



NEUQUEN, 22 de agosto de 2017.

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: "**F. S. E. C/ S. N. R. S/ ALIMENTOS PARA EL CONYUGE**", (JNQFAL EXP N° 50959/2011), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:**

**I.-** Se dicta sentencia a fs. 419/430, la que es apelada por ambas partes.

A fs. 442/445 el demandado principia por denunciar como hecho nuevo que la actora percibe una pensión otorgada por el ANSES la que, según señala, sería percibida desde el 30 de noviembre de 2011.

Solicita la admisión del hecho nuevo y peticiona que se libre oficio al ANSES y a la Comisión Nacional de Pensiones a fin de acreditar la circunstancia mencionada.

Continúa señalando que su parte logró acreditar que la actora gozó y goza del mismo nivel de vida que mantenía durante la convivencia matrimonial pues percibe un canon locativo por usufructo, cuenta con obra social, a lo que suma la cuota provisoria, los dividendos del sucesorio de su padre y el hecho de que no afronta gastos de manutención de su hijo.

Afirma que está acreditado que la actora goza de capacidad jurídica y en consecuencia tiene capacidad laborativa, que no se acreditó que requiera de un acompañante terapéutico y por último que de todos los Bancos oficiados, sólo uno informa operaciones que se compadecen con productos necesarios para el desarrollo de su vida profesional y personal.



Por otro lado, su parte documentó los gastos que le demanda sostener su propia vida personal y profesional a través del contrato de locación, del informe de la administradora del edificio donde está su oficina y su caudal económico para hacer frente a esas obligaciones, todo lo cual impone que el reclamo de la actora deba ser rechazado insistiendo en que ella cuenta con sus necesidades cubiertas.

Expresa que teniendo en cuenta los ingresos acreditados por su parte como contador independiente, la cuota determinada resulta excesiva por cuanto representa el 45 % de aquellos.

Sintetiza que la actora goza de la atribución del hogar conyugal, tiene cobertura de salud, percibió la cuota alimentaria provisoria y no afronta ningún gasto de su hijo lo cual debe llevar a concluir que tiene sus necesidades cubiertas en forma integral.

Por último se agravia de la imposición de costas pues al estar demostrado que la actora tiene sus requerimientos cubiertos, la demanda debe rechazarse e imponerse las costas a la reclamante.

A fs. 446/452 la actora expresa sus agravios señalando en primer lugar que la sentencia se equivoca pues su parte atendiendo a las particularidades del caso, solicitó la aplicación del artículo 434 del Código Civil y Comercial que contempla los alimentos posteriores al divorcio en su escrito del 29 de abril del 2016, artículo que resulta ser una derivación del 432 Código Civil y Comercial mencionado por la Jueza.

Señala que en el convenio de divorcio que se homologó el 26 de abril de 2.016 sólo se contemplan los bienes por lo que al estar ésta cuestión pendiente, las Jueza debió



resolver de conformidad a los artículos 438 y 440 Código Civil y Comercial última parte.

En segundo lugar se agravia pues entiende que el artículo 434 del Código Civil y Comercial establece que la prestación alimentaria puede fijarse aun después del divorcio a favor de quien padece una grave enfermedad preexistente y este extremo ha sido adecuadamente probado, pues la enfermedad de la actora, que no tiene recuperación, le impide autosustentarse.

Se agravia de la afirmación de la sentencia respecto a que la cuestión aquí planteada no ha tenido una modificación de conformidad a las normas del nuevo Código Civil y Comercial.

Así desarrolla que en el actual artículo 432 se amplía y extiende el derecho y el deber alimentario a supuestos previstos más allá de la disolución del vínculo matrimonial.

Afirma que medió una inadecuada evaluación del contenido de la obligación alimentaria respecto de la actora, pues no contempla los elementos de prueba ofrecidos en el proceso en el que tramitó el divorcio, destacando que si bien se trata de expedientes distintos, los mismos resultan conexos y que por ello no se deben perder de vista las facultades del juez que se extienden para brindarle herramientas para acceder a la verdad real y la justicia.

En ese marco, destaca que de aquel proceso surge que la actora se encuentra viviendo en un hogar ya que necesita asistencia terapéutica permanente y en cuanto a la asistencia médica la cobertura social del ISSN no fue ratificada por el demandado.

En cuanto a la situación económica de la actora al momento de la sentencia, afirma que medió una errónea



apreciación de la misma pues en el convenio homologado se habla de un compromiso en relación al importe de los frutos de la sociedad conyugal el cual no fue efectivizado y con respecto a la posibilidad o no de heredar es una hipótesis que no suma a las necesidades de la actora.

A continuación, y luego de señalar que es obvio que los alimentos de primera necesidad se encuentran cubiertos, destaca que el artículo 434 se refiere a la existencia de una enfermedad grave y que la imposibilidad de sustentarse se refiera a esa enfermedad.

Sostiene que el alcance material de la norma en cuestión debe cubrir el tratamiento de la enfermedad que padece el alimentado, concluyendo que no solo se trata de los alimentos de primera necesidad sino de los necesarios para la cobertura de la enfermedad.

Asimismo subraya que el matrimonio de las partes duró 30 años, y que si bien el divorcio incausado es una herramienta de la paz social pues no es posible obligar a nadie a seguir casado, la solución de la norma que alude respecto a la subsistencia de la asistencia se refiere al compromiso asumido al momento de formar una familia.

A fs. 454/457 contesta los agravios el demandado solicitando sean rechazados.

Hace hincapié en las posibilidades que tiene la actora de autosustentarse y que su parte no cuenta con ingresos para hacer frente a sus propios gastos, entre los que menciona la cuota ya fijada y que estima desproporcionada.

Solicita que la decisión sea confirmada en cuanto fuera cuestionada por la actora.

A fs. 522/532 contesta los agravios la actora señalando que no se opone a la denuncia del hecho nuevo, pues



señala que la existencia de la pensión no contributiva fue puesta en conocimiento del demandado, durante las tratativas del divorcio.

Agrega que en el momento de contestar los agravios la actora ya no vive en el inmueble sede del hogar conyugal pues la patología que padece ha llevado a que deba vivir en un Hogar, pues necesita de asistencia las 24 horas y que tampoco tiene obra social pues la derivada de la pensión no contributiva se encuentra en trámite y es atendida en el Hospital de Cipolletti, el cual en ocasiones no tiene medicación disponible.

Afirma que los usufructos de los bienes no son percibidos por su parte, que estas circunstancias obran en el expediente del divorcio y que tampoco se han realizado los bienes de la sociedad conyugal, por lo cual no puede computarse ello como un modo de satisfacer necesidades básicas alimentarias, agregando que en relación al sucesorio de su padre tampoco ha percibido dividendos.

Señala que acompaña y ofrece prueba, invocando facultades ordenatorias de este Cuerpo y el principio de amplitud probatoria consagrado en el *"artículo 710 de CC"*, en orden a sustentar los extremos ventilados en la contestación de agravios.

Subsidiariamente contesta los agravios y expresa en primer término e insiste que no es cierto que la actora cuente con sus necesidades básicas satisfechas como alega el demandado, razón por lo cual resulta ajustado el otorgamiento de la prestación alimentaria.

Destaca que la capacidad jurídica de la actora no puede equipararse a capacidad laboral, y que el hecho de que el demandado tenga actividad bancaria, aun cuando enfocada en



una sola entidad, da cuenta de ingreso económico que amerita ese servicio.

Tampoco considera que pueda tenerse en cuenta la situación de heredera en el sucesorio de su padre, pues aún no es beneficiaria de dividendo alguno.

Destaca que tampoco puede tenerse en cuenta el testimonio de su hermana respecto a que podría trabajar si es orientada pues teniendo en cuenta las condiciones del mercado laboral en la actualidad no contempla posibilidades para personas de esa edad y con esas dificultades de salud.

Desconoce el relato efectuado por el demandado en cuanto a sus gastos y expresa que si tiene cubierta sus necesidades más urgentes, es por la contribución de personas no obligadas legalmente en primera instancia a ello.

Desconoce asimismo que se trate de un monto confiscatorio el fijado en la sentencia en crisis y solicita que se mantenga la imposición de costas.

**II.-** En primer lugar y en relación a la denuncia del hecho nuevo, cabe tener presente que la existencia de la pensión fue reconocida por la actora al contestar los agravios.

Ambas partes apelan la sentencia, el demandado por que entiende que no corresponde la fijación de la cuota y porque su monto sería confiscatorio y la actora porque se agravia de que sólo se haya dispuesto hasta el momento de la sentencia de divorcio.

En primer lugar entiendo oportuno señalar que de conformidad a como fue mutando el estado civil de las partes durante la tramitación de las presentes, el análisis de la instancia de grado al dividir la cuestión hasta el momento de la sentencia de divorcio por un lado y luego de esa decisión



por el otro resulta adecuada a fin de encuadrarlo correctamente desde el punto de vista normativo.

En ese sentido, si bien al inicio el reclamo fue en el marco del anterior artículo 198 del Código Civil que establecía: "**Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos**".

En términos similares, el artículo 431 del Código unificado dispone: "*Asistencia. Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral e fidelidad. Deben **prestarse asistencia mutua**.*", de modo tal que tanto a la luz de la anterior normativa como de la actual la obligación alimentaria forma parte de los deberes de los esposos.

En cuanto a este último artículo la doctrina ha señalado: "*Como bien se explicita en los Fundamentos del Anteproyecto se conserva el derecho y deber jurídico de asistencia, previéndose expresamente el deber alimentario y las pautas para su fijación, mientras se encuentren casados conviviendo, o separados de hecho; tras el divorcio, esa obligación puede existir por acuerdo de partes, o ante dos supuestos expresamente previstos, fundados en el **principio de solidaridad familiar**: 1) a favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio transmitiéndose a los herederos del alimentante, y 2) a favor de quien carece de recursos suficientes y de la posibilidad razonable de procurárselo*". (Código Civil y Comercial de la Nación Comentado -Tomo II- Ricardo Luis Lorenzetti Director - Rubinzal Culzoni Editores - fs. 684).

Así: "*Por lo tanto, el derecho-deber de asistencia que se mantiene como deber jurídico es el que corresponde a la faz material, es decir en lo relativo a los alimentos...*"



El artículo 432 dispone: "Alimentos. Los cónyuges se deben alimentos entre sí durante la vida en común y la separación de hecho. Con posterioridad al divorcio, la prestación alimentaria sólo se debe en los supuestos previstos en este Código, o por convención de las partes. Esta obligación se rige por las reglas relativas a los alimentos entre parientes en cuanto sean compatibles."

Referido a este artículo la Dra. Marisa Herrera señala: "El Código concentra en un mismo artículo el principio general sobre qué regula o en qué sentido tiene virtualidad o consecuencias jurídicas el derecho-deber matrimonial de asistencia en su faz material. De esta manera, se establecen los diferentes supuestos en los que se admite si dicho derecho-deber es incumplido, genere el derecho de solicitar su cumplimiento: 1) durante la vida matrimonial, o sea, durante el desarrollo de la vida en común; 2) durante la separación de hecho, cuando tal proyecto esté terminado, que en el supuesto de que cohabiten o vivan bajo el mismo techo, puedes materializarse -o no- en dejar de compartir la vivienda común; 3) en caso de divorcio en ciertos supuestos expresamente fijados por el Código". (pág. 690).-el subrayado es propio-.

De este modo, ya sea bajo la normativa anterior como la del actual Código Civil y Comercial, se encuentra previsto el derecho-deber alimentario entre los cónyuges.

En el caso de autos y tal como quedara dicho, es preciso abordar no sólo el reclamo de la cuota durante el período de la separación de hecho, sino la etapa posterior a la sentencia de divorcio en la cual el vínculo matrimonial ya no subsiste.

En este sentido, el nuevo Código prevé con carácter excepcional en su artículo 434: "**Alimentos posteriores al divorcio.** Las prestaciones alimentarias pueden





*ser fijadas aun después del divorcio: a) a favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio que le impide autosustentarse. Si el alimentante fallece, la obligación se transmite a sus herederos; b) a favor de quien no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos. Se tienen en cuenta los incisos b), c) y e) del artículo 433. La obligación no puede tener una duración superior al número de años que duró el matrimonio y no procede a favor del que recibe la compensación económica del artículo 441. En los dos supuestos previstos en este artículo, la obligación cesa si: desaparece la causa que la motivó, o si la persona beneficiada contrae matrimonio o vive en unión convivencial, o cuando el alimentado incurre en alguna de las causales de indignidad. Si el convenio regulador del divorcio se refiere a los alimentos, rigen las pautas convenidas."*

De esta manera la existencia del derecho deber alimentario es posible que subsista luego de disuelto el vínculo en las especiales circunstancias previstas.

Al comentar el artículo, la Dra. Marisa Herrera señala: "... la noción de asistencia y el principio que lo sustenta, el de solidaridad familiar, se extiende más allá del matrimonio. Se trata de reconocer que dos personas fueron cónyuges, tuvieron un proyecto de vida en común y determinados derechos y deberes que si bien cesan con la ruptura del proyecto, hay un piso mínimo que subsiste. Este piso mínimo es la obligación alimentaria en determinados supuestos que se relacionan de manera directa con **situaciones de vulnerabilidad**. -el resaltado me pertenece-. Es cierto que toda persona está legitimada para solicitar alimentos a determinados parientes, con quienes lo une un vínculo jurídico, y de éste se derivan, entre otros derechos, el alimentario. Sin embargo la legislación civil ha priorizado a los excónyuges por sobre los parientes en atención a un



*elemento fáctico que le debe importar al derecho, el afecto. No ya por el afecto vigente o actual sino por el que hubo entre los cónyuges, por ese proyecto de vida compartido que si bien ya no se mantiene, existió y es el que también se protege cuando se alude a la solidaridad familiar, uno de los pilares de la obligación alimentaria." (ob. citada pag. 697/698).*

En base a los fundamentos que allí se brindan la norma recepta la situación fáctica que se plantea en autos, pues del análisis de las constancias y la prueba colectada encuentro como dato central acreditada la enfermedad de la actora, la cual es anterior al divorcio y reviste gravedad.

En tal sentido, es dable mencionar que resultan coincidentes las apreciaciones vertidas por el Dr. Lopez Proumen -fs. 2/3-, lo informado a fs. 105 por el Servicio de Salud Mental del Hospital Castro Rendon, donde se explayan en la necesidad de medicación y se sugiere el tema del acompañante terapéutico ante la circunstancia de que no contaba con contención familiar, dictamen que se ve ratificado por uno posterior obrante a fs. 109/110.

La persistencia de esa condición de salud se encuentra acreditada por el acta obrante a fs. 144 por la cual la letrada que asistía a la actora puso en conocimiento del Juzgado una situación en la que la misma se encontraba desbordada.

Asimismo, de la prueba colectada **no es posible afirmar que la actora tenga capacidad laborativa** en la actualidad, pues aun cuando en la testimonial que cita el demandado la hermana de aquella haya señalado que si tuviera orientación podría trabajar, ello no pasa de ser una apreciación personal probablemente teñida del deseo de que la actora mejore su condición que, frente a las diversas precisiones médicas que hablan de las serias dificultades de



la actora, no llegan a desvirtuar la certeza de que la actora padece una enfermedad que le impide desempeñar trabajos remunerados.

En relación a los agravios del demandado, si bien se miran, los mismos se dirigen principalmente a insistir en la posibilidad de autosustentarse de la actora, apreciación que de conformidad a las constancias de la causa no comparto.

En ese sentido la actora ya no cuenta con la cobertura asistencial del Instituto de Seguridad Social de Neuquén, no hay certeza acerca de la percepción del usufructo que en algún momento del proceso habría cobrado y la falta e mantenimiento de los gastos del hijo no reviste ninguna relevancia en el aspecto a resolver pues se trata de una persona mayor de edad (en la actualidad tiene 29 años) en relación a quien no se ha manifestado ninguna circunstancia excepcional que lleve a que sus padres deban hacerse cargo de los gastos de aquel.

Sin embargo, tampoco es posible perder de vista que efectivamente el acervo conyugal cuya división se acordara según da cuenta la certificación actuarial de fs. 419 contempla la asignación de un determinado patrimonio a favor de la actora, al que cabe sumar la posibilidad de adquirir algún dividendo de la sucesión de su padre y la existencia de otros parientes que también podrían contribuir, entre los que cabe destacar al hijo, todo lo cual lleva a que resulte prudente confirmar la determinación de la cuota dispuesta en la sentencia de grado y determinar la subsistencia de la misma luego del divorcio de conformidad a los términos del artículo 434, aunque ajustando su monto.

En ese sentido, y aun reconociendo la situación de vulnerabilidad de la actora no es posible perder de vista que en relación al demandado no se han acreditado las



posibilidades económicas que anunciara la parte actora e imponerle la obligación de que aquel afronte la totalidad el tratamiento de la actora aparece desproporcionado.

Por todo lo expuesto y teniendo en cuenta que se trata de una obligación de carácter excepcional entiendo que corresponde confirmar la determinación de la obligación alimentaria en cabeza del demandado, extendiéndola al período posterior al divorcio y disminuir su monto fijado a la suma de \$ 4.000.

Las costas de ambas instancias se imponen al demandado dada la naturaleza de la acción que se ventila en este trámite (arts. 69 y 68 2da. parte CPCyC).

**La Dra. Patricia CLERICI dijo:**

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

Por ello, esta **Sala II**

**RESUELVE:**

I- Modificar parcialmente la sentencia de fs. 419/430, y en consecuencia, disponer que la cuota alimentaria se deberá devengar desde la fecha de interposición de la demanda y se continúe devengando aún después de la sentencia de divorcio, fijándola en la suma de \$ 4.000.

II.- Imponer las costas de ambas instancias al alimentante (art. 68 CPCyC).

III.- Dejar sin efecto los honorarios regulados, (art. 279 C.P.C.C.), los que deberán adecuarse al nuevo pronunciamiento.

IV.- Regular los honorarios por la actuación en segunda instancia de los Dres. ... y ... en un 30 % de los que surjan una vez practicadas las regulaciones de la instancia de grado.



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

**Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI**  
**Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria**