro c/ B., J. s/ Alimentos" del 25/02/19 sumario publicado en <http://jurisprudencia.pjn.gov.ar/documentos/jurisp/index.jsp>).

En síntesis, propicio establecer como cuota alimentaria en favor de M... J.... P.... G... el 18% de los ingresos jubilatorios mensuales de los demandados R... A.... P... y M.... E... R....., luego de efectuados los descuentos de ley (conf. legislación, doctrina y jurisprudencia citada hasta aquí).

III.2.- En cuanto al modo de percepción entiendo que puede también admitirse la petición de hacerla efectiva mediante retención directa de los haberes previsionales en el porcentaje fijado pues ello en nada agravia a los alimentantes y significa un modo más sencillo y expedito de cobro.

La jurisprudencia ha sostenido, y comparto, "La retención directa de los haberes de un empleado,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

consistente en un {porcentaje} mensual del salario neto, no debe considerársela como una medida cautelar, sino como una modalidad que tiende a hacer más regular y segura la percepción de los alimentos, pudiendo disponerse, aun sin mediar incumplimientos por parte del alimentante (...), de manera que no afecta su honor y ante la queja por el efecto negativo que ante la patronal puede producir esta medida judicial cabe hacer constar en el mismo oficio donde se dispone la retención que representa, simplemente, una forma de cobro y no un embargo."

Añadiéndose que "esta modalidad no hace más gravosa la obligación que pesa sobre el alimentante, sino que tiende a la agilización del pago, de manera que, a la ausencia de un perjuicio concreto para el obligado, se suma el indudable beneficio para el alimentado que se deriva de la más puntual y exacta percepción de la pensión alimentaria." (Sumario n°26970 de la Base de Datos de la Secretaría de Documentación y Jurisprudencia de la Cámara Civil; "P., S.N. c/ D.B., S.A. s/ Divorcio. 26/10/18; CNCiv Sala G; en análogo sentido 2V., A. y otro c/ R., J.J. s/ Alimentos" 23/02/16; CNCiv. Sala L.; "R., M.M. c/ G.D.L., M.D. s/ Incidente de Familia"; 19/04/16, CNCiv Sala D)

A esos razonables argumentos cabe sumar que tal modalidad libera, en gran medida, a los habitualmente atestados Juzgados de primera instancia de intervenir en cuestiones relativas a la percepción pues esta queda resuelta de un manera más clara y definitiva.

Propicio entonces que se efectivice la cuota alimentaria mediante retención directa de los haberes previsionales mensuales de los alimentantes R... A... P... y M... E... R... en la proporción ya referida (18%), con expresa notificación del art. 551 del CCyC (art. 706 CCyC).

III.3.- Resta por considerar el último agravio de la recurrente donde cuestiona la constitucionalidad del art. 9 inc. "a" de la ley 26.660. Esa norma refiere que "Quedan también incluidos en calidad de beneficiarios [de la Obra Social]: a) Los grupos familiares primarios de las categorías indicadas en el artículo anterior. Se entiende por grupo familiar primario el integrado por el cónyuge del afiliado titular, los hijos solteros hasta los veintiún años, no emancipados por habilitación de edad o ejercicio de actividad profesional, comercial o laboral, los hijos solteros mayores de veintiún años y hasta los veinticinco años inclusive, que estén a exclusivo cargo del afiliado titular que cursen estudios regulares oficialmente reconocidos por la autoridad pertinente, los hijos incapacitados y a cargo del afiliado titular, mayores de

veintiún años; los hijos del cónyuge; los menores cuya guarda y tutela haya sido acordada por autoridad judicial o administrativa, que reúnan los requisitos establecidos en este inciso;”.

Coincido con la recurrente en que esa regla legal -que el Juez de grado no cita para fundar su decisión- resultaría ser la razón para negar la afiliación compulsiva perseguida.

Es evidente que la finalidad de dicha norma (interpretada conf. arts. 1, 2 y 3 del CCyCN) resulta ser que el grupo familiar del beneficiario de la obra social sea también protegido, condicionando esa ampliación subjetiva a que tales personas convivan o, en cierto modo, dependan -económicamente o de otro modo- del beneficiario principal, sin ampliarla respecto de quien no cumpla esos recaudos.

Entiendo que en el caso esa finalidad se encuentra abastecida y que no es necesario recurrir a la declaración de inconstitucionalidad perseguida por la recurrente como medio para obtener la protección de la salud del niño M....

En autos ha quedado demostrado que el alimentado convive con su madre y que no tendría trato con los alimentantes (ni su padre ni sus abuelos paternos aquí demandados). Sin embargo esa falta de convivencia no anula el lazo familiar y, paralelamente, el otro aspecto que contempla la norma (la dependencia, económica en el caso) viene siendo reconocida en ambas instancias judiciales.

Recordemos que esa ley es muy anterior al proceso de constitucionalización de los derechos (fue promulgada en el año 1989) por lo que no puede ser analizada sin correlacionarla con su contexto histórico y la necesaria evolución que debe presidir el análisis de textos que ponen en juego derechos fundamentales (arg. arts. 1 y 2 CCyCN y art. 2 CADDHH).

Es decir que, si leemos la norma en clave de derechos humanos, efectuando una interpretación que contemple su finalidad sin distorsionarla, atendiendo de la mejor manera posible al sujeto más vulnerable -quien en el caso y conforme la prueba rendida y el silencio de los demandados, resulta ser el niño que padece problemas de salud- la conclusión no puede ser sino que se encuentra bajo el cuidado que puedan otorgarle sus familiares, sea voluntaria o compulsivamente.(art. 3, 23 y 24 CIDN).

Vale recordar que el derecho a la salud integral ha sido reconocido por los tratados internacionales con rango constitucional (CN, art. 75, inc.22); entre ellos, la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Culturales (art.12) y la Convención sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-(arts. 4° y 5°), art. 24 Convención sobre los Derechos del Niño y su efectiva realización es obligación del Estado conforme la regla convencional del art. 2 de CADDHH citada.

Puntualmente la Corte Interamericana ha sido clara al recordar que "la Convención sobre los Derechos del Niño obliga a los Estados a la adopción de medidas especiales de protección en materia de salud y seguridad social, que incluso deben ser mayores en casos de niños con discapacidad. Respecto de los niños con discapacidad, el Comité sobre los Derechos del Niño señaló que: "[e]l logro del mejor posible estado de salud, así como el acceso y la asequibilidad de la atención de la salud de calidad es un derecho inherente para todos los niños. Los niños con discapacidad muchas veces se quedan al margen de todo ello debido a múltiples problemas, en particular la discriminación, la falta de acceso y la ausencia de información y/o recursos financieros, el transporte, la distribución geográfica y el acceso físico a los servicios de atención de salud." (Corte IDH "Furlán c. Argentina" sentencia del 31/8/2012, considerando 138°)

En ese marco y "cuando se trata de resguardar el interés superior del niño "atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional, lo cual se produciría si los actores tuviesen que aguardar al inicio de un nuevo proceso, y en ese lapso quedarán desprotegidos los intereses cuya satisfacción se requiere (v. Fallos: 324:122 y sus citas)" (Fallos 327:5210; 327:2413)."

Asimismo sostuvo la CSJN que "Los menores, máxime en circunstancias en que se encuentra comprometida su salud y su normal desarrollo, a más de la especial atención que requieren de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda, más aún si se tiene en cuenta la consideración primordial del interés del niño que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a ellos." ("Q. C. S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y Otro S/Amparo" Q. 64. XLVI. RHE; 24/04/2012; Fallos: 335:452).

Por lo que en aras de hacer efectiva esa protección primordial cabe estar a la petición del recurrente y

ordenar al "Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI)" inscriba al alimentado -cuyos datos obran en autos- como grupo familiar de sus abuelos aquí demandados, a cuyo fin deberá oficiarse por la instancia de origen.

Ello con una limitación. Siendo que dicho Instituto podría sentirse patrimonialmente afectado, sin integrar el presente proceso y en función de la limitación subjetiva que porta toda sentencia respecto de quien no ha sido parte formal del proceso, tal inscripción se ordena en forma preventiva y cautelar por el lapso de seis (6) meses a contar desde el día de la efectiva alta del niño en dicha Obra Social.

Durante tal período eventualmente los propios interesados podrán instar la inscripción definitiva del niño M... por la vía que consideren más idónea y que garantice a la prestadora su derecho a ser oída (arts. 3° Convención Derecho del Niño; 3 Ley. 26061; 639 inc. 1°; 537; 541; 706; 1710 inc. "b" del CCyCN; 195 y ccdtes. CPCC; art. 27 Ley 19865 y los Tratados de DDHH citados; art. 75 inc. 22 CN y 15 Const. Prov.).

En consecuencia propicio revocar la sentencia de grado en lo que ha sido materia de agravios y con la extensión referida en los párrafos precedentes.

En cuanto a los honorarios regulados cabe dejarlos sin efecto pues la decisión que vengo proponiendo impone una nueva base regulatoria sobre la cual habrá de calculárselos oportunamente (art. 31 LH).

Por las consideraciones expuestas, a la cuestión planteada voto por la NEGATIVA.

A la misma cuestión planteada la señora jueza doctora Issin votó en igual sentido y por análogos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR LOIZA DIJO:

Corresponde revocar parcialmente la sentencia de grado y en consecuencia: I) se fija la cuota alimentaria en favor de M... J... P... G... el 18% de los ingresos jubilatorios mensuales de los demandados R... A... P... y M... E... R..., luego de efectuados los descuentos de ley (conf. legislación, doctrina y jurisprudencia citada hasta aquí) desde la fecha de interposición de la demanda (arts. 548 CCyCN y 641 CPCC) sumas que se percibirán mediante retención directa; con expresa notificación del art. 551 CCyC. II) se ordena al "Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI)" inscriba al alimentado -cuyos datos obran en autos- como grupo familiar de sus abuelos aquí demandados, en forma preventiva y cautelar por el lapso de seis (6) meses a contar desde el



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

día de la efectiva alta del niño en dicha Obra Social, a cuyo fin deberá oficiarse por la instancia de origen.

Asimismo corresponde dejar sin efecto los honorarios regulados en función de la modificación resuelta por lo que habrá de calculárselos oportunamente (art. 31 LH).

Costas de Alzada los demandados vencidos (art. 68 CPCC).

ASI LO VOTO.

A la misma cuestión planteada la señora Jueza doctora Issin votó en igual sentido por los mismos fundamentos.

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

Necochea, de septiembre de 2019.

VISTOS Y CONSIDERANDO: Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo, se revoca parcialmente la sentencia de grado y en consecuencia. I) se fija la cuota alimentaria en favor de M... J... P... G... el 18% de los ingresos jubilatorios mensuales de los demandados R... A... P... y M... E... R..., luego de efectuados los descuentos de ley (conf. legislación, doctrina y jurisprudencia citada) desde la fecha de interposición de la demanda (arts. 548 CCyCN y 641 CPCC) sumas que se percibirán mediante retención directa; con expresa notificación del art. 551 CCyC. II) se ordena al "Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI)" inscriba al alimentado - cuyos datos obran en autos- como grupo familiar de sus abuelos aquí demandados, en forma preventiva y cautelar por el lapso de seis (6) meses a contar desde el día de la efectiva alta del niño en dicha Obra Social, a cuyo fin deberá oficiarse por la instancia de origen. III) Dejar sin efecto los honorarios regulados los que se regularán cuando exista base firme (art. 31 LH). Costas de Alzada los demandados vencidos (art. 68 CPCC). Notifíquese al Asesor de Incapaces. Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 CPC). (arts. 47/8 ley 5827). Devuélvase.

Dra. Ana Clara Issin
Juez de Cámara

Dr. Fabián M. Loiza
Juez de Cámara

Dra. Daniela M. Pierresteguy
Secretaria

USO OFICIAL - JURISDICCION ADMINISTRACION DE JUSTICIA