En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los 22 días del mes de octubre del año dos mil ocho, reunida en Acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de la Dra. Silvia N. Alonso de Ariet y asistencia del señor Juez de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"B. C., H. V. c/ VARGAS, Susana Mabel s/ DIVORCIO VINCULAR", expte. nro. 16.952/08,** venidos del Juzgado de Familia nro. 1 (expte. nro. 92/07), y atento el resultado del sorteo establecido en el art. 268 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 101), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Silvia N. Alonso de Ariet, Dr. Fernando Nahuelanca y Dr. Julio Antonio Alexandre.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 73/75vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. Silvia N. Alonso de Ariet dijo:

1. El fallo apelado y los agravios.

La sentencia de primera instancia –fs. 73/75- rechazó la demanda de divorcio vincular promovida por el Sr. H. B. C. por la causal objetiva; hizo lugar a la reconvención interpuesta por la Sra. S. M. V. y decretó el divorcio vincular de los cónyuges por exclusiva culpa del Sr. B. C., por la causal de adulterio (art. 214 inc. 1° y 202 inc. 1° del Código Civil). También declaró disuelta la sociedad conyugal al día 7 de mayo de 2007, impuso las costas al demandado vencido y reguló los honorarios

profesionales.

El Sr. B. C. –actor- interpuso recurso de apelación a fs. 84; el mismo fue concedido a fs. 85 y fundado a fs. 95/97. Sostuvo que se acreditó que, mientras duro el matrimonio, la relación fue muy tormentosa, que los testigos dieron cuenta del trato ultrajante que la Sra. V. le profería y que la interrupción de la convivencia data del año 2001 ó 2002. Agregó que "en este caso lo que primero aconteció no fue el adulterio sino las injurias graves que hicieron moralmente imposible la vida en común y posteriormente la interrupción de hecho de la convivencia. En estos casos cobra vida el principio que dice: primero en el tiempo primero en el derecho" (sic).

Se agravió, también, porque la jueza precisó como fecha de interrupción de la convivencia el año 2006. Sostuvo que tal extremo surge de la exposición policial efectuada en la Seccional Cuarta "cuando en la audiencia de vista de causa se decretó la caducidad de dicha prueba" (sic).

Citó doctrina relativa a las imputaciones injuriosas efectuadas en el juicio de divorcio, realizó una serie de consideraciones sobre las dificultades probatorias de la conducta de las mujeres y concluyó sosteniendo que por ese motivo sólo invocó la causal objetiva al promover el divorcio vincular aunque, en el transcurso de la litis, se probaron las injurias.

A renglón seguido pidió se revoque la sentencia y se decrete el divorcio vincular por culpa exclusiva de la Sra. V. Invocó, por último, la posibilidad de la concurrencia de culpas.

2. Tratamiento de los agravios.

Los agravios son improcedentes porque su contenido encuentra exclusivo sustento en los dichos del recurrente que, incluso, han ido mutando en el transcurso del proceso.

Repárese que, el Sr. B. promovió demanda por divorcio vincular invocando la causal objetiva; sin embargo en el relato de los hechos utilizó expresiones contradictorias, ya que por un lado sostuvo que la separación de hecho de ambos se produjo hace muchos años y por otro que en junio de 2006, de común acuerdo con su esposa constituyó otro domicilio.

Al contestar la reconvención, previo efectuar las negaciones de ley, sostuvo que las partes dejaron de tener trato de esposos varios años antes de que dejaran de convivir en el mismo inmueble; agregando que "ambos tenían vidas privadas separadas y la Sra. V. tuvo una relación sentimental con otro hombre que luego por motivos que esa parte ignora, dicha relación no se prolongó en el tiempo". A renglón seguido justificó la existencia de dicha relación porque "el matrimonio que había conformado con el Sr. B. había llegado a su fin (sic). Hizo referencia a constantes agresiones y finalizó señalando que "la que incurrió en injurias e infidelidades fue la Sra. V.".

Huelga destacar que, en ningún tramo del relato, reconoció haber mantenido alguna relación con otra persona. No obstante ello, en la etapa de prueba, se acreditó que el día 8 de agosto de 2003 nació L. M. B., hijo del demandado y una mujer que no es su esposa.

En este contexto adquiere relevancia la determinación de la fecha de interrupción de la convivencia. En efecto, sostiene en esta instancia el

actor que la tal hecho acaeció en el año 2001 ó 2002; sin embargo al promover la demanda acompañó una exposición efectuada el día 5 de junio de 2006, ante la Comisaría Cuarta de esta ciudad en la que sostuvo: "que por desavenencias conyugales que datan de largo tiempo y en común acuerdo con su esposa en el día de la fecha ha tomado la decisión de retirarse de su hogar" –fojas 4-. Es decir, conforme resulta de sus propios actos jurídicamente relevantes la separación se produjo en un momento distinto al que se pretende ahora como momento de cese de la convivencia.

Corresponde agregar, además, que la abdicación recíproca del proyecto de vida común por interrupción de la convivencia sin voluntad de unirse, no obstante vivir en el mismo hogar, no fue acreditada. De modo tal que ni siquiera corresponde adentrarse en el tratamiento del supuesto que tangencialmente intenta el actor introducir en el debate: alcance del deber de fidelidad después de la separación de hecho. Esta circunstancia, hubiera obligado a una especial valoración de la conducta de los cónyuges con posterioridad a la separación de hecho en función de la entidad jurídica que tiene la convivencia de los esposos; pero, reitero, no es una cuestión inherente a la causa. Más aun, la interrupción de la convivencia en junio de 2006 es un hecho no controvertido en este proceso, puesto que dicho momento es señalado por ambos esposos como el de cese de la convivencia.

En este contexto fáctico, el nacimiento de un hijo del actor con otra mujer probado en el transcurso de la litis –fs. 64-, tiene especial trascendencia para el juzgamiento de las cuestiones introducidas debidamente al proceso. En tal orden de

ideas, señalo que el actor frente a la reconvención de la demandada se limitó a contestar el traslado. La posibilidad de reconvenir al reconviniente se justifica en caso como el que nos ocupa cuando uno de los cónyuges ha optado por la vía objetiva y es reconvenido por la vía subjetiva. Es lógico que alegada su culpabilidad, el divorcio se transforme en contradictorio y por tal razón se autorice al reconvenido a reconvenir ("reconventio reconventionis").

Retomando el análisis de la causal subjetiva alegada por la demandada, no puede perderse de vista que la partida de nacimiento a la que he hecho referencia tiene entidad para acreditar el adulterio del esposo, sistemáticamente negado. Huelga recordar que éste queda configurado por la relación sexual mantenida por uno de los cónyuges con un tercero de sexo diverso al ofensor (cf. Méndez Costa, María Josefa - D´Antonio, Daniel Hugo, "Derecho de Familia", T.II, ed. Rubinzal-Culzoni Editores, Bs. As. 2001, p. 436). Es la más grave violación al deber de fidelidad que de conformidad con las previsiones del artículo 198 del Código Civil se deben los cónyuges y, justamente, la gravedad que importa esta causal ha llevado a admitirlo cuando exista prueba inequívoca (cf. Borda, Guillermo "Derecho de Familia", T. I, p. 361).

Por supuesto en autos esa prueba concurre. La partida de nacimiento del niño L.M. inscripto por el actor como hijo suyo, constituye prueba inequívoca del adulterio en el que ha incurrido.

La acreditación de la causal invocada por la demandada y la resolución del divorcio por culpa del esposo deben ser, por lo tanto, confirmadas.

Señalo, además, que los restantes argumentos dados por la jueza de grado han quedado sin crítica concreta y razonada.

Los restantes argumentos de la parte apelante, son confusos y contradictorios, amén de no ser derivación razonada de los hechos probados de la causa.

Por todo lo expuesto, corresponde rechazar los agravios y confirmar la sentencia de primera instancia y así lo propongo.

3. Costas y honorarios.

Las costas de esta instancia se imponen en el orden causado atento a la falta de controversia (arg. art. 68 del C.P.C.C.Ch.). Los honorarios se fijan de conformidad con las pautas generales establecidas en el artículo 6 de la ley de aranceles (decreto ley 2200 modificado por ley 4335) y en un todo de acuerdo con la escala arancelaria prevista en el artículo 14 del mismo ordenamiento.

A la segunda cuestión la Dra. Silvia N. Alonso de Ariet dijo:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la actora y, en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 73/75vta.

2) Las costas de esta instancia se imponen en el orden causado atento a la falta de controversia. Los honorarios por la actuación ante esta Alzada a favor de la Dra. M. A. K. se fijan en la suma de pesos ochocientos veinticinco ($825).

A la primera y segunda cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

La sentencia se dicta a fs. 73/75vta., con los siguientes términos resolutivos: punto 1)

Rechaza la demanda en los términos planteados, conforme al considerando respectivo. Punto 2: Hace lugar a la reconvención y declara el divorcio vincular de los cónyuges H. V. B. C. y S. M. V., por culpa exclusiva del actor y por la causal de adulterio (arts. 214 inc.1° en función del art. 202 inc.1° del Código Civil. Punto 3) Declara disuelta la sociedad conyugal al día 7 de mayo de 2007, fecha de notificación de la demanda (art. 1306 C.C.). Punto 4) Impone las costas al actor vencido y regula honorarios de los profesionales intervinientes.

Apela la parte actora a fs. 84 y a fs. 85 se concede el recurso libremente y con efecto suspensivo.

Los agravios de la parte apelante actora H. V. B. C. siguen a fs. 95/97vta. Comienza señalando la causal de divorcio invocada por su parte, en razón de haberse interrumpido la convivencia y encontrarse separados sin voluntad de unirse, la contestación de la demandada que reconviene y la propia negativa a la reconvención negando las injurias graves, el adulterio y contraponiendo que era la demandada la que agraviaba a su esposo. Expone a continuación los términos de la sentencia en cuanto señala que el adulterio por ser la causal más grave absorbe a las restantes –injurias graves y abandono voluntario y malicioso del hogar– y toda vez que en la oportunidad procesal correspondiente la actora no planteó la reconvención de la reconvención. Sostiene que queda acreditado con los testigos –A. A. D.; P. E. D.– quedaron demostradas las injurias graves de la Sra. V. a su esposo y por otra parte, que los mismos testigos son contestes en afirmar que la interrupción de la convivencia se produjo

aproximadamente en el año 2001 ó 2002 y que lo primero que sucedió fue la interrupción de la convivencia por las graves injurias que la Sra. V. le profería. Reitera que el primer hecho fue la cesación de la convivencia y afirma que es el que se convierte en la causal de la separación de hecho o causal de divorcio y que hace moralmente imposible la vida en común. Se agravia además en cuanto la sentencia recepta como fecha de interrupción de la convivencia el año 2006, en razón de la exposición policial, cuando en la audiencia de vista de causa se decretó la caducidad de tal prueba. Con el autor Zannoni comenta el caso del cónyuge que vierte acusaciones graves en juicio que luego no resultan probadas, con lo que incurre en injurias, entendiendo que comparativamente es lo ocurrido en juicio, que sin resolución es perjudicial para su parte frente a terceros, incluso los hijos, que eventualmente podrían conocer el juicio, que es más difícil al hombre acusar a su esposa por injurias, por las razones sociales que señala y que fueran las razones por las que sólo hizo alusión a la causal objetiva de separación de hecho de las partes, pero que en el proceso luego se acreditó que la separación se vinculó a las constantes humillaciones que vertía la Sra. V. hacia el Sr. B., de tal magnitud que no hubiera podido ningún hombre soportarlas. Explica respecto a la caracterización de determinadas conductas como injuriosas, podrían no llegar a serlo, dependiendo de las circunstancias. Solicita, en consecuencia, se revoque la sentencia y se declare el divorcio vincular por culpa exclusiva de la cónyuge y que si con cierta benevolencia se podría considerar que no queda precisa la fecha en que habría cesado la convivencia, se podría considerar la culpa

concurrente, que ésta es la solución de la jurisprudencia. Afirma que, asimismo, debe revocarse la imposición de las costas porque su parte debió recurrir a la jurisdicción a la que nunca se avino la demandada. Peticiona, en definitiva, conforme con las posturas sostenidas, que las costas se impongan por su orden en una y otra de las instancias.

Se corre traslado de la expresión de agravios a fs. 98 y a fs. 99 se llaman los autos para dictar sentencia.

El seguimiento de la exposición de agravios de la actora impone comparativamente a lo expuesto al interponer la demanda, advertir un reajuste terminológico. Ello así, cuando en el punto V. de fs. 95 manifiesta que su "...parte había manifestado que la conviencia se había interrumpido porque la que había incurrido en injurias graves que hacía moralmente imposible la vida en común, había sido la demandada".

No fue la precedente la trama litigiosa resultante de la acción, desde que los términos importan una conducta recíproca de controversia matrimonial, un reconocimiento de culpa recíprocas –al margen que la demandada la rechaza– al expresar que la "...separación de hecho entre ambas se produjo hace muchos años y se debió a desinteligencias que hicieron imposible la vida en común. Para no perjudicar el bienestar emocional de nuestros hijos, para evitar nuestras constantes peleas y discusiones en el mes de junio del año 2006 el suscripto constituye otro domicilio de común acuerdo con la demandada" (fs. 15).

No resulta admisible, en consecuencia, como punto de partida de los agravios que la trama litigiosa interpuesta por la actora contenga la

afirmación que la imposibilidad de la convivencia tuviera por causa la conducta unilateral de la demandada: "...nuestras constantes peleas y discusiones..." presiden la postura de la accionante.

No existe presupuesto litigioso pretendido -que solo fue por la causal objetiva del art. 214 inc.2 C.C.- e invocar en esta Alzada con las testimoniales de los dos testigos Díaz, una causal distinta –las injurias graves del art.202 inc.4° C.C.– ajenas a la trama litigiosa. No le cabe a la Alzada pronunciarse sobre cuestiones no propuestas en la primera instancia (art. 277 CPCCCh). En todo caso, la propia sentenciante rechaza a fs. 75 el planteo de la accionada por la causal de injurias graves. Es justa la negativa, toda vez que en la oportunidad correspondiente no planteó tal causal y la pretensión en los alegatos alteraba la trama litigiosa, los principios del debido proceso y el principio de defensa.

Cae, asimismo, dentro de la misma imposibilidad jurídica sostener que la interrupción de la convivencia se produjo en el año 2001 ó 2002, cuando expuso en la demanda que la misma se produjo en junio de 2006 (fs. 15, últ.párr.) y hasta acompañó una certificación policial de sus dichos de fecha 5/6/2006, que en dicha fecha se retiraba del hogar por desavenencias conyugales.

La lógica de la construcción defensista en esta Alzada que primero cesó la convivencia y que luego el actor B. "habría conformado nueva pareja" (fs. 96), no resiste la sana crítica, cuando la reconviniente, que acciona por la causal de adulterio, prueba el nacimiento en 8/8/2003 de L.M.B., de madre

distinta.

Tal antecedente, ocurrido años antes de la separación de hecho, quita toda convicción a que la misma haya ocurrido de mutuo acuerdo y adquiere virtualidad el carácter injurioso que asigna la demandada reconviniendo a tal alejamiento del hogar.

La argumentación de la agraviada con cita del autor Zannoni sobre las injurias vertidas en juicio en el caso de ausencia prueba, con un supuesto facilismo de hacerlo la cónyuge contra el hombre y no a viceversa, lo que habría limitado los términos de la pretensión accionable, con eventual protección de terceros, en caso los hijos que examinaran las actuaciones –argumentación muy confusa como lo señala el voto que me precede- aún fuera tales circunstancias posibles por hipótesis, nunca pudo imponer a la sentenciante la introducción de una causal no invocada cuando no se pretendió la reciprocidad injuriosa: "La circunstancia de que la materia referente a los deberes de los cónyuges sea de orden público, no justifica la alteración del régimen procesal también de orden público, que ha sido instituido para garantizar la defensa en juicio" (Cám.Civil 1ra.Cap., oct.9/947 en L.L.49-43).

Me expido finalmente por el rechazo del memorial de agravios, con costas conforme con lo previsto en el art. 68 CPCCCh.

Para regular honorarios, rige la Ley 2200 y ref. Ley 4335 de Aranceles de esta Provincia, arts. 6, 7, 9, 14 y concords., considerando, asimismo, el mérito del trabajo profesional y su resultado. Estimo que la regulación de honorarios propuesta en el voto que me antecede se ajusta a derecho, con lo que en

definitiva y conforme se votan las restantes cuestiones planteadas en esta Alzada, corresponde el dictado de la resolución en igual sentido.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente

SENTENCIA:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la actora y, en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 73/75vta.

2) Costas de esta instancia en el orden causado, atento a la falta de controversia. Los honorarios por la actuación ante esta Alzada a favor de la Dra. M. A. K. se fijan en la suma de PESOS OCHOCIENTOS VEINTICINCO ($825).

3) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia el señor Juez de Cámara Dr. Julio Antonio Alexandre y concordar en la solución del caso (arts. 1, 2, 3 y 5 de la ley 4550, modif. ley 1130).

SILVIA N. ALONSO de ARIET - Presidente
FERNANDO NAHUELANCA - Juez de Cámara

REGISTRADA BAJO EL nro. 07 DEL AÑO 2008
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "F"