

*Daños y perjuicios derivados de la separación personal y el divorcio vincular**

Por Eduardo A. Zannoni

1. Introducción

Creemos importante, comenzar por señalar que hemos modificado significativamente la posición amplia y favorable al resarcimiento de los daños y perjuicios que expusimos en otras oportunidades.

En este tema, la doctrina mayoritaria distingue entre: a) daños derivados de los hechos constitutivos de la o las causales de divorcio, y b) daños derivados del divorcio en sí¹. Los primeros son los daños que inflige al inocente el *hecho ilícito* constitutivo de la causal de divorcio probada en juicio y son, por ende, daños inmediatos según los términos del art. 901, parte 1ª, del Cód. Civil. En general, se tratará del daño moral que provoca la lesión de derechos subjetivos o intereses legítimos del inocente: por ejemplo, en el adulterio, se lesiona el derecho a la fidelidad; en el abandono voluntario y malicioso del hogar, el derecho a la cohabitación y la asistencia; en las injurias graves, muchas veces se lesionará el derecho al honor. Otras veces, se lesionarán derechos subjetivos inherentes a la persona, anteriores al matrimonio, como el derecho a la vida, en caso de tentativa de homicidio².

Pero se sostiene también que el divorcio, como tal, puede importar *daños mediatos* o consecuencias mediatas (art. 901, parte 2ª, Cód. Civil) que serán imputables al culpable del divorcio cuando éste los previó o debió preverlos (art. 904, Cód. Civil). Así, por ejemplo, gastos de internación de los hijos a cargo del inocente, que no

* Publicado en Zannoni, *Derecho civil. Derecho de familia*, 4ª ed., Bs. As., Astrea, 2002, t. 2, p. 231.

¹ Salas, Acdeel E., *Indemnización de los daños derivados de divorcio*, JA, 1942-II-1011; Acuña Anzorena, Arturo, *Responsabilidad civil del cónyuge adúltero y de su cómplice por causa de adulterio*, LL, 27-212; Colombo, Leonardo A., *Indemnización del daño producido por el adulterio de la esposa*, LL, 89-708; Spota, Alberto G., *Tratado de derecho civil. Derecho de familia*, Bs. As., Depalma, 1947-1968, t. 2, vol. 2 (12), p. 149 y ss.; Barbero, Omar U., *Daños y perjuicios derivados del divorcio*, Bs. As., Astrea, 1977; Mosset Iturraspe, Jorge, *Los daños emergentes del divorcio*, LL, 1983-C-348; Belluscio, Augusto C., *Derecho de familia*, Bs. As., Depalma, 1974, t. III, p. 580 y ss., n° 886 a 890; Mazzinghi, Jorge A., *Derecho de familia*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1971-1972, t. II, p. 26 y ss., n° 159; 3ª ed., Ábaco, 1995-1997, t. III, p. 364, § 597 y ss.; Méndez Costa, María J., *Separación personal, divorcio y responsabilidad civil*, en "Derecho de daños. Homenaje al doctor Mosset Iturraspe", Bs. As., La Rocca, 1989, cap. XXVIII; Lagomarsino, Carlos A. R. - Uriarte, Jorge A., *Separación personal y divorcio*, Bs. As., Universidad, 1991, p. 466 y ss., n° 269; Manchini, Héctor L., *Resarcimiento de los daños y perjuicios a causa del divorcio*, JA, 1986-I-727; Makianich de Basset, Lidia N., *Otra acertada acogida del derecho a reparación de los daños ocasionados por el cónyuge culpable del divorcio*, ED, 115-844, y *Familia y responsabilidad civil*, ED, 139-845; Bustamante Alsina, Jorge H., *Divorcio y responsabilidad civil*, LL, 1988-D-376; Levy, Lea - Wagmaister, Adriana - Iñigo de Quidiello, Delia, *La situación de divorcio como generadora de responsabilidad civil entre cónyuges*, LL, 1990-C-900; Uriarte, Jorge A., *Reparación del daño moral derivado de los hechos constitutivos del divorcio*, JA, 1988-III-376; Molina Quiroga, Eduardo, *Reparación de los daños y perjuicios derivados del divorcio*, LL, 1995-B-334; etcétera.

² Conf. Barbero, *Daños y perjuicios derivados del divorcio*, p. 235, § 185.

puede atenderlos personalmente por razones de trabajo; gastos que provocó la exclusión del hogar conyugal del que, luego, fue juzgado como que no dio causa al divorcio, tales, por ejemplo, alquiler de otra vivienda, mudanzas, etcétera. También se han incluido entre estos daños, los perjuicios que provoca la disolución de la sociedad conyugal, cuando el cónyuge inocente, precisado a liquidar la comunidad, divide bienes de capital que, quizá, conllevan a impedirle proseguir con una actitud comercial o industrial productiva, como en el supuesto de liquidación de un fondo de comercio³.

Así planteado el problema, se debate si, en nuestro derecho positivo, se admite el resarcimiento de los mentados daños y perjuicios derivados del divorcio. Quienes lo han negado⁴, amén de partir de la premisa de que ninguna norma legal expresa preveía (en la ley 2393), ni prevé la indemnización en este supuesto, juzgan que una acción de tal tipo hiere la sensibilidad y, sobre todo, otorga reparación patrimonial por el incumplimiento de deberes extrapatrimoniales, como son la fidelidad, la asistencia, la cohabitación, etcétera.

En cambio, la doctrina mayoritaria, con distintos argumentos, ha considerado que los daños y perjuicios son, en este caso, reparables. Se parte del principio general en materia de responsabilidad civil, contenido en el art. 1109 del Cód. Civil, y una vez aceptado que toda causal de divorcio involucra un hecho ilícito civil, se hace aplicación de las disposiciones de los arts. 1068, 1077, 1078 y concs. del mismo Código. Se afirma que todas las causales de divorcio revisten el carácter de hechos ilícitos en tanto importan violación de deberes emergentes del matrimonio y dan lugar a la sanción civil del divorcio. Y aunque esos deberes no sean, en sentido técnico, obligaciones de contenido patrimonial, su violación *ocasiona un daño* por lo que el perjuicio indemnizable está representado por la *apreciación patrimonial del daño*, aunque el contenido del deber fuese, en su origen, extrapatrimonial. Esto es así del mismo modo que, no siendo obligación –en sentido estricto– el *deber* de respetar la vida ajena, ello no obsta a que si se la lesiona o se la quita, surja la *obligación* de reparar el daño causado⁵.

Además se señala que, en relación a nuestro derecho positivo, el art. 225 del Cód. Civil (al igual que, antes, los arts. 91 y 109, ley 2393) prevé una situación similar, que permitiría, aquí, una eventual aplicación analógica. Esta norma, al establecer que en caso de nulidad de matrimonio el cónyuge de mala fe debe indemnizar al de buena fe por los daños y perjuicios que sufrió, contemplaría una situación similar a la que aquí se trata.

³ Belluscio, Augusto C., *Daños y perjuicios derivados del divorcio y de la anulación del matrimonio*, en Belluscio, Augusto C. - Zannoni, Eduardo A. - Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Responsabilidad civil en el derecho de familia", Bs. As., Hammurabi, 1983, p. 30 y ss., § 10; Mosset Iturraspe, *Los daños emergentes del divorcio*, LL, 1983-C-353, n° VII, quien además recuerda que en las Primeras Jornadas Australes de Derecho se consideró que la indemnización del lucro cesante no comprende la reparación de perjuicios estimados sobre la base de los ingresos o la fortuna del cónyuge culpable, de los que habría continuado participando también el cónyuge inocente en el futuro si la unión matrimonial se hubiere mantenido.

⁴ Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Familia*, 5ª ed., Bs. As., Perrot, 1973, t. I, n° 548 ter; 9ª ed., 1993, t. I, n° 604; Llambías, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Bs. As., Perrot, 1976, t. I, n° 21 y ss.; Vidal Taquini, Carlos H., *Matrimonio civil. Ley 23.515*, Bs. As., Astrea, 1991; 2ª ed., 2000, p. 495 y siguientes.

⁵ Barbero, *Daños y perjuicios derivados del divorcio*, p. 219, § 176.

2. Hechos imputables al cónyuge que dio causa al divorcio

Creemos que es conveniente comenzar por considerar los hechos que determinaron la separación personal o el divorcio vincular. En los últimos años se advierte una tendencia doctrinal a restringir los casos en que procede la invocación de tales hechos como fuente de daños. Decimos, obviamente, *restringir*, no *negar*⁶, aunque también se han sumado voces contrarias a la posición tradicional⁷.

La jurisprudencia, mientras tanto, ha sido algo vacilante. Los precedentes computables en favor de la reparación arrancan con un fallo de la Cámara Primera Civil y Comercial de La Plata, Sala 2ª, del año 1983, que juzgó indemnizable el daño moral producido por el adulterio de la esposa, seguido muy poco después por la Sala 3ª del mismo tribunal⁸, pero contradicho en 1986 por otro precedente de la Sala 2ª de la Cámara Segunda⁹. En la Capital Federal existieron fallos contradictorios: admitieron la indemnización precedentes de las Salas C, E y F¹⁰ y desestimaron la reparabilidad al menos dos sentencias de la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil¹¹.

La contradicción quedó resuelta en un fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que, por mayoría, ha resuelto que es reparable el daño moral que es consecuencia de los hechos que dieron causa al divorcio¹². Obviamente la

⁶ Ver, en especial, Cifuentes, Santos, *El divorcio y la responsabilidad por daño moral*, LL, 1990-B-805; Mazzinghi, *Derecho de familia*, 3ª ed., t. III, p. 375, § 602. Ver, asimismo, las interesantes reflexiones de Szylowicki, Susana - Oppenheim, Ricardo, *El riesgo de generalizar la aplicación de indemnizaciones dinerarias en caso de ruptura de esponsales y divorcio*, JA, 1993-I-760; Di Lella, Pedro, *Derecho de daños vs. derecho de familia*, LL, 1992-D-862, y Lombardi, César - Salvatore Reviriego, Gustavo J., *La responsabilidad civil en la separación personal y en el divorcio*, DJ, 1989-2-657.

⁷ En este sentido, y con diferentes argumentos: Díaz de Guijarro, Enrique, *Improcedencia del resarcimiento del daño moral en el juicio de divorcio y su admisibilidad en la nulidad de matrimonio*, JA, 1983-III-625; Borda, Guillermo A., *Reflexiones sobre la indemnización de los daños y perjuicios en la separación y en el divorcio*, ED, 147-813; Mizrahi, Mauricio L., *Improcedencia de la indemnización por daños en los divorcios decretados por causales subjetivas*, JA, 1991-IV-680.

⁸ C1ªCivCom La Plata, Sala II, 7/4/83, JA, 1983-III-623, comentario de Díaz de Guijarro, *Improcedencia del resarcimiento del daño moral en el juicio de divorcio y su admisibilidad en la nulidad de matrimonio*, y LL, 1983-C-348, comentario de Mosset Iturraspe, *Los daños emergentes del divorcio*, y de Barbero, Omar U., *La primera sentencia argentina que condena a reparar el daño moral derivado de un divorcio*, ED, 107-925. C1ªCivCom La Plata, Sala III, 14/7/83, JA, 1984-II-368.

⁹ C2ªCivCom La Plata, Sala II, 8/8/86, LL, 1986-E-589.

¹⁰ CNCiv, Sala C, 17/5/88 (con disidencia del doctor Cifuentes), JA, 1988-III-376 y LL, 1988-D-376, con comentario de Bustamante Alsina, *Divorcio y responsabilidad civil*; íd., Sala F, 21/5/93, JA, 1994-I-321, con nota de Álvarez, Osvaldo O., *Divorcio y daño moral*; íd., íd., 22/11/90, LL, 1991-A-275 y ED, 142-141, con nota de Bidart Campos, Germán J., *Indemnización por daño moral en caso de adulterio*; íd., Sala E, 30/10/92, JA, 1993-II-327, con nota de Mizrahi, Mauricio L., *Un nuevo pronunciamiento acerca de los daños y perjuicios derivados del divorcio*.

¹¹ CNCiv, Sala B, 29/4/88, JA, 1988-IV-244; íd., íd., 13/6/90, JA, 1990-IV-398 y ED, 139-269, con nota de Uriarte, Jorge A., *Rechazo de la indemnización del daño moral por adulterio de uno de los cónyuges*.

¹² CNCiv, en pleno, 20/9/94, LL, 1994-E-538, ED, 160-162, y JA, 1994-IV-576, con nota de Rivera, Julio C., *Daño moral derivado de los hechos que causaron el divorcio. ¿Permite el plenario las indemnizaciones de equidad?* Lo comenta Mazzinghi, Jorge A., *El fallo plenario sobre el daño moral en el divorcio*, ED, 162-959. Una reseña de jurisprudencia anterior al fallo plenario puede consultarse en Medina, Graciela, *Daños y perjuicios derivados del divorcio. Evolución jurisprudencial. En espera de un plenario*, JA, 1994-IV-837.

doctrina legal se expresa con generalidad y apriorismo, lo que en cada caso singular que se plantee exigirá el análisis del juez quien, a lo sumo, no podría desestimar la procedencia formal del reclamo resarcitorio aunque después lo rechace en lo sustancial por considerar no configurados los daños.

Pero a la vista de esa doctrina, es prudente realizar un análisis algo detenido acerca de los casos en que los hechos que determinaron el divorcio –o la separación personal– pueden ser considerados como causa de daño resarcible. Puede afirmarse, también apriorísticamente, que tales hechos serán fuente de resarcimiento en la medida en que hayan constituido lesión o menoscabo de derechos personalísimos.

Lo que quizá no se ha advertido suficientemente es que la reparación, en ese caso, se desenvuelve en un ámbito autónomo al que determina su eventual invocación como causa de separación personal o de divorcio vincular. Cuán graves han de ser las afrentas a la integridad personal o al honor y dignidad del ofendido, en qué medida han de trascender el reducto de la intimidad de los esposos para proyectarse al escándalo más o menos público que daña la propia imagen y la consideración de uno de ellos ante los demás, son cuestiones de hecho, insusceptibles de una categorización apriorística.

Además, no debe pasarse por alto que las conductas que se juzgan en la generalidad de los casos como “causa” de la separación personal o del divorcio, suelen ser “efectos” de desencuentros afectivos, de la quiebra del proyecto común, de la pérdida del respeto recíproco, muchas veces al conjuro de reacciones que ambos cónyuges retroalimentan. La experiencia lo confirma: la insuperable dificultad que sobrellevan muchos matrimonios para admitir –no sin dolor, por cierto– que su convivencia se ha vuelto insoportable, los lleva a transferirse, recíprocamente, las culpas del fracaso. El proceso contencioso basado en las causales del art. 202 es el escenario montado para representar la escena del fracaso, el tinglado del martirio y la desventura que cada cual, claro está... atribuye al otro.

La imposibilidad de tramitar un proceso de divorcio decoroso –llamamos así al que ambos cónyuges llegan a través de indispensables acuerdos (que los comprenda a ellos y a los hijos), soportando el menor nivel de ansiedad y transferencias de “culpas”– se sitúa en el terreno de una dialéctica muchas veces hasta perversa, que afecta a ambos. No es difícil desentrañar, en muchos casos, que la carga de imputaciones que contienen una demanda y una reconvencción muestran elocuentemente una suerte de comunicación patológica de interlocutores que sienten íntimamente la necesidad compulsiva de mantener y profundizar un intercambio de características hasta psicopáticas entre ambos: dos seres que se requieren el uno al otro para castigarse sin misericordia, y seguir haciéndolo al infinito sin darse tregua, dando testimonio de cuánto “se necesitan” el uno al otro, y recíprocamente, para tratar de eludir la angustia que inicialmente provoca a cada cual admitir la responsabilidad que le cabe en el propio fracaso. Para ellos no hay olvido ni futuro, hay sólo un pasado, cargado de rencores, odios y recriminaciones, que fatalmente recrean juntos.

Por eso, adherimos a la idea de Cifuentes cuando agudamente advierte que el solo desamor (intencionado o inculpable) puede ser causa de injurias y de divorcio, y que la ruptura de esos vínculos espirituales tan especiales y delicados que en el matrimonio condicionan la plena realización de los esposos –la necesidad de compartir, de tolerar y comprender, de concretar proyectos y sostenerse el uno al otro– puede

ser causa de la ruptura de la unión, del enojo y de la culpa, la contrapartida de la inocencia declarada en un fallo judicial; pero no necesariamente, fuente de un resarcimiento autónomo derivado de la aplicación de los principios de la responsabilidad extracontractual.

Esto que decimos no excluye, claro está, y como se señaló antes, que quepa, en el análisis de los casos particulares, discernir acerca de la reparabilidad de verdaderos *daños*, incluso aquellos patrimoniales (aunque sean causados indirectamente), que se hayan infligido por uno de los cónyuges al otro. Obvio es que aludimos a daños en la comprensión del art. 1068 y concs. del Cód. Civil, en que el damnificado invoca primordialmente su calidad de persona, aunque la calidad de cónyuge puede calificar puntualmente, y hasta agravar (pero también, paradójicamente, atenuar, desde la perspectiva de la responsabilidad extracontractual) la entidad de la lesión o el agravio. Aun así, la reparabilidad se sitúa con independencia de las pretensiones que naturalmente fundan la separación personal o el divorcio vincular. Aunque parece poco probable que, ante semejantes ataques, el cónyuge damnificado se limitara a formular un reclamo indemnizatorio sin separarse, por lo menos de hecho –no conocemos un solo caso, a decir verdad–, lo coherente es distinguir adecuadamente el sustrato ontológico del derecho al resarcimiento. Éste no deviene del divorcio, o porque el hecho dañoso sea causa de divorcio. La causa del divorcio, como tal, no tiene por qué constituir causa de un resarcimiento de orden económico.

Por eso, en diversas legislaciones que admiten expresamente la indemnización de los daños causados por el divorcio, se alude a los hechos que han causado un grave ataque a los intereses personales del cónyuge inocente (v.gr., art. 151, Cód. Civil suizo), o que comprometen gravemente su legítimo interés personal (art. 351, Cód. Civil peruano de 1984), o que le han infligido una grave ofensa (art. 1453, Cód. Civil griego), etcétera.

3. El divorcio en sí mismo como causa de un resarcimiento patrimonial

Dejamos de lado, entonces, los hechos que constituyen la causa del divorcio (o de la separación personal), cuya reparabilidad debe ser atendida según las circunstancias de cada caso particular y nos centramos ahora en el divorcio como tal. Preguntamos, por eso, si la situación que genera el divorcio –aun para el cónyuge que, por hipótesis, no dio “causa” a él– es, en sí misma, dañosa. Sólo así podría eventualmente discutirse acerca de su resarcimiento.

Hemos de centrar el planteo fundamentalmente desde la perspectiva del daño moral y no del puro daño patrimonial. Destacamos esto porque el divorcio puede producir, en algún caso, un daño patrimonial cierto, como lo es la necesidad de liquidar anticipadamente la sociedad conyugal en razón de la disolución de la comunidad que es efecto propio de la sentencia de separación personal o divorcio vincular (conf. art. 1306, Cód. Civil).

Tal daño se ha planteado, en general, cuando existe una unidad económica, un establecimiento o un fondo de comercio, que se encuentra en la masa de administración del cónyuge inocente que lo explotaba y que deberá venderse (ante la imposibilidad de serle adjudicado en especie en la liquidación), privando a ese cónyuge,

como inevitable consecuencia, de una explotación que le era económicamente rentable. De ello nos ocupamos en el punto 4.

Dejamos de lado estas hipótesis especiales, cuya singularidad merece un análisis distinto al que informa el debate central. Tal debate se libra, incluso con componentes ideológicos, en tanto se pretende atribuir al divorcio una entidad dañosa por sí misma que afecta al cónyuge inocente. Esta entidad dañosa repercutiría en la esfera de los sentimientos, es decir, del daño extrapatrimonial o moral, que derivaría del menoscabo que, en lo individual, pero sobre todo socialmente, sufriría el cónyuge en razón del divorcio.

Se ha señalado, en este orden de ideas, que el daño moral resultante del divorcio puede configurarse por la soledad a que se vea constreñido el cónyuge inocente, particularmente cuando se ha alcanzado cierta edad y el matrimonio ha durado un tiempo considerable, por el demérito que pueda ocasionarle en la vida de relación la circunstancia de hallarse solo, por la eventual desconsideración que en algún medio social pueda aún existir hacia el divorciado, por ausencia de apoyo espiritual en la dirección del hogar y de los hijos, etcétera¹³.

Creemos que en este tema se han mezclado valoraciones que han confundido el planteo y han impedido una focalización correcta de su contorno, es decir, de sus límites. Que la separación (aun de hecho, si lo es sin voluntad de unirse) y el divorcio constituyan situaciones dolorosas, fuentes de ansiedad y de angustia, y hasta de depresión, es lo normal. No admitir el impacto que genera el cambio gestado quizá mucho antes de la formalidad de los papeles con la que culmina una etapa de doloroso tránsito, iniciada en el pasado (seguramente bastante antes de la ruptura efectiva de la convivencia), sería propio de una actitud que rehúye la realidad.

Sin embargo, nos interrogamos acerca de la supuesta legitimación activa para invocar la separación o el divorcio como hecho dañoso. Cualquiera de los autores que hemos sostenido, y los que todavía hoy sostienen la tesis amplia, no dudan en afirmar que solamente el cónyuge –o ex cónyuge– que no dio “causa” al divorcio, o sea el inocente, es quien goza de tal legitimación (porque si ambos son declarados “culpables”, ninguno podría reclamar del otro; estaría pretendiendo obtener un resarcimiento de perjuicios derivados de una situación a la que coadyuvó con su propia conducta culpable, contrariando así el principio liminar del art. 1111, Cód. Civil).

Pues bien, si el divorcio o la separación personal se decretan por causa exclusiva de uno de los cónyuges, es porque el que denominamos “inocente” (y después supuestamente legitimado para reclamar los daños), demandó o reconvino pidiendo ese divorcio o esa separación. Si por hipótesis no lo hubiese hecho, la demanda del otro (a quien suponemos el único “culpable”) habría sido lisa y llanamente rechazada, es decir, no habría divorcio. Esto significa que, cuando aludimos a la reparación del daño moral que produce el divorcio en sí mismo, nos referimos implícita o explícitamente al resarcimiento pretendido por quien demandó o reconvino pidiendo y finalmente obteniendo, en virtud de esa demanda o reconvención, el divorcio.

Desde una perspectiva puramente jurídica, y por lo tanto formal, podría entonces responderse, aunque por un momento aceptáramos que el divorcio constituye para el cónyuge inocente una situación dañosa, que a esa situación ha llegado en

¹³ Belluscio, *Derecho de familia*, t. III, p. 587, n° 890.

razón de su propia demanda de divorcio. Y si el inocente demandó el divorcio debe suponerse que lo hizo porque no estaba dispuesto a continuar tolerando o soportando la conducta del otro, sus agravios, sus ofensas, su conducta traducida en hechos tipificados por la ley como causa de divorcio.

Puestas así las cosas, forzoso es admitir que cualquier evaluación nos conduce a concluir que al cónyuge inocente de nuestro caso, más daño causaba, seguramente, la situación de convivencia matrimonial que la que pueda sufrir por la situación de divorcio. Es claro que no utilizamos la palabra daño en sentido técnico jurídico, sino en el más vasto y vulgar de hecho o de acontecimiento que provoca dolor o sufrimiento. Pero parece que como el derecho no debe estar alejado del sentido común, de la naturaleza de las cosas, es razonable partir de la premisa de que nadie demanda el divorcio de la persona que ama.

Aunque se contestara que puede suponerse en algún caso la promoción de una demanda de divorcio por parte de quien, a pesar de la conducta agravante o desamorada de su esposo o esposa, continúa amándolo (aunque entraríamos en el terreno de evidentes desajustes de orden afectivo), lo cierto es que ese sentimiento no es óbice para impedirle continuar unido a quien por hipótesis, ama. En cualquier caso, entonces, el divorcio es, para el cónyuge inocente, una situación menos gravosa, aunque pueda no ser menos dolorosa (pero tampoco lo es más), que la convivencia matrimonial.

Éste es el punto que distancia nuestro tema del derecho de daños y que impide asimilarlo a un supuesto más, de modo indiscriminado, del elenco de situaciones generadoras de daño moral resarcible. Porque, bien visto, considerar que el divorcio constituye por sí mismo fuente de daños morales que son susceptibles de resarcimiento pecuniario, pasa por alto no sólo ya la naturaleza especialísima de las relaciones familiares en general, y de las matrimoniales en particular, sino primordialmente una circunstancia relevante y computable que la mayor parte de la doctrina de hoy tiende a valorar. El divorcio no es fuente de daños; es una alternativa, a veces la única posible, ante el fracaso de la convivencia matrimonial.

El divorcio, en suma, se impone por la fuerza de los hechos (algo así como por imperio del *res ipsa loquitur*) a causa de una situación de conflicto o de fracaso de la unión matrimonial. Es más un remedio –aun en estos casos– aunque sea doloroso, que una situación dañosa. Porque el daño moral, si de tal se trata, se provocó antes, con las conductas que se imputan al “culpable”, y que, probadas, el juez valora y juzga (por mucho que la valoración se haga relativamente en un recorte artificioso de la realidad existencial total que han vivido y viven los cónyuges) como “causa” del divorcio. Pero, de un modo u otro, la pretensión del que finalmente es considerado inocente presupone necesariamente la convicción de que es menos dañoso separarse o divorciarse que continuar una convivencia tormentosa o moralmente insostenible.

Es por eso que llegamos a la conclusión de que, en punto al daño moral, parece imposible separar o escindir el divorcio en sí de las causas que lo provocaron. Y que si de resarcir se trata, el juez deberá valorar si, además de las causas que condujeron a imputar a uno de los cónyuges, exclusivamente, la “culpa” de ese divorcio, existen daños resarcibles autónomamente, es decir, menoscabo de intereses jurídicos que son indemnizables aun cuando, por hipótesis, no se hubiera demandado, y

obtenido, el divorcio. No se olvide que en los casos de divorcio “culpable” el orden jurídico prevé ya sanciones, fundamentalmente en el ámbito asistencial, a través de la prestación cuyas pautas enumera el art. 207 del Cód. Civil. Como lo hemos sostenido, tal prestación es de carácter alimentario en cuanto a su naturaleza, aun cuando en la determinación de su cuantía y extensión pueda existir, también, un fundamento indemnizatorio.

No parece que más allá de estos límites deba abrazarse una cruzada resarcitoria que, la experiencia lo está demostrando, sirve más a la justificación de vindictas –prolongación del divorcio mismo con propósitos de lucro– en un contexto de litigiosidad que, por otra parte, ha hecho crisis en el derecho de familia moderno. La relatividad de las ideas de culpa y de inocencia en la frustración del proyecto matrimonial y las vías de acceso no litigiosas al divorcio por las que opta la mayor parte de los justiciables, son elocuentes.

4. Daños y perjuicios derivados de la liquidación de un establecimiento ganancial productor de ganancias o rentas

Señalábamos antes que entre los perjuicios indemnizables en razón del divorcio en sí, la doctrina se ha planteado el resarcimiento en razón de la disolución anticipada de la sociedad conyugal.

Precisamente en este punto la doctrina considera que esa liquidación anticipada puede afectar a un establecimiento ganancial –v.gr., una explotación agropecuaria que constituye una unidad económica, un fondo de comercio, etc.–, que era productor de utilidades o rentas y que, debiendo ser vendido o por lo menos dividido (si es económica y jurídicamente posible), conlleva el consiguiente perjuicio al cónyuge inocente que lo administraba, o en cuya masa de administración se encontraba. Frente a esta eventualidad recordábamos la posición doctrinal que considera que el cónyuge inocente podría oponerse a la liquidación acudiendo a las normas que, sobre la indivisión forzosa temporal, prevé el art. 51 y ss. de la ley 14.394. Su viabilidad, sin embargo, no constituiría una pretensión de índole resarcitoria, pues de prosperar implicaría precisamente evitar el daño que supone la liquidación del establecimiento o la privación, al menos, de la mitad de su capital.

Diversas legislaciones contemplan situaciones como éstas, juntamente con las que provoca a la mujer que queda a cargo de la guarda o tenencia de los hijos el tener, eventualmente, que dejar el inmueble que constituyó la vivienda familiar. Este último aspecto está resuelto, en nuestro derecho, a través de la norma del art. 1277 del Cód. Civil (ley 17.711).

Se ha propuesto que, en caso de divorcio, “si entre los bienes comunes hubiese alguno que permitiera al marido el ejercicio de su profesión –tales como una industria, comercio o explotación agrícola– se aconseja que sean dejados en su poder, pero por cuenta de la comunidad familiar y con la obligación de rendir cuentas y de asegurar con ese patrimonio la asistencia de los hijos y de la madre”¹⁴.

¹⁴ Chaine, *Le maintien de l'unité du patrimoine familial après la dissolution du mariage*, citado por Vaz Ferreira, Eduardo, *Tratado de la sociedad conyugal*, 3ª ed., Bs. As., Astrea, 1979, t. II, p. 152, n° 297.

Sin embargo, si el establecimiento debiera liquidarse forzosamente, entendemos que el daño que se irroga al cónyuge inocente que lo administraba no es un *daño futuro*, sino un *daño actual* y por ende no cabría una indemnización dineraria en forma de renta. Cuando se establece esta última modalidad de resarcimiento se atiende a los daños que, con carácter permanente o continuado, experimenta el damnificado en el tiempo. En cambio, la liquidación anticipada de un establecimiento provoca un daño patrimonial cierto que es actual: la imposibilidad de continuar una explotación económicamente rentable.

Se podría decir que el daño futuro está representado por las rentas o utilidades que, a consecuencia de la liquidación del establecimiento, se dejarán de percibir. Pero no se advierte que cuando el establecimiento se vende, su precio comprenderá, además del activo fijo, mercaderías, existencias, etc., *la clientela y el valor llave* que constituyen valores económicos representativos de la aptitud del establecimiento para obtener beneficios económicos, esto es, utilidades¹⁵. La parte del precio por clientela –*achalandage*, como la llaman los franceses– cubre precisamente la posibilidad o esperanza de obtener clientes, y el valor llave incluye la llamada superutilidad o esperanza de lucros futuros¹⁶.

Ello así, si se parte de la hipótesis de la liquidación del establecimiento mediante su venta, debe entenderse que en principio su precio incluye esos elementos inmateriales de aquél. Por eso nos parece que el resarcimiento debido al cónyuge inocente debe tener por objeto mantener como categoría jurídica su derecho exclusivo a la parte del valor del establecimiento que comprende el valor llave y la clientela que, si bien por principio son gananciales, pueden ser embargados a favor del inocente para no perjudicarlo por la venta forzosa que ha debido realizar. Creemos que, en estos términos, se obtendría una indemnización del daño patrimonial cierto que provoca la liquidación anticipada del establecimiento.

© Editorial Astrea, 2002. Todos los derechos reservados.

¹⁵ Conf. Zunino, Jorge O., *Fondo de comercio. Régimen legal de su transferencia*, 2ª ed., Bs. As., Astrea, 2000, p. 208, § 114.

¹⁶ Conf. CNCiv, Sala D, 13/5/58, LL, 92-577; CNCom, Sala C, 23/11/61, ED, 3-12; CCivCom La Plata, Sala I, 10/2/53, LL, 70-489.