

EL DERECHO ALIMENTARIO DE NIÑOS Y ADOLESCENTES. LA
PERSPECTIVA DE LA CORTE FEDERAL ARGENTINA Y SU IMPACTO
EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

THE RIGHT TO MAINTENANCE OF CHILDREN AND
ADOLESCENTS. THE ARGENTINE FEDERAL COURT'S PERSPECTIVE
AND ITS IMPACT ON THE NEW CIVIL AND COMMERCIAL CODE

Rev. boliv. de derecho n° 20, julio 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 76-99



Mariel F.
MOLINA
de JUAN.

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de enero de 2015

ARTÍCULO APROBADO: 14 de enero de 2015

RESUMEN: El presente trabajo indaga sobre el derecho alimentario de los niños y adolescentes. Como estrategia de abordaje, se estudian algunos antecedentes de la jurisprudencia de la Corte Federal sobre este tópico, a fin de detectar principios o reglas troncales que han sido fuente material del Código Civil y Comercial, y recoge algunas reformas que trae nueva legislación argentina en esta materia.

PALABRAS CLAVE: Alimentos, derechos humanos, niñez y adolescencia.

ABSTRACT: This paper studies the right to maintenance of children and adolescents. It analyses the most relevant and important jurisprudence of the Federal Court on this topic in order to identify the principles or rules that have acted as the material source of the Civil and Commercial Code. It also embraces some reforms that brings the new Argentine legislation in this matter.

KEY WORDS: Right to maintenance, human rights, children and adolescents.

SUMARIO.- I. Introducción.- 2. Punto de partida: el derecho alimentario es un derecho humano.- III. El carácter prioritario y urgente de la prestación alimentaria para niños y adolescentes.- IV. El derecho a reclamar alimentos a los abuelos.- 1. La respuesta clásica: subsidiariedad a ultranza.- 2. Reclamo directo o simultáneo.- 3. La flexibilización de los requisitos procesales.- 4. Simultaneidad en el reclamo, subsidiariedad de la obligación.- 5. La solución del nuevo Código Civil y Comercial.V. Alimentos debidos a los hijos y el impacto de la mayoría de edad- 1. Una aproximación al tema.- 2. Una respuesta de la Corte Federal.- 3. Algunas reglas aplicables y la solución en el nuevo Código Civil y Comercial.- VI. Prohibición de indexar las deudas por alimentos. – VII. Cierre.

I. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo persigue el análisis de uno de los derechos de mayor relevancia en la niñez y adolescencia: el derecho alimentario. Como derecho humano, tiene raigambre constitucional. En el orden privado interno, reconoce dos fuentes diferentes: la responsabilidad parental, y el parentesco.

El Código Civil y Comercial recientemente sancionado, cuya entrada en vigencia está prevista para el 1 de agosto de este año¹, organiza las bases del derecho alimentario en el título relativo al Parentesco, que contiene una serie de disposiciones aplicables también a las otras fuentes legales: la responsabilidad parental, el matrimonio y las uniones convivenciales.

El nuevo articulado denota una gran preocupación por la eficacia de este derecho, dado que en Argentina, con lamentable frecuencia, las sentencias que fijan alimentos son el paradigma de la ineficacia. Caen en letra muerta por los abusos y las estrategias - legales o de facto- que implementan los obligados alimentarios. La tutela judicial efectiva² es, entonces, un territorio prácticamente “inalcanzable”.

Para evitarlo, la nueva ley organiza una estructura normativa que brinda enormes posibilidades al juez, quien puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado, medidas razonables para asegurar la eficacia de la sentencia (por ejemplo, prohibición de salir del país, inscripción en registros de deudores alimentarios morosos, astreintes, etc.)³. Del activismo judicial y de la creatividad de los operadores

1 Sancionado por ley 26.994, el 1 de octubre de 2014. Promulgado el 7 de octubre de 2014.

2 Garantía reconocida por el Art. 8 . I de la Convención Americana de Derechos Humanos.

3 Art. 553 Código Civil y Comercial

• **Maríel F. Molina de Juan.**

Doctora en Derecho Universidad Nacional de Cuyo. Docente de Doctorado en Derecho Universidad Nacional de Cuyo. Miembro del cuerpo docente de la Maestría en Magistratura y Gestión Judicial Universidad Nacional de Cuyo. Integrante de la subcomisión que colaboró en el Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial, Libro II.

jurídicos, dependerá encontrar aquellas estrategias más idóneas para alcanzar este loable objetivo.

Como estrategia de abordaje, se estudian algunos precedentes de la jurisprudencia de la Corte Federal, a fin de detectar principios o reglas troncales, que han sido fuente material de la nueva regulación.

II. PUNTO DE PARTIDA: EL DERECHO ALIMENTARIO ES UN DERECHO HUMANO.

El derecho a los alimentos se vincula directamente con el derecho a la vida⁴ y la dignidad de la persona. Está consagrado en una pluralidad de instrumentos internacionales, que en Argentina tienen rango constitucional (conf. art. 75 inc. 22 Constitución Nacional), es decir, integran el “bloque de constitucionalidad federal” que obliga a todos los actores del sistema a someterse a sus mandatos⁵.

En relación con la tutela alimentaria de los niños y adolescentes, la Convención de Derechos del Niño (en adelante CDN), reconoce el derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social; el derecho a la salud y a servicios ligados al tratamiento de las enfermedades, y entre ellos, a la atención sanitaria apropiada para las mujeres embarazadas. Establece la obligación de los Estados de adoptar las medidas apropiadas para combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable (conf. art. 24). La obligación *primordial* de proporcionar las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo de los niños, en principio corresponde a los padres y otras personas responsables por ellos (dentro de sus posibilidades y medios económicos), no obstante, la Convención impone a los Estados Partes el deber de tomar todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia (art. 27).

El espectro de protección alimentaria alcanza también a los miembros de otros grupos vulnerables; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), le garantiza servicios apropiados en

4 La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha ocupado de precisar el alcance de este derecho fundamental: “El derecho a la vida comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna” (Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo, 19/11/1999, Serie C N° 63. Párr. 144) El Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dijo que “los Estados Partes deben tomar todas las medidas posibles para disminuir la mortalidad infantil y aumentar la esperanza de vida, en especial adoptando medidas para eliminar la malnutrición y las epidemias” (Observación General N° 6, artículo 6 - Derecho a la vida, 16° periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 1982, Párrafo N° 5).

5 Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25) Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del hombre (art. 30), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 2, 11), Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 17, 19).

relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y asegurándole una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia (art. 12). La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad ⁶ consagra el derecho a un nivel de vida digno para ellas y sus familias, que incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados (art. 28).

Todas estas directrices, junto al mandato del art. 75 inc. 23 párr. I de la Constitución Nacional⁷, posicionan al niño y adolescente en una condición relevante, y exigen adoptar todas las medidas de acción positiva necesarias para responder a la preocupación consagrada en las legislaciones supranacionales fundamentales. Ello muestra que existe una indudable relación entre el principio de solidaridad familiar y la responsabilidad del Estado y de la sociedad. Del mismo modo que vulneran los derechos de los niños, sus padres cuando incumplen la obligación alimentaria, lo hace el Estado cuando no asume la responsabilidad a la cual se comprometió, dado que si bien los padres son los primeros obligados a criar y educar a sus hijos, el Estado debe tomar todas las medidas para asegurar el pago de los alimentos⁸, y si ello es imposible, suplir la deficiencia paterna mediante diversos mecanismos que ponen en marcha la ayuda directa a esas personas⁹.

La consideración del derecho alimentario como un derecho humano impone la plena vigencia del principio *pro homine*. Ciertamente, este principio tiene importantes implicancias en el ámbito de las relaciones familiares, en tanto exige que el operador jurídico encuentre y aplique la norma que en cada caso resulte más favorable a la persona humana para su libertad y derechos, independientemente de cuál sea la fuente que aporte esa norma (un tratado, la constitución o el derecho interno). La selección de la fuente y la norma mejores no repara en el nivel donde se sitúa, sino que lo que importa es que aporte la mejor solución para ese caso¹⁰. Es decir, que la normativa interna que regula el derecho alimentario, debe interpretarse de conformidad con los tratados de derechos humanos aplicables, buscando en cada caso la solución que resulta más beneficiosa para la protección de la persona y el sistema integral de derechos¹¹. De este modo se pone de relieve la interdependencia

6 La reciente ley 27.044 le confiere rango constitucional.

7 Este artículo impone al Congreso el deber de "Legislar y promover medidas de acción positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia".

8 Compulsar CSJN, 06/02/2001, "Guckenheimer Carolina Inés y otros c. Kleiman Enrique y otro", LL 2001-C, 568, DJ2001-2, 525, AR/JUR/983/2001.

9 Cfr GROSMAN, C.: *Alimentos a los hijos y derechos humanos*. Buenos Aires (2004): Universidad, p. 60.

10 Cfr. BIDART CAMPOS, G.: "Las fuentes del derecho constitucional y el principio *pro homine*", en BIDART CAMPOS -GIL DOMINGUEZ, A. (Coord.): *El derecho constitucional del Siglo XXI, Diagnóstico y Perspectivas*. Buenos Aires (2000): Ediar, p. 12.

11 CSJN 15/11/2005, "F., L. v. L., V. recurso de hecho", SJA 1/3/2006 JA 2006-I-20, JA 2005-IV-62; Rev. Actualidad Jurídica Córdoba - Familia y Minoridad, Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2005, p. 2085-2089, LL 2006 A 605,

de los órdenes normativos, se sustituye la idea de “compartimento estanco”, por la de sistemas convergentes y en interacción permanente.

Por último, el sistema constitucional del derecho alimentario aporta otra regla para tener en cuenta: El estudio de problemas relativos a créditos de naturaleza alimentaria exige una consideración particularmente cuidadosa *a favor de los alimentados*, que en definitiva gozan de especial protección por ser la parte más débil de la relación.

III. EL CARÁCTER PRIORITARIO Y URGENTE DE LA PRESTACIÓN ALIMENTARIA PARA NIÑOS Y ADOLESCENTES.

El carácter prioritario y urgente del derecho alimentario de niños y adolescentes, se encuentra recogido en diversas normas del nuevo Código Civil y Comercial.

Así por ejemplo, el hijo extramatrimonial no reconocido tiene derecho a alimentos provisorios mediante la acreditación sumaria del vínculo invocado (art. 664, alimentos del hijo no reconocido), y la mujer embarazada puede reclamar alimentos al progenitor presunto con la prueba sumaria de la filiación alegada (art. 665, alimentos de la mujer embarazada). Por otra parte, aunque la obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro, tiene carácter subsidiario y cesa en los casos de disolución del vínculo conyugal o ruptura de la convivencia, 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 la convivencia (art. 676, alimentos del progenitor afín).

Además, el art. 543 dispone el trámite de la pretensión alimentaria por el proceso más breve que establezca la ley local, y no se acumula a otra pretensión; el art. 544 autoriza al juez desde el principio de la causa, a fijar alimentos provisionales y el art. 550 faculta a trabar medidas cautelares para asegurar el pago de alimentos futuros, provisionales, definitivos o convenidos¹².

Este carácter prioritario fue señalado por la Corte Federal argentina al revocar un fallo que había supeditado la ejecución de alimentos fijados para personas menores

con nota de SOSA, T. “Obligación alimentaria de los abuelos: subsidiariedad subjetiva y relativa”, *DJ*, 2005-3-992. Ver también Cám. Familia 2 Nom. Córdoba, 14.09.2011, con nota de SOSA, T.: “Obligación alimentaria de los abuelos: de relativamente subsidiaria a concurrente”, *Rev. DFyP*, 2-2012-106, y SEGURA, R.: “Obligación alimentaria de los abuelos: en la antesala de un nuevo paradigma”, *Rev. Abeledo Perrot*, Córdoba, 6- 2012- 638.

12 Ampliar en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A, MOLINA DE JUAN, M. (Dir): *Alimentos*. Buenos Aires (2014): Rubinzal Culzoni.

de edad, a la resolución del planteo de nulidad de un convenio alimentario¹³. En el caso, dado que el padre de los niños no cumplía con la obligación a su cargo, la madre y los abuelos paternos suscribieron un convenio -homologado judicialmente- por el cual los últimos se comprometieron a abonar una cuota mensual para el sustento de los niños. Como los abuelos tampoco cumplieron, la progenitora inició la ejecución y trabó medidas cautelares. Más adelante, celebró un nuevo acuerdo mediante el cual se estipuló la entrega de una suma de dinero (en concepto de pago único y total) y el cese definitivo de la obligación alimentaria de los abuelos en favor de sus nietos. Este acuerdo fue impugnado de nulidad por la propia progenitora, quien alegó haberlo firmado en estado de necesidad y con su voluntad viciada, por lo que solicitó que no se homologara, ya que contenía una renuncia a alimentos futuros prohibida por la ley.

El juez de grado entendió que la cuestión propuesta excedía el marco procesal de la ejecución de los alimentos, y le dio trámite de conocimiento pleno (procedimiento ordinario). Mientras tanto, la actora pidió que prosiguiera la ejecución contra los abuelos sobre la base del convenio originario, con acogida favorable del tribunal. La Alzada revocó dicha resolución. Consideró que, sin perjuicio de lo que se resolviera en el juicio de nulidad, no podía continuarse con la ejecución como si el acuerdo impugnado no existiera, máxime cuando había tenido principio de ejecución al haberse percibido la suma de dinero acordada.

Interpuesto el recurso extraordinario, la Corte Federal dio la razón a la progenitora. Argumentó que la consideración primordial del interés de los niños fundada en la CDN, orienta a las autoridades en los asuntos concernientes a éstos, y condiciona cualquier decisión de los tribunales en todas las instancias (Fallos: 322:2701). Por ello cuestionó el resolutivo que impidió continuar con el procedimiento que pretendía asegurar la subsistencia de *los menores*, sobredimensionando el instituto de la preclusión al hacerlo extensivo a un ámbito que no hace a su finalidad (Fallos: 317:757). Sostuvo que la decisión se basó en motivaciones que vuelven inoperantes las normas de fondo y de forma que prevén una vía rápida para la acción de alimentos, e impiden su acumulación a otra que deba tener un procedimiento ordinario. "Tratándose de reclamos vinculados con prestaciones alimentarias en favor de *menores*, los jueces deben buscar soluciones que se avengan con la urgencia de este tipo de prestaciones". Consecuentemente, precisó que los trámites debían encauzarse por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda frustrar derechos tutelados por la Constitución Nacional -art. 27 inc. 4° - CDN.

13 CSJN, 06/02/2001, "Guckenheimer Carolina Inés y otros c. Kleiman Enrique y otro", LL 2001-C, 568, DJ2001-2, 525, AR/JUR/983/2001.

De este modo, la Corte Federal dejó en claro que el derecho alimentario de los niños y adolescentes no admite dilaciones. Los mecanismos procesales deben ser ágiles, como único modo de garantizar la tutela judicial efectiva y oportuna.

IV. EL DERECHO A RECLAMAR ALIMENTOS A LOS ABUELOS.

Abuelos y nietos son parientes, y la relación alimentaria que existe entre ellos surge de ese parentesco¹⁴. La ligazón nace de la naturaleza (*consanguinidad*), la adopción plena o las TRHA¹⁵, en línea recta, en segundo grado.

En general, la obligación alimentaria que tiene fuente en el parentesco está prevista como una respuesta de naturaleza netamente asistencial ante las contingencias que pueden afectar a uno de los miembros de la familia, que le impiden circunstancial o permanentemente procurarse los medios necesarios para asegurar su subsistencia¹⁶. Su fundamento no es otro que la solidaridad familiar¹⁷, en razón del vínculo que los une, imponiendo al primero el deber de compartir, en cierta medida, con el pariente necesitado, sus medios de vida¹⁸, pues es característico de las relaciones familiares que los sujetos más débiles sean fortalecidos por los que pueden llevar las cargas más pesadas. Es una obligación subsidiaria, con alcance limitado y presupuestos de procedencia rigurosos.

Pero el rol trascendente que muchos abuelos desempeñan en las configuraciones familiares modernas, llevó a preguntarse si la relación alimentaria con sus nietos debía ser analizada exclusivamente desde la óptica del parentesco – como cualquier pariente, por ejemplo, hermanos entre sí, hijos a padres, etc.- o si, tenía alguna connotación especial que exigiera un análisis diferente. El problema es que si se adopta una posición rigurosa, dado que los primeros obligados son los padres (art. 265 Cód. Civ. y 658 Código Civil y Comercial) y los abuelos como parientes solo concurren en forma subsidiaria (art. 367 Cód. Civ. y 537 Código Civil y Comercial), el carácter prioritario de los derechos alimentarios de niños y adolescentes puede desdibujarse.

Antes de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, doctrina y jurisprudencia discutieron si debía mantenerse la sujeción estricta a la regla de la subsidiariedad, o si por el contrario deberían flexibilizarse los recaudos, hasta admitir incluso, el reclamo directo a los abuelos.

14 Art. 537 Código Civil y Comercial (art. 367 Código Civil derogado)

15 Sobre el empleo de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y su impacto en las relaciones de parentesco, compulsar MOLINA DE JUAN, M., *El parentesco en el Anteproyecto del Código Civil*, JA número especial 2012- II, 43, y "El Derecho de Familia en el Anteproyecto del Código Civil", JA 2012, II 1307.

16 ZANNONI, E.: *Derecho Civil Derecho de Familia*. Buenos Aires (2006):Astrea, p. 117. Ver también BOSSERT, G.: *Régimen Jurídico de los Alimentos*. Buenos Aires (2006):Astrea, p. 269.

17 Compulsar BOSSERT, G.: *Régimen jurídico*, cit. p. 269.

18 BUSSO, E.: *Código Civil Anotado*, t II. Buenos Aires (1945): Ediar, p. 831.

Veamos las principales posturas y sus argumentos.

I. La respuesta clásica: subsidiariedad a ultranza.

Durante muchos años, la jurisprudencia argentina resolvió la cuestión aplicando la regla de subsidiariedad. Aún después de la CDN, muchos tribunales siguieron aferrados a esta postura clásica. Consideraron que el deber alimentario de los abuelos surge del parentesco, y por ello es sucesivo del de los padres, en tanto si bien son parientes comprendidos en la enumeración legal, se encuentran en grado posterior;¹⁹ no siendo razonable equiparar su obligación con la que resulta del vínculo paterno - filial²⁰.

Con esta mirada, defienden el interés de los abuelos, en tanto se mantiene -como es debido en cabeza de los padres - la principal obligación alimentaria para con su prole; agregan que generalmente los abuelos son personas de edad avanzada, que se encuentran fuera de la etapa económicamente productiva, y que dependen en muchos casos para su supervivencia de una magra jubilación o pensión²¹.

Como consecuencia de esta posición, para poder reclamar alimentos a los abuelos se debe acreditar la insuficiencia de recursos de ambos padres, o bien la imposibilidad de suministrarlos²². Ello es así porque "la obligación del abuelo no es una especie de obligación accesoria cuyo modo de operar sería análogo al de la fianza, sino que es condicional por encontrarse sometida a condición suspensiva"²³.

2. Reclamo directo o simultáneo.

Las voces opuestas admiten una acción "directa" contra los abuelos o al menos, simultánea con la que incumbe al progenitor. Afirman que los mandatos de la CDN son claros al no establecer subsidiariedad alguna entre los padres y el resto

19 Puede consultarse BERTOLA, G.: "Extensión de los deberes en materia de alimentos de los padres y abuelos con relación a los menores", DJ 2003-2-217.

20 Una autora brasilera postula la interpretación restrictiva de la obligación alimentaria de los abuelos, en tanto "los abuelos no son padres dos veces de sus nietos, son simplemente abuelos". Argumenta que la irresponsabilidad de los padres no merece premios, mucho menos pagos con el sacrificio de los abuelos y que la transitividad de la responsabilidad de los padres para los abuelos, admitida con asiduidad por los tribunales brasileros, crea confusión de funciones de cada uno, no respeta los límites de las responsabilidades y menoscaba el ejercicio de las funciones afectivas de los abuelos [MENEZES DA COSTA, M.: *Os limites da obrigacao alimentar dos avós*. Porto Alegre (2011): Livraria do Advogado].

21 VILLAGRAN, S.: "La constitucionalidad de la subsidiariedad de la obligación alimentaria de los abuelos", E.D., 230-1122.

22 CNCiv., Sala B, 3/11/77, "R. de K., A. M. v. K., H. O.", ED 77-728, sum. 1081; CNCiv., Sala A, 01/07/91, "S. de P., A. A. v. P., C.", ED 143 235; CNCiv., Sala A, 10/03/94, "C. S., S. A. y otros v. S., V. L.", LL 1994 C 43; CNCiv., Sala C, 28/07/87, "G. de B., M. C. v. B., J.", LL 1988 A 398. CNCIV. Sala A, 16/ 03/ 95, LL 95 D 106; Cám. de Apel en lo Civil y Comercial de Mar de Plata, Sala 2 28/03/2006, RDF 2007 I 93, con nota de CATALDI, M., "Obligación alimentaria de los abuelos"; CNCiv. Civil, sala C, C., S. G. c. P., C. y otro, 24/02/2004, LL 2004 E 281 Ver también STJ Corrientes, 10/12/2007, RDF, 2008, N° 40, p. 220-223, Cám. Apel en lo Civil y Com de Pergamino, 04/02/13; autos N° 1493-12, "D C/R S/A", Expte. N° 50520, www.infojus.gov.ar.

23 Cfr. MENEZ COSTA, M., *Visión jurisprudencial de los alimentos*, Santa Fe (2.000) Rubinzal Culzoni, p. 246.

de las personas responsables del niño²⁴, por lo que no corresponde que la ley reglamentaria la exija.

Para Morello, el mantenimiento del sistema de subsidiariedad resulta axiológicamente negativo porque las dilaciones lesionan "las exigencias de la tutela urgente, y, en la jurisdicción de acompañamiento, la protección temprana efectiva". Esta opinión se apoya en la prelación constitucional de la Convención con relación al derecho interno, en el nuevo contenido y direcciones que tienen los derechos del niño y las garantías jurisdiccionales que los tutelan, y en que el ejercicio de la protección alimentaria dentro de la justicia de acompañamiento atañe a la dignidad misma de la persona, y asegura "en tiempo oportuno" la satisfacción del interés superior del menor; sin quebrantar la regla de la razonabilidad²⁵.

Enrolado en esta visión, un tribunal declaró la inconstitucionalidad de la norma de la cual surge la subsidiariedad, e hizo lugar a la demanda de alimentos contra el abuelo. Interpretó que si bien, en principio, es criterio generalizado que la obligación alimentaria de los abuelos para con sus nietos surge a consecuencia de la imposibilidad de los padres de prestarla, no lo es menos que este concepto debe ceder cuando se den circunstancias especiales que denoten la necesidad de hacer primar la tutela de los derechos básicos de los niños. Argumentó que los derechos consagrados por la CDN no son programáticos, meras aspiraciones a lograr, sino directamente operativos. En consecuencia, se viola la regla de la sana crítica si el Tribunal recurre a un temperamento ritualista imponiendo al menor comenzar un largo itinerario procesal postergando la satisfacción de sus necesidades asistenciales, ya que entre el interés del adulto y el del niño, éste debe ser priorizado²⁶.

3. La flexibilización de los requisitos procesales.

Una postura que podría definirse como "intermedia," o conciliadora, parte de la premisa que los principios enunciados por la CDN resultan aplicables a la obligación de los abuelos, porque, en general, están involucradas personas menores de edad, quienes se encuentran en plena etapa de desarrollo madurativo, y para las cuales la cuestión alimentaria exige una respuesta prioritaria. Postula que la protección de los derechos de la infancia y adolescencia, amparados por la ley 26.061 y el principio de interés superior; exige redimensionar la pauta de la subsidiariedad, aunque sin abandonarla totalmente.

24 Cfr. LLOVERAS, N.: "La obligación alimentaria de los abuelos y el nieto menor de edad ¿un pariente?", (Dir)., AMEAL, O.J. (Coord), GESUALDI, D.: *Derecho Privado. Libro homenaje a Alberto J. Bueres*. Buenos Aires (2001): Hammurabi, p. 957.

25 Ampliar en MORELLO, Augusto M. y MORELLO DE RAMÍREZ, María S.: "La obligación alimentaria de los abuelos ante la Convención sobre los Derechos del Niño", JA 1998-IV-1090. Ver también "La prestación de los alimentos por parte de los abuelos", JA 2005 IV 66 en su comentario al fallo de la Corte Suprema el 15/11/2005.

26 Trib. Col. de Instancia Única Familia Quilmes, 18/4/2007 LLBA, julio de 2007, p 606.

Este redimensionamiento se concreta mediante la flexibilización de las exigencias procesales, y de la valoración de los requisitos sustanciales de procedencia²⁷. Entonces, tratándose de niños, no es necesario agotar una serie de pasos formales previo a demandar a los abuelos, cuando surge evidente que ellos resultarían inútiles²⁸ (como por ejemplo, imponerle a la actora que inicie un incidente de ejecución contra el progenitor que debe los alimentos, cuando las circunstancias indiquen que estará condenado al fracaso). Le bastará, en cambio, arrimar elementos que lleven a la convicción del juez que no existe otro remedio que hacer efectiva la obligación alimentaria que atañe a los abuelos²⁹.

Esta visión se plasmó en un fallo resonante de la Corte Suprema de la Nación (2005).³⁰ La madre reclamó alimentos al abuelo paterno, a raíz del incumplimiento de la obligación alimentaria por el progenitor (pactada mediante convenio). El fallo de primera instancia acogió el planteo y fijó una cuota a cargo del abuelo. La alzada revocó la sentencia con asiento en la posición más conservadora antes expuesta.

La Corte Federal acogió el recurso extraordinario; dijo: "parece inadecuado exigir el cumplimiento de otros pasos a fin de considerar expedita la vía para reclamar el pago al abuelo paterno". Interpretó que la alzada desatendió las directivas de la CDN y colocó a los niños en una situación de grave peligro al no poder cubrir sus necesidades más elementales, especialmente el art. 27 inc. 4 que establece que "los estados parte tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimentaria por parte de los padres y otras personas que tengan responsabilidad financiera," así como la regla del interés superior de los niños (art. 3 CDN).

Si bien en este fallo la Corte Federal no abandonó totalmente la idea de subsidiariedad, priorizó el principio del interés superior del niño plasmado en la Convención. Cabe recordar que varios años más tarde (2012), la CIDH en el caso *Fornerón v. Argentina*, afirmó que toda decisión estatal, social familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o niña debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente las disposiciones que rigen esta materia; porque dicho interés superior (...) se funda en la dignidad misma

27 Ver por ejemplo, J Familia Nro 1, Mendoza, 29.11.2010, con nota aprobatoria YUBA, G.: "La obligación alimentaria de los abuelos a favor de los nietos", Rev. DFyP, 6-2011-77. Cám. De Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, 19.09.2013, autos R. S. M. c/ F. M. A. y otro/a s/ Alimentos del C.P.C. Id Infojus: NV6075.

28 Cfr. CNCiv. Sala G; 24/04/2012 "S., T. G. Y Otros c/ D. A., J. R." elDial.com - AA76D4

29 CNCiv., sala C, 17.04.97, "C. A y otros c/ T. de S., E.", JA, 1998- I -65, CNCiv. Ver también BELLUSCIO, C.: *Prestación Alimentaria. Régimen Jurídico*. Buenos Aires, (2006): Universidad, p. 453.

30 CSJN 15/11/2005, "F., L. v. L., V. recurso de hecho", SJA 1/3/2006 JA 2006-I-20, JA 2005-IV-62; Rev. Actualidad Jurídica Córdoba - Familia y Minoridad, Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2005, p. 2085-2089, LL 2006- A- 605, con nota de SOSA, T. E.: "Obligación alimentaria de los abuelos: subsidiariedad subjetiva y relativa". DJ, 2005-3-992 Ver también Cám. Familia 2 Nom. Córdoba, 14.09.2011, con nota de SOSA, T. E.: "Obligación alimentaria de los abuelos: de relativamente subsidiaria a concurrente", Rev. DFyP, 2-2012-106.

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”³¹.

Esta tesis reconoce que el factor tiempo tiene un impacto directo en el reclamo alimentario de la infancia y adolescencia. Imponer al actor la prueba de demostrar que agotó todas las medidas para obtener el cumplimiento de la cuota alimentaria antes de recurrir a los abuelos, puede terminar configurándose en una “exigencia diabólica” cuyo efecto concreto no es otro que dilatar la satisfacción del derecho alimentario del niño o adolescente³². La premura del interés involucrado, justifica una respuesta ágil del órgano jurisdiccional para garantizar el acceso a la tutela judicial efectiva, e impone imaginar soluciones que trascienden el ritualismo procesal ordinario de los conflictos meramente patrimoniales³³.

Como puede observarse, cuando los beneficiarios son menores de edad, la vigencia de la CDN y el impacto del derecho constitucional familiar imponen que la subsidiariedad legal esté desprovista de exigencias que terminarían desnaturalizando la obligación³⁴. En definitiva, sin abandonar la regla ni el orden de prelación³⁵, ni proteger a los progenitores que se sustraen de las obligaciones derivadas de la responsabilidad parental, propicia evitar un rigorismo formal que conspire contra el fin primordial del proceso: atender con inmediatez las necesidades del niño alimentado³⁶.

La flexibilización de los requisitos para reclamar tiene un alto impacto axiológico porque, con lamentable frecuencia, los primeros obligados –los padres- recurren a ágiles maniobras para evadir su responsabilidad (ocultamiento de ingresos, de bienes, renuncia al empleo) muchas veces en connivencia con sus propios progenitores. Naturalmente, ello no impide que el abuelo que ha sido demandado por alimentos demuestre que su hijo se encuentra en condiciones de atender al mantenimiento del niño o adolescente, o incluso, si ha sido condenado al pago de la cuota, solicite

31 CIDH, 27/04/2012, “Forneron hija vs. Argentina”, www.corteidh.or.cr

32 BISCARO, B.: “Alimentos a cargo de los abuelos. Principio de solidaridad de la obligación”, JA 2006-I-21.

33 La madre de un menor demandó por alimentos al padre, el juez de grado fijó una cuota alimentaria que fue incumplida por el alimentante, en consecuencia aquélla inició acción a los abuelos del menor. El juez de grado rechazó la demanda. La Cámara revocó la sentencia apelada y admitió la demanda. TSJ Provincia de La Rioja, “Presser, Mónica S. c. Heredia, Gustavo F. y otra”, 28/03/2006, LL Gran Cuyo 2006-1417, AR/JUR/5166/2006. Ver también Cám. Apel. Civ. y Com. Junín, 16/12/2008, DJ del 08/07/2009 y LL Buenos Aires, n° 6/julio 2009, p. 597.

34 En un caso se rechazó la demanda porque “la orfandad probatoria resultante no puede sino jugar en contra de quien tenía que acreditar los presupuestos fácticos de su pretensión” (Cám de Apel en lo Civil y Comercial de Azúl, Sala II, “Y. J. D. c/ T. A. D. y T. M. A. s/ alimentos. Embargo prev.” 30.04.09, MJ-JU-M-43513-AR | MJJ43513, ED 2009- 234- 331, con nota de SOJO, L.: “La obligación alimentaria de los abuelos ¿subsidiaria o simultánea?”), ver también, VILLAVERDE, M.: “Alimentos. Obligación alimentaria de los abuelos”, Rev. Abeledo Perrot Buenos Aires, 6-2009-702; BAY, N.: “Alimentos y abuelos. Subsidiariedad atenuada a la luz del derecho humano de niñas, niños y adolescentes en el proyecto de reforma argentina”, RDF 59- 2013- 199.

35 Cám. de Apel en lo Civil y Comercial de Junín, 16.12.08, “T., N. L. v. G. Vda. de L., M. E. s/ Alimentos” ABELEDO PERROT N°: 14/151157. Ver también BACIGALUPO DE GIRARD, M.: “Actualidad en derecho de familia”, JA 2009-II-812.

36 CNCIV, sala I, 28/09/06 H., S. M. y otros v. B., M. y otro SJA 17/1/2007, JA 2007-I-17.

su cese o disminución si prueba que el padre adquirió posibilidades de asumir su obligación.

4. Simultaneidad en el reclamo, subsidiariedad de la obligación.

Ante la inmediatez de las necesidades alimentarias de los niños, una variante admite el reclamo conjunto o simultáneo al padre y abuelo en el mismo proceso judicial, demostrando la imposibilidad de lograr el cobro frente al principal responsable.

De este modo se evita iniciar un nuevo juicio después del fracaso del reclamo al progenitor³⁷, aunque ello tampoco implique erradicar el criterio de la subsidiariedad. En abono a esta posición se ha sostenido que la subsidiariedad legal que se desprende del orden de prelación de los parientes no supone -correlativamente- una sucesividad procesal en el sentido de requerirse la promoción y sustanciación de distintos procedimientos, uno después de otro; la ley no exige, para la procedencia de la pretensión contra el abuelo, un juicio previo contra los progenitores en el que haya quedado formalmente establecida su absoluta o relativa falta de recursos. Esta es la única solución práctica admisible porque, de lo contrario, a través de exigencias procesales ordinarias, se desnaturalizaría el fin perseguido de atender con inmediatez las acuciantes necesidades del alimentista³⁸.

En esta línea, se acogió la demanda por alimentos planteada conjuntamente contra el progenitor y el abuelo paterno, realizando una interpretación dinámica y finalista de la CDN, en miras a la efectiva tutela del menor alimentado. El fallo estableció la cuota del progenitor en una suma determinada, y condenó al abuelo a afrontar el pago en forma subsidiaria y automática. "Frente al incumplimiento del obligado principal y 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 corresponda a su hijo"³⁹.

5. La solución del nuevo Código Civil y Comercial.

La línea abierta por la Jurisprudencia de la Corte Federal a partir del año 2005, ha tenido repercusiones en la reforma argentina. El nuevo Código Civil y Comercial se propone alcanzar coherencia con el sistema de derechos humanos, y en este contexto, rechaza la solución clásica de la subsidiariedad a ultranza, que generalmente perjudica a los niños y adolescentes.

37 Cám. Apel. Neuquén, sala 3ª, 18.04.06, "C., M. L. v. L., L. R. y otros", LL Patagonia 2006-636. 131-S.

38 Tribunal de Familia de Jujuy, 01/10/2012, "C. A. M. c/ L. G. | sumarísimo por alimentos", MJ-JU-M-76044-AR | MJJ76044.

39 Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral Gualaguaychú "V. F. c. V. O. F. y otros s/ alimentos y litis expensas", 28/08/2012, LL Litoral 2013 (febrero), 81, LLLitoral 2013 (mayo) , 377, AR/JUR/48223/2012.

El nuevo texto, ubicado en el título de la Responsabilidad Parental, autoriza el reclamo a los ascendientes de niños o adolescentes en el mismo proceso en que se demanda a los progenitores o en proceso diverso. El artículo 668 dice: "Los alimentos a los ascendientes pueden ser reclamados en el mismo proceso en que se demanda a los progenitores o en proceso diverso; además de lo previsto en el título del parentesco, debe acreditarse verosímelmente las dificultades del actor para percibir los alimentos del progenitor obligado".

La solución refleja el ejercicio oportuno de la protección alimentaria dentro de la órbita de la justicia de protección o acompañamiento, en coherencia con el ordenamiento legal en su conjunto, en la cual el factor tiempo es insoslayable. Responde a un agudo problema que atañe a la dignidad de la persona⁴⁰ persiguiendo la efectividad del derecho fundamental en juego⁴¹.

V. ALIMENTOS DEBIDOS A LOS HIJOS Y EL IMPACTO DE LA MAYORÍA DE EDAD.

I. Una aproximación al tema.

En principio, la obligación de los padres de brindar alimentos a sus hijos, fundada en la responsabilidad parental, se extiende mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado. En Argentina, hasta el año 2009 la mayoría de edad se alcanzaba a los 21 años; la ley 26.579 la redujo a los 18 años pero dejó a salvo la obligación alimentaria de los padres hasta los 21 años. El artículo 658 del Código Civil y Comercial mantiene la regla: "La obligación de prestar alimentos a los hijos se extiende hasta los veintiún años, excepto que el obligado acredite que el hijo mayor de edad cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo".

A partir de esa edad, padres e hijos –recíprocamente- se deben alimentos con fundamento en las relaciones de parentesco que los vinculan, ya que son parientes por consanguinidad en primer grado.

En consecuencia, es posible distinguir distintas categorías de alimentos debidos a los hijos: a) los debidos mientras son menores de edad; b) los debidos a los hijos mayores de edad hasta los 21 años y c) los debidos entre padres e hijos mayores de 21 años fundados en relaciones de parentesco⁴².

40 Cfr. BISCARO, B.: "Alimentos a cargo de los abuelos. Principio de solidaridad de la obligación", JA 2006-I-21. Compulsar también MORELLO, A. y MORELLO DE RAMÍREZ, M: "La obligación alimentaria de los abuelos ante la Convención sobre los Derechos del Niño", JA 1998-IV- 1090

41 En el mismo sentido WAGMAISTER, A.: "Obligación alimentaria solidaria del padre y de la abuela. Subrogación de la madre que detenta la tenencia en el derecho de sus hijos", DJ, 2007-2-821.

42 Consultar FAMÁ, M.: "Alimentos debidos a los hijos mayores de edad", RDF N 47; GROSMAN, C.: "La mayoría de edad y la responsabilidad alimentaria de los padres", RDF 47.

El problema es que en numerosas oportunidades, el cese de la cuota por la mayoría de edad coincide con la época en que el hijo se encuentra cursando sus estudios terciarios o universitarios, que implican gastos y muchas veces una dedicación y carga horaria que le impide desempeñar un trabajo rentado en forma paralela a los estudios. Dado que la educación integral de los hijos es una de las principales funciones derivadas de la responsabilidad parental ¿puede calificarse esta situación como una categoría diferente que permita –bajo ciertas circunstancias- la continuidad de la prestación alimentaria, o no es otra cosa de una manifestación más de la obligación nacida de la relación de parentesco? Si se opta por la primera posibilidad ¿cuál sería su alcance? En este caso ¿el hijo debe interponer el pedido de continuidad de la prestación, o su derecho se considera automáticamente sostenido y en todo caso, correspondería al alimentante solicitar su cesación si estima que no se dan los presupuestos de procedencia?

Antes de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, doctrina y jurisprudencia, no daban respuestas unánimes. Algunos abonaban la continuidad de la prestación pues los padres son responsables de brindar los medios necesarios para el desarrollo íntegro del hijo, y por eso subsiste hasta el fin de su educación⁴³. Dado el tiempo que irroga terminar una carrera universitaria, la interpretación restrictiva no condice con la realidad; por otra parte, el ingreso a los mercados laborales es más accesible para quienes cuentan con capacitación suficiente. Por eso debe fomentarse el acceso a niveles superiores de educación, aun cuando éstos no resulten obligatorios. Una “solución adversa devendría en instalar una marcada e inexcusable desigualdad entre los hijos convivientes con los padres bien avenidos, que jamás cuestionarían esfuerzos económicos para solventar sus estudios, y aquellos que tienen sus padres separados”⁴⁴.

Para el mantenimiento de la prestación, se ha exigido la prueba de la imposibilidad de realizar tareas remuneradas que permitan al hijo autosustentarse, por la carga horaria que ellas implican⁴⁵, por eso se admitió “la subsistencia de la cuota alimentaria fijada a favor del hijo, aun cuando éste hubiese llegado a la mayoría de edad, pues se acreditó que cursa estudios universitarios y existe un impedimento horario en orden al cumplimiento de tareas remuneradas”⁴⁶. También se ha puesto el acento en la necesidad de demostrar el desempeño académico en forma regular⁴⁷.

43 Ampliar en BELLUSCIO, C.: “Continuidad de la cuota alimentaria para el hijo mayor de edad”, *RDF* N°38, p. 2.

44 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Primera Nominación de Santiago del Estero, 2/11/2004, P. “G. O. c. Del V., A. E”, LL Noroeste 2005 (marzo), p. 458, AR/JUR/4449/2004.

45 Cám. Civ. Com. de Dolores, “M., C.C. v. M., H.R.”, 08/07/2010, Abeledo Perrot online, <http://www.abeledoperrot.com/>.

46 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II ,04/12/2008, “Tagni Gerardo Raúl c. Tagni Jessica Romina y otra”, LL Buenos Aires 2009 (abril), p. 314, AR/JUR/22752/2008.

47 Cfr. Tribunal de Familia de Formosa, DJ. 1997-3-512.

La jurisprudencia que adhirió a esta postura, coincidió en la necesidad de estipular un límite razonable de tiempo para el mantenimiento o fijación de la cuota, independientemente de la época en que el hijo, en definitiva, culmine sus estudios o formación. Así, por ejemplo se estimó prudente fijarlo hasta la fecha en que alcanzó la edad de 25 años; "tal tope responde a parámetros sociológicos que muestran que a esa edad se concluyen los estudios universitarios o la preparación profesional"⁴⁸. No puede "dejarse librado a la voluntad del reclamante el límite temporal de la prestación alimentaria del padre, afectándose seriamente la certeza de las relaciones jurídicas paterno-filiales, pues, al establecer la ley un límite fijo entre la minoridad y la mayoría de edad, se procura que aquéllas se asienten sobre una base cierta, que no es posible exorbitar por la voluntad de los interesados, al estar involucrado el interés general"⁴⁹.

Otras voces rechazaron la extensión del derecho alimentario de los hijos mayores de edad con fundamento en su estudio o capacitación sin una norma expresa que así lo habilite, de modo que una vez que el alimentado llegara a la edad prevista por la ley como límite de la obligación, ésta debía cesar *de pleno derecho*. Para esta posición el hijo mayor sólo podía reclamar a sus padres los alimentos derivados del parentesco, debiendo probar los extremos exigidos por la ley para su procedencia⁵⁰. Sin embargo, atento la limitada extensión que tiene este derecho entre parientes, agregaban, no podría fijarse una cuota destinada a atender los gastos de educación del hijo mayor alimentado.

2. Una respuesta de la Corte Federal.

La Corte Federal se pronunció ante un pedido del progenitor del cese de la cuota alimentaria abonada a su hija, porque ésta alcanzó la mayoría de edad. La demandada hija se opuso, invocando su carácter de estudiante universitaria.

El magistrado de primera instancia rechazó la solicitud con fundamento en que la accionada acreditó la imposibilidad de procurarse los medios de subsistencia, al haber demostrado los excelentes resultados obtenidos en sus estudios, los distintos lugares donde debía trasladarse a fin de cursar cada una de las materias, el tiempo que le insumía, los gastos que le demandaban traslados y vivienda, etc. La Cámara de Apelaciones de Paraná (provincia de Entre Ríos) confirmó el fallo y rechazo el incidente de cese, pues estimó probados los requisitos exigidos por la ley para su subsistencia. El Superior Tribunal de Justicia Provincial acogió la apelación deducida por el progenitor:

48 Cám. Civ. y Com. De Necochea, "K., C.A. v. G.M. s/ incidente de cese de cuota alimentaria", 04/11/2008, JA, 2009-II-811.

49 CNCiv., sala J, 14/02/2005, D. B., J. E. c. D., R.AR/JUR/4588/2005.

50 NOVELLINO, J. N.: *Los alimentos y su cobro judicial*, 2ª reimp., Santa Fe (2006): Ed. Jurídica Nova Tesis p. 116.

La mayoría de la Corte Federal declaró formalmente inadmisibile el planteo⁵¹, no obstante, la disidencia criticó el análisis estricto de los requisitos que realizó la sentencia cuestionada, sin reparar en que las particularidades del caso imponían una interpretación de la norma efectuada con la máxima prudencia, cuidándose que la inteligencia que se le asigne no lleve a la pérdida de un derecho, y que el apego a la letra no desnaturalice la finalidad que ha inspirado su sanción, con olvido de la efectiva y eficaz realización del derecho (Fallos: 310:500,937 y 2456). Teniendo en cuenta entonces, que lo perseguido por la hija no era una cuota alimentaria para subsistir, sino para continuar con su actividad universitaria, "el requisito exigido para el pariente que pide alimentos consistente en demostrar que le es imposible adquirirlos con su trabajo, debía considerarse en función de si ello afectaría sus estudios y buen desenvolvimiento académico".

3. Algunas reglas aplicables y la solución en el nuevo Código Civil y Comercial.

Para evitar la falta de previsión y la inseguridad jurídica que generaba la ausencia de reglas claras, se ensayaron algunas reglas que pueden sintetizarse de este modo:⁵²(i) El hijo o la hija ya mayor de edad puede reclamar ser alimentado por su padre y madre para su formación laboral y profesional; (ii) Debe invocar su derecho a la educación, dimanado de su dignidad de ser persona humana, reconocido en el bloque de constitucionalidad federal, (iii) Solo procede el reclamo si su padre y madre están capacitados para satisfacerlo; (iv) Debe tenerse en cuenta la concurrencia – si fuere tal- de los restantes deberes alimentarios del padre y de la madre para con otros hijos aún menores de edad y para con parientes imposibilitados de autoalimentarse; (v) El derecho alimentario sólo continua vigente, si el alimentado observa el cumplimiento regular del plan de estudios⁵³.

Finalmente, la posibilidad de extender el derecho alimentario de los hijos que estudian o se preparan para un oficio o una profesión más allá de la edad de 21 años, se encuentra expresamente contemplada en el artículo 663 del Código Civil y Comercial. Este derecho se extiende hasta los 25 años. En tanto se trata de una excepción a la regla general (art 658), corresponde al acreedor alimentario que pretende que la obligación a su favor continúe prestándose, probar el supuesto de hecho previsto por la norma, es decir, que el *cursado de sus estudios o preparación le impiden acceder a los medios necesarios para su subsistencia independiente*. En consecuencia, no es suficiente la mera prueba de estar inscripto en la matrícula; el hijo debe acreditar que el horario de cursado o el cumplimiento de otras obligaciones curriculares, le impiden realizar una actividad rentada para sostenerse

51 CSJN, 04/11/2003, A. 636. XXXVII. "Albornoz de Kunzi, Claudia L. c/ Kunzi, Eduardo Germán s/ incidente."

52 Ampliar sobre la sistematización en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. y MOLINA DE JUAN, M. (Dir): *Alimentos*, T I. Buenos Aires (2014): Rubinzal Culzoni, p. 152

53 Conforme GÓMEZ, J.: "Alimentos a favor del hijo mayor de edad para su formación laboral y profesional", ED 211-822, 2005.

en forma independiente. Se encuentran legitimados para solicitar la extensión de la obligación alimentaria tanto el hijo como el otro progenitor que convive con éste.

VI. PROHIBICIÓN DE INDEXAR LAS DEUDAS POR ALIMENTOS.

Antes de cerrar este breve recorrido sobre la evolución de algunos aspectos del derecho alimentario de niños y adolescentes en Argentina, me interesa realizar una reflexión sobre uno de los graves problemas que enfrenta el derecho alimentario en nuestro país: la dificultad para mantener el poder adquisitivo de la cuota fijada por el impacto de los habituales procesos inflacionarios, que producen un significativo incremento del costo de vida y hacen que las cuotas fijadas en un determinado momento, queden desactualizadas rápidamente. Naturalmente el problema se suscita si la prestación ha sido estipulada en una suma de dinero fija, pues si es un porcentaje de los haberes del alimentante, o se han pactado pagos directos de diferentes rubros (colegio, expensas, obra social, etc.), no existen estos inconvenientes en tanto *la actualización o adecuación de la suma*, se realiza en forma automática.

Como principio general, la vía para *reacomodar* el poder adquisitivo de la cuota, es el incidente de aumento. Pero en muchas ocasiones, estos procesos insumen largos meses, incluso años, lo que atenta contra una respuesta oportuna y eficaz, cuestión que reviste mayor gravedad si los beneficiarios de los alimentos son niños o adolescentes.

El problema es que en el año 1991 se sancionó una ley llamada "de convertibilidad" (ley 23.928), cuyo art. 7 prohibió la indexación o actualización de las deudas dinerarias por la variación de los precios. Dice el texto: "el deudor de una obligación de dar una suma determinada de pesos cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. En ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con las salvedades previstas en la presente ley. Quedan derogadas las disposiciones legales y reglamentarias y serán inaplicables las disposiciones contractuales o convencionales que contravinieren lo aquí dispuesto".

A partir de entonces se discutió si esta prohibición resultaba aplicable a las obligaciones alimentarias. La Corte Federal tomó posición y sostuvo que la obligación de pagar una suma de dinero en concepto de alimentos se encuentra alcanzada por la restricción, y que en ningún supuesto se admite la actualización monetaria con posterioridad al 1º de abril de 1991⁵⁴.

54 CSJN, 30/11/93, "De La Cruz de Sessa, Adela M. v. Sessa, Alejandro Julio s/ divorcio 67 bis.", 30/11/1993, JA 1994-III-219, LL 1995-A-949.

Aunque la Corte Suprema de la Nación no volvió a pronunciarse sobre la actualización de las cuotas alimentarias, sí lo hizo en relación con la constitucionalidad de las mencionadas leyes. Sostuvo que la ventaja o acierto de prohibir toda clase de actualización monetaria escapa al control de constitucionalidad, o sea, que la conveniencia del criterio elegido por el legislador no está sujeta a revisión judicial⁵⁵.

Conforme lo dicho, en principio no serían admisibles las cláusulas de actualización, pero el progresivo aumento del costo de vida padecido durante el último quinquenio en Argentina, está forzando la revisión de estos postulados, y obliga a interrogarnos si aquella jurisprudencia del máximo tribunal, que tiene más de veinte años y respondió al orden público entonces imperante, se debe conservar en la actualidad.

Un fallo dictado en el año 2009 por una la Cámara Nacional Civil de Apelaciones⁵⁶, actuó como bisagra y abrió la puerta para un cambio de rumbo. No obstante que en esa oportunidad, la decisión mayoritaria apoyó la constitucionalidad de prohibición, la disidencia ancló sus argumentos en el derecho familiar constitucional-convencional, y diseñó algunos elementos para comenzar a recorrer un camino contrario al hasta entonces consolidado. Destacó la injusticia de una solución, que impone a las personas más vulnerables la obligación de transitar un proceso judicial de duración incierta⁵⁷ para lograr un ajuste en la cuota destinada a satisfacer sus necesidades inmediatas, cuando es un hecho notorio el aumento en los precios de los productos que componen la canasta familiar y demás prestaciones incluidas en el amplio concepto de “alimentos”⁵⁸.

Aunque la mayoría de la jurisprudencia posterior todavía sigue la línea de la Corte Federal⁵⁹, el trazo de aquel fallo precursor dejó algunas huellas que están cobrando algún protagonismo.

En esta línea se sostuvo que prohibición de fijar pautas de reajuste automático en materia alimentaria, sea por sentencia o por convenio, configura en la actualidad una inconstitucionalidad sobreviniente, además de un resultado perjudicial para los menores⁶⁰, y que la judicialización auspiciada por la prohibición de fijar mecanismos

55 Cfr. CSJN, “Massolo, Alberto J. v. Transporte Tejar SA”, 20/04/10, LL 2010-C, p. 711 con nota de CASIELLO, J., “¿Es inconstitucional la prohibición de indexar?”.

56 CNCiv. Sala J “R, M. c. R., J. s/aumento de cuota alimentaria” 12/11/2009, EDFA On Line, 24/02/2010, n° 6

57 MATTERA, M.: “Actualización monetaria en materia alimentaria: necesidad de revisión constitucional”, RDF N°38-103; Cfr. ÁLVAREZ, O.: “Actualización de la cuota alimentaria a favor de los hijos”, ED 240-697.

58 CNCiv. Sala J “R, M. c. R., J. s/aumento de cuota alimentaria” 12/11/2009, EDFA On Line, 24/02/2010, n° 6. De los argumentos de la disidencia (Dra. Mattera).

59 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, 28/12/2009 en la Ley Online AR/JUR/57506/2009.

60 CNCiv. Sala J, 19/4/11, Sumario N° 21042 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil www.pjn.gov.ar

de actualización en la sentencia o los convenios sobrecarga innecesariamente los tribunales y atenta contra la paz familiar⁶¹.

En oportunidad de resolver sobre el pedido de homologación judicial de un convenio en el que ambos padres acordaron la actualización de la cuota alimentaria para sus hijos, un tribunal declaró la inconstitucionalidad de las normas que la prohíben. El fallo realizó un análisis exhaustivo de la doctrina y jurisprudencia desarrollada con relación al tema, cuestionó “el actual divorcio entre la suba generalizada de precio de productos y servicios básicos y la prohibición de cláusulas de estabilización en las obligaciones alimentarias” Con fundamento en la protección constitucional del derecho alimentario de los niños, resaltó que “el orden jurídico del Estado debe ser interpretado a favor del reconocimiento del hijo a gozar del derecho alimentario integralmente, y, en particular, también las normas contenidas en la ley 23.928 en sus arts. 7 y 10, a tenor de las modificaciones introducidas por la ley 25.561, deben ser analizadas desde la óptica de la protección integral de la persona menor de edad, a fin de evitar el menoscabo en el cumplimiento de su derecho alimentario (...) pretender invalidar la eficacia de la convención de los padres que acuerdan una pauta de reajuste a fin de intentar evitar la depreciación sistemática de los bienes a los que acceda el hijo, implica desentenderse del derecho del niño a la integridad de su cuota alimentaria y propiciar la degradación de su calidad de vida, en razón de las modificaciones que pudieren producirse en los precios de los bienes que requiere para la satisfacción de sus necesidades”. En consecuencia, declaró la inconstitucionalidad de esas normas –respecto de las obligaciones alimentarias- y homologó el convenio⁶².

Como una variante, a los fines de neutralizar el riesgo de que alguna de las necesidades de los alimentados (menores de edad) puedan quedar insatisfechas a la brevedad, algunos tribunales optaron por fijar aumentos de la cuota en forma escalonada⁶³.

Estas opciones acercan el derecho a la realidad. Consideran el contexto socioeconómico argentino y propenden a la economía y celeridad procesal, así como también a la seguridad jurídica que otorga la claridad de parámetros a los cuales ajustarse, sin tener que acudir permanentemente a los incidentes de aumento

61 GARDANINO, C.: “Cuota alimentaria y prohibición de actualización. Panorama de una problemática aún vigente”, *Rev. Derecho de Familia y las Personas*, LL, 2-2012-53.

62 Juzgado de Familia de Mar del Plata N 6, 30/09/2013, “G. V.M. y P. C.G. s/ Homologación de convenio”, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. MOLINA DE JUAN, M. *Alimentos II*. Buenos Aires (2014): Rubinzal Culzoni, p. 59. Ver también otra jurisprudencia allí citada.

63 CNCiv. Sala B, 12/03/2013 “D., M. G. y O. c. De U., A. M.” APJD 19/09/2013, ABELEDO PERROT N°: AR/JUR/25634/2013, APJD 19/09/2013, con nota de PREVALIL, S.: “La prohibición de actualizar y los alimentos”, *RDF* 2013 IV 39, y de RIPA, M.: “Deber alimentario: niños, niñas, adolescentes y su vinculación con los derechos de género”, *JA* 2013-II-78. La misma Cámara, 2011 20/03/2014, “S. M. L. y OTRO c/ C. S. P. s/ Alimentos (Juzgado Nacional en lo Civil N° 85)”.

de cuota. Son también valiosas en tanto preservan al grupo familiar de las inevitables tensiones que genera la tramitación de estos pleitos.

Por estas razones estimo que sería conveniente la derogación de estas normas en materia alimentaria, sin perjuicio de que, si la Corte Suprema de la Nación tiene la oportunidad, revierta la tesis restrictiva, y ofrezca una solución más acorde con la real problemática inflacionaria en la que se encuentra inmerso nuestro país. Más aun cuando –en las actuales circunstancias - los hechos han demostrado que el fin pretendido por la norma prohibitiva, lejos está de ser alcanzado.

VII. CIERRE.

Un gran jurista español recalcó que los fines últimos que el ordenamiento jurídico asigna a la familia, están constituidos por los necesarios auxilios que sus miembros deben prestarse a través de lo que los juristas conocen como obligación de alimentos⁶⁴. A lo largo de este trabajo he tratado de escudriñar algunas de las novedades que en el derecho alimentario de niños y adolescentes, trae el nuevo Código Civil y Comercial argentino.

Las líneas jurisprudenciales elaboradas por la Corte federal en relación con este tópico, han resultado un aporte de indudable trascendencia, no solo desde el punto de vista axiológico sino también normativo, pues tuvieron una impronta singular en la jurisprudencia posterior; así como también en el nuevo derecho familiar argentino.

No obstante, cabe recordar que en esta materia, como en muchas otras del derecho que regula las relaciones familiares, la ley puede ser un gran paso, pero no lo es todo. Morello decía que la mejor protección de los alimentos se asienta en una tría muy difícil de alcanzar en una sociedad en crisis: la estabilidad y cohesión de la familia a través del acrecentamiento de la solidaridad interior; una plataforma ética de sustento; y la reconquista de la estabilidad económica mínima y decorosa de volver a crecer; sin la cual las dos precedentes están jaqueadas⁶⁵. Este es pues, el verdadero desafío.

64 DIEZ PICAZO, L.: Prólogo al libro de Encarna Roca, *Libertad y familia*, Valencia (2014): Tirant lo Blanch, p. 8.

65 MORELLO, A. y MORELLO DE RAMÍREZ, M.: *El moderno derecho de familia*. La Plata (2002): Platense, p. 154.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ, O.: "Actualización de la cuota alimentaria a favor de los hijos", **ED** 240-697.

BACIGALUPO DE GIRARD, M.: "Actualidad en derecho de familia", **JA** 2009-II-812.

BAY, N.: "Alimentos y abuelos. Subsidiariedad atenuada a la luz del derecho humano de niñas, niños y adolescentes en el proyecto de reforma argentina", **RDF** 59- 2013- 199.

BELLUSCIO, C.: *Prestación Alimentaria. Régimen Jurídico*. Buenos Aires (2006): Universidad.

BELLUSCIO, C.: "Continuidad de la cuota alimentaria para el hijo mayor de edad", **RDF** N°38, p. 2.

BÉRTOLA, G.: "Extensión de los deberes en materia de alimentos de los padres y abuelos con relación a los menores", **DJ** 2003-2-217.

BIDART CAMPOS, G.: "Las fuentes del derecho constitucional y el principio pro homine", en BIDART CAMPOS –GIL DOMINGUEZ, A. (Coord.): *El derecho constitucional del Siglo XXI, Diagnóstico y Perspectivas*. Buenos Aires (2000): Ediar.

BÍSCARO, B.: "Alimentos a cargo de los abuelos. Principio de solidaridad de la obligación", **JA** 2006-I-21.

BOSSERT, G.: *Régimen Jurídico de los Alimentos*. Buenos Aires (2006): Astrea.

BUSO, E.: *Código Civil Anotado*, t II. Buenos Aires (1945): Ediar.

CASIELLO, J.: "¿Es inconstitucional la prohibición de indexar?", **LL** 2010 – C 711.

CATALDI, M.: "Obligación alimentaria de los abuelos", **RDF** 2007 I 93.

DIEZ PICAZO, L.: Prólogo al libro de Encarna Roca, *Libertad y familia*. Valencia (2014): Tirant Lo Blanch, p. 8.

FAMÁ, M.: "Alimentos debidos a los hijos mayores de edad", **RDF** N 47, p. 225.

GIARDANINO, C.: "Cuota alimentaria y prohibición de actualización. Panorama de una problemática aún vigente", **Rev. Derecho de Familia y las Personas**, LL, 2-2012-53.

GÓMEZ, J.: "Alimentos a favor del hijo mayor de edad para su formación laboral y profesional", **ED** 21 I-822, 2005.

GROSMAN, C.: *Alimentos a los hijos y derechos humanos*. Buenos Aires (2004): Universidad.

GROSMAN, C.: "La mayoría de edad y la responsabilidad alimentaria de los padres", *RDF* 47, p. 17.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. y MOLINA DE JUAN, M. (Dir): *Alimentos*. Buenos Aires, (2014): Rubinzal Culzoni.

LLOVERAS, N.: "La obligación alimentaria de los abuelos y el nieto menor de edad ¿un pariente?", (Dir). AMEAL, O. J., (Coord) GESUALDI, D. *Derecho Privado. Libro homenaje a Alberto J. Bueres*. Buenos Aires (2001): Hammurabi.

MATTERA, M.: "Actualización monetaria en materia alimentaria: necesidad de revisión constitucional", *RDF* N°38-103.

MÉNDEZ COSTA, M., *Visión jurisprudencial de los alimentos*. Santa Fe (2000): Rubinzal Culzoni.

MENEZES DA COSTA, M.: *Os limites da obrigacao alimentar dos avós*. Porto Alegre (2011): Livraria do Advogado.

MERLO, L.: "La obligación alimentaria de los abuelos respecto sus nietos ante la imposibilidad de pago de uno de los progenitores", *Rev. De Derecho de Familia y Sucesiones* IJ-LXIX-658.

MOLINA DE JUAN, M.: "El parentesco en el Anteproyecto del Código Civil", *JA* 2012-II, p 43.

MORELLO, Augusto M. y MORELLO DE RAMÍREZ, María S.: "La obligación alimentaria de los abuelos ante la Convención sobre los Derechos del Niño", *JA* 1998-IV-1090.

MORELLO, A. y MORELLO DE RAMÍREZ, M.: *El moderno derecho de familia*. La Plata (2002): Editora Platense.

NOVELLINO, J. *Los alimentos y su cobro judicial*, 2ª reimp. Santa Fe, (2006): Jurídica Nova Tesis.

PREVALIL, S.: "La prohibición de actualizar y los alimentos", *RDF* 2013 IV 39.

RIPA, M.: "Deber alimentario: niños, niñas, adolescentes y su vinculación con los derechos de género", *JA* 2013-II-78.

SEGURA, R.: "Obligación alimentaria de los abuelos: en la antesala de un nuevo paradigma", *Rev. Abeledo Perrot*, Córdoba, 6- 2012- 638.

SOJO, L.: La obligación alimentaria de los abuelos ¿subsidiaria o simultánea?", *ED* 2009 – 234 – 331.

SOSA, T.: "Obligación alimentaria de los abuelos: subsidiariedad subjetiva y relativa", *DJ*, 2005-3-992.

SOSA, T.: "Obligación alimentaria de los abuelos: de relativamente subsidiaria a concurrente", *Rev. DFyP*, 2-2012-106.

VILLAGRAN, S.: "La constitucionalidad de la subsidiariedad de la obligación alimentaria de los abuelos", *E.D.*, 230-1122.

VILLAVARDE, M.: "Alimentos. Obligación alimentaria de los abuelos", *Rev. Abeledo Perrot* Buenos Aires, 6-2009-702.

WAGMAISTER, A.: "Obligación alimentaria solidaria del padre y de la abuela. Subrogación de la madre que detenta la tenencia en el derecho de sus hijos", *DJ*, 2007-2-821.

YUBA, G.: "La obligación alimentaria de los abuelos a favor de los nietos", *Rev. DFyP*, 6-2011-77.

ZANNONI, E.: *Derecho Civil Derecho de Familia*. Buenos Aires, (2006): Astrea.