

Título: Confiscación judicial del crédito por alimentos

Autor: Rivera, Julio César

Publicado en: LA LEY 26/06/2017, 26/06/2017, 1 - LA LEY2017-C, 1010 - DFyP 2017 (julio), 12/07/2017, 3

Cita Online: AR/DOC/1542/2017

Sumario: I. La cuestión.— II. Las distintas posiciones.— III. Los principales argumentos a favor de la extinción de la obligación alimentaria.— IV. Nuestra opinión.— V. Argumentos corroborantes.— VI. Conclusión.

Siendo el derecho alimentario un crédito incorporado al patrimonio del acreedor bajo determinadas condiciones de vigencia, su privación por una causa distinta a las previstas en la legislación bajo la cual se atribuyó ese crédito es inconstitucional, pues importa arrebatar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior.

(*)

I. La cuestión

El Código Civil derogado —en adelante CCiv.— preveía la posibilidad de atribuir por sentencia un crédito al cónyuge inocente del divorcio en concepto de alimentos (arts. 207 y 217, CCiv.). Tal crédito era a su vez susceptible de ser extinguido cuando se dieran ciertas circunstancias (arts. 210 para la separación personal y 218, CCiv. para el divorcio). El CPCCN prevé además el trámite de los incidentes para "toda petición de aumento, disminución, cesación o coparticipación en los alimentos" (art. 650).

El Código Civil y Comercial en vigencia desde el 1 de agosto de 2015 (en adelante CCyC), ha suprimido la atribución de culpa en el divorcio y en materia de alimentos prevé que ellos sólo son atribuibles en las circunstancias extraordinarias previstas en el art. 434. A la vez el nuevo Código prevé que en caso de divorcio puede reconocerse a favor de alguno de los cónyuges una "compensación económica" (art. 441). Los cónyuges también pueden pactar alimentos para después del divorcio (arg. art. 434 in fine, en cuanto remite a las pautas establecidas en el convenio regulador previsto en el art. 439).

En función de la entrada en vigencia del nuevo Código y la inexistencia de un texto legal que expresamente resuelva la cuestión, se ha planteado el debate acerca de si el crédito alimentario reconocido al cónyuge inocente en sentencia judicial y causado en la culpabilidad del otro subsiste o se ha extinguido.

II. Las distintas posiciones

La cuestión que reviste una aparente complejidad ha dado lugar a múltiples opiniones que han sido adecuadamente resumidas en un trabajo doctrinario que a su vez sostiene la tesis según la cual el crédito alimentario atribuido en sentencia judicial causada en la responsabilidad exclusiva de unos de los cónyuges en el divorcio, se ha extinguido a partir de la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com. (1).

Algunas sentencias de los tribunales civiles de la Ciudad de Buenos Aires han seguido ese criterio doctrinario y por ello han acogido la pretensión de los cónyuges obligados al pago de alimentos de liberarse de tal deuda.

Una sentencia de primera instancia —revocada— debida a la jueza Famá y algunos aportes doctrinarios han sostenido la subsistencia de la obligación alimentaria (2).

III. Los principales argumentos a favor de la extinción de la obligación alimentaria

Para justificar que el crédito por alimentos se ha extinguido se invoca:

- que conforme al art. 7, la ley nueva se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas en curso;

- que el crédito por alimentos está causado en la situación jurídica nacida del divorcio, y que las cuotas periódicas son una "consecuencia" de ella y por lo tanto alcanzada por la nueva ley, que en el caso no prevé ni la atribución de "culpabilidad" ni por lo tanto la posibilidad del reconocimiento de un crédito alimentario a favor del "inocente" puesto que esta calificación también ha desaparecido; todo lo cual implica que rige en la materia un nuevo "paradigma", pues el matrimonio causa sólo la obligación de convivencia y asistencia durante su existencia pero no después de disuelto;

- que las sentencias de alimentos no tienen eficacia de cosa juzgada, en tanto el mismo Cód. Civil preveía la posibilidad de que tal sentencia fuese modificada cuando se dieran las circunstancias previstas en el art. 218.

Discrepamos con el criterio doctrinario que venimos de exponer. Desde nuestro punto de vista ninguno de los argumentos es decisivo. Y, anticipamos, si efectivamente en razón de la vigencia de un "nuevo paradigma" impuesto por la nueva legislación efectivamente se priva a un "cónyuge inocente" —condición que deviene de una sentencia que en este aspecto tiene indiscutiblemente eficacia de cosa juzgada— de su crédito alimentario,

de algún modo este cónyuge deberá ser indemnizado.

a) Reconocimientos

Antes de exponer nuestra posición sobre el punto debemos señalar que la tesis con la que disentimos parte de dos afirmaciones incontestables: (i) Roubier, cuya autoridad en el tema del derecho transitorio es innegable y es la fuente del viejo art. 3 del CCiv. y por ende del actual art. 7 del CCyC, da como uno de los ejemplos de efecto inmediato de la nueva ley justamente el caso en que ésta suprime o modifique el régimen de los alimentos causados en el divorcio; (ii) el matrimonio causa deberes limitados que en principio se extinguen con el divorcio; (iii) se ha suprimido toda idea de culpa en el divorcio.

Examinamos estas cuestiones brevemente.

b) Roubier

Efectivamente Roubier sostiene que la obligación alimentaria no es más que una consecuencia inmediata y directa de situaciones jurídicas como el matrimonio o el parentesco; ella sufrirá por lo tanto los efectos de los cambios de legislación relativos a esos diversos estados; si la ley suprime un caso de obligación alimentaria, ella extinguirá también esa obligación, sin que se pueda objetar que las situaciones de acreedor y deudor de los alimentos han sido anteriormente constituidas [\(3\)](#).

Pero el argumento de fuente, si bien importante, debe ser contrastado con otros argumentos, en particular el de su posible incompatibilidad con la garantía constitucional de la propiedad, que es lo que haremos más adelante.

c) Los deberes causados por el matrimonio

Las sentencias de la Cámara Civil se hacen cargo de un cambio de modelo de familia matrimonial; en el cual el deber de asistencia existe durante el matrimonio y no después, salvo situaciones excepcionales.

No hay duda de que efectivamente el modelo de familia matrimonial ha cambiado y que los deberes causados en el matrimonio son mínimos.

Dentro de ese cambio de modelo está inserta la supresión de toda idea de atribución de culpa en el divorcio. Obviamente ello incluye el cambio en el régimen de los alimentos; no hay crédito alimentario que pudiera atribuirse a quien no fuera el responsable del divorcio, pues no hay ya responsable o no responsable del divorcio.

IV. Nuestra opinión

Sin dejar de reconocer que como todas las cuestiones de derecho transitorio la que tratamos ahora presenta cierta complejidad, anticipamos nuestra opinión en el sentido de que el crédito alimentario atribuido al cónyuge inocente bajo el derecho anterior no se extingue por la entrada en vigencia del nuevo Código.

Y, si por hipótesis, la extinción fuera la conclusión de los tribunales, ha de otorgarse al acreedor una indemnización que sustituya ese crédito en su patrimonio.

a) Inexistencia de una regla que imponga la extinción del crédito por alimentos

En primer lugar debemos señalar que el Cód. Civ. y Com. no contiene ninguna norma que explícitamente extinga el crédito por alimentos reconocido en sentencia dictada con anterioridad a su vigencia. Tampoco la hay en la escueta ley que lo puso en vigencia.

De modo que la conclusión a que ha llegado la Cámara Civil deriva exclusivamente de una interpretación del régimen vigente que a su juicio hace incompatible la subsistencia del crédito por alimentos causado en sentencia anterior [\(4\)](#).

Este punto es a nuestro juicio muy relevante, porque de la omisa expresión legislativa los tribunales civiles de la Capital Federal han derivado una solución que afecta un derecho especialmente tutelado como es el alimentario y que, reconocido por sentencia judicial, es un derecho de propiedad en los términos del art. 17 de la Const. Nac. Volvemos sobre la interpretación judicial de la omisa voluntad del legislador más adelante, al tratar de la coherencia —o mejor de la falta de ella— de la conclusión judicial con el derecho constitucional y convencional de derechos humanos.

b) Objeciones a los fundamentos expuestos por Roubier

El Decano de Lyon, en su minucioso estudio sobre el derecho transitorio, crea una subespecie de situaciones jurídicas a las que llama "situaciones dependientes", y que distingue diciendo que son "de alguna manera secundarias, que aparecen como consecuencia de situaciones principales. Por ejemplo, el derecho al nombre, la obligación alimentaria son efectos de ciertas situaciones de estado, matrimonio, parentesco, parentesco por

afinidad; la autoridad paternal es una consecuencia de la filiación" (5), y siguen los ejemplos. En cuanto a la obligación alimentaria, ella es una consecuencia inmediata y directa de situaciones jurídicas resultantes del matrimonio, el parentesco o el parentesco por afinidad. De allí la consecuencia a que ya hemos hecho referencia; si hay un cambio de régimen del matrimonio o del parentesco, ello afecta a la obligación alimentaria.

La solución propuesta por Roubier es por lo menos opinable. La obligación alimentaria —particularmente en el caso que nos ocupa de los arts. 207 y 217 del CCiv.— es una relación jurídica que reconoce como causa próxima no el matrimonio, sino el divorcio, y que al menos parte de la doctrina argentina ve como una sanción al comportamiento antijurídico del cónyuge que dio lugar —de manera exclusiva- al divorcio (6).

De modo que esa relación jurídica no es dependiente de otra; el matrimonio se extinguió por el divorcio, y ello dio lugar al nacimiento de una obligación de fuente legal cuya existencia fue declarada por sentencia.

A partir de allí esa relación jurídica queda sujeta al régimen legal previsto al tiempo de su declaración por la sentencia, y por ello las únicas causas de extinción de esa relación jurídica son las previstas en el art. 218 del CCiv. Como veremos seguidamente, la creación de una nueva causa de extinción no es un efecto inmediato de la nueva ley, sino una aplicación retroactiva.

c) La supresión del derecho a alimentos no es un efecto inmediato, sino una aplicación retroactiva

La doctrina y la jurisprudencia coinciden en que el régimen del art. 7 del CCyC, supone que la nueva ley se aplica a las "consecuencias" de las relaciones y situaciones jurídicas. Más allá de lo complejo que es determinar qué son esas "consecuencias" (7), lo cierto es que como principio queda excluida toda posibilidad de que la nueva ley afecte la constitución o la extinción de las relaciones o situaciones jurídicas.

En el caso, la relación jurídica creditoria entre acreedor y deudor de los alimentos se constituyó bajo el régimen del CCiv. y ello supone que las causas de extinción o modificación de la relación jurídica son las que estaban vigentes, cuando esa relación se constituyó. La aplicación de una nueva causa de extinción de la relación jurídica —no explícita sino derivada de la interpretación judicial de un nuevo régimen del derecho matrimonial— implica entonces volver al momento de la constitución de la relación jurídica. Esto no es un efecto inmediato, sino un efecto retroactivo. En esta orientación, López de Zavalía calificaba a la incorporación o creación de una cláusula de ineficacia de una relación jurídica que no existía al tiempo de su constitución, como retroactividad de primer grado. Si bien López de Zavalía se refería a los contratos, su razonamiento es perfectamente aplicable al caso del crédito reconocido en sentencia: la inclusión por la ley nueva de una causal de extinción no prevista en el origen afecta a la constitución de la relación jurídica y como tal es una aplicación retroactiva y no un efecto inmediato.

Adviértase que la situación jurídica del matrimonio se disolvió durante el régimen anterior y con los efectos propios de ese régimen. Así fue juzgado que uno de los cónyuges era culpable y el otro inocente; suprimir los efectos de esa declaración judicial de culpabilidad e inocencia implica rejuzgar el caso ya concluido y encima con una nueva ley (8). Con lo cual existe una nueva aplicación retroactiva, pues se vuelve sobre la extinción de la situación jurídica.

La Cámara Nacional en lo Civil, sala 1°, sostiene que la cónyuge inocente no tenía un derecho adquirido respecto de los alimentos no devengados. Esta afirmación no puede compartirse: al existir una sentencia judicial que declara la existencia del derecho alimentario, el cónyuge beneficiario tiene un derecho adquirido. La misma Corte Suprema ha dicho que reconocido un derecho por sentencia constituye un derecho adquirido y, por ello, amparado por la garantía constitucional de la propiedad; y más aun, ha resuelto que si bajo la vigencia de una ley el particular ha cumplido todos los actos condiciones sustanciales y los requisitos, formales previstos en esa ley para ser titular de un determinado derecho, debe considerarse que hay derecho adquirido aunque falte la declaración formal de una sentencia o de un acto administrativo, pues estos sólo agregan el reconocimiento de ese derecho o el apoyo de la fuerza coactiva para que se haga efectivo... (9)

De modo que el reconocimiento por sentencia judicial del crédito alimentario incorpora al patrimonio del beneficiario un derecho adquirido. Adquirido bajo las condiciones de modificación o extinción previstas en la ley vigente al tiempo en que ese derecho fue declarado por la sentencia: si el cónyuge se casa, vive en concubinato o incurre en injurias graves, su derecho se extingue.

Pero la extinción por una causal que no existía al tiempo de la declaración judicial del derecho, afecta ese derecho adquirido. Es, como decíamos, un notorio efecto retroactivo, pues implica modificar las condiciones bajo las cuales el derecho se reconoció.

d) La "cuota" no es una consecuencia susceptible de ser alcanzada por la nueva ley

La sala 1° de la Cámara Nacional en lo Civil ha afirmado que "la obligación alimentaria constituye una prestación de tracto sucesivo o de ejecución periódica, por lo que su incumplimiento constituye una

consecuencia de una situación jurídica que, por lo tanto, de acuerdo a la pauta del art. 7, se encuentra afectada por la nueva ley hacia el futuro.

El razonamiento de la Cámara vuelve a ser difícil de comprender. Si la consecuencia es la "cuota", ésta podrá ser afectada: podrá aumentar, disminuir, generar más o menos intereses o dejar de producirlos, si hay mora, se pagará en moneda extranjera o nacional o en títulos públicos, o lo que fuera. Pero lo que la Cámara ha hecho no es afectar la "cuota", sino el crédito; es decir, no ha afectado el mecanismo de pago periódico llamado "cuota", sino el crédito mismo.

e) Y si el efecto es inmediato, sería inconstitucional

(i) Introducción

A lo largo de mi ya extensa actividad profesional que abarca la judicatura, el ejercicio de la abogacía, la docencia y la actividad como árbitro, he tenido la suerte de contar con colegas de los cuales aprendí mucho en cada área. Así he siempre reconocido lo que me transmitieron mis profesores titulares Alberto Molinario y Guillermo Borda, mi juez Atilio A. Alterini, el Dr. Alegria de quien aprendí a ser abogado en serio. Pero ahora debo recordar a uno de mis colegas de la Sala D de la Cámara Nacional en lo Comercial, el Dr. Alberti de quien recuerdo dos enseñanzas: (i) en las pequeñas causas suelen encerrarse los temas jurídicos más complejos; (ii) los pleitos no se ganan por suma de argumentos, sino porque alguna de las partes expone unos —a lo sumo dos— argumentos realmente dirimientes. En definitiva, esto no es un combate de boxeo que se define por puntos acumulados a lo largo de los diez rounds, sino más bien asemeja a una mano de truco en la que gana quien tiene el as de espadas.

Y a mi juicio estas enseñanzas se aplican al tema que estamos tratando de desentrañar. Individualmente considerados los casos no tienen una magnitud económica significativa; se trata de cuotas alimentarias debidas al ex cónyuge, que generalmente son de escasa cuantía. Pero apreciado en su conjunto el tema es extraordinariamente relevante, pues deja sin derecho a alimentos a seguramente muchas personas que cuentan con ese aporte, pequeño o no, para atender a sus necesidades mínimas o para mantener la situación económica que tenían antes del divorcio conforme lo previsto en el art. 207 del CCiv. Es, por lo demás, un tema que da lugar a debate y a múltiples posiciones doctrinarias, lo que pone de relieve una aparente complejidad. Y, finalmente, creemos que todos los argumentos que se pueden realizar de un lado u otro carecen de entidad frente a un argumento de corte constitucional que pasamos a desarrollar.

(ii) El "efecto inmediato" también está sujeto al test de constitucionalidad

El art. 3 del CCiv. y el art. 7 del CCyC, autorizan la retroactividad pero dejando a salvo las garantías constitucionales.

Ahora bien, el efecto inmediato también está sujeto al control de constitucionalidad. Así hemos dicho antes, que una ley que suprima el derecho de propiedad a partir de su entrada en vigencia no es retroactiva, sino que produce un efecto inmediato, pero sería radicalmente inconstitucional. Como veremos, se arriba a la misma conclusión —inconstitucionalidad— predicando que la extinción del crédito alimentario es el resultado de una aplicación inmediata —y por ende no retroactiva— del nuevo derecho vigente, pues nadie puede ser privado de su propiedad sin una indemnización.

(iii) El crédito de alimentos es un derecho de propiedad

Es un dato esencial a tener en cuenta que el derecho de propiedad constitucionalmente amparado comprende todo derecho que la persona tiene fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad; doctrina que la Corte sostiene desde el famoso pronunciamiento en la causa "Bourdieu c. Municipalidad" (1925) [\(10\)](#).

De modo que la titularidad de un crédito constituye un derecho de propiedad en el sentido constitucional del término; y, como tal, nadie puede ser privado de él, sino bajo las condiciones previstas en el art. 17 CN.

Así lo manifestó la Corte en el leading case "Horta c. Hardindeguy" (1922) diciendo: en tesis general, el principio de no retroactividad no es de la Constitución, sino de la ley. Es una norma de interpretación que deberá ser tenida en cuenta por los jueces en la aplicación de las leyes, pero no liga al Poder Legislativo, que puede derogarla en los casos en que el interés general lo exija. Esta facultad de legislar hacia el pasado no es, sin embargo, ilimitada. El legislador podrá hacer que la ley nueva destruya o modifique un mero interés, una simple facultad o un derecho en expectativa ya existentes; los jueces, investigando la intención de aquél, podrán, a su vez, atribuir a la ley ese mismo efecto. Pero ni el legislador ni el juez pueden, en virtud de una ley nueva o de su interpretación, arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior. En ese caso, el principio de la no retroactividad deja de ser una simple norma legal, para confundirse con el principio constitucional de la inviolabilidad de la propiedad [\(11\)](#).

Aun cuando la Corte haya hecho salvedades a la doctrina que emerge de Horta, lo cierto es que el mismo alto tribunal ha reiterado en numerosos pronunciamientos que conocida jurisprudencia de este Tribunal ha conferido jerarquía constitucional a la cosa juzgada (fallos: 224:657; 250:435; 252:370; 259:289), en razón de que la inalterabilidad de los derechos definitivamente adquiridos por sentencia firme reconoce fundamento en los derechos de propiedad y defensa en juicio (fallos: 199:466; 258:220;281:421) y que la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales constituye un presupuesto ineludible de la seguridad señalada (fallos: 253:171) (12).

Adviértase que no es un problema confinado a la eficacia de la cosa juzgada, como han pretendido presentarlo quienes propician la extinción del crédito alimentario, arguyendo que la cosa juzgada en materia de alimentos es siempre provisional. Aquí se trata de una cuestión de derecho de propiedad constitucionalmente tutelado; el beneficiario de la prestación alimentaria tiene un crédito —que puede modificarse o incluso extinguirse— bajo ciertas condiciones que son las establecidas en el Código derogado. Es que como enseña Bidart Campos, son "los derechos y obligaciones emergentes de las sentencias" los que se incorporan al patrimonio (13). Su eliminación por una causa distinta no afecta la cosa juzgada, sino que afecta al crédito en sí mismo; y por ello es una vulneración del derecho de propiedad.

a) Los derechos de propiedad no pueden ser suprimidos sin indemnización que los sustituya en el patrimonio. El caso de los derechos reales suprimidos por el CCiv.

(i) Planteo de la cuestión

Desde nuestro punto de vista el crédito alimentario reconocido al cónyuge inocente bajo el derecho anterior no es afectado por la entrada en vigencia del nuevo Código, pues, como dijimos para nuestro entender, ello implicaría no una "aplicación inmediata" de la nueva ley, sino darle a ésta un efecto retroactivo que vulnera la garantía constitucional de la propiedad.

De todos modos, para algunos autores y para el tribunal civil de la Capital Federal, no se trata de una aplicación retroactiva del nuevo régimen sino de un efecto inmediato del nuevo modelo de familia matrimonial y del nuevo régimen de alimentos sobre las consecuencias de la relación jurídica establecida por la sentencia de alimentos (14); por lo que, efectivamente, el crédito por alimentos se extingue. En tal caso, sostenemos nosotros, para que tal extinción no sea inconstitucional, ello debe ser de alguna manera indemnizado.

(ii) Fundamento del derecho a la indemnización

La Corte Suprema ha resuelto:

- que la irretroactividad de la ley es un criterio legal;
- que por lo tanto el legislador puede dar efecto retroactivo a las leyes (salvo en materia penal por la vigencia de la cláusula constitucional: art. 18, Const. Nac.);
- que lo mismo puede deducir el juez buscando la intención del legislador;
- pero no pueden ni el legislador ni el juez arrebatar un derecho de propiedad.

De donde, en caso de que un derecho reconocido bajo la ley vigente cuando se constituyó devenga de tal forma incompatible con la nueva legislación, se extinguirá ese derecho pero deberá ser reemplazado en el patrimonio del titular con "algo" —una suma de dinero— que pase a ocupar en el patrimonio del titular el lugar que tenía el derecho suprimido por la nueva legislación.

Esta es la solución que se aplicó en Argentina para los derechos reales suprimidos por el Código Civil en 1871.

(iii) El CCiv. y los derechos reales suprimidos o restringidos

El CCiv. adoptó el sistema de número cerrado en materia de derechos reales (arts. 2503, 2504); con lo cual quedaron excluidos una serie de derechos reales que venían del derecho español que había regido en Indias. Entre ellos las vinculaciones, capellanías y enfiteusis (15).

La exclusión de estos derechos reales de la enumeración de los autorizados llevó a los autores y, como veremos, a la legislación y la jurisprudencia a considerar que si bien tales derechos no podían constituirse en el futuro, no implicaba la extinción de los constituidos antes del 1 de enero de 1871.

Así lo destacó el excepcional voto del Dr. Roberto Greco en el caso Cincotta de Rebagliati (16); invocando las opiniones de Machado, Segovia y Salvat, así como los precedentes judiciales sobre la materia (17).

De modo que esos derechos reales subsistieron; y para ser liberados los inmuebles de tales ataduras, fue preciso indemnizar a los titulares de aquellos derechos reales suprimidos por el CCiv. pero constituidos antes de su entrada en vigencia.

En el ámbito de la legislación, el Congreso Nacional actuando como legislatura local sancionó la ley 4.124 de redención de capellanías, la que dispuso que la liberación de la tierra de una vinculación capellanía generaba indemnización a favor de los titulares de ese derecho suprimido por el Código Civil. En concreto su art. 1 dice: todo gravamen impuesto sobre bienes raíces situados en la capital federal o territorios nacionales, con carácter de capellanía, memoria pía, censo capellanico o fundación piadosa, podrá ser redimido depositando en el Banco de la Nación una suma en títulos de deuda interna de la Nación de 6 por ciento de renta, con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley. Cuando los títulos depositados en virtud de esta Ley fueran amortizados total o parcialmente, el Banco de la Nación invertirá el importe de los títulos amortizados en nuevos títulos de la deuda interna de la Nación de mayor renta.

Los artículos siguientes determinan cómo calcular el monto o suma a depositar y quiénes son los legitimados para proceder a la redención o liberación del inmueble.

Y llevada la cuestión ante los jueces, el pronunciamiento que puso fin a una larguísima serie de procesos, fue el dictado en la ya mencionada causa Cincotta de Rebagliati. Dijo allí el Dr. Greco en su voto —al que adhirieron los otros dos jueces del tribunal—:

Que el derecho real de los antecesores de los actores no se haya extinguido ipso jure con la sanción y entrada en vigencia del Código Civil, ni con su reforma de 1968, no significa que no pueda llegar a extinguirse por algún medio que no implique conculcación de la garantía que para sus titulares importa el art. 17 de la CN. Esta posibilidad puede ser planteada en los siguientes términos: puesto que la prohibición de constituir nuevos derechos de esta especie comporta una objetiva valoración societaria acerca de la inconveniencia de su mantenimiento desde el ángulo del interés general, la existencia de ese común denominador de valores que es el dinero permite imponer un cambio en ese derecho que, jurídicamente y económicamente, concilie el respeto de la incolumidad patrimonial del titular con aquel interés general. Es el mismo fundamento de la expropiación por causa de utilidad pública; la indemnización sustitutiva del derecho que se expropia ocupa el lugar de éste en el activo del expropiado operando una suerte de subrogación real (18).

Guillermo Allende en su obra sobre los derechos reales suprimidos o restringidos, anticipaba esta solución, y más aun agregaba un argumento de índole constitucional: el art. 15 de la CN suprimía definitivamente la esclavitud y dispone que "una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración". Con mayor razón entonces correspondería indemnizar a quien se viera privado de un derecho real suprimido por la nueva legislación (19). Curiosamente esta es también la opinión de Roubier (20).

(iv) Extensión del criterio al crédito alimentario

Este criterio debería ser extendido al tema que estamos tratando.

El beneficiario de los alimentos tiene un crédito que, como tal, constituye un derecho de propiedad en el sentido del art. 17 de la Const. Nac. Si el cónyuge culpable obligado a pagar alimentos pretende liberarse, debe de algún modo sustituirse ese crédito por otro bien que normalmente ha de ser una suma de dinero, pues éste es la medida de todas las cosas. Por lo tanto debería darse al beneficiario un capital que represente razonablemente el valor presente de su obligación. Obviamente esta es una solución que casi ningún obligado querría asumir.

Y si el tribunal libera al deudor sin indemnización a pagar por éste, esa indemnización debería pagarla el Estado, pues quedaría comprometida su responsabilidad por acto lícito de acuerdo a los criterios que imperan en la jurisprudencia y que se han plasmado en la ley 26.944, art. 4. Solución por supuesto también poco convincente, en tanto no se advierte por qué el Estado debería asumir una obligación impuesta a un particular como sanción a su conducta durante el matrimonio.

En fin, lo que es inadmisibles es que se prive al titular de su crédito, sin reparación alguna. Eso importa una confiscación judicial del crédito.

V. Argumentos corroborantes

Sin perjuicio de que el argumento constitucional sostenido en el alcance que la jurisprudencia de la Corte ha dado al derecho de propiedad nos resulta a nosotros definitivo, pueden exponerse otras razones que han sido dadas por la doctrina.

a) La igualdad ante la ley

El nuevo Código prevé la posibilidad de que las partes del divorcio acuerden sobre los alimentos en el convenio regulador (art. 439); si bien este precepto parece referirse a los alimentos en beneficio de los hijos, no excluye que también se pacten en beneficio de uno de los ex cónyuges (21); ello surge con toda claridad del último párrafo del art. 434.

Además, el art. 441 del CCyC introduce la denominada "compensación económica", de modo que el

cónyuge a quien 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, tiene derecho a una compensación. Ésta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez.

Ha señalado con acierto Zannoni que "negar a los ex cónyuges el derecho a continuar percibiendo las asignaciones a las que tuvieron derecho hasta la entrada en vigencia del nuevo Código Civil implicaría colocarlos en una situación de desigualdad ante la ley, pues para ellos no existe la posibilidad de acordar el convenio regulador previsto por los arts. 439 y siguientes para quienes se divorcian por la ley vigente, convenio que, entre otras, prevé las pautas relativas al derecho alimentario".

Y, agregamos nosotros, que ni tendría posibilidad de requerir la compensación económica del art. 441 (22) que, si bien se mira, se corresponde bastante con los criterios preexistentes para reconocer alimentos.

De modo que, concluye Zannoni:

Corresponde interpretar, desde nuestro punto de vista, que el derecho a percibir alimentos no es una "situación jurídica existente" en los términos del art. 7° del Cód. Civ. y Com., sino un derecho adquirido, inherente a la cosa juzgada, al que no puede aplicársele la nueva ley con retroactividad sin grave lesión al derecho de propiedad.

Con lo que viene a coincidir en que la privación del crédito alimentario afecta la garantía constitucional de la propiedad.

b) La coherencia del derecho

El Cód. Civil y Comercial presenta un título preliminar en el que se distingue —si con mayor o menor éxito, es harina de otro costal— entre el Derecho y la Ley. De modo que menciona las fuentes (art. 1) y enuncia —creemos de manera no taxativa— ciertas pautas de interpretación de la ley (art. 2). En concreto en este artículo 2 dispone que la ley debe ser interpretada "de modo coherente con todo el ordenamiento".

La apuntada "coherencia" está reflejando lo que desde Savigny se conoce como elemento sistemático de la interpretación (23) que obliga a considerar al ordenamiento jurídico como un todo orgánico. Hemos dicho antes de ahora (24) que este criterio ha sido muy seguido por la jurisprudencia nacional; así, la Corte Suprema, con referencia a la Constitución ha dicho que ella debe ser analizada como un conjunto armónico, dentro del cual cada una de sus disposiciones ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás, pues sus distintas partes forman una unidad coherente; que en la inteligencia de sus cláusulas debe cuidarse de no alterar el equilibrio del conjunto (25).

Por ello mismo la Corte ha dicho que debe computarse la totalidad de los preceptos de la ley, de manera que armonice con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional, y en casos no expresamente contemplados ha de preferirse la inteligencia que favorece y no la que dificulte aquella armonía, a los fines perseguidos por las reglas (26). Un muy interesante trabajo debido a Nicolás J. Negri, al que ya hemos aludido, expone profundas consideraciones sobre la aplicación de la idea de coherencia a la justificación jurídica; su análisis excedería el alcance de este comentario, pero no puede dejar de recomendarse su lectura (27).

Como ha sido señalado por la jurisprudencia de la Corte en su momento y ahora aparece recogido en los arts. 1 y 2 del CCyC, la coherencia del sistema debe apreciarse no sólo ponderando las normas constitucionales, sino también las de los tratados de derechos humanos y los principios y valores.

Desde nuestro punto de vista ello fue bien tratado en la sentencia de 1ª Instancia debida a la Dra. Famá (28), a la que ya hemos hecho referencia. La ilustrada sentencia, además de acudir al argumento de la tutela constitucional de la propiedad, afirma:

Cuando —como en el caso de autos— la sentencia reconoce a favor del cónyuge (inocente o no) un derecho alimentario, este derecho por su especial naturaleza forma parte del plexo de derechos fundamentales garantizados por la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos suscriptos por la Argentina. En tal sentido, el contenido del derecho alimentario se nutre de sendos derechos fundamentales tales como el derecho a gozar de un nivel de vida adecuado, el derecho al desarrollo y al bienestar; y, en definitiva, el derecho a la dignidad humana. Así se desprende del art. 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos cuando reconoce que "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...". En idéntico sentido se expide el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En esta misma línea, el art. X de la

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre enuncia el derecho a la preservación de la salud y al bienestar, estipulando que "toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica", y la Convención Americana sobre Derechos Humanos habla en el art. 26 del derecho al desarrollo progresivo.

Y luego argumenta largamente sobre el fundamento del derecho alimentario que reposa en la idea de solidaridad familiar.

Con ello la juez Famá ha seguido la directiva que provee el art. 2 del CCyC, esto es, para resolver cuál es el efecto del nuevo Código sobre el derecho alimentario reconocido al cónyuge inocente bajo el derecho anterior, examina la cuestión no sólo bajo el prisma del nuevo modelo de familia matrimonial y de divorcio, sino que lo hace dando prioridad a los tratados y convenciones de derechos humanos buscando una solución que resulte coherente con esos tratados y convenciones que son ley suprema de la Nación, tienen jerarquía constitucional algunos de ellos y son fuente de derecho civil conforme al art. 1 del mismo CCyC.

A lo expuesto en la mencionada sentencia puede agregarse que algunas concepciones del derecho de propiedad constitucionalmente garantizado reclaman una protección especialmente intensa para aquellos bienes que satisfacen las necesidades de una vida decorosa y contribuyen a la dignidad de la persona y del hogar, no siendo su uso y goce susceptibles de regulaciones que los subordinen al interés social (29). Si cambiamos el interés social por un nuevo paradigma, estamos en el caso que nos ocupa; un cambio de paradigma —que es lo invocado por la doctrina y la jurisprudencia confiscatoria— no justifica la privación del derecho de propiedad que recae sobre el crédito alimentario, en la medida en que éste está dirigido a satisfacer necesidades de una vida decorosa y contribuye a la dignidad de la persona y del hogar. Con mayor razón cuando esa privación no tiene ninguna compensación.

c) Otros aportes

Debo señalar que otros profesores han hecho aportes valiosos para entender el tema; con razones que en general vienen a coincidir con los argumentos que aquí se han expuesto (30). Sus contribuciones cuestionando lo resuelto por la Cámara Civil demuestran que la posición del tribunal está por lo menos controvertida.

VI. Conclusión

Siendo el derecho alimentario un crédito incorporado al patrimonio del acreedor bajo determinadas condiciones de vigencia, su privación por una causa distinta a las previstas en la legislación bajo la cual se atribuyó ese crédito es inconstitucional.

Pues —empleando las palabras de la Corte Suprema— importa arrebatar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior.

De donde, más allá de la opinión de Roubier y del evidente cambio de modelo de familia matrimonial y de los deberes causados en ella, así como de la supresión de la noción de culpa en el divorcio, el crédito alimentario reconocido al amparo de la legislación anterior subsiste, pues su privación por la nueva legislación afectaría la garantía constitucional de la propiedad. Y si se concretara la privación de tal crédito, ello comprometería la responsabilidad del Estado por acto lícito.

(*) A la memoria de Luis Moisset de Espanés, quien iluminó —entre otros muchos— el espinoso tema del derecho transitorio con páginas que siempre son de actualidad.

(1) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - MOLINA JUAN, Mariel F., "La obligación alimentaria del cónyuge inocente y el derecho transitorio. Cuando las piezas se van acomodando", LA LEY, 30/5/2016, cita online: AR/DOC/1550/2016.

(2) JCivil N° 92, 14/09/2015, "M. L., N. E. c, D. B. E. A. s/Alimentos", revocada por CNCiv., sala I, 1/12/2015, LA LEY, 30/5/2016, cita Online_AR/JUR/70851/2015; ZANNONI, Eduardo, "Alimentos debidos entre ex cónyuges", LA LEY, 31/10/2016, cita online: AR/DOC/3353/2016; MAZZINGHI, Gabriel, "La inocencia y una disvaliosa interpretación", LA LEY, 30/5/2016, cita online AR/DOC/1552/2016; GUGLIELMINO, Adriana del Carmen, "Riesgosa doctrina sentada por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que fulmina el derecho del cónyuge inocente a continuar percibiendo alimentos a cargo del culpable del divorcio", DFyP 2016, septiembre, p. 51, cita online AR/DOC/2404/2016.

(3) ROUBIER, Paul, "Droit Transitoire", París, 1960, no. 48, p. 217.

(4) No negamos que ante la inexistencia de una norma explícita, los tribunales puedan inferir el efecto retroactivo o inmediato de la ley; así lo reconoció la misma Corte en el caso Horta c. Harguindeguy al que nos referiremos nuevamente un poco más adelante; dijo allí nuestro Máximo Tribunal: "Esta facultad de legislar hacia el pasado no es, sin embargo, ilimitada. El legislador podrá hacer que la ley nueva destruya o modifique

un mero interés, una simple facultad o un derecho en expectativa ya existentes; los jueces, investigando la intención de aquél, podrán, a su vez, atribuir a la ley ese mismo efecto" (CS, 21/08/1922, Horta José c Ernesto Harguindeguy, fallos: 137:59/70). Y lo cierto es que, como lo veremos más adelante, es el criterio que inspiró una notable sentencia de la Cámara Nac. en lo Civil —dictado en la causa Cincotta de Rebagliati— que tuvo por extinguidos los derechos de enfiteusis constituidos con anterioridad al Cód. Civil. Pero, como también veremos, ese efecto extintivo requiere una adecuada compensación para no caer en la inconstitucionalidad.

(5) ROUBIER, ob. cit., n° 48, p. 216.

(6) GUGLIELMINO, Adriana del Carmen, "Riesgosa doctrina sentada por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que fulmina el derecho del cónyuge inocente a continuar percibiendo alimentos a cargo del culpable del divorcio", DFyP 2016, septiembre, p. 51, cita online: AR/DOC/2404/2016, con cita de Fanzolato.

(7) A esto nos hemos referido en Política legislativa y judicial en materia de derecho transitorio, publicado en Revista Código Civil y Comercial, Año III, núm. 1, febrero 2017, p. 130. Ya en Instituciones de Derecho Civil. Parte General, recordábamos que para Llambías las únicas "consecuencias" alcanzadas por el efecto inmediato eran las de hecho, nunca las jurídicas: RIVERA, Julio César, ob. cit., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, 6ª ed., vol. I, núm. 198 b), p. 238.

(8) Máxime cuando deriva de una mera interpretación y no de un texto explícito: cabe recordar que el art. 4 del Cód. Civil reconocía efectos retroactivos a las leyes interpretativas, pero ello no podía alcanzar a los casos ya juzgados.

(9) CS, 28/12/1976, "De Martín, Alfredo c. Banco Hipotecario Nacional", fallos: 296:727, considerando 7; comentando este fallo Ekmekdjian, Miguel Ángel, "Reflexiones en torno al concepto constitucional de derechos adquiridos", ED, 106-971.

(10) CS, 16/12/1925, "Bourdieu, Pedro Emilio c. Municipalidad de la Capital", fallos: 145:307.

(11) CS, 21/08/1922, "Horta, José c. Ernesto Hardindeguy", fallos: 137:59/70.

(12) V. CS, 29/10/1996, "Egües, Alberto José c. Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios (error judicial)", fallos: 319:2527; 10/5/57, "Otto Sebastián Bemberg s/ suc.", fallos: 237:563; 12/11/47, "Victorio Koruza vs. Carlos Egner", fallos: 209:303; 30/8/2005 "Magnarelli, César Adrián c. Misiones Provincia de y otros s/ cobro de pesos", fallos: 328:3299, etc.

(13) BIDART CAMPOS, Germán José, "Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino", tomo I, en El derecho constitucional de la libertad, Ediar, 1995, p. 483.

(14) Admitimos que puede haber —como de hecho la ha habido— una solución judicial distinta a la que propiciamos. Es que ciertos temas no tienen una única respuesta correcta. Como dice Manuel Atienza "Cuando sobre un mismo problema jurídico se proponen dos soluciones basadas en juicios de valor intrínsecos (últimos) incompatibles entre sí, no cabe hablar de respuesta correcta: cada una es correcta dados ciertos criterios, y no hay un metacriterio que cubra ambos. De lo único que cabe hablar es de la mejor respuesta posible...": Curso de argumentación jurídica, Trotta, Madrid, 2013, p. 638, citado por NEGRI, Nicolás J., "Análisis crítico de los arts. 1, 2 y 3 del Título Preliminar del Código Civil y Comercial", Revista Código Civil y Comercial, año II, núm. 11, diciembre 2016, p. 81 y nota 104.

(15) La Ley de Enfiteusis sancionada durante la efímera presidencia de Rivadavia (1826) se aplicaba exclusivamente a predios públicos; por lo que las enfiteusis constituidas sobre predios privados estuvieron reguladas por el derecho de Indias.

(16) CNCiv., sala G, 31/07/1984, "Cincotta de Rebagliati, Angélica y otros c. Arzobispado de la Ciudad de Buenos Aires", JA 1984-IV-68; cita online: AR/JUR/937/1984.

(17) Después de analizar la opinión de Machado, dice el voto del Dr. Greco: "Similar opinión había expresado Segovia, con fundamento en la nota de Vélez Sarsfield al art. 4048-4050 de su numeración — (Lisandro Segovia, "El Código Civil de la República Argentina, con su explicación y crítica bajo la forma de notas", Bs. As., 1881, t. 2, p. 113, nota 6 al pie) y fue posteriormente reiterada por Salvat ("Tratado..." cit., "Derechos Reales", t. 3, n. 2007, p. 611). Así lo decidió, invariablemente, la antigua jurisprudencia (v. fallos del Dr. Repetto en los casos Piñero y Pagliani y Cía., y casos cits. por Salvat, ob. y lug. cit., t. 3, n. 2007, p. 611, nota 15, y por Enrique D. de Guijarro en su nota "Las capellanías en el derecho y en la jurisprudencia nacional", JA 19-365 y ss., en especial p. 368 en que se mencionan fallos concretamente referidos a derechos reales de enfiteusis). Criterio que contó, en alguna medida, con adhesión legislativa, ya que al dictarse en 1902 la ley 4124 -Ver Texto sobre redención de capellanías-, se dieron por subsistentes los derechos cuya redención se posibilitaba; por más que el carácter local de esta ley, como el de otras similares

dictadas por las provincias, disminuya su aspecto interpretativo."

(18) CNCiv., Cincotta de Rebagliati, cit.

(19) ALLENDE, Guillermo L., "Tratado de enfiteusis y demás derechos reales suprimidos o restringidos por el Código Civil", Abeledo Perrot, Bs. As., 1964, p. 60.

(20) ROUBIER, Paul, "Les effets des lois dans le temps", París, Sirey, 1928 - 1933, t. II, p. 189.

(21) Es lo que entiende ZANNONI, Eduardo en "Alimentos debidos entre ex cónyuges", LA LEY, 31/10/2016, cita online: AR/DOC/3353/2016.

(22) En una sentencia relativamente reciente se acogió un pedido de transformación de una demanda de alimentos en la pretensión de compensación económica, arguyendo el tribunal que el cambio de régimen legal operó antes de que hubiera recaído sentencia en el proceso de alimentos: CCiv, y Com. Junín, 25/10/2016, DFyP, año IX, n° 3, abril 2017, p. 98 con nota de Alejandra Abrevaya. Adviértase la incongruencia: como no tenía sentencia el cónyuge, pudo reclamar la compensación económica; pero si la hubiera tenido el crédito alimentario, se hubiera extinguido sin derecho a plantear la compensación económica... Con lo que está en mejor situación el cónyuge que no tenía sentencia que el que sí la tenía.

(23) En el mismo sentido, Negri, Nicolás J., "Análisis crítico de los arts. 1, 2 y 3..." cit., Revista Código Civil y Comercial, año II, núm. 11, diciembre 2016, p. 59 y ss., en particular no. 2.8., p. 76.

(24) RIVERA, Julio César, "Instituciones de Derecho Civil — Parte General", cit., n° 173, p. 218.

(25) CS, 23/11/1976, fallos: 296:432.

(26) CS, 5/10/1976, fallos: 296:22; ídem, 15/03/1977, fallos 297:142; ídem, 01/11/1977, fallos: 299:93; ídem, 05/06/1979, fallos: 301:460.

(27) Me refiero obviamente al trabajo de NEGRI, Nicolás J., "Análisis crítico...", cit.

(28) JNCiv. N° 92, 14/09/2015, "M. L., N. E. c. D. B. E. A. s/Alimentos".

(29) ETCHICHURY, Horacio, "Igualdad desatada: la exigibilidad de los derechos sociales en la Constitución Argentina", Universidad Nac. de Córdoba, 2013, p. 205, citado por ELÍAS, Sebastián, "El derecho de propiedad en la Constitución Nacional: una introducción teórica", en RIVERA (h), Julio César; ELÍAS, Sebastián; GROSMAN, Lucas S.; LEGARRE, Santiago, "Tratado de los derechos constitucionales", Abeledo Perrot, Bs. As., 2014, p. 691. En la misma orientación, CIANCIARDO, Juan; ZAMBRANO, Pilar, "El caso Massa. La interpretación constitucional en casos difíciles y el derecho de propiedad", JA 2007-IV-1151. Dicen estos autores que el derecho de propiedad es un derecho humano como cualquiera de los otros, cuando su objeto es el conjunto de bienes indispensables para el desarrollo digno del ser humano

(30) MAZZINGHI, Gabriel M., "La inocencia y una disvaliosa interpretación", LA LEY, 30/05/2016, cita online AR/DOC/1552/2016; GUGLIELMINO, Adriana del Carmen, "Riesgosa doctrina sentada por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que fulmina el derecho del cónyuge inocente a continuar percibiendo alimentos a cargo del culpable del divorcio", DFyP 2016, septiembre, p. 51, cita online AR/DOC/2404/2016; ABREVAYA, Alejandra D., "Las implicancias institucionales en la ciudadanía de la aplicación el nuevo Código Civil y Comercial a litigios con sentencia firme. A raíz de un fallo en materia de alimentos", Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2016-2, 539.