

NEUQUÉN, 25 de noviembre del año 2020.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**O. M. N. C/ F. C. S/ INC. CESACION DE CUOTA ALIMENTARIA**", (JNQFA4 INC N° 92509/2018), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **la Dra. Patricia CLERICI dijo:**

I.- Ambas partes interpusieron recursos de apelación contra la sentencia de fs. 230/234 vta., dictada el día 18 de agosto de 2020, que 1) rechaza la demanda en lo principal; 2) hace lugar a la pretensión subsidiaria, modificando en consecuencia el acápite K del acuerdo homologado en los autos principales, disponiendo que la cuota alimentaria en lo sucesivo sea del 34% de los haberes jubilatorios del alimentante, previo descuentos de ley e incluido el SAC, a abonarse mediante descuento automático; 3) rechaza el pedido de cese y/o modificación de la cláusula L del acuerdo, imponiendo las costas en el orden causado.

a) En su memorial de fs. 238/244 -presentación web de fecha 8 de septiembre de 2020- la parte actora se agravia, en primer lugar, por el rechazo del reclamo principal, consistente en el cese de la cuota alimentaria de U\$D 1.000 o su equivalente en pesos y de la obligación pactada en la cláusula L) del convenio sobre divorcio y división de bienes oportunamente suscripto.

Dice que la jueza de grado ha considerado que en el sub lite rige la manda del art. 440 del Código Civil y Comercial, habilitando el remedio de la revisión del convenio

alimentario, y enmarca la situación en la teoría de la imprevisión. Sin embargo, señala el recurrente, al momento de decidir rechaza la pretensión de cese de la cuota alimentaria, y fija su importe en el 34% de los haberes del alimentante, por ser este el porcentaje al que equivalía la cuota de USD 1.000.

Entiende que esta decisión es contradictoria, puesto que si bien invoca la teoría de la imprevisión, sólo evalúa parcialmente los hechos invocados y probados por la actora, que acreditan la variación de las circunstancias tenidas en cuenta al momento de fijar la cuota alimentaria.

Dice que tales variaciones son determinantes, puesto que en conjunto impiden al alimentante cumplir con su obligación, sin afectar su vida e integridad personal.

Sigue diciendo que en la actualidad el alimentante se encuentra obligado a continuar trabajando como docente en la Universidad del Comahue, a pesar de la fragilidad de su salud y de su avanzada edad (68 años), con el objeto de procurarse ingresos mayores, y así poder garantizar su subsistencia de una manera digna.

Sostiene que la sentencia recurrida aborda esta cuestión apartándose de su completa y real dimensión, sin considerar que al momento de pactarse la cuota alimentaria el actor contaba con 58 años de edad, trabajaba como ingeniero en una empresa, tenía un excelente sueldo y era una persona sana; en tanto que en la actualidad tiene 68 años de edad, se encuentra jubilado y es un paciente de riesgo coronario, con necrosis de la cara inferior del corazón y con compromiso del resto de las arterias coronarias.

Insiste en que, a pesar de ello y contrariando el consejo médico, ha debido continuar trabajando para acceder

a un ingreso que le permita cumplir con la pensión alimentaria y satisfacer sus necesidades propias.

Manifiesta que es contradictorio y gravísimo que la jueza a quo advierta que existe una variación sustancial de los hechos que amerita la revisión de la cuota, pero que tal variación no alcanza la suficiente magnitud como para extinguir totalmente la obligación alimentaria.

Destaca el grave perjuicio que se le causa al actor porque se lo está obligando a que continúe trabajando en contravención a un diagnóstico médico, para asegurar ingresos mayores.

Cuestiona el porcentaje de detracción de sus haberes jubilatorios, por considerarlo excesivo y desproporcionado con las reales posibilidades del alimentante.

Recuerda que su parte solicitó que, en subsidio, la cuota alimentaria sea reducida al 10% de sus haberes.

Afirma que el 34% fijado restablece la ecuación económica del convenio, pero omite considerar y evaluar todos los otros aspectos que han tornado excesivamente onerosa la cuota oportunamente pactada.

Entiende que se encuentra inmerso en un círculo vicioso, en donde cada vez está más limitado para generar recursos, pero, a su vez, está obligado a trabajar para poder sostenerse y cumplir con la cuota en término.

Considera que, en realidad, la sentencia recurrida no ha revisado el convenio en los términos y con el alcance que fuera requerido.

Pone de manifiesto que la alimentada tiene todas sus necesidades cubiertas, tiene casa, ingresos estables, obra social, al punto tal que la cuota que actualmente abona el

actor es utilizada para capitalizarse, realizando mejoras en la casa.

Sostiene que tampoco ha considerado, la jueza de primera instancia, la situación sobreviniente de la alimentada, y la falta de necesidad del pago de la cuota alimentaria.

Señala que la pericia socio ambiental da cuenta de manera inequívoca de los gastos de subsistencia de la demandada, los que se afrontan con los propios ingresos: alimentación, vestimenta, salud, pago de servicios, y que además recibe una compensación económica de su ex esposo que destina a gastos de finalización de trabajos en la vivienda. Agrega que este informe no ha sido impugnado por la contraria.

Argumenta que doctrina y jurisprudencia es unánime en sostener que la fijación de la prestación alimentaria es para atender las necesidades ordinarias de la vida.

Cuestiona el rechazo liso y llano de la teoría del ejercicio abusivo del derecho, sin que medie análisis ni fundamentación.

Impugna la forma de pago de la cuota alimentaria, por entender que la jueza de grado ha modificado unilateralmente el modo de cumplimiento de la obligación.

Insiste en que este no fue un hecho controvertido ni integró la litis. Más aún, señala el apelante, la demandada no cuestionó que la forma de pago sea el depósito directo en la cuenta bancaria de titularidad de la alimentada.

b) La parte demandada contesta el traslado del memorial a fs. 246/249 vta. -presentación web de fecha 20 de septiembre de 2020-.

Entiende que el apelante solamente manifiesta su disconformidad con el criterio interpretativo de la magistrada de grado.

Dice que la cuota alimentaria contractual tiene carácter de cosa juzgada, por lo que es improcedente pedir su cese.

Señala que, sea cual fuera el cuadro de salud del actor, éste sigue percibiendo sus ingresos con normalidad, tiene dos obras sociales y fue consciente en oportunidad de suscribir el acuerdo, que sus ingresos se verían mermados en el futuro, al jubilarse. Agrega que en ningún momento el incidentista mostró los gastos en que incurre por su supuesta afección, lo cual tampoco puede afectar el acuerdo de división de bienes firme y consentida.

Insiste en que se trata de una obligación alimentaria de fuente convencional, por lo que la jueza a quo consideró que, siendo alimentos negociales, carecían de fuente legal directa y no estaban revestidos de las notas propias de los alimentos legales, ni del orden público familiar, generando un derecho puramente patrimonial y derivando en una relación creditoria apropiada al acto jurídico que opera como fuente y cuyas normas lo gobiernan.

Ello determina, en opinión de la demandada, que la pretensión de revisión del acuerdo en los términos de los arts. 434, 440 y 1.091 del Código Civil no puede prosperar, ya que lo firmado dentro del convenio de división de bienes es una prestación convencional.

Reitera que la interpretación del carácter convencional de los alimentos es indiscutible.

Sostiene que mediante su expresión de agravios, el actor pretende modificar una cláusula contractual pactada en un acuerdo de división de bienes.

Manifiesta que tampoco la cuota puede ser disminuida ni su parte podría solicitar un incremento, ya que es una cuota pactada que no puede ser revisada por vía incidental.

A todo evento pone de manifiesto que el Código Civil y Comercial precisa que la causa del desequilibrio debe ser ajena a las partes, por lo que no corresponde tener en cuenta que la alimentada tiene sus necesidades cubiertas -lo que no es así-, o que el actor está jubilado y por eso tiene menos ingresos.

Vuelve sobre el hecho que las partes previeron en su momento que la edad jubilatoria llegaría, y asumieron tal circunstancia, por lo que no se puede invocar la teoría de la imprevisión.

Considera que el convenio fue razonablemente adecuado por la jueza de primera instancia, como consecuencia de las graves distorsiones en la economía general (suba de divisas).

Reitera la improcedencia de invocar artículos del Código Civil que regulan diversos institutos.

Denuncia la mala fe del alimentante, quién tiene recursos, posee un vasto patrimonio y pretende seguir enriqueciéndose a costa de la parte demandada.

Sostiene que con el actor mantuvo un matrimonio en el cual fue víctima de violencia sexual y psicológica; donde el demandante realizó muchos gastos con el dinero de ambos en reiteradas oportunidades, disponiendo sin su consentimiento de dinero de los ahorros de la demandada y de

la comunidad de bienes de la sociedad conyugal. Esta situación, afirma la demandada, explica el convenio suscripto, en el cuál el actor se asignó los bienes de mayor valor (sumados a los ahorros que había hecho desaparecer), decidiendo la cláusula que ahora pretende desconocer.

Defiende la modalidad de pago de la cuota alimentaria por descuento automático, la que conjura los inconvenientes que se pueden suceder, y evita la necesidad de tener contacto con el actor.

De todos modos entiende que la modalidad ordenada no puede causarle agravio al actor.

c) A fs. 251 se declara desierto el recurso de apelación planteado por la parte demandada.

II.- Ingresando en el tratamiento del recurso de apelación de la parte actora, ésta oportunamente requirió, mediante la promoción de la vía incidental, la revisión del convenio suscripto con la demandada -y homologado judicialmente-, en el cual se regulan aspectos referidos al divorcio de las partes, división de los bienes que conformaban la sociedad conyugal y prestación alimentaria, habiendo la jueza de grado encuadrado jurídicamente la cuestión en el art. 440 del Código Civil y Comercial.

Si bien la demandada realiza consideraciones respecto de la corrección de este encuadramiento jurídico al contestar el traslado del memorial, lo cierto es que no ha apelado la sentencia de primera instancia (su recurso fue declarado desierto), y la actora no cuestiona la aplicación de dicha norma, por lo que se trata de una cuestión firme.

De todos modos, la aplicación de la referida norma legal no es improcedente desde el momento que el

convenio suscripto por las partes es de los previstos en el art. 439 del Código Civil y Comercial.

Marisa Herrera sostiene que: *“Siendo el convenio regulador una herramienta fundada en el principio de libertad y autonomía, en total consonancia con su esencia y finalidad, también se debe permitir su modificación por la misma vía o del mismo modo como el que se arriba a él. Así, el Código autoriza de manera expresa a que los excónyuges puedan, de común acuerdo, modificar algún, algunos o todos los términos arribados en el convenio regulador...A través del convenio regulador se establece un régimen pactado por los cónyuges ante la crisis y ruptura matrimonial. Se trata, pues, de un negocio jurídico de Derecho de Familia, en el que los cónyuges regulan las consecuencias jurídicas del divorcio...En atención a este papel preponderante que le otorga el Código al convenio regulador, pieza que se funda y se sostiene por el principio de autonomía de la voluntad, es que también se prevé de manera expresa su posible modificación. Este cambio puede provenir de una posterior manifestación de voluntad de los excónyuges en ese sentido o también –y en casos excepcionales- por decisión judicial ante la petición de alguno de ellos por razones fundadas, en los cuales se debe quebrar o limitar el principio de libertad por aplicación de otros principios como el de solidaridad y responsabilidad”* (cfr. aut. cit., “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, T. II, pág. 754/756).

Carolina Duprat señala que las condiciones que habilitan la modificación del convenio son: *“1) haya existido y se acredite fehacientemente una alteración de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para la adopción de las medidas establecidas en el convenio regulador; 2) la alteración de las circunstancias sea sustancial, de tal importancia que se estime que, de haber existido las mismas al momento de la suscripción del convenio por las partes o la fijación judicial, se hubieran tomado medidas distintas; 3) la modificación no sea transitoria, sino que permanezca en el tiempo; y 4) el cambio de circunstancias no haya sido provocado voluntariamente para obtener una modificación de las medidas adoptadas”* (cfr. aut. cit., “Tratado de Derecho de Familia”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014, T. I, pág. 408).

Ursula C. Basset habilita la revisión de estos convenios por quiebre de sus bases objetivas y por aplicación de la teoría de la imprevisión –camino seguido por la jueza de grado-. Esta autora explica: *“La aplicación de la teoría de la imprevisión a los*

efectos de un convenio particionario ha sido analizada por la doctrina argentina de familia hace más de 40 años, en el trabajo extraordinario de Fassi y Bossert sobre la Sociedad Conyugal. Un precedente de la Cámara Nacional en lo Civil, Sala E, ya había hecho lugar a un reajuste de las sumas que, en el convenio, el marido se obligó a abonar a la mujer, teniendo en cuenta que entre el acuerdo y su cumplimiento se había producido un proceso inflacionario imprevisible y extraordinario.

“La teoría de la imprevisión ofrece una alternativa cuando, debido a un hecho imprevisible, una de las partes se ve dificultada o impedida de cumplir la prestación a la que se había obligado. Es una institución que tiene interés especialmente porque ofrece un marco para la renegociación de las condiciones del convenio, en caso de que esto sea viable. En caso contrario, la resolución puede ser total o parcial, lo que favorece la posible conservación de las cláusulas del convenio que puedan ser cumplidas. La tolerabilidad de la prestación no excluye la excesiva onerosidad.

“Los requisitos para la aplicación del instituto son: a) conmutatividad de ejecución diferida o permanente; b) excesiva onerosidad de la prestación a cargo de al menos una de las partes; c) causada por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al momento de la celebración; d) que las partes no sean la causa de esa alteración; e) que esa alteración exceda el riesgo asumido por la parte afectada. Lo imprevisible se aprecia como una vara subjetiva, de acuerdo con los elementos que tenía cada parte al momento de celebrar el convenio para valorar el alea que se asumía” (cfr. aut. cit., “Revisión de acuerdos patrimoniales de familia por crisis económica derivada de la pandemia”, LL 2020-C, pág. 153).

Como vemos, no cualquier alteración de la situación existente al momento de celebrar el convenio puede habilitar su modificación, sino que debe tratarse de una alteración sustancial, imprevisible, que torne en excesivamente onerosa la prestación a cargo del solicitante.

Las cláusulas cuya revisión requiere la parte actora son dos: una referida a la prestación alimentaria comprometida por el demandante (U\$D 1.000 mensuales, o su equivalente en pesos) y la otra al sostenimiento de la afiliación de la demandada a la obra social Docthos.

La pretensión del recurrente es que se dejen sin efecto totalmente tales prestaciones y, en subsidio, que se adecuen estas prestaciones a la situación actual del obligado.

En su recurso, el actor insiste en la pertinencia de su pretensión de hacer cesar la prestación alimentaria, sosteniendo que la jueza de grado no ha valorado correctamente las circunstancias acreditadas en la causa.

El cambio sustancial de circunstancias invocado por el actor refiere a la variación en la cotización de la moneda extranjera en la que fue pactada la obligación alimentaria -cambio que fue acogido favorablemente por la jueza de primera instancia, aunque no con entidad tal como para suprimir totalmente la prestación alimentaria-; a haber alcanzado la edad jubilatoria y haberse acogido al beneficio de jubilación ordinaria, lo que importa una disminución de sus ingresos y a la enfermedad sobreviniente, que lo obliga a incurrir en mayores gastos y, a su vez, le impide la obtención de mayores ingresos.

Las condiciones de la alimentada (tener su jubilación y su obra social, y por ende sus necesidades básicas cubiertas) no son relevantes a efectos de determinar la existencia de la alteración de las circunstancias tenidas en cuenta al contratar, ya que ellas existían en oportunidad de celebrarse el convenio cuya revisión se pretende.

Como ya lo señalé, la variación en la cotización del dólar estadounidense fue aceptada en la sentencia recurrida como causa de onerosidad sobreviniente, y ello se encuentra firme en esta instancia.

Respecto de la obtención del beneficio jubilatorio por parte del actor, entiendo que ello no puede ser considerado como una alteración sustancial de las

circunstancias tenidas en cuenta al contratar, en tanto se trata de un hecho que acontece en forma normal al alcanzarse determinada edad y contar con los aportes pertinentes al sistema de seguridad social, por lo que siendo el alimentante un trabajador en actividad al momento de celebrar el acuerdo, era previsible que en un tiempo más o menos extenso, accedería a la condición de jubilado. Más aún teniendo en cuenta que a la fecha de suscripción del acuerdo el actor contaba con una edad cercana a la jubilatoria.

Y en lo que refiere a la enfermedad del demandante, surge de las constancias de autos que existe en él una patología cardíaca, como así también psiquiátrica, pero no ha demostrado el alimentante que estas dolencias lo obliguen a realizar gastos extraordinarios, o por sobre los que presumiblemente deben hacerse ante enfermedades crónicas, considerando que el afectado cuenta con dos obras sociales (PAMI y Swiss Medical). Este déficit probatorio impide evaluar la existencia de la excesiva onerosidad sobreviniente, como así también la necesidad de que el accionante continúe con su tarea docente.

En definitiva, los hechos invocados por el actor, en la medida en que fueron acreditados en autos, no alcanzan para entender que ha sobrevenido una modificación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta al contratar, que habiliten hacer cesar totalmente la prestación alimentaria y el pago de la obra social Docthos, por lo que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada en este aspecto.

III.- Subsidiariamente el recurrente se queja del porcentaje que se ha aplicado sobre sus haberes jubilatorios para liquidar la pensión alimentaria mensual, y de la modificación en la forma de pago.

En lo que refiere a la primera queja, la a quo ha determinado que la cuota mensual pactada en U\$D 1.000, o su equivalente en pesos, pase a ser del 34% del haber jubilatorio. Para ello ha considerado el valor del dólar a la fecha de suscripción del acuerdo (U\$D 1,00 = \$ 4,10) y su incidencia, en ese momento, en el sueldo del actor, que era del 34%.

Entiendo que tal porcentaje es justo y adecuado a lo pactado por las partes, en tanto mantiene vigente las condiciones habidas en oportunidad de contratar.

Fijar un porcentaje menor importa un perjuicio no tolerable para la demandada, quién ya ha resignado el patrón moneda extranjera para mantener constante el valor de la prestación alimentaria, el que ha sido sustituido por el haber jubilatorio, cuyos incrementos, conforme es de público conocimiento, ni siquiera llegan a enjugar en su totalidad el proceso inflacionario.

Finalmente, también habré de propiciar la confirmación de la modificación en la forma de pago de la pensión alimentaria -descuento automático-, en tanto ella es consecuencia de la alteración de la prestación alimentaria.

Ello así, porque el descuento automático por parte de la ANSES no solamente asegura la realización del pago en tiempo oportuno, sino que también evita inconvenientes y futuros planteos respecto de la traducción del porcentaje en una suma de dinero.

IV.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo, rechazar el recurso de apelación de la parte actora y confirmar el resolutorio recurrido.

Las costas por la actuación en la presente instancia son a cargo del recurrente perdedoso (art. 68, CPCyC).

Regulo los honorarios profesionales por la labor ante la Alzada en las sumas de \$ 19.500,00 para la Dra.; \$ 19.500,00 para la Dra.....; y \$ 7.800,00 para la Dra...., todo de conformidad con lo dispuesto en el art. 15 de la ley 1.594.

El Dr. José Ignacio NOACCO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia dictada en fecha 18 de agosto de 2020 (fs. 230/234vta.), en todo lo que fue materia de recurso y agravio.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia a cargo del recurrente perdedoso (art. 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales por la labor ante la Alzada en las sumas de \$ 19.500,00 para la Dra.; \$ 19.500,00 para la Dra.....; y \$ 7.800,00 para la Dra....., (art. 15 de la Ley 1.594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. JOSÉ I. NOACCO

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria