

Divorcio

Plenario. Rechazo de las causales subjetivas. Imposibilidad de los jueces de dictar el divorcio por causales objetivas.

- 115.008 – CNCiv., en pleno, 2010/10/28 (*) – M., I. L. c. O., J. O. (Publicado en *La Ley*, 2010/11/15).

No corresponde decretar la separación personal o el divorcio vincular por la causal prevista en los arts. 204 y 214, inc. 2 del Código Civil, cuando esta no fue invocada expresamente en la demanda y en la reconvencción, y se rechazan las causales subjetivas —art. 202 del Código Civil— en las que los cónyuges sustentaron sus pretensiones.

(*) Citas legales del fallo n° 115.008: leyes nacionales 23.054 (*Adla*, XLIV-B, 1250); 23.515 (*Adla*, XLVIII-B, 1535); Reglamento para la Justicia Nacional (*Adla*, XIII-A, 931).

Si se rechazan la demanda y reconvencción por causales subjetivas, el divorcio no puede ser decretado de oficio por la causal de separación de hecho sin voluntad de unirse*

Por Eduardo A. Sambrizzi

Sumario: 1. Lo resuelto en el plenario. 2. Los fundamentos de la mayoría del tribunal. 3. Los fundamentos de la minoría. 4. Nuestro comentario. 5. Conclusiones.

1. Lo resuelto en el Plenario

Con fecha 28 de octubre de 2010, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil resolvió en acuerdo plenario, y, por tanto, como doctrina legal obligatoria (art. 303 del Código Procesal), que

[...] no corresponde decretar la separación personal o el divorcio vincular por la causal prevista en los arts. 204 y 214 inciso 2 del Código Civil, cuando ésta no fue invocada expresamente en la

* Publicado en *La Ley*, 15/11/2010.

demanda y en la reconvencción y se rechazan las causales subjetivas –art. 202 del Código Civil– en las que los cónyuges sustentaron sus pretensiones.

2. Los fundamentos de la mayoría del tribunal

Entre los fundamentos que llevaron a dicha solución se afirmó que el Código Civil ofrece como opción a los esposos invocar tanto causales subjetivas como objetivas —las que no están implícitas en aquellas ni las torna inoperantes (puesto que la causal objetiva en cuestión puede ser invocada en forma subsidiaria)—, determinando de tal forma la manera por la cual quieren poner fin a su matrimonio, siendo diferentes los efectos que resultan del rechazo de las acciones por causales subjetivas, a los que se producen con motivo de la procedencia de la acción con fundamento en la causal objetiva de separación de hecho. Ello es así, se señaló, con relación a cuestiones tales como, entre otras, el derecho a alimentos por parte del cónyuge inocente, que ambos conservan en el supuesto de rechazo de la acción –lo que no es así de decretarse el divorcio por la causal objetiva–; la atribución de la vivienda conyugal; o el derecho a los gananciales obtenidos luego de la separación de hecho.

También se dijo que los jueces deben sujetarse al principio de legalidad, imponiéndose ese límite por sobre una exégesis arbitraria o altamente discrecional de las normas jurídicas, con violación del principio de congruencia, lo que ocurriría de poder decretarse la separación personal o el divorcio de oficio por el juez, por aplicación de la causal objetiva de separación de hecho sin voluntad de unirse. Y si, con fundamento en el principio *iura novit curia* se decidiera el divorcio encuadrando la pretensión o las pretensiones en la causal objetiva no invocada por los propios interesados, se vulneraría la autonomía de la voluntad de los esposos, configurándose una indebida intromisión del Estado en la vida marital, al imponer una sentencia con consecuencias jurídicas diferentes a las peticionadas. Lo que es así, por cuanto dicho principio solo resulta aplicable cuando las partes invocan erróneamente las normas jurídicas adecuadas para la solución del caso o cuando omiten individualizarlas.

Se sostuvo, asimismo, entre otros argumentos, que los

principios de celeridad y economía procesal –que se argumentan a favor de que el magistrado se pronuncie por la causal de separación de hecho no invocada por las partes cuando se rechazan las subjetivas– no pueden prevalecer por sobre la garantía de defensa en juicio, que se vulneraría al suplir la voluntad de los interesados, porque impediría a los cónyuges alegar y probar su inocencia, como autoriza el artículo 214 del Código Civil. E, igualmente, que una solución distinta a la propiciada contradiría el fallo plenario según el cual “no es posible decretar el divorcio en base a la prueba de hechos que en ninguna forma fueron aludidos en los escritos de demanda y reconvencción, ni invocados como hechos nuevos”.

3. Los fundamentos de la minoría

En el voto de la minoría se sostuvo que la función de la judicatura consiste en resolver los conflictos y aplicar la ley de una manera reflexiva, ofreciendo la interpretación más compatible con los valores de justicia y de bien común y brindando una respuesta útil a los justiciables y a la sociedad en general; y que una aplicación literal y formalista de las normas no satisface a los destinatarios de la decisión judicial, cuando la solución no responde a la verdad material del caso específico y es notoriamente injusta, debiendo evitarse “que por un formalismo extremo se mantenga su vínculo matrimonial, que es ya una ficción, afectando aún más al núcleo familiar, que se encuentra en crisis”. Con lo cual –se agregó– se brinda una solución práctica y realista a la problemática de la pareja, no prolongándose la unión cuando la pretensión sustancial de ambos fue precisamente el divorcio.

Se sostuvo, asimismo, que una decisión denegatoria de la pretensión de fondo es injusta e inútil, porque los mantiene casados y se los obliga a promover un nuevo juicio de divorcio para poder disolver el vínculo, teniendo los jueces potestades –no discrecionales– que les permiten, siempre que se asegure la bilateralidad, flexibilizar el principio de congruencia, que, en ocasiones –si se hace un culto irreflexivo de él–, puede llegar a impedir concretar la tutela efectiva y oportuna de los derechos. Además, se afirmó que las causales objetivas y subjetivas no son antagónicas e incompatibles, por existir entre ambas una íntima conexión, más allá de su virtual autonomía. Así como que aunque no se acreditaran los he-

chos inculpatorios, siempre queda el presupuesto mínimo para que proceda el divorcio: el quiebre irremediable del matrimonio, derivado de la comprobación de la separación de hecho sin voluntad de unirse por el plazo legal de tres años, constituyendo la petición del divorcio con fundamento en las causales subjetivas un *plus*, que es la atribución de la responsabilidad en el quiebre de la unión; por lo que, a juicio de la minoría, no resulta necesario que los cónyuges articulen subsidiariamente la causal objetiva, que, de todas maneras, puede ser entendida como una invocación implícita.

También se afirmó que los esposos no podrían hacer valer su eventual inocencia en un juicio posterior de divorcio, por lo que la diferencia entre ambos sistemas de divorcio no constituiría un límite que pudiera impedir al juez decretar oficiosamente el divorcio por la causal objetiva, no mediando, en consecuencia, afectación a la garantía de la defensa en juicio. Lo que –según se dijo– constituye una circunstancia que permite decidir con un apego menos estricto a la congruencia procesal.

En el voto de la minoría también se sostuvo que, al igual que en el caso del divorcio decretado con fundamento en la causal objetiva, ante el rechazo de la demanda por causales subjetivas, los esposos no podrían gozar de un derecho alimentario (salvo en el supuesto del art. 209 del Código), como tampoco conservarían la vocación hereditaria (art. 3575, Código Civil), el derecho a la atribución de la vivienda conyugal (art. 211, Código Civil), o el de reclamar por daño moral con motivo de las causales de divorcio; ni se ocasionaría modificación sustancial alguna respecto de la sociedad conyugal.

Y, entre otros argumentos, la minoría concluyó con la afirmación de que los jueces no pueden desentenderse de las consecuencias prácticas de los fallos que dictan, los que no deberán estar sujetos a un ritualismo excesivo, caprichoso, inconducente e incompatible con un adecuado servicio de justicia, no resultando compatible con dicho servicio la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas e injustas en el caso concreto a resolver.

4. Nuestro comentario

Ya antes de ahora nos hemos pronunciado en igual sentido en que

lo ha hecho la mayoría del tribunal¹, de cuyos argumentos –como también de los de la minoría– nos ocuparemos seguidamente.

a) La tesis minoritaria viola el principio de congruencia

En efecto, en el último de los trabajos recién citados en nota sostuvimos que en el supuesto de que se rechazaran las causales subjetivas invocadas expresamente en la demanda y en la reconvencción, no estábamos de acuerdo con quienes sostienen que el divorcio se puede decretar con fundamento en la causal objetiva no invocada de separación de hecho. Creemos que tal doctrina resulta claramente violatoria del artículo 163, inciso 6 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en cuanto en este se dispone que la sentencia deberá contener “la decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio”.

Dijimos también que

[...] el mencionado principio *iura novit curia* se refiere a la aplicación correcta del derecho con relación a los hechos alegados por las partes en los cuales estas fundan su pretensión. Pero resulta que, por hipótesis, las partes no han fundado la pretensión en la separación de hecho, por lo que el juez no tiene facultad para declarar la procedencia de la acción con dicho fundamento.

Así como también, que

[...] debe tenerse en cuenta que la separación personal o el divorcio decretados por aplicación de la causal de separación de hecho sin voluntad de unirse tiene determinados efectos –fundamentalmente, patrimoniales– distintos a los que resultan de una causal culpable, o inclusive de otra causal de las denominadas *objetivas*, lo que hace que no se los pueda decretar sin que hayan sido peticionados por los cónyuges². (Sobre esto volveremos más adelante).

En tal sentido, se ha resuelto que, si el actor no se amparó en la separación de hecho como causal de divorcio, no es posible encuadrarlo de oficio, al no ser causal o capítulo propuesto al juez de grado³.

En el trabajo al que nos venimos refiriendo, recordamos la

1. SAMBRIZZI, Eduardo A., *Separación personal y divorcio*, Buenos Aires, *La Ley*, 2006, 2ª ed., 1ª reimpresión, t. I, n° 123, p. 325; SAMBRIZZI, Eduardo A., “Sobre la presunción de malicia en el abandono del hogar y la aplicación de una causal objetiva no invocada por las partes”, *La Ley*, t. 2007-B, p. 703; SAMBRIZZI, Eduardo A., *Tratado de Derecho de Familia*, Buenos Aires, *La Ley*, 2010, t. IV, n° 934, pp. 471 y ss.

2. Cfr. SOLARI, Néstor E., “Preciso encuadre legal de una causal de divorcio”, *La Ley*, t. 2007-C, p. 276, contra MIZRAHI, Mauricio L., “El divorcio y sus causales. Perfiles jurisprudenciales”, *La Ley*, t. 2007-D, pp. 959 y ss.

3. *Id.*, entre otros fallos, CNCiv., sala B, *La Ley*, t. 1989-D, p. 209, con disidencia de la doctora Teresa Estévez Brasa; CNCiv., sala C, *La Ley*, t. 1996-B, p. 11.

opinión de Kielmanovich, quien, en igual sentido que el recién expresado, afirma que el principio *iura novit curia* no autoriza al juez a decretar un divorcio o separación personal por la causal objetiva de separación de hecho no invocada, pues ello supondría una alteración de los hechos constitutivos de la pretensión, con clara violación del deber de congruencia, debiendo en todo caso los hechos sobrevinientes producidos durante el proceso referirse a hechos constitutivos, modificativos o extintivos del mismo derecho, y no, en cambio, de una causal no alegada ni discutida en la litis. Agrega dicho autor que la doctrina que propugna la aplicación de oficio de la causal de los arts. 204 y 214, inciso 2, violenta el derecho de defensa de las partes, desde el momento que les veda la alegación y prueba de la inocencia, que autoriza la ley. Además de que, si la interrupción de la vida en común se produjo antes de la iniciación de la acción, nada habría impedido a cualquiera de los cónyuges de alegarla, siendo resorte de las partes y no del tribunal, elegir uno u otro sistema: causal subjetiva u objetiva de divorcio o de separación personal⁴.

Coincidimos con lo recién expresado en cuanto a la inaplicabilidad al caso en análisis de la 2ª parte del precitado inciso 6 del art. 163 del Código Procesal, ya que, como sostiene Kielmanovich, los hechos producidos durante la sustanciación del juicio deben estar referidos a los alegados por las partes como constitutivos de su pretensión, la que, por hipótesis, es distinta a la de la causal contenida en los arts. 204 y 214 inciso 2 del Código Civil. De otra manera, como sostuvo la mayoría del tribunal en su voto, se contradiría el fallo plenario que estableció que “no es posible decretar el divorcio en base a la prueba de hechos que en ninguna forma fueron aludidos en los escritos de demanda y reconvención, ni invocados como hechos nuevos”.

b) Con respecto a la posibilidad de iniciarse una nueva demanda luego del rechazo de la acción con fundamento en las causales subjetivas

Aparte de lo hasta aquí dicho, un argumento que coadyuva a la correcta solución de la cuestión planteada consiste en determinar si existe o no la posibilidad de que, con posterioridad al rechazo de la acción en la que se discutió la procedencia de causales subjetivas, los cónyuges pueden iniciar una nueva demanda

4. KIELMANOVICH, Jorge L., “La causal objetiva no invocada en el divorcio”, *La Ley*, t. 2007-D, pp. 1058 y ss.

también fundamentada en causales de ese tipo, ya que, en caso afirmativo, decretar el divorcio con fundamento en la causal objetiva, cuando no prosperaron las causales subjetivas, dejaría sin efecto la alternativa de poder cualquiera de los esposos iniciar otro juicio también fundado en esta especie de causales, cuyos efectos son distintos a los que derivan del divorcio decretado por la causal contemplada en los artículos 204 y 214, inciso 2.

Con respecto a lo cual, la mayoría del tribunal admitió que en el supuesto considerado, nada obstaría a que se inicie una nueva acción por otras causales no juzgadas o desconocidas con anterioridad a las ya sentenciadas, como también por causales sobrevinientes sin relación con la convivencia (como el adulterio para quienes sostienen la persistencia del deber de fidelidad durante la separación de hecho, la tentativa de homicidio contra el otro cónyuge o los hijos, el envío de correspondencia injuriosa, etc.), las que le darían sustento al planteo ulterior. Con lo cual coincidimos, puesto que aparte de la razonabilidad de esa conclusión, no existe norma legal alguna —explícita o no— que lo pudiera impedir. Ello aparte de que, de no entenderse así, cualquiera de los esposos tendría, luego de rechazada una acción con fundamento en causales subjetivas, una especie de *bill* de indemnidad para actuar casi de cualquier manera con respecto al otro, siempre que no le cause un daño indemnizable; lo que es inadmisibles, debiendo tenerse en cuenta que continúan casados.

La minoría, en cambio, se pronunció al respecto de una manera poco clara —con la que no coincidimos—, puesto que luego de sostener que, producida la ruptura de la convivencia y rechazada la acción con fundamento en causales culpables, “los cónyuges ya no podrán hacer valer su eventual inocencia en un juicio posterior de divorcio”, se agregó que “es difícil imaginar que en una nueva demanda puedan introducirse otras cuestiones —basadas en la noción de culpa del otro—”; así como también, que

[...] si alguno de ellos propusiese algún hecho novedoso para fundamentar un juicio de divorcio posterior, la buena fe que se debe observar en los procesos impediría, en principio, tal articulación. (Sinceramente, no advertimos el fundamento de tal aserto).

Para, a continuación, agregar que si se verificase un hecho pos-

terior a la sentencia y se pretendiese entablar una nueva causa para encuadrarlo en una causal subjetiva,

[...] tal aspiración podría configurar una *extralimitación* en la medida que el matrimonio no existe en la realidad [...] estando siempre disponibles para el cónyuge o excónyuge damnificado las acciones civiles y penales que pudieren corresponder por el ilícito cometido.

Realmente no se entiende la razón por la cual la iniciación de una nueva causa constituiría una *extralimitación*, no resultando posible compartir la afirmación de que el matrimonio no existiría en la realidad, afirmación que parece confundir una situación jurídica –la existencia del matrimonio– cuya disolución requiere una sentencia de divorcio (salvo que se produjera la nulidad del connubio o la muerte de uno de los esposos), con una situación afectiva; por otra parte, resulta claro que las eventuales acciones civiles o penales con motivo de la ocurrencia de causales culpables de divorcio, no constituyen óbice a la procedencia de una acción de divorcio.

Tampoco coincidimos con la minoría del tribunal cuando sugiere la posibilidad –ciertamente inexistente en nuestro derecho– de que, con posterioridad a decretarse el divorcio por la causal objetiva, los cónyuges puedan iniciar otro con fundamento en causales subjetivas. Y, si bien es cierto que los esposos no pueden reservarse para un eventual juicio posterior ninguna causal con fundamento en la cual se pueda decretar el divorcio, también lo es que dicha afirmación solo se refiere a las causales subjetivas de las que ese esposo tenga conocimiento al tiempo de la contestación de la acción, y ello, siempre que el mismo haya reconvenido, por cuanto quien ha sido demandado por una o varias causales subjetivas le asiste la facultad de, simplemente, requerir el rechazo de la acción –dado que no se encuentra obligado a reconvenir–, pudiendo, en tal supuesto, si así lo desea y la demanda ha sido rechazada, iniciar contra su cónyuge un juicio posterior con fundamento en causales subjetivas ocurridas con anterioridad a la demanda rechazada. De lo que resulta que no estemos de acuerdo con la afirmación de la minoría del tribunal sobre que el demandado no podría omitir reconvenir en el caso de que existieran motivos para contrademandar

con atribución de culpas. Hacemos asimismo notar que es errónea la cita hecha en el voto de la minoría en apoyo de tal aserto, de un fallo de la sala C del tribunal, que habría sido dictado en ese sentido y que, por el contrario, coincide con nuestro planteo⁵. En efecto, tal como resulta de ese fallo, en el mismo se resolvió que el esposo que, al haber sido demandado por divorcio, no reconvino no puede luego promover otra acción fundado en causales que ya existían en esa oportunidad; pero –y esto es relevante– se aclaró que ello era “mientras subsista el juicio anterior”, de lo que no puede sino concluirse que, si el juicio hubiera llegado a su fin y la demanda hubiera sido rechazada, nada podría impedir la iniciación de una acción similar por parte del demandado que no reconvino.

c) En cuanto a los efectos que se derivan del rechazo de la demanda y reconvención por causales subjetivas, en comparación con los que se producen si en tal supuesto se decretara el divorcio con fundamento en la causal objetiva

Otro de los aspectos involucrados en el contenido del fallo plenario, en el que también difirieron ambas posiciones, resulta de los efectos derivados del rechazo de las causales subjetivas, habiendo afirmado la minoría del tribunal, entre otras cuestiones, que, si bien

[...] los efectos del divorcio por causas subjetivas difieren del decretado por causales objetivas, cuando en un juicio de divorcio se desestima la demanda por las causales subjetivas propuestas opera la cosa juzgada, sin atribución de inocencia, de modo que esa sentencia no acarrea efectos diversos respecto de aquella en la que sí se hubiese admitido la disolución matrimonial por la causal objetiva, decretándola oficiosamente al constatar la separación de hecho.

No podemos coincidir con lo transcrito, por cuanto en el primer supuesto los cónyuges continúan casados, con los efectos propios derivados del matrimonio (aunque algunos de ellos pueden tener distinto alcance, en razón de la separación de hecho), mientras que de decretarse el divorcio por la causal objetiva, los efectos son ciertamente distintos.

Más arriba recordamos la distinción efectuada entre am-

5. *Vid. La Ley*, t. 133, p. 1019, 19.644-S.

6. Ello sin perjuicio, naturalmente, de la aplicabilidad del art. 210 del Código Civil, en el supuesto de que el alimentado viviera en concubinato o incurriera en injurias graves contra su cónyuge.

7. CNCiv., sala A, *La Ley*, 1997-C, p. 987, caso 11.479; CNCiv., sala C, *La Ley*, 1990-C, p. 251; CNCiv., sala D, *La Ley*, 1984-D, p. 515; CNCiv., ídem, *La Ley*, t. 96, p. 367; CNCiv., ídem íd., *El Derecho*, t. 90, p. 556; CNCiv., sala F, *El Derecho*, t. 144, p. 400, con nota de GOWLAND, Alberto J., "Injurias graves. Violación del deber de asistencia después de la separación de hecho"; y "Derecho de Familia", *Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, n° 5, p. 119, con nota de WAGMAISTER, Adriana M., "Separación de hecho y derecho de alimentos"; CNCiv., sala G, *El Derecho*, t. 111, p. 428; CNCiv., sala H, *La Ley*, 1998-E, p. 702; CNCiv., sala K, *La Ley*, 1993-C, p. 88; CCiv. y Com. Salta, sala IV, *La Ley*, 1997-C, p. 106. Cfr. ZANNONI, Eduardo A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, Buenos Aires, Astrea, 2006, t. 1, parágrafo 337, pp. 446 y ss., 5ª ed.; VIDAL TAQUINI, Carlos H., *Matrimonio Civil. Ley 23.515*, Buenos Aires, Astrea, 1991, p. 263; POSSE SAGUIER, Fernando, en LLAMBÍAS, Jorge J. y otros, *Código Civil anotado: doctrina. Jurisprudencia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2002, t. I-B, p. 581 y ss., 7; BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de derecho de familia*, Buenos Aires, 2008, t. 1, p. 390, parágr. 176, 8ª ed.

bos supuestos por la mayoría del tribunal, algunos de los cuales seguidamente analizaremos.

1. Efectos con respecto a los alimentos

Sostuvo la mayoría que por aplicación del artículo 198 del Código Civil, en el supuesto de rechazo de la demanda y la reconvencción con fundamento en la causal subjetiva, ambos esposos conservan el derecho a alimentos, lo que no ocurre si se hubiera decretado el divorcio con fundamento en la causal objetiva de separación de hecho sin voluntad de unirse, en que los excónyuges solo tienen derecho a los alimentos de toda necesidad (art. 209, Código Civil).

En el voto impersonal de la minoría se sostiene, en cambio, que en el supuesto de rechazo de la demanda y la reconvencción sin que se decrete el divorcio por la causal objetiva, los únicos alimentos que podrían reclamarse los cónyuges serían los contemplados en el precitado artículo 209. Lo que sería así debido a que la prestación alimentaria está a cargo del culpable, y únicamente a favor del inocente, figuras inexistentes en el supuesto considerado, por cuanto el rechazo de ambas pretensiones obsta a que pueda imputarse culpabilidad a alguno de ellos, no pudiendo ninguno de ellos, en consecuencia, considerarse *inocente*.

Si bien tal como enseguida veremos y se menciona en el voto de la minoría, existen discrepancias al respecto, nos inclinamos por la opinión expuesta por la mayoría del tribunal⁶. En efecto, tal como ha sido resuelto por numerosos fallos de nuestros tribunales y acepta calificada doctrina, la obligación alimentaria se mantiene en el supuesto de separación de hecho de los cónyuges, aun cuando la separación hubiera sido acordada entre ellos⁷, lo cual es así porque, como —entre otros autores— señala Fanzolato, los alimentos son una consecuencia autónoma que deriva del vínculo conyugal, independientemente del derecho-deber de cohabitación y del régimen de bienes⁸; es que durante la separación de hecho, subsisten los efectos que derivan del matrimonio. Se ha afirmado al respecto que

[...] mientras no se dicte la sentencia de separación o divorcio que determine la culpabilidad de los esposos, ambos son a los ojos de la ley inocentes y, por tanto, cualquiera de ellos se halla legítima-

do para reclamar alimentos sin que puedan esgrimirse presuntas inconductas matrimoniales para oponerse al reclamo⁹.

La sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil ha resuelto que en el supuesto de separación de hecho los alimentos no deben limitarse a las necesidades primarias del alimentado¹⁰; e igualmente, en otro caso sostuvo que la prestación debía procurar preservar el nivel de vida de que gozaba el cónyuge reclamante durante la convivencia matrimonial, siendo analógicamente aplicables las pautas no taxativas enumeradas en el art. 207 del Código¹¹. No obstante, en un fallo anterior la misma sala H había sostenido que el deber recíproco de asistencia y alimentos en el caso de los cónyuges separados de hecho tiene que adecuarse a las nuevas circunstancias fácticas derivadas de la interrupción de la convivencia¹². Siguiendo esa pauta, se ha resuelto que si bien el deber alimentario del marido no debe reducirse a lo indispensable para la subsistencia de la esposa, “no puede dejar de ser tenida en cuenta la separación para evaluar las necesidades que puede enfrentar la esposa en los casos que ella subsiste sin aporte del marido desde largos años atrás”¹³. A su vez, la sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil ha resuelto que si bien en el supuesto de separación de hecho es procedente la fijación de una cuota alimentaria en favor de uno de los esposos por parte del cónyuge que sostenía económicamente el matrimonio, constituye un deber del reclamante contribuir a sus propios gastos mediante el trabajo personal; en el fallo se sostuvo, asimismo, que con la cuota alimentaria la beneficiaria no debía mantener igual nivel económico que el que gozaba durante la convivencia, dado que la ruptura engendra a su vez situaciones de desmejora que deben ser aceptadas y asumidas como resultado lógico de la situación¹⁴. Como se advierte, en todos los casos recién recordados la solución ha sido la de admitir –en mayor o menor medida y con independencia de la normado en el precitado artículo 209 del Código– la obligación alimentaria entre los esposos separados de hecho.

No podemos, no obstante, dejar de recordar que existe una doctrina más *restrictiva* que preconiza, para el caso de los esposos separados de hecho, únicamente la aplicación del artículo 209 del Código Civil; al respecto, se ha resuelto que, tratándose

8. FANZOLATO, Eduardo I., comentario al art. 207 en FERRER, Francisco A. M., MEDINA, Graciela y MÉNDEZ COSTA, María Josefa [Dir.], *Código Civil comentado. Derecho de Familia*, Santa Fe, 2004, parágrafo 2, p. 955; Cfr. BOSSERT, Gustavo A., *Régimen jurídico de los alimentos*, Buenos Aires, 1993, p. 28, parág. 33, 2ª ed.; CNCiv., sala D, *El Derecho*, t. 90, p. 556; CNCiv., sala K, *El Derecho*, t. 229, p. 410.

9. GROSMAN, Cecilia P. y MARTÍNEZ ALCORTA, Irene, “Alimentos entre cónyuges. Ley 23.515 (incumplimiento del deber de cohabitación. Separación de hecho)”, *La Ley*, t. 1989-A, p. 913.

10. *La Ley*, t. 1997-E, “Jurisprudencia agrupada”, p. 1077, caso 12.083.

11. CNCiv., sala H, *La Ley*, t. 1998-E, p. 702.

12. *La Ley*, t. 1997-F, p. 51.

13. CNCiv., sala D, *La Ley*, t. 1984-D, p. 515.

14. CNCiv., sala K, *La Ley*, t. 2002-A, p. 506. Cfr., C1ª Civ. y Com. San Isidro, sala I, *El Derecho*, t. 183, p. 642.

de una cónyuge separada de hecho, debe establecerse una cuota de alimentos que no sobrepase los gastos considerados más elementales y necesarios, entendiéndose por ello los que le fueren de toda necesidad, vale decir que quien los reclame carezca de recursos propios y posibilidad razonable de procurarlos¹⁵. Vidal Taquini sostiene que en el caso en análisis la cuota alimentaria no debe guardar relación directa con las posibilidades económicas del alimentante, sino que debe ser suficiente para que el alimentado satisfaga con ella las necesidades mínimas de su vida¹⁶.

2. Efectos con respecto a la atribución de la vivienda conyugal

La mayoría del tribunal también señaló los diferentes efectos que tiene el rechazo de la demanda por causales subjetivas con relación al cónyuge al que le fue atribuida la vivienda conyugal con fundamento en el artículo 231 del Código Civil, que luego de la sentencia no pierde ese derecho, en comparación con los efectos derivados del divorcio decretado de oficio por la causal objetiva de los artículos 204 y 214, inciso 2, de dicho cuerpo legal, en que el inmueble se debe liquidar en la partición de la sociedad conyugal.

Y si bien la minoría señaló con acierto que en ambos supuestos se pierde la posibilidad de ejercer el derecho que confiere el artículo 211 del Código Civil, de decretarse el divorcio se impone sin más la liquidación de la sociedad conyugal –y, en consecuencia, de la vivienda de los esposos–, lo que no ocurre por el hecho de ser rechazada la demanda y la reconvenición por las causales subjetivas.

3. Efectos respecto de la disolución de la sociedad conyugal

También en este aspecto existen discrepancias entre las distintas posiciones. Por nuestra parte, nos inclinamos por la expresada por la mayoría del tribunal, que sostiene que si se disolviera la sociedad conyugal por el divorcio decretado de oficio por la causal objetiva, se privaría al esposo que no dio causa a la separación de los gananciales adquiridos por su cónyuge luego de la separación de hecho, que le corresponderían si en un juicio posterior demostrase no haber sido el causante de la separación, lo que podría probar con fundamento en causales subjetivas no conocidas con

15. CNCiv., sala A, *El Derecho*, t. 185, p. 658; ídem íd., *La Ley*, t. 1997-C, p. 988, caso 11.483; ídem íd., *La Ley*, t. 2001-A, p. 577.

16. VIDAL TAQUINI, Carlos H., "Convivencia y asistencia entre cónyuges", *La Ley*, t. 1979-A, p. 40. Cfr., sin embargo, lo expresado al respecto por dicho autor en VIDAL TAQUINI, Carlos H., *op. cit.* (cfr. nota 7), pp. 263 y ss.

anterioridad o sobrevinientes a la acción de divorcio rechazada.

La minoría del tribunal sostuvo, en cambio, que el haber ganancial queda cristalizado al momento de la separación de hecho, lo que entendemos que no es así, buena prueba de lo cual resulta del contenido de la 3ª parte del artículo 1306 del Código Civil, según el cual –*a contrario sensu*– el esposo no culpable de la separación tiene derecho a participar de los gananciales que con posterioridad a la separación aumentaron el patrimonio del culpable.

4. Conclusión al contenido del presente inciso c

Como se advierte, son varios los distintos efectos que se producen según se decrete o no el divorcio con fundamento en la causal objetiva de separación de hecho por el término legal sin voluntad de unirse, lo que hace que ambas situaciones no puedan ser equiparadas.

d) Cuestiones varias

Del desarrollo de la argumentación practicada por la minoría del tribunal se desprenden algunos conceptos que no queremos dejar de comentar, como aquel según el cual el *desquicio del matrimonio* parecería constituir una causal de divorcio, que autorizaría al juez a decretarlo, con lo que se deja de lado que dicha circunstancia no constituye, por sí sola, una causal autónoma de divorcio. Tan así es que si se rechazan las causales subjetivas y no ha transcurrido el plazo legal requerido para decretar el divorcio por la causal de separación de hecho, ni aunque se admitiera la tesis de la minoría podría el juez decretarlo, lo que es así no obstante tratarse de un *matrimonio desquiciado*, para utilizar la terminología recién referida.

Por otra parte, el hecho de que una pareja esté “irremediabilmente destruida” –según palabras de la minoría del tribunal– no autoriza a decretar su divorcio por una causal distinta a la invocada por ellos, modificando de tal manera los efectos derivados de ambas especies de causales.

No podemos asimismo dejar de señalar el hecho de que cinco de los jueces que votaron por la mayoría lo hicieron –según afirmaron– en razón de la rigidez con la que fue propuesta

la cuestión a resolver, y aclararon que, a juicio de los mismos, es posible invocar la causal objetiva con posterioridad a la demanda y reconvencción por causales subjetivas, en cualquier etapa del proceso antes de la sentencia, y siempre que se dé audiencia a la contraparte, respetándose de tal manera el derecho de defensa en juicio, de raigambre constitucional. Por su parte el doctor Hugo Molteni, que fundamentó su voto en igual aclaración que la recién recordada, adhirió a la respuesta minoritaria, lo que no deja de resultar una clara contradicción entre ambas posturas.

5. Conclusiones

Como resulta de lo hasta aquí dicho, coincidimos con lo resuelto por la mayoría del tribunal, que de tal manera respeta el principio de congruencia, con fundamento en el cual el juez no puede pronunciarse sobre cuestiones no propuestas a su decisión, ni alterar las bases fácticas del litigio, a lo que no obsta el rol activo que la tendencia publicística actual pudiera otorgarle al juez para lograr la solución más equitativa para el caso a resolver, ni la flexibilización propia del activismo judicial a que se alude en el voto de la minoría. Lo que nos lleva a no estar de acuerdo con la afirmación del voto de la minoría en el sentido de que debe entenderse que los cónyuges que demandaron por una causal subjetiva y se encuentran separados de hecho por el término legal sin voluntad de unirse, invocaron implícitamente la causal objetiva¹⁷.

Como bien ha sostenido la mayoría del tribunal con fundamento en que en nuestro sistema procesal rige el principio dispositivo, “son las partes las que deciden de qué manera han de entablarla (la acción de separación personal o de divorcio) y los efectos a los que intentan someter sus pretensiones al optar por alguna de las vías que la ley les otorga”, lo que les corresponde a las mismas decidir en ejercicio de su autonomía y libertad, configurándose en caso contrario “una indebida intromisión del Estado en la vida marital al imponer una sentencia con consecuencias jurídicas diferentes a las peticionadas”.

Si los esposos quieren que el divorcio sea decretado únicamente por culpa del otro, pero no en caso contrario, no puede imponérseles una sentencia mediante la cual se haga lugar a la

17. Ello si, además, se dejara de lado el cuestionamiento existente con relación a la validez de las peticiones implícitas.

acción por una causal objetiva, ni tampoco se les puede impedir que luego del rechazo de la acción iniciada con fundamento en causales subjetivas, inicien otra que se base en ese tipo de causales, fundamentada ya sea en hechos culpables desconocidos por el esposo que los alega, o sobrevinientes a la sentencia.

Destaco, por último, que del contenido del voto de la minoría del tribunal parecería desprenderse la existencia de una especie de paralelismo en cuanto a sus efectos, entre la separación de hecho de los cónyuges y la declaración de divorcio vincular, como si ambas situaciones fueran exactamente iguales con la sola diferencia de la subsistencia en el primer caso del vínculo matrimonial. Lo que no es así, tal como se desprende de lo más arriba expresado, en donde no hemos pretendido agotar las diferencias entre ambos supuestos, debiendo recordar, entre otros efectos, que contrariamente de lo que ocurre en el caso de divorcio, la mayor parte tanto de la doctrina como de la jurisprudencia reconoce como subsistente el deber de fidelidad entre los cónyuges luego de la separación de hecho, al menos hasta un tiempo prudencial posterior a la separación¹⁸.

18. Con respecto a la subsistencia del deber de fidelidad luego de la separación de hecho de los cónyuges, remitimos a lo expresado en nuestro Tratado de Derecho de Familia: SAMBRIZZI, Eduardo A., *Tratado de Derecho de Familia*, Buenos Aires, La Ley, 2010, t. II, p. 453 y ss., n° 440.

Hipoteca

Inoponibilidad al tercero adquirente de buena fe. Adulteración de exhorto que daba cuenta del pago del gravamen. Afectación del requisito de publicidad. Improcedencia de considerar la compraventa como inexistente.

• 115.085 — CNCom., sala C, 2010/08/06 (*) — Banco del Acuerdo S. A. c. Blanco, Marcelo. (Publicado en *La Ley*, 2010/12/14).

Hechos: apeló el banco ejecutante la resolución que declaró la inoponibilidad de la reinscripción de hipoteca ordenada en un proceso en el cual se decretó la falsedad material e ideológica de cierto exhorto aparentemente librado por un juzgado federal, que daba cuenta del pago del crédi-

to reclamado por dicha entidad de manos del anterior propietario del inmueble, a la vez que ordenaba el levantamiento de la hipoteca respectiva. La Cámara confirma el fallo recurrido.

1. Es inoponible al tercero adquirente