En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de agosto del año dos mil nueve, 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 Dra. Silvia N. Alonso de Ariet y asistencia de los señores Jueces de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca y Dr. Julio Antonio Alexandre, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"C., J. A. c/ C., S. E. s/ DIVORCIO VINCULAR", expte. nro. 117/09,** venidos del Juzgado de Familia nro. 1 (expte. nro. 851/07), y atento el resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 355), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Julio Antonio Alexandre, Dra. Silvia N. Alonso de Ariet y Dr. Fernando Nahuelanca.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 297/300vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Se alza la accionante contra la resolución de fs. 297/300vta. por la que se rechaza la demanda de divorcio vincular previsto en el art. 214, inc. 2°, en función del art. 204 del CCiv.; se hace lugar a la reconvención decretando el divorcio vincular de los cónyuges por culpa exclusiva de la recurrente y por la causal prevista en el art. 214, inc. 1°, en función del art. 202, inc. 5°, todos del CCiv. imponiéndole las costas y declarando disuelta la sociedad conyugal conforme el art. 1306 CCiv., a tenor

del informe de fs. 337/341vta. que le es contestado a fs. 346/352.

Tal como surge de la lectura y valoración de las presentes actuaciones dentro del marco jurisdiccional impuesto por la queja (actuales arts. 280 y 281 del CPr.), se imponen pautas que por reiteradas no pierden vigencia y que señalan que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino solo aquellas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (CS Fallos 258:304; 262:222; 265:301; 272:225, etcétera).

Además, que tampoco es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino aquellas que resulten apropiadas para el fin antes señalado (ver, v. gr., CS Fallos 274:113; 280:3201; 144:611, entre muchos), por lo que deberá inclinarse por las que produzcan mayor convicción, en concordancia con los demás elementos de mérito de la causa.

Importan, en definitiva, y dentro de tal marco jurisdiccional al decir de Aragonés Alonso, los hechos "jurídicamente relevantes" (ver "Proceso y Derecho Procesal", ed. Aguilar 1960, pág. 971, párr. 1527), o "singularmente trascendentes" como los denomina Calamandrei en su trabajo "La génesis lógica de la sentencia civil", en "Estudios sobre el proceso civil", págs. 369 y ss.; CNCiv., sala D, 2005/03/17 – T. V. E. S. L. SA c. B. e H. SA- Rev. LL de junio 1-2005, 12, fallo 108.984, entre muchos).

Asimismo, recuerdo a la accionada reconviniente, tras la insinuación de insuficiencia recursiva por parte de su oponente, que es criterio tradicional de esta sala observar un grado de generosa

amplitud para juzgar la suficiencia de una expresión de agravios, por estimar que dicho criterio es el que mejor se adecua a un cuidadoso respeto del derecho constitucional de defensa en juicio y al resguardo de la doble instancia adoptada -como régimen general- por el legislador. Bien entendido que esa amplitud no autoriza a tratar temas que no han sido planteados en la alzada o que lo han sido de manera harto insuficiente, extremo que implicaría marginar -en los hechos- las normas procesales vigentes que rigen el acceso a la segunda instancia.

Así, y dentro de tales límites se debe mantener abierta la instancia.

Considera la vencida que de ningún modo pudo considerarse probado el abandono voluntario y malicioso que se le imputa sino que se debió a motivos atendibles y fue consensuado con su esposa. Que el hecho cierto y oportunamente alegado, por haberse cumplido el plazo exigido legalmente, de la separación y retiro del hogar conyugal no admite presunción en su contra sin prueba cierta de aquella intención.

Todo lo contrario afirma la accionada apadrinando sus argumentos con profusa cita jurisprudencial pero sin cuestionar la opinión de la a quo en cuanto a la ausencia de pruebas respecto de los graves hechos imputados a su esposo como fundando el abandono (ver fs. 31/35). Por el contrario tales aseveraciones han quedado consentidas, dejando en pie tan sólo la mera presunción que arrojaría el alejamiento sin justificación alguna.

La recurrente se ha enrolado en la postura doctrinaria y jurisprudencial minoritaria que a modo de ejemplo se ha sostenido en el fallo de la

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, con fecha 29/09/2006 –"Y., A. M. c. V., D."- publicado en: DIARIO-LA LEY 07/03/2007, 5, con nota de Rodolfo G. Jáuregui; LA LEY 2007-B, 208, con nota de Rodolfo G. Jáuregui; DIARIO-LA LEY 24/10/2006, 24/10/2006, 6 - LA LEY 2006-F, 205 - DJ 2007-1, 763, con nota de Eduardo A. Sambrizzi; DIARIO-LA LEY 17/04/2007, 3, con nota de Eduardo A. Sambrizzi; LA LEY 2007-B, 704, con nota de Eduardo A. Sambrizzi; al que remito por razones de brevedad, pero en lo que más nos atañe en breve resumen sostiene que: "El hecho del alejamiento del hogar conyugal no puede generar automáticamente la presunción hominis tan difundida relativa a la voluntariedad y al carácter malicioso de tal alejamiento, vale decir que no debe interpretarse como suficiente para la operatividad de la presunción la sola determinación de cuál de los esposos se ausentó del hogar, sino que además y fundamentalmente corresponde analizar las circunstancias que mediaron en la supresión de la convivencia".

S., E. A. es quien, con la autoridad intelectual y jurídica que merecen sus comentarios, la rebate señalando que apartándose de la jurisprudencia que bien puede ser calificada de pacífica y que viene aplicándose en los distintos Tribunales del país, la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil concluyó, al revocar la sentencia dictada en primera instancia, que la existencia de un estado de conflicto en el matrimonio, anterior al retiro del hogar por parte de uno de los cónyuges —en el caso, por la esposa—, obstaba a que pudiera presumirse que dicho retiro había sido malicioso, lo que resolvió no obstante que la cónyuge no logró acreditar la

existencia de injurias graves por parte del marido, ni de otra causal de divorcio que pudiera haber justificado dicho alejamiento.

Más adelante recuerda que para que pueda considerarse que un cónyuge ha incurrido en la causal de abandono, además de la existencia del elemento objetivo del alejamiento del hogar conyugal, resulta necesario, como surge de lo más arriba dicho, uno de carácter subjetivo, configurado por la voluntariedad y la malicia. O como manifiesta A. A., al hecho de la no convivencia debe agregarse el factor moral de la imputabilidad. Por lo que si el abandono tiene como causa una actitud atribuible al otro cónyuge, el mismo no puede ser considerado como malicioso.

Y sigue: La malicia exige el propósito de sustraerse al cumplimiento de los deberes derivados del matrimonio, aunque es innegable la relación que existe entre ese requisito y el de la voluntariedad, pues no resulta concebible la existencia de malicia que no sea, a la vez, voluntaria. L. y U. manifiestan que el abandono sería malicioso cuando los deberes que se tratan de eludir son los que integran los de cohabitación y asistencia, pero no cualquiera otra de las obligaciones recíprocas que la ley impone a los cónyuges.

Pues bien, de acuerdo a la doctrina tradicional, que, como más arriba recordamos, es aplicada en forma prácticamente unánime por los jueces, cuando se produce el abandono del hogar por parte de uno de los cónyuges, se presume —iuris tantum— que el mismo ha sido practicado en forma voluntaria y maliciosa, por lo que la prueba de la inexistencia de uno de esos dos caracteres debe ser acreditado por el

cónyuge abandonante. Se sostiene al respecto que, en consecuencia, al esposo abandonado sólo le cabe probar el abandono, mientras que el otro cónyuge debe acreditar, para evitar que el divorcio o la separación se decrete por esta causal, que existieron causas que justificaron su alejamiento del hogar. De no ser ellas acreditadas, tiene preeminencia el hecho objetivo del alejamiento, debiendo entenderse que el retiro del hogar fue hecho con el ánimo de violar el deber de convivencia. Tal es la posición que ha sostenida invariablemente esta Sala en todos sus antecedentes análogos.

Vale aclarar que en el caso antecedente citado quienes avalan tal postura aclaran que excepcionalmente "la presunción del carácter voluntario y malicioso del hogar sólo ha de funcionar en un ámbito sumamente restringido; esto es, que su eficacia quedará limitada a los supuestos en que de las actuaciones se desprenda sin hesitación que el retiro del hogar por el cónyuge aparezca a todas luces como irrazonable; por ejemplo, cuando el quiebre de la convivencia se produzca de un modo totalmente inesperado, injustificado e intempestivo; es decir, acontecido cuando la pareja se desenvolvía en un ambiente de plena armonía conyugal". Tal el caso de autos a la luz de la falta de pruebas injuriantes o agraviantes todo ello sin dejar de reconocer la existencia del quiebre de la posibilidad de convivencia, tal como se formulan las peticiones iniciales a la luz de la causal objetiva.

Ahora bien, coincido con la a quo y agrego en cuanto a que constituye un error interpretar que la causal objetiva de separación de hecho y las subjetivas no tienen nada que ver entre ellas, y que

unas y otras serían antagónicas e incompatibles entre sí. En efecto, la causal objetiva —la separación de hecho por más de tres años sin voluntad de unirse— lo que hace es certificar el desquicio matrimonial, o sea la quiebra irremediable del vínculo conyugal; y está regulada como causal autónoma de divorcio porque para la ley no tiene sentido el mantenimiento de un matrimonio vacío de contenido, lo que significa que es inexistente en los hechos.

Y que cuando se promueve un divorcio por una causal subjetiva —digamos, por ejemplo, el abandono voluntario y malicioso o las injurias— se parte necesariamente de una plataforma objetiva, cual es el desquicio matrimonial que antes mencionamos; desquicio que se certificará ora por el mismo quiebre de la convivencia, ora por la gravedad de las injurias, si es que por caso la vida en común persiste. Y aquella plataforma objetiva será insoslayable, porque mal podría decretarse un divorcio por una causal culpable respecto de una unión que no está quebrada irremediablemente. Es que la propia prueba de la causal subjetiva es lo que demuestra —palmariamente— lo irreversible de la ruptura matrimonial. En cambio, la acreditación de ésta no implica la prueba de lo que se imputa a título de culpa.

Así las cosas, se advertirá la íntima conexión que existe entre ambos tipos de causales. En la objetiva el divorcio se decreta por la sola acreditación del conflicto irremediable, sin determinación de quién es el responsable de esa quiebra conyugal. En la subjetiva, además de certificarse ese desquicio, se indaga acerca de su autor; y a los fines de imputarle las responsabilidades consiguientes. Este

aserto demuestra a las claras que constituye una falacia postular la naturaleza antagónica de una u otra causal. Para decirlo de otra manera y sintéticamente, toda causal subjetiva comprende la objetiva; de lo que se sigue que cuando un cónyuge promueve un juicio de divorcio vincular por una causa culpable lo que está diciendo es lo siguiente: mi matrimonio está destruido (causal objetiva), pero esa destrucción tiene un único responsable —el demandado— por haber incurrido en abandono, injurias graves o adulterio (causal subjetiva). Nos permitimos insistir que ninguna causal subjetiva puede habilitar el divorcio sin la prueba de la objetiva —la destrucción matrimonial—, pues sin la ruptura irreversible el juez no estaría facultado a decretar la disolución de la unión; aunque, claro está, al litigante le bastará con la acreditación concreta de los hechos culpables —el adulterio, los malos tratos, los graves insultos, el cese de la convivencia, etc.— para tener por verificada aquella destrucción matrimonial.

A la luz de tales opiniones, el cónyuge que se retira del hogar debe demostrar que su ausencia del hogar obedece a causales serias y justificables y/o que contó con la aquiescencia de la esposa.

Ello así, tal como lo señalan v. gr. Alberto J. Bueres y Elena I.Highton de Nolasco, en “Código Civil Comentado”, Tomo 1 "B", opinando que el abandono voluntario y malicioso es el alejamiento que se opera por la decisión privada y arbitraria (injusta) de uno de los esposos con el propósito de sustraerse del cumplimento de todas o de algunas de las obligaciones emergentes del vínculo matrimonial.

Y es que, la separación privada

consensual es incompatible con el abandono, dado que mientras éste supone la voluntad única (y no compartida) del disidente, en la separación de hecho por mutuo consentimiento (a la que se asimila la producida por decisión de uno y consentida expresa o tácitamente por el otro), son los dos esposos quienes, de común acuerdo, se apartan con la intención de vivir desunidos.

Los autores citados añaden que por otra parte, ese mutuo acuerdo privado no implica que ambos se reconozcan causantes de la ruptura de la convivencia, vale decir que el alejamiento acordado no será obstáculo para que la sentencia se dicte con atribución de culpabilidad, de uno o recíproca de ambos, debiendo eso sí el demandado en su defensa demostrar lo contrario toda vez que el abandono se presume voluntario y malicioso. Considero en la especie que el cónyuge reconviniente ha demostrado que su ausencia del hogar no obedeció a causales serias y justificables, y no probó haber contado lo que contó con la aquiescencia de la esposa.

Acreditado el alejamiento del esposo, como se dijera en origen, las notas de voluntariedad y maliciosidad se presumen, pero al tratarse de una presunción juris tantum, se admite la prueba en contrario, la que de no arrimarse, hace operar sin más las características apuntadas (ver v.gr. CCiv., sala D, 24/07/08 –"F. A. C. c/ E. G. H."- Cita: MJ-JU-M-38044-AR - MJJ38044 - MJJ38044).

Insisto, el abandono, como causal de separación o divorcio, contempla una presunción en contra del cónyuge que se aleja del hogar. De modo tal, que el distanciamiento llevado a cabo por cualquiera de

los esposos ha de ser considerado voluntario y malicioso a menos que, quien así proceda, demuestre lo contrario.

Esto implica que al tratarse de una presunción iuris tantum, el abandonante deberá acreditar que su alejamiento obedecía a causas imputables a su consorte, o bien, demostrar que su proceder había sido consensuado. Pues de esa manera podrá enervar la indicada presunción y, en consecuencia, repeler la causal subjetiva antes mencionada (ver v.gr., "El abandono del hogar conyugal. Distribución de la carga probatoria y aspectos vinculados a su configuración", por Goytía, Alejandro R., publicado el 1-feb-1999, Cita: MJ-DOC-1069-AR - ED, 183-1546 - MJD1069; "Presunciones legales en el abandono del hogar conyugal", por OSVALDO ONOFRE ALVAREZ" en ED, 172-578; BORDA, G. A., "Tratado de Derecho Civil", t. I, pág. 444; BELLUSCIO, "Manual de Derecho de Familia", t. 1, pág. 384; MAZZINGHI J. A., "Derecho de Familia", t. 3, pág. 140; VIDAL TAQUINI, C. H., "Matrimonio Civil. Ley 23.515", pág. 391; ZANONNI, E. A., "Derecho de Familia", t. 2, pág. 93; CNCiv., sala A, del 5/5/95, ED, 166-321; ídem, B, ED, 72-250; ídem, C, ED, 143 - 653; ídem, D, ED, 61-217; ídem, F, ED, 86-341; ídem, G, ED, 135-115; ídem, K, ED, 162-358).

Consecuente con lo dicho y citado en concordancia, propongo al acuerdo el rechazo de la apelación articulada y, en consecuencia, mantener firme el fallo apelado en todo cuanto fue materia de agravios, con costas en la alzada a la vencida y difiriendo la regulación de honorarios al momento del acuerdo en el que se tendrán en cuenta las pautas

arancelarias de la ley XIII nro. 4.

A la segunda cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Rechazar el recurso de apelación intentado por el accionante reconvenido, con costas y difiriéndose la regulación de honorarios al momento del acuerdo, todo de conformidad con los considerandos pertinentes.

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

1. El fallo apelado y los agravios. Remisión.

Los alcances del fallo apelado y de los agravios han sido expuestos en el voto que antecede y a tales consideraciones, por razones de brevedad, me remito. Ello sin perjuicio de adelantar que disentiré con la solución que propone el colega preopinante.

2. Tratamiento de los agravios.

En autos, el actor inició demanda de divorcio fundada en la causal objetiva y la esposa reconvino por causales subjetivas –adulterio, injurias graves y abandono voluntario y malicioso del hogar-, ingresando al terreno de la inculpación y solicitando que se atribuya al esposo la condición de único responsable del divorcio. Es decir, se pretendió que el fallo produzca un doble efecto, por un lado el divorcio en sí y, por otro, el reproche subjetivo al otro cónyuge por la disolución del matrimonio.

La jueza hizo lugar a esta última pretensión y decretó el divorcio por la causal de abandono voluntario y malicioso del hogar, desechando las otras dos causales.

El recurrente al expresar agravios

insiste en la postura que adoptó en las etapas iniciales de la litis –al demandar y al contestar el traslado de la reconvención-: separación de hecho convenida por ambos cónyuges.

Este extremo –no tratado por la juez de grado, a pesar de haber sido oportunamente opuesto- constituye el quid de la cuestión a resolver. Ello desde que su concurrencia obsta a la configuración de la causal de abandono voluntario y malicioso.

Huelga recordar que ésta exige la concurrencia de elementos objetivos y subjetivos, los primeros se patentizan con el alejamiento de la residencia conyugal o con el hecho de dejar de prestar la asistencia que se debe. Los subjetivos son la voluntariedad y la malicia.

En autos no hay dudas sobre la existencia del elemento objetivo; lo reconocen las partes y lo corroboran los testigos. Ahora bien, no sucede lo mismo con los elementos subjetivos y es éste el aspecto que al haber sido presumido por la magistrado da sustento a la queja de la parte recurrente.

En realidad, dos motivos íntimamente ligados impiden tener por configurado el elemento subjetivo de la causal.

Primero, al promover la demanda, la actora vinculó el retiro del esposo del hogar a una relación extramatrimonial con una mujer de nombre R.A.C.; la jueza de grado sostuvo que la misma no fue acreditada, de modo que el motivo del alejamiento del hogar alegado por la esposa no fue probado. Agrego, asimismo, que no es posible inferir el elemento de subjetivo de las restantes pruebas colectadas.

Es dable recordar que, en el ámbito del

juicio de reproche, es necesario acreditar fehacientemente la causal invocada; si ello no sucede, corresponde desechar la culpabilidad introducida.

Segundo, la conducta de la esposa durante el período de la separación de hecho, avala la postura del actor respecto la existencia de común acuerdo para su retiro del hogar. En tal orden de ideas tengo presente el contenido y alcance de las presentaciones ante la Asesoría Civil de Familia e Incapaces que obran a fs. 26 y 27 de los presentes.

Por todo lo expuesto, corresponde el acogimiento del agravio, en cuanto pretende la revisión de la configuración de la causal subjetiva de abandono voluntario y malicioso. La solución que propongo, a la vez que comporta el rechazo de la causal subjetiva, impone el análisis de la causal objetiva esgrimida por el actor al promover la demandada.

Sabido es que la separación de hecho se encuentra establecida como causal objetiva tanto de la separación personal o del divorcio, a partir de la sanción de la ley 23515. Así lo prevén los artículos 204 y 214, inciso 2°, del Código Civil, complementadas por el artículo 232 de ese ordenamiento.

La causal se configura por la interrupción de la cohabitación durante un lapso de tiempo superior al indicado en la norma –tres años-.

Del relato de los propios cónyuges no quedan dudas de la interrupción de la convivencia durante más cinco años. Se configura así el sustrato objetivo que da razón de ser a la causal.

El elemento subjetivo requerido por la norma consiste en la falta de voluntad de unirse y es dable inferir este extremo de la conducta procesal de

los cónyuges.

Establecida así la concurrencia del presupuesto material –interrupción de la cohabitación- y del subjetivo o intencional –falta de voluntad de unirse- resta analizar el requisito temporal. Ambas partes son contestes respecto de la fecha del cese de la convivencia y ello demuestra la configuración de este recaudo. A mayor abundamiento señalo que los testimonios brindados en autos también lo acreditan.

Por todo lo expuesto, considero corresponde hacer lugar al recurso de la parte actora y, en consecuencia, rechazar la reconvención de la demandada por la causal de abandono voluntario y malicioso y decretar el divorcio por la causal prevista en el inciso 2 del artículo 214 del Código Civil.

5. Costas y honorarios.

La decisión que propongo en tanto importa una modificación del fallo de la primera instancia impone la aplicación del artículo 282 del ritual.

En función de ello, sin perjuicio del modo en que se resuelve la cuestión, atiendo a la naturaleza del presente proceso y a las manifestaciones del recurrente –capítulo III, punto 2 de la memoria- y propongo la aplicación de las costas en el orden causado.

Los honorarios de primera instancia se regularán de conformidad con las previsiones de la ley arancelaria. Específicamente por los principios generales contenidos en el artículo 5, la escala del artículo 6, la previsión de mínimos del artículo 7, el porcentual previsto por el 8 para la actuación de los

procuradores, con más las pautas establecidas en los artículos 36 y 37 que atienden a la división en etapas conforme el tipo de proceso que nos ocupa. En función de ello se proponen a favor de los letrados de la parte actora en la suma de pesos mil ochocientos y los correspondientes a la parte demandada en la suma de pesos un mil doscientos. Todos con más la alícuota del impuesto al valora agregado en caso de corresponder.

Los honorarios de la segunda instancia se establecen de conformidad con las previsiones generales del artículo 5 de la ley arancelaria y por aplicación de la escala específica contenida en el artículo 13 del mismo ordenamiento. Por ello se cuantifican en la suma de pesos quinientos cuarenta y pesos trescientos cuarenta respectivamente; siempre con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

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

1°) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 333.

2°) Revocar la sentencia de fs. 297/300vta.

3°) Hacer lugar a la demanda de divorcio promovida por el actor y decretar el divorcio vincular de los cónyuges J. A. C. –DNI ********* y S. E. C. –DNI **********- por la causal de separación de hecho sin voluntad de unirse (art. 214 inciso 2° del Código Civil).

4°) Rechazar la reconvención de la demandada.

5°) Declarar disuelta la sociedad conyugal al día 8 de octubre de 2007.

6°) Costas de ambas instancias por su

orden. Regular los honorarios profesionales de conformidad con lo señalado en el considerando respectivo.

7°) Tener presente la reserva del caso federal efectuada a fs. 352.

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

1) La sentencia se dicta a fs. 297/300vta., por la que se rechaza la demanda de divorcio vincular por la causal del art. 214, inc. 2°, en función del art. 204 C.C., sin atribución de culpa, interpuesta por la parte actora J. A. C. contra la parte demandada S. E. C.; hace lugar a la reconvención interpuesta por la demandada, decretando el divorcio vincular entre los nombrados, por culpa del actor y por la causal de abandono voluntario y malicioso (art. 214, inc. 1°, en función del art. 202, inc. 5°, C.C. Impone costas al vencido y regula los honorarios de los profesionales actuantes. Declara disuelta la sociedad conyugal al 8/10/2007 y manda a la anotación en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

2) Notificadas las partes por lectura de la sentencia (art. 120 Ley 4347 –actual Ley III nro. 21-), apela en propio derecho la parte actora a fs. 318.

El recurso se concede a fs. 319.

3) Se agravia la actora a fs. 337/341vta., por cuanto se le adjudica la causal de abandono voluntario y malicioso del hogar y en cuanto el fallo señala que ambas partes están contestes en que la fecha de separación de la pareja fue en noviembre de 2003 y que ello no es así, porque su parte sostiene que la fecha de corte fue en abril de 2004, en tanto los

testigos no tenían certeza de la fecha en la que se separó la pareja. Por otra parte cita doctrina sobre los caracteres del abandono, sostiene entonces que el mismo no ha quedado probado de modo alguno y que para ello debían reunirse los extremos de la voluntariedad de la conducta en tal sentido, que no resulte de la actitud impuesta de las circunstancias. Sostiene entonces que el retiro del hogar obedeció a motivos atendibles, las relaciones no eran buenas y la Sra. C. estuvo de acuerdo con tal retiro con lo que no cabía enrolarse en la materia de las presunciones. Alude a la prueba testimonial que ninguno sabe la causa de la separación, solo el testigo N. dice que la pareja no estaba bien y había comentarios de la gente, reiterando que la demandada consintió su retiro del hogar conyugar. Cita jurisprudencia que descarta el abandono cuando quien se queda en el hogar no formaliza denuncia alguna o gestiones para convencerlo que retorne al hogar. Cita nueva doctrina relativa a la debida evaluación de la causal, cuando el sistema legal imperante atenúa el juicio de reproche o la imputación de una falta, excluyendo las interpretaciones que tienden a repotenciar el divorcio sanción, criterio también aplicado para rechazar la causal de abandono voluntario y malicioso del hogar. Se agravia a todo evento de la imposición de las costas, sosteniendo que debieron ser en el orden causado, oponiendo que fue rechazada una de las causales opuestas. Peticiona en definitiva se haga lugar a los agravios.

4) Corrido traslado, los agravios son contestados a fs. 346/352. Contrapone la demandada que carecen de suficiencia, que estos no se constituyen simplemente con desacuerdos y opiniones y que de ello

es pacífica la doctrina y jurisprudencia; que la actora no alcanza a desvirtuar los conceptos de la sentencia sobre la fecha de separación, aunque señale que la mayoría de los testigos que declaran no tenían la certeza de la fecha de dicha separación, no alcanza para desvirtuar el modo en que resolvió la Sra. Juez y que la fecha fijada resulte irrazonable. Respecto al agravio que la contraria invoca respecto al propósito deliberado y consciente de sustraerse al deber de cohabitación y en cuanto el fallo entiende que sin perjuicio de las argumentaciones del actor, tal conducta no puede analizarse toda vez que el actor no reconvino de la reconvención, habiendo quedado trabada la litis en los términos de la demanda-contestación y reconvención, peticiona se rechace el agravio por no haberse cuestionado al respecto. Sostiene que los agravios interpuestos no atacan las valoraciones del fallo que señala y que son reiteraciones de hechos narrados con anterioridad; que en todo caso, tampoco puede hacerse lugar al agravio del recurrente, por cuanto ha quedado demostrado que el actor se fue del hogar sin justificación alguna. Formula valoraciones en demérito de la contraparte por su alejamiento del hogar y que en definitiva la pretendida justificación del actor que esbozó a lo largo de su memorial fueron desestimadas en la sentencia por no haberse efectuado en el marco de "la reconvención de la reconvención". Sostiene que de lo contrario, su parte quedaría en situación de indefensión porque permitiría al actor manifestar y ofrecer prueba de hechos inculpatorios de su parte, sin permitirle lo propio. Niega que su parte tras largas conversaciones haya consentido la separación, que en autos no existen pruebas que permita

afirmar que dio motivos para que el Sr. C. se aleje del hogar ni tampoco prueba indiciaria que revele su negativa a la reconciliación, que fue hecho traído por el reconvenido y ni siquiera se le corrió traslado para ofrecer prueba. Amplía argumentaciones sobre la inexistencia de prueba sobre su aquiescencia a la separación, refiere circunstancias sobre el retiro que debió hacer de la vivienda común por resultar de la Fuerza Aérea; rechaza la pretensión sobre costas y cita jurisprudencia relativa a determinar la existencia de abandono cuando el cónyuge que se retira no prueba motivos para retirarse del hogar y otras que incluye evaluaciones sobre tendencias vigentes en materia de familia y opiniones autorizadas. Peticiona en definitiva el rechazo de los agravios.

5) Se opone en principio en el debate la supuesta insuficiencia de los agravios de la actora y que las valoraciones de ésta son simples opiniones contrarias a la fundamentación del fallo, pero es del caso que si en algún punto el agravio no prospera, como la fecha de producido la separación del matrimonio, contiene el memorial la queja que hace a la trabazón de la litis y su resultado en torno a las causales invocadas, que en confronte con el resultado de la sentencia el memorial resulta suficiente para la revisión para el examen sustancial del juicio.

6) Importa lo señalado, el agravio relativo a la causal de abandono voluntario y malicioso que se le adjudica a la actora recurrente, contra la que opone con cita de jurisprudencia que la pasividad de la esposa durante el lapso de separación, que si partió de conducta unilateral del marido, se transformó por el transcurso del tiempo en conducta adhesiva

durante todo el tiempo del art. 214, inc. 2, del Código Civil.

7) Pero antes de proseguir con el examen del punto precedente, he de advertir que la Sra. Juez Sentenciante malinterpreta la explicación de los autores en cuanto presentándose la demanda por causal objetiva limitada en la interrupción de la convivencia por el plazo legal, si la demandada contrapone la reconvención por causales subjetivas -para el caso de probarse ambas pretensiones- importará la absorción o desplazamiento de la primera por la segunda. Si las dos partes prueban sus pretensiones, resulta contradictorio se rechace la demanda de la actora fundada en el art. 214, inc.2°, como resulta de la parte resolutiva en su punto 1° de fs. 300vta.

El propio autor K., en su obra que cita la sentenciante, explica que el art. 237 C.C. para soslayar posibles interpretaciones encontradas, probada la quiebra de la convivencia por los plazos que el ordenamiento señala para el divorcio o separación personal y los de la reconvención de una u otra pretensión, se declarará el divorcio vincular, que ello importará una suerte de acumulación sucesiva de pretensiones por inserción, supeditada a la simultánea estimación de la del actor.

Por su parte en "Familia, matrimonio y divorcio", el autor M., previene en la pág. 303, que el desplazamiento de la causal objetiva a la subjetiva no debe ser incorrectamente interpretado, que el mentado desplazamiento en absoluto significa que la causal objetiva del art. 214, inc 2°, se "extinga", o que como dato fáctico pierda virtualidad; por el contrario, una vez configurado el transcurso del plazo legal de tres

años, aún por la sola voluntad de uno de los esposos, procederá el decreto de divorcio por mera petición unilateral del accionante, cualquiera sea la actitud que adopte el otro cónyuge.

Por ello se desajusta a derecho la sentencia de autos que rechaza la demanda del actor, porque esta se interpone cumplidos los plazos del art. 214, inc. 2°, del Cód. Civil. A su respecto, el autor precedentemente citado adoctrina que "… es un error disponer en tales casos el rechazo de la acción promovida por el actor. El fallo tiene necesariamente que fundarse tanto en el art. 214, inc. 2, (causa objetiva de separación de hecho invocada en la demanda) como en los dispositivos pertinentes que disciplinan las causales subjetivas incorporadas a la reconvención y debidamente probadas, trátese de los arts. 204, parte 2ª, o 202 del Cód. Civil. Tales conceptos no excluyen que el otro cónyuge tiene en todos los casos la herramienta procesal de poner en marcha el sistema de la inculpación, por lo que ha postulado –sigue diciendo el autor– que la ley no ha regulado "en puridad sólo una causa objetiva de divorcio, sino que el art. 204 del Cód. Civil –al que remite aquella norma– perfila más bien una causal mixta o bifronte, inculpatoria-objetiva u objetiva, según traduzca o no por alguno de los cónyuges la inocencia propia o falta cometida por el otro" (ob. y autor citado, págs. 307/308).

Y, en efecto, la parte demandada puso en marcha las facultades de inculpación, pretendiendo, asimismo, el divorcio, con lo que, adviértase, la concordancia con el divorcio en sí impetrado por la actora, otra demostración que no podía rechazar íntegramente la acción de la actora.

8) Pero además, en tanto la recurrente fundamenta su pretensión aún más allá de la procedencia parcial, conforme el argumento de defensa en la contestación de la reconvención, ya señalado en el punto 6 del presente voto y que, asimismo, fuera interpuesto a fs. 120vta./121, punto no tratado por la sentencia y que no hace a las limitaciones de la "reconvención de la reconvención" aludidas por el fallo por hacer a la norma invocada como fundamento de la demanda (art. 214, inc. 2°, C.C.), debe evaluarse a su respecto.

9) Se observa, en consecuencia, que las causales subjetivas invocadas por la cónyuge demandada tienen en lo que la sentencia encuentra firme, el rechazo de la causal de adulterio y la de injurias graves, por no haber sido probadas con la concurrencia de la prueba testimonial que analiza. El debilitamiento de la reconvención queda a la vista, porque el análisis de la causal del art. 202, inc. 5 (abandono voluntario y malicioso) no cuenta con elementos para la imputación de culpas contra el marido y no haber la esposa dado causa a la separación, quedando la causal en las mismas condiciones objetivas que motivan la verificación de la separación invocada por divorcio vincular del art. 214, inc. 2° C.C. Por ello, conforme con los lineamientos de la Ley 23515, no pudiendo fundarse en la sentencia el por qué de la adopción de los principios tradicionales para presumir el abandono con las notas de voluntario y malicioso, es la conducta objetiva de una y otra de las partes con posterioridad a la separación la que define con seguridad la cuestión, ya que lo único fehaciente es la separación de hecho de los esposos. Frente a la inacción de la

esposa, resulta entonces inadmisible asignar a la conducta externa del marido que interrumpe la vida matrimonial, el propósito deliberado y consciente de sustraerse al deber de cohabitación, sin perjuicio que con dicha conducta haya demostrado su voluntad de no continuar con la vida matrimonial.

Frente a esta sola objetivización de la conducta del marido a partir del retiro del hogar conyugal, asimismo la esposa que mantiene silencio durante los años en que se verifica la causal de separación del art. 214, inc. 2°, C.C. Señalan los autores que con la Ley 23515 al proveer la separación de hecho dentro de las causales objetivas de separación o divorcio, está admitiendo que los cónyuges mediante un acto de autonomía de la voluntad cesen la cohabitación, sin que en el futuro puedan atribuirse abandono voluntario y malicioso; que debe advertirse que producida la separación de hecho, se suceden inevitables cambios en la relación matrimonial, que impiden aplicar sin matices las reglas que presupone la relación entre cónyuges convivientes y que la prolongación de un quebrantamiento definitivo de la convivencia, sin reclamaciones del otro cónyuge, acaece con la anuencia o beneplácito; "…Cuando la separación de hecho se prolonga en el tiempo, no deja de existir una cierta adhesión a la situación" (Conf. "Valoración de la conducta de los cónyuges posterior a la separación de hecho", por Eduardo A. Zannoni y Beatriz R. Bíscaro, en J.A.1995-III-355).

Coincido, en consecuencia, con el voto de la colega preopinante que, en definitiva, sobre la verificación del común acuerdo en la separación (art. 214, inc. 2°, C.C.), porque tanto puede provenir de una

solución acordada por los cónyuges, como el resultante de una adhesión tácita "…a pesar de no haber sido provocada la ruptura por un cónyuge, se le adicionó después la adhesión tácita del otro, que, no ejerciendo sus derechos en tiempo propio, toleró el estado de desunión matrimonial, importando en la realidad una coincidencia en la voluntad de la separación" (Conf. Mizrahi, ob. cit., pág. 338).

Procede el recurso interpuesto por la actora, revocar la sentencia en cuanto rechaza la demanda y da curso a la reconvención.

El fallo impuso las costas al vencido, que motiva el agravio de la actora apelante por onerosas y sosteniendo en principio que debieron ser impuestas en el orden causado. Todo que supone el mismo criterio a su respecto por trato de igualdad de las partes, además atender a la naturaleza de la materia y circunstancias del juicio. Por ello, a tenor del art. 282 CPCCCh y art.69, 2da. Parte, CPCCCh, las costas en una y otra de las instancias se imponen en el orden causado.

Para regular los honorarios, se tiene en consideración los trabajos profesionales de la primera y segunda instancia, la complejidad de la materia y su resultado, advirtiendo como ajustados a derecho los propuestos precedentemente. Por lo demás y atento el sentido del presente voto, corresponde el pronunciamiento resolutorio propuesto que me precede, con la reserva del caso federal señalada.

Con lo que se dio por terminado, quedando acordado dictar, con la disidencia del Dr. Alexandre, la siguiente

**SENTENCIA:**

1°) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 333.

2°) Revocar la sentencia de fs. 297/300vta.

3°) Hacer lugar a la demanda de divorcio promovida por el actor y decretar el divorcio vincular de los cónyuges J. A. C. –DNI xx.xxx.xxx y S. E. C. – DNI xx.xxx.xxx - por la causal de separación de hecho sin voluntad de unirse (art. 214 inciso 2° del Código Civil).

4°) Rechazar la reconvención de la demandada.

5°) Declarar disuelta la sociedad conyugal al día 8 de octubre de 2007.

6°) Costas de ambas instancias por su orden.

7°) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en Primera Instancia a los Dres. D. M. C. B. y F. V., conjuntamente, en la suma de PESOS MIL OCHOCIENTOS ($1.800) y a los Dres. F. G. S. y C. E. L., conjuntamente, en la suma de PESOS MIL DOSCIENTOS ($1.200). Por los trabajos realizados en la alzada se regulan los honorarios profesionales de los Dres. D. M. C. B. y F. V., conjuntamente, en la suma de PESOS QUINIENTOS CUARENTA ($540) y del Dr. F. G. S. en la suma de PESOS TRESCIENTOS CUARENTA ($340).

8°) Tener presente la reserva del caso federal efectuada a fs. 352.

9°) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

**REGISTRADA BAJO EL nro. 07 DEL AÑO 2009**
**DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "F"**