En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de junio del año dos mil diez, reunida en Acuerdo la ***Sala B*** *de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Graciela Mercedes García Blanco y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Marta Susana R.noso de Roberts y Dra. Nélida Susana Melero, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados:* ***"A., R. A. c/ C., R. V. s/ DIVORCIO VINCULAR", expte. nro. 523/09,*** *venidos del Juzgado de Familia nro. 1 (expte. nro. 958/03), y atento el resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 150), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Marta Susana R.noso de Roberts, Dra. Nélida Susana Melero y Dra. Graciela Mercedes García Blanco.*

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: ***PRIMERA****: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 103/107? y* ***SEGUNDA****: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?*

A la primera cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana R.noso de Roberts dijo:

Ante la decisión de la Sra. Juez de la instancia de grado de admitir el divorcio vincular de los cónyuges R. A. A. y R. V. C. por la causal objetiva regulada por el art. 214, inc. 2, del CC, rechaza la reconvención por las causales de adulterio y abandono voluntario y malicioso, declara disuelta la sociedad conyugal el día 26 de febrero de 2007, impone las costas por su orden y regula los honorarios; la accionada y reconvincente apelan a fs. 109.

Concedido el recurso, elevados los autos a la alzada, cumple la apelante con los arts. 262 y 263 del Cpr., texto Ley XIII N° 5, Anexo A -antes Ley 2203- (fs. 140/146).

Detalla los antecedentes de la causa, demanda, contestación, reconvención e incontestación de ésta.

Hace mención a la inconcurrencia del actor a la audiencia de vista de causa, al decreto de la caducidad de la prueba testimonial ofrecida por éste al haber quedado confeso a tenor del pliego de posiciones de fs. 99.

Transcribe los fundamentos del fallo y se refiere a lo que entiende por fidelidad y a la evolución de la jurisprudencia respecto a tal deber después de la separación de hecho de los esposos, pero resalta que durante el matrimonio los deberes entre ellos son intangibles.

Señala que la Sra. Juez discurre sobre el deber de fidelidad con posterioridad a la separación de hecho, pero en realidad quedó probado que el incumplimiento fue antes de la separación de hecho del matrimonio.

Agrega que la causa de la separación, el alejamiento (abandono voluntario y malicioso) del Sr. A. del hogar fue la relación extramatrimonial y amorosa que mantenía con la Sra. Q., con quien se fue a vivir en forma concomitante a la separación, lo que fue probado con las testimoniales.

Insiste en que la violación del deber de fidelidad se produjo con anterioridad a la separación y por lo tanto habilita a invocar el adulterio y la causal de injurias graves.

Alegó, dice, la Sra. C., un adulterio anterior a la separación de hecho no consentida, sino impuesta por el Sr. A. y no un adulterio posteriori.

Afirma que el Sr. A. ya había quebrado, antes de irse, el deber de fidelidad, por lo tanto ninguna conducta le era exigible a la demandada.

Realiza una disquisición, diferenciando entre el consentimiento de la causa (adulterio, abandono, injurias) de la separación y consentimiento de la situación de separación.

Resalta que en ningún momento negó que la separación de hecho haya durado más 25 años y que su representada no tuviera otra alternativa que aceptar esta situación de separación, de allí que pretender, para mantener su inocencia, que realizara conductas que evidenciaran su descontento con la separación, es excesivo y sólo hubiera agravado la situación.

No podía, dice, imponer al actor la convivencia matrimonial y entiende que el tiempo transcurrido, aún prolongado no altera el hecho iniciador, adulterio y retiro unilateral, injustificado y malicioso.

Considera que no se puede condicionar la configuración de las causales subjetivas a una circunstancia procesal como el inicio en determinado tiempo del trámite judicial de divorcio, pues implicaría aplicar una sanción a la esposa no prevista por la ley. Cita Jurisprudencia.

Acota que la jurisprudencia traída por la Sra. Juez se refiere a la fidelidad y su violación con posterioridad a la separación consensuada o la separación unilateralmente gestada, pero consentida posteriormente.

El segundo agravio se relaciona con la omisión de valorar la conducta procesal del actor reconvenido, quien dejó de contestar el traslado de la reconvención, no asistió a la audiencia de vista de causa, declarándose la caducidad de las testimoniales por él ofrecidas, quedó confeso fíctamente, confesión que entiende no sería suficiente para la declaración de culpabilidad, pero sumando la conducta procesal señalada, da razón a declararlo responsable único en los términos en que se reconvino.

Tercer agravio, es la omisión de tratamiento de la pretensión de inocencia que fuera solicitada subsidiariamente, incurriendo en violación del Art. 165 inc. 6to del Código Procesal.

Hace reserva del caso federal.

En principio es de destacar las excepcionales condiciones en que se deben resolver las cuestiones llegadas a la alzada, al no poder acceder al mismo "atento que la video que graba las mismas no funcionaba en ese momento" (fs. 157).

Ante ello, a fs. 158 se hizo saber a las partes "se dictará sentencia en base a las constancias de la causa", notificándose tal decisión a la Sra. Defensora Pública a fs. 158 y al fs. 159vta. al actor.

Firme tal decisión se reanudó el término para dictar sentencia, suspendido a fs. 52.

Tal como se desprende de lo expuesto, el consentimiento de las partes beneficia la eficacia jurisdiccional frente a la misma, como ya se decidiera.

Asimismo, surge de la audiencia de vista de causa que se dejó constancia que el Sr. R. A. A. no compareció a la absolución de posiciones, obrando pliego acompañado a fs. 99, pliego que permaneció

cerrado.

Esta sala ya ha fijado posición al respecto en autos "C., E. M. c/ R., S. M. s/ Reducción de cuota alimentaria", expte. Nº 15.424/2005: "Si el Juez de primera instancia omitió ponderar la confesión ficta del demandado, quien no compareció a la respectiva audiencia, en consecuencia, corresponde proceder a la apertura del pertinente sobre, y a valorar la citada confesión en función de las posiciones contenidas en el pliego. Ello debe ser así, porque si la audiencia de posiciones fue notificada al absolvente, como ocurrió en el caso, está agregado el pliego respectivo y se labró acta dando cuenta de la incomparecencia del citado, nada obsta a que la alzada proceda a la apertura del sobre y valore la ficta confesión, aunque no lo hubiese hecho el juez de primera instancia, porque está dentro de sus facultades valorar todas las pruebas producidas (CPCb art. 402, 407, 408, 415)" (Cám. Civ. de Buenos Aires el Dial W14F1D íd. SCBA, 10/5/94 en autos "López, Carlos Alberto s/ Tercería de dominio"; íd. 6/9/94 en autos: "La Segunda Cooperativa Limitada de Seguros Generales c/ Badano, Héctor y otro s/ Cobro de australes"; íd. 14/6/96 en autos "Ugarte y Cía. S.A. c/ Valente S.R.L. s/ Cobro ordinario de pesos").

Habrá de considerarse que admitida la confesión ficta en los términos del art. 417 del CPr. la misma será valorada en función de los supuestos de hecho y de los demás aportes probatorios del expediente (cf. CNCiv, Sala A 8/5/95; LL 1996-E-646, íd. Sala C, 31/8/99, LL 2000-C-919, íd. Sala E, 19/10/95, LL, 1996-A-376, entre muchos otros).

Con fundamento en ello, abro el pliego

de posiciones acompañado oportunamente y obrante a fs. 99 el que quedará glosado a fs. 162 a fin de tenerlo a la vista y merituarlo conforme lo precedentemente reseñado.

Efectuadas tales consideraciones que entendí oportunas y evitar posible nulidades, he de adentrarme a dar respuesta a los agravios.

Y adelanto que he de coincidir con la apelante en cuanto a que la Sra. Juez se introdujo a considerar el deber de fidelidad con doctrina y jurisprudencia y asentando su decisión en que la pareja se encuentra separada de hecho desde hace más de veinte años de separación consensuada o consentida. Y prueba de ello es que señaló: "Destaco que la postura la propicio, en virtud del tiempo transcurrido, habiendo fijado las partes domicilios en lugares distintos", "ya no hay escándalo público, ni ofensa alguna en la normal convivencia de la actora con una tercera persona, sin perjuicio que en su momento podría haber existido o no,… pero el paso del tiempo y la conducta de la actora quien nunca accionó en ningún sentido, hacen que la situación no aparezca reprochable.

Asimismo, observo que la reconvención se basa en el adulterio e injurias producidas durante la convivencia de los esposos, así surge del escrito de fs 25/29 y abandono voluntario y malicioso.

Y tal afirmación no fue considerada por la sentenciante, más aún cuando el accionante guardó silencio ante el traslado de la reconvención, y conocidas son las consecuencias que ello acarrea.

Respecto a la situación en que se puso el actor, nos enseña el distinguido jurista Isidoro Eisner que la postura más categórica es aquella en cuya

virtud la incomparecencia e incontestación de la demanda suponen el reconocimiento que hace de la verdad de las afirmaciones de su adversario y de la razón que le asiste. Por ello "el que calla otorga" se ha entendido que el silencio importa la admisión tácita (art. 919 CC) de valiosos efectos en el proceso.

Tratándose la reconvención de una nueva demanda el demandante reconvenido debe cumplir con la carga de reconocer o negar cada uno de los hechos expuestos en la reconvención, la autenticidad de los documentos que se le atribuyen, todo en cumplimiento del art. 356, inc. 1, del C.Procesal (art. 259 del CPCCCh), se aplica el apercibimiento de la norma mencionada para el caso de silencio, repuestas evasivas o negativa meramente general (Higthon - Areán, "Código Procesal", Tomo 7, pág. 42 y "Demanda y reconvención", "Revista de Derecho Procesal", Rubinzal Culzoni, pág 113.

El silencio aparece regulado en el artículo 919 CC, aunque aporta Silvia D. en "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", págs. 6/7 "Debe aclararse que el efecto que se señala en la norma sustancial transcripta resulta aplicable para los actos jurídicos regidos por la materia, pero ello no implica que no pueda meritarse dentro del derecho procesal. En el caso de la contestación de la demanda, hay carga de expedirse, no obligación",… "los efectos de la posibilidad de tener por reconocidos los hechos… le serán aplicables".

Tampoco dio respuesta la Sra. Juez al planteo subsidiario de la reconviniente, ya que la decisión adoptada no impedía el tratamiento del mismo.

Y aún cuando admitiera la postura de la

Sra. Juez sobre la infidelidad mediando separación de hecho; tema sobre el que tengo posición tomada en contrario, lo que no impedirá volver sobre el estudio del tema ante las divergencias interpretativas que se exteriorizan en jurisprudencia y doctrina; debió la magistrada a partir de la inculpación por parte de la demandada, juzgar el elemento subjetivo traído al proceso, no bastando ya el elemento objetivo.

En autos –reitero- si bien el actor basa su petición en la existencia de la causal objetiva, ya que han reconocido las partes que la separación de hecho se produjo hace más de 30 años, la demandada reconvino por causales subjetivas.

Y a fin de dar respuesta a tales requerimientos debió valorar el material probatorio.

Y de acuerdo a los elementos aportados por la reconvincente, ya que el actor dejó caer las pruebas ofrecidas, y con la relatividad propia de la certeza probatoria en este tipo de procesos considero que no se ha acreditado la causal de adulterio.

Las testimoniales no alcanzan a fin de encuadrar la actitud del accionante reconvenido en tal figura, ya que no se probó que el Sr. A. mantuviese una unión sexual con persona distinta de su cónyuge, previa a la separación de hecho, ya que la prueba que hubiese echado luz a ello no obtuvo resultado positivo (fs. 88 y 90).

Pero sí resulta suficiente lo declarado por los testigos C. y H. en la audiencia de vista de causa, el silencio del demandado ante la reconvención interpuesta y la confesión ficta, para entender que su conducta es la que prevé el art. 202, inc. 4, del CC, ya que existió una relación equívoca y pública que

afectó la fidelidad debida y que constituye -a no dudar- una injuria grave y así lo he de declarar. "dicho proceder evidencia un desprecio a la lealtad matrimonial encuadrada en la causal de injurias graves".

Y tales pruebas coadyuvan a la decisión, más allá de que deba compatibilizarse lo requerido en el art. 359 del CPCCCh, con lo que dispone la norma de fondo, ya que los hechos invocados deben ser probados por la parte que los alega, y en autos ello ha sucedido con relación a la causal de injurias graves.

Y tal injuria grave no se desvanece por el transcurso del tiempo, ni siquiera por la pasividad que enrostra la Sra. Juez a la Sra. C., "pues no resulta razonable condicionar la configuración de tal causal al inicio de un trámite judicial" (DJ 2007-2-701). Asimismo, de ninguna manera corresponde aplicar, por analogía los plazos de los arts. 204 y 214, inc. 2°, del CC, porque son situaciones diferentes y obedecen a distintos sistemas de separación (doctrina enunciada en Bueres, pág. 931 para la causal de abandono y que entiendo es de aplicación para la causal en estudio).

El concepto de injurias graves conyugales, comprende, en general, los hechos y actitudes incompatibles con la deferencia que toda persona debe al honor y decoro de cualquier ser humano, y especialmente, todas las manifestaciones contrarias al vínculo de respeto, afecto y amable asistencia que debe reinar entre los cónyuges, relacionado no sólo con el honor sino en especial los de dignidad y amor propio referidos a la cualidad de cónyuge y a su condición y posición social y familiar. La publicidad de las

ofensas que contribuyen a minar el respeto y la consideración de la que puede gozar el esposo injuriado (pág. 923, "Código Civil", Bueres –Higthon).

En punto al abandono voluntario y malicioso he entendido junto con la la Dra. Kaller de Orchansky, Juez del Superior Tribunal de Córdoba, citado por la CNCiv., sala "B" 4-12-2006, en relación con el tema en tratamiento que "la permanencia de los cónyuges bajo el mismo techo carece de significación para la ley cuando no existe una vocación por la comunidad de vida", y agrega que se "exige valorar adecuadamente el sentido del art. 202, inc. 5°, del Código Civil, y reinterpretar el precepto en sus justos límites", "diré que estoy persuadida de que el hecho del alejamiento del hogar conyugal no puede generar automáticamente la presunción hominis tan difundida relativa a la voluntariedad y el carácter malicioso de tal alejamiento. Vale decir que no debe interpretarse como suficiente para la operatividad de la presunción –como lo hace el juez de grado- 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" ("Revista de Derecho Procesal", Sentencia II, "Rubinzal – Culzoni Editores), "La causal (no) invocada en los procesos de desalojo y divorcio como fundamento de la sentencia", por Laura G. Iglesias y José María Salgado).

Es decir que debe quedar probado que el abandono fue de manera irrazonable.

No escapa al análisis el reconocimiento por las partes de una ruptura en el año 1986, dice el actor y más de 25 años reconoce la demandada-

reconviniente.

La demandada ha manifestado a fs. 26, p. 2 que "Nuestro matrimonio se desarrolló con armonía y respeto mutuo durante un lapso aproximado de siete años, luego de los cuales el señor A. comenzó a manifestar conductas incompatibles con un buen cónyuge y padre de familia"... "paralelamente abandonó el lecho conyugal", lo que da pautas bastantes para concluir que la relación estaba deteriorada, de allí que el abandono no aparece como malicioso...".

Ante tales manifestaciones, resulta más que apropiada al respecto la doctrina transcripta, imponiéndose tal solución cuando el deterioro de la situación familiar se revela evidente.

En consecuencia, revoco la sentencia de la instancia anterior, rechazo la demanda y hago lugar a la reconvención de la Sra. R. V. C. por la causal de injurias graves.

Las costas y honorarios por mandato legal corresponde sean adecuadas. Atento a lo resuelto y la diferencia de criterios en doctrina y jurisprudencia en la materia, impongo las costas de ambas instancias, en el orden causado.

A fin de regular los honorarios tendré presente el trabajo profesional, las pretensiones esgrimidas, el resultado obtenido y demás pautas de los artículos 6, 7, 14, 30, 37, 47, 50 de la ley de aranceles.

A la segunda cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana R.noso de Roberts dijo que:

1) Revoca el punto 1 de la sentencia de fs. 103/107, que fuera motivo de apelación y, en consecuencia, decreta el divorcio vincular de la Sra.

*R. V. C., DNI **.***.*** y del Sr. R. A. A., L. **.***.***, por la causal prevista en el art. 202, inc. 4°, del CC, declarando disuelta la sociedad conyugal desde la fecha que lo dispusiera el a-quo.*

2) Impone las costas de ambas instancias por el orden causado y difiere la regulación de los honorarios para el momento del acuerdo

3) Tiene presente la reserva del caso federal.

A la primera cuestión la Dra. Melero dijo:

I. Considerando que a tenor de la exigencia del art. 169 de la Constitución de la Provincia del Chubut es innecesaria la repetición de los argumentos formulados por las partes en cada uno de los votos de esta Alzada, por lo cual, a fin de evitar reiteraciones estériles que afectan los principios de celeridad y concentración procesal y resultando de quien abre el recurso la síntesis suficiente del caso traído a decisión, a ella me remito.

I.A) A fs. 140/146 expresa agravios la apelante demandada reconviniente, no habiendo contestado el actor el traslado de dichos agravios y que fuera conferido a fs. 147.

A fs. 158 y atento la contestación del oficio nro. 90 librado al Juzgado de familia nro. 1 el día 22/04/10, en la cual a fs. 157 pone en conocimiento de esta Alzada que no obra en dicho Juzgado copia de seguridad del video reservado bajo el nro. 138/08, se hace saber a las partes que se dictará sentencia con base en las constancias de autos, siendo debidamente notificadas de dicha decisión las partes (fs. 158 y 159/vta.).

I.B) Entendiendo que en la estructura de la sentencia los agravios tienen por finalidad la individualización de los sujetos de la pretensión y la relimitación del ámbito objetivo del litigio sobre el que recae el pronunciamiento, incluyéndose así entre los elementos que la sentencia deberá contener "la relación sucinta de las cuestiones que constituyen el objeto los agravios, siendo el estilo judicial agregar una breve relación de las vicisitudes del proceso, a cuyo efecto basta una mera remisión (cf. crit. Morello - Sosa - Berizonce en "Códigos Procesales de la Pcia. de Buenos Aires y de la Nación", T.II-C, pág. 64; Cám.Nac.Com., Sala C, 03/11/80, entre otros) y teniendo presente el principio procesal de concentración, he de realizar la transcripción de los mismos sin perjuicio de tener en cuenta cada línea de pensamiento expuesto en el desarrollo que en cada uno de sus agravios ha realizado la apelante.

Concretamente la apelante demandada reconviniente se agravia en cuanto a que la a quo:

a) consideró que la infidelidad del marido se operó recién después de separado de hecho (fs. 141vta./142vta.);

b) consideró que el hecho de que la pareja se hallara separada hace más de 20 años aparece como un exceso que la accionada después de tanto tiempo achaque la conducta adúltera u abandonante del cónyuge (fs. 142vta./143vta.);

c) fundamentó su decisorio en una errática aplicación de la doctrina y jurisprudencia (fs. 144/vta.);

d) omitió valorar la conducta procesal del actor reconvenido (fs. 144vta./145);

e) omitió el tratamiento de la pretensión de inocencia (fs. 145/vta.), y

f) plantea reserva del caso federal (fs. 145vta./146).

I.C) Atento a que de la lectura de la línea argumental expuesta por la recurrente reconviniente emerge conexidad que ha de influir en la decisión a arribar, he de tratar los agravios en forma conjunta.

Es criterio jurisprudencial con el que coincido que: "En un sistema como el nuestro, en el cual a la atribución de culpabilidad en las causas de divorcio, presumida en la configuración de supuestos objetivos, se siguen consecuencias jurídicas disvaliosas para ambos integrantes del matrimonio, un principio de justicia indica que la judicatura no puede permanecer indiferente al respectivo reproche; éste como manera de permitir al cónyuge inocente neutralizar los efectos que debería soportar en razón de la analizada causal de disolución del vínculo" (CNCiv, Sala K, 27/07/08, "D A., C. A. c. L. A. N., LL 26/08/08, 5, con nota de Luis A. Ugarte y 19/09/08, 3, con nota de Néstor E. Solari).

Frente a ello, no cabe duda que cuando se invoca, como en el caso, una causa objetiva (separación de hecho sin voluntad de unirse por más tres años) y alguna causal subjetiva (abandono voluntario y malicioso, adulterio o injurias graves), debe cada una de las parte probar las hipótesis, y recién ahí el juez resolverá decretando el divorcio de acuerdo a las constancias probatorias acercadas por las partes para determinar en cuál de las mismas se incurrió.

En el caso a resolver, y en uso de las facultades conferidas por el art. 165, inc. 5to., 1er y 2do. párr, –Ley XIII, nro. 5, Anexo A – Digesto Jurídico – (ex art. 163, incs. 5to., 1er y 2do. párr., del CPCCCh), si bien advierte la suscripta que se alcanza un período temporal dilatado, casi diecisiete (17) años transcurrido entre la separación de hecho y la interposición de la demanda por el actor basado en el art. 214, inc. 2do., del Código Civil, no menos cierto es que la alegación de la apelante demandada reconviniente en cuanto a que el marido tenía una relación afectiva con otra mujer durante la convivencia marital ha sido corroborada por las testimoniales prestadas por I. B. D. (fs. 101), E. R. C. (fs. 101vta.) y A. M. H. (fs. 101vta.), implicando dichas pruebas indicios suficientes para tener por cierta las posiciones efectuadas en el pliego presentado a fs. 99 por la apelante y que obra agregado a fs. 162 que no fuera contestada por el actor por ausencia injustificada a la audiencia realizada a fs. 101/102, habiendo sido debidamente notificado (fs. 86/vta.) con lo cual incumplió totalmente con su carga de probar –teniendo en cuenta que fue reconvenido por la demandada, reconvención que tampoco contestó (fs. 30 y 31/vta.)- que su alejamiento obedeció a razones legítimas que lo impulsaron a tomar tal determinación. A ello se suma que en ningún momento durante el desarrollo del proceso intentó colaborar con la dilucidación del presente caso (ver informe de fs. 96 y 116 de la Licenciada en Asistencia Social).

Siendo criterio de la suscripta que a quien invoca el abandono del hogar le basta con acreditar el hecho material del alejamiento; al cónyuge

que se retira le incumbe probar, a su vez, que tuvo causas legítimas y valederas para adoptar esa actitud, del análisis precedentemente efectuado no cabe ninguna duda que asiste razón a la agraviada reconviniente en contra del desarrollo analítico expuesto por la a-quo.

A mayor abundamiento he de agregar, con respecto a la causal de adulterio, que reiteradamente se ha sostenido que el mismo se configura por el acto sexual mantenido en forma ocasional o reiterada por uno de los cónyuges con persona extraña al matrimonio. Si bien no requiere de una prueba directa, porque en general es de muy difícil producción, es factible que sea probado mediante su demostración indiciaria o presuntiva, siempre que sea lo suficientemente grave, precisa y concordante, y que permita al sentenciante formarse una segura convicción de la realidad de aquellos extremos, porque la entidad moral que posee esta causal de divorcio, que tipifica una conducta ilícita de los cónyuges, no permite basar su decisión con el sólo hecho que pasaron muchos años y que ello disculpa la infidelidad ocurrida durante el matrimonio, más aún cuando en dicha circunstancia encuentran un serio y sólido sustento probatorio en el juicio.

Las circunstancias apuntadas hace perder utilidad para dirimir la pretendida confluencia de voluntades en la ruptura de la cohabitación, toda vez que, presente en la génesis de la toma de tal decisión, por parte del marido, la voluntad de sustraerse a otro de los deberes inherentes al matrimonio -prestación de alimentos o asistencia-, el abandono concretado adquiere igualmente ribetes de malicioso, más allá de la presencia o no de consenso en los premomentos de su efectivización (CNCiv, sala F, 27/11/1969, JA 1970-5-

307; CACC, Dolores, 28/07/2008, "M, B.E. c/ F., S.E.S. s/ Divorcio Contradictorio")".

En sentido similar se ha expresado que si aún después de la separación de hecho, realizada de mutuo acuerdo, el marido descuidó sus deberes de asistencia familiar, corresponde decretar el divorcio por la causal de abandono voluntario y malicioso (CNCiv., Sala F, 23/12/69, LL, 139-676, citado por Zannoni, Eduardo A., "Derecho Civil - Derecho de Familia", t. 2, 98, ed. Astrea)".

Por lo expuesto, propongo que se haga lugar a los agravios formulados por la apelante demandada reconviniente y se tengan por configuradas las causales establecidas por el art. 202, incs. 1ero. (adulterio), 4to. (injurias graves) y 5to. (abandono voluntario y malicioso) introducida en la reconvención efectuada por la demandada, y, en consecuencia, revocar parcialmente la sentencia en cuanto fuera materia de agravios.

I.D) Atento a lo resuelto en este voto y teniendo presente los arts. 69 y 282, Ley XIII, nro. 5 Anexo A - Digesto Jurídico (ex arts. 68 y 279 del CPCCh), las costas, tanto de primera como de segunda instancia, se imponen al actor vencido. Difiérese la regulación de los honorarios profesionales actuantes tanto de primera como de segunda instancia para el momento del acuerdo, donde serán regulados atendiendo a la materia traída a decisión, la labor desarrollada y el éxito obtenido (arts. 5, 6, 13 y ccdtes. Ley XIII, nro. 4 (antes arts. 6, 7 y 14 Ley nro. 2200) -Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores-.

A la segunda cuestión la Dra. Melero

dijo:

Propongo como fórmula postulatoria en caso de coincidencia la siguiente:

*1) Hacer lugar a los agravios formulados por la apelante demandada reconviniente planteados a fs. 140/146, en consecuencia, revocar totalmente los ptos. 1ero y 2do. del fallo de la sentencia de fs. 103/107 y, en consecuencia, rechazando la demanda del Sr. R. A. A., L.E. **.***.***, contra la Sra. R. V. C., D.N.I. **.***.***, por la causal objetiva regulada en el art. 214, inc. 2do., del Cód. Civil, haciendo lugar a la reconvención interpuesta por la demandada reconviniente y decretando el divorcio vincular de los cónyuges Sr. R. A. A., L.E. **.***.*** y la Sra. R. V. C., D.N.I. por las causales establecidas en el art. 202 incs. 1ero, 4to. y 5to. del Código Civil.*

2) Imponer las costas tanto de primera como de segunda instancia al actor vencido (arts. 69 y 282, Ley XIII, nro. 5 Anexo A – Digesto Jurídico (ex arts. 68 y 279 del CPCCCh). Difiérase la regulación de los honorarios profesionales actuantes tanto de primera como de segunda instancia para el momento del acuerdo, donde serán regulados atendiendo a la materia traída a decisión, la labor desarrollada y el éxito obtenido (arts. 5, 6, 13 y ccdtes. Ley XIII, nro. 4 (antes arts. 6, 7 y 14 Ley nro. 2200) –Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores-.

3) Tener presente la reserva del caso federal.

A la primera y segunda cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Vino a conocimiento de esta Cámara el presente pleito por apelación deducida por la parte

demandada reconviniente contra la sentencia definitiva nro. 259/2008 del juzgado de Familia nro. 1 (fs. 109, fs. 103/107).

La sentencia venida en crisis hizo lugar a la demanda decretando el divorcio vincular de los cónyuges R. A. A. y R. V. C. (cuyos datos filiatorios detalló), por la causal objetiva regulada en el art. 214, inc. 2, del Código Civil, rechazó la reconvención por las causales de adulterio, y abandono voluntario y malicioso, declaró disuelta la sociedad conyugal a partir de la fecha de notificación de la demanda e impuso las costas por su orden.

Atento a que la ley 4550 modifica el art. 271 del CPCCCh (art. 4), disponiendo que es suficiente a los efectos de adoptar decisión que el tribunal lo haga fundadamente, examinando las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a la decisión del juez de primera instancia que hubieran sido materia de agravios, y por mayoría, "bastando para conformarla los votos en sentido coincidente de quienes se expidan en primero y segundo término", dejando a salvo la facultad del tercero de emitir su opinión. Resultando quien aquí vota precisamente sorteado en ese orden, haré uso de la abstención emitir opinión sobre aquellos temas en que existe mayoría conformada conforme lo dispuesto en la normativa citada.

En este orden de ideas señalo que existe coincidencia por las Sras. Camaristas que me precedieron en revocar el fallo de grado, receptaron favorablemente los agravios de fs. 140/6 de la demandada y dispusieron el rechazo de la demanda incoada por el Sr. A., haciendo lugar a la reconvención incoada por la Sra. C. y, en consecuencia, decretaron

concordantemente, el divorcio vincular de los cónyuges por las causales de los arts. 202 del Código Civil.

Varían en su decisión las magistradas que me precedieron en punto a los incisos del citado artículo que delimita las causales del divorcio, mientras que quien emitió su voto en primer orden establece exclusivamente el inciso 4, varía la segunda sentenciante en la inclusión de las causales de los incisos 1, 4 y 5 de la misma norma jurídica; asimismo, difieren en la imposición de costas: la primera votante las establece por su orden y la segunda, al actor.

Es inconmovible la decisión de rechazar la demanda y receptar la reconvención, decretar el divorcio vincular declarando culpable al actor y conforme lo dicho precedentemente, por las mayorías coincidentes.

Sin perjuicio de existir coincidencia y en atención a que un sistema como el nuestro, en el cual a la atribución de culpabilidad en las causas de divorcio, presumida en la configuración de supuestos objetivos, le siguen consecuencias jurídicas disvaliosas para ambos integrantes del matrimonio, un principio de justicia indica que la judicatura no puede permanecer indiferente al respectivo reproche; éste como manera de permitir al cónyuge inocente neutralizar los efectos que debería soportar en razón de la analizada causal de disolución del vínculo (CNCiv., Sala K, 27/07/08, "D A., C.A. c. L., A.N., LL 26/08/08, 5, con nota de Luis A. Ugarte y 19/09/08, 3, con nota de Néstor E. Solari). Por esta razón analizaré las causales subjetivas expuestas por la reconvincente a los fines de arribar a una decisión concordante y coincidente del caso.

Ahora bien, el primer agravio lo constituye el alcance interpretativo dado al deber de fidelidad por la sentenciante.

Dice la apelante que el incumplimiento fue anterior al alejamiento del actor, y que se produjo porque tenía relaciones con otra persona (fs. 141vta. /142vta.). Una confusión del sentenciante de grado en punto a que no hubo consentimiento de la causa, según la apelante, ya que existió, el adulterio, abandono e injurias.

El segundo agravio lo constituye la falta de valoración de la conducta procesal del demandado. Con relación a este último tópico el tema fue abordado y resuelto por las magistradas prevotantes, lo que a mi modo de ver resta analizar es si la causal subjetiva fue adulterio, abandono o injurias graves.

También es dable recordar que toda causal subjetiva comprende la objetiva, en la especie claramente acreditada, así como la ruptura irreversible y la culpa del otro.

Se impone señalar que la correcta hermenéutica del proloquio iura curia novit sienta la clara diferencia entre la situación de hecho alegada (como fundamento de la pretensión u oposición) con la calificación o valoración del precepto sustancial, del que se pretende extraer una consecuencia jurídica, es decir, si la situación fáctica admitida se enmarca en una hipótesis abstracta de la ley que el juez reputa aplicable al caso (ver Guillermo J. Enderle, "La congruencia procesal", pág. 238, ed. Rubinzal-Culzoni-2007).

Respecto la apelación de la parte

demandada reconvincente, sobre las causales de adulterio, injurias graves, y abandono, cabe observar que la ley contiene una enumeración taxativa de las causales de divorcio en cuanto señala los géneros de hechos que pueden darle origen, no obstante lo cual la valoración de estos, teniendo en cuenta su ductilidad y la diversidad de matices y especies que comprende, es materia que se halla sujeta a la prudente ponderación judicial (CNCiv., Sala A, 21-11-78, Rep. DJ 1979-14-33, sum. 1, cita Kielmanovich, Jorge "Juicio de divorcio y separación personal", pág. 206/7, Rubinzal Culzoni-02).

La taxatividad de las causales de divorcio en la ley y la precisión semántica en su torno no impiden, empero, que respetando la debida entidad de cada una de aquéllas, pueda concluir que hay circunstancias que permiten suponer la conjunción de unas y otras (CNCiv. Sala B, 31-3-86, LL1986-E-105).

Si bien autores de enjundia han sostenido que todas las causales de divorcio podrían refundirse en la común de injurias, no es ésta la concepción de nuestro derecho positivo nacional, sino aquella que partiendo de causales enumeradas, otorga a las injurias graves la calidad de residual, quedando involucradas en ella todas las situaciones que importando una ofensa grave de un cónyuge a otro, no quedan aprehendidas por los restantes casos que contempla la enumeración legal (autor y ob. citada, pág. 207).

El principio iura novit curia autoriza al juez a encuadrar los hechos expuestos en la demanda de divorcio, como configurativos de la causal con la cual tengan relación, aun cuando la demandada reconvincente, los haya calificado bajo otro nomen

juris o en otra distinta cuando se trata de causales subjetivas, lo cual no es el caso, cuando reconvino encuadró adecuadamente los fundamentos en las causales estructuraba su petición y que escudada tras la conducta posterior de la demandada por el tiempo transcurrido la jueza de grado dejó sin atender. Pero es cierto que no atendió la conducta seguida durante el pleito que en nada sostuvo su postura inicial y mucho menos descalificó las imputaciones de la reconviniente.

El actor se sustrajo injustificadamente en el pleito de mantener su postura inicial, no obstante los testimonios de fs. 101 y 102 dan cuenta de la conducta mantenida por el entonces marido de la reconvincente que no resultan suficientes para dar por acreditado el adulterio, pero sí una inconducta del esposo gravemente injuriante y además motivante del abandono, según se desprende de las declaraciones indicadas.

Admitido lo anterior, si bien los testigos de la causa D., C. y H., no abundan en detalles, no obstante revelan la equívoca actitud del esposo con una persona del sexo opuesto, careciendo de precisión suficiente en orden a lo expuesto para afirmar el adulterio, no obstante encuadrarlo en la causal general de injurias graves.

La causal de "injurias graves", como es sabido, se refiere a todo acto ejecutado en forma verbal, por escrito o materialmente que constituya una ofensa para el otro cónyuge, atacando su honor, reputación o dignidad, hiriendo sus justas susceptibilidades, sin que se requiera la reiteración de tales episodios, ya que uno sólo bastaría para decretar el divorcio, si reviste la necesaria gravedad

(cf. Borda, "Familia", t° I, p. 428; Zannoni, "Derecho de Familia", t° 2, p. 83 y s.s.; Belluscio, "Derecho de Familia", t° III, p. 228).

Con relación al abandono sostengo el criterio que si se demanda exclusivamente invocando una causal objetiva de divorcio vincular como ocurrió a fs. 5 y vta. y la accionada reconviene alegando abandono voluntario y malicioso, la causa objetiva queda desplazada por la subjetiva. "Para la prueba de la causal de adulterio en el juicio de divorcio, debido a las dificultades de obtener una demostración directa de las relaciones sexuales ilegítimas, que se realizan en la mayor intimidad, se han llegado a admitir las presunciones, que deben ser graves, precisas y concordantes y llevar al ánimo del juez la plena convicción de su existencia. Sin embargo, el acto o los hechos probados, que no revistan dichas características, pueden llevar a tener por acreditadas las injurias graves" (ver elDial - AA1359). Reitero, si bien los testigos de la causa D., C. y H., no abundan en detalles, no obstante revelan la equívoca actitud del esposo con una persona del sexo opuesto, careciendo de precisión suficiente en orden a lo expuesto para afirmar el adulterio, no obstante encuadrarlo en la causal general de injurias graves, tal como se dijera en párrafos precedentes.

De este modo la litis versará sobre la atribución de culpa, en el marco del divorcio-sanción y no del divorcio-remedio u objetivo, por tanto, consideró que correspondía analizar la procedencia de la causal del art. 202, inc. 5, del Código Civil.

Entiendo que la sentenciante de grado valoró erróneamente la prueba obrante en la causa al

rechazar la causal subjetiva alegada por la reconviniente, por entender que el abandono no fue malicioso, por cuanto con base en que los testigos eran contestes en expresar que sabían por comentarios la deponente D. o por conocimiento caso de C. y H. (testimonios no tachados) que el alejamiento del esposo del hogar conyugal se había debido, a la existencia de "una tercera persona".

"Es sabido que los elementos constitutivos del abandono son su voluntariedad y maliciosidad y ésta supone la actitud de uno de los cónyuges de sustraerse al cumplimiento de aquellos deberes-derechos personales que el matrimonio impone recíprocamente entre los esposos, en particular el deber de cohabitación y el de asistencia.

Todos los testigos -como lo transcribe el a quo- dicen saber que fue el actor quien se retiró del hogar, porque se iba con la otra persona, encontrándose los cónyuges separados desde hacía tiempo, que la separación se produjo porque el señor la engañaba con otra persona. Juzgó que el abandono del hogar por parte del actor fue voluntario, pero disiento respecto a considerar que aquél no fue malicioso (art. 202, inc. 5, CC) por no existir en el expediente prueba capaz de acreditarlo. Es que el hecho material del alejamiento -ese retiro del seno del hogar escogido para cohabitar- objetiva per se la renuncia o quiebra, por quien se aleja, de los deberes que impone la cohabitación y comunidad de vida marital, haciendo presumir su abandono voluntario y malicioso y poniendo sobre sus espaldas la carga de probar la existencia de motivos valederos y legítimos para así haber actuado.

Y en verdad, mal puede decirse que el

actor logró acreditar tales motivos con las declaraciones ya valoradas, que -como vimos- brotan de los testigos traídos a la causa y la omisión de acreditar en sentido contrario.

"En autos, por ende, probado el abandono -repito- y no habiendo el actor, que lo produjo, acreditado razones valederas que justifiquen su actitud, debe reputárselo con las características que sanciona la ley para configurar la causal (art. 202, inc. 5, del C. C)" (citar: elDial - AA3FF2 C. 88. 226 - "S., J.A. contra M., A.A. s/ Divorcio vincular" - SCBA - 15/08/2007).

"En materia de separación o divorcio, asume relevancia la prueba de testigos cuando se trata de probar hechos ocurridos en la intimidad del hogar. En tal contexto, las declaraciones de los allegados, sean estos parientes, amigos íntimos, empleados o sirvientes, no pueden recibir tachas por falta de objetividad o directa parcialidad. En este tipo de prueba, por otra parte, se le otorga a las partes una facultad de control de los testimonios, pudiendo repreguntar o impugnar de falsa alguna respuesta, y el juez apreciar según las reglas de la sana crítica las circunstancias y motivos que corroboren o disminuyen la fuerza convictiva de tales declaraciones" (CNCiv., Sala L, R. 48.270, P.O., A.M. c/ B., Z.M. s/ DIVORCIO, 30-5-1997). En especial como en el caso que la conducta desplegada fue anterior mientras estaban cohabitando constituyendo la causa del alejamiento del actor.

Al no haber demostrado el demandado el supuesto acuerdo de separación que invocó en el responde, debe tenerse por configurado el abandono voluntario y malicioso del hogar en que el mismo

incurrió, por lo que el divorcio vincular también habrá de decretarse con sustento en esta causal (arts. 214, inciso 1, y 202, inciso 5, del Cód.Civil). En consecuencia, el abandono de autos ha sido voluntario y malicioso por estar implicado tanto el aspecto objetivo, es decir el alejamiento del cónyuge demandado del hogar conyugal, como así también el aspecto subjetivo, es decir por carecer tal proceder de la debida justificación necesaria (razones de quebrantamiento de salud, o de empleo o de obligaciones impuestas por profesión). El actor solamente hizo invocaciones que ni siquiera pretendió o intentó demostrar que su alejamiento fue realizado con acuerdo de la demandada, no ha logrado acreditar que su abandono no fuera malicioso, ni que respondía a causas legítimas, por ello, el planteo de la apelante debe receptarse.

Por estos motivos propongo para el Acuerdo que se tenga como causales subjetivas de la separación –divorcio las previstas en el art. 202, incs. 4 y 5 del Código Civil.

Habiendo resultado culpable el cónyuge actor, en ambas instancias deberá soportar las costas, conforme los principios objetivos en la materia.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con las disidencias parciales señaladas, la siguiente

SENTENCIA:

*1) Revocar el punto 1 de la sentencia de fs. 103/107, que fuera motivo de apelación y, en consecuencia, decreta el divorcio vincular de la Sra. R. V. C., DNI **.***.*** y del Sr. R. A. A., LE **.***.***, por la causal prevista en el art. 202,*

incs. 4 y 5, del CC, declarando disuelta la sociedad conyugal desde la fecha que lo dispusiera la a-quo.

2) Imponer las costas de ambas instancias al actor vencido.

3) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia a las Dras. I. A. M., M. S., V. M., V. R. y M. A. C., conjuntamente, en la suma de PESOS DOS MIL ($2.000), al Dr. F. M. R. en la suma de PESOS SEISCIENTOS ($600) y al Dr. M. A. H. en la suma de PESOS SEISCIENTOS *($600), de acuerdo a las etapas correspondientes.*

4) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la alzada a las Dras. M. A. C. y V. R., conjuntamente, en la suma de PESOS SETECIENTOS ($700).

5) Tener presente la reserva del caso federal de fs. 145vta.

6) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

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