

CNCIV, Sala A, 26/05/2008, M. J. C. L. c/ O. V. s/ divorcio.

26 Junio de 2008

Comentario el fallo:

DIVORCIO VINCULAR. Separación de hecho. Adulterio.

La inacción del cónyuge que no se alejó del hogar conyugal en iniciar la demanda de divorcio, no puede implicar una aceptación tácita de la separación, porque no se lo puede obligar a entablar el reclamo judicial, tampoco puede compelerse al otro cónyuge a formular el mismo planteo para poder formar una nueva pareja. (del voto de la mayoría)

Si la relación matrimonial se desgasta producto de constantes desavenencias y uno de los cónyuges decide retirarse del hogar conyugal para no profundizar aún más esa crisis, prolongándose esa situación a lo largo del tiempo, no habría razón para negarle la posibilidad de formar una nueva vida si ello redundaría en su felicidad. (del voto de la mayoría)

Sería de un exceso francamente injustificable que uno de los cónyuges, luego de tanto tiempo, le achacara una conducta adúltera al otro, porque esa pretensión parece estar más bien teñida de un afán especulativo para obtener futuros alimentos, que demostrar que su otro cónyuge fue el causante de su separación. En consecuencia debe decretarse el divorcio vincular en los términos del inciso 2º del artículo 214 del Código Civil y declarándose disuelta la sociedad conyugal (art. 1306 Cód. Civ.)." (del voto de la mayoría)

En casos como el de autos, en que los cónyuges han estado separados de hecho desde hace muchos años (aproximadamente veinticinco años), y aun a pesar de que pudieran haber tenido a su alcance los remedios legales pertinentes, la exigencia de que los esposos vean coartada su vida afectiva y sexual durante un lapso tan prolongado, so pena de incurrir en la causal de adulterio, no aparece como razonable

ni condice con la realidad ya que no es factible pretender que se adopten conductas extraordinarias. (del voto del Dr. Fernando Posse Saguier)

## **FALLO:**

### **CNCIV, Sala A, 26/05/2008, M. J. C. L. c/ O. V. s/ divorcio.**

En la Ciudad de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 26 días del mes de mayo del año dos mil ocho, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Sala" A" de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil para conocer en el recurso de apelación interpuesto en los autos caratulados:"M. J. C. L. c/ O. V. s/ DIVORCIO", respecto de la sentencia de fs.161/166, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿ES JUSTA LA SENTENCIA APELADA?

Practicado el sorteo resultó que la votación debía realizarse en el siguiente orden: Señores Jueces de Cámara Doctores RICARDO LI ROSI - FERNANDO POSSE SAGUIER - HUGO Molteni

A LA CUESTIÓN PROPUESTA, EL DR. RICARDO LI ROSI DIJO:

I.- La sentencia de fs. 161/166 admitió la reconvenición entablada por V. O., pero rechazó la demanda y la reconvenición de la reconvenición instauradas por J. C. L. M., a quien le impuso las costas del juicio. En consecuencia, decretó el divorcio vincular de los cónyuges J. C. L. M. y V. O. por culpa del marido, por las causales de adulterio, injurias graves y abandono voluntario y malicioso previstas en los incisos 10, 4º y 5º del artículo 202 del Código Civil y declaró disuelta la sociedad conyugal de

conformidad con lo establecido por el artículo 1306 del citado ordenamiento.//-

Contra dicho pronunciamiento se alzan las quejas del actor perdedor, cuya expresión de agravios de fs. 185/189, fue replicada a fs. 195. Por su parte, el Sr. Fiscal de Cámara dictaminó a fs. 198/200.-

II.- Según la uniforme doctrina y jurisprudencia, que no ha perdido virtualidad pese a la sanción de la ley 23.515, se ha consagrado la presunción favorable para quien la plantea, de la culpabilidad del cónyuge que se alejó con sujeción al subsiguiente deber de cohabitación entre los esposos, incumbiéndole a éste la carga de probar que lo impulsaron motivos legítimos para tomar la determinación, pues de lo contrario cabe inferir su intención de violar el deber de convivencia (conf. Llambías J.J. "Código Civil Anotado", tº I, p.602 Y fallos allí citados;; Zannoni "Derecho de familia", tº 2, p.58 Y stes.; Borda "Tratado de derecho civil- Familia", 3era ed. actualizada, tº I, p. 438 Y sgtes.)).-

Es a partir de esta premisa que debo discrepar con las conclusiones del pronunciamiento recurrido, en tanto que el abandono sería excusable en situaciones de cierta gravedad, tales como cuando se encuentra en peligro la integridad física y moral de quien se separa, o cuando el clima de la cohabitación se torna francamente intolerable (conf. esta Sala en L.º 157.022 del 28/3/95, entre otros), que es, ciertamente, la situación por la que se atravesaba porque, básicamente, la relación entre las partes era crítica, con constantes discusiones que redundaban en la imposibilidad de compartir una vida en común (ver testimonios de Enrique Giacomucci de fs. 60, Alfredo José Grasso de fs. 61, Tomás Samuel Visconte de fs. 68/69, G. M. M. de fs. 70/71 y Freddy Fermín Moroy Argento de fs. 83) y que claramente justificaban su alejamiento del hogar. Es que cuando éste sobreviene como resultado de un franco deterioro del vínculo, que se venía manifestando en reiteradas y enojosas expresiones o discusiones que indudablemente redundaban en desmedro de la convivencia tornándola insoportable, ello es suficiente para desvirtuar la

presunción desfavorable que pesa en contra del marido que dejó el hogar conyugal (esta Sala, L 274.464 del 20/3/00).-

Si bien el mero transcurso del tiempo desde que aconteció la separación, sin que la esposa iniciara juicio de divorcio, alimentos o tenencia, resulta, en principio, ineficaz para desplazar el carácter voluntario y malicioso del abandono, así como para presumir la existencia de un "acuerdo de voluntades" o una "tácita aceptación" de su parte respecto a la interrupción de la cohabitación, en tanto no () parece razonable condicionar la configuración de tal causal al inicio de un trámite judicial, como si su inactividad permitiera purgar la falta de razones que dispensen tal abdicativa decisión (conf. esta Sala, voto del Dr. Rugo Molteni en libre nº 465.573 del 19-12-06), en la especie no deja de constituir un serio indicio de la intolerancia que existían entre los cónyuges, porque parece poco razonable sostener que tras veinticinco años de separación el marido se alejara del hogar para sustraerse a los deberes de cohabitación.-

De allí que corresponda modificar el fallo en crisis en este medular aspecto, desestimándose la causal alegada.-

**III.-** En cuanto atañe a la causal contemplada en el artículo 202 inciso 1° del Código Civil, reiteradamente se ha sostenido que el adulterio se configura por el acto sexual mantenido en forma ocasional o reiterada por uno de los cónyuges con una persona extraña al matrimonio. Si bien no requiere de una prueba directa, porque en general es de muy difícil producción, es factible que sea probado mediante su demostración indiciaria o presuntiva, siempre que sea lo suficientemente grave, precisa y concordante, y que permita al sentenciante formarse una segura convicción de la realidad de aquellos extremos, porque la entidad moral que posee esta causal de divorcio, que tipifica una conducta ilícita de los cónyuges, no permite basar su acogimiento en habladerías o livianas inferencias que no encuentran un serio y sólido sustento probatorio en el juicio (conf. Busso, E., "Código Civil Anotado", t. II, pág. 201; Borda, G. A.,

op. cit., t. I, págs. 413/414, núms. 501 y 502; Lafaille, H., "Derecho de Familia", pág. 137; Rébora, "Instituciones de la Familia", t. 2, pág. 443; Salas, A. E., "Código Civil Anotado", t. I, pág. 103; esta Sala, votos del Dr. Hugo Molteni en libres n° 184.365 del 29-03-96, n° 401.276 del 16-11-04 y n° 409.288 del 03-06-05; íd. voto del Dr. Jorge Escuti Pizarro en libre n° 279.743 del 13-07-00, entre muchos otros).-

Desde esta perspectiva, estimo que la causal de adulterio también admitida en el decisorio de grado, carece de virtualidad en este caso para declarar la culpabilidad del marido en el divorcio, porque si bien se encuentra suficientemente probado a partir del reconocimiento del actor reconvenido y de las declaraciones de los testigos ofrecidos por ambas partes, que ilustran acerca de su actual relación extramatrimonial con la Sra. Aída Ana Berkholtz y una anterior relación con la Sra. A. M. D. A. (v. fs. 28), otras son las circunstancias que, en la especie, deben ponderarse para concluir en su improcedencia.-

En efecto, no desconozco el criterio jurisprudencial en que se apoya el pronunciamiento de grado, en el sentido que si bien se ha sostenido que faltando una norma como la que contenía el artículo 71 bis de la derogada ley 2393, podría considerarse que basta con la sentencia que disponga únicamente la separación personal para que cese el deber de fidelidad consagrado en el artículo 198 del Código Civil (conf. Zannoni, E. A. op. cit., t. 1, pág. 361), resulta de todos modos indispensable el pronunciamiento judicial que decrete la separación o el divorcio de los cónyuges en los términos de los artículos 202 y 214 del Código Civil, pues mientras tanto, cualquiera hubiere sido el lapso transcurrido desde que se produjo la separación de hecho, la comprobada relación sexual extramatrimonial provoca la configuración de la causal de adulterio, porque la circunstancia de que se hubiera producido la separación de hecho entre los esposos, de ningún modo los autoriza a cometer esta afrenta, en tanto el deber de fidelidad se perpetúa durante la vigencia del vínculo y no concluye por el mero distanciamiento de los cónyuges, que carece de virtualidad para exculpar las trasgresiones cometidas respecto

a ese fundamental deber (conf. esta Sala, voto de la Dra. Ana María Luaces en libre nº 64.318 del 13-08-90 y voto del Dr. Rugo Molteni en libre nº 106.197 del 28-05-92).-

Sin embargo, tal opinión, que dió sustento al decisorio impugnado, contraviene la naturaleza misma del ser humano, a quien no se le puede exigir que, como sucede en la especie, se mantenga casto durante veinticinco años a la espera que se disuelva el vínculo matrimonial. De la misma forma que se sostiene que la inacción del cónyuge que no se alejó del hogar conyugal en iniciar la demanda de divorcio, no puede implicar una aceptación tácita de la separación, porque no se lo puede obligar a entablar el reclamo judicial, tampoco puede compelerse al otro cónyuge a formular el mismo planteo para poder formar una nueva pareja.-

Es que si la relación matrimonial se desgasta producto de constantes desavenencias y uno de los cónyuges decide retirarse del hogar conyugal para no profundizar aún más esa crisis, prolongándose esa situación a lo largo del tiempo, no habría razón para negarle la posibilidad de formar una nueva vida si ello redundaría en su felicidad.-

Sería de un exceso francamente injustificable que uno de los cónyuges, luego de tanto tiempo, le achacara una conducta adúltera al otro, porque esa pretensión parece estar más bien teñida de un afán especulativo para obtener futuros alimentos, que demostrar que su otro cónyuge fue el causante de su separación. No podemos, en el siglo XXI, seguir sosteniendo pensamientos de otros estadios de la civilización, porque no sólo la realidad demuestra que son miles las parejas que deciden poner fin a una relación sin iniciar los trámites del divorcio, uniéndose a otra persona para compartir una vida en común, sino que además no podemos prohibir que los seres humanos tengan derecho a gozar de felicidad, al encontrar un nuevo camino en sus efímeros pasos por la vida.-

En definitiva, estimo que debiera rechazarse la causal prevista en el inciso 1º del artículo 202, modificándose también la sentencia en este aspecto.-

**IV.-** Sabido es que las injurias se configuran con toda especie de actos, intencionales o no, que constituyen ofensas o menoscabos hacia el otro cónyuge o su familia, hiriendo su dignidad y sus justas susceptibilidades y de gravedad suficiente según la educación, posición social o circunstancias particulares de cada caso (conf. Zannoni, "Derecho Civil- Derecho de Familia", tomo 2, 2da. edición, pág. 83; Borda, "Familia", tomo 1, pág. 418 y sgtes., nº 507, entre otros). Comprende actos materiales o verbales, inclusive el abandono deliberado de los deberes conyugales y la consecución de hechos tales que tomarían intolerable la vida en común (conf. Belluscio, "Código Civil Comentado ... ", tomo 1, pág. 711/12;; Cám. Nac. Civil, Sala "D", La Ley 1180 pág. 739, entre muchos otros). En ese contexto, es claro que las meras habladurías que un testigo escuchó decir en discusiones entre los cónyuges acerca que "M. andaba con otra o cosas por el estilo" (ver declaración de Tomás Samuel Visconte de fs. 68/69) o la simple afirmación formulada por otro deponente en cuanto a que cuando M. llegaba del trabajo "protestaba por todo", carecen de virtualidad para configurar una afrenta hacia el otro cónyuge, desde que en el primer caso, no se pudo comprobar que el marido tuviera durante el matrimonio una relación sentimental o que se mostrara en forma indebida con otra mujer, mientras que desde la otra perspectiva no se explica de qué rezongaba M. ni como pudo enterarse el testigo de esa situación.-

Tampoco puede afirmarse que M. incumpliera los deberes de asistencia hacia su mujer o sus hijos, porque al margen de la reconocida prestación de su obra social que siguió beneficiando a la familia durante todo este tiempo, se pudo demostrar a través de la documentación obrante a fs. 16/25 y la pericia caligráfica que luce a fs. 136/143, el dinero que el marido le entregaba, dentro de sus posibilidades económicas producto de su trabajo como chofer de un camión, a su mujer. De modo

que las vagas afirmaciones de los testigos que aportó O., muchos de ellos amigos de un hijo del matrimonio, que habrían escuchado de su amigo ciertos comentarios, se desvanecen frente a esas categóricas pruebas.-

De modo que debo discrepar una vez más con mi distinguida colega de la anterior instancia, modificando el pronunciamiento apelado para rechazar la causal de injurias graves invocadas por la esposa.-

**V.-** Pero así como se establece la improcedencia de la causal prevista en el inciso 4° del artículo 202 del Código Civil, igual temperamento debe adoptarse con relación a las improbadas injurias alegadas por el marido en la reconvencción de la reconvencción, ya que la escueta expresión de un testigo en el sentido que su mujer lo criticaba o las interesadas afirmaciones de su hermana y de su actual pareja sobre la agresión hacia el Sr. M., son también insuficientes para configurar la causal en estudio, que debiera rechazarse. Tampoco constituye una injuria la supuesta discusión que ilustró el testigo Grasso cuando la Sra. O. se oponía aparentemente a que su marido fuera a pescar a Zárate con el deponente, porque no deja de tratarse de un hecho cotidiano que normalmente sucede en el seno de todas las parejas, cuando alguno de ellos decide encarar una actividad sin compartirla con el otro, más allá que sea saludable que haya un tiempo para la familia y otro para disfrutar con amigos.-

**VI.-** En consecuencia y en definitiva, de ser compartido mi criterio debería revocarse la sentencia apelada, rechazándose la reconvencción entablada por V. O. y la reconvencción de la reconvencción articulada por J. C. L. M. y haciéndose lugar a la demanda entablada por J. C. L. M. contra V. O., decretándose su divorcio vincular en los términos del inciso 2° del artículo 214 del Código Civil y declarándose disuelta la sociedad conyugal (art. 1306 Cód. Civ.). En virtud de lo dispuesto por el artículo 279 del Código Procesal, las costas de ambas instancias deberían ser soportadas en el orden causado porque si bien el actor se vió obligado a ventilar las causales subjetivas en atención a la reconvencción de la mujer, lo cierto es



que la diferencia de criterios jurisprudenciales en la materia me inducen a adoptar tal tesitura (artículo 68 "in fine" del Código Procesal).-

El doctor Fernando Posse Saguier, dijo:

El debate acerca de la subsistencia del deber de fidelidad ante el supuesto de la separación de hecho acordada o bien cuando a pesar de haber sido unilateral se ha convertido en amistosa o por "abandono de hecho recíproco", ha generado diversas respuestas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.-

A este respecto, si bien ya he tenido oportunidad de pronunciarme en favor de la subsistencia del deber de fidelidad cuando ha existido separación de hecho de los cónyuges, tanto en diversos precedentes de la Sala "F" que integro (véase causas libres n°s 141.719 del 12/10/1994 y 448.825 del 12/09/2006 -este último con voto en primer término del doctor Galmarini- y véase también Sala "C" en causa libre n° 341.671 del 30/10/2002, entre otras), así como también en el comentario que realizara al art. 198 del Código Civil (conf.: Llambías- Raffo Benegas-Posse Saguier "Código Civil Anotado" pág. 576 y sgtes., núm. 4), un nuevo replanteo del asunto, a propósito de las reflexiones que volcara el doctor Li Rosi en su voto para desestimar la causal de adulterio invocada, me llevan a considerar que, en casos como el de autos, en que los cónyuges han estado separados de hecho desde hace muchos años (aproximadamente veinticinco años), y aun a pesar de que pudieran haber tenido a su alcance los remedios legales pertinentes, la exigencia de que los esposos vean coartada su vida afectiva y sexual durante un lapso tan prolongado, so pena de incurrir en la causal de adulterio, no aparece como razonable ni condice con la realidad ya que no es factible pretender que se adopten conductas extraordinarias.-

A fin de zanjar esta discusión, que no es un tema menor, resultaría aconsejable que en un futuro próximo el legislador optase por dar una solución como es la contenida en el régimen español según la cual "No

podrá invocarse como causa de infidelidad conyugal, si existe previa separación de hecho libremente consentida por ambos o impuesta por el que la alegue" (art. 82, inc. 1 ° del Código Civil español).-

Con esta aclaración adhiero al voto de mi distinguido colega Dr. Li Rosi.-

El Dr. Hugo Molteni, dijo:

Ante la particular situación juzgada, que refiere una muy prolongada falta de convivencia, considero que no puede sostenerse que la unión de hecho de un cónyuge con un tercero, pueda tipificar una adúltera ilicitud, lo que presupone de conciente engaño y una cabal contradicción con los deberes maritales, de los que ambos esposos habían claudicado hace muchos años.-

Por ello adhiero al primer voto y me sumo a la aclaración formulada por el vocal que me precede en este acuerdo

Con lo que terminó el acto.-

**Buenos Aires, mayo 26 de 2008**

**y VISTOS:**

Por lo que resulta del acuerdo que informa el acta que antecede se revoca la sentencia apelada, rechazándose la reconvencción iniciada por V. O. y la reconvencción de la reconvencción articulada por J. C. L. M. y haciéndose lugar a la demanda entablada por J. C. L. M. contra V. O., decretándose su divorcio vincular en los términos del inciso 2° del artículo 214 del Código Civil, declarándose disuelta la sociedad conyugal (art. 1306 del citado ordenamiento). Con costas de ambas instancias en el orden causado (conf. arts. 68 y 279 del Código Procesal).-

Atento el modo como se decidiera precedentemente, corresponde adecuar las regulaciones de honorarios practicadas a fs. 248/248vta. ,a tenor de lo preceptuado por el artículo 279 del Código Procesal.-

Al respecto deben establecerse las normas arancelarias del caso. Así las cosas, la ley 21.839, establece en su artículo 30 que, en materia de divorcio, las regulaciones deben efectuarse teniendo en cuenta lo normado por el art 6° en sus incisos "b" a "f" ,continuando en vigencia la jurisprudencia del anterior arancel, según el cual, en esta clase de juicios, por carecer de contenido económico, no son aplicables las escalas, ni la tasación prevista en dicho cuerpo legal (conf. esta Sala H. 136.872 del 20/9/93 y sus citas, íd H 446.107 del 22/12/05, entre muchas otras).-

Ello así, la regulación debe efectuarse valorando la complejidad del asunto y el resultado obtenido, que constituyen la guía pertinente para llegar a una regulación justa y razonable, al que corresponde agregar, el tiempo dedicado que, junto a los parámetros que prevé la ley 24.432, son la medida para una justa retribución.-

En virtud de estas razones se merituará la tarea cumplida sujeta a las etapas procesales efectuadas dentro de lo establecido por los arts 37,38 Y concordantes de la ley 21.839 y la forma en la que se distribuyeron los gastos causídicos generados durante el proceso principal, razón por la cual, fijanse los emolumentos del letrado patrocinante de la parte actora, Dr. J. L. A., en ..... PESOS (\$.....) y los de los letrados patrocinantes de la parte demandada, Dres. P. A. C. y L. M. S., en conjunto, en ..... PESOS (\$.....).-

Por su labor en la alzada que diera lugar al presente fallo se regulan los honorarios del letrado patrocinante de la parte actora, Dr. José L. A., en ... PESOS (\$....) Y los del letrado patrocinante de la parte demandada, Dr. M. F. B., en ... PESOS (\$....) (arts.30,37,38 y 14 "in fine" de la 21.839 y concordantes de la 24.432), importes éstos que deberán abonarse en el plazo de diez días.-

Notifíquese y devuélvase.//-

Fdo.: Ricardo Li Rosi - Fernando Posse Saguier (Con Aclaraciones) -  
Hugo Molteni.(Con Aclaraciones)

WWW.AFAMSE.ORG.AR