En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de agosto del año dos mil once, 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. Julio Antonio Alexandre y asistencia de los señores Jueces de Cámara Dra. Silvia Noemí Alonso y Dr. Fernando Nahuelanca, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"C., A. c/ V., A. M. s/ SUMARIO (Daños y Perjuicios)", expte. nro. 593/10,** venidos del Juzgado de Familia nro. 1 (expte. nro. 91/10), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 177), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Julio Antonio Alexandre, Dra. Silvia Noemí Alonso 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. 133/139? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Que la sentencia por la que se desestiman la pretensiones indemnizatorias de la accionante, imponiéndole las costas (fs. 133/139), es apelada por la vencida a fs. 141, a tenor del informe de fs. 153/163 que le fuera contestado por su oponente a fs. 165/169vta.

Tras la lectura de los antecedentes obrantes en la causa, dentro del marco jurisdiccional impuesto por los agravios, debo aclarar, en primer lugar, dos cuestiones; la primera refiere a la alusión de presunta insuficiencia del memorial de la recurrente (fs. 165, punto II-a), cuando esta Sala ha sostenido reiteradamente que en la sustanciación del recurso de apelación, el cumplimiento de los requisitos debe ponderarse con tolerancia, mediante una interpretación amplia que los tenga por cumplidos aun frente a la precariedad de la crítica del fallo apelado, directiva que tiende a la armonía entre el cumplimiento de los requisitos legales y la garantía de defensa en juicio y delimita restrictivamente el ámbito de las sanciones que importan pérdida o caducidad de los derechos del apelante. En el caso, no cabe reproche alguno a la luz de las directivas del art. 268 CPr. (DJ), al margen que se compartan o no las críticas formuladas.

En segundo lugar vale recordar que es potestad del tribunal de revisión extraer lo esencial del memorial, mereciendo respuesta tan sólo los argumentos que posean relevancia y sean conducentes a la decisión del caso (ver fallos 258:304; 262:222; 265:301; 272:225 entre muchos).

La amplitud propuesta a efectos de la revisión del fallo obliga a expedirse respecto a si frente a la declaración del divorcio de las partes, en las cuales uno ha sido declarado inocente y el otro culpable (expte. N° 143/2007, fs. 1335/139, obrante por cuerda), resulta procedente fijar una indemnización por daño moral derivada de los hechos o causas que provocaron el divorcio, en el caso por configuración de la causal de adulterio (fs. 139 p. 2).

Asimismo, si conforme a las circunstancias alegadas que refieren al desvínculo anteriormente señalado, con más las que surgen de la presente y la causa de alimentos (expte. N°35/2007), acordelada, y naturaleza de las mismas, justifican la procedencia de la indemnización solicitada a favor de los hijos de ambos.

En cuanto a la procedencia de la acción y en su caso el alcance y extremos a contemplar recordaré un antecedente cercano en el que tuve oportunidad de opinar (“C., G.B. c. P., J.M.” del 30/03/2009, RSD N° 01/2009) y considero que vale su transcripción, ratificando mi postura.

Previo, pese a considerar que ha quedado consentida la sentencia en cuanto la demanda extendía el derecho indemnizatorio a los hijos, sin que ahora se mantenga tal pretensión y sólo que desprenda del escrito una mera alusión a tal circunstancia en el p. 33-i) (fs. 160vta.) para que no queden dudas en cuanto a mi opinión, se impone excluir por falta de legitimación pasiva a los hijos de la presunta damnificada, ya que ella, en atención a la naturaleza jurídica de la acción, es la única que posee legitimación activa para promoverla tal como lo señalan, v. gr., Costa Méndez-Ferrer-D’Antonio en “Derecho de Familia”, ed. Rubinzal Culzoni 2008, t. IV, pág. 485, últ. párr. y amplía Graciela Medina en “Daños en el Derecho de Familia”, 2ª. ed. Actualizada de Rubinzal Culzoni 2008, págs. 97/98, parág. VII-2, citada por la demandada y la sentenciante, a la que adhiero en razón del alcance de la norma moral que habilita la acción. Por lo dicho la sentencia debe quedar confirmada en tal aspecto y así lo propongo al acuerdo.

Allí dije que: “...tal como nos informa Néstor E. Solari en su trabajo “El daño moral en el divorcio”, publicado en: LL NOA 2006 (setiembre), 901, el tema de los daños y perjuicios en el divorcio se encuentra discutido en nuestro ordenamiento jurídico, pues, la ley no establece normas específicas en tal sentido. Frente a tal omisión, tanto la doctrina como la jurisprudencia se hallan divididas en cuanto a que, para algunos, es posible la aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil, mientras que para otros no serían aplicables dichas normas generales al divorcio.

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

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

Pero debe quedar en claro que este criterio, si bien admite la aplicación de los daños y perjuicios de las normas generales de la responsabilidad en materia de divorcio, por los hechos o las causas que dieron lugar al mismo, su viabilidad no surge, por sí misma, de la sentencia que decreta el divorcio —o en su caso, la separación personal—, sino que dicha sentencia otorga la posibilidad al inocente de probar que esos hechos o causas, "además", provocaron un perjuicio susceptibles de reparación (ver, v. gr., Méndez Costa-Ferrer-D’Antonio en “Derecho de Familia”, ed Rubinzal Culzoni 2008, t. IV, pág. 476).

De esta manera, puede haber habido sentencia de separación personal o de divorcio vincular por alguna de las causales subjetivas (v.gr., arts. 202 y 214, inc. 1°, C.C.) y, no obstante ello, entenderse que dichas causas, en el

caso, no conllevan un daño susceptible de ser reparado. Es decir, la sentencia de divorcio no implica necesariamente el derecho al resarcimiento por daño moral.

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

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

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

Conforme lo dicho, queda en claro que la sentencia de divorcio no implica necesariamente el derecho al resarcimiento por daño moral. Sí, insisto, que deja abierta la posibilidad para alegar y probar el derecho de daños al cónyuge inocente y conforme aquel plus que conlleva la sanción ya prevista en la ley especial (ver, v. gr., Cifuentes, Santos, "El divorcio y la responsabilidad por daño moral", LA LEY, 1990-B, 809; del mismo autor, en su voto en causa "L de P., M.S. c. P., J.C.D.", CNCiv., sala C, del 17/5/1988, LA LEY, 1988-D, 386).

Si bien con matices, indudablemente en razón de la naturaleza de las instituciones en juego, Zannoni, volviendo a repensar el tema señala: “Es por eso que llegamos a la conclusión de que, en punto al daño moral, parece imposible separar o escindir el divorcio en sí de las causas que lo provocaron. Y que si de resarcir se trata, el juez deberá valorar si, además de las

causas que condujeron a imputar a uno de los cónyuges, exclusivamente, la "culpa" de ese divorcio, existen daños resarcibles autónomamente, es decir, menoscabo de intereses jurídicos que son indemnizables aun cuando, por hipótesis, no se hubiera demandado, y obtenido, el divorcio. No se olvide que en los casos de divorcio "culpable" el orden jurídico prevé ya sanciones, fundamentalmente en el ámbito asistencial, a través de la prestación cuyas pautas enumera el art. 207 del Cód. Civil. Como lo hemos sostenido, tal prestación es de carácter alimentario en cuanto a su naturaleza, aun cuando en la determinación de su cuantía y extensión pueda existir, también, un fundamento indemnizatorio. No parece que más allá de estos límites deba abrazarse una cruzada resarcitoria que, la experiencia lo está demostrando, sirve más a la justificación de vindictas -prolongación del divorcio mismo con propósitos de lucro- en un contexto de litigiosidad que, por otra parte, ha hecho crisis en el derecho de familia moderno. La relatividad de las ideas de culpa y de inocencia en la frustración del proyecto matrimonial y las vías de acceso no litigiosas al divorcio por las que opta la mayor parte de los justiciables, son elocuentes” (ver “Daños y perjuicios derivados de la separación personal y el divorcio vincular” de fecha 6-feb-2008, cita: MJ-DOC-3352-AR - MJD3352).

En el caso de autos entiendo que la iudex a quo ha sabido valorar la prueba de conformidad a las pautas señaladas e indudablemente los datos adquiridos y que intentan verificar la excepcionalidad, antes apuntada respecto de la gravedad de la lesión moral o espiritual, no lo han logrado. Las dichos de las testigos que refieren a tales circunstancias no escapan a los sentimientos que de común y ordinario padece quien debe soportar tales situaciones, esto es, no se ha demostrado alteración espiritual que muchísimas veces requiere asistencia psicológica, por alto grado de perturbación y dolor, no trascendencia o difusión social en forma notoria u otro tipo de acontecimientos personales o dentro del ámbito de sus relaciones que impliquen un plus al que generalmente ocurre en situaciones análogas. De allí que la búsqueda del alivio en las fuentes religiosas, es generalmente el escape más común ante todo tipo de angustia y no implica necesariamente una conducta de extrema lesividad moral. Lo dicho justifica la prudencia y cautela de los considerandos de la sentenciante y

la valoración de la prueba adquirida en su justa medida por lo que propongo al acuerdo desestimar los agravios y confirmar el fallo impugnado y al no compartirse los fundamentos de la postura más amplia en el tema (p. 40 del memorial) que justificaría eventualmente la imposición de costas por el orden causado, tampoco tal solución deberá ser acogida de modo positivo.

Las costas de la alzada se le deben imponer a la vencida y se difiere la regulación de honorarios al momento del acuerdo en el que se tendrán presente las pautas arancelarias de la ley XIII-N°4.

A la segunda cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Desestimar en todas sus partes el recurso de apelación articulado por la demandada y, en consecuencia, se mantiene firme la sentencia de fs. 133/139, en cuanto fue motivo de agravios, con costas a la vencida y difiriéndose la regulación de honorarios al momento del acuerdo.

A la primera cuestión la Dra. Silvia Noemí Alonso dijo:

1. El fallo apelado y los agravios.

El alcance de la sentencia, los datos de interposición y concesión del recurso, el contenido de los agravios y de la contestación de la parte apelada han sido reseñadas por el colega preopinante. Por tal motivo a tales consideraciones me remito a fin de evitar repeticiones estériles.

2. La suficiencia técnica del recurso.

A tenor del expreso planteo efectuado en la contestación de agravios obrante a fs. 165/169vta., punto II-a, corresponde pronunciarse sobre la suficiencia técnica del recurso.

El primer votante ha adelantado que esta Sala adhiere –en forma pacífica y unánime- a un criterio amplio en el juzgamiento de los fundamentos de las apelaciones -dada la gravedad de las consecuencias que comporta la declaración de deserción- y en miras a un marcado resguardo de la garantía de defensa en

juicio.

Partiendo de esta premisa, en el caso concreto, resulta inaplicable la sanción peticionada desde que la recurrente ha cumplido con la carga de expresar una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que considera equivocadas. Es decir, aunque sea mínimamente se configura la idoneidad técnica exigida por la ley.

Por lo demás, si algún interrogante quedare respecto al cumplimiento del mentado recaudo, corresponde aplicar la doctrina que dimana de los precedentes del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia que ha sostenido que cuando existen dudas acerca de si el escrito de expresión de agravios abastece la carga que le impone la ley procesal, se debe tener por satisfecha la misma (cf. autos "G. vda. de F., E." del 31-05-99; idéntico sentido autos "T.R.J., S.N. s/ Divorcio Vincular" del 22-03-00 Nro. SAIJ00150014 y "P., R. c/ M. s/ diferencias salariales" del 23-03-01 SAIJ01150056).

Por las razones expresadas se rechaza el pedido de deserción del recurso.

3. Tratamiento del recurso.

Las divergencias doctrinarias y jurisprudenciales, en la materia que nos ocupa han sido reseñadas por quien me precede en la votación, de modo que considero innecesario ahondar en este debate siempre vigente. Sí debo señalar que coincido con la postura que ha sentado el primer votante, al establecer que la circunstancia de haberse decretado el divorcio atribuyendo a uno de los cónyuges la culpa, respecto a la comisión de alguna de las causales previstas por la

ley, no es suficiente por sí sola para generar derecho a la reparación del daño moral a favor del inocente. Caso contrario estaríamos ante una responsabilidad tasada en una materia con características tan especiales como las que nos ocupa.

En definitiva, cuando los hechos que motivaron el divorcio constituyan conductas antijurídicas, exista factor de atribución y guarden relación de causalidad adecuada con el daño efectivamente producido generaran responsabilidad.

Veamos el caso de autos: se ha reclamado daño moral por el adulterio, por el abandono material y por el abandono de los menores –fs. 13 vta. a 15-.

La jueza ha dado respuesta a cada uno de estos motivos y al expresar agravios solo se cuestiona el rechazo del daño moral por el adulterio. Por supuesto, centrada en tal aspecto de la cuestión adelanto que la actora no ha acreditado un perjuicio a su persona que exceda la conflictiva y consecuencias propias de un divorcio y resulte indemnizable con independencia del mismo.

El aquí demandado, Sr. V., inició una demanda de divorcio con fundamento en la causal objetiva, el día 28 de febrero de 2007; la Sra. C., aquí actora, interpuso reconvención por las causales subjetivas de abandono voluntario y malicioso del hogar y adulterio; a su vez el actor no reconvino por causales subjetivas.

La jueza de grado decretó el divorcio exclusivamente por la causal de adulterio, consideró que el esposo no acreditó el deterioro del matrimonio y la reconviniente en cambio probó que el alejamiento del

hogar del esposo y la convivencia con otra mujer se produjeron casi simultáneamente, que la situación se mantenía a la fecha del dictado de la sentencia y que de esa unión ha nacido un hijo. Este pronunciamiento quedó firme porque no fue apelado por ninguna de las dos partes. Posteriormente la señora inició este reclamo por daño moral.

Ahora bien, en este juicio, algunas de las personas que declararon describieron la congoja y desesperación de la actora con motivo del cese de la convivencia del matrimonio y la formación de una nueva pareja mientras que otras ilustraron acerca de las circunstancias de idéntico tenor que vivió el esposo.

En definitiva, los hechos probados de esta causa demuestran claramente que la ruptura del matrimonio dio lugar a situaciones dolorosas y angustiosas para ambos. También patentiza que en una trama tan compleja y apasionada como las relaciones humanas el juez poco o nada puede conocer del verdadero plan de vida desarrollado por la pareja. Ergo, no puede ni debe arrogarse la potestad simbólica de identificar lo moral e inmoral y asignarlo a las personas lo que sucedería si declaráramos procedente la condena. Las pruebas colectadas solo han servido para acreditar en los términos de la ley la disolución del matrimonio, no para determinar la procedencia de un daño moral autónomo. Concluyendo: ”En un Estado constitucional de derecho, donde la constelación plural de valores es el sustento de la convivencia pacífica de los diferentes, un magistrado no puede instituir una concepción moral de las relaciones amorosas y del disfrute de la sexualidad a partir de la cual se "castigue" al díscolo o al distinto. La infidelidad conduce al divorcio si la

parte agraviada lo desea. Los motivos de la infidelidad quedan al margen de la esfera de decisión de los jueces. De lo contrario, no estamos frente a jueces de la Constitución sino frente a defensores de una moral determinada que se impone a través del derecho como discurso del poder" (Famá, María Victoria y Gil Domínguez, Andrés, "Divorcio y daño moral: Una mirada constitucional", LL Suplemento del 11/05/2005)

En este contexto no advierto que la violación al deber de fidelidad, en el marco descripto, configure una situación generadora de responsabilidad civil por acreditación de un perjuicio en la persona de la actora que exceda la conflictiva y las consecuencias propias del divorcio y resulte indemnizable con independencia del mismo, teniendo en cuenta las normas generales de la responsabilidad civil (Famá, María Victoria y Gil Domínguez, Andrés, "El divorcio y la responsabilidad por daño moral entre los cónyuges", DJ, 2005-1-1094).

Por todo lo expuesto, propongo el rechazo del recurso.

4. Costas y honorarios.

Las costas se imponen a la actora vencida.

Los honorarios se regulan de conformidad con las pautas generales contenidas en el artículo 5 de la ley arancelaria y por aplicación de la escala específica del artículo 13 del mismo ordenamiento. En función de lo expuesto se establecen a favor del Dr. R. R. E. H. y la Dra. M. S. P. D., en forma conjunta, en la suma de pesos un mil seiscientos cincuenta y a favor de la Dra. L. F. M. en la suma de pesos un mil doscientos cincuenta; en ambos supuestos con más el

impuesto al valor agregado si correspondiere.

A la segunda cuestión la Dra. Silvia Alonso dijo:

Adhiero al fallo propuesto por el Dr. Alexandre.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que el Dr. Nahuelanca no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente

SENTENCIA:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora a f. 141, en consecuencia, confirmar la sentencia de primera instancia obrante a fs. 131/139, en todas sus partes.

2) Costas de esta instancia a la actora vencida.

3) Regular los honorarios correspondientes a los Dres. R. R. E. H. y la Dra. M. S. P. D., en forma conjunta, en la suma de PESOS UN MIL SEISCIENTOS CINCUENTA ($1.650) y a favor de la Dra. L. F. M. en la suma de PESOS UN MIL DOSCIENTOS CINCUENTA ($1.250), en ambos supuestos con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

4) Tener presente la reserva del caso federal efectuada a fs. 162vta.

5) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. 007 DEL AÑO 2011
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "F"