En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los 31 días del mes de marzo 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., G. B. c/ P., J. M. s/ DIVORCIO VINCULAR", expte. nro. 16.745/08**, venidos del Juzgado de Familia nro. 1 (expte. nro. 113/06), y atento el resultado del sorteo establecido en el art. 268 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 311), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Fernando Nahuelanca, Dr. Julio Antonio Alexandre y Dra. Silvia N. Alonso de Ariet.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 225/228? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

La sentencia se dicta a fs. 225/228, por la que se hace lugar a la demanda y declara el divorcio vincular de los cónyuges J. M. P. y G. B. C., por culpa exclusiva del demandado y por las causales de abandono voluntario y malicioso del hogar e injurias graves (arts. 214, inc. 1°, en función del art. 202, inc. 4° y 5°, art. 202, inc. 4°, del C.C.). Declara disuelta la sociedad conyugal al 11 de mayo de 2006. Rechaza la acción por daño moral. Homologa el convenio sobre atribución del hogar conyugal, régimen de guarda y

custodia y régimen de comunicación y contacto respecto a los hijos J. M. P. y M. P., por Acta N° 3196/2005, obrante en los autos. Costas al demandado y regula los honorarios de los profesionales actuantes.

A fs. 230, los profesionales Dres. A. G. M. y N. D., apelan en propio derecho sus honorarios por bajos y por su representado el punto 3° en cuanto se rechaza el daño moral.

Los recursos se conceden a fs. 231.

Puestos los autos en la Alzada, expresa agravios la actora recurrente a fs. 254/258vta. Se agravia por cuanto la sentencia resuelve que la acción por daño moral debe incoarla la peticionante por separado y por la vía pertinente. Considera que el argumento no resulta valedero, cuando ha declarado el divorcio por culpa exclusiva del demandado; que contraría los principios de economía procesal y de conexidad, en tanto su parte, conforme con el art. 87 CPCCCh, acumuló debidamente las acciones, todo lo que fue sustanciado y sin que el demandado formulara objeciones en la forma conjunta realizada. Señala doctrina, resalta la previsión del art. 34, inc. 5 a), del CPCCCh y cita jurisprudencia sobre la conveniencia de la acumulación, ya que será en la acción de divorcio donde surgirán los elementos que permitan apreciar la existencia de responsabilidad de la parte y el daño que se le imputa. Sostiene que existe nutrida prueba de su parte y contundentes declaraciones testimoniales en la audiencia de vista de causa, contestes respecto a los padecimientos sufridos por la actora. Reitera el petitorio para que se haga lugar al monto peticionado por daño moral, con más sus intereses. Mantiene la reserva del caso federal.

Conforme resulta de la trama litigiosa del presente juicio, la demanda que interpuso G. B. C., contuvo la acción por daño moral, que cristalizó con cita de jurisprudencia y doctrina, a partir del p. IV de fs. 45vta. y que abarca la foja 46 y 46vta., concluyendo que su cuantificación queda librada a criterio del Juzgador, pero que no debe ser suma inferior a $20.000 y por lo que en definitiva requiere su pago por tal concepto, intereses y costas (fs. 43/49).

En su contestación, el demandado J. M. P., se opone y niega que "proceda indemnización de orden alguno en concepto de daño moral" (fs. 58vta.), ampliando su contestación a fs. 60, último párrafo.

Frente a la cuestión planteada por la accionante para que se condene por daño moral, negada su existencia por la demandada, el fallo, después de analizar las causales esgrimidas por la actora, los hechos y tener por probada las causales de abandono voluntario y malicioso del hogar e injurias (art. 214, inc. 1°, en función del art. 202, incs. 4° y 5° y art de 202, inc. 4°, del Código Civil, expone: "Respecto a lo peticionado en el punto IV) Acción de Daño Moral deberá la actora, en su caso, ocurrir por separado y por la vía procesal pertinente" (fs. 227vta., 5to. párr.).

Señalar que la sentenciante debió expresar los fundamentos de la decisión adoptada y fundarla en derecho, fluye de inmediato ante el flagrante incumplimiento de las obligaciones establecidas en el art. 163, contexto de los incs. 3°, 5° y 6° CPCCCh, en tanto ninguna de las partes acusó la incompetencia (Conf. "Códigos Procesales", T.I, pág.

111 y ss., autores Morillo-Sosa-Berizonce, Ed. 1982).

Por otra parte, la inopinada resolución jurisdiccional –cuya implicancia importa la excusación por incompetencia– resulta inconciliable con los principios de economía procesal, por encontrarse firme la intervención del tribunal y en estado de sentencia (art. 4 CPCCCh).

La competencia del Juzgado de Familia para conocer en materia de divorcio vincular (art. 87 Ley 4347), que en esencia se rigen por las normas civiles pero atribuidas a su fuero específico, no pudo sino constituir la misma relación respecto a cuestiones que interesaban si bien a otras normas del derecho común, asimismo, lo eran en comprensión del vínculo matrimonial, de la específica competencia del Juzgado actuante, que asimismo extiende la ley a: "Toda cuestión patrimonial derivada de los asuntos de competencia de este Juzgado" (Ley 4347, art. 87 inc. r).

Se verifica por lo expuesto la nulidad parcial de la sentencia y del pronunciamiento correlativo, que atento la materia que afecta y en tanto el recurso comprende el de nulidad, debe dictarse el pronunciamiento en esta Alzada (art. 253 CPCCCh).

Por los alcances señalados del recurso interpuesto por la parte actora, debe declararse la nulidad parcial de la sentencia, en cuanto comprende el punto 3° de la parte resolutiva del fallo (fs. 228).

En cuanto al examen del pretendido resarcimiento por daño moral, debe salvarse en principio que no enmarca en pacífica jurisprudencia como se sostiene a fs. 256vta. –1er. párr- por el contrario su pretensión ha dividido a la jurisprudencia

y doctrina sobre su procedencia en materia de divorcio vincular. Ha de abordarse en primera parte respecto a su procedencia, para determinar luego si lo planteado conduce a una condena en el sentido pretendido.

No ha de superar este voto los profundos precedentes jurídicos de la doctrina y de la judicatura ocupadas del caso, con lo que es oportuno reseñar en parte sobre la temática que siente las bases para resolver en los presentes.

Al seleccionar, por caso, del año 1983, el trabajo del Dr. Enrique Díaz de Guijarro, sostenía la improcedencia del daño moral en materia de divorcio vincular. En su nota a fallo que lo concedía: "Improcedencia del resarcimiento del daño moral en el juicio de divorcio y su admisibilidad en la nulidad de matrimonio" (J.A. 1983-III-625), luego de analizar la "situación" del divorcio dentro de la legislación en punto al tema en cuestión, concluye en sucesivos incisos (pág. 629): Que su régimen es autónomo, por la inexistencia de normas precisas y concordantes, por su naturaleza especial de parte propia y exclusiva de la regulación de la familia; Que la indemnización del daño moral y material que hubiera sufrido el cónyuge inocente constituiría una indignidad, tanto mayor cuanto más entidad tuviera la culpa, destacando la postura concordante de los Dres. Bibiloni y Borda; que nuestra legislación no sanciona pecuniariamente el daño material o moral fundado en el divorcio, cualquiera fuere su causa. Sí impone resarcimiento de una y otra clase en casos de nulidad de matrimonio (arts. 109 y art. 91 del anterior Cap.XIII), con variantes según las hipótesis y nada dice parejamente con relación al divorcio, considerándola tajantemente excluida, "hasta

el punto de que no da margen a debatir interpretativamente el problema" (punto 6, pág. 627); Que resulta erróneo el fallo que origina la nota, que considera incompatible a la legislación argentina, porque no está autorizado el resarcimiento de daños con base en categorías implícitas y no acordados en forma expresa y por no prescribirlo el art. 1078 acerca del divorcio, al que no menciona en forma genérica, ni indirecta ni incidentalmente.

Por la tesis positiva, es de indudable valor docente el fallo de la C.Nac.Civ., Sala C., 17/5/88 (J.A. 1988-III-376), en razón de los Sres. Jueces votantes. El Dr. Jorge H. Alterini, amplía el tratamiento del tema. Cita las posturas negativas como la señalada en el párrafo anterior; expone que el Dr. Alberto Emilio Molinario descartó el resarcimiento en el derecho vigente por ausencia de norma expresa, sin perjuicio de considerarlo conveniente de "lege ferenda" (en Jornadas Australes del Derecho reunidas en Comodoro Rivadavia del 1 al 4 de octubre de 1980). Destaca como mayoritaria la doctrina nacional favorable resarcimiento de los daños unidos al divorcio sobre la base de los presupuestos que señala: que la indemnización se basa en el carácter general de las normas del responder civil contenidas en los arts. 1077, 1109 CC y en relación con el daño moral en el art. 1078, "por advertirse en las causales de divorcio verdaderos actos ilícitos"; es un principio general del derecho la reparabilidad de los perjuicios sufridos y que ello avanza a todos los extremos de la vida comunitaria sin dejar afuera ningún sector, avanzando no solo por hechos dolosos, sino también por hechos ilícitos meramente culposos; consideran reparables

tanto los daños derivados de los hechos constitutivos de las causales de divorcio como los emergentes del divorcio mismo; reitera la cita de las Jornadas Australes de Derecho, el despacho mayoritario de los Dres. Belluscio, Zannoni, Méndez Costa, Kemelmajer de Carlucci y Freytes: "En nuestro derecho positivo son indemnizables los daños y perjuicios patrimoniales y el daño moral que al cónyuge inocente irroga el divorcio. Se entiende por daños tanto los derivados de los hechos o conductas constitutivos de la causal de divorcio, como los que provoca el divorcio mismo". Son los núcleos fundamentales del voto del Dr. Alterini, concluyendo haber tomado partido en los precedentes de la mayoría de la Sala (E.D. 68-442 y 81-581), en cuanto los alcances reparatorios del daño moral, por lo que opta por la tesis afirmativa. El Dr. Cifuentes, por la tesis negativa participa de las enseñanzas del Dr. Enrique Díaz de Guijarro, exponiendo que por la naturaleza del matrimonio, no son comparables las causales de rompimiento en el origen y entraña de la desunión que lleva al divorcio de los cónyuges, con lo que ocurre en otros ámbitos negociales. Dice más adelante (es transcripción parcial y resumida): ¿cómo se podría decir que hay derecho de indemnización al daño moral por la circunstancia de que un cónyuge dejó de amar a otro y lo manifestó públicamente... porque la mujer desatendió al marido... que el marido se mostró indiferente en sociedad, hiriendo las justas susceptibilidades de la mujer? Contesta que esto podría dar causa al divorcio, pero no podría sostenerse que da motivo a daño moral reparable. En resumen entiende que la declaración de inocencia y la contrapartida la de culpabilidad del otro, constituye el desagravio a lo

que constituía una empresa espiritual común, más otras consecuencias, el mantenimiento o pérdida de la vocación hereditaria, deber de mantener el nivel de vida del inocente con eventual obligación alimentaria (arts. 3574, 207, 209 C.C.), derecho a continuar utilizando la vivienda el cónyuge enfermo (arts. 202, 203 C.C.); revocación de las donaciones por el cónyuge que no dio causa al divorcio. El Dr. Cifuentes adhiere en definitiva a la tesis negatoria por la especialidad del matrimonio, si bien deja a salvo los hechos que llevaron al divorcio, cuando ellos tiene una fuerza dañadora muy punzante, una repercusión dañosa que se agrega (insulto público de un cónyuge al otro endilgando inmoralidades muy bajas... adulterio desembozado con un rebajamiento a la dignidad del otro cónyuge...). El Dr. Durañona y Vedia, dados los votos dispares de los colegas preopinantes, destaca en lo inmediato que el suyo lleva la carga de la trascendencia jurídico-social, porque encadenará la serie capaz de formar jurisprudencia interpretativa de la Sala, con lo que se presenta el arduo problema a la hora de inclinarse por una u otra de las posiciones. Después del estudio de las doctrinas opuestas y sus matices, concluye que adhiere a la opinión sentada por el Dr. Alterini, agregando otras consideraciones, que entiende que la objeción más vigorosa negativa al resarcimiento de daños, resulta conforme lo señalan sus expositores, que las normas del derecho de familia poseen caracteres peculiares, v.gr. influencia de ideas morales y religiosas, sujeción a la realidad social, derechos subjetivos que se manifiestan como “derechos deberes” o “poderes funciones”; preponderancia de las relaciones familiares sobre los valores pecuniarios; la

mayor restricción de la autonomía de la voluntad porque sus normas son casi en su totalidad imperativas, aunque sin que prevalezca las teorías que es parte del derecho público, o una tercera rama independiente del derecho privado (cita entre otros Belluscio, "Manual de Derecho de Familia", T. 1, p. 28, n. 10). A las objeciones de las tesis negativa –el Dr. Durañona y Vedia– en cuanto a que existen causas de difícil identificación en su origen por más que alcancen a veces hirientes resultados a los que suelen contribuir ambos cónyuges, o los agravios se infieren en la intimidad, responde que se tratará de un problema de la casuística, del análisis de las pruebas, recordando las hipótesis en que la culpa es de ambos y hasta en los entuertos de poca entidad no acordar indemnización alguna por la máxima que "de lo mínino no otorga el juzgador"; también señala que resulta orientador de la tesis positiva lo acontecido en el derecho alemán, que en su Código Civil anterior al año 1977 no contenía disposición que admitiera los daños causados por el divorcio –cuya exposición de motivos pretendía prevenir que el inocente podría verse seducido a invocar causas mínimas para lucrar con la indemnización, que su fijación sería arbitraria, etc.–, pero donde la jurisprudencia admitió que si la falta del cónyuge culpable que es causa de divorcio "constituye a su vez violación de los principios generales de los hechos ilícitos, el cónyuge víctima tiene derecho a ser resarcido de los daños y perjuicios con independencia de la pensión alimentaria" (cita a los autores Barbero y Belluscio). En otro sector del voto señala que así como no está vedado al cónyuge víctima denunciar o querellar penalmente al culpable de delitos de

lesiones, injurias, adulterio, tentativa de homicidio, etc. y no se vedaría la indemnización correspondiente, tampoco puede concebirse un obstáculo legal en sede civil para la indemnización. Afirma en consecuencia la tesis positiva, en el sentido que si los propios hechos imputables a uno de los cónyuges que merecen sanciones propias del derecho de familia (divorcio por su culpa, separación de bienes, pérdida de la vocación hereditaria, obligación alimentaria, etc.), también reúnen los elementos de los hechos ilícitos, de acuerdo con los arts. 1066, 1067, 1072, 1077, 1078, 1109 y concords., no han de ser excluidos como fuente de la obligación de reparar los daños materiales y morales que tengan relación de causalidad adecuada.

Con los votos de los Dres. Alterini y Durañona y Vedia, el fallo enterior comentado: "L. de P., M. S. v. P., J. C. D.", de la C.Nac.Civ., Sala C., fecha 17/5/88, sentó la jurisprudencia favorable al resarcimiento de los daños y perjuicios unidos divorcio (J.A. 1988-III-376). El fallo, anotado por Jorge Alcides Uliarte, señala en las Conclusiones (pág. 393), que es el tercer caso de jurisprudencia con la tesis favorable al resarcimiento; que el derecho de familia no es extraño a la responsabilidad civil; que el régimen sancionatorio del divorcio se integra de elementos variados, no agotados en la regulación alimentaria; no excluye la posibilidad de reparar el perjuicio causado a través del resarcimiento de los daños materiales o morales resultantes del divorcio o de los hechos constitutivos de las causales; la fuente de reparación del daño moral contemplada en el decisorio reside en la ilicitud del abandono voluntario y malicioso del demandado y en la antijuridicidad del

incumplimiento de sus deberes conyugales; no puede conceptuarse como inmoral que alguien reclame y reciba reparación por los perjuicios sufridos derivados del divorcio o de sus causales y que a fin de evitar los excesos en el accionar indemnizatorio, deberá probarse la existencia del daño y su dimensión.

Otro fallo, C.Nac.Civ., Sala E., 30/10/92 –F., D. A. v. D., E. H.- J.A. 1993-II-327, se expide en sentido negativo al precedente desarrollado, resultando de los puntos 5 y 6 del extracto: "Si el legislador hubiese entendido que correspondía la reparación de los daños y perjuicios en el divorcio, sea por aplicación de la teoría general, fuere por la de la analogía, debió pronunciarse expresamente para concluir con la discrepancia... La razón de principio que sustenta la no admisión de reclamos pecuniarios entre cónyuges, se mantiene incólume".

En el caso precedente, la mayoría la constituye las posiciones negativas, contando con la disidencia del Dr. Dupuis. El voto mayoritario de los Dres. Calatayud y Mirás, que concluyen en la decisión precedente, contienen no obstante valoraciones ampliatorias, que no cualquier molestia genera un daño moral, sino que para ello es necesario que posea cierta entidad; no cualquier violación de un deber marital merece el amparo jurisdiccional a favor del cónyuge ofendido y para que ello ocurra, es menester requerir una "fuerza dañadora muy punzante", una trascendencia de la ofensa fuera de lo común; que las desavenencias de una pareja, sin perjuicio que se manifieste en la conducta ostensible culpable de uno de los cónyuges, proceden de dificultades bilaterales.

A las conclusiones del fallo de la Sala

E. precedente, se agrega la nota a dicho fallo de Mauricio Luis Mizrahi (pág. 338) -autor citado en la sentencia de dicha Sala-. Entiende que agudiza la polémica sobre la cuestión, pues suma una postura denegatoria, cuando la tendencia jurisprudencial prevalecía en sentido inverso, además que el mismo no permite concluir con claridad que la mayoría de la Sala se ha inclinado por la tesis denegatoria. Rechaza por otra parte el Dr. Mizrahi, la distinción entre daños muy graves y menos graves por no tener arraigo expreso en nuestro derecho, siendo en la gradación ("quantum" dice) del monto resarcitorio donde habrá de medirse esa gravedad.

Se dijo entonces de las distintas posturas, las disparidades de las Salas relativas al caso indemnizatorio del daño moral, por lo que se pronuncia en el año 1994 un fallo plenario de las Cámaras de Apelaciones en lo Civil de la Capital, donde por mayoría en voto impersonal dictaminan: "En nuestro derecho positivo es susceptible de reparación el daño moral ocasionado por el cónyuge culpable, como consecuencia de los hechos constitutivos de las causales de divorcio" (C.Nac.Civ., en pleno, 20/9/94 – G., G. G. v. B. de G., S. M. – en J.A. 1994-IV-549). El sumario suma una mayoría de 23 votos (con votación impersonal, sin perjuicio de determinados votantes con ampliación de fundamentos) y una disidencia de 11 votantes (con votos comunes y otros con ampliación de fundamentos).

Con todo lo expuesto, a los fines de la cuestión a resolver, considero que con los avances de la jurisprudencia mayoritaria y eclosión en el fallo plenario citado, permiten, asimismo, al presente

votante adherir a la mayoría opinante y sus fundamentos, entendiendo que su lógica jurídica es justa interpretación de las instituciones comprendidas en el Código Civil, en consonancia con igual temperamento del derecho comparado aludido, declarando que incurrir en las causales que agreden la institución matrimonial constituyen actos ilícitos y se viola el deber general de no dañar –o aún con quienes asimilan la obligación a una responsabilidad contractual o resultante de obligación legal- por lo que en los casos de causalidad adecuada resultarán aplicables los arts. 1109, 1066, 1067, 1072, 1077, 1078 y concordantes del Código Civil (aún si responsabilidad legal por responder a conductas previas, el art. 522 C.C.).

Pasando en definitiva al tratamiento del daño moral vinculado a la demanda de divorcio, sostiene la agraviada en esta Alzada (fs. 254/254vta.), que la prueba ofrecida por su parte, principalmente las contundentes declaraciones testimoniales de A. S., A. I. R., L. E. P., S. E. M. G., S. M. P. de B. y N. F. B., que señalan con énfasis el padecimiento sufrido por la actora al ver terminado su matrimonio de años por el abandono voluntario y malicioso, quien se mostró en reiteradas ocasiones con la Srta. B. E., en conductas demostrativas de una relación amorosa.

El concepto contundencia asumido por la agraviada, debe cotejarse con las ofensas invocadas por la accionante al demandar y luego su prueba, ello es la composición de la trama litigiosa y los alcances pretendidos.

En el Cap. IV que se dedica singularmente al reclamo por daño moral, peticiona se condene al demandado por tal daño, por haber causado a

la cónyuge accionante la “afección al honor y dignidad de la suscripta como consecuencia del comportamiento del demandado, que conllevan a la declaración del divorcio por culpa exclusiva del mismo”.

Se advierte, en consecuencia, que funda la reclamación en el comportamiento del cónyuge demandado, cuya única lógica no queda sino remitida al comportamiento invocado para accionar por las causales interpuestas. El capítulo IV no contiene otras definiciones, resultando los fallos citados de la jurisprudencia que abre el examen de la acción en las demandas de divorcio, punto ya tratado y resuelto favorablemente.

Precisamente el fallo evalúa la conducta del demandado a fs. 226, con base en las testimoniales de la audiencia de juicio, receptando las conductas que describen al demandado en compañía de persona de sexo femenino, visto en la feria de las colectividades y en el aeropuerto local, tomados de la mano; luego en actitud de pareja en oportunidad de entrar en el restaurante “L. T.” en el mes de julio de 2005. Fundamenta con ello la sentencia que tiene por acreditadas las injurias del Sr. P. hacia la Sra. C., faltando a los deberes básicos de respeto, fidelidad, consideración y que la conducta de desplegada por la demandada está dirigida a menoscabar la persona de su cónyuge –dice que la jurisprudencia es unánime al respecto– con lo que de esta manera queda configurada la injuria grave, en el sentido que le otorga la ley de matrimonio (fs. 226/227). Tiene asimismo por probado a esta última foja el abandono del hogar conyugal por la conducta externa del esposo, que se verifica por el mero alejamiento, rechazando como de valor probatorio

por su carácter unilateral el retiro del hogar opuesto por el demandado con fecha 5/3/2005, hecho por el que acompañara la Exposición Policial N° 388/05, de fecha 8/3/2005.

Sin controversia los hechos receptados por la sentencia en razón de la demanda, queda sin sustento la construcción defensiva de la parte demandada a fs. 60, sobre conductas agraviantes de reciprocidad entre los cónyuges o cuando niega la existencia de agravios a la dignidad de la cónyuge actora. Resultan inadmisibles, asimismo -conforme a los antecedentes jurisprudenciales examinados-, que se pronunciaban sobre la postura del Dr. Borda que la indemnización del daño reclamado resulte contrario a la moral y a las buenas costumbres, lo moral y lo justo –dijeron los autores- es enjugar el daño producido mediante la indemnización pertinente y que no sería justo "otorgar a uno de los esposos un derecho a dañar sin responsabilidad" (se citó al Dr. Mosset Iturraspe). Finalmente, el fallo plenario que se opone por la demandada –estudiado en el presente voto- no conlleva los extremos señalados, un supuesto voto mayoritario de ocho camaristas (se señalaron 23 de la mayoría y ll en disidencia). Por otra parte, no se desprende de dicha mayoría el carácter restrictivo ni la llamada exigencia de un daño de gran envergadura. Ya se explicó que el sistema jurídico no parte de la distinción de una clasificación de daños más graves y menos graves, siendo la indemnización resarcitoria que se establezca la determinante de la entidad de los daños.

Expuesta como ha quedado la conducta del demandado, que el fallo dictado resulta congruente a la afirmada contundencia de la prueba, puede confirmarse

la razón de la acción intentada. El contexto fáctico resultante -porque con la salvedad de los hechos la sentencia no analiza desde la perspectiva del daño moral- demuestra que a partir de un contrato de pasantía conformado por el demandado en su empresa con una alumna de la Universidad local, trascendió con ésta a una vinculación amorosa, ostensiblemente expuesta -entre otros- en lugares públicos de esparcimiento y en círculos sociales muy próximos al matrimonio. El menosprecio al vínculo que lo unía a la cónyuge actora resultó así propio de la grave ofensa a la dignidad y los sentimientos -incluso aunque fuera independiente de la intención de injuriar del demandado- si con conductas tan negligentes e imprudentes ponía en absoluta desconsideración al vínculo matrimonial con la actora.

El fallo que en su oportunidad llevara la nota del Dr. Díaz de Guijarro, dictado por la C. 1ª. Civ. y Com. de La Plata, con voto de los Dres. Rezzónico y Ramírez Gronda, expuso: "1. El cónyuge que no sólo ve quebrantada la fidelidad conyugal por las relaciones sentimentales extramatrimoniales de su consorte, sino que ello adquiere estado público dentro del círculo de actuación, sufre un daño moral indemnizable" (J.A.1983-III-623).

Es el consciente estado público que admitía y sumaba el demandado J. M. P. revelado en los presentes autos, infiriendo por sobre el ilícito causante de la injuria y el abandono del hogar conyugal, el daño moral previsto en el art. 1078 C.C. Su reparación no se excluye por la diferencia de causales, ya que siendo procedente la indemnización del daño moral en materia de divorcio, todo hecho que

encuadre en una causal de divorcio es contrario a la ley, resultando el daño moral comprensivo de todas ellas (Conf. citas de los precedentes en el presente voto: Cám. Nac. Civ., Sala C. en J.A. 1988-III-376 y Fallo Plenario, J.A. 1994-IV-549).

Definida la procedencia del daño moral, señala la accionante que queda librada al criterio del Juzgador, concepto que excluye un límite mínimo de $20.000 como se pretende a fs. 47 para ejercitar la facultad. Es el daño inmaterial sufrido por la cónyuge actora por el padecimiento de carácter espiritual, el dolor producido a los sentimientos por las circunstancias propias del caso. La norma del art. 1078 C.C. no define el resarcimiento como una pena, sino desde el punto de vista de la víctima, carácter reparatorio y de compensación o satisfacción por el daño moral sufrido. Es sabido que tal compensación o satisfacción en dinero "no colma por completo el vacío dejado por el daño" (palabras del Dr. Morello en su nota "Carácter resarcitorio y punitorio del daño moral – En pro de una posición funcional", en J.A. 1975, T. 27, pág. 342), por lo que en la determinación se estima ni una suma ínfima ni una excesiva, sino se ejercita la facultad con carácter prudencial. Considero en consecuencia el resarcimiento en la suma de $10.000.

Se peticionan, asimismo, los intereses, que correrán desde la interposición de la demanda y conforme con la jurisprudencia de esta Cámara, a la tasa activa para las operaciones comunes de descuento a 30 días del Banco de la Nación Argentina, hasta su efectivo pago.

Debe revocarse de conformidad el fallo apelado, por una parte, declarando la nulidad parcial

de la sentencia, comprensiva del punto 3°) de la parte resolutiva y condenando por la suma de $10.000, por daño moral, con más sus intereses a partir de la interposición de la demanda.

Costas y honorarios. Por aplicación del art. 279 CPCCCh, debe confirmarse la imposición de costas por mantenerse la condición de vencido del demandado. En esta Alzada, la procedencia del recurso impone el mismo temperamento (art. 68 CPCCCh).

La readecuación de honorarios por la ampliación de las acciones intentadas, deben conjugarse en función de las regulaciones prácticas en primera instancia (fs. 228vta.), por lo que considero, en mérito de los trabajos profesionales realizados, la probabilidad de la efectiva satisfacción del derecho invocado y lo previsto en los arts. 6, 7, 9 y concords. de la Ley 2200, reforma Ley 4335, que deben regularse en primera instancia los honorarios conjuntos de los Dres. N. A. D. y A. G. M., en la suma de $5000 y los del Dr. V. M. C. A., en la suma de $4.000.

En la Alzada, en función de las normas arancelarias citadas y concords., con más el art. 14 de las mismas, considerando el mérito del trabajo profesional y su resultado, propongo los honorarios conjuntos de los Dres. N. A. D. y A. G. M., en la suma de $1.750.

Debe tenerse presente el mantenimiento del caso federal formulado por la parte actora en el memorial de fs. 254/258vta.

A la segunda cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

Voto:

1) Hacer lugar a los agravios

interpuestos por la parte actora a fs. 254/258vta., contra la sentencia de fs. 225/228vta. y revocar parcialmente en la forma que se expone a continuación.

2) Declarar la nulidad parcial de la sentencia de fs. 225/228vta. y en cuanto se refiere al punto 3°) de la parte resolutiva del fallo.

3) Ampliar la parte resolutiva del fallo aludido y hacer lugar a la demanda por daño moral interpuesta por la parte actora G. B. C. y condenando a la parte demandada J. M. P., a pagar a la parte actora -en plazo de diez días- la suma de $10.000 en concepto de daño moral.

4) Revocar las regulaciones de honorarios del punto 5 de la parte resolutiva de la sentencia de fs. 225/228vta. y regularlos de conformidad al considerando respectivo.

5) Costas de la Alzada a la parte demandada, a cuyo fin propongo la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes, de conformidad al considerando respectivo.

6) Tener presente el mantenimiento del caso federal formulado por la parte actora en el memorial de fs. 254/258vta.

A la primera cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Tal como se da cuenta en el voto que antecede y a los fines de evitar meras reiteraciones ha quedado pendiente, en principio, opinar si corresponde admitir la aplicación de las normas generales de la responsabilidad civil en materia de divorcio, circunstancia procesal tardíamente decidida sin fundamentación alguna por la a quo y de modo negativo, lo que conlleva el irregular ejercicio de sus

facultades direccionales y saneatorios del proceso (art. 34, inc. 5°, incs. b y d y 87 del CPr.) y el deber de congruencia al haber permitido la sustanciación de la cuestión que hoy preocupa.

Vale al recto recordar a Osvaldo J. Maffía, en su trabajo: "Sentencias fundadas ¿una especie en extinción?", publicado en ED 205-983 advirtiendo que: "Es preocupante la frecuencia con que, en publicaciones diversas, encontramos asertos con escasa o nula fundamentación. No es que fuesen discutibles, sino derechamente dogmáticos. En libros y artículos que muestran poco respeto por la materia tratada –y ninguno por los destinatarios-, hemos tropezado con afirmaciones rotundas sobre temas harto cuestionados, sin atisbos de argumentación en su abono. Esa despreocupación se agrava cuando la ausencia de razones la vemos, suponiendo que lo ausente fuese visible, en sentencias judiciales que, a diferencia de otras resoluciones- y no sólo por el art. 163 inc. 5, c. Proc. Civ.- valen por los fundamentos que la dignifican". Lo dicho alcanza al punto en cuestión.

En este delicado tema pese a la desmotivación de la sentenciante para fundar su contundente conclusión (p. 3 del fallo), se debió saber que tal como nos informa Néstor E. Solari en su trabajo "El daño moral en el divorcio", publicado en: LL NOA 2006 (setiembre), 901, el tema de los daños y perjuicios en el divorcio se encuentra discutido en nuestro ordenamiento jurídico, pues, la ley no establece normas específicas en tal sentido. Frente a tal omisión, tanto la doctrina como la jurisprudencia se hallan divididas en cuanto a que, para algunos, es posible la aplicación de los principios generales de la

responsabilidad civil, mientras que para otros no serían aplicables dichas normas generales al divorcio.

Para aquellos aún se verifica una variante acorde a la gravedad de la injuria proferida y la magnitud del daño que excede las previsiones legales sancionatorias (ver "El daño moral en el matrimonio, la conveniencia de un nuevo plenario", por Borda, Guillermo J., publicado en: LA LEY 2005-C, 755 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales, 01/01/2007, 773).

Éste ensayo de Borda desbroza los distintos votos que han servido de fundamento a la doctrina judicial plenaria (CNCiv., en pleno, setiembre 20-94 en DT 160-162) impuesta mayoritariamente en la jurisprudencia posterior y a la que adhiero en su pauta genérica y dice: "En nuestro derecho positivo es susceptible de reparación el daño moral ocasionado por el cónyuge culpable, como consecuencia de los hechos constitutivos de las causales de divorcio" (remito a sus fundamentos). Refiere asimismo a la morigeración de la postura opuesta de Zannoni.

Pero debe quedar en claro que este criterio si bien admite la aplicación de los daños y perjuicios de las normas generales de la responsabilidad en materia de divorcio, por los hechos o las causas que dieron lugar al mismo, su viabilidad no surge, por sí misma, de la sentencia que decreta el divorcio —o en su caso, la separación personal—, sino que dicha sentencia otorga la posibilidad al inocente de probar que esos hechos o causas, "además", provocaron un perjuicio susceptibles de reparación.

De esta manera, puede haber habido sentencia de separación personal o de divorcio

vincular, por alguna de las causales subjetivas (v.gr. arts. 202 y 214, inc. 1°, C.C.) y, no obstante ello, entenderse que dichas causas, en el caso, no conllevan un daño susceptible de ser reparado. Es decir, la sentencia de divorcio no implica necesariamente el derecho al resarcimiento por daño moral.

En tal sentido la doctrina afirmaba que en casos de excepción cabrá atender la pretensión de resarcimiento de los daños y perjuicios de un cónyuge contra el otro, pero no será el divorcio en sí, que porta su propia sistemática sancionatoria, la fuente o causa del resarcimiento sino supuestos donde el cónyuge ofensor incurre en un hecho ilícito que lesiona la dignidad o integridad física o moral del otro, de sus derechos personalísimos, protegidos constitucionalmente (conf. Zannoni, Eduardo, "Repensando el Tema de los Daños y perjuicios derivados del divorcio", LL 1994, II, pág. 823).

En definitiva, el proceso de divorcio deja abierta la posibilidad para alegar y probar el derecho de daños al cónyuge inocente.

Así, tal como señala Alejandro F. Bosch Madariaga (h) en su trabajo “Causas múltiples en el divorcio - Daño Moral”, publicado en: LA LEY 2005-E, 842: “...Entendemos que las posiciones extremas suelen tornarse injustas, se necesita un marco de flexibilidad. Con criterio restrictivo y en casos excepcionales cabe la indemnización por agravio moral, no enfocada en la cuantificación económica sino que el beneficio en el resarcimiento está en poner en evidencia una actitud maliciosa, maligna, temeraria, por parte del agraviante, pero estamos hablando de casos que "claman al cielo".

Tal circunstancia invita a adherir a la postura de mi colega en su primer voto en cuanto a la procedencia del tratamiento y la declaración de nulificación parcial del p. 3 el fallo, en razón de todo lo expuesto hasta aquí. Pero ahora corresponde analizar su procedencia, valorando restrictivamente los fundamentos de las causales que han quedado consentidas y si el daño que conllevaron tornan admisible el plus sancionatorio en concepto de daño moral –imprevisible en la norma por su magnitud- y eventualmente su cuantificación.

No le ha alcanzado la prueba a la a quo para fundar la configuración de una situación de adulterio, solo el agravio que produce la relación equívoca con terceros pero sin que tal circunstancia admita un reproche personal y patrimonial que exceda a la prevista en la normativa vigente aplicable al caso, de ningún modo resultaría admisible una doble sanción.

En circunstancias similares se ha señalado que para que tales hechos puedan ser fuente de resarcimiento económico por el dolor sufrido, deben concurrir algunos elementos peculiares de juicio que evidencien, precisamente, que los hechos han acontecido de tal manera que, más allá de ser causal admitida de disolución del vínculo, se han producido en un contexto, o con determinadas particularidades, o en una oportunidad especial, o con tal entidad, etc., susceptibles de herir o dañar de manera tan excepcional que, además de la consecuencia del divorcio, puedan dar derecho a la reparación económica (caso anotado por Néstor E. Solari).

En el caso de autos, entiendo que si bien se ha probado la conducta reprochable del cónyuge,

por la que se llegó al divorcio, lo cierto es que son por sí fuente de dolor y agravio, pero ello tiene su justa sanción al ser receptada como causal de divorcio con la consecuente declaración de culpabilidad del responsable. Y no sería el caso v. gr. de aquellos a que refiere el mismo autor en su trabajo "El maltrato como conducta injuriante del cónyuge", publicado en: LA LEY 2008-F, 512 comentando un fallo de la CNCiv., sala G, 2008/07/14). Y en definitiva la postura que adopto se acerca a la opinión repensada que se lee en el trabajo "Daños y perjuicios derivados de la separación personal y el divorcio vincular" por Zannoni, Eduardo A., 06-02-2008, Cita: MJ-DOC-3352-AR - MJD3352, p. 3-11).

Abundando en el tema a los fines de establecer claramente el precedente particular de quien emite el voto, valen también como argumentos de reflexión de esta opinión restrictiva v.gr. cuando se resuelve que: "Esos supuestos ocurren "cuando los hechos que llevaron al divorcio tiene una fuerza dañadora muy punzante" (Voto del Dr. Santos Cifuentes Cám. Nac. Civ., sala C., L.L. 1988-D-378) son casos graves, que exceden la culpa en el divorcio, e ingresan en el campo del ataque personal, unidos a la culpa pero separables por su consecuencia en el daño a la persona; hechos gravísimos que no permiten "pensar" o admitir la reconciliación porque afectan la calidad de persona del inocente".

Son casos donde se penetra en los dos regímenes, el matrimonial por un lado, que termina finalmente en el divorcio, y el daño a la persona que, al margen del divorcio no puede quedar impune, pues sobrepasa la protección y el derecho que al inocente le

deviene del costado normativo de la familia (ver Abel Fleitas Ortiz de Rosas, "Responsabilidad por daños y perjuicios entre Cónyuges" en "Revista de Derecho de Daños", 2001-2, "Daños en las relaciones de familia", págs. 179 y sgtes. con cita de fallos en nota 32).

Que en tales supuestos la reparación no nace del divorcio sino del "obrar malicioso, de clara y excluyente inspiración nociva hacia el otro cónyuge", como enseña Fleitas Ortiz de Rosas (op. cit., pág. 180, citando fallos de la Cámara Nacional Capitalina).

Ante esos hechos cuya gravedad "excede de la medida habitual, que deben existir tanto objetiva como subjetivamente", se pueden citar por ej., tentativa de homicidio del cónyuge y lesiones, violencias físicas con secuela definitivas al margen de las citadas en la obra de Solari.

Así, Cifuentes incluye los insultos "ante el público de amigos que deriva en escándalo endilgando inmoralidades muy bajas" y el adulterio, en ciertas circunstancias, si es "manifestado, desembozado de modo tal que produzcan rebajamiento ante otros (LL t. 1988, D, pág. 386, voto del Dr. Cifuentes). Algún fallo puso expresos límites en este caso y denegó la indemnización.

En el Derecho comparado el Código Civil Suizo se pronuncia por esa solución aludiendo a los hechos que dan causa al divorcio pero que "han causado una grave afrenta al cónyuge inocente" y concede la reparación del daño al integrante de la pareja ofendido (art. 151, cita del voto de Cifuentes, LL 1988, D, pág. 386 y Fleitas Ortiz de Rosas, op. cit. pág. 180). El sustracto de procedencia de la indemnización consiste en la gravedad de la acción que excede la medida

habitual de la culpa en el divorcio la que queda librada a la apreciación judicial. En sentido similar art. 1453 del Código Civil Griego de 1920, leyes suecas, danesa y peruana (Citas de Cifuentes y de Belluscio, "Derecho de Familia", t. III, 562).

Y se concluye: "La postura que proponemos nos parece que concierta con el principio de equidad, la justicia del caso y nuestro sistema normativo que silencia la cuestión pero sin impedir el resarcimiento (ver v.gr. CCiv. Com. y Garantías en lo Penal de Necochea, 10-04-2007 -"A., L. V. c/ C., J. M. s/ Divorcio Vincular"- Cita: MJ-JU-M-11846-AR - MJJ11846 - MJJ11846).

Por todo lo expuesto considero y llevo al acuerdo la propuesta de nulificar parcialmente el fallo impugnado en su punto 3 por incongruencia, admitiendo la procedencia del tratamiento del daño moral en juicios de divorcio de conformidad con lo dicho en los considerandos pertinentes pero sin que haya prueba fehaciente del daño alegado y en consecuencia desestimar los agravios de la accionante debiendo soportar las costas de la alzada y se tiene presente la reserva del llamado caso federal.

Se difiere la regulación de honorarios al momento del acuerdo en el que se tendrán presente la pautas arancelarias de la ley 2200 y 4335.

A la segunda cuestión el Dr. Alexandre dijo:

1. Declarar la nulidad del punto 3° del fallo de fs. 225/228vta., de conformidad con los considerandos pertinentes.

2. Desestimar la apelación de la recurrente y, en consecuencia, no hacer lugar al

reclamo por daño moral, manteniéndose firme el fallo apelado en todo cuanto fue motivo de agravios sin perjuicio de lo resuelto en el primer punto.

3. Costas de la alzada a la accionante, difiriéndose la regulación de honorarios al momento del acuerdo.

4. Tener presente la reserva del caso federal.

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

1. El fallo y los agravios. Remisión.

Los antecedentes de la causa, los alcances del fallo dictado y los agravios de la actora contra el decisorio en crisis han sido puntualmente descriptos por mis colegas, de modo que a tales consideraciones me remito a fin de evitar repeticiones estériles.

2. Tratamiento de los agravios.

Los vocales que me han precedido en la votación coinciden tanto en calificar a la sentencia como incongruente por falta de tratamiento de una cuestión debidamente introducida al proceso como en los efectos que tal omisión genera.

Tal cuestión es la procedencia de la indemnización por daño moral derivado de los hechos constitutivos del divorcio. Ello así desde que la acción resarcitoria se basa en los hechos constitutivos del divorcio y fue promovida en forma acumulativa con las acción de divorcio.

Estas dos razones obligaban al juez a pronunciarse no sólo sobre el divorcio sino también sobre la acción resarcitoria, ya que ésta no se orienta a la reparación de los daños que provoca el divorcio en

sí mismo. Sólo en este último supuesto la pretensión no puede ser deducida con la acción de divorcio ni resuelta en la sentencia que se dicte en este proceso. Es que, como explica calificada doctrina, "estaría referida a eventuales perjuicios que habrían de producirse después de la separación judicialmente decretada. La sentencia no tendría tampoco el valor de una condena de futuro pues los daños en tal caso son hipotéticos y no han de ocurrir necesariamente" (Bustamante Alsina, "Teoría general de la responsabilidad civil", 8° ed., p. 637).

La cuestión sustancial que nos convoca ha planteado interpretaciones encontradas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia que, en gran medida, han sido expuestas por quienes me han precedido en esta votación.

No considero necesario profundizar el debate para decidir el caso venido en apelación, solo me enfocaré en el punto que considero esencial a los efectos de la resolución de la cuestión. Así, señalo que, en el caso de autos, la actora no ha acreditado un perjuicio a su persona que exceda la conflictiva y consecuencias propias de un divorcio y resulte indemnizable con independencia del mismo.

Este extremo determina el rechazo de la pretensión resarcitoria. Por supuesto esto no significa que la conducta del cónyuge culpable quede sin reproche legal. En efecto, el ordenamiento jurídico contempla sanciones específicas, tanto de naturaleza patrimonial como extrapatrimonial.

Adhiero, entonces, a la solución propuesta en el segundo voto.

3. Costas y honorarios.

Las costas de esta instancia se imponen al actor vencido por aplicación del principio objetivo de la derrota.

Los honorarios de esta instancia se fijan de conformidad con las pautas generales contenidas en el artículo 6, es decir la naturaleza y complejidad de las cuestiones ventiladas, el mérito, la calidad, eficacia y extensión de la labor profesional; la trascendencia jurídica y económica de la cuestión y por aplicación de la escala prevista por el artículo 14 de la ley citada. Por ello propongo la cuantificación de los honorarios de los Dres. N. S. D. y A. G. M., en forma conjunta, en la suma de pesos un mil doscientos.

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

En un todo de acuerdo a lo expuesto, propongo la siguiente fórmula decisoria.

1°) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 230.

2°) Declarar la nulidad del punto 3° de la parte resolutiva de la sentencia de fs. 225/228vta.

3°) Rechazar la demanda por daño moral interpuesta.

4°) Costas de esta instancia a la actora. Regular los honorarios en la forma propuesta.

5°) Tener presente el mantenimiento de la reserva del caso federal efectuada a fs. 258vta.

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

SENTENCIA:

1°) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 230.

2°) Declarar la nulidad del punto 3° de la parte resolutiva de la sentencia de fs. 225/228vta.

3°) Rechazar la demanda por daño moral interpuesta.

4°) Costas de esta instancia a la actora. Regular los honorarios de los Dres. N. S. D. y A. G. M., en forma conjunta, en la suma de pesos un mil doscientos.

5°) Tener presente el mantenimiento de la reserva del caso federal efectuada a fs. 258vta.

6°) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

SILVIA N. ALONSO de ARIET (Presidente)
FERNANDO NAHUELANCA (Juez de Cámara)
JULIO ANTONIO ALEXANDRE (Juez de Cámara)

REGISTRADA BAJO EL nro. 01 DEL AÑO 2009
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVIAS "F"