

## ***Algunas consideraciones sobre el deber alimentario de los padres respecto de sus hijos menores\****

**Por Campos, Roberto D.**

### **1. Deber alimentario de los padres respecto de sus hijos menores**

La obligación alimentaria de ambos padres respecto de sus hijos menores de edad se sustenta en el deber asistencial emergente de la patria potestad, cuya extensión se encuentra determinada en los arts. 265, 267 y 268 del Cód. Civil. Consecuentemente, su fuente es legal. Subsiste mientras los hijos sean menores de edad, y con algunas características diferenciadoras hasta que estos cumplan los 21 años.

Durante la minoridad, puede concluir antes en los supuestos de emancipación por matrimonio, muerte del hijo o de los padres. Producida la emancipación o cumplidos los 21 años de edad, la obligación alimentaria entre padres e hijos se torna recíproca y encuentra sustento legal en las normas que regulan la obligación alimentaria entre parientes (art. 367 y ss., Cód. Civil), sin perjuicio de la obligación asistencial impuesta a los hijos por el art. 266 del Cód. Civil<sup>1</sup>.

### **2. Alimentos para los hijos hasta los 21 años**

La Convención sobre los Derechos del Niño considera como tal a todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad. Con la sanción de la ley 26.549, que la aprobara con reservas y declaraciones, nuestra legislación interna presentaba una coincidencia con la Convención ratificada acerca del momento desde el cual nacen los derechos-deberes de los padres respecto de sus hijos con fuente legal en la patria potestad pero, por otro lado, mantenía una importante diferencia porque extendía la minoridad, y por ende la consideración de niño, hasta los 21 años.

Consecuentemente, y con fundamento en lo dispuesto en diversas normas, como el art. 41 de la referida Convención, las reservas efectuadas por la ley 23.849 y lo preceptuado en el art. 75, inc. 22 de la Const. nacional, se aplicaban las normas de derecho interno, por resultar más beneficiosas para el menor. Esta situación sufrió una importante modificación luego de la sanción de la ley 26.549, que estableció la mayoría de edad a los 18 años, y con ello la cesación de las incapacidades de obrar propias de los menores de edad, en coincidencia con la Convención sobre los Derechos del Niño.

Ahora bien, la ley mencionada en último término también modificó el art. 265 del Código Civil disponiendo que, sin perjuicio de que la plena capacidad de hecho se adquiere el día en que se cumplen los 18 años, subsiste en cabeza de ambos progenitores el deber alimentario hasta los 21, salvo que el propio hijo o el padre

---

\* **Bibliografía recomendada.** Extraído de Microjuris.

<sup>1</sup> Campos, Roberto D., *Alimentos entre cónyuges y para los hijos menores*, Bs. As., Hammurabi, 2009, p. 135.

(con un claro desacierto de técnica legislativa pues corresponde referirse a “los padres” o, más adecuadamente, a “ambos progenitores”) acredite que el alimentado cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo.

La ley 26.579 indudablemente incorpora una nueva fuente al deber alimentario con características diferenciadoras de aquellas que abrevan en el parentesco y en la patria potestad. Así el deber alimentario de los padres respecto de sus hijos menores deriva de la patria potestad y respecto de los mayores de 21 años encuentra sustento en la obligación recíproca entre padres e hijos con fuente en el parentesco<sup>2</sup>.

La nueva franja del deber alimentario de los padres respecto de sus hijos se extiende desde la mayoría de edad, hoy a los 18 años, hasta que aquellos cumplan los 21 años. Existen destacables diferencias entre la nueva prestación y la que deriva de la patria potestad. Por lo tanto resulta imposible asimilarlas totalmente, lo que lleva al nacimiento de una nueva fuente legal en la materia. En consecuencia a partir de la sanción de la ley 26.579, tenemos tres fuentes posibles de la obligación alimentaria de los padres respecto de sus hijos: la patria potestad, el parentesco y, se agrega, el vínculo filial, como ha sido caracterizado con acierto por Solari<sup>3</sup>. Esta nueva legislación tiene los típicos inconvenientes de toda reforma parcial, esto es, la adaptación a los plexos normativos que fueron dictados a la luz de otra realidad y que se mantienen vigentes. Pero debe destacarse que, por primera vez en nuestra legislación, se incorpora la obligación alimentaria de los padres respecto de sus hijos mayores de edad con una fuente legal y distinta de la que impone el art. 367, inc. 1° del Cód. Civil.

También surgen algunos interrogantes cuando el hijo mayor de 18 y menor de 21 acredita la falta de necesidad de la prestación alimentaria y releva a sus progenitores de esta obligación. Siendo mayor de edad y en la circunstancia descrita, la obligación o deber alimentario se tornaría recíproco con fuente en el parentesco, en consecuencia consideramos que los padres podrían, de encontrarse en la situación prevista en el art. 370 del Cód. Civil, requerirle alimentos a su hijo mayor de 18 años y menor de 21. Siendo el hijo mayor de edad y demostrando capacidad económica suficiente como para procurarse alimentos por sí mismo, no vemos inconveniente para la aplicación en este supuesto del art. 367 del Código citado.

### **3. Límites a la solidaridad familiar**

El título de este apartado plantea el siguiente interrogante: en qué punto el legislador coloca el límite de la solidaridad o asistencia familiar en las obligaciones alimentarias de los padres respecto de sus hijos menores y, en su caso, ¿hasta los 21 años? Entendemos que la normativa del art. 265 ofrece una respuesta adecuada y suficientemente clara al establecer que aquéllos tienen la obligación de alimentarlos conforme a su condición y fortuna. En otras palabras, la situación o estatus económico de los padres fijará la medida de la obligación alimentaria respecto de

---

<sup>2</sup> “Si el padre paga la cuota al hijo mayor de 18: ¿cancela la obligación alimentaria acordada para ser pagada a la madre durante la minoridad del hijo?”, Cuaderno Jurídico Familia, p. 9, noviembre de 2010, n° 12.

<sup>3</sup> Solari, Néstor E., *Alimentos debidos a los hijos entre los 18 y 21 años. La nueva ley 26.579*, LL, 20/4/10, p. 1.

sus hijos menores. Se sostuvo con indiscutible acierto que las posibilidades de los padres resultan un tope o límite infranqueable, más lógico que legal, porque nadie puede ser obligado a dar lo que no tiene<sup>4</sup>. Respecto de los recursos que los padres pueden utilizar para cumplir con su deber, el mismo artículo informa que lo harán no sólo con los bienes de los hijos sino con los suyos propios. Compartimos la doctrina que considera que el deber de asistencia de los padres tiene su límite en la real o verdadera situación económica y nunca puede ir en desmedro de la asistencia que se debe a sí mismo aquel que se halla en la obligación de prestarla<sup>5</sup>.

A los fines de determinar y precisar los alcances de los términos “condición” y “fortuna”, será necesario considerar exclusivamente el patrimonio y la situación económica de los padres. Consecuentemente, no se podrá determinar a priori el límite de la obligación alimentaria. Ahora bien, una vez establecida esa medida, límite o extensión de la prestación a los fines de solventarla en la magnitud ya fijada, la norma dispone que los recursos provendrán del patrimonio del menor y del de los padres.

También se han considerado los límites del aporte alimentario de los padres respecto de sus hijos menores cuando aquéllos poseen un cuantioso patrimonio. En este sentido Zannoni<sup>6</sup> considera que no hay límites en tanto existan posibilidades. En sentido inverso otros autores y la jurisprudencia más reciente sostienen que el límite de la cuota alimentaria va a estar dado por las necesidades de los hijos y no por la fortuna del progenitor.

En resumen, cuando la fortuna de los padres o sus ingresos resultan muy superiores a las necesidades de sus hijos menores, la medida o límite del deber alimentario de aquéllos estará determinado por esta pauta.

#### **4. Deber de ambos padres**

Con anterioridad y acorde con los roles asignados al hombre y a la mujer en la organización familiar y su consecuente reflejo en la legislación vigente en ese tiempo, la obligación alimentaria respecto de los hijos menores pesaba preponderantemente sobre el padre. Este criterio resultaba coherente con las obligaciones asignadas al padre de familia como principal proveedor de ésta, los derechos y deberes personales del matrimonio y la gestión marital de los bienes. Las sucesivas reformas legislativas cuyo corolario fue la absoluta equiparación de los derechos del hombre y la mujer, trajeron como consecuencia necesaria la igualdad de ambos progenitores frente al deber alimentario respecto de sus hijos menores<sup>7</sup>. La Convención sobre los Derechos del Niño dispone en forma similar, en su art. 18, que ambos progenitores son responsables de la crianza y del desarrollo de sus hijos menores.

Si bien este deber alimentario emergente de la patria potestad recae en forma igualitaria sobre ambos progenitores, no significa que deberán efectuar contribuciones similares o equivalentes; en este caso se tendrán en cuenta los roles que cada

<sup>4</sup> Mazzinghi, Jorge A., *Derecho de familia*, t. II, Bs. As., Depalma, 1996, p. 297.

<sup>5</sup> Méndez Costa, María J., *Visión jurisprudencial de los alimentos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 112.

<sup>6</sup> Zannoni, Eduardo, *Derecho civil. Derecho de familia*, t. II, Bs. As., Astrea, 5ª ed., 2006, p. 724.

<sup>7</sup> Campos, *Alimentos entre cónyuges y para los hijos menores*, p. 136.

padre desarrolla en el grupo familiar y esto determinará las características y la entidad del aporte que efectúen en función de esta obligación frente a sus hijos menores.

En numerosos fallos se sostuvo que “conforme al art. 265 del Cód. Civil, ambos padres deben alimentos a sus hijos conforme a su condición y fortuna, debiendo tenerse en cuenta entonces el trabajo que desarrolla cada uno, o el que puede desarrollar, la capacitación con que cuentan, título profesional, oficio, actividades ya cumplidas, nivel de educación, los bienes ya fructíferos que cada uno posee, los bienes de capital improductivos que podrían convertirse en bienes fructíferos, la vivienda con que cuentan, el estado de salud de cada uno en la medida que influye en su posibilidad de obtener ingresos y le demande gastos para la atención de sus propias dolencias”<sup>8</sup>.

## **5. Necesidades a cubrir**

El contenido de la prestación alimentaria prevista por el art. 267 del Cód. Civil resulta, en comparación con otros regímenes alimentarios, el más amplio en virtud de la multiplicidad de conceptos que abarca. En esta norma encontramos las pautas necesarias para poder establecer el contenido de este derecho-deber, el que se cumplirá acabadamente cuando los padres atiendan las necesidades de sus hijos detalladas en la norma mencionada y lo hagan en la medida o extensión de su condición y fortuna, utilizando a tal fin los medios que la misma ley dispone.

Una de sus características diferenciadoras, y que destaca a este régimen del resto de las fuentes alimentarias, es aquella que dispone que los requerimientos de los hijos menores se presumen por su condición de tales, consecuentemente, no están sometidos a la prueba de su necesidad. Este axioma, actualmente con plena vigencia hasta los 18 años, varía notablemente en la obligación alimentaria que surge a partir de esa edad. En este caso la presunción pierde vigencia en razón de lo dispuesto en el art. 265, párr. 2° respecto de la posibilidad que tienen, tanto alimentante como alimentado, de probar la falta de necesidad. De lo expuesto se infiere que la prestación alimentaria debida a los hijos hasta los 21 años encuentra fundamento en la necesidad económica del sujeto.

## **6. Padres no convivientes. Coparticipación. Posibilidades económicas del alimentante**

El art. 264 del Cód. Civil, de acuerdo a la ley 23.264, dispone que el ejercicio de la patria potestad se encuentra en cabeza de ambos padres; en consecuencia, la obligación de prestar alimentos a sus hijos menores recae en forma igualitaria sobre ambos, aunque se ha precisado con acierto que la igualdad de los padres frente al deber alimentario de sus hijos menores es inherente a la patria potestad y no a su ejercicio, dependiendo de la situación de hecho de cada parte la medida de su contribución. La normativa no sólo prevé este deber para los casos de una convivencia armoniosa sino que también lo impone ante los distintos supuestos de crisis familiar,

---

<sup>8</sup> CApelCivCom Azul, 13/7/10, “G. E. M. c/D. S. R. J. s/alimentos”, MJJ56489.

como la separación de hecho, el divorcio vincular, la separación personal y la nulidad de matrimonio, sin perjuicio de que la tenencia del hijo sea ejercida por uno de ellos (art. 271, Cód. Civil). Por lo tanto, resulta imprescindible ponderar las alteraciones que se producen cuando los padres no conviven, sin perjuicio de que la norma del art. 271 mantiene inalterable este deber alimentario en los distintos supuestos de crisis familiares que desencadenen la separación de hecho de aquéllos, el divorcio vincular, la separación personal o la nulidad del matrimonio.

Como ya expresamos, a partir de la sanción de la ley 23.264 los progenitores se encuentran en situación similar respecto del deber alimentario para con sus hijos. En función de lo dispuesto en los arts. 265, 271 y 1300 del Cód. Civil, ambos deben contribuir a los alimentos del hijo en forma proporcional a sus respectivos ingresos. Pero esta situación sufre alguna variación cuando los padres se encuentran separados pues, para estimar la contribución del progenitor que tiene la guarda de los hijos, deben considerarse los aportes en especie que hace y que tienen significación económica, como así también debe ponderarse la atención cotidiana que presta al hijo, pues ello implica una inversión de tiempo al que debe atribuírsele valor, ya que con esta actividad el progenitor resta tiempo para realizar actividades lucrativas. Así lo han interpretado nuestros tribunales al considerar que “corresponde, en principio, al progenitor no conviviente proveer a las necesidades alimentarias en mayor proporción, pues quien ejerce la tenencia efectúa a diario una contribución en especie y en tiempo, ya que tiene a su cargo el cuidado, supervisión y atención directa de los hijos, tareas que si fueran asumidas por terceras personas tendrían un costo económicamente evaluable que generaría mayores erogaciones a ambos padres”<sup>9</sup>.

“Si bien la obligación alimentaria pesa sobre ambos progenitores, quien vive con los hijos compensa brindándoles cuidado y dedicación, razón por la cual recae sobre el padre no conviviente la obligación de pagarlos en mayor proporción”<sup>10</sup>.

En conclusión, en los casos de padres no convivientes el deber alimentario de éstos frente a sus hijos menores no se altera, lo que sí se modifica es la forma de efectuar la prestación, la que seguirá siendo igualitaria, pero en un caso será en especie como consecuencia necesaria de la convivencia con los menores, y en el otro caso, la contribución será material, generalmente mediante el pago de una cuota alimentaria dineraria, la atención en forma directa de las necesidades de los hijos mediante el pago a terceros o la combinación de ambos sistemas.

Ahora bien, lo expuesto no significa que el aporte alimentario que efectúa el progenitor que ejerce la tenencia se agote en su contribución en especie, atendiendo y cuidando en forma cotidiana a sus hijos, que lo releve de efectuar contribuciones en dinero si se encuentra en condiciones de hacerlo. El padre que ejerce la guarda debe aportar su mayor esfuerzo porque la tenencia y los gastos que se generan como consecuencia de ella no excluyen su contribución económica, sobre todo, si cuenta con posibilidades ciertas y adecuadas para hacerlo. En consecuencia, no hay obstáculo alguno para que el progenitor obligado al pago de una cuota dineraria solicite la coparticipación del otro que ejerce la tenencia de los menores, teniendo en cuenta la situación y los recursos de este último. Por lo tanto, sus posibilidades de contribución deben ponderarse como una coparticipación que cabe al que ejerce la

<sup>9</sup> CNCiv, Sala J, 25/6/10, “P. A. S. c/R. C. A.”, *LLOnline*, AR/JUR/29470/2010.

<sup>10</sup> Sala C, 20/9/07, “C. V. C. y otro c/N. S. H. J.”, *LLOnline*, AR/JUR/9390/2007.

tenencia en beneficio del hijo menor alimentado y no como una liberación del deber que incumbe al otro progenitor. En este sentido se sostuvo que “a efectos de establecer el quantum de la cuota alimentaria que el padre deberá abonar en favor de su hijo menor, no sólo debe tenerse en cuenta las posibilidades económicas de aquél, sino también la contribución de la madre”<sup>11</sup>.

Indudablemente esta coparticipación del progenitor que ejerce la guarda se resolverá mediante una estimación económica de su contribución dineraria, pues, como se sostuvo con acertado criterio, no se le puede imponer un aporte dinerario al progenitor que administra y recibe la cuota alimentaria del otro, resultando un contrasentido obligarlo a integrar una suma de dinero que el mismo va a administrar<sup>12</sup>.

Respecto de las posibilidades económicas del alimentante, el criterio de valoración para determinar su capacidad económica es amplio; por ende, no sólo se admite la prueba directa sino también la indirecta y los indicios y presunciones que surgen generalmente del estilo de vida que lleva. Los ingresos que obtiene, cuando son comprobables porque trabaja en relación de dependencia u obtiene entradas regulares y estables en razón de su actividad, resultan elementos importantes, pero no son los únicos. También la magnitud de su patrimonio es un factor adecuado para demostrar su capacidad o aptitud para satisfacer la cuota alimentaria. Por lo tanto, diversos factores resultan apropiados para demostrar la capacidad del obligado al pago de la cuota y no solamente sus ingresos. En este sentido en numerosos fallos se ha considerado como pauta que el alimentado tribute en ganancias y en el impuesto al valor agregado, que tenga vehículos y que habite en una vivienda de construcción moderna y espaciosa, con muebles y electrodomésticos de buena calidad<sup>13</sup>. Resultan también circunstancias a considerar para determinar la capacidad económica del progenitor obligado al pago de una cuota alimentaria el hecho de que tenga otras personas a su cargo, su estado de salud y la cantidad de hijos.

La formación de una nueva familia y la llegada de nuevos hijos no pueden desconocerse como circunstancias que influirán de alguna manera sobre la prestación alimentaria. Si bien compartimos el criterio de que esta nueva situación no puede alterar o afectar las obligaciones alimentarias contraídas con anterioridad, no podemos dejar de observar que la rigidez del mismo se resiente frente a los múltiples supuestos que pueden presentarse en los hechos. Resulta indudable que el nacimiento de nuevos hijos genera nuevas responsabilidades y requerimientos a cubrir, consecuentemente en función de los principios de solidaridad familiar que sustentan al derecho alimentario, los aportes que el alimentante efectúe deberán ser igualitarios, respecto de todos sus hijos y conforme a las necesidades de cada uno de ellos, sean estos de un matrimonio anterior, de una nueva unión, matrimoniales o extramatrimoniales.

Otro aspecto a considerar es la situación laboral del progenitor obligado al pago de la cuota alimentaria, en particular su posible desvinculación si se trata de un trabajador dependiente. Indudablemente este hecho traerá consecuencias sobre la cuota alimentaria, su monto e incluso sobre su normal cumplimiento. En este supuesto deben tomarse en cuenta las causas de la ruptura del contrato de trabajo pa-

---

<sup>11</sup> Sala E, 11/3/09, “B. I. S. y otro c/J. F. O. s/alimentos”, *LLOnline*, AR/JUR/1742/2009.

<sup>12</sup> Sala L, 22/4/96, “L. M. I. c/Q. L. A.”, *LLOnline*.

<sup>13</sup> CCC Bell Ville, 27/6/07, “A. S. H. c/P. J. L.”, *LLOnline*.

ra dar respuesta a la situación planteada. De manera tal que si el distracto laboral se produce por renuncia del trabajador alimentante, por la causa o el motivo que fuera, este acontecimiento no lo excusará del pago regular e íntegro de la cuota alimentaria a favor de sus hijos. Por el contrario, cuando la desvinculación es consecuencia de un despido, debe considerarse con distinto criterio, aunque siempre estricto, pues en este supuesto la merma de sus ingresos es consecuencia de un hecho ajeno a su voluntad; por lo tanto, resultaría viable una reducción de la prestación alimentaria que se adecue a su nueva situación hasta tanto ésta se modifique.

La estrictez en la apreciación y la consideración de estos acontecimientos reposa en el principio de que los menores no deben probar la necesidad de los alimentos, porque ésta se presume en razón de su condición y el consecuente esfuerzo que deben realizar sus padres para procurárselos. Pero determinadas situaciones coyunturales no pueden dejar de considerarse a los fines de apreciar con justicia estos casos. En este sentido coincidimos con quienes sostienen que si el despido se produce en un contexto de significativa desocupación<sup>14</sup> deberá encontrarse un adecuado equilibrio con el deber que tiene el progenitor alimentante de esforzarse y procurarse un nuevo trabajo o fuente de ingreso para alimentar a sus hijos.

Lo expuesto no implica desconocer que los padres deberán realizar el máximo esfuerzo para procurar cumplir con su deber alimentario, sino que se tomen en cuenta hechos de la realidad que, en mayor o menor medida, impactarán sobre la prestación alimentaria y su cuantía.

© Editorial Astrea, 2013. Todos los derechos reservados.

---

<sup>14</sup> Belluscio, Claudio, *Prestación alimentaria. Régimen jurídico*, Bs. As., Universidad, 2006, p. 334.