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: **"S., M. F. c/ B., L. D. s/ DIVORCIO VINCULAR", expte. nro. 76/08,** venidos del Juzgado Letrado de Familia nro 1. (expte. nro. 1002/06), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 325), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Julio Antonio Alexandre, Dr. Fernando Nahuelanca 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. 276/280vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Que la sentencia de fs. 276/280vta., por la que se hace lugar a las reconvenciones, sucesivamente interpuestas por las partes, decretado su divorcio vincular y por culpa de ambos, al haberse acreditado mutuas injurias graves (arts. 214, inc. 1,° en función con el art. 202, inc. 4°, ambos del CCiv., es apelada por éstas y previo acogimiento de un hecho nuevo, conforme lo resuelto a fs. 315/315vta., obra el informe de la accionada reconviniente y reconvenida a

fs. 305/307 contestado a fs. 316/317vta. y el del accionante reconvenido y reconviniente a fs. 308/310. Así, tras detenida lectura, se advierte un discurso común en contra de la valoración probatoria tendiente a salvar la responsabilidad de cada uno en cuanto a las consecuencias del fallo en razón de la responsabilidad atribuida y que pretenden enervar. Aclaro que tal breve reseña no implica dejar de lado el contenido integral de la presentación de cada proponente.

El camino elegido por la accionada es la descalificación de los dichos testimoniales, en cuanto la comprometen, por estar teñidos de parcialidad por amistad íntima con la parte que los propone y saben de oídas o por referencia. La tacha alcanza a los testigos R., C. y B. y tan sólo se cuestiona en el fallo la intervención de F. D. C.. Siendo así, la presunta causal debe ser desestimada.

Contrariamente, el accionante no tan solo defiende los argumentos de la sentencia en cuanto a la presunción que deriva de aquellos datos testimoniales, sino que a modo de réplica impugna los que le perjudican, pero ahora no por el vínculo entre partes, sino por la ambigüedad de tales afirmaciones que de ningún modo permiten concluir del modo en que lo hace la a quo, de allí que el agravio se funde en la falta de prueba y debida fundamentación de la causal imputada, máxime cuando no se ha dado una respuesta adecuada a la prueba documental acompañada de conformidad con las razones dadas para su presentación. Formula, eventualmente, reserva del caso federal.

Toda especulación referida a los dichos de la testigo S. E. E., tal como propone el recurrente, conforme lo expuesto precedentemente, han caído en

“saco roto”, ya que las coincidencias en cuanto a las referencias personales han quedado absolutamente acreditadas con el contenido del certificado acompañado a fs. 304. Prueba calificada de la causal imputada y admitida en el fallo y en tal sentido se suceden los fallos que resuelven, v.gr.: “La presentación de un certificado de nacimiento del que resulta que la persona allí mencionada ha sido padre de un menor cuya madre no es la actora, es base suficiente para tener por probada la causal de adulterio del cónyuge en los términos del artículo 202, inciso 1, del Código Civil (ver Cámara 1a en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, 21/04/2008, C., R.B. c. L., J.A., La Ley Online). Cobran, así, otra dimensión las testimóniales avaladas por este último dato y permiten justificar el alejamiento de la ofendida, sin que se aporte por parte del ofensor ningún eximente como para reprochar aquella conducta, menos aún cuando se alega consenso al invocarse la causal objetiva.

La ofensa, que en igual sentido invoca el accionante en contra de su esposa, no guarda relación temporal con la convivencia por lo que no le sirve para la configuración de la causal prevista en al art. 202, inc. 5°, del CCiv.

Siendo así, el resto de los argumentos se diluyen en la mera disconfomidad con lo resuelto, no obstante vale recordar que la documental acompañada no es más que una manifestación de los deberes de colaboración, asistencia y alimentos prevista en el art. 198 CCiv., que no incide en modo alguno en cuanto al alcance de su probada inconducta.

Se reiteran los fallos que admiten que toda relación sospechosa o vinculación equívoca de uno

de los cónyuges con un tercero constituye injuria grave, en especial cuando existen exhibiciones públicas con personas de otro sexo que aunque no alcancen el grado de certeza o gravedad para afirmar un adulterio, son suficientes para acreditar la causal de injuria grave (ver, v. gr., "Comportamiento de los cónyuges frente a terceros", por Solari, Néstor E., publicado en: LA LEY 26/10/2009, 10, con citas de doctrina y jurisprudencia). Ya tal la conducta observada y manifestada de modo concordante por los testigos señalados en el fallo y que se oyen en la reproducción de la audiencia. El intento extemporáneo de impugnar tales manifestaciones, resulta incluso contradictorio con la defensa en cuanto a los dichos de otros testigos que deponen en contra del accionante y por las mismas razones que se alegan.

Los dichos de R., C. y B., valorados con la extrema prudencia y cuidado de parcialidad resultan suficientes como para justificar aquella conducta equívoca con terceros que afecta la honra del esposo y más allá de que ésta transite por la misma senda, resulta impensable por la subsistencia de la institución –tan devaluada en la cultura global- que tales conductas no se compensan.

Pero no es todo, a no olvidar, y lo dicho contesta ambos recursos, la flexibilidad probatoria propia de la materia en razón de su dificultosa obtención (ver, v. gr., Kielmanovich, Jorge L., "Medios de prueba", ed. Abeledo Perrot, 1993, pág. 147, p. a, con cita de numerosa jurisprudencia referida al tema).

Así, propongo acoger parcialmente los agravios de la accionada y en cuanto a incluir en la

resolución de culpa del accionante la causal de adulterio (art. 202, inc. 1°, CCiv.) y rechazar el recurso intentado por la reconvenida.

Tales conclusiones no afectan la distribución de costas resueltas en el fallo impugnado, en cambio sí debe incidir en los de la alzada que quedarán en cabeza del accionante reconvenido difiriéndose la regulación de honorarios al momento del acuerdo, en el que se tendrán presente las pautas de la ley de aranceles profesionales y la reserva del llamado "caso federal".

A la segunda cuestión el Dr. Alexandre dijo:

1. Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación articulado por la accionada reconviniente y reconvenida y, en consecuencia, se agrega como causal de divorcio y por culpa del esposo la prevista en el art. 202, inc. 1°, CCiv. a la ya decidida, en el p. 1° del fallo de fs. 276/280vta.

2. Desestimar el recurso de apelación opuesto por el accionante reconvenido y reconviniente con costas en la alzada y por las razones expuestas en los considerandos pertinentes, difiriéndose la regulación de honorarios de los letrados actuantes al momento del acuerdo. Se tiene presente la reserva del llamado "caso federal".

A la primera cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

La sentencia se dicta a fs. 276, por la que se hace lugar a la reconvención y a la "reconventio reconventionis, interpuestas por el demandado y el actor, respectivamente, decreta el divorcio vincular de los cónyuges M. F. S. y D. L. B., por culpa de ambos y

por las causales de injurias graves (art. 214, inc. 1, en función del art. 202, inc. 4°, del Código Civil). Impone las costas por su orden y regula los honorarios profesionales. Declara disuelta la sociedad conyugal al día 8/9/2006.

Se notifica la sentencia por lectura conforme la constancia de fs. 281; se notifican las partes a fs. 282/287 y a fs. 288 apela la parte actora, recurso que se concede a fs. 289.

Se agravia la parte demandada (reconviniente y reconvenida) L. D. B., en la primera parte solicitando la apertura a prueba, a continuación por cuanto se le señala una conducta inapropiada que no se condice con las obligaciones del matrimonio, para lo que tiene en cuenta la testimonial aportada por la parte actora. Objeta las calidades del testigo de cargo, por ser de referencia y de la amistad del actor y responde por comentarios del mismo. En tal marco impugna las declaraciones de los testigos R. y C.. Asimismo, las del testigo B., con la contradicción que refiriera la sentencia con el testigo D. C., calificando de parcialidad sus declaraciones, porque mucho sabían de las relaciones de la Sra. B. pero como por "arte de magia" nada sabían de las del Sr. S.. Sostiene que D. C. es contradictorio y parcial a favor del actor. Se agravia en definitiva que la sentencia hace lugar a la "reconventio reconventionis" y decreta el divorcio vincular de los cónyuges por culpa de ambos por mutuas injurias graves. Que tampoco quedó probado el adulterio reconvenido. Reserva el caso federal.

La parte actora reconvenida-reconviniente, expone los agravios a fs. 308/310. En el primer agravio considera arbitraria, incongruente e infundada

la interpretación de la prueba referida a los resúmenes de cuentas bancarias y de teléfono que señala y refiere el deber de los jueces de fundar las sentencias. El segundo agravio alude a la probanza resultante del testigo D. C., de haber visto a la Sra. B. con compañía en lugares públicos y objeta en cuanto concluye que tal declaración aparece teñida de parcialidad. Entiende razonable que D. C. conozca las actividades de B. por ser ambos residentes en Rada Tilly. Cita jurisprudencia. El tercer agravio reitera la crítica por la apreciación de los dichos de la testigo S. E. E., que los hechos sobre los que informa pueden tener otro significado. Afirma en definitiva que el análisis no es correcto y que las pautas citadas resultan meramente dogmáticas. Reserva el caso federal.

Análisis de los agravios de la parte demandada reconviniente.

En principio no puedo sino señalar la total transformación de la acción de separación personal del art. 204 CC, de lógica instauración porque solo habían transcurrido dos años y pocos meses desde la separación de hecho de los cónyuges, equívocamente encuadrado en la sentencia que el actor S. promueve demanda de divorcio vincular y hasta agrega que se trata de la prevista en el art. 214, inc. 2, CC, que tiene por base tres años de separación de hecho (fs. 276vta., consid. I, 1er. párr. y fs. 277, 5to. párr.).

Lo advertía la propia demandada a fs. 14 y así lo había entendido el Tribunal al resolver la excepción de defecto legal, pero habiendo consentido las partes la sustitución de la causal –fundamentalmente la actora en cuanto a la causal objetiva-, debe estarse al ámbito litigioso por el que

las partes siguen abogando.

Lo expuesto no importa inadvertir que la causal de adulterio que en postrera actuación ante esta Alzada se sostiene con un certificado de nacimiento que responde a la paternidad del actor, constata un hecho verificado después de un extenso tiempo de la ruptura matrimonial, donde había cesado la comunidad conyugal, reconocido por la propia demandada reconviniente, que sostiene que estuvieron de acuerdo en la separación. Sin perjuicio de lo expuesto, no se desconoce el derrotero de descomposición de la unidad matrimonial que desencadena la separación de hecho, lo señalan una y otra de las partes, pero en todo caso, debe volverse al señalado acuerdo de los cónyuges sin voluntad de unirse, por lo que la aplicación estricta del art. 198 CC constituiría la consagración abusiva del ejercicio de los derechos y configuraría un supuesto típico de actuar en contra de los propios actos. Adviértase la conclusión de las Jornadas de Junín - Comisión de Derecho Civil III (Año 1994): Cuando la separación de hecho de los cónyuges se ha producido de común acuerdo, ninguno de los cónyuges puede imputarle al otro, en proceso de divorcio ulterior, adulterio o injurias graves fundadas en la infidelidad por relaciones sexuales o concubinarias iniciadas con posterioridad a la separación de hecho sin voluntad de unirse".

En cuanto a las objeciones a la prueba de los testigos O. R., M. J. C. y R. D. B., se advierte que tienen por base la amistad que reconocen los declarante con M. S., que hace decir a la impugnante que se tiñen de parcialidad, porque así lo reconocen en sus declaraciones. Pero es claro que en estos casos, los testigos son los que se vinculan con las partes por

una u otra razón, como ocurre con las declaraciones de S. L. E. o R. I. G., fundamentalmente E., que manifiesta que conoce a la esposa por 25 ó 23 años, sin embargo la sentencia extrae igualmente conclusiones. Como lo señala el fallo y ello no es contestado, el hecho de que los testigos sean parientes o vecinos no les quita eficacia probatoria, porque son testigos necesarios, los que mejor conocen los hechos. En esta materia conflictiva, el juicio de divorcio, las pruebas deben analizarse en su conjunto para extraer dentro de la relatividad de las cosas humanas, la culpabilidad de uno o ambos cónyuges, siendo atinada la concepción judicial frente a las cuestiones traídas por las partes.

Por todo lo expuesto, deben rechazarse los agravios que se dejan tratados (art. 305/307vta.).

Agravios de la parte actora reconvenida y reconviniente de fs. 308/310.

Los tramos iniciales del agravio (I Agravio), califica de arbitraria, incongruente e infundada la conclusión de la sentencia al considerar insuficiente la prueba resultante de la documentación, para probar los descalabros económicos, porque la sentencia no explica los motivos que la hayan convencido.

Al examinar el fundamento de esta queja, remite los extremos de lo afirmado a los Resúmenes de Cuenta de la Tarjeta de Crédito R. V. N° ****-****-****-****(la prueba de T. se tuvo por decaída en la audiencia de vista de causa), a cuyo respecto sostiene como conducta injuriosa de la cónyuge.

A lo expuesto debe responderse que no basta impugnar por insuficiente el análisis del fallo,

si paralelamente no demuestra e incorpora al juicio todos los fundamentos para que en su confronte con el examen de dicha documentación, resulte probado el desequilibrio económico familiar atribuible a la cónyuge como injuria.

No resulta demostrativo sostener la existencia de "una abultada y permanente deuda de la tarjeta de crédito, oscilante entre $4000/5000 todos los meses" (fs. 35), sin relacionar en qué lugar de la documental e informativa de fs. 26/31 y fs. 157/162 se verifican tales extremos. Lógicamente se debían por otra parte los conceptos sobre los ingresos del actor-reconviniente de cuyo cotejo surgieran los extremos sostenidos, el propio S. manifiesta por otra parte que "…siempre accedía a dar a la accionada una vida plena de confort y tranquilidad económica…" (fs. 36, 4to. párr.). Por último, la afirmación de los gastos mensuales asignados a la cónyuge, resultan desvirtuados por la documental de referencia; la presentada del B. R. a fs. 30, informa un promedio mensual de consumo de L. D. B. de $1.384,87, en tanto de la numerosa documental del mismo B. R. de fs. 157/162, no surgen los gastos de la esposa reconvenida que se conformen a las cifras ($4000/5000 mensuales) por las que se acusa de injuria. Se rechaza el primer agravio.

II Agravio (fs. 308vta.). Se cuestiona la valoración que efectúa la sentencia de la prueba testimonial y valoriza la agraviada la que aporta B. D. C. que sabe por dichos de terceros que la Sra. B. mantiene una relación incursa en la causal del art. 202, inc. 1°, CC.

Si hubiera de resolverse el punto en función de los dichos de D. C., habría lugar para

evaluar qué alcance debe concederse a los dichos del testigo que responde al de terceros, pero el criterio sobre la acusación de adulterio ya se encuentra expedido en este voto.

Para resolver el agravio, debe observarse la plataforma de la actora reconviniente, sitúa el origen de la crisis matrimonial a inicio del año 2004, pero radicada en una "clara connotación económica, que se arriba por exclusiva culpa de la Sra. B." y luego agrega: "quien es mas, en la actualidad y desde hace un tiempo mantiene una relación concubinaria…" (fs. 34vta.).

Si la fecha de la demanda es de diciembre de 2006, pasados los dos años de la fecha de separación, es claro que se acusa una causal de infidelidad posterior a la separación de hecho, ello es, cuando la comunidad de vida ya no existe. Corresponden por lo tanto las mismas conclusiones vertidas para rechazar el adulterio acusado por la parte demandada, a las que me remito y por lo que se rechaza el presente agravio.

III Agravio. Vuelve la agraviada a criticar por arbitraria e incongruente la evaluación del testimonio de S. E. E., que vio al actor reconviniente abrazado a una mujer embarazada. Contrapone la actora reconvenida-reconviniente que el hecho observado puede suponer otras relaciones, de amistad, parentesco o por ayudar a una mujer grávida; además –dice la agraviada– no comprende, porque el fallo no lo explica, la razón por lo que la Sra. Jueza asume que la persona embarazada se trata de la misma a que se refiere como C..

En la parte que se ha desechado por el

presente voto la causal de adulterio en contra del actor, carece de incidencia la testimonial de E. pese a las referencias de esta testigo, por lo que carece de virtualidad el agravio en esta parte. En cuanto los dichos de la nombrada exceden la única objeción concreta formulado por la actora S., que el matrimonio se encontraba separado, respecto a la "clase de vida del matrimonio" en su propio hogar, que desde antes lo vieron con otras personas, conforman el valor probatorio contextual ya señalado respecto al conjunto de las testimoniales de autos, por lo que en definitiva se rechaza el agravio conforme con el art. 288 Ley XIII N° 5 (antes Ley 2203) del Digesto Jurídico.

Por lo expuesto se rechaza el memorial de agravios de fs. 308/310 y se tiene presente la reserva del caso federal.

Atento al resultado de los recursos, las costas se imponen por su orden (art. 72 normativa citada).

Para regular honorarios, rige la Ley XIII N° 4 (antes Ley 2200), arts. 5, 6, 8, 12 y concords., el mérito de los trabajos profesionales y su resultado. Propongo los honorarios de la Dra. L. S. G., en la suma de $600 y los del Dr. N. R. M., en la suma de $750.

A la segunda cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

Voto:

1) Rechazar los agravios interpuestos por las partes L. D. B. a fs. 305/307vta. y M. F. S. a fs. 308/310, contra la sentencia fs. 276/280vta., que se confirma en todas sus partes.

2) Costas por su orden; se regulan los

honorarios de los profesionales intervinientes de conformidad con el considerando respectivo.

3) Tener presente la reserva del caso federal de fs. 308/310.

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

Mis colegas preopinantes han acordado una solución común para la mayoría de las cuestiones sometidas a revisión. Sin embargo, no existe acuerdo respecto a unos de los agravios de la demandada reconviniente (inclusión del adulterio del esposo como causal subjetivo del divorcio) y a tal extremo circunscribiré mi voto.

En función de lo expuesto he de pronunciarme exclusivamente acerca de la configuración o no de la causal de adulterio invocada por la esposa.

La recurrente acredita en esta instancia, con la pertinente partida de nacimiento, que el actor es padre de un niño; con base en tal extremo pide se revise el fallo y se incluya como causal subjetiva de divorcio el adulterio. En esta pretensión omite incluir un dato de máxima trascendencia: el niño nació mucho después de haber cesado la comunidad conyugal.

El tema a dilucidar es, entonces, la vigencia del deber de fidelidad consagrado por el artículo 198 del Código Civil luego de la separación personal. En la cuestión coincido plenamente con el Dr. Nahuelanca; frente al cese de la comunidad conyugal que en el caso que nos ocupa fue reconocido por ambos cónyuges, la invocación de la violación al deber de fidelidad constituye un ejercicio abusivo de los derechos.

Desde la jurisprudencia, hace más de tres lustros, se señaló que el deber de fidelidad debe ser interpretado de forma tal que concuerde estructuralmente con el resto de los deberes conyugales, especialmente el de cohabitación y débito conyugal, por lo que el mismo subsiste mientras se encuentra latente la voluntad de unión de los esposos; cuando la fractura del matrimonio se concreta con la separación de hecho de común acuerdo el deber de fidelidad se relativiza y hasta desaparece cuando luego de un tiempo prudencial no hay reconciliación (CNac.Civ., Sala M, 12/06/1992, L.L., 1993-E-15, con nota aprobatoria de Beatriz R. Bíscaro, "Deberes y derechos matrimoniales durante la separación de hecho"; en el mismo sentido María Victoria Famá - Andrés Gil Domínguez, en "Divorcio y daño moral: Una mirada constitucional", en L.L., diario del 11-05-2005, Columna de Opinión; ídem Santos Cifuentes "Sobre la fidelidad conyugal de los separados", en L.L., diario del 22-06-2005, Columna de Opinión).

Recuerdo, además, que en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la ciudad de Rosario en septiembre de 2003, por mayoría se concluyó que "el acuerdo de separación de hecho entre los cónyuges implica la cesación del mutuo deber de fidelidad".

El tema presenta nítida raíz constitucional como lo destaca prestigiosa doctrina. Así: …"el ejercicio libre e incondicionado de la sexualidad tras la separación de hecho constituye un aspecto de la libertad de intimidad privativo de la persona en el que el Estado no puede interferir so pena de incurrir en una actitud paternalista excesiva en

franca violación del art. 19 citado. El perjuicio potencial que esto pueda significar para el otro cónyuge no constituye un daño concreto y cierto en los términos expuestos precedentemente, pues tras la ruptura consentida de la convivencia (sea por haberse tomado una decisión conjunta o por haberse aceptado tácitamente el distanciamiento) se infiere la dispensa tácita de los compromisos conyugales que no permite exigir razonablemente (en términos constitucionales) la observancia del deber de fidelidad. Lo contrario sería pretender una conducta excesiva y desproporcionada" (María Victoria Famá y Marisa Herrera, "Una mirada crítica sobre el deber de fidelidad durante la separación de hecho", 14/12/2005, elDial - DC7B7).

Por las razones expuestas, considero debe rechazarse la pretensión de incluir como causal de divorcio el adulterio del esposo.

2. Costas y honorarios.

Las costas de esta instancia se imponen por su orden, atento al modo en que se resuelven las cuestiones.

Los honorarios se regularán en un todo de acuerdo con las pautas legales previstas por el artículo 5 de la ley arancelaria y por aplicación de las escalas del artículo 13 del mismo ordenamiento.

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

Adhiero al pronunciamiento propuesto por el Dr. Nahuelanca.

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

SENTENCIA:

1) Rechazar los agravios interpuestos por las partes L. D. B. a fs. 305/307vta. y M. F. S. a fs. 308/310, contra la sentencia fs. 276/280vta., que se confirma en todas sus partes.

2) Costas por su orden, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales de la Dra. L. S. G., en la suma de SEISCIENTOS PESOS ($600) y los del Dr. N. R. M., en la suma de SETECIENTOS CINCUENTA PESOS ($750).

3) Tener presente la reserva del caso federal de fs. 308/310.

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

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