**Cese de alimentos ex cónyuge (fallo del 6/6/2017) Análisis art. 7. Voto Dr. Pilotti alude a compensación económica y cita antecedente de acuerdo homolgado en Cámara que te comenté.**

 “K. E. c/ B. A. sobre incidente de cesación de cuota alimentaria” (expediente número 148.419)

CUESTIONES

1) ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada, dictada a fs. 109/111?

2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DR. PERALTA MARISCAL DIJO:

I. La señora magistrada de la instancia anterior rechazó el pedido de cese de cuota alimentaria formulado por el incidentista respecto de la que abona a su ex cónyuge desde hace más de 27 años. Para así decidir consideró que la demandada goza de una sentencia que reconoció su derecho a la percepción de alimentos por su condición de cónyuge inocente en el divorcio, lo que integra la noción de propiedad del artículo 17 de la Constitución Nacional. En virtud de ello, concluyó en que debe continuar recibiendo la pensión alimentaria establecida en su oportunidad.

II. La decisión agravia al actor, quien apela a fs. 118 y funda su recurso a fs. 120/122; la réplica de la demandada está glosada a fs. 126/128.Señala el apelante que de acuerdo a lo dispuesto por el art. 7 del Código Civil y Comercial, la nueva ley se aplica a las consecuencias de las situaciones y relaciones jurídicas existentes, por lo que sólo podría mantenerse la pensión alimentaria estipulada en favor de su ex esposa "en caso de necesidad o enfermedad", supuestos que no fueron invocados. Cita jurisprudencia y doctrina que avala su posición.

III. Por su lado, la accionada expresa que no hay duda de que el nuevo código se aplica inmediatamente, pero tampoco la hay en cuanto a que ello reconoce como excepción los derechos amparados por garantías constitucionales, entre los que se encuentra el de percibir alimentos fijados al cónyuge inocente por sentencia firme. A su juicio se trata de un derecho irrevocable que ha ingresado a su patrimonio, impidiendo "...el progreso de la acción de cese promovida... con el único fundamento del paso del tiempo". Cita doctrina y concluye en que la naturaleza resarcitoria de la obligación sella la suerte de la pretensión actoral.

IV. El primer tema a considerar para resolver la cuestión que viene en apelación es si corresponde o no la aplicación al caso del Código Civil y Comercial a la extinción de la cuota alimentaria decretada durante la vigencia del Código Civil. Ello se resuelve conforme a las reglas establecidas con carácter general en el artículo 7 de dicho digesto, que reproduce casi textualmente el artículo 3° del derogado Código Civil en la redacción dada por la Ley 17.711, salvo en lo que se refiere a la aplicación de las normas contractuales supletorias más favorables al consumidor, caso que no es el de autos. Dispone el mentado artículo séptimo del código de derecho privado actualmente vigente, bajo el título “eficacia temporal”, lo siguiente: “A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.- La leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.- Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.”Es decir que, con la salvedad relativa al aquí abstracto tópico de las normas más favorables al consumidor en el marco de un contrato de consumo, nuestro sistema de derecho transitorio es el mismo desde hace casi cincuenta años. El mentor de la reforma de 1968 -Guillermo Borda- se valió de las enseñanzas del otrora decano de la Universidad de Lyon, Paul Roubier, consagrada en su obra “Le DroitTransitorie”. Esta teoría es una adaptación mejorada de la doctrina de los hechos cumplidos, según la cual los “hechos” se juzgan por la ley vigente en el momento de su acaecimiento; y cuando los efectos se prolongan, se considera por ficción que todas las consecuencias ocurrieron al producirse el hecho. De otro modo, se estaría aplicando la nueva ley de manera retroactiva, lo que expresamente proscribió como regla nuestro ordenamiento jurídico desde los orígenes de la República, en principio que a su vez ya tenía antiquísima data y estaba consagrado en el adagio latino tempusregitfactum El núcleo del pensamiento de Roubier -receptado en el art. 7° del Código Civil y Comercial de la Nación, que a su vez fue tomado del art. 3° del Código Civil en el texto dado por la Ley 17.711- es el efecto inmediato de la nueva ley, lo que se funda en la razonable presunción de que es mejor que la derogada, pues de lo contrario no hubiera sido sancionada. Pero el propio Roubier señala que la regla tiene excepciones, existiendo supuestos de supervivencia de la ley antigua. En nuestro derecho, el caso más contundente está expresamente consagrado en el art. 7° del Código Civil y Comercial: A los contratos en curso de ejecución no se aplican las nuevas leyes supletorias, lo que se fundamenta en que en su momento, por tratarse de normas disponibles, las partes pudieron haber previsto la nueva regla por acuerdo privado, pero no lo hicieron, entendiéndose que reputaron preferible el régimen anterior, que actualmente también podrían adoptar.El meollo de la cuestión radica en determinar cuándo la ley es retroactiva, y esto será lo que sella la suerte favorable del recurso. Nuestro régimen se apartó de la regla de los “derechos adquiridos” que consagraba el art. 3° del Código de Vélez (“Las leyes disponen para lo futuro; no tienen efecto retroactivo, ni pueden alterar los derechos ya adquiridos”), según el cual hay retroactividad cuando se afectan derechos adquiridos al amparo de la norma anterior o se resucitan derechos extinguidos, estando “adquirido” un derecho cuando se presentan todas las circunstancias necesarias para su ejercicio. Esta abrogada regla tiene un defecto decisivo: puede haber leyes no retroactivas que, de todas maneras, afectan irremediablemente derechos adquiridos. Basta imaginarse una norma que disponga: “suprímese para el futuro el derecho de propiedad”. Bastante similar es el caso de autos, por lo que bajo ese marco normativo el recurso no prosperaría, ya que aun sin ser una norma retroactiva, afectaría el derecho adquirido por el cónyuge inocente a percibir alimentos contra el culpable del divorcio así sentenciado por resolución firme. Pero no es este el régimen actualmente vigente. Superando el paradigma de los derechos adquiridos para adoptar la doctrina de los hechos cumplidos con las adaptaciones de Roubier, el sistema actual es este: como el Derecho regula conductas humanas (hechos), en principio no hay conflicto entre leyes sucesivas, pues cada una debe regir los "hechos cumplidos" mientras se encuentran en vigor. Si los efectos del "hecho cumplido" bajo la ley anterior se prolongan en el tiempo en que ya rige la nueva, son alcanzados por la antigua, pues deben considerarse comprendidos en el "hecho cumplido". Como dice Rivera, “La regla es que los efectos deben considerarse comprendidos en el hecho cumplido, y por lo tanto quedan sometidos a la ley anterior. Pero si se trata de efectos que puedan o no existir como consecuencias del hecho, y que no tienen relación conexa con el hecho, la ley nueva puede sujetarlos a su norma, sin que por ello pueda sostenerse que haya retroactividad, porque tales efectos no tienen la característica del hecho ya existente, esto es, cumplido” (Rivera, Julio César: Instituciones de Derecho Civil, Parte General, 4ª edición, Tomo I, Buenos Aires, LexisNexisAbeledoPerrot, 2007, pág. 241). No obstante, las nuevas leyes “se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes” (art. 7°, Código Civil y Comercial), por lo que estamos ante un límite muy fino: los hechos cumplidos bajo el amparo de la ley anterior se consideran subsumidos en ella, incluso si prolongan sus efectos, pero las nuevas leyes se aplican a sus consecuencias sin tener efecto retroactivo. ¿Cómo trazar una línea que nos permita “ver” ese límite? ¿Cuáles son las “consecuencias” a las que se aplica la nueva ley? o, con un enfoque más práctico, ¿cómo determinar cuándo a esas consecuencias se aplica la nueva ley, por no ser efectos que deben considerarse comprendidos en el hecho cumplido? Como pauta general se impone, como regla directriz, analizar si la resolución judicial de que se trata es declarativa de derechos nacidos al cumplirse determinados hechos o constitutiva de derechos nuevos que recién existen a partir de la sentencia. Si la sentencia declara derechos nacidos cuando se cumplieron determinados hechos se aplica la ley vigente a la época en que acaecieron; si constituye nuevos derechos que solo están relacionados con hechos anteriores se aplica la ley vigente al momento de la sentencia. Finalmente, en ciertos casos de sentencias declarativas de derechos nacidos en períodos sucesivos, como la prestación alimentaria o los intereses moratorios, debe aplicarse la ley derogada a los períodos transcurridos durante su vigencia y la nueva a los posteriores, por lo que en la misma sentencia se aplicarán ambos ordenamientos jurídicos. Ahora bien, aquí no estamos ni en un caso ni en el otro, pues se trata de la extinción, o no, de una cuota alimentaria fijada al amparo de una ley que la imponía, pero que el nuevo ordenamiento ya no tolera. Se ha señalado en doctrina, como bien lo destaca la incidentada, que la nueva ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales; que la aplicación de la nueva ley a las consecuencias de las relaciones jurídicas existentes tiene el mismo límite que la retroactividad: la imposibilidad de afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Sin embargo, el Código Civil y Comercial solo prohíbe que la retroactividad de la ley afecte esos derechos, mas no su aplicación inmediata; y es claro que lo que aquí se pretende no es un cese retroactivo de la cuota alimentaria, sino a futuro, eficacia temporal que no está sujeta a la misma prohibición que la prevista para la retroactividad. Como dice Kemelmajer de Carlucci, en argumentación que en general me parece compartible, "...lo importante no es la distinción entre situación y relación jurídica, porque ambas se rigen por las mismas reglas, sino las fases en las que éstas se encuentran al momento de la entrada de la nueva ley...", destacando que el efecto inmediato es el propio y normal de la ley, o sea que ésta se aplica a las relaciones y situaciones jurídicas que se constituyan en el futuro; a las existentes, en cuanto no estén agotadas y, también, a las consecuencias "que no hayan operado todavía". La ley toma a la relación ya constituida "en el estado en que se encontraba" al tiempo en que la nueva es sancionada, no implicando ello retroactividad, pues sólo impacta sobre efectos o tramos futuros. Esta autora pone de ejemplo el matrimonio contraído bajo el régimen de indisolubilidad cuando la nueva ley establece la disolubilidad, en tal caso, dice, "podrá solicitarse el divorcio, aunque el matrimonio se haya celebrado con la vieja ley, porque la nueva ley no afecta tal hecho, el de la constitución, sino la extinción de esa relación, que aún no ha sucedido y por eso está regida por la nueva ley." (Kemelmajer de Carlucci Aída: La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 26 y sig.). Para arribar a estas conclusiones, la destacada profesora coautora del Código Civil y Comercial se basó en la teoría de Paul Roubier, explicada en la obra "Le droittransitoire" (París, n°37, p. 173, tal como ella menciona en el libro citado), que considera que en toda situación jurídica los aspectos dinámicos son los de creación o constitución y de extinción. Cuando ésta ha concluido o se ha consumido, la nueva ley no puede volver sobre ella (irretroactividad); en tanto que, cuando la situación jurídica tiene efectos posteriores a la entrada en vigencia de la nueva, son alcanzados por ésta en forma inmediata. En el caso de la prestación alimentaria, la cuestión es si las causas de extinción se rigen por la ley vigente al momento de su constitución o por la nueva, interrogante que ha dividido a la doctrina, tal como señala la magistrada de la instancia anterior, quien se ha inclinado por la que da respuesta afirmativa a la primera hipótesis en el entendimiento que la cosa juzgada integra el derecho constitucional de propiedad y no puede ser alterada por una ley posterior. Sin desconocer los sólidos fundamentos que sustentan la posición que adopta la a quo, no coincido con ella, pues, al no haberse consumido la relación jurídica al amparo de la legislación anterior, las causas de extinción se rigen por la ley vigente al momento en que acaecen. Por ello, el caso sometido a decisión de esta Alzada debe resolverse de acuerdo a la nueva normativa que, en este caso, es de aplicación inmediata. En efecto, como observa con toda claridad Kemelmajer de Carlucci, "...las causas de extinción se rigen por la ley vigente al momento en que acaecen, por lo que si, por ejemplo, el deudor viene cumpliendo esta obligación por más años de los que duró el matrimonio, puede invocar con éxito la causa de extinción prevista en el Código Civil y Comercial". Y prosigue: "Puede discutirse si la calidad de inocente declarada en la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada integra o no la relación; sin embargo, parece que hay que seguir a Roubier y entender que se trata, en todo caso, de una consecuencia afectada por la nueva ley hacia el futuro, sin perjuicio, claro está, que se soliciten los alimentos previstos en el artículo 434, inciso b. La cosa juzgada no es razón suficiente para continuar en el futuro con una prestación alimentaria que obliga al deudor a mantener al otro cónyuge en el nivel económico del que gozaron durante la convivencia porque la cosa juzgada relativa a prestaciones alimentarias es siempre débil. Piénsese, por ejemplo, que excepto el caso previsto en el artículo 434, inciso a, la obligación no se transmite a los herederos, aunque haya cosa juzgada" (op. cit., p. 138 y sig.).Puede argumentarse contra esta conclusión, como hace la incidentada, sosteniendo que la aplicación de la nueva ley a las consecuencias de la relación jurídica existente no puede afectar el derecho de propiedad, reconocido por la cosa juzgada; sin embargo, insisto en que ello solo es sostenible en el marco de la doctrina de los derechos adquiridos que siguió nuestro ordenamiento hasta el año 1968, dada la redacción originaria del art. 3° del Código Civil. Cuando se tomó partido por la doctrina de los hechos cumplidos con las modificaciones introducidas por Roubier quedó establecido que solo la retroactividad de la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales, de lo que se sigue que no se aplica esa regla para una aplicación que no es retroactiva, sino que solo concierne a las consecuencias de las relaciones jurídicas existentes, como estableció el último texto del art. 3° del Código Civil y dispone actualmente el art. 7° del Código Civil y Comercial. En efecto, el derecho de propiedad reconocido por la constitución (art. 17) no es absoluto, sino que está sujeto a las leyes que reglamentan su ejercicio (art. 14) y, en este caso, esas leyes permiten aplicar las nuevas normas a las consecuencias de las relaciones existentes sin dejar a salvo los derechos adquiridos, como se hacía hasta 1968. Aplicar la nueva causal de cese de la cuota alimentaria no implica retroactividad y el ordenamiento vigente no dispone -como sí lo hacía el vigente hasta 1968- que las nuevas leyes no pueden “alterar los derechos ya adquiridos”, siendo esta una solución sometida a la discrecionalidad del legislador que supera el test de constitucionalidad y que, por ende debe aplicarse, dada su obligatoriedad (art. 4°, Código Civil y Comercial). En suma, más allá de que pueda considerarse “injusto” que se aplique a la cuota alimentaria reconocida a la cónyuge inocente una causal de cese establecida por una legislación posterior, esa es la solución ajustada a derecho y, por lo tanto, lo que este tribunal debe decidir, sin que en ello haga mella una eventual disonancia con el valor “justicia”, que por otra parte es muy inasible, puesto que en cientos de años de filosofía del derecho no se ha podido llegar a una solución cierta y unánime sobre el concepto de “justicia” (Ver, en este sentido, Kelsen, Hans, ¿Qué es la justicia?, México, Fontamara, 1996).V. Despejada la cuestión de la legislación aplicable al caso, corresponde evaluar si la situación planteada por el actor encuadra en lo dispuesto por el art. 434 inc. “b” del Código Civil y Comercial en cuanto dispone, respecto a los alimentos posteriores al divorcio, que "La obligación no puede tener una duración superior al número de años que duró el matrimonio...". Siendo que los alimentos pos divorcio constituyen un derecho para uno y una obligación para el otro cuando ya no hay vinculo jurídico que los una, la norma en cuestión establece un límite temporal a fin de equilibrar los intereses en pugna, colocando un tope a la fecha de duración de la prestación alimentaria, que no puede ser superior a la cantidad de años que duró el matrimonio. En el presente caso, el conformado por actor y demandada se celebró el 5 de enero de 1967, la acción de divorcio se promovió el 11 de agosto de 1987 y la sentencia que lo decretó es de fecha 8 de agosto de 1988 (v. fs. 5, 11 y 55/56, expte. nro. 79.927, caratulado "B. Á c. K. E. - Divorcio vincular - Tenencia de hijos- Disolución de Sociedad conyugal", Juzgado de 1ª Instancia Civil y Comercial n°1 Departamental, atraillado). Por su lado, la pensión alimentaria se estableció a partir del mes de octubre de 1988 (v. fs. 114/115, expte. 81.526, "B., Á. c. K., E.- Alimentos", del mismo juzgado, también acollarado). De esos antecedentes surge que la duración del matrimonio entre las partes (21 años) es inferior a la cantidad de años en que el actor ha abonado alimentos a su ex cónyuge (27 años hasta la promoción del incidente), con lo que la petición formulada encuadra en la causa de extinción prevista en el Código Civil y Comercial. Consecuentemente, corresponde revocar la sentencia apelada en cuanto rechazó el incidente promovido y hacer lugar al cese de la cuota alimentaria que abona E. K. a Á. B.

Voto así por la negativa.

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DOCTOR PILOTTI DIJO:

Inicialmente no merece objeción el ilustrado voto del distinguido colega que abre el acuerdo, sin embargo, considero necesario efectuar una aclaración respecto del alcance de la nueva normativa, aunque en nuestro caso no habrá de variar la solución propuesta. Asumido que corresponde aplicar al caso el vigente Código Civil y Comercial en cuya redacción ya no rige el régimen de alimentos entre ex cónyuges como lo preveía el anterior cuerpo normativo (CC), y menos aún que en ello tuviera incidencia la culpabilidad o inocencia en el divorcio desde que ya no se aplica ese paradigma en el actual régimen matrimonial (arts. 436, 437 y 438, CC y C), la cuestión debe ser analizada ponderando también las otras normas que tampoco existían cuando se generó la obligación alimentaria en debate y hoy, en el nuevo sistema, dan solución a situaciones particulares como entiendo –a priori- podría ser la que nos convoca.

 Me refiero en concreto a la posibilidad (antes inexistente) que establece el art. 441 del Código Civil y Comercial de acordar una compensación económica, o que ella la decida el juez, cuando “el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura”, en donde no existe la limitación del art. 434 inc. “b” y por el contrario aunque “excepcionalmente” puede consistir en una prestación periódica “por plazo indeterminado”, y un claro ejemplo de ello es el acuerdo que los integrantes de esta Sala hemos homologado recientemente (v. Expediente 148.387 16/07/2.017).

En dicho orden de ideas, así como se impone en principio hacer cesar los alimentos por el transcurso de un tiempo mayor de su prestación al que durara el matrimonio, no encuentro obstáculo para, analizando el ordenamiento legal de forma total y armónica, considerar eventualmente que aquellos alimentos que el incidentita pretende que cesen, pudieran ser considerados como la compensación económica del art. 441 consistente en una renta periódica por tiempo indeterminado.

Sin embargo, detenido en el responde del incidente por parte de A.B. (fs. 41/43 vta.), advierto que se ha dedicado únicamente a alegar la inaplicabilidad de nuevo ordenamiento, extremo sobre el que como vemos no lleva razón, y nada ha dicho respecto del hipotético “desequilibrio” que el divorcio le pudo producir en los términos que entiendo el nuevo ordenamiento le permite esgrimir (nuevamente, art. 441, CC y C).

En consecuencia, con la aclaración indicada respecto del límite que puede encontrar la aplicación automática del art. 434 inc. “b” del Código Civil y Comercial respecto del cese de la cuota alimentaria en el art. 441 del mismo cuerpo legal, adhiero al voto que abre el acuerdo, haciéndolo también por la negativa.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DOCTOR PERALTA MARISCAL DIJO:

Atento el resultado arribado al votar la cuestión anterior corresponde revocar la sentencia apelada en cuanto rechazó el incidente, admitiéndose el cese de la cuota alimentaria que E. K. abona a Á. B. por encontrarse configurada la causal objetiva prevista en el art. 433 inc. b) del Código Civil y Comercial, a partir de la fecha de notificación de la presente demanda incidental, ya que no está previsto un cese automático, o de pleno derecho, por la mera entrada en vigencia del nuevo ordenamiento.

En cuanto a las costas de ambas instancias, dadas las particularidades del caso y lo opinable de la solución, propongo imponerlas en el orden causado (art. 69, Código Procesal).Así lo voto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DOCTOR PILOTTI DIJO:

Adhiero al voto del Dr. Leopoldo L. Peralta Mariscal.

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente

SENTENCIAVISTOS Y CONSIDERANDO: Que en el acuerdo que antecede ha quedado resuelto que no se ajusta a derecho la sentencia de fs. 109/111.Por ello, el tribunal RESUELVE:Revocar la sentencia apelada y, en su mérito, disponer el cese de la cuota alimentaria que E. K. abona a Á. B., a partir de la fecha de notificación de la presente demanda incidental.Las costas de ambas instancias se imponen en el orden causado.Hágase saber y devuélvase.(Fdo.: Peralta Mariscal. Pilotti. Ante mí: Vera)\_