

Título: La procedencia del reclamo de alimentos hacia progenitor/a afín

Autores: Clément, María Florencia - Barrios Colman, Noelia A.

Publicado en: RCCyC 2020 (octubre), 05/10/2020, 121

Cita: TR LALEY AR/DOC/2863/2020

Sumario: I. Introducción.— II. Antecedentes de la figura de progenitor/a afín.— III. Tutela a las diferentes situaciones familiares.— IV. Derechos y deberes del progenitor/a afín.— V. La obligación alimentaria.— VI. Requisitos para la procedencia.— VII. Pautas para la determinación del quantum de la obligación.— VIII. Conclusiones.

(*)

(**)

I. Introducción

El Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante Cód. Civ. y Com.) incorporó en el tít. VII, cap. VII los "Deberes y derechos de los progenitores e hijos afines". Este hecho refleja un reconocimiento de las múltiples realidades familiares que requerían necesariamente un amparo legal, tutela que vino de la mano de considerar la socioafectividad, como criterio de asignación de consecuencias jurídicas.

Con base en el principio de realidad, sobre todo regente para el análisis de las relaciones de familia, hacemos propias las palabras de quienes comentaron el nuevo Código al decir que "el derecho tiene un fuerte contenido de realidad: la ley debe ser útil para resolver los problemas concretos de las personas y no conformarse con meras abstracciones. Y esta es una preocupación evidente en el Cód. Civ. y Com.: ofrecer una legislación al servicio y en protección de las personas" [\(1\)](#).

Ya respecto a la novedosa figura que será objeto de este análisis, es en el art. 676 donde se encuentra incorporada: la obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos e hijas del otro/a.

Realizaremos un breve examen de la regulación vigente desde 2015 para luego introducirnos en el estudio de la obligación alimentaria del progenitor/a afín y sus requisitos de procedencia.

II. Antecedentes de la figura de progenitor/a afín

Si bien en el Código Civil de Vélez Sarsfield no se encontraba receptada esta figura tal y como se la encuentra actualmente en el Cód. Civ. y Com., sí se regulaban los efectos respecto al parentesco que surgía como consecuencia del matrimonio de dos personas, es decir, del parentesco por afinidad [\(2\)](#).

En lo que respecta al vínculo filiatorio, con el paso de los años comenzaron las construcciones doctrinarias y jurisprudenciales con basamentos constitucionales tendientes a reconocerles derechos a los progenitores y progenitoras denominados "afines" respecto de los hijos de sus cónyuges y concubinos, así como deberes en ese mismo sentido. De más está hacer mención, que los precedentes fueron cimentando lo que luego dio lugar a la actual regulación de derechos y deberes de progenitores e hijos/as afines.

No obstante, la regulación carecía de efectos más allá de la duración del vínculo, algo que se modificó en la normativa actual. "Los vínculos entre la/el conviviente o cónyuge de una persona con hijos y estos hijos, fundamentalmente ante la ruptura de la pareja, carecían en el Cód. Civil de normas que los regulen" [\(3\)](#).

Respecto de la obligación alimentaria de estos "progenitores/as por afinidad", el Código velezano reconocía en el art. 368 la obligación alimentaria para con los hijos/as del cónyuge, limitando la obligación a las relaciones afectivas derivadas del matrimonio, y fijando el carácter subsidiario, es decir, siempre y cuando no hubiera otros parientes consanguíneos, que pudieran ocuparse. Esto último es algo que, como se analizará, se mantiene en la regulación actual.

III. Tutela a las diferentes situaciones familiares

Con fundamento en el art. 14 bis de la CN [\(4\)](#), el Cód. Civ. y Com. ha otorgado recepción expresa a diferentes "realidades familiares ante la unión, matrimonial o no, de dos personas de diferente o igual sexo que, a su vez, contaban ya con hijos de relaciones, o uniones o meras circunstancias anteriores" [\(5\)](#).

Como puede observarse, se ha buscado dar recepción legislativa a todas las formas de familias que pueden existir actualmente, porque, si hay algo que la realidad nos demuestra día a día es que no existe un único modelo de familia válido.

Cotidianamente lo que se conoce como "familias ensambladas", es decir, aquel "grupo constituido por una pareja unida en matrimonio o en unión convivencial y sus descendientes, junto a los descendientes de uno o ambos miembros de aquella, nacido de relaciones anteriores" [\(6\)](#), hoy encuentran una regulación expresa y específica para sus contingencias, antes sin consideración de parte del legislador.

En el mismo sentido se ha expedido la sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe en el fallo "R. I. E. R. c. Caja Forense de Santa Fe s/ amparo" de septiembre de 2019 al decir: "Restringiendo el <grupo familiar> conviviente a los <hijos> que ostenten <filiación> únicamente y no a los <afines>— devendría inconstitucional por <discriminatorio>, pues la Convención sobre los Derechos del Niño, dotada de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN), declara que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir el amparo necesario para poder asumir plenamente su responsabilidad dentro de la comunidad".

IV. Derechos y deberes del progenitor/a afín

El mismo Cód. Civ. y Com. se encarga de definir al progenitor/a afín en el art. 672 de la siguiente manera: "Se denomina progenitor afín al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente".

A continuación, en el art. 673, "el Código realiza una incorporación muy importante al establecer los derechos y deberes de los hijos y de los progenitores afines" (7).

Como fue mencionado anteriormente, la relevancia de esta nueva regulación radica en el reconocimiento de una situación familiar que en la realidad argentina ya venía aconteciendo desde hacía muchos años. La prerrogativa expresa para aquellos cónyuges o convivientes de poder tomar de forma válida y legítima decisiones en cuanto a la crianza, educación y actos cotidianos de los hijos del progenitor fue una decisión de política legislativa acertada para brindar tutela legal a las personas alcanzadas por esa realidad.

El nuevo Código "le otorga determinados derechos y deberes a cargo de tales personas en beneficio de los hijos de su pareja —casada o no— con quienes convive" (8). Es menester destacar que en cuanto a los deberes de tal progenitor/a la enumeración no es taxativa, siendo de carácter amplio las menciones que se realizan expresamente en el art. 673.

Además del carácter meramente enunciativo, los derechos y deberes enumerados deben coordinarse con los derechos y deberes de ambos progenitores, respetando no solo la del progenitor conviviente o cónyuge sino también la del otro progenitor/a, el no conviviente. Ello así "pues no se trata de una sustitución sino de complementarse en las tareas de cuidado. Colaborar o cooperar, no significa sustituir ni reemplazar" (9). El objetivo de la regulación es sumar contribuciones en la crianza de los hijos e hijas no reemplazarlas. Se realiza de ese modo teniendo en consideración los intereses de niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) y en miras a que esto redunde en su beneficio.

Frente a esta labor mancomunada, se realiza una salvedad de forma manifiesta en el art. 673 cuando se establece que "en caso de desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente prevalece el criterio del progenitor". Se realiza de ese modo, porque se reconoce que el progenitor tiene la responsabilidad parental sobre sus descendientes, algo de lo que carece el progenitor/a afín.

No obstante lo antes mencionado, en el art. 674 se prevé la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental en el progenitor/a afín cuando el/la progenitor/a a cargo "no estuviera en condiciones de cumplir la función en forma plena por razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria". A ello se adiciona el requisito de que el otro progenitor/a (el no conviviente) también tenga imposibilidad de ejercer la responsabilidad parental o que tal desempeño no fuera conveniente que lo asuma en forma exclusiva. La delegación del ejercicio de la responsabilidad parental requiere de homologación judicial salvo, que sea realizada de común acuerdo por ambos progenitores.

Como se observa, todas las causales —si bien meramente enunciativas— tienen como denominador común la característica de que son transitorias.

Por otro lado, también existe previsión del ejercicio conjunto de la responsabilidad parental en el art. 675. Ello podrá realizarse en caso de muerte, ausencia o incapacidad del otro progenitor/a. Se requiere en este supuesto que tal progenitor/a no esté presente, o se encuentre imposibilitado/a de un modo más permanente, recayendo en el otro/a la responsabilidad parental. De modo imperativo en este supuesto se exige la homologación judicial de lo acordado y el ejercicio tiene una duración determinada: hasta la ruptura del vínculo conyugal o convivencial o hasta que el/la progenitor/a imposibilitado/a (en los casos en que corresponda) recupere su capacidad de ejercer la responsabilidad parental.

En un punto intermedio el Código Civil y Comercial regula la toma de decisiones respecto a los hijos e hijas del cónyuge o conviviente, permitiéndolas siempre y cuando sean de carácter urgente y se efectúen ante situaciones de emergencia eventuales que pudieran surgir. "La conducta debida impuesta al progenitor afín es subsidiaria, no sustituye la responsabilidad parental propiamente dicha salvo en cuestiones urgentes específicas, ni puede prevalecer sobre ella ni sobre las decisiones cotidianas de su pareja progenitor del menor" (10).

V. La obligación alimentaria

Preliminarmente, es necesario dejar en claro que la obligación alimentaria tiene su fundamento en la responsabilidad parental, motivo por el cual quienes se encuentran obligados a darle cumplimiento son, en principio, los progenitores. Sin embargo, fruto de la recepción legislativa de esta nueva figura, el/la progenitor/a afín, el nuevo Código prevé el deber de prestar alimentos a los/as hijos/as de su cónyuge o concubino/a.

Es el art. 676 del Cód. Civ. y Com. el que expresamente reconoce esta obligación, ya que dispone: "La obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro, tiene 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 con las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia".

Lo más novedoso quizás es que el deber alimentario se extiende inclusive hasta una vez finalizado el vínculo (aunque en carácter subsidiario). No obstante, la base de esta obligación alimentaria ya no es la responsabilidad parental sino "principios básicos, como la solidaridad familiar, el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y su derecho a un nivel de vida digno" [\(11\)](#) para estos. Entendieron los legisladores y legisladoras (y así también lo hizo la Comisión de Reforma) que el afecto es determinante a la hora de establecer legítimamente un rol preponderante del progenitor/a afín en la vida de los hijos/as de su cónyuge o conviviente.

Es por ello que la obligación alimentaria del progenitor/a afín con el hijo/a de su cónyuge o conviviente rige en principio mientras dure la relación, y puede extenderse aun finalizada esta si con la ruptura del vínculo se produce un grave daño al NNA. Así, si la disolución del vínculo o la ruptura de la convivencia puede generar un daño grave en el NNA (cambiando la situación en la que vivía con un grave perjuicio a su subsistencia) la solicitud de esta prestación con posterioridad a la disolución del vínculo matrimonial o convivencial debe prosperar.

En los casos donde existió una relación matrimonial se sustenta, además, por el deber de contribución que existe entre cónyuges. El art. 445 del Cód. Civ. y Com. dispone: "Deber de contribución. Los cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos. Esta obligación se extiende a las necesidades de los hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de los cónyuges que conviven con ellos".

En función de todo lo expuesto podemos ver que la regla es que la ruptura de la convivencia o disolución del vínculo conyugal hace desaparecer esta obligación alimentaria toda vez que desaparece el motivo primario de la obligación alimentaria prevista. Ahora bien, si el cambio de situación puede generar un grave daño para el NNA procede lo que se denomina la: "cuota asistencial".

VI. Requisitos para la procedencia

En esta instancia se pueden vislumbrar claramente las características de esta obligación alimentaria: es subsidiaria y temporal.

Subsidiaria porque en primer lugar quienes tienen obligación alimentaria respecto a NNA son los/las progenitores/as y parientes consanguíneos en virtud de la titularidad de la responsabilidad parental. La imposibilidad de tales parientes deberá ser total o parcial para que proceda el reclamo ante el progenitor/a afín. Ese extremo debe ser acreditado por el/la reclamante al demandar. Asimismo, se entiende que "podrá ser reclamado su cumplimiento cuando los progenitores no puedan cumplir con esta prestación y tampoco puedan hacerlo los ascendientes o hermanos bilaterales o unilaterales, ya que el art. 537 establece el orden de cumplimiento, y el art. 538 alude a la obligación alimentaria entre parientes por afinidad" [\(12\)](#).

A nivel procesal "la subsidiariedad de la obligación no impone la sucesividad procesal del reclamo, pudiendo reclamarse simultáneamente a los padres del menor y al progenitor afín, y acreditarse la imposibilidad de obligado principal en el mismo proceso" [\(13\)](#).

Sin embargo, el carácter subsidiario de la obligación alimentaria no sería tal mientras se produce la convivencia del progenitor afín con el hijo de su pareja (cónyuge o conviviente). Como bien lo expresa Pitrau, "resulta dudosa la efectividad de la subsidiariedad en la medida que en la mayoría de los casos el progenitor afín convive con el hijo de su cónyuge, o conviviente y cotidianamente aporta para el sustento de estos niños o adolescentes, ya que entre todos integran la familia, por lo que su obligación subsidiaria se tornaría primaria y tendría como base la convivencia con ese niño" [\(14\)](#).

Así, la subsidiariedad propugnada no se aplica cuando nos encontramos frente a reclamos realizados durante

la convivencia por el propio progenitor, quien podría exigir al afín la contribución alimentaria fundado en un deber común. La subsidiariedad, entonces, sirve para repeler planteos por parte del progenitor que no es su pareja y de los parientes que se encuentran en un orden de prelación preferente en cuanto a su obligación alimentaria (los abuelos, por ejemplo).

Respecto al carácter temporal, la obligación alimentaria en principio es transitoria y limitada a la duración del vínculo matrimonial o convivencial. Se entiende que la ruptura "implica el cese de la obligación alimentaria, pues ya no se presentarán las características que justifican su imposición, como es compartir el día a día con el hijo" (15).

Sin embargo, se ha entendido que "la ruptura de la pareja no es un argumento suficiente ni necesario para interrumpir este tipo de vínculos" (16). En ciertos supuestos, la obligación alimentaria adquiere un carácter asistencial. Así, conforme lo establece el art. 676, "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 con las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia".

Analizando ya puntualmente la procedencia, se tendrá en cuenta primero el nivel de vida del NNA. No será suficiente una leve modificación, es necesario que el perjuicio sea grave, que el daño que produzca la ruptura del vínculo sea significativo. Posteriormente, se deberá considerar la aplicación de la obligación por un tiempo determinado para evitar que se generen situaciones de abuso. Por ello, la obligación alimentaria impuesta por el juez será transitoria, fijándose un límite temporal el cual, según lo mentado por el legislador/a, no puede superar el tiempo que haya durado el vínculo entre el progenitor/a y el/la progenitor/a afín.

Finalmente, la extensión alimentaria será únicamente para solventar las necesidades básicas del hijo/a, "alimentos asistenciales", no siendo igual de amplia que lo que era durante la convivencia.

VII. Pautas para la determinación del quantum de la obligación

Conforme lo expresado en el art. 676, el juez o jueza deberá analizar tres parámetros para poder cuantificar la obligación alimentaria del progenitor/a afín, a saber:

- Condición económica del obligado/a.

- Necesidades del alimentado/a: tal como lo sostiene la autora Adriana Krasnow, la solución legal —al referirse al deber alimentario del progenitor afín— se corresponde con el deber que asumen los progenitores, u otras personas responsables del NNA, de garantizar la efectividad del derecho a gozar de un nivel de vida adecuado, contenido en los instrumentos internacionales de derechos humanos (art. 27, inc. 3º, CDN).

- Tiempo de convivencia: la sala 1ª de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, de Minería y Familia con Competencia en las II, III, IV, V Circunscripciones de Neuquén en fecha 12/10/2017, confirmó en autos: "O. G. N. c. R. C. A. s/ alimentos para los hijos" que "... [l]as cuotas alimentarias que el demandado debe abonar a favor de su exconviviente y su hija afín no pueden extenderse por un plazo mayor al decidido en la instancia de grado, que fue fijado teniendo en consideración el tiempo de convivencia de las partes...". El tiempo de la convivencia en referido caso había sido menor a un año y la progenitora de la niña solicitó la prestación hasta la mayoría de edad de esta.

VIII. Conclusiones

- De la lectura del presente podemos afirmar que fue muy oportuna la decisión de las y los legisladores de reconocer efectos a otras realidades familiares, cada vez más frecuentes. El supuesto estudiado responde a los requerimientos derivados de la Convención sobre los Derechos del Niño, que exige el pago de la cuota alimentaria (pensión alimenticia en palabras de la Convención) por parte de los padres o de otras personas que tengan responsabilidad financiera respecto del NNA (art. 27.4).

- Si bien tiene naturaleza alimentaria (pero el art. 676 la denomina cuota asistencial), se distingue de los alimentos derivados de la responsabilidad parental por la subsidiariedad, la provisionalidad y su composición, ya que esta se limita a cubrir necesidades básicas.

- Creemos que tienen que ser interpretados con un criterio prudencial los casos en que si bien existe otro obligado u obligada al pago de estos alimentos (progenitor/a), puede demostrarse que el progenitor/a afín demandado/a es quien ha asumido el sostén y la crianza del NNA en el tiempo que duró el matrimonio o la convivencia. Máxime si la ruptura ocasiona un grave daño al nivel de vida del NNA, lo contrario implicaría contrariar los preceptos internacionales en la materia.

(*) Abogada por la Universidad Nacional del Litoral (UNL). Adscripta en la Cátedra Fundamentos de

Derecho Privado, UNL. Secretaria de la Comisión de Consumidores del Colegio de Abogados de la ciudad de Santa Fe. Integrante del Instituto de los Derechos de la Mujer del Colegio de Abogados de la ciudad de Santa Fe. Integrante del Comité Evaluador Externo de la Revista En Letra Derecho Civil y Comercial. Estudiante de la Diplomatura en Género, 3ª Cohorte (Acción Educativa Santa Fe y Universidad Tecnológica Nacional - Santa Fe).

(**) Abogada por la Universidad Nacional del Litoral (UNL). Diplomada en Derechos Económicos, Sociales y Culturales por la Secretaría de Derechos Humanos y Pluralismo Cultural de la Nación en forma conjunta con la Universidad Nacional de la Patagonia "San Juan Bosco" y la Subsecretaría de Derechos Humanos de la provincia de Chubut. Especialización en curso en Derecho Procesal Civil (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral). Presidenta del Instituto de DD.HH. del Colegio de Abogados de Santa Fe, 1º Circunscripción.

(1) "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo II", Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, p. 521.

(2) Véanse los arts. 323, 345, 350, 351, 363, 368, 376 bis y 1275, inc. 1º del Cód. Civil derogado.

(3) "Código Civil y Comercial de la Nación...", ob. cit., p. 521.

(4) En el tercer párrafo del artículo se estipula que "El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna" —el destacado nos pertenece—.

(5) "Código Civil y Comercial de la Nación...", ob. cit., p. 521.

(6) "Código Civil y Comercial de la Nación", MEDINA, G. (dir.) — RIVERA, J. C. (coord.) — ESPER, M., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014.

(7) "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", LORENZETTI, R. L. (dir.), Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, 1ª ed., t. IV, p. 463.

(8) "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", LORENZETTI, R. L. (dir.), ob. cit., p. 459.

(9) "Código Civil y Comercial de la Nación...", ob. cit., p. 521.

(10) "Código Civil y Comercial de la Nación", MEDINA, G. (dir.) — RIVERA, J. C. (coord.) — ESPER, M., ob. cit.

(11) "Código Civil y Comercial de la Nación...", ob. cit., p. 525.

(12) "Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado", Alberto J. BUERES (dir.), Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2014, 1ª ed., vol. I, ps. 444-446.

(13) "Código Civil y Comercial de la Nación", MEDINA, G. (dir.) — RIVERA, J. C. (coord.) — ESPER, M., ob. cit.

(14) PITRAU, O. F., "El derecho alimentario familiar en el Proyecto de Reforma", en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, 57, noviembre de 2012, ps. 215 y ss.

(15) "Código Civil y Comercial de la Nación...", ob. cit., p. 526.

(16) "Código Civil y Comercial de la Nación...", ob. cit., p. 522.