En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los 30 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 su titular Dr. Julio Antonio Alexandre y asistencia del señor Juez de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"T., E. V. c/ L., N. F. s/ DIVORCIO VINCULAR", expte. nro. 16.942/08**, venidos del Juzgado de Familia nro. 1 (expte. nro. 602/06), y atento el resultado del sorteo establecido en el art. 268 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 107), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Fernando Nahuelanca, Dra. Silvia N. Alonso de Ariet 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. 81/84? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

La sentencia se dicta a fs. 81/84, por la que se declara el divorcio vincular de los cónyuges E. V. T. y N. F. L., por culpa exclusiva del demandado, por las causales de adulterio y abandono voluntario y malicioso (arts. 214, inc. 1°, en función del art. 202, incs. 1 y 5, del Có-digo Civil). Se rechaza la reconvención interpuesta por la parte demandada y se declara disuelta la sociedad conyugal al día 28 de febrero de 2007. Impone las cos-tas al demandado y regula honorarios de los profesiona-les intervinientes.

La parte demandada apela a fs. 86 y el recurso se concede a fs. 87.

Elevados y puestos los autos en la Alzada, se expresan los agravios por N. A. L., bajo apoderamiento especial. Expone sobre los antece-dentes de la causa, el contenido dispositivo del fallo y define lo que constituye el deber conyugal de cohabitación. Se introduce después en el primer agravio titulado "Abandono voluntario y malicioso", que la violación del deber de cohabitación da lugar a la acción de divorcio por tal causal, con las notas de imputabilidad, voluntariedad y malicia. Controvierte entonces la propuesta del fallo para resolver en primer lugar analizando la prueba documental obrante a fs. 14 y en segundo lugar la obrante a fs. 65, criticando, en consecuencia, porque no se detiene a analizar la prueba documental de la parte demandada obrante a fs. 28/29. Respecto a ésta destaca que se trata de una audiencia de avenimiento ante la Asesoría Civil de Familia e Incapaces, respecto al régimen de custodia, comunicación y alimentos, donde los cónyuges manifiestan textualmente: "...que se encuentran separados". Que la sentencia no repara en esta prueba y que nunca se pidió la reanudación de la convivencia; que la acción de divorcio es del año 2006 aduciendo que el demandado abandona el hogar en febrero de 2001, pero es en el año 2001 donde se suscribe el acta referida, con lo que no se concibe se le acuse de marido o padre abandonante. Cita jurisprudencia sobre los alcances de la prueba y con contenidos vinculados a los de la audiencia invocada. Controvierte por tales argumentos que el abandono haya sido por voluntad unilateral y deliberada del Sr. L. Impugna además los dichos de los testigos de los que se vale el fallo, porque los conocimientos comprendidos son referencias de la propia parte actora y que a ninguno de ellos les consta que dejó el hogar

para irse a vivir con otra mujer. Cita jurisprudencia respecto al enfoque prudencial que se debe al dicho de tales terceros. Por el segundo agravio, sostiene que no surge de la prueba que la separación se produjo por la relación del demandado con otra mujer, la Sra. B., que fuera anterior a tal separación de hecho, que sea el acontecimiento que provocó la ruptura y que se hayan probado las relaciones sentimentales con otra mujer durante la vigencia del matrimonio. Reitera el concepto sobre la precariedad de las testimoniales. Que el nacimiento de la menor G. P. L. se produjo a tres años de separación de los cónyuges, por ambos reconocida en noviembre de 2001. Cita jurisprudencia sobre la certeza de los hechos que se requiere en la materia. Peticiona en definitiva se revoque la sentencia en todas sus partes y se haga lugar a la reconvención, con imposición de las costas.

Los argumentos en esta Alzada por parte de la demandada reconviniente trae a revisión la causal de abandono voluntario y malicioso del hogar, invocado por la actora, y adulterio, contra la negativa del demandado respecto a la caracterización del abandono y reconvención de divorcio vincular por la causal de separación por más de tres años sin voluntad de unirse, existiendo coincidencia de las respectivas posturas que se produce en el año 2001.

En su oportunidad, N. F. L. opone que tras muchos años de convivencia normal la relación se fue deteriorando y que transcurrido el año 2001 se tornó insostenible y por lo que de común acuerdo decidieron separarse.

Como prueba opone, en principio –a la par de impugnar el fallo por falta de análisis-, la documental de fs. 28 y 29, donde las partes reconocen

"...que se encuentran separados...", sosteniendo que se trata de prueba relevante respecto al común acuerdo.

Es claro que los documentos invocados señalan que se encuentran separados, pero en sana crítica no puede sostenerse que asimismo revelan las razones de tal separación, ello es, el común acuerdo. El hecho de encontrarse el matrimonio separado, no explica la razón de la separación y así lo ha entendido la jurisprudencia: "A fin de determinar la configuración de la causal de divorcio, no es suficiente la prueba del hecho en sí, pues éste debe ser merituado de acuerdo a las circunstancias que caracterizan el matrimonio y al medio ambiente en que se desenvuelve" (Cám.Nac.Civ., Sala L., 26/12/96 – C., M. E. v. G., J. A., en J.A. 1998, p. 710 nº 16).

Se rechaza, en consecuencia, que la manifestación en cuanto comprende a la actora en las audiencias invocadas (fs. 69/70vta.) prestara su acuerdo para la separación de hecho, cuando a su vez es la cónyuge actora la que suministra la prueba suficiente de que el retiro del hogar por parte del demandado resultó voluntario y malicioso. La separación por parte de N. F. L., tiene eclosión en la nueva rela-ción de pareja que formaliza con I. B., con la que tiene una hija de nombre G.(certificado de nacimiento a fs. 65), hecho reconocido por el demanda-do, que otorga convicción suficiente a los dichos de los testigos, en el sentido de que esta vinculación existía con anterioridad a la separación del matrimonio legal. Las objeciones a las testimoniales de B. y B., afirmando que las mismas responden a di-chos de la actora, tienen un contexto de mayor amplitud explicativa, precisamente que resulta de la grabación de la audiencia respectiva.

Es aceptado que son familiares, vecinos

y amistades que en la materia suministran datos convincentes, por el entorno de mayor intimidad en que se desarrollan los conflictos familiares y B., sí sabe por los hijos a los que conoce que L. se fue a vivir con otra mujer, también responde que luego vio a la pareja que iban caminando con la hija nacida. De igual implicancia la testimonial de B., vecina del barrio, que contesta lisamente que L. se fue a vivir con otra mujer que se llama I. y si bien en lo que es razón de los dichos responde que sabe por co-mentarios de "ella"; asimismo, señala que conoce a las partes de toda la vida, vio a L. que trabajaba de remís y sabe de la convivencia inmediata porque acompa-ñó a la Sra. T. a la casa donde vivía L. con su pareja.

La prueba de abandono del hogar con los caracteres del art. 202, inc.5° C.C., se encuentran, en consecuencia, suficientemente probadas.

En cuanto a la causal de adulterio, que pretende la argumentación excusar por el nacimiento de G. P. L., nacida el 4/5/2004, a tres años de separación de los cónyuges, lo que revela relaciones muy anteriores. No resultan aplicables los conceptos de los autores Borda y Belluscio citados, porque la prueba resulta inequívoca frente a este nacimiento. Tampoco puede invocarse el fallo sobre el deber de fidelidad de la C. A. de S. M., concepto más amplio que el adulterio y no tratarse de una separación sin imputa-ción de culpa. Los conceptos expuestos para mantener el decisorio, excluyen de suyo la reconvención a la que se alude al pasar, la separación de hecho prolongada, desde que la actora accionante demuestra no haber dado razón a la separación (art. 204 C.C.).

Propugno finalmente no hacer lugar al recurso interpuesto y fundado en el presente memorial

de fs. 99/102vta., con costas, a cuyo fin propongo –con los alcances de la primera instancia– los honorarios de la Dra. S. F., en la suma de $650, por el mérito del trabajo profesional y su resultado (arts. 6, 7, 9 y 14 de la Ley 2200 y ref. Ley 4335.

A la segunda cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

Voto:

1) Rechazar el recurso interpuesto por la parte demandada N. F. L., fundado en el memorial de fs. 99/102vta., y confirmar la sentencia de fs. 81/84, en todas sus partes.

2) Costas de la Alzada a la demandada recurrente, a cuyo fin se propone la regulación de los honorarios de la Dra. S.M. F., de conformi-dad con el considerando respectivo.

A la primera cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Que tal como formula su prólogo quien abre el acuerdo, la resolución de fs. 81/84 ha sido apelada por el vencido –demandado reconviniente– a tenor del informe de fs. 99/102 vta., sin contestación de la contraria.

La recurrente pretende imponer por sobre todo otro dato probatorio adquirido en la causa, lo asentado por las partes obrante a fs. 28/28vta., audiencia de avenimiento del 19/11/2001, bajo el N° 6181/2001, en la que consta que las partes se encuentran separadas, circunstancia ignorada por la a quo a la hora de calificar el abandono como voluntario y malicioso.

Que al margen de no haberse indagado en aquella oportunidad por la funcionaria actuante las razones de tal distanciamiento. Ya que de ningún modo era

un dato incidente a los fines de aquella diligencia, ahora y en sede judicial con motivo de la imputación de tal causal calificada (fs. 16/18) y su negativa a fs. 33vta., es cuando la cuestión conforma la controversia y debe producirse prueba cierta sobre dicha circunstancia y por cierto no alcanza la mera invocación de aquel simple reconocimiento conjunto ante la funcionaria ante la cual se suscribió el acta, cuando se aportaron datos complementarios que pueden permitir indagar respecto a las verdaderas motivaciones del quiebre convivencial, teniendo en cuenta las gravosas consecuencias que puede provocar tal decisión de no dejar debida constancia de tal acuerdo.

Así, aquel dato debe confrontarse con toda la prueba y al hacerlo pierde entidad probatoria.

El reconocimiento de la nueva relación sentimental que tuvo como fruto el nacimiento de una hija (certificado de fs. 65), avala la prueba testimonial tanto en cuanto a la razón del abandono como a la configuración de una relación adúltera.

En cuanto a las discusiones teóricas del deber de fidelidad posterior a la separación, más allá de la simpatía o antipatía que produzcan en el actor o estudioso del tema no ha tenido incidencia en la normativa vigente (ver v.gr. "El deber de fidelidad de los cónyuges durante la separación de hecho", Sambrizzi, Eduardo A., publicado en: LA LEY 11/03/2008, 4).

Por todo lo expuesto propongo al acuerdo desestimar los argumentos vertidos por la recurrente y, en consecuencia, rechazar en todas sus partes el recurso de apelación articulado, con costas en la alzada y difiriéndose la regulación de honorarios al momento procesal oportuno, en el que se tendrán en cuanta las pautas arancelarias de la ley 2200 con las reformas de

la ley 4335.

A la segunda cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Habiendo concordado con la opinión y propuesta del Dr. Nahuelanca, reitero su fórmula decisoria.

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

SENTENCIA:

1) Rechazar el recurso interpuesto por la parte demandada N. F. L., fundado en el memorial de fs. 99/102vta., y confirmar la sentencia de fs. 81/84, en todas sus partes.

2) Costas de la Alzada a la demandada recurrente, a cuyo fin se regulan los honorarios de la Dra. S. M. F. en la suma de SEISCIENTOS CIN-CUENTA PESOS ($650).

3) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia la señora Jueza de Cámara Dra. Silvia N. Alonso de Ariet y concordar en la solución del caso (arts. 1, 2, 3 y 5 de la ley 4550, modif. ley 1130).

JULIO ANTONIO ALEXANDRE - Presidente
FERNANDO NAHUELANCA - Juez de Cámara

REGISTRADA BAJO EL nro. 08 DEL AÑO 2008
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "F"