

Derecho de alimentos derivados de la responsabilidad parental en el nuevo Código Civil

POR FLORENCIA BURDEOS (*)

Sumario: I. Introducción. — II. Regla general. — III. Alimentos provisionarios para el hijo no reconocido. — IV. Obligación alimentaria de otros parientes. — V. Alimentos impagos y medidas ante el incumplimiento. — VI. Deber alimentario del progenitor afín. — VII. Conclusiones. — VIII. Bibliografía.

Resumen: en el presente trabajo se realizó un análisis de las normas que regulan los alimentos derivados de la responsabilidad parental en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, a través del estudio de las soluciones que los distintos criterios jurisprudenciales habían brindado para los principales conflictos existentes en esta temática, valorando su incidencia en las nuevas normas proyectadas. Se tuvo en consideración las implicancias de la sanción de la ley 26.579, que estableció la mayoría de edad a los 18 años y creó un régimen de alimentos especial para los hijos mayores de edad hasta los 21 años.

Palabras claves: alimentos - responsabilidad parental - hijos mayores de edad

The right to food derived from parental responsibility in the new Civil Code

Abstract: in this paper an analysis of the right to food derived from parental responsibility in the new Civil Code was made, through the study of the solutions that jurisprudence criteria had provided to the main conflicts in this matter, assessing their impact on the new rules. It was also considered the implications of the law 26.579, which established the age of majority at 18 and created a special regime for the right to food for adult children up to the age of 21 years old.

Keywords: right to food - parental responsibility - adult children

I. Introducción

Los alimentos derivados de la responsabilidad parental están regulados en el Capítulo 5, del Título VII Responsabilidad Parental, en los artículos 658 a 670.

La regla de la autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes ha permitido pasar de una noción de potestad o poder de los padres sobre los hijos a la de responsabilidad, cuyo ejercicio requiere tener en consideración, con respecto al hijo “la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención” (artículo 5, de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Según los fundamentos de los redactores del proyecto, el lenguaje tiene un fuerte valor pedagógico y simbólico; por lo que se consideró necesario reemplazar la expresión “patria potestad” por la de “responsabilidad parental”, denominación que da cuenta de los cambios que se han producido en la relación entre padres e hijos.

(*) Prof. Adjunta Interina Derecho Civil V, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

El vocablo “responsabilidad” implica el ejercicio de una función en cabeza de ambos progenitores que se manifiesta en un conjunto de facultades y deberes destinados, primordialmente, a satisfacer el interés superior del niño o adolescente.

En este sentido, el artículo 638 del nuevo Código Civil define a la “Responsabilidad parental” como el “conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado”.

Según los fundamentos de los redactores del nuevo ordenamiento civil “La obligación alimentaria es uno de los deberes a cargo de los progenitores que ha tenido una importante evolución doctrinal y jurisprudencial gracias a la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 27), hoy con rango constitucional”.

Veremos a continuación cómo se plasmaron las soluciones que la mayoría de la doctrina y jurisprudencia proponían para los vacíos legales que el Código Civil contenía en esta materia.

II. Regla general

El artículo 658 mantiene la obligación alimentaria sobre ambos progenitores y la limitación referida a la *condición y fortuna* de los obligados, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos.

También extiende la obligación hasta los 21 años, excepto que el obligado pruebe que el hijo mayor de edad cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo.

Dentro de los fundamentos del anteproyecto se consideró que “uno de los temas más debatidos después de la sanción de la ley 26.579 (que establece la mayoría de edad a los 18 años) es el relativo a la extensión de la obligación alimentaria hasta los 21 años, en particular, cuando los hijos continúan conviviendo con uno de los progenitores”.

II.1. Obligación alimentaria para los hijos mayores entre los 18 y los 21 años

Al respecto, cabe recordar que la ley 26.579 redujo la mayoría de edad, de veintiún a dieciocho años, siendo su aspecto principal haber incorporado un régimen especial de alimentos de los padres respecto de sus hijos mayores de edad, dentro de esa franja etaria.

La ley había agregado un segundo párrafo al artículo 265 del Código Civil que establece: “La obligación de los padres de prestar alimentos a sus hijos, con el alcance establecido en el artículo 267, se extiende hasta la edad de veintiún años, salvo que el hijo mayor de edad o el padre, en su caso, acrediten que cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo”.

Según los fundamentos del proyecto de ley, el agregado se basó en la necesidad de aquellas personas que —habiendo alcanzado la mayoría de edad— no tienen hasta los veintiún años medios propios para satisfacer sus necesidades; de ahí que esta última condición es esencial a los fines del mantenimiento de la obligación alimentaria de los padres hasta que sus hijos mayores cumplan los veintiún años.

Esta ley creó un particular régimen alimentario para los hijos mayores de edad, entre 18 y 21 años, pues no obstante reducir la mayoría de edad a los 18 años, mantuvo la obligación alimentaria de los padres, bajo ciertas circunstancias, hasta que el hijo mayor de edad cumpla los 21.

Tal es así, que algunos autores —como Solari (2010)— entendieron que la obligación alimentaria de los padres hacia sus hijos mayores, en los términos del segundo párrafo del artículo 265,

tenía una *naturaleza especial*, distinta a la patria potestad y al parentesco, consistente en el vínculo paterno-filial, dando nacimiento a una nueva fuente legal en la materia (a la que él llamó *vínculo filial*). Ello, porque la nueva disposición presentaba características especiales que la diferenciaban de los alimentos derivados de la patria potestad o del parentesco.

Así, el agregado final de la norma condicionaba la prestación alimentaria de los padres a la circunstancia de que los hijos no tuvieran recursos suficientes para proveérselos por sí mismos.

Entonces, se asimilaba al régimen derivado de la patria potestad en cuanto el hijo mayor, al igual que el menor de edad, podría no trabajar y exigir a sus padres la obligación alimentaria hasta los 21 años; también en que en ambos casos la obligación era solamente de los padres hacia los hijos. Pero se diferenciaba en cuanto el hijo mayor, si tuviera medios propios, ya no podía exigir alimentos a sus padres.

Sobre la base de dicha modificación, el nuevo Código Civil estableció —como regla— que el deber alimentario se extiende hasta los 21 años de edad; nada debe probar el hijo que los reclama: es el padre que intenta liberarse el que debe demostrar que el hijo mayor de edad puede procurárselos.

Y teniendo especial consideración en que que los alimentos deben cubrir algunos gastos del hogar, el nuevo Código concede legitimación al progenitor conviviente para obtener la contribución del otro al sostenimiento de dichos gastos pues de lo contrario ellos recaerían exclusivamente sobre el progenitor conviviente (1).

Así, el artículo 662 otorga *legitimación* al progenitor que convive con el hijo mayor de edad para obtener la contribución del otro hasta que el hijo cumpla 21 años; aclarando que puede *iniciar* el juicio alimentario o *continuar* el proceso promovido durante la minoría de edad del hijo para que el juez determine la cuota que corresponde al otro progenitor. Además, le otorga derecho a *cobrar y administrar* las cuotas alimentarias devengadas.

Otra solución consiste en que las *partes de común acuerdo*, o el *juez a pedido de parte*, fije dos sumas: una para ser percibida por el progenitor conviviente para cubrir los referidos gastos, la otra para ser percibida por el hijo para solventar sus gastos personales (la norma habla de desembolsos de su vida diaria, como esparcimiento, gastos con fines culturales o educativos, vestimenta u otros rubros que estime pertinentes).

Esta norma ya ha merecido críticas, así, Solari (2012) sostuvo que la posibilidad de que el progenitor conviviente reciba y administre el monto de los alimentos resultaba una limitación que no era acorde con la plena capacidad que se otorga al sujeto mayor de edad, implicando un regreso a su condición de menor, de manera encubierta. Asimismo, señaló los inconvenientes prácticos que su aplicación podría aparejar al destinar una suma de dinero para los gastos personales del hijo y que el resto tenga que ser administrado por el progenitor conviviente, complicando la relación familiar.

II.2. Contenido

En cuanto al contenido, además de mantener los contemplados por el artículo 267 del Código Civil (manutención, educación y esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y gastos por enferme-

(1) En el mismo sentido, la Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza (en la causa “S.C.M. c/ S.R.M. por Solicita Medida”, sentencia del 31/10/2013), confirmó el rechazo de la excepción de falta de legitimación activa de la madre para el reclamo del crédito por alimentos impagos, con fundamento en que la legitimada era la hija mayor de edad. Para decidir así, el Tribunal se basó en que, en el caso, la actora reclamaba el cobro de una suma que no era propiamente la cuota alimentaria, sino los dineros que ella tuvo que sacar de su peculio para afrontar los pagos de los gastos necesarios para la manutención de su hija, que el importe de aquella estaba destinado a cubrir. El fallo citó también como fundamento el artículo 662 del Código Civil y Comercial proyectado, todavía no sancionado a la época de la sentencia.

dad), el artículo 659 agrega “los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio,” con la intención de que los padres colaboren con sus hijos en la inserción laboral para alcanzar su autosustento y en consonancia con los alimentos que luego prevé el artículo 663 para el hijo mayor que se capacita.

Al respecto, cabe recordar que el artículo 270 del Código Civil eximía a los padres de dar a sus hijos los medios para formar un establecimiento o dotar a sus hijas. Esto es, los padres no estaban obligados a proporcionarles a sus hijos los medios para que desarrollen una actividad, o una donación de capital para que formen un establecimiento de cualquier índole.

El artículo 659 también establece las formas de cumplir con la prestación alimentaria, enumerando *las prestaciones dinerarias o en especie* y que serán acordes a las *posibilidades económicas de los obligados y necesidades del alimentado*.

El artículo 265 del Código Civil disponía que los padres debían asistir a sus hijos *de acuerdo a su condición y fortuna*, esto es, en función de la situación económica en que se encontraban, determinándose de esta forma los límites de la prestación.

No obstante, era un criterio doctrinario y jurisprudencial sostenido que cuando la fortuna de los padres o sus ingresos resultaban muy superiores a las necesidades de sus hijos menores, la medida o límite del deber alimentario de aquéllos estaba determinado por esta pauta.

El texto actual, entonces, recoge dicha postura y establece como límite de la obligación alimentaria no sólo las posibilidades económicas de los obligados sino también las necesidades del alimentado.

Relacionado con las formas de cumplir la obligación alimentaria, dentro de lo que sería una *prestación en especie*, el nuevo Código le reconoce valor económico al *cuidado personal del hijo*, considerándolo un *aporte* para su manutención (artículo 660), en consonancia con el criterio doctrinario y jurisprudencial que le asignaba un valor a dichas tareas.

Así, se sostenía que sin desconocer la igualdad jurídica de ambos cónyuges, en las particulares circunstancias de padres no convivientes debía atenderse al *aporte que efectúa el que ejerce la tenencia*, generalmente la madre cuando los hijos son de corta edad, recayendo sobre el no conviviente una mayor contribución material que compense la actividad cotidiana realizada por el otro progenitor. Ello, teniendo en consideración que aquel que ejerce la tenencia debe afrontar los *pequeños gastos cotidianos* que generan los menores y que el rol que ejerce el progenitor conviviente atendiendo las necesidades cotidianas y los cuidados personales que debe prodigarles a sus hijos, *disminuye su capacidad para generar recursos* mediante alguna actividad remunerada (Campos, 2009: 157).

Por todo ello, se aconsejaba *eleva estas tareas a la categoría de aportes*, criterio que fue considerado especialmente por los redactores del Código e incorporado al artículo 660 antes mencionado.

También se regula la particular situación de la obligación alimentaria en los casos de *custodia personal compartida en su modalidad alternada* (2), estableciéndose que si los recursos de am-

(2) El nuevo Código Civil establece reglas propias para lo que denomina “cuidado personal” (antes denominada “tenencia” en el Código Civil), que son los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo. Permite distintas modalidades de cuidado personal: cuando los progenitores no conviven, el cuidado personal del hijo puede ser asumido por un progenitor o por ambos. El cuidado personal compartido, a su vez, puede ser alternado o indistinto. En el *cuidado alternado*, el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia. En el *indistinto*, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado. La regla general es que, ya sea a pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, el

bos progenitores son equivalentes, cada uno se hace cargo de la manutención del hijo durante el tiempo que permanezca con cada uno de ellos; de lo contrario, se deberá tener en cuenta el caudal económico de cada uno.

Así, el artículo 666 establece que en el caso de *cuidado personal compartido en la modalidad alternada*, si ambos progenitores cuentan con recursos equivalentes, cada uno debe hacerse cargo de la manutención cuando el hijo permanece bajo su cuidado; si los recursos de los progenitores no son equivalentes, aquél que cuenta con mayores ingresos debe pasar una cuota alimentaria al otro para que el hijo goce del *mismo nivel de vida en ambos hogares*. Los gastos comunes deben ser solventados por ambos progenitores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 658.

A su vez, el artículo 667 contempla el supuesto del *hijo que vive en el extranjero* o en un lugar alejado dentro del país y tenga necesidad de recursos para su alimentación u otros rubros urgentes, estableciendo que puede ser autorizado por el juez del lugar o por la representación diplomática de la República, según el caso, para contraer deudas que satisfagan sus necesidades. Si es adolescente no necesita autorización alguna; sólo el asentimiento del adulto responsable, de conformidad con la legislación aplicable.

II.3. Hijos mayores que se capacitan

Por un lado, entre los fundamentos dados por los redactores del proyecto en el título de “parentesco”, se señaló que por razones prácticas, no era metodológicamente incorrecto regular el derecho alimentario del hijo mayor de edad que continúa estudiando en el título relativo a la responsabilidad parental.

Sin embargo, su ubicación ha merecido críticas. Así, se ha señalado que lo lógico hubiese sido por una cuestión de prolijidad, y en homenaje a una necesaria coherencia sistemática, legislarlos en el título del “parentesco”. Ello es así toda vez que resulta contradictorio imponer la vigencia del deber para quienes tienen paradójicamente extinguida a la mentada “responsabilidad parental”, precisamente en razón de la mayoría de edad de sus hijos. No es técnicamente correcto el criterio, ni transmite con seguridad la claridad conceptual que un Código merece, con el acople perfecto de sus normas, para que sea orgánico y exenta de contradicciones.

En otros términos, extinguida de pleno derecho la responsabilidad parental, mal se puede tratar de un deber —derecho derivado de ésta—. Además porque al considerarse así se distorsiona la nítida naturaleza jurídica de la institución, que al imponer deberes, correlativamente concede derechos inherentes a la función a sus titulares. Los mismos siempre se fundan en algún grado de inmadurez de los hijos y la consiguiente necesidad jurídica de protección. Ninguna de las dos notas aparece en éstos supuestos, ya que “la ratio” se sostiene excluyentemente en el valor supremo de *solidaridad familiar* (Jáuregui, 2013).

No obstante las críticas respecto de la ubicación, el nuevo Código Civil regula el caso de los alimentos a los hijos mayores de 21 años que prosiguen sus estudios, supuesto especial que ya había sido reconocido por la jurisprudencia en algunas oportunidades, dentro del título relativo a la responsabilidad parental.

Así, se había sostenido que los jóvenes requieren cada vez mayor capacitación para insertarse en el mercado laboral y para esto necesitan del apoyo familiar para continuar sus estudios en edades que tradicionalmente ya habían ingresado en su etapa productiva, fenómeno al que se suma una mayor permanencia en el hogar paterno. En consecuencia, los padres no pueden negarle a sus hijos mayores el apoyo y la ayuda necesaria para instruirse y capacitarse y poder ingresar de esa forma

juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo.

al mercado laboral. Sobre la base de este criterio algunos fallos habían admitido la prosecución del deber alimentario de los padres respecto de los hijos mayores de edad cuando éstos se encuentran cursando estudios universitarios y siempre que demuestren que mantienen en forma continua y regular la actividad académica. En estos casos, la cuota alimentaria subsistirá hasta la finalización —se entiende en un plazo razonable— de los estudios universitarios o hasta el momento en que éstos fueran abandonados o dejen de ser regulares.

El derecho comparado conoce varias soluciones; en algunos países se otorgan sin límite de edad, como en Francia, Italia, Suiza, España; en otros, se fija un tope etario como en Panamá, Chile, Nicaragua, Perú, San Salvador, Costa Rica, Ecuador, etc. El nuevo Código sigue esta última tendencia a los fines de lograr un equilibrio entre los derechos en pugna y el posible abuso en el mantenimiento de los hijos mayores de edad.

Así, el artículo 663 establece: “La obligación de los progenitores de proveer recursos al hijo subsiste hasta que éste alcance la edad de 25 años, si la prosecución de estudios o preparación profesional de un arte u oficio, le impide proveerse de medios necesarios para sostenerse independientemente. Pueden ser solicitados por el hijo o por el progenitor con el cual convive; debe acreditarse la viabilidad del pedido”.

Esta norma ha sido cuestionada por Jáuregui (2013), pues entiende que sería un despropósito obligar a los progenitores a solventar los gastos de los hijos hasta los 25 años, esto es, siete años después de haber alcanzado la mayoría de edad. A lo que se ha agregado que mantener este deber hasta los 21 años sería lo más acertado, porque muchas familias son incapaces de mantener a los hijos hasta los 25 años sin que éstos desarrollen una actividad laboral y que además, si no se capacita laboralmente, el hijo tendría inconvenientes para conseguir trabajo al tener 25 años y carecer de experiencia. A todo evento, concluye, propondría que luego de los 21 años el contenido de la obligación alimentaria sea en los términos de los alimentos entre parientes.

También Solari y Belluscio (2012) criticaron que no se haya contemplado el supuesto de continuación de la cuota alimentaria para el hijo mayor de edad incapacitado para proveerse los alimentos por sus propios medios. Al respecto, también existían criterios jurisprudenciales que admitían la prolongación de la cuota en este supuesto.

En un fallo de fines del año 2012, de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Gualeguaychú, se fijó una cuota alimentaria para un hijo mayor de edad que se encontraba cursando una carrera universitaria.

La sentencia de grado había establecido una cuota alimentaria a favor del hijo mayor de edad en el equivalente al 12% del total de los haberes netos que percibía el padre y hasta los 28 años del alimentado en tanto continúe la carrera universitaria. El progenitor demandado apeló dicha decisión y la Cámara admitió parcialmente el recurso limitando la obligación alimentaria hasta los 25 años de edad del alimentado.

Para arribar a esa decisión, el Tribunal tuvo en consideración que este había sido el criterio seguido por el Proyecto de reformas al Código Civil de la comisión designada por decreto 468/1992, por el Proyecto de Código Civil Unificado de 1998, y el Proyecto original del Senador Giustiniani, en el que se basó la ley 26.579, que no contempló esa posibilidad.

Todos esos antecedentes reglaban que la obligación alimentaria hacia los hijos se prolongaría hasta los 25 años en el caso de prosecución de estudios o preparación profesional que les impidiera proveerse de los medios necesarios para sostenerse independientemente. También destacó que este era la solución adoptada por el entonces Proyecto de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial, que establece una suerte de prórroga automática de la cuota alimentaria para

garantizar su continuidad a los hijos mayores de edad que prosigan estudiando con regularidad y citó el texto del artículo 663.

La tendencia jurisprudencial actual a la que adhiere el fallo —en consonancia con el derecho proyectado y comparado— se inclina por estirar la vigencia de los derechos alimentarios de los hijos mayores. Los concede o reconoce en caso de que por vocación estudien o se capaciten hasta una edad en la cual el legislador supone que alcanzará una preparación laboral o profesional suficiente para afrontar con un aceptable grado de probabilidades de éxito en forma autónoma o independiente el ingreso al mercado laboral, afianzando y favoreciendo de esa forma su inserción social y realización personal.

Consecuentemente con las planificaciones curriculares vigentes al finalizar la educación media o secundaria a los 18 años, se otorgan siete años como máximo para que las personas se dediquen a proyectar, ejecutar y finalizar su futura preparación laboral.

III. Alimentos provisorios para el hijo no reconocido

El nuevo Código también responde a los avances doctrinales y jurisprudenciales al reglar la posibilidad de solicitar alimentos provisorios a favor del hijo no reconocido en el marco de un proceso de reclamación de paternidad, o aún antes cuando se acredita la verosimilitud del derecho.

Así, el artículo 664 establece que “el hijo extramatrimonial no reconocido tiene derecho a alimentos provisorios mediante la acreditación sumaria del vínculo invocado. Si la demanda se promueve antes que el juicio de filiación, en la resolución que determina alimentos provisorios el juez debe establecer un plazo para promover dicha acción, bajo apercibimiento de cesar la cuota alimentaria mientras esta carga esté incumplida”.

Por su parte, en el capítulo 7, de las Acciones de reclamación de estado, el artículo 586 establece que “durante el proceso de reclamación de la filiación o incluso antes de su inicio, el juez puede fijar alimentos provisorios contra el presunto progenitor, de conformidad a lo establecido en el título ‘De la responsabilidad parental’ de este Libro”.

Otro supuesto contemplado en varias legislaciones del moderno derecho comparado es el de los alimentos a favor de la mujer embarazada, a quien se legitima para solicitar esa prestación al presunto padre. Esta es la línea legislativa que siguen, entre otros, el Código Civil francés (artículo 371-4), el Código Civil suizo (artículo 274); el Código de Familia de El Salvador (artículo 217) y el Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador (artículo 148).

El artículo 665 lo establece de la siguiente manera: “la mujer embarazada tiene derecho a reclamar alimentos al progenitor presunto con la prueba sumaria de la filiación alegada”.

Este derecho fue reconocido en un fallo dictado por el Juzgado de Familia 2 Nominación de Córdoba, del 25/02/2013, en el que se tuvo especialmente en cuenta la regulación del nuevo Código Civil y Comercial, en ese momento en estudio.

Así, se fijaron alimentos provisorios a favor del presunto hijo, por un valor equivalente al 15% de los ingresos del demandado y se instó a la actora a proseguir con el trámite de reclamación de la filiación extramatrimonial iniciado, bajo apercibimiento de hacer cesar la cuota fijada. Para llegar a dicha decisión, el juez esgrimió los siguientes fundamentos:

1) que si bien la fijación de alimentos durante la tramitación de un juicio de reclamación de la filiación extramatrimonial no se encuentra prevista de manera explícita en el Código Civil, el sistema normativo vigente debe interpretarse armónicamente con los principios generales de protección

de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes previstas en la Convención de los Derechos del Niño y en la ley 26.061;

2) se encuentra en juego el derecho a la igualdad de todos los hijos —artículos 2 de la CDN y 28 de la ley 26.061—, por lo que si los hijos nacidos de una unión matrimonial, que quedan automáticamente emplazados en su filiación materna y paterna, tienen de manera inmediata la posibilidad de percibir alimentos por parte de ambos progenitores, no puede sostenerse el diferimiento en el tiempo para que los niños nacidos de una unión extramatrimonial comiencen a percibirlos;

3) los alimentos provisorios previos a la sentencia son reconocidos específicamente en el proyecto de Código Civil y Comercial, en dos normas diferentes: el artículo 586 y el artículo 664 y pese a que al momento del fallo no se encontraba sancionado, se tuvo en consideración que las normas proyectadas demostraban la tendencia de la legislación argentina, que al habilitar concretamente la posibilidad de los alimentos previos a la sentencia de filiación —y en una interpretación armónica de todo el sistema jurídico vigente—, centra y afianza de manera acabada la protección de los derechos fundamentales de los niños y adolescentes.

IV. Obligación alimentaria de otros parientes

El carácter subsidiario de la obligación alimentaria de los abuelos, establecido por el artículo 367 del Código Civil ha ido evolucionando en los criterios doctrinarios y jurisprudenciales, pasando desde una postura absoluta a una postura integradora de todas las normas en juego. Así, se pueden mencionar tres interpretaciones o soluciones jurídicas distintas:

1) Postura clásica: una primera, que puede ser llamada clásica, se basa en la interpretación literal del artículo 367 del CC, por lo que la obligación es de neto corte *subsidiario*, costado que se presenta como *ilimitado o absoluto*; la obligación de los parientes más lejanos nace en forma efectiva cuando no existe pariente más cercano en condiciones de satisfacerla. Por lo tanto, la falta de prueba acerca de la imposibilidad del padre del menor de cumplir con su obligación alimentaria impide el progreso de la ejecución contra el abuelo.

2) Aplicación de la CDN: una segunda, surge de la aplicación operativa de la Convención sobre los Derechos del Niño de jerarquía constitucional; especialmente, el artículo 27.4° que establece “los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimentaria por parte de los padres u otras personas que tengan responsabilidad financiera por el niño (...)”. Para esta postura, la prevalencia de la Convención justifica la *acción directa* y no subsidiaria y hace que el artículo 367 del CC no sea 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 a su cumplimiento, acreditados los requisitos de procedencia.

3) Intermedia: la tercera —que cuenta con la adhesión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación— es la que se conoce como intermedia e impulsa una *hermenéutica compatibilizadora e integradora* del ordenamiento, en especial las normas en aparente colisión. Si bien es conteste con el carácter subsidiario de la obligación que le incumbe a los ascendientes, a tenor de lo establecido en la CDN señala que cuando los beneficiarios son menores de edad, tal subsidiariedad debe estar desprovista de formalidades que desnaturalicen esa obligación. Sin perjuicio de la observancia del orden de los obligados a la prestación alimentaria debe evitarse el rigorismo formal, en cuanto a las pruebas y las exigencias, para dar lugar al aspecto sustancial y primordial de la cuestión: las necesidades básicas del niño.

En el nuevo Código Civil, los alimentos por ascendientes cuando involucra a niños, niñas y adolescentes están regulados de manera especial en el título relativo a la responsabilidad parental y

se receptan las modificaciones y observaciones que varias voces doctrinales y jurisprudenciales habían desarrollado en torno a los alimentos entre abuelos y nietos.

Así, dentro de las posturas antes reseñadas el nuevo Código Civil parece recoger la denominación *intermedia* o de *subsidiariedad relativa*, pues el artículo 668 establece la posibilidad de que los alimentos a los ascendientes sean reclamados en el *mismo proceso* en que se demanda a los progenitores o en proceso diverso, exigiendo que se acrediten verosímelmente las dificultades del actor para percibir los alimentos del progenitor obligado.

Requiere para su procedencia además del cumplimiento de los recaudos previstos en el título del parentesco (Título IV, artículos 529 a 557), acreditar “verosímelmente” (o sea que tenga para el juez que lo aprecia apariencia de verdadero) las “dificultades” —término que es utilizado como sinónimo de inconveniente o contrariedad—, del actor para percibir los alimentos del obligado. Téngase que en cuenta —según Jáuregui (2013)— ello no implica probar las *imposibilidades*, ni menos aún que éstas sean *absolutas*.

Cuando quien reclama alimentos es un niño —dado que sus necesidades alimentarias se presumen— no debe probar que le faltan los medios económicos suficientes ni la imposibilidad de adquirirlos con su trabajo, cualquiera que sean las causas que haya generado tal estado (como si sería para los otros supuestos conforme el artículo 545).

Por otra parte, se modifica parcialmente el contenido de la obligación alimentaria derivada del parentesco al incluir *educación*, si se trata de personas menores de edad y se agrega que deben tenerse en cuenta las posibilidades económicas del alimentante (artículo 541).

En un fallo reciente de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Gualaguaychú se estableció una forma muy particular de obligar al abuelo paterno al cumplimiento de la obligación alimentaria, que merece ser comentada.

Así, la sentencia de primera instancia había decretado de oficio la inconstitucionalidad del artículo 367 del CC, y había condenado a los codemandados, padre y abuelo paterno, a cumplir en forma *solidaria* la cuota alimentaria en favor del hijo. La Cámara revocó parcialmente la decisión, elevando el monto de la cuota alimentaria y considerando improcedente la declaración de inconstitucionalidad. Asimismo, dejó sin efecto la solidaridad impuesta entre el progenitor y el abuelo paterno, decretando el *carácter subsidiario* de la obligación alimentaria del abuelo. Por lo cual, frente al incumplimiento del obligado principal y una vez verificada la mora de la cuota mensual, automáticamente el abuelo deberá afrontar la obligación alimentaria, cargando con un 50 % de la cuota que corresponda a su hijo. Para llegar a esta solución, se esgrimieron los siguientes fundamentos:

1) Interpretación dinámica y finalista de la obligación subsidiaria de los abuelos: si bien se desprende de la norma de fondo (artículo 367 CC), que la obligación alimentaria de los abuelos tiene un carácter subsidiario respecto del obligado principal, esa subsidiariedad —al ser aplicable la Convención sobre los Derechos del Niño— merece una interpretación dinámica y finalista, en miras a la efectiva tutela del menor alimentado. Este ángulo tornaba innecesaria la censura constitucional realizada en el fallo apelado, teniendo en cuenta fundamentalmente que es esa una medida extrema. Así, el ordenamiento vigente analizado desde la Convención, permite acumular las acciones contra el padre y los abuelos, si por incumplimiento o falta de recursos fuera necesario el reclamo a éstos, en cuyo caso, en lo procesal, el trámite debería estar desprovisto de toda exigencia formal que pudiera desnaturalizar la obligación, o descuidar necesidades básicas del menor.

2) Criterio de la CSJN: en el caso “F. L. c. L., V.” del 15/11/2005 (Fallos: 328:4013), quien al efecto remarcó que el artículo 27, apartado 4, de la Convención de los Derechos del Niño, establece que “los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión

alimentaria por parte de los padres u otras personas que tengan responsabilidad financiera por el niño (...)", por lo cual el derecho al sustento alimentario de los reclamantes, no puede quedar desvirtuado por la interpretación que se haga del artículo 367 del Código Civil, cuando el interés superior de los menores (artículo 3, ap. 1 de la referida convención), es pauta que debe orientar y condicionar la decisión de los tribunales en el juzgamiento de casos como el sub examine (3).

3) Criterio mayoritario en doctrina y jurisprudencia: ese criterio intermedio, adoptado ya con anterioridad por el mismo Tribunal, es el que reúne mayor consenso en el ámbito jurisprudencial y académico, y ha sido definido como de *subsidiariedad relativa*, pues importa la flexibilidad en la acreditación de la imposibilidad de asistencia de los primeros obligados en aras de la satisfacción de las necesidades ineludibles de los niños reclamantes.

4) Incumplimiento reiterado: no se trata de un padre que no pueda cumplir (a lo sumo podría afrontar momentáneas dificultades a tenor de su relato), pero que sí ha exhibido una actitud proclive al incumplimiento, por lo cual la condena al abuelo es correcta, pero debe ser claramente subsidiaria. Esto importa que frente al incumplimiento del obligado principal, verificada la mora de la cuota mensual, automáticamente deberá afrontar su obligación alimentaria el abuelo, quien debe cargar con un 50% de la cuota que corresponde al obligado principal, abonándola dentro de los cinco días siguientes a los concedidos para el pago a aquél.

5) Proyecto de reforma al Código Civil: lo dicho se encuentra en consonancia con la regulación propuesta en el Proyecto de reforma al Código. En cuanto al reclamo de alimentos a los abuelos, el artículo 668, contempla que los alimentos a los ascendientes pueden ser reclamados en el mismo proceso en que se demanda a los progenitores o en proceso diverso, estableciendo como recaudos que "además de lo previsto en el título del parentesco, debe acreditarse verosímelmente las dificultades del actor para percibir los alimentos del progenitor obligado".

Como se ha señalado en un comentario a este fallo, se evidencia que la solución que propone es original y creativa, exhibiendo un oportuno sentido práctico, al establecer la subsidiariedad automática de la obligación del abuelo, solución que permite evitar innecesarias dilaciones originadas por cuestionables excesos rituales y deja abierta una vía ágil y expeditiva de ejecución (Jáuregui, 2013).

Cabe destacar que el nuevo Código Civil modifica la regla de la irrepitibilidad en materia alimentaria del artículo 371, al establecer en el artículo 549 que "en caso de haber más de un obligado al pago de los alimentos, quien los haya prestado puede repetir de los otros obligados, en proporción a lo que cada uno le corresponde".

El artículo 371 del Código Civil establecía que "el pariente que prestase o hubiese prestado alimentos voluntariamente o por decisión judicial, no tendrá derecho a pedir a los otros parientes cuota alguna de lo que hubiere dado, aunque los otros parientes se hallen en el mismo grado y condición que él".

Cabe señalar que Wagmeister entiende que "se estaría proponiendo la derogación del vigente artículo 371 CC, que consagra el principio de irrepitibilidad de los alimentos pagados por un pariente

(3) Si bien es conteste con el carácter subsidiario de la obligación que le incumbe a los ascendientes, a tenor de lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño señala que —cuando los beneficiarios son menores de edad— tal subsidiariedad debe estar desprovista de la exigencia de formalidades que desnaturalicen esa obligación. Sin perjuicio de la observancia del orden de los obligados a la prestación alimentaria debe evitarse el rigorismo formal, en cuanto a las pruebas y exigencias, para dar lugar al aspecto sustancial y primordial de la cuestión: las necesidades básicas del niño. En consecuencia, no cabría exigir que se agoten una serie de actos procesales, si las propias circunstancias del caso demuestran que serían inútiles, bastando con arrimar 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.

obligado contra otros parientes también obligados en razón de que no se trata de una obligación solidaria". Asimismo, destaca que "algunos autores han criticado la norma por este motivo, mientras que otros entendieron que era la mejor solución a fin de evitar que se planteen desagradables situaciones familiares" (Wagmaister, 2012: 29).

En este sentido podría interpretarse que en un caso como el mencionado en los párrafos precedentes, en que el abuelo resulte obligado al pago de alimentos a favor de los nietos en virtud del incumplimiento del progenitor, eventualmente podrá repetir de éste lo que le correspondiera.

V. Alimentos impagos y medidas ante el incumplimiento

Según el artículo 669 los alimentos se deben desde el día de la demanda o desde el día de la interpelación del obligado por medio fehaciente, siempre que se interponga la demanda dentro de los SEIS (6) meses de la interpelación.

Por el período anterior, el progenitor que asumió el cuidado del hijo tiene derecho al reembolso de lo gastado en la parte que corresponde al progenitor no conviviente.

Según los fundamentos de los redactores del Anteproyecto, éste "se preocupa también de la eficacia de la sentencia y autoriza al juez a ordenar 'medidas razonables' para asegurarla".

Según el artículo 670: "Las disposiciones de este Código relativas al incumplimiento de los alimentos entre parientes son aplicables a los alimentos entre padres e hijos".

Se critica la ubicación de las medidas para asegurar el cumplimiento de la cuota alimentaria, porque podría considerarse que cuando el incumplimiento está relacionado con el derecho a alimentos derivados del matrimonio, por ejemplo, las citadas medidas no serían de aplicación, extremo que no debe ser el deseado por el legislador, por lo que deberían agruparse en un solo lugar y que conste que se aplican a todos los supuestos de incumplimiento de la cuota alimentaria (Otero, 2012).

Las normas a las que remite el artículo 670 son los artículos 550 al 553. Como primer medida, se establece la posibilidad de disponer la *traba de medidas cautelares* para asegurar el pago de alimentos futuros, provisionales, definitivos o convenidos. El obligado puede ofrecer en sustitución otras garantías suficientes (artículo 550).

En caso incumplimiento de órdenes judiciales, se establece la *responsabilidad solidaria del responsable del pago* de la deuda alimentaria que no cumple la orden judicial de depositar la suma que debió descontar a su dependiente o a cualquier otro acreedor (artículo 551).

Otra medida para asegurar el incumplimiento es la *aplicación de intereses*, estableciendo que la tasa de interés será la equivalente a la *más alta* que cobran los bancos a sus clientes, según las reglamentaciones del Banco Central, a la que se adiciona la que el juez fije según las circunstancias del caso (artículo 552).

Finalmente, en el artículo 553 se establece que el juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria *medidas razonables* para asegurar la eficacia de la sentencia. Esta norma fue criticada por ser demasiado amplia la potestad que otorga al juez, cuando bien podrían haberse limitado las medidas aplicables (4) o por lo menos, fijar cuáles no pueden

(4) Entre las que podrían incluirse, Otero menciona: a) la imposición de sanciones conminatorias; b) la comunicación al Registro de Deudores Alimentarios Morosos; c) la suspensión de trámites de expedientes o incidentes conexos, aunque su aplicación debería ser excepcional y limitada para cuando no exista ningún otro medio para obtener la satisfacción de la obligación alimentaria (2012).

dictarse, mencionándose que debió incluirse una norma que prohíba expresamente la posibilidad de suspender el derecho de comunicación ante el incumplimiento de la cuota alimentaria (5).

En materia de incumplimiento alimentario, según Solari y Belluscio (2012), el nuevo Código adolece de un régimen integral y completo —que debió contemplar—, incurriendo en una fórmula ambigua, al establecer que el juzgador puede imponer “medidas razonables”, ante dichos incumplimientos.

VI. Deber alimentario del progenitor afín

En el artículo 672, el nuevo Código Civil define al *progenitor afín* como “al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente”.

Dentro de las normas que regulan todo lo atinente al progenitor afín, el artículo 676 establece la obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro, con carácter *subsidiario*.

Cesa este deber en los casos de disolución del vínculo conyugal o ruptura de la convivencia. Sin embargo, si el cambio de situación puede ocasionar un grave daño al niño o adolescente y el cónyuge o conviviente asumió durante la vida en común el sustento del hijo del otro, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo con *carácter transitorio*, cuya duración debe definir el juez de acuerdo a las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de convivencia.

Quien reclame al cónyuge o al conviviente deberá demostrar que ni él mismo, ni el otro progenitor como obligados principales, están en condiciones de suministrarlos en la cantidad suficiente para atender las necesidades, por eso el afín tiene *responsabilidad subsidiaria*.

Por regla, cesa el llamamiento de la ley para cubrir los mentados alimentos en casos de disolución del vínculo conyugal o ante la ruptura de la convivencia. Más cuando el reclamado asumió durante la vida en común el sustento del hijo del otro, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo. Si bien en principio es de carácter “*transitorio*” como contrario a “*permanente*”, a la duración la debe definir el magistrado de acuerdo a su sana crítica, teniendo en cuenta las variables particulares de cada caso que trae la norma: condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de duración de los vínculos.

Sobre este tema, un fallo reciente —de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo, San Francisco, Córdoba— estableció la obligación alimentaria del “*padre de crianza*”.

Se trataba del caso de una madre, que en nombre y representación de sus dos hijas menores de edad, promovió una demanda de alimentos contra el padre biológico de una de ellas y padre de crianza de la segunda niña. La madre había convivido con el demandado por siete años integrando el grupo familiar la hija de ambos y la hija de la actora, quien había recibido por parte del demandado el trato de hija, durante la convivencia y una vez cesada la misma.

El juez de primera instancia rechazó la demanda de alimentos en favor de la niña hija afín del demandado, entendiendo que quedaba a criterio de las partes cualquier tipo de asistencia o contacto entre ésta y el demandado como si se tratara de una obligación natural. La madre apeló tal

(5) No obstante ello, cuando se regula del “derecho de comunicación” (antiguo régimen de visitas) se sustituye la referencia a los parientes que se deben recíprocamente alimentos contenida en el Código vigente por la enumeración concreta de las personas a las que se les reconoce el derecho de comunicación, con la finalidad de evitar toda especulación e intento de sujeción del derecho de comunicación a la obligación alimentaria.

resolución y la Cámara aceptó parcialmente la apelación, revocando la sentencia de grado en lo que respecta a los alimentos en favor de la hija afín. Los argumentos del fallo de Cámara pueden sintetizarse así:

1) Concepto de familia: señaló que no podemos hablar de “la familia” en forma singular, sino que corresponde hablar de “las familias”, reconociendo derechos y protección jurídica a los distintos tipos de familias que encontramos en nuestra sociedad: familia tradicional o nuclear, monoparental, ensambladas, escalonadas, recompuestas, etc. La aparición de estas estructuras familiares es acompañada por una terminología nueva, como “padre afín” o “padre de hecho” o “padre social”. Destacó que en el caso el vínculo que unió a las partes es de una “familia recompuesta” y que se encontraba probado el “vínculo afectivo” o “parentalidad doméstica” creado entre ambos.

2) Identidad dinámica e interés superior del niño: el trato de padre a hija, que vincula al demandado con la niña, se relaciona con la faz dinámica del derecho a la identidad, la que se encuentra tutelada por el artículo 75, inc. 22, CN, que al incorporar la Convención Internacional de los Derechos del Niño, obliga a interpretar el derecho de familia bajo nuevas premisas, entre ellas el “*favor minoris*”, el cual exige que el derecho a la “identidad” de los niños sea entendido en un sentido amplio que comprenda tanto la faz estática como dinámica.

3) Progenitor afín en el proyecto de Código Civil: en esta tesitura se alinea el proyecto de Código Civil y Comercial (ahora nuevo Código Civil), en cuanto incluye como nueva figura familiar, al padre “afín o solidario” (artículos 536 y 538) en referencia a la pareja del progenitor que está a cargo de un menor, imponiéndole a él obligación alimentaria respecto del niño, solidariamente con su pareja.

Si bien Jáuregui (2013) ha destacado que este fallo adquiere un claro rumbo para posibilitar que los sujetos se responsabilicen afectiva y materialmente de sus propios actos, se le ha criticado que no tuvo en cuenta algunas cuestiones que están reguladas en el nuevo Código Civil (al momento del fallo, proyecto de Código), porque, por un lado, no se mencionó si la niña que no era hija biológica del demandado estaba emplazada como hija de un tercero ajeno a la litis ni se lo citó, lo que debió haberse hecho dado que la obligación del progenitor afín es *subsidiaria*.

Por otro lado, en el fallo no se estableció el plazo de duración de la condena de alimentos, el que —según el texto del entonces proyecto— debe fijarse en función del tiempo de convivencia.

VII. Conclusiones

El desarrollo de las nuevas normas en materia de alimentos derivados de la responsabilidad parental efectuado en los párrafos que anteceden, permite concluir que han sido elaboradas en concordancia con lo dispuesto por los tratados internacionales que gozan de jerarquía constitucional y con los criterios mayoritarios en doctrina y jurisprudencia.

Así, se ha pretendido brindar soluciones expresas y concretas para todas aquellas cuestiones que habían quedado fuera del articulado del Código y que eran planteadas en las instancias judiciales, receptando los avances que en doctrina y jurisprudencia se habían logrado, principalmente gracias a la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y teniendo en mira —en palabras de los propios redactores— que “la prestación alimentaria es siempre motivo de gran preocupación”.

VIII. Bibliografía

CAMPOS, Roberto D. (2009). *Alimentos entre cónyuges y para los hijos menores*. 1ª ed. Buenos Aires: Hammurabi.

JÁUREGUI, Rodolfo G. (2013a). “Un fallo de Gualeguaychú que recrea el polémico tema de los alimentos de los hijos mayores que se capacitan”, en: *La Ley Litoral* 2013 (julio), 01/07/2013, p. 607.

— (2013b). “Las características especiales de la subsidiariedad de la obligación alimentaria de los ascendientes y una equitativa solución práctica”, en: *La Ley Litoral* 2013 (mayo), 01/05/2013, p. 377.

— (2013c). “La obligación alimentaria del progenitor afín: Un valiente y moderno fallo señero que marcará la tendencia jurisprudencial de los próximos tiempos”, en: *DFyP* 2013 (marzo), 01/03/2013, p. 66.

OTERO, Mariano C. (2012). “Los alimentos en el proyecto”, en: *La Ley* 17/07/2012, 1. Buenos Aires: La Ley 2012-D, p. 995.

SOLARI, Néstor (2010). “Alimentos debidos a los hijos entre los 18 y 21 años. La Nueva ley 26.579”, en: *La Ley*. Buenos Aires: La Ley, 2010-C, p. 749.

SOLARI, Néstor y BELLUSCIO, Claudio A. (2012). “Los alimentos en el proyecto de Código”, en: *La Ley*. Buenos Aires: La Ley, 2012-E, p. 703.

WAGMAISTER, Adriana M. (2012). “Los alimentos en el Anteproyecto de Código Civil”, en: *Jurisprudencia Argentina*. Buenos Aires: Jurisprudencia Argentina, 2012-II, fascículo n. 12, p. 29.

Legislación consultada

Ley 26.579. Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 22/12/2009.

Jurisprudencia consultada

Trib. Fam., Formosa, 2/10/96, “M., S. M. c. M., J. R.”. *Revista jurídica argentina La Ley Litoral*, 1997, 416.

CCiv., Com. y Laboral, Gualeguaychú, 11/11/2012, “V. R. E. c. V. C. A. s/alimentos”. *Revista jurídica argentina La Ley Litoral*, 2013 (julio), 01/07/2013, 607.

Juzgado de Familia, 2 Nominación de Córdoba, 25/02/2013, “B.Y.M. c. L.D.A. s/ Acciones de Filiación-Contencioso”. Disponible en: ABELEDO PERROT N°: AP/JUR/152/2013. [Fecha de consulta: 01/03/2015].

CCiv., Com. y Lab., Gualeguaychú, 28/08/2012, “V. F. c. V. O. F. y otros s/ alimentos y litis expensas”. *Revista jurídica La Ley Litoral*, 2013 (febrero), 81.

CCiv., Com. y Cont., San Francisco, Córdoba, 13/12/2012, “G., S. C. c. L., D. s/ alimentos-abreviado”. Disponible en: Abeledo Perrot N°: AP/JUR/3993/2012. Fallos 328:4013. [Fecha de consulta: 01/03/2015].

Fechas de recepción: 18-04-2016

Fecha de aceptación: 13-07-2016