En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de marzo del año dos mil diez, 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. Fernando Nahuelanca y asistencia de los señores Jueces de Cámara Dr. Julio Antonio Alexandre y Dra. Silvia N. Alonso de Ariet, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"Q., F. R. c/ C., B. E. s/ DIVORCIO VINCULAR", expte. nro. 284/09,** venidos del Juzgado de Familia nro. 2 (expte. nro. 409/08), y atento el resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 205), 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. 164/169? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Que la sentencia de fs. 164/169 por la que se rechaza la reconvención articulada por la demandada, se hace lugar a la demanda decretando el divorcio vincular de las partes por la causal objetiva del art. 214, inc. 2°, CCiv., se declara disuelta la sociedad conyugal, impone las costas al demandado y regula honorarios a los profesionales actuantes, al margen de disponer medidas administrativas, es apelada por la demandada reconviniente a fs. 173, concedida a fs. 174, todo de conformidad con la planilla de

elevación de fs. 189 y a tenor del informe de fs. 191/199.

Del análisis del contenido del memorial, surge en primer lugar, la crítica referida al alcance dado en el fallo al "perdón" confesado en la contestación de demanda, afirmando en su aclaración actual, que no refieren en particular a la inconducta del actor sino a una actitud genérica de vida en razón de sus creencias religiosas y demás circunstancias particulares que no han sido tenidas en cuenta por la a quo y que, de lo contrario, no hubiese reconvenido por las causales que le imputa.

El segundo, tercero y cuarto agravio guardan relación con lo expuesto precedentemente en el sentido de que no existió perdón y refiere a prueba que acredita la imputación de referencia. Avalarían su pretensión de revisión los dichos testimoniales que transcribe y la presunción que conllevan.

En el quinto agravio disiente con el tratamiento y las conclusiones de la sentenciante en cuanto a la apreciación de los elementos obrantes en autos que refieren a la causal de injuria imputada en la reconvención a su esposo. Avanza en igual sentido en el sexto agravio relacionando actitudes ciertas y probadas que contribuyen a dar certeza a ambas causales a los que se suma el abandono voluntario y malicioso sustrayéndose a los deberes de asistencia material y moral, continuando sus argumentaciones en torno a ésta última causal a partir del año 1995 y sin que medie explicación alguna. Tampoco ahora justificó de modo alguno su alejamiento (ver 9° agravio).

Es en el octavo agravio en el que alega en contra de las consideraciones del fallo en cuanto a

la imprescriptibilidad de las causales de divorcio y en el décimo insiste en la necesidad no tan solo de revocar el fallo de conformidad con lo expuesto, sino también fijar una cuota alimentaria a favor de la recurrente y que cubra sus necesidades básicas en función de razones que alega. El décimo primer agravio refiere a la imposición de costas para el caso de que prospere su queja.

La amplitud del requerimiento actual obliga a una profunda revisión de lo actuado (arts. 280 y 281 CPr. cf. DJ) confrontándolo con las consideraciones del fallo y la prueba adquirida en la causa.

Así, volviendo al inicio, el accionante a fs. 8/8vta. afirma en el p. II que el 25 de noviembre de 1995 interrumpieron la vida familiar, separándose de hecho, por existir serias diferencias que hacían moralmente imposible la continuidad de la cohabitación. Habiendo trascurrido doce años sin voluntad de reconciliación.

Contrariamente, la demandada a fs. 41/47 niega algún acuerdo de separación manifestando que la causa de la misma le es exclusivamente imputable a la conducta de su cónyuge configurando, en consecuencia, las causales de adulterio, abandono voluntario y malicioso e injurias graves, da cuenta de sus dichos y ofrece pruebas.

Obra a fs. 53/54, la contestación de la reconvención en la que tras una mera negativa genérica de cada uno de los hechos imputados, reitera el consenso en la ruptura que encontraría su aval en la pasividad de las partes tras largos años de separación y continuidad de la asistencia material sin mayores

precisiones a las que previamente la reconviniente había calificado como de importes miserables que no cubrían las necesidades básicas a más de otras consideraciones referidas a tal ayuda (fs. 44v./45).

Así, y confrontando los antecedentes obrantes en la causa la a quo comienza a evaluar la conducta del esposo, a la luz de las imputaciones que le formulara la reconviniente, valorando de manera inadecuada el noble sentimiento expresado por ésta última a fs. 42, p. III, 3er. párr., esto es, no vale confundir un modo de vida y compresión familiar –máxime en estos tiempos en las que parece imperar la intolerancia- con la presunción de perdón por toda ofensa recibida, más allá de las actitudes que puedan asumirse, cuando en el siguiente punto se afirma de modo contundente, a los efectos de que el ofensor sufra las consecuencias de su accionar, que ha incumplido todos y cada uno de los deberes consagrados en el art. 198 CCiv., durante el transcurso del vínculo, siendo el único culpable de la ruptura y posterior separación de hecho del matrimonio. Perdonar implicaría renunciar a ejercer los derechos que la ley le otorga en caso de no ser culpable, olvidando, la sentenciante que los deberes del matrimonio no se desvanezcan con independencia de la voluntad de las partes, como si resultaran afectados por una especie de presunción de caducidad, o una renuncia tácita. Acerca de este último aspecto, habría que tener presente que "la intención de renunciar no se presume, y la interpretación de los actos que induzcan a probarla, debe ser restrictiva" (art. 874 del Código Civil).

Lo que sin duda se impone es la prueba de cada aserto pero nunca diluir las conductas

ofensivas por un presunto perdón jamás exteriorizado.

Aquella certeza decisoria de un "perdón" cuasi eximente de responsabilidad, obliga, en consecuencia, a colegir el desinterés por hurgar en profundidad las consecuencias ofensivas de aquellas conductas supuestamente toleradas por la ofendida.

En principio y contrariando tal supuesto, luego de un largo silencio, ante el intento de legitimación del alegado consenso se alza la recurrente solicitando que se resuelva de conformidad a los datos adquiridos en la causa, aportados fundamentalmente, gracias a su diligente empeño probatorio.

Así, no pueden desestimarse en bloque y con tanta ligereza, declaraciones testimoniales -no impugnadas, pese a la oportunidad procesal de hacerlo-, que informan al tribunal, respecto de conductas altamente ofensivas, en cuanto al deber de fidelidad, antes e inmediatamente después del cese de la convivencia, con precisión respecto a circunstancias de persona, tiempo y lugar. Sí, puede acordarse, en cuanto a la entidad de la ofensa, que no alcanza para configurar el adulterio, pero alcanza para acreditar una relación equivoca y pública que afectó la fidelidad debida y el honor de la ofendida y que sin duda alguna sobra para completar toda exigencia normativa, jurisprudencial y doctrinaria respecto a la configuración de la injuria grave (ver, v. gr., "Vinculación con un tercero y conducta injuriosa del cónyuge" por Solari, Néstor E., publicado en: LA LEY 17/09/2008, 7).

Y no es todo, el aporte de tales declaraciones –F., Z., M., P. y T.– precisa y en muchos

datos concordantes, no impugnados, sin oposición argumental y menos aún probatoria, por la cómoda posición asumida durante el transcurso de la litis por el accionante, enancado en una presunta prescribilidad causal por el mero paso del tiempo, destruyó toda alegación posible respecto del declamado consenso ruptural (ver, v. gr., "El abandono, el adulterio, y la importancia de los deberes matrimoniales" por Mazzinghi (h.), Jorge Adolfo, publicado en: LA LEY 2008-E, 330).

Además, es importante destacar que el fallo no hace referencia a una conducta reprochable de la esposa que podría justificar, en ese caso, el abandono del marido. En consecuencia premia su silencio y castiga la de la accionada.

Y aún cuando por algún flujo de empatía se puedan aceptar, dentro de lo razonable las nuevas corrientes doctrinarias, obstan a su recepción, primero que las causales en cuestión se configuraron durante la convivencia y en segundo lugar que resulta inadmisible forzar la letra de la normativa vigente sin contemplar las consecuencias del inmerecido perdón en el resto de los derechos y obligaciones en juego, no puede el juez cambiar de rol so pretexto de adaptar la letra de la ley a lo que debería ser de conformidad a las exigencias de los tiempos que corren, a lo sumo interpretar con amplio criterio y aún atendiendo a las pautas de equidad, pero no más.

El autor citado precedentemente, en su nota a un fallo de análogas características al que me ocupa, en párrafos que van en línea con mi opinión señala: "La sentencia que comento muestra, al respecto, un criterio de tolerancia excesiva. Si las dificultades en la convivencia constituyeran una justificación

suficiente para el abandono, estas mismas dificultades también deberían justificar las injurias o el trato desconsiderado de uno de los cónyuges en perjuicio del otro".

"Por este camino, las causales de divorcio correrían el riesgo de convertirse en letra muerta. Porque el autor del abandono podría aducir la situación crítica del matrimonio para excusar su deserción, el responsable de las injurias y de los malos tratos se escudaría también en el deterioro de la convivencia, y hasta el responsable de la infidelidad o del adulterio podría pretender atenuar la ilicitud de su conducta con el pretexto de que la relación matrimonial atravesaba por un mal momento".

Y sigue: "El fallo de la Excma. Cámara trata el abandono con una blandura exagerada. Aunque reconoce que "el mero transcurso del tiempo... resulta, en principio, ineficaz para desplazar el carácter voluntario y malicioso del abandono" —lo cual es cierto—, termina por aceptar que la prolongada separación entre las partes constituye "un serio indicio de la intolerancia que existía entre los cónyuges".

"El argumento resulta poco convincente. Porque el abandono debe valorarse en el contexto de la situación que imperaba cuando se produjo y no en función de la duración más o menos prolongada de sus consecuencias".

"Las razones que pudieron determinar que el cónyuge abandonado dilatara más o menos la invocación del abandono como causal de divorcio no constituyen de por sí un atenuante para la actitud de quien decidió —en una ocasión más reciente o más

remota— desertar del hogar”.

“Mucho me temo que la consideración del abandono que se realiza en la sentencia en lugar de reforzar la necesidad de observar los deberes matrimoniales, termine por debilitar —más todavía— la importancia del vínculo conyugal”. Esta última referencia, en mi opinión, mucho más valiosa que la de adherir por mera simpatía con atrayentes postulados doctrinarios sin dar soluciones integrales a las consecuencias del cambio legislativo que promueven.

Para finalizar, recuerdo que, de conformidad a lo opinado y propuesto al acuerdo, reiteradamente se ha dicho que la “pasividad” guardada por el abandonado no menoscaba su inocencia en el divorcio. El cónyuge que aparece como sujeto pasivo de la transgresión ajena ve configurado a su favor el derecho de ejercitar la pretensión para obtener en el juicio de divorcio la sanción del trasgresor. Es un derecho potestativo que podrá ejercer o no según su titular lo decida libremente, sin que pueda imponérsele su ejercicio bajo la amenaza de una eventual sanción por omitirlo" (ver, v. gr., CNCiv., Sala H, agosto 24-2005, El Derecho, fallo n° 54-122). Tal doctrina se inscribe en una línea razonable, pues, de lo contrario, se estaría creando una suerte de plazo de prescripción que la ley no prevé.

En cuanto a la insistencia respecto de la fijación de una cuota alimentaria entiendo que resulta extemporáneo por prematuro y además no es la vía procesal adecuada, tal como bien se señala en el fallo y sin que tal argumento central desestimatorio haya sido rebatido por lo que queda alcanzado por la sanción del art. 269 CPr. cf. DJ.

No obstante lo dicho recordaré antecedentes de la doctrina judicial que señalan, v. gr., que si no se ha intentado una acción de divorcio o separación personal, la circunstancia de que los cónyuges se encuentren separados de hecho desde hace más de cuatro años, no es argumento suficiente para resistir el establecimiento de una cuota provisional. Pues la separación de hecho entre cónyuges no modifica por sí el estatuto legal indisponible que rige las obligaciones recíprocas entre ambos (ver Id. vLex: VLEX-35106361, con cita de Jorge H. Alterini; cita de ED 17/09/01, pág. 5 y CNCiv., Sala C, 12-06-01, citar: elDial - AE16DD).

Y es que la procedencia de la acción de alimentos requiere, por la incidencia que sobre materia alimentaria tiene, la declaración de culpabilidad de uno de los cónyuges, pues declarada la culpa de uno de ellos, el otro tiene carácter de inocente y puede reclamar los alimentos conforme lo dispuesto en el art. 207 del CC".

Así, este presupuesto de admisibilidad de carácter subjetivo de la acción de alimentos, debe provenir necesariamente de una sentencia firme (arts. 217, 206, 207 del CC).

Por lo expuesto y como consecuencia de proponer la revocatoria del fallo de los puntos 1, 2, 5 y 6, al haberse acogido parcialmente el recurso de apelación articulado por la demandada reconviniente, y como consecuencia desestimar la demanda y hacer lugar a la reconvención, decretando el divorcio vincular de las partes, pero por exclusiva culpa del accionante por las causales de abandono voluntario y malicioso e injurias graves (art. 214, inc. 1°, en razón de los arts. 202,

incs. 4° y 5°, y concs. del CCiv.) y debiendo recurrir por el modo y las vías pertinentes a los efectos de la fijación de una cuota alimentaria. Así, las costas de ambas instancias, por aplicación del principio contenido en el art. 69 CPr. cf. DJ, le deben ser impuestos al accionante reconvenido, difiriéndose la regulación de honorarios al momento del acuerdo en el que se tendrán en cuenta las pautas de la ley de aranceles profesionales (ley XIII N° 4 del DJ).

A la segunda cuestión el Dr. Alexandre dijo:

1.- Acoger parcialmente los agravios de la apelante y, en consecuencia, revocar el fallo de fs. 164/169 en sus puntos 1, 2, 5, y 6, rechazando la demanda y haciendo lugar a la reconvención, y en consecuencia se decreta el divorcio vincular de B. E. C. y F. R. Q., por exclusiva culpa de éste por haber incurrido en las causales de injuria grave y abandono voluntario y malicioso todo previsto en el art. 214, inc. 1°, en función de los arts. 202, incs. 4° y 5°, y concs. del CCiv.

2.- Las costas en ambas instancias pesan sobre el accionante reconvenido y se difiere la regulación de honorarios al momento del acuerdo.

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 los datos de la interposición del recurso han sido expuestos en el voto que antecede y a tales consideraciones, en principio, me remito. Ello, sin perjuicio de adelantar que disentiré con la solución

que propone el colega preopinante.

2. Tratamiento de los agravios.

2.a. Consideraciones previas.

Estimo pertinente precisar que el actor inició demanda por divorcio fundada en la causal objetiva de separación de hecho por más de tres años y que la esposa, al contestar el traslado respectivo, reconvino para que se decretase por su culpa exclusiva por las causales de adulterio, injurias graves y abandono voluntario y malicioso del hogar. Sostuvo que el "único responsable" de la ruptura matrimonial cuyas consecuencias sufrieron ella y sus hijos, entonces menores de edad, fue su esposo. A su turno, cuando el actor evacua el traslado de la reconvención, después de negar los hechos sostenidos por la demandada, refiere que la separación sobrevino de común acuerdo.

Conforme lo expuesto, una primera lectura de la causa permite avizorar que la relación procesal quedó trabada, en términos estrictamente formales, del modo siguiente: la pretensión del esposo de decretar el divorcio por la causal objetiva de separación personal (14 años) de los cónyuges sin voluntad de unirse y por el plazo que prescribe el inc. 2° del art. 214 del Cód. Civil y, por la otra, la de la cónyuge de que se lo haga por culpa exclusiva de su esposo, por las causal del inc. 2° del art. 202 del mismo cuerpo legal, alegando que sólo el esposo dio causa a la separación.

En cuanto a las causales subjetivas invocadas por la reconvincente no es dable soslayar que el debate propuesto se retrotrae a hechos acaecidos hace mucho más de una década; extremo que se proyecta en el examen de la configuración de las causales

invocadas como demostraré al dar puntual tratamiento a los agravios.

b. La causal de adulterio.

La recurrente se agravia por el rechazo de la casual de adulterio. Concretamente sostiene que la decisión de la jueza tiene como sustento una equívoca interpretación de una frase contenida en la contestación de la demanda "el perdón de la inconducta del actor" y que dista mucho de lo manifestado y probado en autos (primer agravio). Insiste (segundo y tercer agravio), en que se acreditó que el actor tuvo aventuras amorosas durante "la convivencia familiar" (sic), repasa los testimonios y concluye afirmando que el esposo violó de manera reiterada y sostenida en el tiempo el deber de fidelidad, y que "el hecho a juzgar debe situarse entre el año 1991 a 1995 y no como sentenció el a-quo, después del año 1995 como si el paso del tiempo hubiere purgado las penas" (sic). Realiza finalmente consideraciones acerca de la trascendencia del derecho-deber fidelidad.

La impugnación parcializada y por momentos confusa del rechazo del adulterio deja sin crítica la conceptualización de la causal que ha constituido el punto de partida del razonamiento de la jueza. En efecto, con suma corrección la magistrada señala que el adulterio es la unión sexual de uno de los cónyuges con quien no es su esposo o esposa, sea esta unión de carácter permanente u ocasional.

Partiendo de esta definición que puntualiza cuáles son los presupuestos de hecho que configuran la causal, fácil es colegir que los testimonios que se ocupa de transcribir la recurrente no aportan fuerza de convicción suficiente para

tenerlos por probados.

Por lo demás la crítica respecto a la equívoca interpretación del perdón queda enervada, no sólo por la manifestación efectuada en la demanda que hoy se pretende con contenido distinto, sino fundamentalmente por la actuación de las letradas en los autos. Justamente, las posiciones n° 31 y 32 efectuadas por las profesionales en la audiencia de vista de causa de conformidad con el pliego oportunamente presentado –fs. 159/160-, contradicen abiertamente la interpretación que hoy se pretende. En la posición n° 31 se sostuvo que en el matrimonio "siempre" ha tenido relaciones extramatrimoniales y a renglón seguido se afirmó "La Sra. C. siempre lo ha perdonado en sus infidelidades". La claridad de las posiciones me exime de mayores comentarios desde que el hecho afirmado en cada una de ellas como así también en las posiciones 39, 40 y 41, dan sustento fáctico y normativo a la conclusión de la jueza de grado.

No desconozco que, en principio, toda relación sospechosa o vinculación equívoca de uno de los cónyuges con un/a tercero/a constituye injuria grave, en especial cuando existen exhibiciones públicas, que aunque no alcancen el grado de certeza y gravedad para afirmar un adulterio, son suficientes para acreditar la causal que establece el art. 202, inc. 4, CCiv. (ver, v.gr., CNCiv., sala A, 11/08/99- A.C., L. v. S., E.G. - Rev. JA de julio 26-2000, n° 6204, pág. 48, con cita de Llambías, J. J., "Código Civil anotado", t.I, coment. art. 67 ley 2393, p. 593 y JP citada en los nos. 133, 134, 135 y 136).

Ahora bien, esa conducta de hace más de dos décadas (20, 25 años según los dichos del testigo

T. que es quien ha dado mayor cantidad de “detalles” de tales exhibiciones) no puede fundar un juicio de reproche actual. Ello así porque es evidente que existieron reconciliaciones –el perdón al que refiere la jueza- anteriores al año 1995 y, con posterioridad a esa fecha la pasividad de la esposa -por los motivos que fueran- implica una tácita aceptación de la situación irregular de vida desunida. El juicio de reproche, en el ámbito de las causales subjetivas debe tener un límite temporal y en el caso han pasado casi tres lustros de los hechos; ergo, no es razonable su introducción en el marco de un divorcio controvertido.

El quinto agravio referido a las injurias por malos tratos (“en dos o tres oportunidades la sacó de la iglesia” con malos tratos), con base en las consideraciones precedentes, tampoco prosperará.

El sexto agravio se vincula con la valoración de la prueba y dado que vuelve a repetir consideraciones ya efectuadas, me remito a las anteriores reflexiones.

Los agravios individualizados como séptimo, octavo y noveno se vinculan el rechazo de la casual de abandono voluntario y malicioso.

Huelga recordar que para la configuración de esta causal se 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. En efecto, lo reconocen las partes y lo corroboran los testigos: el quiebre definitivo de la convivencia se produjo en el

año 1995.

Ahora bien, no sucede lo mismo con los elementos subjetivos y, no ha podido la recurrente demostrar el desvío lógico del discurso judicial. En el caso, existen hechos reveladores de la existencia de una separación de hecho convenida tácitamente por ambos cónyuges. El cese de la convivencia, aun cuando sea atribuido a la conducta inicial del esposo se consolidó en el tiempo por la conducta de ambos. Repárese que no se trata de un par de años, ni siquiera de un lustro; estamos refiriéndonos, como ya he puntualizado, a catorce años.

Justamente, en la ponderación de la conducta de la esposa son relevantes dos aspectos plenamente probados: conocimiento del alejamiento e inacción.

En tal contexto fáctico es plenamente aplicable el criterio sustentado por la magistrada que encuentra sustento doctrinario y jurisprudencial mayoritario. Así que sostiene que aun cuando la separación pueda considerarse unilateral, porque la opera uno de los cónyuges contra la voluntad del otro, puede convertirse en bilateral cuando el abandonado adhiere luego a la separación revelando con su conducta que la acepta. (cf. Escribano, Carlos: "La culpa en el divorcio y la culpa en la separación de hecho", L. L. 1988-D, 1066; ídem, CNCiv., Sala M, 30/9/1994, ED 163-243 y esta Sala en Sentencia n° 16/2007, por mayoría).

Los extremos reseñados sumado a la inactividad del cónyuge abandonado durante tantos años permiten concluir que ha sido copartícipe del estado de separación de hecho, en condiciones tales que permiten inferir la existencia de un acuerdo de voluntades

respecto del alejamiento del cónyuge que, al margen de la discusión sobre la culpa de su origen que fue finalmente aceptado por ambos.

Justamente este último extremo, puesto en consideración de la jueza de grado, al sostener la reconviniente que fue el esposo quien dio causa a la separación (o lo que lo mismo: que no le es imputable la separación de hecho) nos autoriza a introducirnos en las previsiones del artículo 202 del Código Civil.

Sostiene la maestra Grossman que la mentada norma "crea un figura heterogénea construida de modo tal que permite, por una parte, decidir la separación o el divorcio por el hecho objetivo del cese de la convivencia y, por la otra, a quien no dio causa a la separación de hecho, dejar a salvo los derechos acordados al cónyuge inocente" (autor citado ED-158-452).

Así, los hechos de la causa a los que me he referido demuestran que no existió responsabilidad de la esposa en la interrupción de la vida en común, corresponde, por lo tanto, dejar a salvo sus derechos como cónyuge inocente en los términos del artículo 202 del Código Civil al que nos remite el artículo 214, inciso 2°, del mismo ordenamiento.

Por todo lo expuesto, corresponde el acogimiento parcial del recurso; se mantiene la declaración del divorcio por la causal objetiva pero se dejan a salvo los derechos de la cónyuge inocente B. E. C.

3. Ahora bien, atendiendo que estamos frente a un proceso de familia, valorando la compleja situación del presente caso y teniendo presente que la atribución del hogar conyugal a la Sra. C. integró el

objeto de la litis, que no fue controvertida por el actor, más allá de la omisión de la representación letrada de la recurrente, es de estricta justicia pronunciarse sobre tal cuestión.

Así, teniendo presente que el actor reconvenido, al contestar el traslado de las pretensiones de la demandada-reconviniente expresó a fs. 54, que ni remotamente está en su ánimo "privar a la demandada de la ocupación de la vivienda de mi propiedad", corresponde dar eficacia jurisdiccional a tal declaración.

5. Costas y honorarios.

En función de lo expuesto, las costas de ambas instancias se imponen en el orden causado, atendiendo al resultado y naturaleza del proceso.

Los honorarios de primera instancia se fijan de conformidad con las previsiones de la ley XIII, n° 4 en la suma de pesos tres mil para cada representación letrada.

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 novecientos.

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

1°) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada-reconviniente a fs. 171.

2°) Modificar parcialmente la sentencia de fs. 164/169 revocando el fallo parcialmente y declarando el divorcio vincular de las partes nombradas

en la sentencia por la causal del art. 214, inc. 2°, del Código Civil, sin perjuicio de los derechos del cónyuge inocente B. E. C. y con los restantes alcances de los considerandos pertinentes.

3°) Tener presente la atribución del hogar conyugal a la Sra. B. E. C..

4°) Costas de ambas instancia en el orden causado.

5°) Regular los honorarios profesionales de conformidad con lo señalado en el considerando respectivo.

A la primera cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

Como se señala en el presente acuerdo, la sentencia rechaza la reconvención interpuesta por la parte demandada por las causales de adulterio, injurias graves y abandono voluntario y malicioso (art. 214, inc. 1, en función del art. 202, incs. 1, 4 y 5, CC). En el punto siguiente hace lugar a la demanda y declara el divorcio vincular de los cónyuges F. R. Q. y B. E. C., por la causal objetiva del art. 214, inc. 2°, del Código Civil. A continuación declara disuelta la sociedad conyugal al día 8/9/2008, sin perjuicio de terceros (art. 1306 CC). Regula honorarios.

Apela la demandada reconviniente a fs. 173 y el recurso se concede a fs. 174.

Llegados los autos a la Alzada expresa los agravios la apelante que mis pares refieren y que en consecuencia se resumen: en el primero, que el perdón de referencia en el fallo dista mucho de lo probado en autos y transcribe dicho de testigo y que más allá de lo expresado, se deberá considerar la reconvención; que no puede entenderse que ha perdonado

la conducta infiel. Segundo, afirma que las expresiones del fallo resultan poco claras en cuanto a la contraposición de la conducta anterior con la actual y la recurrente interroga dónde está la contraposición, si ha sido la conducta del reconvenido el que abandonó a la familia, tuvo aventuras y refiere el dicho de testigos y vuelve a preguntarse si existe otra posibilidad de prueba de adulterio que los testimonios que señala. Tercero. Critica la sentencia porque afirma la sentencia que no se aporta prueba que acredite la causal invocada y en contra de tal opinión destaca el dicho de la testigo Z., cuando dice que el Sr. Q. presentó a su pareja como su señora, agregando que los testimonios aportados demuestran que el reconvenido llevaba una doble vida; que se ha visto al mismo acompañado por P.; otro, con mujeres, con una señorita; que C. se fue de su casa; B. pedía por su matrimonio en el cual su marido se había retirado de su casa. Cuarto agravio. Advierte que es lógico que el quiebre matrimonial lo produjo Q., que abandona a la Sra. C., porque se fue a vivir con U. en el año 1991; que es indiscutible que el Sr. Q. incumplió el deber de fidelidad, señala conceptos de doctrina. Considera que la sentencia no toma en consideración las pruebas, que el actor no ha probado el divorcio objetivo ni alegado pruebas para desvirtuar lo realmente acontecido. Quinto agravio. Se refiere a la causal de injurias graves, que en dos o tres oportunidades –dicho del Sr. T.– la sacó de la iglesia tratándola con palabras obscenas. Sexto agravio. Critica nuevamente la concepción de la sentencia por entender que en el juicio existe orfandad probatoria y se pregunta si no constituye injuria agrave haber probado la doble vida, mientras tenía su

familia tenía una vida paralela. Séptimo. Impugna el criterio del silencio de la esposa por el que la sentencia estima la aceptación de la separación de hecho. Afirma que el la Sra. Juez yerra en el análisis, porque no tiene en consideración los testimonios de autos, siendo que Q. no solo mientras duró la convivencia incumplió los deberes maritales, sino que en el año 1995 se fue del hogar conyugal. Alude al valor de la prueba testimonal. Octavo agravio. Cuestiona nuevamente el tema del silencio y sostiene que el transcurso del tiempo no hace desaparecer las causales de divorcio. Noveno. Se refiere a la carga del deber de probar de quien se aleja del hogar conyugal, que el actor no ha probado ni ofrecido probar el porqué de su retiro. Décimo. Peticiona que al revocar la sentencia, e imponer la culpa al accionante, se condene asimismo por una cuota alimentaria del 25% de los ingresos. Décimo primero. Apela la imposición de las costas, que se impongan a la actora reconvenida por las razones que señala y que sean ejemplificadoras.

Tratamiento de los agravios.

Consideraciones previas. El análisis de las causales invocadas por los cónyuges irrogan, frente a la causa objetiva accionada por la parte actora F. R. Q., fundada en la separación de hecho sin voluntad de unirse por un tiempo continuo mayor de tres años, prevista en el art. 214, inc. 2°, Cód. Civ. y las de carácter subjetivo reconvenidas por la demandada B. E. C., adulterio, injurias graves y abandono voluntario y malicioso del hogar (art. 214, inc. 1°, en función del art. 202, incs. 1°, 4° y 5°, del Código Civil), la reubicación de la litis en la segunda oración del inc. 2° citado, "…con los alcances y en la forma prevista en

el art. 204”.

Ello, sin perjuicio de señalar que con la Ley 23515, la separación de los cónyuges importa o un caso de separación personal o un caso de divorcio vincular, ésta la acción incoada en autos y que puede ser intentada por cualesquiera de los cónyuges conforme con el art. 214, inc. 2°, CC, incluso por el culpable de la separación, pero la norma deja a salvo sus derechos.

Es la trama del presente juicio, contra la simple invocación de la causal objetiva, la cónyuge demandada contrapone causales subjetivas que pueden encuadrar en la normativa citada.

Conforme lo señala la jurisprudencia, la actitud de esta puede o ser pasiva, al margen que admita o no la ruptura conyugal voluntaria, o “puede optar también por formular su propia pretensión por vía de reconvención alegando las causales subjetivas del art. 202 del mismo Código” (C.Nac.Civ., Sala A, 12/10/90 – M., O. A. v. C. de M., A. – en J.A. 1991-II-415). Con la Ley 23515, el sistema se proyecta, como lo señalan los autores –Belluscio, Bossert y Zannoni– que el cónyuge demandado, cumplido el plazo legal de separación de hecho no podrá oponerse, más, si es inocente, podrá alegar y probar su inocencia, para que la sentencia deje a salvo sus derechos. En este caso lo deberá hacer por la vía de la reconvención: “Quien pretende que existe culpa excluyente del otro cónyuge, cuando es demandado por separación personal o divorcio vincular, debe reconvenir por algunas de las causales del art. 202 del Código Civil” (cf. ”Separación de hecho prolongada entre cónyuges- art. 204 del Código Civil”, de Luz M. Pagano y Reinaldo Antonini, en JA,

1990-III-789).

En examen de las alegaciones señaladas (los alcances del inc. 2, art. 214 y art. 204 CC), la reconvención interpuesta por la parte demandada, el primer agravio acusando a la accionante de haber incurrido en la causal de adulterio (art. 202, inc. 1°, CC), deviene el presente con acuerdo por mayoría la inexistencia de la prueba de la causal, con lo que se tornan innecesarias otras consideraciones.

No obstante, con el segundo agravio y tercer agravio, estimo justa la queja de la recurrente, ya que, en efecto, los dichos de los testigos dejan concordancia en la visualización del actor en lugares públicos acompañado por P. U. Como se ha conceptualizado, sin los dichos de los testigos no alcanzan para probar el adulterio, son suficientes para acreditar la causal del art. 202, inc. 4°, del Código Civil.

Con lo expuesto, sin perjuicio de lo ya señalado respecto a la procedencia de la causal objetiva –las partes reconocen la separación en noviembre de 1995 dice la actora (fs. 8) y contesta la demandada el alejamiento definitivo a fines del año 1995 (44vta.)– la causal por la que se accionada debe dejar a salvo los derechos de la parte demandada como cónyuge inocente (cf.: "En los términos del art. 214, inc. 2°, del Cód. Civil, quedan incluidos tanto la separación decidida por ambos cónyuges, como el abandono de hecho de uno de los esposos, de modo que la prueba de este último extremo sólo puede tener el alcance de dejar a salvo a favor de la esposa los derechos que se acuerdan al cónyuge inocente, pero sin impedir que se decrete el divorcio vincular (SC. Buenos

Aires, fallo 43.579, fecha abril 30-1991 – I., F. L. c. R., A.).

Los agravios cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo, en cuanto inciden en la injuria grave se corresponden con lo concluido precedentemente. En tanto se acusa el abandono del hogar como voluntario y malicioso, es claro no se reúnen las exigencias totales de la causal, ya que como se argumenta la actora demostraba con anterioridad al matrimonio un comportamiento autoritario dentro del hogar, en tanto externamente se veía acompañado "en diversas situaciones, con mujeres, que no era su esposa y con una actitud contraria al de un buen marido y buen padre de familia" (fs. 196).

Es evidente la quiebra matrimonial revelada por la actora, con lo que el retiro del domicilio conyugal no resultó inopinado ni sorpresivo.

Ya en otros fallos de esta Sala se ha destacado que con la Ley 23515 se ha operado una evolución legislativa adecuada al derecho moderno que en materia de divorcio ostentan los países europeos y americanos, ello es la búsqueda de un realismo tendiente a obtener un sinceramiento de las uniones matrimoniales, que valora necesario para la salud social y que no tiene interés en mantener matrimonios que solo existen en apariencia, con lo que la calificación del abandono en voluntario y malicioso de la demandada reconviniente B. E. C., no encuadra en el caso planteado. Adviértase lo que señala la jurisprudencia: "La permanencia de los cónyuges bajo un mismo techo carece de significación para la ley cuando no existe una vocación por la comunidad de vida (C.Nac.Civ., Sala J., fallo del 10/10/2002)". Son los

conceptos que vierte en su voto el Dr. Mauricio Luis Mizrahi en los autos: KL.452.735 "Y.A.M. c/ V.D. s/ Divorcio" de la C.Nac.Civ., Sala B set/2006 (el dial.express15438 de fecha 10/112/2006), criticando la aplicación de fórmulas abstractas (en el caso jurídica), cayendo en un excesivo formalismo que aparta al derecho de la realidad. Concluye el magistrado, luego de citar la opinión concordante de la Dra. Kaller de Orchansky del Superior Tribunal de Córdoba –Sala Civil y Comercial– fallo de fecha 20/2/1996 – LLC, 1996-1227, que la presunción del abandono de 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 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.

Todo, sin perjuicio de agregar no prosperan los agravios y jurisprudencia citada en cuanto se sostiene que el tiempo no hace desaparecer las causales de divorcio, afirmación genérica pero inadmisible desde que la propia ley determina la causal de divorcio por transcurso del tiempo y cerrado el camino a la amplitud interpretativa que se pretende en la causal de abandono. Por ello es interpretación vigente que si bien no resulta la separación por mutuo acuerdo, ha sido aceptada tácitamente por los cónyuges durante un tiempo (C1a.CC. La Plata, Sala II, noviembre 28-968, en LL, t.133-824). El fallo de la C1a.CC. de La

Plata citado (contemplando el caso que la demanda viene a promoverse casi 12 años después del presunto abandono de la cónyuge), luego de señalar que tanto la doctrina como la jurisprudencia entienden que no puede alegarse el abandono del hogar si el alejamiento se produce a raíz de una separación de hecho, realizada de común acuerdo (Borda, "Familia", 1ª. ed., T.II, núm.505 c, p.336 y nota 808) y agrega que "a esa situación se equipara la separación no ya convenida, sino aceptada tácitamente por los cónyuges durante un tiempo, como lo sostiene Acuña Anzorena en Revista del Colegio de Abogados núm.4, p.43, nota 120, autor que poco después, tratando la actuación de la cónyuge, concluye que tampoco puede considerarse abandono como voluntario y malicioso si es consecuencia de la separación de hecho convenida con el marido, que se presume consentida por él si deja pasar seis años sin promover el divorcio por esa causa, o lo aceptó por algún tiempo". Finalmente, la "aceptación por parte de uno de los cónyuges de la separación de hecho destituye de malicia al abandono voluntario del hogar" (C.N.Civ., Sala E., 19/14/74, en LL, 156-193).

En cuanto se sostiene el equívoco de la sentencia pese a señalar el principio que quien se aleja del hogar debe probar que existieron justos motivos, mal habría de aplicarlo la sentencia de seguir sus conclusiones, desde que autorizada doctrina ya ha señalado que no se pueden seguir las líneas jurídicas tradicionales como si no hubiera ocurrido reforma del régimen matrimonial con la Ley 23515. Así, se conceptúa por el Dr. Mizrahi y señala en su voto en los autos L.452.735 – "Y. A. M. c/V. D. s/Divorcio" – CNCiv. Sala B, setiembre/2006; que corresponde valorar

adecuadamente el sentido del art. 202, inc. 5°, y reinterpretar el concepto en sus justos límites, que el hecho del alejamiento no puede generar automáticamente la presunción "hominis", sino que corresponde analizar las circunstancias que mediaban en la convivencia y estos elementos resultan expuestos precedentemente, resultando una mera convivencia por una conducta reprochable del marido. En dicho marco, la profunda crisis matrimonial reconocida excluyó calificar de malicioso el cese de la convivencia por éste con los alcances del art. 202, inc. 5°, CC.

Por lo expuesto, debe rechazarse la causal defensiva precedentemente invocada.

Desde que en cualquier hipótesis las causales importaban el distracto del vínculo matrimonial, carece de virtualidad la mera petición alimentaria que contara con la oposición de la actora. Corresponde sin embargo, como se anticipa en el voto que me precede y en lo que si presta conformidad la misma accionante, mantener la atribución del hogar conforme los alcances prestados a fs. 54 y sin perjuicio de otros alcances que correspondan a cada una de las partes, en razón de la sentencia de divorcio vincular.

Por las razones con que me expido, corresponde la revocatoria parcial del fallo y considerando las razones que imponen declarar la inocencia de la parte demandada, sin perjuicio de la acción intentada, con las costas por su orden en ambas instancias (art. 69, Ley XIII – N° 5 (antes Ley 2203). Conforme con el art. 282 del ritual precedente, corresponde, asimismo, la regulación de los honorarios y la readecuación de las costas, que en virtud de los

trabajos realizados por las partes, importan si bien ajustados a derecho los correspondientes al Dr. C. I. J., en la suma de $3.000, deben elevarse los de los letrados de la representación por la demanda y reconvención, Dra. A. A. T., R. S. G. y S. M. en la suma de $3.000.

En la Alzada, de conformidad con las razones expuestas y los arts. 5, 7, 8, 9, 13 y concords. de la Ley de Aranceles vigente, resultan justos los propuestos precedentemente.

A la segunda cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

Por todo lo expuesto, voto de conformidad con el voto que me precede, haciendo lugar parcialmente al recurso interpuesto por la demandada reconviniente, revocando el fallo parcialmente y declarando el divorcio vincular de las partes nombradas en la sentencia por la causal del art. 214, inc. 2°, del Código Civil, sin perjuicio de los derechos del cónyuge inocente B. E. C. y con los restantes alcances del voto aludido, la atribución del hogar conyugal, costas y honorarios.

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

SENTENCIA:

1°) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada-reconviniente a fs. 171.

2°) Modificar parcialmente la sentencia de fs. 164/169 revocando el fallo parcialmente y declarando el divorcio vincular de las partes nombradas en la sentencia por la causal del art. 214, inc. 2°,

del Código Civil, sin perjuicio de los derechos del cónyuge inocente B. E. C. y con los restantes alcances de los considerandos pertinentes.

3°) Tener presente la atribución del hogar conyugal a la Sra. B. E. C..

4°) Costas de ambas instancia en el orden causado.

5°) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia al Dr. C. I. J., en la suma de TRES MIL PESOS ($3.000) y a los Dres. A. A. D. T., R. S. G. y S. G. M., conjuntamente, en la suma de TRES MIL PESOS ($3.000). Por los trabajos realizado en la alzada se regulan los honorarios profesionales de los Dres. A. A. D. T ., R. S. G. y S. G. M., conjuntamente, en la suma de NOVECIENTOS PESOS ($900).

6°) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2010
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "F"