

Título: [Interés superior del niño y retención de sueldos para el cobro de alimentos](#)

Autor: [Muñiz, Carlos M.](#)

Publicado en: [LA LEY 25/02/2014, 25/02/2014, 5 - LA LEY2014-A, 410 - LA LEY25/02/2014, 5 - LLP 2014 \(junio\)](#),

Cita Online: [AR/DOC/60/2014](#)

Sumario: [Introducción.- 1. La capacidad económica del alimentante.- 2. La contribución del progenitor conviviente.- 3. El interés superior del niño.- 4. El contexto socioeconómico.- 5. Conclusiones](#)

Introducción

Conforme la Real Academia Española, optimizar es "buscar la mejor manera de realizar una actividad". (1) Planteado en términos matemáticos, un problema de optimización, consiste en modelizar una actividad, procurando hallar el mayor o menor valor de una función para los valores admisibles de las variables. La optimización del valor de una función puede obtenerse a partir de una serie de métodos, que incluyen la posibilidad de incluir restricciones.

Esta referencia sumamente inusual en un trabajo de esta naturaleza, tiene que ver precisamente con el modo en que se plantea el problema a resolver por el tribunal en el caso analizado, y con la forma en que de modo intuitivo (y entiendo acertadamente) ha resuelto el caso la Cámara de Apelaciones en lo Civil (Sala B).

El caso llega a estudio del tribunal por vía de apelación planteada por el Defensor de Menores y la madre que, en representación de sus dos hijos menores, solicitó la determinación de una prestación alimentaria a cargo del padre, la cual fue fijada en primera instancia en la suma de \$... y fue apelada por ser considerada baja. En los agravios de los apelantes se destacan como hechos significativos que no se haya considerado el aporte en especie de la madre conviviente y el cuidado ejercido en ausencia del demandado y especialmente que la decisión del a quo no haya ponderado adecuadamente el contexto socioeconómico en el que fue dictada.

Así planteado el conflicto, los derechos y obligaciones cuyos límites se discuten son en primer término el quantum del aporte que corresponde al progenitor no conviviente, que encuentra su límite principal en su capacidad económica; la ponderación del aporte del progenitor conviviente, cuya restricción estará dada por la consigna legal que implica la obligación concurrente y en medida proporcional de ambos padres al cumplimiento del deber de alimentos; y finalmente y más importante, el derecho de los niños a los alimentos conforme al art. 265 y con los alcances del art. 267 del Código Civil.

Normalmente, suele plantearse la cuestión como un tema de equilibrio, entre las necesidades del alimentado y la capacidad del alimentante. (2) Sin embargo, el problema deja de ser de "equilibrio" y se convierte en un problema de "optimización" en virtud del mandato que surge de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y la ley 26.061, en cuanto consagra el principio del interés superior del niño, que implica "la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley" (art. 3º Ley 26.061). (3) Esta idea funciona ahora como directiva para la interpretación judicial, en el sentido que de todos los derechos en juego, debe "maximizar" el interés superior del niño, procurando armonizar todas las variables normativas y de las restricciones que impone el contexto socioeconómico, conduzcan al mayor bienestar posible del menor, en una perspectiva dinámica.

A los fines de este comentario, analizaremos el modo en el que el tribunal procura resolver el problema planteado en estos términos, ordenado en función de los distintos derechos en juego.

1. La capacidad económica del alimentante.

Resulta una obviedad señalar que la capacidad económica del alimentante es un aspecto fundamental a tener en cuenta en la determinación de la cuota alimentaria. En tal sentido, la jurisprudencia ha indicado la necesidad de ponderar el nivel de ingresos de los obligados a alimentos, debiendo la prestación determinada tener un "grado de razonabilidad" y que el quantum debe estimarse en función de sus posibilidades. En tal sentido, si bien deben tenerse en cuenta las necesidades de alimentación, vestimenta, vivienda, educación, esparcimiento y vida de relación de los menores, no puede en ningún caso dejar de valorarse la capacidad económica del deudor de alimentos para su satisfacción. (4)

Ello es necesariamente así, si partimos de principios jurídicos elementales. En primer término, nadie puede estar jurídicamente obligado a lo imposible. Asimismo, por cuestiones de orden práctico, es conveniente prever un criterio de razonabilidad en la carga, dado que el exceso de costo, en lugar de promover un cumplimiento responsable de la obligación, simplemente generaría incentivos para buscar mecanismos de evadirla. En este sentido, DI LELLA ha señalado que "la muy loable pretensión legal de que se mantenga el nivel de vida del cónyuge y los hijos choca con una realidad económica evidente, que es que si con el ingreso de uno o ambos cónyuges se mantenía antes de la separación un determinado nivel de vida, es manifiesto que si con el mismo

ingreso deben mantenerse dos casas, el nivel de vida necesariamente se resentirá. El prestador de la cuota alimentaria también debe subsistir, no sólo por elementales razones humanitarias sino también por la propia conveniencia de los que perciben la cuota." [\(5\)](#)

Desde este punto de vista, el fallo bajo estudio es en este aspecto sumamente inteligente en cuanto establece en la especie un porcentaje que parece a priori de cumplimiento factible (30%) y que reúne un carácter de mínima proporcionalidad con la necesidad de los alimentados (dos niños de dos y cuatro años). Asimismo, dicta los mecanismos necesarios para asegurar su cumplimiento, disponiendo su deducción directa del empleador. Volveremos en forma recurrente sobre este tema en los puntos siguientes, dadas sus implicaciones.

2. La contribución del progenitor conviviente.

El deber de alimentar a sus hijos menores de edad está a cargo de ambos padres en condiciones razonables de igualdad y en proporción a sus medios. En documentos internacionales esta obligación se ve reflejada en el artículo XXX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. En particular la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 27.2 establece que a los padres "(...) 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". Finalmente la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (ratificada por Ley 23.179) establece que la obligación de asegurar condiciones de igualdad entre hombres y mujeres en todos los aspectos vinculados a sus derechos y responsabilidades como progenitores, siempre dejando a resguardo el interés de los hijos como aspecto prioritario a resguardar (conf. art. 16.1.d). Esta igualdad formal desde el punto de vista jurídico, solo genera como mandato legal la obligación de evitar el prejuzgamiento de roles preestablecidos en función de un criterio tradicional, pero no implica que deba resultar necesariamente en una igualdad de prestaciones, y por ello nada impide que la cuota alimentaria sea impuesta exclusivamente a uno de los progenitores. [\(6\)](#)

Sin necesidad de encuadrarse forzosamente en un esquema tradicional de los roles de paterno-materno, debe aceptarse que cuando los padres se encuentran separados, el progenitor conviviente asume en los hechos una serie de responsabilidades que por razones de equidad debe ser ponderada adecuadamente, y ello implica en este contexto la necesidad de determinar su valoración económica. En primer término, el hecho de la convivencia debe funcionar como una presunción del cumplimiento en especie de la prestación alimentaria. [\(7\)](#)

Quien ejerce la tenencia de los hijos, asume múltiples tareas cotidianas que son consideradas por reiterada jurisprudencia como un aporte al cumplimiento del respectivo deber de alimentos. [\(8\)](#) Frente a un cumplimiento irregular o incumplimientos reiterados, puede generarse en primer término una situación de sobreexigencia en la prestación, dado que en un primer momento se intenta mantener el nivel de vida del grupo conviviente sacrificando ahorros y aumentando esfuerzos; y terminar en privaciones cuando la posibilidad de sobreexigencia se agota. [\(9\)](#) Esto ha sido reconocido jurisprudencialmente al punto de establecer una presunción juris tantum a favor del progenitor conviviente, de que éste ha asumido la porción de gastos correspondiente al sujeto obligado que ha incumplido su obligación, y por lo tanto reconociéndole acción subrogatoria para el reclamo a éste último de lo adeudado en concepto de alimentos. [\(10\)](#)

Esta situación de riesgo también debe ser adecuadamente ponderada en un contexto en el que se promueve una igualdad de cargas, y en la medida que se dispongan acciones tendientes a asegurar el cumplimiento de la prestación, se encuentran argumentos para encontrar un límite razonable y proporcionado a su valuación.

En el caso analizado encontramos una ejemplificación clara de cómo juegan estos aspectos. El aporte en especie de la madre conviviente es especialmente puesto en consideración en cuanto y le asigna un valor pecuniario a fin de ponerlo en valor como aporte al cumplimiento de su obligación alimentaria. En tal sentido sostiene el tribunal que "en este caso la madre convive con los niños de modo exclusivo y permanente; lo que hace presumir que es ella quien se hace cargo de las necesidades cotidianas de T. y A. de un modo directo, a través de la cotidiana atención de los requerimientos de los niños, lo que implica una inversión de tiempo al que no debe restársele valor susceptible de apreciación pecuniaria. En concreto, la conclusión a la que se arriba es que el aporte en especie de la madre es significativo y, en esa inteligencia, resulta indiscutible que la mayor contribución económica deba encontrarse a cargo del padre no conviviente". [\(11\)](#) De esta forma se hace jugar adecuadamente el conjunto de presunciones que resulta de una correcta interpretación de la normativa nacional e internacional, a fin de promover una igualdad de cargas real entre ambos progenitores.

3. El interés superior del niño

Tal como fuera señalado en la introducción de este comentario, la consagración en los tratados internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, y la transposición a normas de derecho interno del principio del interés superior del niño, altera sustancialmente la naturaleza del problema y el modo a

partir del cual debe abordarse su enfoque.

Este principio, parece plantear dificultades en cuanto a sus alcances e implicaciones. Sin embargo, ello sólo ocurre si se busca encontrarle un contenido apriorístico. Desde la perspectiva del juez, si es entendido como una directiva a ser aplicada a posteriori y en concreto, las dificultades se vuelven aparentes y el contenido de la prescripción de los artículos arts. 3º, inc. 1º; 9º, incs. 1º y 3º; 18, inc. 1º; 20, inc. 1º; 21 y 37, de la CDN y del artículo 3º de la ley 26.061 deviene claro. Ella implica simplemente que en todos los casos en los que se vean involucrados derechos de personas menores de edad, deberá siempre procurarse que el conflicto de derechos sea resuelto de la forma que asegure su mayor beneficio o menor perjuicio, es decir, "optimizando" los derechos del niño. Esto sólo puede ser determinado en vistas de un caso concreto y procurando siempre la real eficacia de este interés superior. Desde la perspectiva del gobierno y la administración, implica la necesidad de promover en forma constante y progresiva la realización de los derechos reconocidos por la CDN. Ambas perspectivas implican remover, en la medida que ello resulte posible, todos los obstáculos (jurídicos o materiales) para el pleno goce de los derechos de los niños. (12) En este sentido se ha señalado que "el interés superior del niño se dirige a determinar en la situación concreta, como debe darse y contemplarse ese beneficio del NNA, proveyendo una solución específica que abarque todas las circunstancias familiares, fácticas, históricas, culturales, sociales, políticas, axiológicas, económicas, que convergen en la vida del NNA". (13)

De esta forma, la jurisprudencia se ha pronunciado reiteradamente. A modo de ejemplo, la Corte Suprema ha sostenido que "la atención principal al interés superior del niño apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio pues, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto (...), se prioriza el del niño (Fallos: 328:2870 y 331:2047)" (14); que "(...) la consideración primordial del interés superior del niño orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos, incluyendo a la Corte Suprema (Fallos: 328:2870), a los efectos de evitar agravar el conflicto generado y los perjuicios que éste ocasiona a los menores (...)" (15), y que "(...) Los tribunales están obligados a atender como consideración primordial al interés superior del niño, sobre todo cuando es doctrina de esta Corte que garantizar implica el deber de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que pudiesen existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos reconocidos en la Convención (...)". (16)

En síntesis, el interés superior del niño cumple dos funciones fundamentales: 1. Implica una pauta de decisión ante cualquier conflicto de derechos, en función del cual debe en todas estas situaciones buscar el mayor beneficio del menor; y 2. Como criterio de intervención institucional, implica la obligación de la autoridad pública de promover en todos los casos el mayor goce de derechos para los niños. (17) Una vez comprendidos la naturaleza y el contenido de este principio, surge necesariamente como implicación el carácter de orden público que éste reviste en nuestro ordenamiento jurídico, y en consecuencia su indisponibilidad para las partes del proceso.

En este contexto, este principio, no debe ser entendido como un contrapeso o límite de la responsabilidad parental. En cualquier caso, es un error entender que los derechos y deberes de la patria potestad que surgen del artículo 264 del Código Civil son una institución contrapuesta al interés superior del niño o como una delegación de responsabilidad por parte del Estado. Debe entenderse en cambio que ambas instituciones tienen una dinámica armónica, conforme la cual, las prerrogativas son reconocidas a los progenitores en primer término porque tienen un derecho subjetivo a ello, y luego también en la inteligencia de que en principio, ellos obrarán en el mejor interés del menor. Sin embargo, y en virtud de la jerarquía normativa del principio, ello no implica reconocer a los progenitores la facultad de disponer de los derechos de sus hijos, resultando pertinente la intervención de la autoridad pública cuando tal situación se verificara. (18)

En este sentido, resulta también un acierto del fallo comentado identificar la naturaleza irrenunciable de los derechos sobre cuya materia recae, y por ello apartarse de la aplicación del principio dispositivo, evitando caer en un formalismo ritual que solo podía generar un perjuicio a los menores, y una prolongación por tiempo indefinido del conflicto familiar.

4. El contexto socioeconómico

Se ha determinado que el problema planteado es de optimización (maximización) del interés del menor en un contexto de conflicto de derechos, con las restricciones que impone en la capacidad económica de los progenitores. La última variable que se toma en consideración en el esquema analítico de la sentencia comentada, es la ponderación del contexto socioeconómico, que resulta en este contexto un factor claramente determinante. Surge en forma evidente que dicho contexto impone condicionamientos a la posibilidad que

tienen los padres del niño de contribuir económicamente a su sostenimiento y desarrollo. Pero, no en forma menos importante, impone a la autoridad estatal un deber de especial atención, dado los riesgos que el mencionado contexto puede generar al máximo bienestar posible del niño.

En consecuencia, en el caso concreto no puede ignorarse el contexto económico actual, caracterizado por niveles significativos de inflación y las potenciales implicaciones negativas que ello puede tener para los derechos de los niños afectados. En el contexto descrito, la sentencia apelada presenta serios dos defectos en este sentido: 1. el quantum de la cuota no parece suficiente para satisfacer las necesidades alimentarias de los menores y además; y 2. el establecimiento de un monto fijo en un contexto de alta inflación generará en forma inevitable una prolongación del conflicto familiar que continuará en iteraciones subsiguientes del mismo tenor. El primero de los defectos no admite mayores comentarios, salvo la diferencia de apreciación en el caso concreto que pueda haberse hecho de la capacidad económica del alimentante. La rectificación del segundo de estos defectos es otro de los aspectos acertados en el fallo analizado.

La prolongación del conflicto familiar, y las carencias materiales que resulten de una resolución que prescinde de valorar el contexto macroeconómico, no pueden considerarse adecuadas a la puesta en ejercicio del principio del interés superior del niño, garantía que implica el deber de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que pudiesen existir para el pleno goce de los derechos reconocidos por la normativa a los niños. De esta forma, se ve claramente justificado el establecimiento de un porcentaje de los ingresos del progenitor no conviviente, como monto de la cuota alimentaria, en lugar de una suma de dinero fija.

Por los mismos fundamentos, se justifica la retención del sueldo para cuotas alimentarias futuras. (19) Tal como lo señala la propia sala B de la Cámara Civil en el fallo en cuestión, esta retención no implica un embargo, ni supone como fundamento el hecho de que el alimentante haya incurrido en una situación de incumplimiento o morosidad. Se encuentra en cambio relacionado con el deber de la autoridad pública de disponer todas las medidas necesarias para asegurar la vigencia de los derechos reconocidos por la CDN y la legislación nacional que la traspone en nuestro ordenamiento.

El artículo 27.4 CDN establece que "Los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Parte promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados." (20)

Al respecto, SOLARI ha entendido que esta disposición "debe ser interpretada en forma amplia, como surge de la norma, comprendiendo en tal concepto no solamente el recurso clásico de las medidas cautelares como el embargo, solicitadas, generalmente, por incumplimiento de cuotas ya devengadas y no percibidas, sino también para garantizar las modalidades en el adecuado cumplimiento de la prestación sobre cuotas todavía no devengadas. Esto es, sobre cuotas futuras." (21) En síntesis, se trata simplemente de una modalidad de cumplimiento dispuesta por el juez, en aplicación de la CDN. Al no tratarse de un embargo, no resulta necesario acreditar los recaudos necesarios para la procedencia de dicha medida cautelar. (22) En el caso concreto analizado, ello es también justificado en la medida que funciona como un mecanismo que permite mitigar el riesgo de sobreexigencia y eventuales privaciones del grupo familiar del menor. El juez podrá disponer esta modalidad en caso que en virtud del contexto socioeconómico, la considere necesaria a fin de asegurar la satisfacción del crédito alimentario, reduciendo en el mejor interés del menor la litigiosidad y la conflictividad familiar.

5. Conclusiones

En conclusión, se comparte la solución adoptada en el fallo. En primer término porque identifica claramente la naturaleza del problema a resolver, y las variables jurídicas, humanas, institucionales y económicas en juego, planteando desde un primer momento la necesidad de proteger en forma prioritaria el interés superior del niño. En segundo lugar, porque interpreta adecuadamente la relación entre dicho interés y su relación funcional con el instituto de la patria potestad, rescatando de ello aquellos aspectos que implican una potestad indelegable del estado en cuanto hace a la promoción y vigencia de los derechos del niño. Finalmente, porque dispone medidas adecuadas a fin de asegurarse la aplicabilidad real de las disposiciones de la CDN, en forma proporcionada, teniendo en cuenta el contexto socioeconómico y desde una perspectiva realista.

(1) <http://lema.rae.es/drae/?val=optimizar>

(2) CÓRDOBA, Marcos M., SOLARI, Néstor E., "Nuevas normas legales rigen la materia alimentaria", LA LEY, 1990-B, 1189. Jurisprudencia ver v.gr.: CNCiv., Sala J, 30/11/2005. - H., A. M. c. N., C. E. s/aumento cuota alimentaria, ED, 216-251, CNCiv., sala A, noviembre 27-979, LA LEY, 1986-A, 236. CNCiv., sala D,

marzo 24-981, LA LEY, 1981-B, 531. CNCiv., sala D, mayo 7-979, LA LEY, 1979-C, 133. CNCiv., sala A. julio 31-981, LA LEY, 1982-A, 407.

(3) El destacado es propio.

(4) Ver CNCiv., Sala L, 08/02/2011. - S., S. T. J. c. I., D. E. s/aumento de cuota alimentaria, ED Digital (63778).

(5) DI LELLA, Pedro, "Algunas cuestiones sobre alimentos en la ley 26579", SJA 9/6/2010.

(6) SOLARI, Néstor E., "Obligación de ambos padres en la prestación alimentaria a sus hijos menores de edad", DJ2005-3, 557.

(7) Cf. SOLARI, Néstor E., "Obligación de ambos padres en (...) " (cit.).

(8) CNCiv., sala A, 5/9/1994, "A., de A., G.N. y otros c. A., O.E. s/alimentos", ED, 160-117; CNCiv., sala A, 17/2/1996, "B., G. c. L., J. s/alimentos", ED, 168-104.

(9) CNCiv., Sala B, 14/08/2012. - G. M. M. G. c. G. A. M. s/ejecución de alimentos — incidente, EDFA, 32/-23 [Publicado en 2012].

(10) CNCiv., Sala E, 14/04/1997. - S., E. y otro c. D., M. s/alimentos, ED, 177-149.

(11) CNCiv., Sala B, "F., C. A. C/M., G. M. S/ ALIMENTOS", el destacado es propio.

(12) Corte Interamericana de Derechos Humanos "Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño" (conf. Opinión Consultiva OC-17/2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Cap. VII, punto 56).

(13) LLOVERAS, Nora, MONJO, Sebastián, "Responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos en el Proyecto de Código", LA LEY 09/10/2013, 1.

(14) CSJN, "N.N. O U., V. si protección y guarda de personas", 12/06/2012.

(15) CSJN, "V., D. L. s/ restitución de menores — ejecución de sentencia", 16/08/2011.

(16) CSJN, "García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa N° 7537" 02/12/2008.

(17) CNCiv., Sala C, 21/06/2012. - B., V. E. y otros c. V., E. R. y otro s/alimentos, ED, 250-223.

(18) CSJN, "N.N. O U., V. si protección y guarda de personas", 12/06/2012. "el propio texto del artículo 264 del Código Civil contempla que los derechos y deberes que conforman la patria potestad, se ejercerán para la protección y formación integral de sus hijos, por lo que no resultaría irrazonable concluir que el citado interés superior del menor hace a la esencia de la actuación paterna. La interpretación de tal prerrogativa que poseen los progenitores no puede efectuarse, en la actualidad, dejando de lado los paradigmas consagrados por la Convención sobre los Derechos del Niño y por la ley 26.061, normas que además de reconocer la responsabilidad que le cabe a los padres y a la familia de asegurar el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de los derechos y garantías del niño, otorga a la autoridad estatal facultades para adoptar las medidas que considere necesarias para proteger y restablecer tales derechos ante situaciones en que se vean vulnerados."

(19) Ver por ejemplo CNCiv., sala M, "M., A. c. G., V.", LA LEY, 2007-C, 184.

(20) El destacado es propio.

(21) SOLARI, Néstor E., "Las cargas matrimoniales y la retención de sueldos por cuotas alimentarias futuras", LA LEY, 2007-C, 184.

(22) SOLARI, Néstor E., "Las cargas matrimoniales..." (cit.).