

FAMILIA

Autor:

Kemelmajer de Carlucci, Aída
Medina, Graciela

Cita: RC D 1767/2012

Tomo: 1993 3 Contratos modernos.

Revista de Derecho Privado y Comunitario

Encabezado:

En este número señalaremos las grandes líneas jurisprudenciales del Derecho de Familia en Argentina, marcadas por los fallos publicados en las revistas de mayor difusión desde enero a mayo de 1993.

FAMILIA

I. Aplicabilidad inmediata de la ley 23.515

La Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires ha admitido en dos casos la aplicación inmediata de la ley 23.515 a los expedientes en trámite al tiempo de su sanción, aun cuando en ambos se trataba de juzgar hechos sucedidos durante la ley anterior. El primer caso fue un divorcio solicitado bajo la vigencia de la ley 2393 por injurias graves producidas por la embriaguez o uso abusivo de bebidas alcohólicas. En primera instancia se había hecho lugar a la demanda de divorcio por culpa exclusiva de la demandada por estar incurso en la causal de injurias graves. En segunda instancia se había revocado el fallo de primera instancia por entender que bajo el régimen de la ley 23.515 no corresponde aceptar como injurias graves las conductas provenientes del alcoholismo. La Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, con voto del doctor Laborde, acepta la aplicación de la ley 23.515 aun cuando se trataba de juzgar conductas que tuvieron lugar bajo la vigencia de la ley 2393, por entender que "las circunstancias alegadas en el proceso para dar sustento a la demanda, en tanto constituyen 'hechos continuos' o, en otros términos, que se desarrollan sin solución de continuidad, y que eventualmente existían ya durante el imperio de la ley anterior, podrían -en razón de su permanencia bajo la ley nueva- caer bajo la aplicación inmediata de ésta" (S. C. J. B. A., 27-8-91, J. A. del 31-3-93, boletín N° 5822). Volvemos sobre este fallo en el § III, 1, c. El segundo caso en el que la Corte Suprema de Justicia de la Provincia se pronunció sobre la aplicación inmediata de la ley 23.515 fue en un pedido de homologación de un convenio de disolución de la sociedad conyugal suscripto antes de la ley 23.515. (S. C. J. B. A., 10-3-92, publ. en J. A. del 28-4-93, N° 5826, p. 61). El tribunal de primera instancia había homologado un convenio de disolución anterior a la Ley de Matrimonio Civil pero presentado cuando ésta ya regía. La Cámara revocó la decisión de primera instancia ha sosteniendo que el convenio se pactó "rigiendo una ley que lo fulminaba de nulo" y que, tratándose de una relación jurídica ya extinguida, la aplicación de la nueva ley implicaría darle efectos retroactivos, lo que se encuentra vedado por el artículo 3° del Código Civil. La Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, con voto del doctor Laborde, revocó el pronunciamiento de la Cámara entendiendo que el convenio de disolución de la sociedad conyugal suscripto antes de la ley 23.515 cae bajo las prescripciones de la nueva redacción del artículo 236 del Código Civil desde que no es sino la consecuencia de relaciones y situaciones en curso de desarrollo (art. 3°, Cód. Civ. y su doctrina).

II. Régimen patrimonial del matrimonio

1. Calificación de los bienes

La Cámara Nacional Civil, sala A, rechazó la pretensión consistente en que el Registro de la Propiedad tomara razón de una escritura aclaratoria en la que se intentaba salvar la omisión de hacer constar la procedencia del

dinero (concretamente que el precio abonado por el inmueble fue con dinero propio de la esposa, proveniente de la venta de inmuebles que poseía cuando era soltera) porque entendió que excedía en demasía el marco del artículo 1246 del Código Civil y que en definitiva era una convención entre esposos prohibida por el artículo 1218 del Código Civil (Cám. Nac. Civ., sala A, 6-8-90, J. A. del 10-3-93, p. 38). El fallo se aparta de la doctrina que admite que por un acto posterior de los cónyuges se puedan complementar las enunciaciones exigidas por el artículo 1246 del Código Civil sostenida entre otros por Borda, Fassi y Bossert, Mazzinghi y Gowland, y mereció comentario desfavorable de Ferrari Ceretti, Francisco, La factibilidad de subsanar por una escritura aclaratoria la omisión de consignar en el instrumento adquisitivo de dominio la procedencia del dinero empleado por la mujer, exigido por el artículo 1246 del Código Civil, en J. A. del 10 de marzo de 1993.

2. Liquidación y partición de la sociedad conyugal

El Código Civil no regula el procedimiento de partición de la sociedad conyugal y son contradictorias las formas en que ésta se lleva a cabo en los distintos tribunales. En un caso en que el proceso liquidatorio se estaba prolongando en exceso, entre otras causas porque el tribunal no se expedía sobre la calificación de común o personal de un gasto efectuado en un bien ganancial por un cónyuge que tenía su uso y goce en forma exclusiva, difiriendo tal calificación en el tiempo sin advertir que sin ella no se podía realizar la partición la Cámara Nacional Civil, sala F, dio pautas para la realización de la liquidación de la sociedad diciendo que, "disuelta la sociedad conyugal, el trámite de su liquidación consiste en un proceso jurídico contable tendiente a determinar los bienes que componen el acervo y su valor" y comprende las operaciones de inventario y tasación. Se señaló que a los fines de la partición es preciso que queden determinados todos los créditos y las deudas de los cónyuges previamente, y que por ende antes de ella ha de procederse a la determinación del carácter de las deudas entre cónyuges para poder precisar el régimen de recompensas o indemnizaciones de los cónyuges entre sí y con la sociedad conyugal. Por otra parte se precisó que revisten el carácter de comunes los gastos efectuados respecto de un bien ganancial usado o gozado por el cónyuge administrador en forma exclusiva, así como sus frutos civiles también revisten esa naturaleza, por lo que también sería de naturaleza común el crédito por valor locativo debido por el cónyuge ocupante, si lo hubiese reclamado (Cám. Nac. Civ., sala F, L. L. 1993-A-189, con nota de Monasterio de Ceriani Cernadas, Ana, Liquidación y partición de la sociedad conyugal).

III. Divorcio y separación

1. Causales

a) Separación de hecho

a) Separación de hecho La separación de hecho como causal objetiva de divorcio vincular incorporada por la ley 23.515 es uno de los temas que ha provocado más cuestiones litigiosas. En el primer cuatrimestre de 1993 se publican fallos que perfilan el instituto en cuanto a: la posibilidad de reconvenir por causales subjetivas, la falta de legitimación del Defensor Oficial para plantear tal reconvencción y la imposibilidad de impedir que prospere el divorcio alegando la voluntad de unirse. a.1) La demanda por causal objetiva no excluye la posibilidad de reconvenir por causales subjetivas Entre las múltiples cuestiones que tal causal ha suscitado se encuentra la de precisar si la acción de divorcio vincular por causal de separación de hecho impide que el otro cónyuge intente obtener aquél en función de algunas de las causales del artículo 202 del Código Civil. Sobre el tema la Cámara de Apelación de Concepción del Uruguay admitió que si uno de los cónyuges demanda el divorcio por separación de hecho (art. 214, ley 23.515), el accionado, aun cuando admita dicha causal objetiva, puede reconvenir con fundamento en alguna de las causales subjetivas de los artículos 202 y 214, inciso 1°, de dicha ley, en base a hechos anteriores a la separación o aun sobrevinientes (Cám. Apel. de Concepción del Uruguay, 26-3-91, publ. en J. A. del 31-3-93, N° 5822). La solución del tribunal parece por lo demás acertada ya que lo controvertido por la doctrina autoral y jurisprudencial es si se está obligado a hacerlo por vía de reconvencción o de defensa, sin poner en duda la legitimación de cónyuge demandado por una causal objetiva para invocar las apuntadas causales subjetivas. a.2) Falta de legitimación del Defensor Oficial para plantear reconvencción por causas subjetivas A los precedentes citados en esta Revista, N° 2 (p. 307), se agrega un nuevo caso resuelto por la Cámara Nacional Civil, sala J, que siguiendo el criterio delineado por la Cámara Nacional Civil, sala F, entiende

que el defensor carece de legitimación para reconvenir por causales de divorcio en nombre de su representado, quien encontrándose ausente no compareció a la causa. El tribunal fundamenta sus conclusiones en el carácter estrictamente personal de la acción de divorcio y en la falta de instrucciones de la defensa oficial, como así también en la presunción de que los largos años de separación implicaban perdón del ofendido y no permitían presumir una autorización tácita para entablar una reconvencción (Cám. Nac. Civ., sala J, 12-12-91, L. L. del 15-4-93, fallo 91.239). Con este fallo parece afirmarse como mayoritario el criterio de denegar autorización al Defensor Oficial para reconvenir por causales subjetivas aún cuando del propio expediente surja la culpa del actor, como sería en el caso en que se acompañen partidas de nacimiento de hijos extramatrimoniales, o partidas de matrimonio celebrados en el extranjero en fraude a la ley argentina. El criterio opuesto ha sido sostenido por la sala G de la Cámara Nacional Civil de la capital, con voto del doctor Roberto Greco, quien no sólo admitió la legitimación del Defensor Oficial sino que elogió su planteo por no haberse limitado a negativas formales (Cám. Nac. Civ., sala G, 5-11-90, J. A. 1992- I-608). Y la postura legitimante de la defensa oficial ha sido defendida por la doctora Méndez Costa, quien sostiene que no es razonable negar la legitimación al Defensor Oficial cuando el mismo demandante pone sobre aviso, por ejemplo, que es adúltero, y que lo contrario implicaría vulnerar el derecho de defensa del ausente (La defensa oficial del demandado por separación personal o divorcio fundado en la causal objetiva de separación de hecho, en L. L. del 15-4-93). a.3) La voluntad mutua no es un elemento que configure la causal de divorcio por separación de hecho y la intención unilateral de reanudar la convivencia no impide que prospere el divorcio En un caso en que la esposa se opuso a la demanda de divorcio del marido por separación de hecho alegando que ésta no fue de común acuerdo y que ella mantenía la intención de reanudar la convivencia, y reconvinó por separación personal por abandono voluntario y malicioso, adulterio e injurias graves, el Tribunal de Primera Instancia rechazó la demanda de divorcio e hizo lugar a la reconvencción por separación personal por culpa del marido. La Cámara Nacional Civil, sala J, revocó el pronunciamiento haciendo lugar al divorcio por culpa del marido señalando que no es requisito para hacer lugar al divorcio por separación de hecho que ésta sea de común acuerdo, ni es impedimento para decretar el divorcio la intención unilateral de convivir ya que la reanudación de la convivencia es un hecho que depende de la voluntad de ambos bastando con que el otro no acceda para que la ruptura de la convivencia sea definitiva (Cám. Nac. Civ., sala J, 3-7-90, L. L. 1993-A-81, con comentario de Silvia García de Ghigliano). Compartimos plenamente la postura adoptada por la sala J de la Cámara Nacional Civil, no así la de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de San Isidro que ha resuelto que el tipo legal subjetivo absorbe al objetivo, de modo que si el reconviniente prueba su alegada causal subjetiva no puede prosperar la causal objetiva (Cám. Apel. Civ. y Com. de San Isidro, 9-3-89, D. J. 1990-I-614, citado por García de Ghigliano, Silvia, Algo más sobre la separación de hecho sin voluntad de unirse, en L. L. 1993-A-81).

b) Injurias

Sobre el concepto de injurias la Cámara Nacional Civil, sala H, ha determinado que para que ésta se considere configurada no es necesario que exista pluralidad, puede un solo hecho determinarla siempre que existan 3 factores configurativos: ocasión (factor temporal y ambiental), intensidad (factor lesionante) y especificación (factor delimitativo). Es decir, la actitud injuriosa debe ser probada en sí misma en su gravedad. La ley consigna, precisamente, una construcción endocéntrica. Es decir, un vocablo principal, que es el centro o núcleo (injurias), y otra palabra que oficia de modificador y, en este caso, un calificativo (graves) (Cám. Nac. Civ., sala H, 7-10-92, L. L. del 28-4-93, fallo 91.279).

c) Alcoholismo

La ley 23.515 estableció como causal objetiva de divorcio el alcoholismo de uno de los cónyuges (art. 203, Cód. Civ.). En el régimen anterior el alcoholismo daba lugar al divorcio por injurias graves. El problema radica en determinar si probado el alcoholismo ha de considerarse que éste constituye una actitud culpable que da lugar al divorcio por injurias graves o una causal objetiva de disolución del vínculo. La Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires entendió por mayoría que, aun aplicando la ley 23.515, el alcoholismo constituye injuria grave que da causa al divorcio, salvo que se demuestre que el alcohólico es enfermo y en su caso no hay culpa. En cambio la minoría de este tribunal sostuvo que siempre el alcohólico es un enfermo y que por lo tanto su conducta no puede ser considerada culpable (S. C. J. B. A., 27-8-91, J. A. del 31-3-93, p. 63).

2. Efectos

a) Daños y perjuicios derivados del divorcio

La jurisprudencia mayoritaria acepta en principio la responsabilidad por daños y perjuicios producidos por el divorcio; ello implica un avance en la materia por cuanto, al menos jurisprudencialmente, parecen superadas las posturas que sostienen que el divorcio se halla excluido del régimen de responsabilidad civil y que la vulneración de los deberes conyugales no da derecho a indemnización alguna. La jurisprudencia aparecida en los cuatro primeros meses del año 1993 ha sido concordante con la recomendación de la mayoría en las Jornadas de Derecho Civil en homenaje a la Dra. Méndez Costa que sostuvo que "la responsabilidad en materia de familia (divorcio) está sometida a las reglas generales del sistema". Pero con distintos matices, así por ejemplo se ha dicho que: a.1) El adulterio "discreto" no produce un daño grave susceptible de ser indemnizado. La Cámara Nacional Civil, sala E, siguiendo una postura del doctor Cifuentes, ha entendido que no cualquier violación de un deber matrimonial merece el amparo jurisdiccional en favor del cónyuge ofendido, tendiente a obtener una reparación pecuniaria. Para que ello ocurra la ofensa debe ser de una trascendencia fuera de lo común, ser un daño "muy punzante" que no se configura si el adulterio es "discreto" (Cám. Nac. Civ., sala E, 30-10-92, L. L. del 10-3-93). El caso resuelto por la sala E de la Cámara Nacional Civil trataba de un divorcio por adulterio en el cual el marido mantuvo relaciones con una empleada de su empresa durante muchos años sin que su esposa se enterara pero siendo del conocimiento del yerno y de los cuñados, y que daba lugar a los comentarios de todo el personal de la empresa, aún cuando no presenciaron actitudes indecorosas o muestras abiertas de afecto. La mayoría del tribunal entendió que había habido infidelidad pero, como ella no había traspasado la frontera del círculo social o laboral donde se movía el matrimonio, no correspondía condenar el pago de daños y perjuicios por cuanto la infidelidad ya había sido sancionada suficientemente con la declaración de culpabilidad de divorcio. El fallo nos merece objeciones porque no distingue entre la reparación de daños y perjuicios y la declaración de culpabilidad de divorcio, y porque admite que el adulterio "discreto" no da a lugar a un daño reparable a más de crear una extraña diferenciación entre daños más graves y menos graves. a.2) Las desavenencias del matrimonio no eximen la responsabilidad por los daños producidos por el adulterio. La Cámara Nacional Civil, sala D, resolvió que las malas relaciones del matrimonio no son un eximente de responsabilidad por el daño producido por el adulterio. En primera instancia se había condenado al marido a pagar los daños y perjuicios derivados del divorcio provocado por su adulterio. El demandado apeló el fallo por cuanto entendía que el matrimonio se encontraba tan desavenido que el adulterio no podía causar daño. El tribunal desechó tal argumento señalando que las desavenencias matrimoniales resultan irrelevantes a los efectos de declarar la procedencia de la reparación por daño moral derivada de hechos ilícitos que a la vez constituyen causales de separación o de divorcio. Pues si ninguno de los cónyuges hasta el acontecimiento luctuoso había iniciado juicio de separación o de divorcio, resulta evidente el propósito de mantener el vínculo, lo que importaba, obviamente, asumir todos los deberes y facultades que la ley dispone para los que están casados. Entendemos que las desavenencias matrimoniales anteriores, de por sí, no funcionan de eximente de responsabilidad, pero sí pueden tener gran importancia a los fines de determinar la existencia del daño y su cuantificación. Ciertamente es que mientras exista matrimonio, por más deteriorado que éste se encuentre, son exigibles los deberes matrimoniales, y que su falta constituye un ilícito, pero también es cierto que la ilicitud no es el único presupuesto de la responsabilidad civil, ya que ésta requiere del daño, y puede que no exista daño moral alguno por el adulterio del otro cuando la relación matrimonial se encuentra deteriorada; estimamos que ello fue lo que planteó el adúltero y que el tema no fue suficientemente tratado por el tribunal.

b) Falta de legitimación del ex cónyuge para petitionar la quiebra por créditos originados antes de la sentencia de divorcio

El artículo 88 de la Ley de Concursos impide al cónyuge solicitar la quiebra de su esposo. La Cámara Nacional Comercial, sala E, resolvió un caso en el que se discutía si después del divorcio la ex cónyuge podía petitionar la quiebra invocando un crédito que tuvo origen en hechos concernientes al vínculo matrimonial. En primera instancia se había considerado legitimada a la divorciada para petitionar la quiebra de su ex marido, fundado en que el divorcio vincular entre las partes deja sin efecto la prohibición del artículo 88 de la Ley de Concurso. La Cámara revocó tal pronunciamiento porque la causa y fecha de libramiento del cheque que fue tenido en cuenta como hecho revelador de la cesación de pagos era anterior al divorcio. Consideró, por lo tanto, que la cónyuge divorciada no puede solicitar la quiebra de su ex marido invocando un crédito que tuvo origen en hechos concernientes al vínculo matrimonial. El tribunal entendió que este criterio atiende en mejor forma a los principios

en los que se funda la prohibición del artículo 88 de la Ley de Concursos, al dejar al margen del procedimiento de declaración de quiebra por pedido de acreedor la posibilidad de ventilar cuestiones como las suscitadas en autos, en los cuales se pidió la quiebra por un cheque sin fondos dado por el marido a cuenta de la liquidación de los bienes comprendidos en las capitulaciones matrimoniales celebradas en Uruguay -según la mujer-, cheque que según el marido había sido firmado en blanco para atender gastos menores del hogar (Cám. Nac. Com., sala E, 14-8-92, J. A. del 7-4-93, N° 5823, p. 63). La sala E de la Cámara Comercial valoró que el cheque había sido dado con anterioridad a la sentencia de divorcio pero no tuvo en cuenta que éste fue dado con posterioridad a la demanda de divorcio y que los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de interposición de la demanda conforme al artículo 1306 del Código Civil.

c) Exclusión de la vivienda común

Normalmente los casos de exclusión del hogar conyugal se plantean con anterioridad al juicio de divorcio o durante éste. La Cámara Nacional Civil, sala H, aceptó un pedido de exclusión de la ex cónyuge de la vivienda común una vez decretado el divorcio, originándose el problema por las visitas que el excluido hacía en el inmueble conyugal. No obstante no tratarse ya de la sede del hogar conyugal, se aplicó por analogía el artículo 231 del Código Civil, valorando que lo había sido, y que se daban los requisitos de peligro y urgencia en la demora suficientes como para excluir al ex cónyuge in audita parte (Cám. Nac. Civ., sala H, 26-5-92, J. A. del 7-4-93, N° 5823). En relación a la vieja polémica que divide nuestros tribunales respecto a si la exclusión del hogar conyugal ha de hacerse in audita parte la Cámara Nacional Civil, sala B, ha admitido que en principio la atribución de la sede del hogar conyugal pendiente la tramitación del juicio de divorcio, cuando uno de los cónyuges pretende que el otro sea excluido de allí, no puede disponerse sin audiencia del afectado, salvo que existieran causas de suficiente gravedad, debidamente acreditadas, que tornaran necesario disponer el desahucio de carácter urgente. En el fallo en cuestión las causas graves estaban acreditadas suficientemente por las manifestaciones realizadas por la parte al contestar la demanda en el juicio principal, quien había señalado que se había retirado del hogar conyugal para no causar perjuicio a los hijos. En realidad no se trataba de excluirlo de donde se encuentra actualmente viviendo porque el cese de la convivencia se produjo con anterioridad a la demanda de divorcio vincular, con el retiro del esposo de la vivienda matrimonial, sino de mantener la situación de hecho existente al tiempo de la promoción (Cám. Nac. Civ., sala B, 16-7-92).

3. Cuestiones procesales en el juicio de divorcio

a) Prueba

Desde el comienzo de la vigencia de la ley 23.515 ha preocupado el tema de la necesidad o no de producir prueba cuando se trata de juicios fundados en la causal de separación de hecho prevista en el artículo 214, inciso 2°, del Código Civil. Algunos tribunales, no obstante el acuerdo de los cónyuges, fijan una audiencia conciliatoria fundados en el artículo 236 del Código Civil. La Cámara Nacional Civil, sala J, ha entendido que en el caso de divorcio vincular fundado en la causal del artículo 214, inciso 2°, del Código Civil puede prescindirse de la producción de la prueba en caso de que exista reconocimiento de los hechos por los dos esposos y no existan bienes comunes sujetos a partición (Cám. Nac. Civ., sala J, 10-7-92, L. L. 1993-A-99). También se ha expedido por la innecesariedad de la audiencia la Cámara Nacional Civil, sala J, en un caso en que los esposos habían vivido solamente 10 meses juntos, en que no hubo descendencia ni bienes comunes para dividir y se presentan en demanda y contestación conjunta a solicitar el divorcio en mérito al artículo 214, inciso 2°, del Código Civil; no obstante lo cual, en primera instancia se fijó una audiencia fundada en el procedimiento del divorcio por presentación conjunta; este pronunciamiento fue dejado de lado por el Tribunal de Alzada que entendió que con esta audiencia se desnaturalizaba el proceso iniciado por las partes con fundamento en otra norma (Cám. Nac. Civ., sala J, 10-7-92, E. D. del 5-2-93, con nota de Gutiérrez, Delia, Oportuna rectificación de una disvaliosa interpretación).

4. Alimentos

a) Influencia de la Ley de Convertibilidad sobre los alimentos

Como lo advirtiéramos en el N° 2 de esta Revista ha prevalecido la línea de fallos que niega la posibilidad del mero reajuste de las pensiones fijadas por sentencia, sin perjuicio de admitir que el alimentado inicie un incidente por el aumento de la cuota alimentaria y en él se dirima si corresponde o no. La doctrina ha señalado que esta posición contraría la administración de justicia porque obliga a proponer un sinnúmero de incidentes. Esto ha sido contestado por la Cámara Civil 2ª de La Plata, quien entendió que "el argumento de que de no permitirse la actualización de las cuotas alimentarias sería necesario promover sucesivos incidentes de aumento, con el consiguiente dispendio de actividad jurisdiccional, no es sostenible. Es uno de los precios a pagar por el deseable y justamente esperado mejoramiento económico social al que la ley 23.928 propende" (L. L. del 18-5-93, sum. 9005). La Cámara Nacional Civil, sala C, siguiendo el criterio de la sala A que expusiéramos en el número anterior, ha establecido que a partir del 1° de abril de 1991 rige el principio nominalista conforme al cual el deudor se libera entregando la misma cantidad de moneda, de acuerdo a las pautas que rigieron la determinación de la cuota hasta entonces. Siendo los alimentos esencialmente variables, si en valores nominales aumentan las necesidades de la alimentista, podrá pactarse un nuevo cuántum alimentario o pretender el aumento judicial. Por tanto, resulta improcedente el reajuste de la pensión alimenticia con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 23.928 (Cám. Nac. Civ., sala C, 4-6-92, L. L. 1993-A-325). En contra de la repotencialización también se ha adscrito la sala E de la Cámara Nacional de la Capital, quien parte de entender que la ley 23.928 no resulta aplicable a las deudas de valor, y que los alimentos son una deuda de valor, no obstante lo cual no los considera actualizables por entender que éstos han dejado de ser una deuda de valor al haber sido cuantificados en la sentencia (Cám. Nac. Civ., sala E, 26-4-93, fallo 128.455). El argumento utilizado por este tribunal llega a la misma conclusión de la no actualización pero no parte de iguales razonamientos a la mayoría de la doctrina. En general, quienes sostienen la aplicabilidad de la Ley de Convertibilidad, entienden que la distinción entre deudas de valor y de dinero no es una diferencia ontológica y que no cabe hacer diferenciación entre deudas de valor y deudas de dinero a los fines de la aplicación de la Ley de Convertibilidad del Austral (Alegría y Rivera, La Ley de Convertibilidad). En contra de la posición mayoritaria se han pronunciado las salas G y F de la Cámara Nacional Civil admitiendo la procedencia del reajuste monetario en el régimen alimentario, entendiendo que la propia naturaleza del instituto lo autoriza ya que de continuar la inflación no podría el alimentario responder frente a los gastos de manutención, educación, esparcimiento, etcétera (art. 267, Cód. Civ.) sin riesgo de que, al correr de los períodos mensuales, la cuota ya no sirva a la finalidad de su posición, creando la necesidad del alimentado de promover constantemente sucesivos incidentes de aumento de cuota. Por ello juzgan que no debe extenderse a la obligación alimentaria el congelamiento impuesto por el artículo 10 de la mentada ley 23.928 (Cám. Nac. Civ., sala G, autos 110.398, 19-10-92, y sala F, autos 123.797, 18-2-93).

b) Fijación del cuántum

La obligación alimentaria pesa por igual para ambos padres, siendo muchas veces tema de discusión el cuántum que le corresponde a la madre que ejerce la guarda cotidiana de los menores. La Cámara Nacional Civil, sala A, ha determinado que si bien la madre se encuentra obligada a contribuir con la prestación alimentaria establecida en favor de sus hijos menores, el alcance de su aporte está delimitado por las prestaciones en especie que efectúe con motivo de la guarda (Cám. Nac. Civ., sala A, 12-3-92, L. L. 1993-A-9). En igual sentido la sala B de la Cámara Civil de la Capital ha establecido que, cuando la madre tiene la guarda, la prestación alimentaria debe ser satisfecha en mayor medida por el padre (Cám. Nac. Civ., sala B, 3-4-92, L. L. del 18-5-93, sum. 8988). Entendemos correcto darle valor económico a las múltiples tareas ejercidas por la madre que detenta la tenencia de los menores. Ello no implica que el padre tenga que prestar alimentos en "mayor medida", como literalmente lo expresa la sala B de la Cámara Nacional Civil de la Capital, sino que en tren de establecer la equivalencia de prestaciones se valoran las múltiples e invisibles tareas domésticas de la guardadora.

IV. Filiación biológica

El N° 1 de esta Revista abordó exclusivamente el tema de la filiación biológica. En el N° 2 se incluyeron los precedentes publicados durante 1992, en el presente número haremos referencia a los precedentes del primer cuatrimestre de 1993.

1. Especial referencia a la prueba biológica

La sala F de la Cámara Civil resolvió un caso en el cual la prueba pericial HLA fue impugnada por el padre

argumentando supuestos defectos en la realización, por lo que en primera instancia se resolvió una ampliación de dicha pericia a través de pruebas complementarias, a la cual el accionado no concurrió no obstante las múltiples intimaciones que se le realizaron. Atento a ello en primera instancia se hizo lugar a la demanda por filiación, fallo que el Tribunal de Alzada confirmó, señalando que la actitud renuente del demandado en el juicio de filiación a someterse a prueba biológica es un elemento sustancial para presumir la paternidad que se endilga ya que, salvo supuestos excepcionales, cuando se discute el estado de familia de una persona no es admisible una actitud omisiva de esa índole, la que sólo puede responder al deseo de privar al Juez de un elemento de convicción sobre los hechos sucedidos (Cám. Nac. Civ., sala F, 24-8-92, E. D. del 2-3-1993, sum. 44.842). Este precedente recibió comentario desfavorable de Bidart Campos, quien entiende que el someterse a una prueba biológica en un juicio de filiación es una suerte de declaración contra sí mismo, y que en la disputa de intereses contrapuestos entre el derecho del niño a conocer su identidad familiar y el derecho personalísimo del padre a no ser obligado a prestar declaración en contra de sí mismo, debe triunfar el derecho a la intimidad del padre frente al derecho de indagar la filiación (Bidart Campos, Germán, Medios probatorios que requieren prestar el cuerpo propio, en E. D. del 2-3-93). Tal posición, absolutamente minoritaria, no ha tenido ninguna acogida jurisprudencial.

2. Otros medios de prueba

No obstante el reducido margen de error que dejan las pruebas de compatibilidad inmunogenética, la jurisprudencia ha escuchado las voces doctrinarias que advierten sobre él y en los últimos pronunciamientos se advierte una valoración conjunta de todas las pruebas para subsanar el margen de error que las pruebas HLA o ADN podrían producir. Ello es correcto porque en cualquier otra materia una prueba de más del 95% de probabilidades sería más que suficiente para dictar sentencia favorable, pero cuando está en juego la filiación de una persona, las precauciones tanto de quienes producen las pruebas como de quienes las valoran deben extremarse. La Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca resolvió un caso en el cual el menor representado por su madre reclamaba la filiación extramatrimonial paterna a la esposa de su padre premuerto y a la hija de éste, alegando el concubinato de su padre al momento de la concepción. El Tribunal de Alzada hizo lugar a la demanda y, además de valorar que el HLA determinaba un 99.87% de probabilidades de paternidad, tuvo en cuenta la posesión de estado de la persona por nacer, que consideró acreditada con el alquiler de una vivienda para la madre durante la concepción y visitas al médico (Cám. Civ. Com. de Bahía Blanca, sala 1ª, 30-7-91, J. A. del 26-8-92, con nota de Medina, Graciela, Filiación. Posesión de estado del hijo por nacer y pruebas genéticas, p. 19).

V. Adopción

1. Anulabilidad absoluta

La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Morón, sala 2ª, resolvió un importante precedente de nulidad de una adopción plena de un hijo de desaparecidos. Se trataba de una menor dada en adopción plena, hija de desaparecidos, hecho este último comprobado por las pruebas inmunogenéticas realizadas con la abuela. Estando pendiente la acción penal, la Cámara de Apelación de Morón anuló la adopción plena y admitió la impugnación de la inscripción de nacimiento de quien figuraba como nacida en Morón cuando lo había sido en Rosario, Provincia de Santa Fe. La concesión de la adopción plena de una menor -que se denunció como abandonada cuando no se hallaba en tal situación y falseándose los datos relativos al lugar, tiempo y modo en que comenzó la guarda-, fue otorgada en fraude de la ley y, como tal, su nulidad es absoluta. La circunstancia de que se haya necesitado de una larga investigación de hecho, porque el vicio no aparecía como manifiesto, no impide que una vez constatado se declare su nulidad absoluta; lo que sucede, técnicamente, es que no puede hablarse de acto nulo, sino de acto anulable, pero dicha anulabilidad es absoluta, pues está afectando el orden público y se dicta ante la necesidad de proteger el orden social (Cám. Apel. Civ. Com. de Morón, sala 2ª, E. D. del 3-3-93).

2. Prejudicialidad de la acción penal. Nulidad

La Cámara de Apelación de Morón anuló la adopción estando pendiente la resolución de la acción penal que se

les seguía a los demandados por el delito previsto en el artículo 146 del Código Penal. El tribunal entendió que si se esperaba la resolución de sede penal para dictar la sentencia civil, se iba a producir una efectiva privación de justicia para la menor por el grado de dilación que tenía la acción penal, por ello no aplicó el artículo 1101 del Código Civil priorizándose al interés superior del niño en cuanto a preservar su identidad a un nombre y a la protección y cuidado fundado en los artículos 1°; 3°, apartados 1° y 2°; 7°, apartados 1° y 8°; apartado 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño, ley 23.849 (Cám. Apel. Civ. y Com. de Morón, E. D. del 3-3-93). Estimamos lamentable que la lentitud de la justicia penal obligue a este tipo de sentencias en el cual, con riesgo de pronunciamientos contradictorios, se debe dejar de lado el Código Civil para evitar que la sentencia tardía conspire contra los intereses del menor.

VI. Esponsales

La Cámara Civil 1ª de San Juan resolvió un caso de daños y perjuicios por ruptura intempestiva de noviazgo y disolución de sociedad de hecho. La actora pretendía que se la indemnizara por el daño moral producido por la ruptura intempestiva de un noviazgo que había comenzado en el año 1973 y finalizado en el año 1988 cuando el demandado se casó con otra mujer. En primera instancia se hizo lugar a la acción mientras que el Tribunal de Apelación revocó la resolución de primera instancia, señalando que el arrepentimiento de la promesa matrimonial no implica de por sí una conducta ilícita y que en el caso no se había probado ni el dolo ni la culpa en el accionar del demandado. Compartimos el criterio del tribunal en el sentido de que ni la mera existencia de un noviazgo prolongado, ni la buena conducta de uno o ambos, ni la ausencia de explicaciones sobre la ruptura o cambio de sentimientos implican necesariamente la existencia de culpa o dolo, atento a la absoluta libertad que nuestras leyes garantizan a la celebración del acto matrimonial. Quien invoca la culpa o dolo del otro en la ruptura de los sponsales carga con la prueba de acreditar dichos extremos. Pero entendemos también que si estos extremos se hubieran acreditado se debería haber hecho lugar a la demanda (Cám. Civ. Com. y Min. de San Juan, sala 1ª, 29-9-92, con nota de Di Lella, Pedro, De las nuevas leyes y las buenas sentencias [o de las costas... al legislador]).

© Rubinzal Culzoni. Todos los derechos reservados. Documento para uso personal exclusivo de suscriptores a nuestras publicaciones periódicas y Doctrina Digital. Prohibida su reproducción y/o puesta a disposición de terceros.