



Título: Aspectos procesales de los alimentos durante el embarazo

Autor: Olmo, Juan Pablo

Publicado en: Diario La Ley 16/11/2018, p. 1.

I. El texto de la norma

El art. 665 del Cód. Civ. y Com., regula los alimentos durante el embarazo bajo el siguiente enunciado: “Mujer embarazada. La mujer embarazada tiene derecho a reclamar alimentos al progenitor presunto con la prueba sumaria de la filiación alegada”, dentro del Libro Segundo (“Relaciones de familia”), Título VII (“Responsabilidad parental”), Capítulo 5 (“Deberes y derechos de los progenitores. Obligación de alimentos”).

II. Titularidad del derecho

Sobre el particular, existen dos posturas: 1) Los alimentos son de la persona por nacer; o 2) De la mujer embarazada. Si bien es cierto que existe una íntima relación entre el derecho alimentario de la mujer embarazada y el derecho a la vida de la persona por nacer, lo que lleva a confundir el derecho de este último con el de la madre, se trata de dos derechos independientes.

Parte de la doctrina sostiene, en virtud de lo normado en el art. 665 del Cód. Civ. y Com. — cuyo título es “Mujer embarazada”—, que el titular del derecho alimentario (gastos de embarazo, parto y posparto) no es el hijo sino la mujer embarazada. Por lo tanto, cuando los reclama contra el presunto progenitor lo hace por derecho propio y no en representación de su hijo por nacer, ya que es ella quien detenta la legitimación activa (1).

Según otra postura, en cambio, se trata de un derecho de la persona por nacer, y es por ello que la madre no actúa por derecho propio sino en representación de su hijo, de acuerdo con la representación legal que le confiere el art. 101, inc. a), del Cód. Civ. y Com. Si el art. 19 del Cód. Civ. y Com., establece que la existencia de la persona comienza con la concepción, a partir de entonces surgen los deberes de asistencia y de cuidado propios de la responsabilidad parental, en este caso el deber alimentario (2).

Por nuestra parte, sostenemos una postura amplia: ambos gozan de un derecho alimentario autónomo y diferenciado; independientemente, incluso, del derecho de la gestante con relación a los alimentos que le debe el otro progenitor, pero en este caso a título de cónyuge o conviviente, y no en razón del embarazo en sí mismo.

De acuerdo a este esquema, nos encontramos ante tres acciones cuyo monto de la cuota puede coincidir o superponerse —en su totalidad o en parte— en cuanto a los rubros alimentarios que se reclaman, pero que son diferenciadas: 1) Derecho alimentario de la gestante en virtud del embarazo; 2) De la persona por nacer; 3) De la gestante en su carácter de cónyuge (arts. 431 a 434, Cód. Civ. y Com.) o conviviente (art. 519, Cód. Civ. y Com.), para lo cual es indistinto que la persona esté embarazada o no. Por lo tanto, la persona embarazada podrá reclamar por sí, en representación de su hijo por nacer, o bien por sí y en representación. Sin embargo, no deberá pagarse dos veces el mismo rubro, lo que haría incurrir en un enriquecimiento sin causa (art. 1794, Cód. Civ. y Com.). A modo de ejemplo: los gastos postparto, es decir, los que se generan durante el período puerperal o con posterioridad, corresponden exclusivamente a quien dio a luz y no al niño o niña.

III. Comienzo de la obligación alimentaria

Cuando el alimentante incumple con su obligación, se aplica lo normado en el art. 669, Cód. Civ. y Com.: “Alimentos impagos. Los alimentos se deben desde el día de la demanda o desde el día de la interpelación del obligado por medio fehaciente, siempre que se interponga la demanda dentro de los seis meses de la interpelación. Por el período anterior, el progenitor que asumió el cuidado del hijo tiene derecho al reembolso de lo gastado en la parte que corresponde al progenitor no conviviente”.

Por lo tanto, los alimentos se deben (son exigibles) desde la interpelación por medio fehaciente (art. 669, Cód. Civ. y Com.), y ello puede ocurrir incluso antes de la instancia de mediación obligatoria previa al inicio de la acción judicial. Respecto del período anterior, se presume que los alimentos fueron solventados por los obligados. En el caso de los alimentos devengados y no percibidos, se parte de la base de que esa obligación fue igualmente satisfecha a su solo esfuerzo por el progenitor accionante y, por ende, se le otorga el derecho de solicitar el reembolso contra el progenitor incumplidor. Por lo tanto, en estos casos el progenitor reclama por derecho propio y no en representación de su hijo.

Dicho esto, concluimos que la obligación alimentaria nace a partir de la concepción. Pero puede ocurrir que en algún momento durante el embarazo el otro progenitor incumpla su obligación alimentaria, en cuyo caso la gestante podrá accionar, ya sea a través de una intimación fehaciente, o bien podrá acudir directamente a la vía judicial solicitando la fijación de una cuota provisoria. El reembolso de las cuotas devengadas y no percibidas se solicitará a título personal.

IV. Obligados alimentarios. Distintos supuestos



Si el hijo por nacer ha tenido su origen en una relación matrimonial, la obligación alimentaria pesa sobre el cónyuge de la gestante, independientemente de que convivan o de que al momento del reclamo se encuentren separados de hecho sin voluntad de unirse. Si se trata de una relación extramatrimonial, el obligado es el presunto padre. Pero si se trata de una persona casada cuyo embarazo es el resultado de una relación extramatrimonial, en principio el reclamo habrá de formularse ante el cónyuge de la gestante, salvo que se demuestre en grado de presunción que el progenitor es una tercera persona (ya sea a instancias de la gestante al momento de realizar el reclamo o bien a instancias del cónyuge cuando intente repeler el reclamo alimentario). En el caso del hijo extramatrimonial de padre desconocido, el suministro de alimentos le corresponderá exclusivamente a la gestante. Lo mismo ocurre en el caso de la utilización de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), donde la gestante sea la única persona que haya otorgado el consentimiento previo (arts. 560 a 562, Cód. Civ. y Com.), es decir, cuando se trate de un supuesto de voluntad procreacional unilateral. En cambio, si ambos prestaron el consentimiento (voluntad procreacional bilateral), el reclamo se realizará contra el otro progenitor que también prestó el consentimiento previo. Finalmente, en cualquier caso la obligación alimentaria se hace extensiva —aunque subsidiariamente (art. 676, Cód. Civ. y Com.)— al progenitor afín: el cónyuge o conviviente de la gestante, siempre y cuando no se trate del progenitor del hijo por nacer (art. 672, Cód. Civ. y Com.).

V. Rubros que componen la obligación alimentaria

La cuota alimentaria debe comprender todos los gastos propios del embarazo y el parto, entre ellos: 1) La alimentación especial que debe recibir la gestante con destino específico al hijo por nacer; 2) La asistencia médica imprescindible para su correcta evolución, para tener un estado de sanidad que posibilite ese desenvolvimiento y la necesaria para el nacimiento; 3) Otros rubros: atención durante el puerperio, apoyo psicológico, reposo vacacional, etc., incluso los gastos de sepelio, en caso de nacimiento sin vida (3); los exámenes complementarios que deban efectuarse, las internaciones a las que deba someterse, los medicamentos, las prescripciones preventivas y terapéuticas indispensables para el equipo médico (4); las necesidades esenciales de la gestante en cuanto a alimentación, alojamiento, vestimenta y cuidados médicos indispensables para proteger el derecho a la vida, a la salud y al desarrollo de la persona por nacer (5) y de la gestante.

VI. Carácter de los alimentos

Se trata de alimentos “provisorios”, por contraposición a los alimentos “definitivos”, cuya cuota será determinada al momento de la sentencia de filiación, a cuyo resultado queda

supeditada; o incluso al momento de la sentencia definitiva de alimentos, puesto que la filiación puede haber quedado establecida en los casos de: 1) Hijos matrimoniales; 2) Hijos extramatrimoniales reconocidos durante el embarazo; 3) Hijos nacidos por las TRHA donde ya consta el consentimiento previo.

VII. Aspectos procesales

VII.1. Legitimación activa

La legitimación activa la tiene el niño por nacer y la gestante. Por lo tanto, quien habrá de accionar contra el otro progenitor será la gestante, ya sea: 1) Por derecho propio; 2) En representación del niño por nacer; o 3) Por sí y en representación.

VII.2. Actuación del Ministerio Público

Durante el proceso deberá intervenir el Ministerio Público, bajo pena de nulidad (art. 103, Cód. Civ. y Com.). En el marco de su actuación complementaria (inc. a)], el Ministerio Público controla el trámite del expediente y la actuación del representante legal, velando por el efectivo cumplimiento de las garantías en juego. A su vez, si detecta inacción de la gestante, el defensor de menores podría realizar actos en ejercicio de la representación en forma directa de la persona por nacer, esto es, la actuación principal (inc. b]).

Para quienes sostienen que el derecho sólo le corresponde a la “mujer embarazada” y no así en forma concurrente con la persona por nacer, no cabría esta posibilidad de intervención autónoma y, por ende, la suerte del proceso quedaría a merced de la mera discrecionalidad de la gestante. En nuestra opinión, aun en este último caso, correspondería la intervención del Ministerio Público, puesto que “...se encuentran involucrados intereses de personas [...] incapaces” (art. 103, inc. a], Cód. Civ. y Com.).

VII.3. Legitimación pasiva

La legitimación pasiva corresponde, en principio, al otro progenitor. Si el hijo por nacer ha tenido su origen en una relación matrimonial, el legitimado pasivo será el cónyuge. Si se trata de una relación extramatrimonial, el obligado será el reconociente y, en caso de que ello no haya sucedido, lo será el “presunto padre”. En este último caso, es indistinto que la



gestante sea una persona soltera o que esté casada con alguien a quien no se indica como el presunto progenitor. En el caso de las TRHA, quien también haya otorgado el consentimiento previo. Finalmente, en el caso del hijo extramatrimonial de padre desconocido o cuando se utilizaron las TRHA y la gestante es la única persona que ha otorgado el consentimiento previo, sólo queda hacer el reclamo a los parientes (arts. 537 y 538, Cód. Civ. y Com.) y, en caso de darse el supuesto, se podrá accionar, subsidiariamente, contra el progenitor afín (arts. 672 y 676, Cód. Civ. y Com.).

VII.4. Prueba del vínculo filiatorio

Se exige probar fehacientemente la existencia de un embarazo (alcanzará con un certificado médico) y, sumariamente, la filiación (va a depender del tipo de vínculo que se invoque).

Es posible recurrir a cualquier medio de prueba tendiente a demostrar que el demandado es el presunto padre (o madre) de la persona por nacer (6). Como se trata de alimentos provisorios, es decir, que revisten el carácter cautelar (7), debe demostrarse la “verosimilitud” del vínculo invocado (8), cuya evaluación deberá realizar el juez en cada caso, debiendo privilegiar la atención de la necesidad impostergable de la persona por nacer (9).

Se pueden presentar los siguientes supuestos: 1) En el caso de la filiación por naturaleza, si se trata de un hijo matrimonial, alcanzará con la partida de matrimonio, a tenor de la presunción del art. 566, Cód. Civ. y Com.; 2) Si se trata de un hijo extramatrimonial se podrá demostrar, según corresponda, a través de: la convivencia durante la época de la concepción (art. 585, Cód. Civ. y Com.); la posesión de estado del hijo por nacer respecto del demandado (art. 584, Cód. Civ. y Com.), que puede demostrarse por el trato que el progenitor dispensó a la gestante durante el embarazo (hacerse cargo de su manutención, acompañarla a los controles médicos, comprar muebles o ajuar para su futuro hijo o anticiar a familiares o amigos del próximo nacimiento del niño) (10); la relación ocasional, haya sido voluntaria o forzada; la prueba genética (art. 579, Cód. Civ. y Com.), aunque no se la recomienda durante el embarazo ya que podría generar un riesgo. En cambio, la prueba sumaria no hará falta cuando exista reconocimiento del hijo por medio de instrumento público o privado (art. 574, Cód. Civ. y Com.); 3) En el caso de las TRHA, bastará con el documento de donde surja el consentimiento previo otorgado con los requisitos fijados en los arts. 562 a 564, Cód. Civ. y Com.

VII.5. Necesidades del alimentado

Si bien la necesidad del alimentado no hace falta probarla, puesto que se presume, no ocurre lo mismo con el quantum: quien inicia la acción deberá indicar en qué consisten los gastos requeridos y cuál es la suma necesaria para cubrirlos satisfactoriamente.

Si se incluyen rubros por fuera de los que podrían considerarse gastos “ordinarios”, deberán ser justificados, en su caso, con la correspondiente prescripción de un profesional de la salud. Si se trata de erogaciones con posterioridad al nacimiento, quien dio a luz deberá probar que aquéllas tienen origen en la gestación o el parto; tanto cuando se pretende accionar con posterioridad al nacimiento, como en los casos de cuotas fijadas con anterioridad que corresponda ajustar.

III. Resumen final

VIII.1. Los alimentos durante el embarazo corresponden tanto a la persona embarazada como al niño por nacer. La gestante puede reclamarlos al otro progenitor en representación de su hijo, o bien por derecho propio y a título personal.

VIII.2. La obligación alimentaria nace a partir de la concepción y, en caso de incumplimiento, es exigible desde su interpelación por medio fehaciente. Respecto de los alimentos devengados y no percibidos, el accionante puede solicitar el reembolso contra el progenitor incumplidor. Se trata de alimentos provisorios.

VIII.3. El legitimado pasivo es el otro progenitor: en el caso del hijo matrimonial, el cónyuge de la gestante; si es extramatrimonial, el reconociente, o bien el presunto padre; en el caso de las TRHA, quien también otorgó el consentimiento previo (voluntad procreacional); subsidiariamente, la acción se dirige contra el progenitor afín. Finalmente, rigen los alimentos entre parientes.

VIII.4. La necesidad del alimentado se presume, pero deberán indicarse los gastos requeridos (quantum). Comprende todos los gastos propios del embarazo, parto y postparto, entre otros: la alimentación especial que debe recibir la gestante con destino específico al hijo por nacer; la asistencia médica imprescindible para su correcta evolución y para tener un estado de sanidad que posibilite ese desenvolvimiento; la asistencia médica necesaria para el nacimiento; atención durante el puerperio, apoyo psicológico, reposo vacacional, etc.; gastos de sepelio en caso de nacimiento sin vida; los exámenes complementarios que deban efectuarse, las internaciones a las que deba someterse, los medicamentos, las prescripciones preventivas y terapéuticas indispensables para el equipo médico; necesidades esenciales de la gestante en cuanto a alimentación, alojamiento, vestimenta y cuidados médicos indispensables para proteger el derecho a la vida, a la salud y al desarrollo de la persona por nacer y de la gestante.



- (1) LLOVERAS, Nora, su comentario al art. 665, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LLOVERAS, Nora (dirs.), Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014, t. IV, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 185; HERRERA, Marisa, su comentario al art. 665, en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, t. IV, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 427.
- (2) PITRAU, Osvaldo F., su comentario al art. 665, en RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela (dirs.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, t. II, La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 556; ABELLA, Adriana, su comentario al art. 665, en CLUSELLAS, Eduardo G. (coord.), Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado, t. 3, Astrea - FEN Editora Notarial, Buenos Aires, 2015, p. 64; BASSET, Úrsula, su comentario al art. 665, en ALTERINI, Jorge H. (dir.), Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético, t. III, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 796; SOLARI, Néstor, "Derecho de las familias", La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 548; MEDINA, Graciela - ROVEDA, Eduardo G., "Derecho de familia", AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2016, p. 802.
- (3) PETTIGIANI, Eduardo J., "El suministro de alimentos a la mujer embarazada", Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N° 13, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1998, p. 98; y su cita a LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J., "Personas por nacer", en Derecho y obligación alimentaria, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, ps. 303 a 304.
- (4) LLOVERAS, Nora, su comentario al art. 665, en BUERES, Alberto J. (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, t. 2, Hammurabi, Buenos Aires, 2016.
- (5) SILVA, Cristina I., "Derecho alimentario de la mujer embarazada", en GROSMAN, Cecilia P. (dir.), Alimentos a los hijos y derechos humanos, Universidad, Buenos Aires, 2004, p. 168.
- (6) HERRERA, Marisa, su comentario al art. 665, en Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, t. IV, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 432.
- (7) KRASNOW, Adriana N., "Deberes y derechos de los progenitores. Obligación de alimentos", en KRASNOW, Adriana N. (dir.), Tratado de derecho de familia, t. III, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 1018.
- (8) En cambio, alguna doctrina minoritaria ha sostenido que la prueba "no puede ser otra que la denuncia de la madre embarazada en relación con el presunto padre. No parece que se pueda exigir otro tipo de pruebas en esta instancia del proceso" (PITRAU, Osvaldo F., su comentario al art. 665, en RIVERA, Julio C. y MEDINA, Graciela [dirs.], Código Civil y Comercial de la Nación comentado, t. II, La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 556).
- (9) BASSET, Úrsula, su comentario al art. 665, en Jorge H. ALTERINI, Jorge H. (dir.), ob. cit. p. 797.
- (10) SILVA, Cristina I., "Derecho alimentario de la mujer embarazada", en GROSMAN, Cecilia P. (dir.), Alimentos a los hijos y derechos humanos, Universidad, Buenos Aires, 2004, p. 167; GROSMAN, Cecilia P., "Especificidad del derecho alimentario a favor de niñas, niños y adolescentes", en FERNÁNDEZ, Silvia E. (dir.), Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes, t. I, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2015, p. 859.