

Divorcio Por Abandono Voluntario Y Malicioso Transcurso Del Tiempo Consentimiento Tacito Ejercicio Abusivo Del Derecho

JURISPRUDENCIA

Divorcio por abandono voluntario y malicioso. Transcurso del

tiempo. Consentimiento tácito. Ejercicio abusivo del derecho

Se revoca la sentencia que decretó el divorcio vincular de

las partes por culpa exclusiva de la accionada, por entender que no puede invocarse la causal de abandono voluntario y malicioso del hogar cuando pasivamente se dejó transcurrir una década en absoluto silencio, consintiendo el comportamiento abdicativo que pudo haber llevado a cabo su cónyuge.

Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 6 días del mes de Abril de dos mil quince, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, para conocer en los recursos interpuestos en los autos caratulados: ?M., H. c/ A. B., P. s/ divorcio? respecto de la sentencia de fs. 131/134 el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada? Practicado el sorteo resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden Señores Jueces Doctores: MAURICIO LUIS MIZRAHI.- CLAUDIO RAMOS FEIJOO. -OMAR LUIS DÍAZ SOLIMINE.-. A la cuestión planteada el Dr. Mizrahi, dijo: I. Antecedentes La sentencia de primera instancia, obrante a fs. 131/134, resolvió hacer lugar a la demanda promovida por don H. M. contra su cónyuge P. A. B. y, en consecuencia, decretó el divorcio vincular de las partes por culpa exclusiva de la última nombrada; a quien se la halló incurso en la causal de abandono voluntario y malicioso del hogar (art. 202, inc. 5º, del Código Civil). En la presente causa se ordenó la notificación del traslado de la demanda mediante edictos, los que dieron resultado negativo. En tal virtud, asumió la representación de la emplazada el Sr. Defensor Oficial, quien contestó la acción instaurada a fs. 86. A su vez, la sentencia condenatoria de la juez de grado determinó al citado funcionario a expresar a agravios a fs. 150 y vta. En esta pieza se propugna que esta Alzada revoque la demanda y rechace la acción instaurada. El argumento central de las quejas es que la demanda se deduce después de haber transcurrido diez años desde la separación de hecho, período en el cual el actor permaneció en absoluto silencio. Por ende, afirma que medió una suerte de adhesión tácita al estado de separación que veda al accionante intentar la acción que esgrime. II. Estudio de los agravios Es sabido el criterio restrictivo que viene sosteniendo esta Sala para admitir las causales culpables de divorcio; muy en particular cuando-tras la sentencia judicial-se recrean las figuras un cónyuge ?culpable? y otro ?inocente?; situación que, en la gran mayoría de los casos, no responde a lo que fue la realidad matrimonial. En relación específica a la causal de abandono voluntario y malicioso en que la juez de grado sustenta la culpabilidad, hace tiempo que sostenemos -además del análisis restrictivo que debe realizarse de la causal-que no corresponde adherir a la tesis -equivocada a nuestro criterio-de que el mero hecho del alejamiento genera una presunción en contra de quien se retira del hogar. Es que no admitimos esa posición porque ella coadyuvaría a propender a cristalizar patologías de difícil resolución capaces de clausurar las posibilidades de desarrollo personal de los esposos. Precisamente por ello, hace bien un cónyuge en disponer el cese de la convivencia cuando se presente un severo conflicto matrimonial; y a esa conducta -al menos en principio-no la podemos castigar enrostrándole absurdamente una culpa que está fuera de todo sentido común (ver, esta Sala, ?Y., A. M. c/ V., D. s/ Div?, del 29/9/2006, LL 2007-B, 208, LL 2007-B, 704, con nota de Fortuna, Mariana Julieta, ?Un avance en la interpretación de la causal abandono voluntario y malicioso del hogar. Resignificación?, en ?Revista de Derecho de Familia?, 2007-II-23; ?M., M. L. c/ G., M. R. s/Separación Personal?, del 14/06/07; ?C., M. H. c/ V., A. E. s/ Div?, del 4/12/2006, JA 2007-I-Fasc. 12, p. 73 y ss.; ?C. C., C. c/ R., B. L. s/ divorcio?, del 20/05/08, LL 2008-D, 199; entre otros). En el aspecto referido, y en concordancia con lo que venimos sosteniendo hace años, no es casual que nuestro legislador actual haya optado por borrar de un plumazo todas las causales culpables de divorcio (ver el art. 437 y concordantes del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado mediante la ley 26.994). En la especie, no sabemos si el retiro del hogar por la demanda fue o no razonable a la luz de los criterios antes expuestos. Poco aporta la prueba testimonial; y, en este sentido, podría rescatare la escueta afirmación del deponente S., cuando dice que ella ?se fue por problemas de matrimonio? (ver fs. 105). De todas maneras, resulta a mi juicio innecesario indagar sobre esta cuestión cuando advertimos -como bien lo destaca el quejoso-que recién se promueve la demanda después de haber transcurrido nada menos que diez años. Es que reiterada jurisprudencia de esta Sala han decidido que planteos como lo de autos resultan inadmisibles; pues constituye claramente una actitud abusiva la pretensión del actor de obtener su ?inocencia? cuando pasivamente dejó transcurrir una década en absoluto silencio. El acogimiento del agravio, pues, se impone a todas luces. La demanda no puede prosperar. En efecto, repárese que la ruptura de la unión tuvo lugar en el 2001, y la invocación de las causales culpables por la reconviente se produjo en el 2011 (ver cargo de fs. 12 vta.). Esto significa que durante diez años, como dijimos, el que se dice afectado total silencio, como ya lo apuntamos. Vale la pena insistir que deviene abusivo que quien estuvo en estado de separación durante tanto tiempo (sin realizar ningún tipo de invocación) pretenda articular ahora una

supuesta ofensa acontecida once años atrás (arg. art. 1071, segundo párrafo, del Código Civil). Parece claro, entonces, que el actor -si se sentía injuriado-tenía que haber ejercido sus derechos en debido tiempo y, al no hacerlo, incurrió en una suerte de adhesión tácita a ese estado de cosas. En otras palabras, la omisión incurrida por el pretensor importó una suerte de consentimiento con el comportamiento abdicativo que pudo haber llevado a cabo su cónyuge (ver esta Sala, ?M. H. A. y/L. M. C. s/Divorcio art 214 inc. 2do Código Civil?, del 27/11/2007, LL 2008-A, 494, con nota de Morello, Augusto M., ?Lectura moderna de la separación de hecho entre cónyuges?). Por otra parte, la posición que sostiene esta Sala es la que ha postulado una fuerte corriente que se ha pronunciado en el mismo sentido (Ver Ogayar y Ayllon, Tomás, ?Separación de hecho entre los cónyuges. Efectos que produce?, Ed. Reus, Madrid, 1971, p. 37 y 38; Hernández Ibañez, Carmen, ?La separación de hecho matrimonial?, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, p. 15 a 17; Escribano, Carlos ?La culpa en el divorcio y la culpa en la separación de hecho?, LL 1988-D-1609; Méndez Acosta, José M., Tamini, Martín A., ?Matrimonio, separación y divorcio?, Ed. Bias, Bs. As. 1987, p. 107 y 108; Zannoni, Eduardo A., ?La separación de hecho como causal de divorcio?, en ?Estudios en homenaje al Dr. Guillermo A. Borda?, Ed. La Ley, Bs. As., 1985, p. 369; Vidal Taquini, Carlos H., ?Las causales objetivas de separación personal y divorcio?, en Zannoni, Eduardo A., Ferrer, Francisco A. M., Rolando, Carlos H. (coords.), ?Derecho de Familia?, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 1990, p. 161; Zannoni, Eduardo A., Bísvaro, Beatriz R., ?Valoración de la conducta de los cónyuges posterior a la separación de hecho?, JA 1995-III-355; Bísvaro, Beatriz R., ?Deberes y derechos patrimoniales durante la separación de hecho?, LL 1993-E-16; CNCiv., Sala A, del 5/5/1995, ED 166-322; íd., del 13/12/1996, ED bol. n 1/1997, p. 35; íd., Sala C, del 11/10/1994, ED, 165-330; íd. Sala M, del 30/9/1994, JA 1997- I-135, secc. índice, n 29; íd., Sala K, del 16/10/1998, LL 1999-D-567; íd., Sala B, del 6/5/1999, LL 2000-B-360, voto del Dr. López Aramburu; íd., Sala J, del 3/7/1990, LL 1993-A-80; Mizrahi, Mauricio Luis, "Familia, matrimonio y divorcio", 2 edición, ed. Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 507). Desde otra perspectiva, entendemos que la posición del accionante no merece ser receptada por la aplicación en el presente caso de la doctrina de los propios actos, la que tiene el carácter de norma jurídica o principio de derecho según el art. 16 del Código Civil. Claro está que, para mi concepto, contraría el ordenamiento jurídico quien ejerce una conducta incompatible con una anterior conducta propia deliberadamente adoptada. La buena fe y el principio de rectitud y honradez impide que se observen actos que ya se han convalidado (ver Zannoni, Eduardo A.- Bísvaro, Beatriz R., ?Valoración de la conducta de los cónyuges posterior a la separación de hecho?, JA 1995-III-355; Bísvaro, Beatriz R., ?Deberes y derechos patrimoniales durante la separación de hecho?, LL 1993-E-16; Aréchaga, Patricia V., ?¿El defensor oficial puede reconvenir por adulterio?¿, LL 1996-B-43; Callegari, Mariana G., Mainard, Claudia B., Schapira, Verónica G., ?La autonomía de la voluntad en el cumplimiento de deberes y en el ejercicio de derechos en el matrimonio?, JA 1995-I-984; CNCiv., Sala D, del 8/6/1983, ED 105-421; íd., Sala F, del 22/6/1983, ED 105-358; íd., Sala G, del 19/12/1984, ED 113-655; íd., Sala L, del 15/12/1994, LL 1996-B-44, voto del Dr. Polak; CNCCom., Sala A, del 15/3/1985, ED 114-197; Mizrahi, Mauricio Luis, "Familia, matrimonio y divorcio", 2 edición, ed. Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 508). La mentada convalidación es lo acontecido en esta causa, en atención a que la pasividad de la apelante durante diez años - precisamente por los propios actos- le impide venir después a invocar una conducta culpable de su consorte. En función de todo lo delineado, he de proponer a mis colegas que se rechace la sentencia de primera instancia en todo lo que ha sido materia de agravio. III. Separación de hecho de las partes. La doctrina plenaria. Improcedencia del dictado del divorcio por la causal objetiva A tenor de lo ya anticipado, se ha de proponer al Acuerdo el rechazo de la demanda; lo que conllevará a que las partes-de ser acogida mi ponencia-no obtendrán el divorcio y, por lo tanto, persistirá su vínculo matrimonial. Esta solución, sin duda, lejos está de ser lo más conveniente si tenemos en cuenta que entre los litigantes está quebrada la convivencia desde hace más de catorce años, lo que significa decir que estamos ante un matrimonio inexistente en los hechos. Hasta el 28 de octubre de 2010, en situaciones como la de autos en que ninguna de las partes había introducido la causal objetiva y no se probaban las causales culpables, esta Sala venía sosteniendo el criterio que autorizaba al juzgador -si estaba reconocido por ambos consortes el estado de separación de hecho durante el tiempo legal (art. 214, inc. 2º, del Cód. Civ.)-a decretar de todos modos el divorcio; pero por la causal objetiva de separación de hecho. Se consideraba que esa era la tesitura más adecuada para evitar el mantenimiento artificial de la unión matrimonial; y sobre la base de que ni a los esposos -ni a la comunidad en general-les interesa que se mantengan ficciones legales vacías de contenido. Se razonaba, además, que si adoptaba la postura contraria -no decretar el divorcio-- se obligaría a las partes a promover un nuevo juicio, que ha de implicar un desgaste procesal inútil y una llamativa carencia del sentido de economía; lo que importaba consagrar una frustración ritual de la verdad real (ver esta Sala, ?Yunis, Ana María c/ Vecchio, Domingo s/ Div?, del 29/9/2006, LL 2007-B, 208, LL 2007-B, 704; con nota de Fortuna, Mariana Julieta, ?Un avance en la interpretación de la causal abandono voluntario y malicioso del hogar. Resignificación?, en ?Revista de Derecho de Familia?, 2007-II-23; ?ChiquiarCusnir Carlos c/ Rodriguez Betty Loreley s/ divorcio?, del 20/05/08, LL 2008-D, 199; Cám. Civ. y Com., San Isidro, sala I, 26-05-1999, LLBA, 1999-726). Más aún, con posterioridad a octubre de 2010, un alto Tribunal resolvió que ?hiere el sentido común que la jurisdicción apele a la solución de rechazar la demanda y la

reconvención para, sin más, mantener artificialmente un matrimonio?, comportando una solución ?que no tiene ningún sentido?; y que ?la excesiva rigidez de la postura que se sostiene en una abstracta invocación de la congruencia también es contraria al principio de economía procesal? (ver STJ Corrientes, 23-11-2010, ?L. de F., G.E. c/M.J.F. s/ Divorcio vincular?). Sin embargo, hoy ya no resulta posible que la Sala mantenga esa misma doctrina, en tanto integra la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Es que rige en el fuero (art. 303 del ritual) un fallo plenario que dispuso que ?No corresponde decretar la separación personal o el divorcio vincular por la causal prevista en los arts. 204 y 214, inc. 2º del Código Civil, cuando ésta no fue invocada expresamente en la demanda y en la reconvención, y se rechazan las causales subjetivas -art. 202 del Código Civil- en las que los cónyuges sustentaron sus pretensiones? (ver CNCiv, en pleno, 28/10/2010, ?M., I. L. c. O., J. O.?, LL, 2010-F, 243). Las doctrinas plenarias, conforme a lo decidido por esta Sala, siguen plenamente vigentes; y a ellas corresponde atenerse (ver, R. 621.758, del 30/08/2013, ?Perez Horacio Luis c/ Banco Saez S.A s/ ejecución de honorarios?, LL, Online, AR/JUR/55224/2013). A mérito de esta situación, entonces, claro está que la hermenéutica arriba delineada no puede ser aplicada; de manera que en el caso -reitero-no se ha de decretar el divorcio por la causal objetiva de; por más disvaliosa que se estime esa solución. De acuerdo pues a las actuales directivas que rigen para toda la justicia civil de la Capital Federal, la doctrina que se impone es la que afirma que en virtud del sistema dispositivo que gobierna nuestro ordenamiento adjetivo, aún frente al desquicio matrimonial, la regla es que son las partes, exclusivamente, quienes determinan la cuestión a debatir; delineando el thema decidendum que fija el marco de actuación de la jurisdicción. De allí que -según el plenario de marras- no sea posible abordar una causal que no fue expresamente alegada, al menos por uno de los justiciables, y debidamente debatida en el proceso; y ello hoy tiene que considerarse de ese modo para respetar el criterio que formó mayoría en el plenario antes citado (ver Falcón, Enrique M., Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, Tº VII, Procesos sobre sucesiones, personas y familia, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 148). Lo precisado, desde luego, es sin perjuicio de mantener -a nivel personal- las razones esgrimidas por la minoría en aquel pronunciamiento en pleno. IV. Las costas

Dadas las circunstancias particulares que rodean a la presente causa, y a mérito que no es unánime la jurisprudencia existente sobre el punto, votaré para que las costas de ambas instancias se distribuyan en el orden causado. Así lo impone la naturaleza del presente juicio y las cuestiones debatidas. V. Conclusión Por las consideraciones fácticas y jurídicas desplegadas a lo largo del presente voto, propongo al Acuerdo revocar la sentencia de primera instancia en lo que ha sido materia de agravios. En consecuencia, se procederá al rechazo de la demanda interpuesta en autos. Dada la situación procesal en la que ha quedado ubicada cada una de las partes, las costas de ambas instancias se impondrán en el orden causado. Los Dres. Ramos Feijóo y Díaz Solimine, por análogas razones a las aducidas por el Dr. Mizrahi, votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta. Con lo que terminó el acto:

MAURICIO LUIS MIZRAHI.- CLAUDIO RAMOS FEIJOO -. OMAR LUIS DIAZ SOLIMINE -. Es fiel del Acuerdo.- Buenos Aires, ... Abril de 2015.- Y VISTOS: Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, se resuelve revocar la sentencia de primera instancia en lo que ha sido materia de agravios. En consecuencia, se procederá al rechazo de la demanda interpuesta en autos. Dada la situación procesal en la que ha quedado ubicada cada una de las partes, las costas de ambas instancias se impondrán en el orden causado. Regístrese, protocolícese y notifíquese. Oportunamente publíquese (conf. C.S.J.N. Acordada 24/2013). Fecha, devuélvase. Fecha de firma: 08/04/2015 Firmado por: TRIBUNAL , JUECES DE CÁMARA 002750E