

Mar del Plata, 15 de septiembre de 2015.

Con motivo del recurso de apelación en subsidio interpuesto a fs. 191/196 por la parte actora contra la resolución de fs. 190, del 11 de marzo de 2015; y VISTO:

El presente expediente traído a conocimiento de la Sala Tercera de este Tribunal de Alzada, CONSIDERAMOS que:

I. - El Sr. juez de primera instancia resolvió a fs. 190 desestimar la liquidación practicada por la actora, pues no surge de las constancias de autos que se hubiese convenido la aplicación de una tasa de interés para el caso de que los alimentos no fueran abonados por el alimentante.

II. - El Dr. Roberto Fabián Sangermano, invocando el art. 48 del C.P.C. respecto de la actora, interpuso recurso de apelación en subsidio a fs. 191/196, fundándolo en el mismo escrito, con argumentos que no merecieron respuesta de la contraria.

Como primer fundamento argumenta que le causa un gravamen irreparable que el a quo interprete que la deuda por alimentos devengados y no abonados por parte del obligado al pago no deba actualizarse y/o adicionársele intereses.

Señala que los alimentos reclamados y cuya aplicación de intereses se pretende fueron devengados en el año 2012 por lo que al solo vencimiento del periodo deberían calcularse y aplicárseles una tasa de interés por la mora que se produce en forma automática por el carácter de la deuda por alimentos. Cita jurisprudencia provincial en apoyo a su tesis.

Finalmente, solicita que se revoque el proveído en la parte atacada y se indique cuál es la tasa aplicable a los fines de actualizar el monto adeudado de alimentos.

III. - Cuestión previa: Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Ley N° 26.994):

Ante todo corresponde señalar que encontrándose la causa a estudio de esta Sala, el 1° de agosto de 2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994); y resultando ello una circunstancia sobreviniente entiendo necesario formular algunas precisiones acerca de la aplicabilidad de la ley en el tiempo, y cuál de ellas, por consiguiente, será utilizada para resolver el conflicto objeto de autos.

El artículo 7 del nuevo ordenamiento dispone que: "A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las 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." (el resaltado me pertenece).

De la norma se desprende que los principios que orientan la solución de los conflictos de leyes en el tiempo son: a) la irretroactividad de la ley, que sólo admite excepciones puntuales, como las aplicables a las relaciones de consumo y b) la necesidad de que la nueva ley tenga inmediata aplicación a partir de su entrada en vigencia.

Ambos principios se complementan, pues la aplicación inmediata no es retroactiva, porque significa aplicación de las nuevas normas para el futuro, y con posterioridad a su vigencia. A su vez, el efecto inmediato encuentra sus límites, precisamente, en el principio de irretroactividad, que veda aplicar las nuevas leyes a situaciones o relaciones jurídicas ya constituidas, o a efectos ya producidos, agotados o extinguidos.

En la especie, llega a este Tribunal de Alzada la cuestión relacionada con la posibilidad de aplicar intereses a una deuda alimentaria pese a la ausencia de un pacto de intereses moratorios en el convenio en el que se estableció la cuota; y, en caso de respuesta afirmativa qué tasa de interés resultaría aplicable en forma supletoria. El juez de grado directamente consideró a que no podían reclamarse intereses "no convenidos", por lo que tampoco se expidió sobre la tasa aplicable. En nuestra visión si tuviéramos que expedirnos sobre qué tasa debe aplicarse, anticipamos que la cuestión se resolvería de acuerdo al art. 7 del Cód. Civ. y Com.

De acuerdo a ese precepto, el Código Civil y Comercial debería aplicarse en forma inmediata a las "consecuencias" aun no producidas de las relaciones jurídicas existentes al 1 de agosto de 2015.

En función de todo ello pasaremos a analizar las cuestión de autos a tenor del nuevo régimen legal.

IV.- Tratamiento del Agravio: a) En primer término, debemos señalar que en el presente caso al tratarse de "alimentos atrasados" la legitimación activa corresponde a la progenitora conviviente con los menores porque en lo sustancial, la cuota alimentaria tiende a solventar necesidades impostergables y se presume que cuando el obligado no cumple con la prestación, los gastos que éste debe cubrir son afrontados por la madre de los alimentados que convive con ellos (cfr. Kemelmajer de Carlucci, A.- Molina de Juan, M. (Dir.); Alimentos, T. I, Edit. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe.

2014, pág.162 y ssgtes.; argto. jurisp. Cám. Apel. Civ. y Com., San Isidro, Sala I; in re "S.A.M. c A.G.J. s/ejecución de sentencia" del 12/11/2014, cit.en Revista Código Civil y Comercial, Año 1, Nro. 1 julio/2015, Edit. La Ley; pag. 131; Cám. Nac. Civ.; Sala B in re "G., M. M. G. c/ G. A. M. s/ejecución de Alimentos" del 14/8/2012, pub. elDial.com, AA7977; Cám. Fam. de Mendoza in re "S. C. M c/S. R. p/Sol.Med", del 31/10/2013; entre otros). b) Ahora bien, ingresando al agravio puntual del recurrente debemos señalar que una nueva revisión de la temática - intereses en los alimentos atrasados y no solicitados- nos lleva a sostener un criterio opuesto al aplicado en la causa N°156.643 (RSI 425/14 del 14/8/2014).

Ante todo, y a fin de aclarar la situación debemos efectuar una distinción entre "alimentos atrasados" -lo que se reclama en el sub lite- y el término "cuotas atrasadas".

Las "cuotas atrasadas" son aquellas que se devengan durante la tramitación del juicio, en tanto que para los "alimentos atrasados" debemos hacer uso de la expresión "incumplimiento de la obligación" pues son las cuotas alimentarias posteriores a la sentencia o a la suscripción del convenio entre las partes y posterior homologación judicial -como en autos- que se fueron venciendo sin que mediare pago de las mismas por parte del alimentante. No solo son supuestos distintos, sino que además son objeto de regulación diferente.

Para los alimentos determinados por sentencia o convenio homologado judicialmente e incumplidos, dado que se trata de obligaciones de dar sumas de dinero, entendemos que el daño moratorio se presume, pues de no establecerse intereses para este supuesto de "alimentos atrasados", se estaría consagrando una notoria injusticia al permitirle reclamar dichos accesorios al acreedor común y no al alimentario, en detrimento de los derechos de quien procura la satisfacción de tan primaria necesidad, situando a la vez al deudor de alimentos en mejor situación que el deudor común, cuando en realidad, la obligación de aquél

reclama un cumplimiento mas perentorio o imperioso (cfr. arts. 552, 658, 670, 765, 768 y ccds. del Cód. Civil y Com. de la Nación).

En tal sentido, la justicia provincial ha expresado que ".Negar al acreedor los intereses, produce una gran injusticia: favorece al deudor impuntual en detrimento de los legítimos derechos de un necesitado. por ello es que el deudor de una obligación alimentaria no puede estar en mejor condición que quién debe una deuda común, cuando en realidad su cumplimiento es más perentorio e imperioso." (Cám. Apel. Civ. y Com. II, La Plata, Sala III, causa N° 89.223, RSD 116-00 S del 18-5-2000).

En consecuencia, valorando que la morosidad incurrida por el deudor atañe a su obligación alimentaria (la que es de cumplimiento perentorio e imperioso) no puede estar en mejor condición que quien debe una deuda común; siendo viable el reclamo de intereses tal como lo preveían el art 622 y ccds. del Código Civil, solución también receptada en el art. 768 del Código Civ. y Com.

Por consiguiente consideramos, que en este caso se debe admitir la adición de un interés moratorio a las cuotas alimentarias adeudadas, pues lo contrario implicaría favorecer al deudor impuntual en detrimento de legítimos derechos de quien lo suplió en la porción a la que estaba obligado (arts. 658, 659, 661, 746, 765, 768 y ccds. del Cód. Civil y Com. de la Nación).

En definitiva, si existe una obligación reconocida a pagar alimentos a partir de determinada fecha (sea por sentencia o por acuerdo homologado), la condena accesoria al pago de intereses no depende de que el fallo o el convenio establezca expresamente el pago esos accesorios (intereses moratorios), ya que estos se devengan naturalmente por el simple retardo en el cumplimiento de la obligación asumida (arts. 552, 768 del Cód. Civil y Comercial; argto. arts. 622 del Cód. Civil -ley 340-).

Partiendo de esa premisa, corresponde seguidamente establecer la tasa a que éstos deberán calcularse.

Aquí, necesariamente, hay que tener en cuenta que la liquidación que deberá practicar la reclamante de las sumas debidas en concepto de "alimentos atrasados" transitará en el marco de lo que se conoce como "conflictos generados por la aplicación de la ley en el tiempo" (art. 7 del Cód. Civ.y Com.).

Efectivamente, el devengamiento de "intereses" no es más que una "consecuencia" que se sucede en el tiempo respecto a una relación jurídica existente al tiempo de la sanción del nuevo ordenamiento, por lo que a su respecto corresponde la aplicación inmediata pero sin efectos retroactivos.

Esto implica que el cálculo se hará en dos tramos: a) los devengados desde la fecha del vencimiento de la primera cuota (31 de diciembre de 2012, ya que si bien en el convenio se consignó un doble devengamiento mensual, no se estipuló el día concreto en que correspondía que comenzaran a efectuarse las retenciones), hasta la fecha de entrada en vigencia del nuevo Cód. Civil y Comercial (1 de agosto de 2015).; b) los devengados desde el 1 de agosto de 2015 hasta el efectivo pago.

Explicaremos el porqué de la distinción.

Los intereses que debieron abonarse a ntes del 1 de agosto de 2015, son "consecuencias" ya consumadas de las relaciones o situaciones jurídicas existentes, y por lo tanto se rigen por la vieja ley. Al contrario, los períodos posteriores a esa fecha, deberán calcularse de acuerdo a las previsiones del nuevo ordenamiento.

Así lo explica Aida Kemelmajer de Carlucci, siguiendo las enseñanzas de Moisset de Espanés: "mientras el responsable no satisface la obligación de resarcir, ésta tiene efecto, entre otros, producir intereses. si una ley nueva varía el tipo de interés, a partir de ese momento, los intereses de devengue la obligación se calcularán de acuerdo a las nuevas tasas; esto es lo que se denomina efecto inmediato de la ley posterior" (Kemelmajer de Carlucci, Aída; "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones Jurídicas existentes"; Edit. Rubinzal-Culzoni; 2015, pág. 28; cit. a Moisset de Espanés, Luis; El daño moral (arts. 522 y 1078 y la irretroactividad de la ley (art. 3°)", pub. en J.A.13-1972-356).

Efectuada la distinción ahora cabe precisar qué tasa de interés rige para cada tramo.

Para los intereses devengados antes del 1 de agosto de 2015, deben calcularse -ante la ausencia de un pacto en tal sentido- a la tasa pasiva del Banco de la Provincia de la Provincia de Buenos Aires para sus operaciones por Banca Electrónica (tasa pasiva BIP), tal como lo hemos resuelto en recientes pronunciamientos, y sin que ello pueda interpretarse como vulneración de la Doctrina Legal sentada por la SCBA en el fallo "Zgonc" (esta Sala Causa N° 149.027, RSD 271/14 del 18/12/2014; 157.012, RSD 213/14 del 21/10/14; argto. jurisp. S.C.B.A., Ac. 118.615, del 11/03/2015 in re "Zocaró, T. c/Provincia A.R.T. S.A.s/daños y perjuicios").

Para los posteriores al 1 de agosto de 2015, el juez de grado deberá aplicar el interés "legal" que surge del nuevo Cód. Civil y Comercial, y que se encuentra regulado en el art. 552 de este cuerpo normativo.

IV. - Por ello, citas legales y doctrinarias efectuadas y lo normado por los arts. 34 inc. 3° . b), y 5to, 36, 68, 69, 161, 241, 242, 246, 260, 645 y ccds. del C.P.C. y lo previsto en los arts. 542, 552, 658, 659, 661, 670, 746, 765, 768 del Cód. Civil y Com. de la Nación; RESOLVEMOS:

I) Hacer lugar el recurso de apelación deducido a fs. 191/196, y en consecuencia, revocar el proveído de fs. 190 en lo que ha sido materia de agravio y con los alcances indicados en el presente decisorio; II) En atención a que la cuestión motivo de apelación no fue generada por la parte contraria y teniendo también en cuenta el cambio de criterio que implica el presente decisorio se imponen las costas en el orden causado (arts. 68, 69 y ccds. del C.P.C.).

REGISTRESE. Transcurrido el plazo del art. 267 del C.P.C., devuélvase.

NÉLIDA I. ZAMPINI

RUBEN D. GEREZ