

Caducidad de las cuotas atrasadas de alimentos

POR CÉSAR D. YÁÑEZ ALVAREZ

Profesor de Derecho Civil I de la Facultad de Ciencias Jurídicas,
Políticas y Sociales de la Universidad del Salvador.

- I. *Tesis generalmente admitida.* A. Origen. B. Fundamento. C. Alcances.
- II. *Tesis contraria.* Fundamento.
- III. *Casos excluidos.*
- IV. *Menores.*
- V. *Conclusiones.*

BIBLIOGRAFIA

Nacional: Alsina, Hugo, "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", 2da. ed., Ed. Ediar, Bs. Aires, 1957/1963; Borda, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil Argentino". Familia, Ed. Perrot, Bs. Aires, 1959; Busso, Eduardo B., "Código Civil Anotado". Familia, Ed. Ediar, Bs. Aires, 1945; Colombo, Carlos J. "Código de Procedimiento Civil y Comercial, anotado y comentado", Ed. Abeledo-Perrot, Bs. Aires, 1964; Fernández, Raymundo L., "Código de Procedimiento Civil Comentado", Ed. 1955; Jofré, Tomás y Halperín, Isaac, "Manual de Procedimiento (Civil y penal)", 5ta. ed., Ed. La Ley, Bs. Aires, 1943; Morello, Augusto M. "Juicios humanos", ed. Novello, La Plata, 1958; Rébora, Juan Carlos, "Instituciones de la Familia", Ed. Kraft, Bs. Aires, 1947; Salas, Acdeel E., "Código Civil y leyes complementarias anotados", Ed. Depalma, Bs. Aires, 1956; Salvat, Raimundo L. y Galli, Enrique V., "Tratado de Derecho Civil Argentino". Obligaciones, 6ta. ed., Ed. Tea, Bs. Aires, 1956; Spota, Alberto G., "Tratado de Derecho Civil". Parte General. Prescripción y caducidad; *id.*, notas: "Efectos de la sentencia ordenando la cesación o modificación de los alimentos", J. A., 76-261, "La acción por cuotas alimenticias atrasadas", J. A., 1953-II-114, y "Las pensiones alimenticias atrasadas no pueden reclamarse", J. A., 1953-III-36; Tissone, Ernesto J., "Misión de la Asesoría de Incapaces respecto al interés de éstos, debatidos judi-

cialmente", nota en J. A., 44-640; Acuña Anzorena, Arturo, "El derecho del acreedor por alimentos respecto a las pensiones atrasadas", nota en J. A. 46-1058; *extranjera*: Puig Peña, Federico, "Tratado de Derecho Civil Español", *id.*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica", Ed. Seix, Barcelona, 1950, t. II, voz alimentos"; Aubry, C., et Rau, C., "Cours de droit civil français", 5ta. ed., Paris, 1897-1922; Baudry-Lacantinerie, G., et Houques Fourcade, M., "Traité théorique et pratique de droit civil". Des personnes, 3ra. ed., Paris, 1908; Beudant, Charles et Lerebours Pigeonnière, Paul, "Cours de droit civil français", 2da. ed., Paris, 1936; Colin, A., et Capitant, H., "Cours élémentaire de droit civil français", ed. española, Madrid, Colin, A. Capitant, H. Julliot de la Morandière, L., "Cours élémentaire de droit civil français", 11º ed., Ed. Dalloz, Paris, 1947; Demolombe, Ch., "Cours de Code Napoléon", 2da. ed., Paris 1861; Huc, T., "Commentaire théorique et pratique du Code Civil", Paris, 1892; Josserand, Louis, et Brun, A., "Cours de droit civil positif français", trad. castellana, Ed. Ejea, Bs. Aires, 1952; Laurent F., "Principes de droit civil français", 4ta. ed., Bruxelles-Paris, 1887; Mazeaud, Henri Leon y Jean, "Lecciones de derecho civil", trad. castellana, Ed. Ejea, Bs. Aires, 1954; Planiol, M., Ripert, G. et Rouast, A., "Traité pratique de droit civil français", Paris, 1925/1934; Ripert, G., et Boulanger, Jean, "Tratado de Derecho Civil". De las Personas, Ed. La Ley, Bs. Aires, 1963; Zachariae, K. S., "Le droit civil français", 5ta. ed., trad. por Massé, G. et Vergé, Ch., Paris, 1854/1860; Barassi, Ludovico, "Instituciones de Derecho Civil", trad. castellana, Ed. Bosch, Barcelona, 1955; Bianchi, F. S., "Corso di codice civile", 2da. ed., Torino, 1901; Bo, Giorgio, "Il diritto degli alimenti", Milano, 1935; Butera, "Il codice civile italiano", Torino, 1939; Cicu, Antonio, en "Riv. Dir. Civ.", 1910; Fornari, G., "Obbligo degli alimenti", Napoli, 1902; De Ruggiero, R., "Istituzioni di diritto civile", 5ta. ed.; Quartarone, M., "Diritto agli alimenti", Roma-Torino-Firenze, 1884; Ricci, Francisco, "Derecho civil teórico práctico", trad. española; Vasalli, F., "Trattato di diritto civile italiano", Torino, 1939; Enneccerus, L., Kipp, Th. y Wolff, M., "Tratado de Derecho Civil". Derecho de Familia, trad. castellana ad. por Pérez González y Castán Tobeñas, Barcelona, 1946; Lehmann, H., "Tratado de Derecho Civil". Derecho de Familia, trad. española, Madrid, 1953.

I. — TESIS GENERALMENTE ADMITIDA

1. La generalidad de la doctrina¹ y de la jurisprudencia² concuerdan en declarar que la falta de reclamo oportuno

¹ Alsina, "Tratado...", 2da. ed., t. VI, pg. 391, nº 15, e); Borda, "Familia", t. II, pg. 375, nº 1129; Busso, "Familia" t. II, pg. 881, nº 20; Colombo, "Código...", pg. 1145, § 5; Fernández, "Código...", ed. 1955, t. I, pg. 509; Jofré-Halperín, "Manual...", 5ta. ed., t. V, pg. 33, nº 11; Morello, "Juicios Sumarios", pgs. 396|98, nros. 287|94, Rébora, "Instituciones de la Familia", t. IV, pg. 529, nº 7; Salas, "Código...", t. I, coment. art. 373, pgs. 241|42, nº 2; Salvat-Galli, "Obligaciones", 6ta.

concuerdan en declarar que la falta de reclamo oportuno por el alimentario de las cuotas atrasadas de alimentos, hace presumir su falta de necesidad, y por lo tanto, se extingue o caduca la obligación respecto a esas cuotas.

Por la trascendencia y alcances de esta tesitura, es menester estudiar su origen, evolución y si, en definitiva, ella tiene cabida en nuestro sistema jurídico vigente.

2. A. *Origen.* — Una antigua máxima francesa, basada en la costumbre, que decía “les aliments ne s’arreragent pas” (los alimentos no se retrasan), fue receptada por la jurisprudencia de aquél país y la doctrina de los autores.

ed., t. III, pg. 545, n° 2195; Spota, “Parte General”, t. I, vol. 3°, pgs. 725 y sgts., n° 2294; íd., notas “Efectos de la sentencia ordenando la cesación o modificación de los alimentos”, J. A., 76-261, “La acción por cuotas alimenticias atrasadas”, J. A., 1953-II-114, y “Las pensiones alimenticias atrasadas no pueden reclamarse”, J. A., 1953-III-36; Tissone, “Misión de la Asesoría de Incapaces respecto al interés de éstos, debatidos judicialmente”, nota en J. A., 44-640; Puig Peña, “Tratado de Derecho Civil español”, t. 2, vol. 2, pg. 380; íd., en “Nueva Enciclopedia Jurídica”, Ed. Seix, t. II, voz “alimentos”, pg. 585, E; Aubry et Rau, “Cours...”, 5ta. ed., t. IX, § 553, pg. 171, nota 46; Beudant-Lerebours Pigeonnière, “Cours...”, t. I, vol. II, pg. 373, n° 503; Colin et Capitant, “Cours...”, ed. española, t. I, pg. 716; Colin-Capitant-Julliot de la Morandière, “Cours...”, 11° ed., t. I, pg. 469, n° 612; Demolombe, “Cours...”, 2da. ed., t. IV, pg. 92, n° 71; Jossérand-Brun, “Cours...”, t. I, vol. II, pg. 321, n° 1159; Planiol-Ripert-Rouast, “Traité...”, t. II, pg. 41, n° 53; Ripert-Boulanger, “Derecho Civil”, Ed. “La Ley”, t. III, pg. 187, n° 2061; Zachariae “Le Droit Civil Français”, trad. Massé et Vergé, t. I, pgs. 227|28, nota 42; Barassi, “Instituciones de Derecho Civil”, trad. castellana, t. I, pg. 324, n° 100; Bianchi, “Corso di codice civile”, 2da. ed., vol. V, part. 2a., pgs. 416|17; Bo, “Il diritto degli alimenti”, pgs. 14|15, texto y nota 39; Butera, “Il codice civile italiano”, Lib. I, pgs. 521|22; Cicu, en “Riv. Dir. Civ.”, 1910, pgs. 177 y sgts.; Fornari, “Obbligo degli alimenti”, n° 196; De Ruggiero, “Istituzioni”, t. II, pgs. 537 y sgts.; Quartarone, “Diritto agli alimenti”, n° 130; Ricci, “Derecho civil teórico práctico”, trad. castellana, t. III, pgs. 45|6, n° 20; Vasalli, “Trattato...”, t. II, pgs. 340|41, n° 51; Enneccerus-Kipp-Wolff, “Tratado de Derecho Civil”. Derecho de Familia, trad. castellana, vol. 2, pg. 236; Lehmann, “Derecho de Familia”, trad. española, pgs. 398|99, III, 3.

² Cám. Civ. 1° Cap., 26|IX|1932, J. A., 39-459; íd., 22|XII|1933, J. A., 44-640 y G. F., 109-261; íd., 11|V|1934, J. A., 46-547; íd., 17|VI|1935, J. A., 508-61 y G. F., 117-67; íd., 30|XII|1935, J. A., 52-806; íd., 11|V|1938, J. A., 62-411; íd., 30|XII|1935, J. A., 52-806; íd., 11|V|1938, J. A., 62-411; íd., 19|IX|1941, J. A., 76-261; íd., 26|XI|1941, L. L., 24-828; íd., 30|VI|1942, J. A., 1942-III-195; íd., 3|VII|1942, L. L., 27-458; íd., 22|X|1943, J. A., 1943-IV-214; Cám. Civ. 2° Cap., 22|VI|1934, J. A., 46-1059 y G. F., 111-66; íd., 17|VI|1935, J. A., 50-858; íd., 11|V|1936, J. A., 53-700 y G. F.,

Parece ser que fue Demolombe quien tuvo la iniciativa de esta teoría jurídica, como lo señala Zachariae.³

Afirmaba Demolombe, que la obligación alimenticia no es otra cosa que la caridad, que la beneficencia familiar organizada legalmente, y que tiene como causa inmediata y única, la necesidad; “de ahí que cuando no existe ante los ojos de la moral o de la caridad deber que cumplir, tampoco debe existir ante los ojos de la ley civil”. Si tal es su razón de ser, “porque la deuda no ha de extinguirse en la misma forma que nace, con la necesidad, que ha sido su sola causa”.⁴

2. Según el art. 2277 del Cód. civil francés, se prescriben por cinco años “los atrasos de rentas perpetuas y vitalicias; los atrasos de pensiones alimenticias”.

Nuestro art. 4027 —que tiene como fuente el anterior (ver nota de Vélez Sársfield al artículo)—, en su inc. 1º, somete al mismo plazo de prescripción a los atrasos de “pensiones alimen-

121-154; 16/X/1936, L. L., 4-235; id., 18/II/1941, J. A., 73-659 y L. L., 21-675; id., 18/VIII/1941, G. F., 155-70; id., 13/X/1943, J. A., 1943-IV-460; id., 20/IV/1944, L. L., 34-337; id., 25/II/1947, L. L., 45-600; id., 4/VI/1948, J. A., 1948-II-721; C. N. Civ., sala “A”, 31/XII/1952, J. A., 1953-III-36; C. N. Civ. en pleno, “R. de C., A. c/C., E. M. H.”, 27/VII/1954, L. L., 75-737 y J. A., 1954-III-382; C. N. Civ., sala “A”, 22/XII/1954, J. A., 1955-II-478; id., sala “C”, 11/VII/1956, J. A., 1957-III-123; id., 22/IV/1957, L. L., 87-735; id., 19/VII/1957, L. L., 89-209; id., sala “D”, 29/X/1954, L. L., 78-527; id., sala “E”, 14/XI/1958, L. L., 93-558.

Cám. Fed. La Plata, 27/VI/1941, J. A., 74-993; Sup. Corte Bs. Aires, 4/VIII/1953, L. L., 72-49 (tribunal que más adelante cambió su jurisprudencia, estableciendo que no pueden prescribir las cuotas de alimentos en un plazo menor al establecido por el art. 4027, del Cód. Civil); C. 1º C. C. La Plata, 1/VIII/1947, L. L., 49-140; id., 2º, 5/X/1948, J. A., 1948-IV-253; id., sala III, 9/XI/1956, D. J. B. A., 50-165; id., sala III, 12/VIII/1958, J. A., 1959-VI-15; C. 1º C. C. Mercedes, 3/VI/1955, L. L., 82-69 y J. A., 1955-IV-108; Francia: Trib. Civ. Burdeos, 13/V/1872, Dalloz Periodique, 1873-2-120; Trib. Civ. Caen, 27/I/1874, Dalloz Periodique, 1876-2-53; Cass., 3/IV/1883, Sirey, 1884-1-71; Req., 23/XI/1920, Dalloz, 1921-1-79 y Sirey, 1922-1-83; id., 30/I/1933, Dalloz Hebdomadaire, 1933, 114 y Sirey, 1933-1-104; Trib. Civ. Marsella, 20/VII/1925, Dalloz Hebdomadaire, 1926, 510; Gaudement, “Rev. trimestrielle de droit civil”, 1922, pg. 607 y 1928, pg. 888.

Italia: Corte Apel. Génova, 15/XII/1854, Race, VI, I, 503; id., 3/VI/1857, Race, IX, 2, 57; Cass. Milán, 30/VI/1864, Race, XVI, I, 503; Corte Apel. Venecia 22/VII/1875 Race, XXVII, 2, 876; Corte Apel. Bari, 28/V/1934, Rep. Foro Ital., 1935, voce alimenti, nº 32.

³ Zachariae, trad. Massé et Vergé, t. I, pgs. 227/28, nota 42.

⁴ Demolombe, t. IV, pg. 85, nº 71.

ticias", pero sin referirse especialmente como el código francés a las rentas vitalicias.

Ambos códigos —en las disposiciones citadas— legislan sobre la prescripción quinquenal de otras obligaciones, y terminan con una disposición de carácter general que extiende dicha prescripción a "todo lo que deba pagarse por años o períodos más cortos".

Frente a tales textos, cabe formularse esta pregunta: ¿Es posible que se extingan o caduquen las pensiones atrasadas de alimentos en un lapso menor al señalado?

4 B. *Fundamento*.—La mayoría de los comentaristas del código Napoleón—salvo contadas excepciones—han aceptado como correcta, la doctrina sentada al respecto en diversos pronunciamientos de los tribunales, entre los que puede mencionarse por su precisión, el dictado por la Corte de Caén con fecha 27 de enero de 1874, según el cual, "el acreedor de una pensión alimenticia no puede reclamar las cuotas atrasadas que él no haya exigido a medida de su vencimiento, y aún cuando tal vencimiento no remonte a los cinco años del artículo 2277".⁵

Esta tesis que podríamos llamar "clásica", ha sido sostenida, y sigue siéndolo —aunque con distintos matices— por la doctrina y la jurisprudencia francesa; ello, a pesar de que una interpretación literal del recordado art. 2277 pudiera llevar a una solución en contrario.

5. A más de la presunción "juris tantum" de la falta de necesidad que implica la actitud pasiva del acreedor de alimentos, Planiol-Ripert-Rouast, añaden como fundamento de dicha tesitura, que se trata de una renuncia tácita.⁶

Ripert-Boulanger, nos dice que la inacción del acreedor constituye "una presunción de que la pensión se ha vuelto innecesaria".⁷

6. Autores italianos —como De Ruggiero⁸ y Vasalli⁹— entienden que la prestación correspondiente al tiempo pasado no condice con el fin de la obligación alimentaria, que es el

⁵ Trib. Civ. Caen, 27/I/1874, Dalloz Periodique, 1876, 2, 53.

⁶ Planiol-Ripert-Rouast, t. II, pg. 41, n° 51.

⁷ Ripert-Boulanger, t. III, pg. 188, n° 2061, y jurisp. que citan.

⁸ De Ruggiero, t. II, pgs. 537 y sgts.

⁹ Vasalli, t. II, pgs. 340/41, n° 51.

mantenimiento del necesitado (es el conocido aforismo latino: "in praeteritum non vivitur").

7. También se ha querido encontrar su fundamento en la presunción de pago de las cuotas atrasadas.¹⁰

8. Conviene recordar que el pago de los alimentos que se fijan judicialmente, corresponde a partir de la fecha de interposición de la demanda, conforme es norma predominante en la doctrina y jurisprudencia.¹¹

Como el art. 4027, inc. 1º del Cód. Civil establece un plazo quinquenal de prescripción de los atrasos alimentarios, parecería ocioso ocuparse del supuesto en que el acreedor asuma una actitud omisa y deje acumular un número más o menos apreciable de cuotas de alimentos sin intentar pedir le cumplimiento de la sentencia condenatoria, o durante el trámite de su ejecución, ante el atraso en que incurra el alimentante.

Sin embargo, quien se muestra displicente y no se ocupa de ejecutar la sentencia que acuerda los alimentos, denota, "prima facie", con su actitud, que el pago de las pensiones no resulta de tanta urgencia. Es por ello, que los antiguos decían "venter non patitur dilationem", o en otros términos, "in praeteritum non vivitur".

9. Si la persona ha vivido sin reclamar los alimentos, a pesar de necesitarlos, no es posible admitir el nacimiento de un crédito a su favor y por el "quantum" que pudo haber reclamado a sus parientes (por consanguinidad o afinidad) legalmente obligados.

En efecto, el fundamento y finalidad de la obligación alimentaria es el de salvar un estado actual —y no pretérito— de necesidad. Esta obligación nace día a día ("ex novo") y así también se extingue; o como bien dice De Ruggiero, "se extingue para el pasado y renace para el tiempo futuro".¹²

¹⁰ Cam. Civ., 1º Cap., 18/X/1920, J. A., 44-642 (en nota) y G. F., 29-334.

¹¹ Borda, t. II, pg. 371, nº 1223; Busso, t. II, pg. 899, nº 53; Colombo, pg. 1144; Fernández, t. I, pg. 513; Jofré-Halperín, t. V, pg. 33, nº 11; C. N. Civ., sala "A", 5/XII/1958, L. L., 1730-S, 21-VI-1959; id., sala "B", 7/XI/1963, L. L., 115-814, 10.566-S; id., sala "D", 22/IX/1959, L. L., 2782-S, 1-11-1959; id., sala "E", 27/XII/1961, L. L., 107-982, 8141-S; C. 2º CC La Plata, sala III, 12/VIII/1958, J. A., 1959-VI-15; C. 1º CC Rosario, 9/IX/1953, Juris, 5-158.

¹² De Ruggiero, t. II, pg. 537.

El legislador quiere que se satisfaga un estado presente, actual de necesidad; lo pasado, no debe contar, al menos, en nuestro sistema vigente.¹³

10. Pensamos que no es necesario recurrir a la teoría que ve en ello una renuncia táctica de derechos a las cuotas vencidas; y que en principio sería factible, pues la ley sólo prohíbe renunciar al derecho alimentario en sí mismo, o a los futuros (arts. 873,374 y arg. art. 1453, Cód. Civil).

La solución es otra. La desidia del alimentista llega a hacer caer el fundamento mismo de la obligación, cual es el estado de necesidad; la "causa" que le dio origen desaparece y consecuentemente también debe extinguirse esa deuda.

11. El caso en estudio no constituye un plazo de prescripción sino un supuesto especial de caducidad. Si no fuera así, no sería posible apartarse del lapso fijado por la ley y siempre debería estarse a los cinco años que marca el art. 4027, inc. 1º, salvo que ocurriera un hecho que diera lugar a la suspensión o interrupción de la prescripción, o la hipótesis extrema de la dispensa de la misma (art. 3980, Cód. Civil).

Con esta tesis no se viola el plazo de prescripción establecido por el art. 4027, inc. 1º, solamente se comprueba la inexistencia del "factum" que dio origen a la obligación legal de alimentos durante el lapso de inactividad del alimentario, que por su culpa o negligencia hizo acumular los devengos.

Y esta conducta, hace presumir "juris tantum" que dichos alimentos no resultaron indispensables para poder vivir. Se ha vivido, se ha subsistido; entonces, el acreedor no los precisaba.

Pero no debe olvidarse, que esta presunción es solo simple, vale decir, que permite la prueba en contrario —de que perduró el estado de necesidad— para que aquélla caiga, y renazca el derecho a los alimentos atrasados.¹⁴

¹³ Ver: Cod. civil italiano de 1942, art. 445 que establece que: "los alimentos se deben desde el día de la demanda judicial o desde el día de la constitución en mora del obligado, cuando esta constitución sea seguida, dentro de los seis meses, por la demanda judicial. El § 1613, del Cód. Civil alemán (B. G. B.) dispone que el titular del derecho a los alimentos puede exigir el cumplimiento del deber de alimentos desde que el obligado incurrió en mora o en que se hizo litigiosa la pretensión por alimentos.

¹⁴ Spota, t. 3º, pgs. 730 y sgts., nº 2294; Colin-Capitant-Julliot de la Morandière, t. I, pg. 469, nº 612; Josserand-Brun, t. I, vol. 2, pg. 321, nº 1159.

12. Esta cuestión —que había dado lugar a pronunciamientos contradictorios de los Tribunales de la Capital Federal,¹⁵ dio motivo a la convocatoria a tribunal plenario (art. 28, ley N° 13.998, actual art. 27, decreto-ley N° 1285/58, ratificado por ley N° 14.467), declarándose que: “la inactividad procesal del alimentario crea la presunción judicial (sujeta a prueba en contrario) de su falta de necesidad y determina, por lo tanto, la caducidad del derecho a cobrar las cuotas atrasadas.”¹⁶

La solución aparece como justa y equitativa. En efecto, quien sin causa justificada se muestra negligente en el reclamo de los alimentos atrasados, está indicando y dando la prueba con su propia conducta de que no le son necesarios para subsistir.¹⁷

13. *C. Alcances.* — La caducidad se refiere únicamente a las cuotas vencidas y no reclamadas oportunamente; pero no, a las que se devengaren a partir del momento en que el proceso fue nuevamente impulsado tendiente a lograr su percepción.

Como el Tribunal Plenario no ha fijado el plazo de inactividad que permita declarar la caducidad de las cuotas vencidas —toda vez que se trata de una cuestión eminentemente fáctica—, ella depende, pues, de la naturaleza y circunstancia de cada caso en particular, por lo cual, su solución queda librada al prudente arbitrio judicial.¹⁸

II. TESIS CONTRARIA

14. *Fundamento.* — La tesis contraria se funda en que el acreedor no es culpable por no haber cobrado las pensiones, sino el deudor que no ha cumplido con su obligación. Además, como el Código fija un plazo corto de prescripción, es inadmi-

¹⁵ C. N. Civ., sala “B”, 26/II/1953, J. A., 1953-II-114.

¹⁶ C. N. Civ. en pleno, causa “R. de C., A. c/C., E. M. H.”, 27/VII/1954, L. L., 75-737 y J. A., 1954-III-382. La cuestión resultó empatada en seis votos, por lo que fue llamado a dirimirla el Dr. Williams, — Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial— quien se inclinó por la afirmativa.

¹⁷ Borda, t. II, pg. 375, n° 1228.

¹⁸ Borda, t. II, pg. 376, n° 1228.

sible que ella se opere en un lapso menor que el señalado por la ley (art. 4027, inc. 1º, Cód Civil).¹⁹

En Francia, es sostenida por Baudry-Lacantinerie et Houques Fourcade;²⁰ Huc;²¹ Laurent.²²

El primero de estos autores expresa que “es erróneo pretender que en tales circunstancias, no existió necesidad; sólo demuestra que el acreedor, por un legítimo sentimiento de dignidad, prefiere reducirse a la indigencia antes que exigir por fuerza una asistencia que voluntariamente se le rehusa. El deudor tiene derecho a exigir, —agrega— el cese de la pensión para el futuro si las condiciones que le dieron nacimiento se han modificado o desaparecido”. ¿Por qué, pues, el deudor que, antes de obtener esa modificación y tal vez sin haberse molestado en demandarlas, suspende el pago de la pensión de propia autoridad, estaría en mejores condiciones que el que la hubiera cumplido fiel y puntualmente, y al cual la ley en tales circunstancias no le acuerda derecho de repetición? ¿No sería incitar a los obligados a ponerse en resguardo, con la secreta esperanza de que se verán liberados, por advenimientos posteriores, de una parte de su deuda?; significaría conceder una prima a la mala voluntad, nunca más culpable que cuando se trata de la ejecución de obligaciones alimentarias”. Concluye, señalando que la renuncia de derechos no se presume.

Los Mazeaud, entienden que existiendo un texto como el art. 2277, Cód. Civil francés, tan sólo al cabo de cinco años, no puede el alimentista reclamar los devengos producidos. Incluso, si la norma no existiera, el presunto principio chocaría, por otra parte, con la naturaleza de la obligación alimentaria.²³

A pesar de la aparente consistencia de tan autorizadas opi-

¹⁹ Acuña Anzorena, “El derecho del acreedor por alimentos respecto a las pensiones atrasadas”, nota en J. A., 46-1058; voto de Podetti en el plenario cit. en nota 16; C. N. Civ., sala “B”, 26/II/1953, J. A., 1953-II-114; Sup. Corte Bs. Aires, 27/III/1962, J. A., 1962-IV-305; id., 27/XI/1962, L. L., 110-482 y J. A., 1963-II-453; C. 2º CC La Plata, 24/VI/1952, L. L., 67-323; id., sala I, 15/X/1963, J. A., 1964-I-144; Corte Just. Salta, sala I, 30/VII/1962, J. A., 1962-V-464.

²⁰ Baudry-Lacantinerie et Houques Fourcade, “Traité...”, t. III, pgs. 656/57, nº 2104.

²¹ Huc, “Comentaire...”, t. II, pg. 231, nº 209.

²² Laurent, “Principes...”, t. XXXII, pg. 464, nº 438.

²³ Mazeaud, “Lecciones de derecho civil”, trad. española, Ed. Ejea, part. I, vol. IV, pgs. 158/59, nº 1218.

dos les han sido necesarios, v. gr.: contrayendo deudas para poder subsistir.²⁷

4º) Por la demostración de la inutilidad de efectuar alguna gestión, como cuando la alimentaria no pudo obtener la ejecutoria de la sentencia por la prolongada ausencia del alimentante, que no poseía más bienes que el fruto de su trabajo personal.²⁸

5º) O que se justifique haber agotado las gestiones ante los obligados subsidiarios (conf.: arts. 367 y 368, Cód. Civil).²⁹

6º) Si la demora en reclamar el pago por vía ejecutiva obedeció a que el alimentario ocurrió para ello a los trámites del proceso criminal.³⁰

7º) También se ha resuelto, que no caducan los atrasos (en el caso, 2 años) si en oportunidad de ser citado de remate el obligado no opuso excepción alguna ni objetó la procedencia de la ejecución.³¹

IV. MENORES

16. Sentada y aceptada la doctrina que determina la caducidad de las pensiones atrasadas de alimentos, cabe formular esta pregunta: ¿los menores quedan comprendidos en dicha caducidad?

17. Acotemos que la reclamación de los alimentos al padre puede ser hecha por el propio hijo si fuere adulto, en cuyo caso deberá actuar asistido por un tutor especial, por cualquiera de los parientes, o por el Ministerio Público (art. 272, Cód. Civil).

²⁷ Busso, loc. cit.; Colin et Capitant, t. I, pg. 717; Demolombe, t. IV, pg. 92, n° 71; Planiol-Ripert-Rouast, t. II, pg. 42, n° 54 Ripert-Boulanger, t. III, pg. 188, n° 2061; Ricci, t. III, pg. 46, n° 20; Tissone, nota en J. A., 44-640; Cam. Civ. 1º Cap., 26/VII/1939, J. A., 69-17; y L. L., 15-448; id., 2º Cap., 8/IX/1939, J. A., 67-887; C. 1º CC La Plata, 1/VIII/1947, L. L., 49-140.

²⁸ Cam. Civ. 1º Cap., 12/VI/1944, J. A., 1944-II-536.

²⁹ Cam. Civ. 1º Cap., 22/XII/1933, J. A., 44-640.

³⁰ C. N. Civ., sala "C", c. n° 44.888, 11/XII/1957, Doct. Jud., 1957-II-203, n° 533.

³¹ C. N. Civ., sala "B", c. n° 43.720, 31/X/1957, Doct. Jud., 1957-II-204, n° 534.

La ley habla de "parientes", sin establecer ninguna limitación; y ello es así, por cuanto se ha deseado ampliar el ámbito de personas con derecho a defender a los menores en un problema en el que está en juego la propia subsistencia.³²

En los demás casos, el incapaz estará representado por su representante necesario.

18. En dos oportunidades, la Cámara Civil 2º de la Capital resolvió que el hecho de existir menores alimentarios no obstaba a la aplicación de la teoría, por tratarse de una situación idéntica, sea que quien demanda los alimentos actúe por sí o en ejercicio de la representación de sus hijos menores, porque no se trata de una prescripción, sino de caducidad del derecho dejado de usar.³³

Más adelante, y ya con referencia a la interpretación legal hecha por el fallo plenario de la Cámara Nacional Civil antes citado —cuya obligatoriedad surge del art. 27 del decreto-ley N° 1285/58, ratificado por ley N° 14.467— cuadra hacerse la misma pregunta, es decir, si los menores se encuentran comprendidos en el ámbito personal de su aplicación.

19. De la lectura de dicha sentencia, resulta que los jueces de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital, fueron convocados para resolver el problema con relación a personas hábiles para actuar por sí —capaces—, no contemplándose la hipótesis en estudio —beneficiarios menores de edad, sujetos a representación necesaria (art. 58, Cód. Civil—, y en especial, a los hijos menores respecto de los alimentos debidos por su padre.

En primer término, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el art. 265 del Cód. Civil y sus concordantes —arts. 267, 271 y 272— que establece la obligación del padre de proveer alimentos a sus hijos menores, "no sólo con los bienes de los hijos sino con los suyos propios", deber de mantenimiento —vinculado con la patria potestad— pero que constituye una emanación del derecho natural, consecuencia ineludible de la paternidad, y que, si bien participa de la naturaleza de las obligaciones alimentarias en general, posee caracteres especiales.³⁴

³² Borda, t. II, pg. 390, n° 1252.

³³ Cam. Civ. 2º Cap., 25/II/1947, L. L., 45-600; id., 14/VII/1948, L. L., 51-626.

³⁴ Conf.: Busso, t. II, pg. 559, coment. art. 267, nos. 3, 6, 7, 8, 25 y sgts.

Entre esos caracteres "sui generis", se observa principalmente, el de la inaplicabilidad del art. 370 del Cód. Civil, en cuanto establecen como requisito para que nazca la obligación alimentaria genérica, que el alimentista se encuentre en la imposibilidad de proveer a sus necesidades.³⁵

No teniendo que probar el incapaz el hecho constitutivo —estado de necesidad— para que surja la obligación legal, mal puede hacerse jugar una presunción que radica precisamente en dicho elemento fáctico —la falta de necesidad que la inacción traduce—, por lo cual, nos encontraríamos ante la ausencia del presupuesto de hecho determinante de dicha caducidad.

20. Dentro de la teoría que vé en la inactividad del alimentista una renuncia tácita de derechos, cabría decir, como lo ha sentado la jurisprudencia, que la caducidad de la pensión de alimentos por inactividad del beneficiario, no se opera respecto a los asignados para los hijos menores, desde que el derecho reconocido a su favor no es susceptible de renuncia expresa o tácita (arts. 374 y 375; 297 y 299, Cód. Civil).³⁶

21. Si bien se trata de un supuesto de caducidad y no de prescripción del derecho respectivo,³⁷ en el cual no procedería a su respecto la suspensión del plazo con relación a los incapaces prevista para la prescripción de la acción (art. 3966, Cód. Civil) —y que la doctrina y jurisprudencia no han distinguido si se trata de menores con o sin representación—,³⁸ lo cierto es que este principio no puede considerarse absoluto.

Cabe reconocer una excepción en el caso en que el hecho impeditivo de la caducidad —la actividad procesal tendiente al cobro de los atrasos— no fuere posible efectuarlo por un

³⁵ Busso, t. II, pg. 559, nos. 25 y sgts.; C. N. Civ., sala "A", 12/VII/1963, L. L., 113-797, 9.929-S; C. 1º CC Mar del Plata, 2/IV/1964, J. A., 1964-V-256; C. 1º CC B. Blanca, 7/VI/1955, L. L., 81-60 y J. A., 1956-I-215.

³⁶ Conf.: C. N. Civ., sala "B", 21-II-1963, L. L., 112-777, 9494-S; y J. A., 1963-VI-24; id., sala "D", I nº 24.753, 24/X/1962, Doct. Jud., 17-XI-1962; id., sala "E", 6/VI/1961, L. L., 105-966, 7620-S; id., R. nº 82.167, 11/IX/1962, Doct. Jud., 29-IX-1962; Colombo, "Código...", pg. 1146.

³⁷ Spota, t. I. vol. 3º, pgs. 725 y sgts. § 10.

³⁸ Spota, pg. 665, Salas, "Código...", t. III, pg. 1840, coment. art. 3949, nº 11; Sup. Corte Bs. Aires, 11/VI/1957, L. L., 89-168 y J. A., 1958-I-186.

impedimento jurídico o de hecho, o por un evento fortuito, supuesto en el cual, el plazo de caducidad deja de correr.³⁹

En esta hipótesis, es de estricta aplicación la conocida máxima atribuida a Bártolo "contra non valentem non currit praescriptio" receptada por el art. 3980 del Cód. Civil,⁴⁰ y que el mismo Vélez se encargó de consignar en la nota de dicha norma.

Es que, el "factum" de la pérdida del derecho está dado en la especie por la inactividad de su titular, expuesto a extinguirse por caducidad, por lo que no resulta justo aplicar la sanción frente a personas que la ley impide estar en juicio o que están físicamente incapacitadas de actuar por sí; en cuyo caso, no habría inacción imputable al verdadero acreedor.⁴¹

22. En Francia, tanto los autores como la jurisprudencia más recientes, tienden a aplicar la regla ("aliments ne s'arregent pas") sólo cuando quien ha recibido la pensión es "acreedor por sí mismo", ya que la renuncia no se concibe sino por parte del titular del derecho: no se renuncia por otro. Por lo tanto, una madre que tiene la guarda de sus hijos, y que recibe para ellos una pensión de su ex-marido, no pierde, pues, los devengos que no haya reclamado.⁴²

23. Finalmente, no puede sostenerse sobre la interpretación del art. 58 del Cód. Civil y su nota, que el menor tenga que sufrir las consecuencias de la negligente conducta procesal de su representante necesario.⁴³ En efecto, a pesar de que el art. 1870, inc. 1º del Cód. Civil, sobre aplicación del título del mandato a las "representaciones necesarias" (conc., arts. 407, 411, 465 y 488), y de que el art. 274 se trata de un caso de representación necesaria —a la que, en cuanto no se encuentre

³⁹ Spota, pg. 668, e; Josserand-Brun, t. II, vol. pg. 769, nº 1005, notas 44 y 45.

⁴⁰ Spota, pg. 674, nota 91.

⁴¹ Conf.: C. N. Civ., sala "D", 28/III/1963, L. L., 112-786, 9588-S y El Derecho, de 28-V-1964; C. 2º CC La Plata, sala II, 6/III/1964, El Derecho, de 30-V-1964.

⁴² Mazeaud, Part. I, vol. IV, pg. 159, nº 1218; Riom, 21/IV/1947, Gaz. Palais, 1947-2-66, (cit. por el autor); Ripert-Boulanger, t. III, pg. 188, nº 2061, y fallos que cita: Riom, cit., y Rouen, 28/I/1947, J. C. P., 1947, ed. Avoués, 784, nota de Madray.

⁴³ Ver: Spota, vol. 3º, pg. 667, b, quien sostiene que el menor tendría contra su representante la acción del art. 1904.

expresamente previsto, son aplicables las reglas del mandato—,⁴⁴ pensamos que la solución no puede variar.

Es evidente, que ejerciendo la patria potestad al propio alimentante —su padre— y siendo por ello su representante legal (arts. 55, 57, inc. 2º, 58, 274 y conc., Cód Civil),⁴⁵ sería una incongruencia que el menor estuviera librado a la actividad de su representante legal —con quien por el solo hecho de reclamarle alimentos tendrían intereses encontrados— y sería el caso de proveer de un tutor especial (arts. 61, 272, inc. 1º, Cód. Civil).

24. Aunque accionara en la emergencia la madre en nombre del menor, —por ejercer su tenencia— la caducidad fundada en la inactividad de aquélla no tendría tampoco lugar, ya que las necesidades del incapaz no pueden estar sometidas a la poca o mucha diligencia de quien ejerza accidentalmente su guarda, ya que —repetimos— en rigor, no habría inacción imputable al verdadero acreedor.⁴⁶

V. CONCLUSIONES

25. Al finalizar este trabajo, podemos afirmar que la doctrina que establece que la falta de reclamo oportuno por el alimentario de las cuotas atrasadas de alimentos, hace presumir su falta de necesidad (sujeta a prueba en contrario) y por tanto, caduca la obligación respecto a esas cuotas; con las excepciones y limitaciones apuntadas, tiene cabida en nuestro derecho positivo y por tanto, debe ser aceptada y mantenida.

Esta tesis responde a elementales principios de equidad, tiende a prevenir y sancionar la mala fe, y a proporcionar ganancias —por la acumulación indebida de los devengos— que no condicen con la naturaleza propia de la obligación alimentaria y a evitar, que por esa vía, llegue a transformarse al alimentante en un alimentista.

⁴⁴ Salas, "Código...", t. I, coment. art. 274, pg. 187, nº 1.

⁴⁵ Borda, t. II, pg. 172, nº 870; Busso, t. II, coment. art. 274, nos. 6, 9, 12 y 33.

⁴⁶ C. 2º CC La Plata, sala II, 6/III/1964, El Derecho, de 30-V-1964.