



%o7^è!Rèl7=IŠ

Causa Nº 1-56640-2012 -

"E., E, I, C/ P, E, F, S/ALIMENTOS"

JUZGADO DE FAMILIA Nº 1 - AZUL

Nº Reg.

Nº Folio

En la Ciudad de Azul, a los 4 días del mes de Septiembre de 2012 reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excm. Cámara de Apelaciones Departamental -Sala I- Doctores Ricardo César Bagú, Esteban Louge Emiliozzi y Lucrecia Inés Comparato, para dictar sentencia en los autos caratulados: "**E, E, I, C/ P, E, F, S/ALIMENTOS** ", (**Causa Nº 1-56640-2012**), se procedió a practicar la desinsaculación prescripta por los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C., resultando de ella que debían votar en el siguiente orden: **Doctores LOUGE EMILIOZZI - COMPARATO - BAGU .-**

Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

-CUESTIONES-

1ra.- ¿Es justa la sentencia de fs. 200/216?

2da.- ¿Es justa la resolución de fs. 222?

3ra.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

-VOTACION-

A LA PRIMERA CUESTION: el Doctor **LOUGE**

EMILIOZZI, dijo:

I.a) El presente proceso es iniciado por la **Sra. E, I, E,,** quien actuando por sí acciona contra su cónyuge **Sr. E, F, P,,** con quien contrajo matrimonio el día 26.11.1976 (conf. fs. 6), y de quien dice encontrarse separada de hecho desde fines del año 2009, cuando tomó la determinación de retirarse del hogar conyugal en razón de que la convivencia se había tornado insoportable.

b) A fs. 40/43 contesta demanda el Sr. P,, quien – al amparo del art. 218 de Código Civil- solicita el rechazo de la pretensión, fundado en que la Sra. E, mantendría una relación de concubinato con el Sr. J, O, M,, con quien conviviría en el domicilio de calle España 1359 Departamento 5 de esta ciudad.

II) En el lugar indicado al formular la primera cuestión se dictó la sentencia de primera instancia, estableciéndose en su parte resolutive que el accionado deberá abonar a favor de la actora el equivalente al 25% de los haberes que percibe en su carácter de empleado de la Cooperativa Agrícola Ganadera de Rauch. Se impusieron costas al accionado y se difirió la regulación de honorarios.

Para así decidir, y en lo que interesa destacar a los fines de la apelación, el “a quo” afirmó en un pasaje de la sentencia (fs. 208, 4to. párr.) que no corresponde ordenar el desglose del escrito presentado por el demandado (en referencia a la presentación de fs. 40/43),

en el que aparte de ofrecer pruebas argumentó en defensa de su posición. Luego puntualizó que el reclamo deducido en autos consiste en una cuota alimentaria por el tiempo que demande el juicio de divorcio, el que se encuentra en trámite ante su mismo Juzgado. Finalmente hizo mérito de la constancia obrante a fs. 190, con la que se acreditan los haberes que percibe el alimentante. Todo ello lo condujo a fijar la cuota alimentaria del modo ya anticipado.

III) Contra dicho decisorio dedujo apelación el alimentante a fs. 219, expresando agravios a fs. 248/251, los que obtuvieron respuesta a fs. 253/256.

Las críticas vertidas por el accionado tienden a poner de resalto que la sentencia constituye un mero desarrollo teórico del instituto de los alimentos, pero omite pronunciarse sobre las pretensiones de las partes y las pruebas rendidas. Señala que constituye un dislate judicial el haber estado más de un año produciendo pruebas sobre las que el juez nada dice. Afirma que de la prueba testimonial, acta de constatación y exposiciones civiles surge que la Sra. E. vive en concubinato con el Sr. M.. Entiende que de este modo su parte ha probado las circunstancias de hecho que tornan aplicable el art. 218 del Código Civil, norma que su parte invocó al contestar demanda y que no fue considerada por el “a quo”. Concluye resaltando que la sentencia puesta en crisis resulta arbitraria, y solicita naturalmente su revocación.

En el responde a los agravios la actora comienza

por señalar que no ha habido omisión alguna por parte del “a quo” en lo que a valoración de pruebas se refiere; en esa faena, explica que el proceder del sentenciante obedece al trámite sumario del proceso de alimentos y a la imposibilidad del alimentante de contestar demanda y ofrecer prueba distinta a la documental e informativa. En cuanto al fondo de la cuestión, esgrime que los testigos de los que intenta valerse la actora son parciales (Carlota Gaitán y María Paz Mercader Gaitán) o directamente excluidos (Ivonne Planes), que la constatación notarial fue hecha sin la presencia de la recurrente, y que en el informe socio ambiental pudo comprobarse que ella habita en España 1359 pero no en el departamento 5. Finalmente alega que su reclamo encuentra sustento en el art. 198 del Código Civil, y cita jurisprudencia según la cual en las circunstancias de un divorcio vincular la relación sentimental de uno de los cónyuges con un tercero no implica necesariamente la conducta reprochable a la que se refieren los arts. 210 y 218 del Código Civil.

IV) A fs. 261 se dispuso que por ser definitiva la cuestión objeto de la apelación debía resolverse con la formalidad del acuerdo, y a fs. 263 se practicó el sorteo de ley, por lo que las actuaciones se encuentran en estado de resolver.

V.a) Creo necesario aclarar, como punto de partida, que el presente proceso de alimentos fue iniciado el día 26.04.10. (conf. fs. 11vta.), es decir, unos meses antes que el proceso de divorcio que tramitó entre las mismas partes, que fue promovido el día 21.09.10. (conf. fs.

1 de los autos “P., E. F. c/ E., E. I. s/ Divorcio Contradictorio”, expte. 3397/2010 que tengo a la vista).

De lo dicho se extrae que la prestación reclamada en estas actuaciones quedaba en su inicio comprendida en el marco de los alimentos que se deben los **cónyuges separados de hecho**, a cuyo régimen me referiré en el apartado que sigue.

Posteriormente, y como anticipé, sobrevino la promoción del juicio de divorcio, con lo cual la prestación alimentaria pasó a quedar comprendida en el marco de los **alimentos provisionales**, es decir, los destinados a regir durante la sustanciación del juicio de separación personal o divorcio (Bossert, Gustavo A., “Régimen jurídico de los alimentos”, 2da. edición actualizada y ampliada, Astrea, pág. 46). De todos modos, las consecuencias concretas de este hecho sobreviniente son más aparentes que reales, ya que pese a la promoción del divorcio la Sra. Esperón siguió instando el presente proceso de alimentos, y, como explica Bossert, cuando la fijación de los alimentos provisionales se persigue a través de un juicio de alimentos –y no de la vía del art. 231 del Código Civil-, la obligación encuentra fundamento en el art. 198 del Código Civil y la cuota debe tender a preservar el nivel económico que tenía el reclamante durante la convivencia (ob. cit., págs. 49 y 50), por lo cual el régimen se asemeja al de los cónyuges separados de hecho, sobre el cual me explayaré más adelante.

Pero, lo que es más gravitante aún y no puede

dejar de ser valorado por este Tribunal (doctr. arts. 163 inc. 6to. 2da. parte, 164, 272 y conc. del C.P.C.C.), es que el proceso de divorcio finalizó por desistimiento fundado en el art. 842 del C.P.C.C. (fs. 111/112 y 134/137). De allí que al presente no caben dudas de que el reclamo incoado en estas actuaciones se sustenta en una situación de separación de hecho.

b) Los cónyuges separados de hecho tienen derecho a reclamarse alimentos, ya que dicho deber deriva del vínculo conyugal y no de la cohabitación. En tal sentido se ha dicho que durante la separación continúa vigente el sistema de asistencia espiritual y material, incluida la prestación alimentaria que prevé el art. 198 del Código Civil, sin perjuicio de las adecuaciones a la cuota que derivarán del hecho de vivir separados (Bossert, Gustavo A. “Régimen jurídico de los alimentos”, 2ª ed. actualizada y ampliada, pág. 29; Escribano, Carlos y Escribano, Raúl “Alimentos entre cónyuges”, pág. 25; Fanzolato, Eduardo “Alimentos y reparaciones en la separación y en el divorcio”, pág. 9; esta Sala, causas nº 29.002, “Michaud...”, del 8.7.87, nº 30.604, “Di Giano...”, del 16.2.89; nº 34.054, “Alak...”, del 11.3.93.; nº 51.517, “Leguizamón...”, del 28.02.08.; nº 54.655, “Lioi...” del 28.12.10.; nº 55.616, “Símarí...” del 02.02.12., entre otras; Sala II, causa nº 46.719, “Mansilla de Vélez...”, del 02.09.04., entre otras).

En lo que respecta al monto de la cuota, actualmente prevalece en la doctrina y la jurisprudencia el criterio según la cual aquélla debe fijarse en correspondencia con las posibilidades del

alimentante, procurando preservar el nivel de vida que el cónyuge reclamante mantenía durante la convivencia matrimonial. En apoyo de tal posición se ha señalado que en estos casos rige plenamente el art. 198 del Código Civil y por proyección el principio general contenido en el art. 207 referido al cónyuge inocente, sin que corresponda aplicar el art. 209 del mismo Código relativo al cónyuge culpable, ya que aún no hay debate ni prueba sobre culpas. Sin embargo, también se ha aclarado que deben ponderarse las nuevas circunstancias fácticas derivadas de la separación, tales como los nuevos gastos que se generan para el alimentante –alquiler de vivienda, servicios, etc...-, los que no se producirían en caso de perdurar la convivencia (Bossert, Gustavo A., “Régimen...”, cit, págs. 28/31; esta Sala, causa nº 51.517, “Leguizamón...”, cit., del 28.02.08., entre otras; Cymerman, Carolina y Dellasoppa, María Julia, “El deber alimentario entre cónyuges separados de hecho”, Cuaderno Jurídico Familia N° 23 (nov. 2011), El Derecho, pág. 6 y sig.).

c) Sentadas las pautas generales que anteceden, corresponde ingresar en un aspecto dirimente para la resolución de esta litis en función del contenido de la demanda y su contestación, cual es el de determinar si las **causales de cesación del derecho alimentario previstas en los arts. 210 y 218 del Código Civil -para la separación personal y el divorcio vincular respectivamente- resultan también aplicables a los cónyuges separados de hecho**, y en su caso con qué alcance. Dentro de dichas causales corresponderá que nos centremos en la de **adulterio**, por

ser la que concretamente trajo a colación el apelante en su contestación de demanda de fs. 40/43.

Ahora bien, previo a considerar dicha cuestión desde la perspectiva del derecho de fondo, creo necesario dejar aclarado – dado el tenor de la expresión de agravios y su contestación- que la misma formó parte de las pretensiones deducidas en el juicio, y como tal es necesaria una decisión expresa, positiva y precisa que le de respuesta, lo que importa, naturalmente, la valoración de las pruebas respectivas (doctr. arts. 34 inc. 4to., 163 inc. 6to., 384 “in fine”, 266, 272, 273 y conc. del C.P.C.C.). Afirmando ello pues si bien es cierto –como lo afirma la apelada- que el decisorio en crisis contiene referencias a la celeridad que caracteriza al juicio de alimentos y a las consiguientes limitaciones que de allí se derivan para el accionado, aquélla soslaya que en el pasaje de la sentencia que concluyó el tema el sentenciante afirmó que “...no corresponde ordenar el desglose del escrito presentado por el demandado, en el que aparte de ofrecer pruebas argumenta en apoyo de su posición...” (fs. 208, 4to. párrafo). Es dable señalar que este aspecto del decisorio se encuentra en sintonía con la opinión autoral que ha propuesto una interpretación correctora del art. 643 del C.P.C.C.N. –equivalente al art. 640 del C.P.C.C.B.A.- por resultar demasiado restrictivo del derecho de defensa del alimentante, y que también ha señalado que la contestación de demanda es el marco procesal idóneo para argumentar, como defensa, que el actor, cónyuge o pariente, ha incurrido en algunas de las causales de cesación del

derecho alimentario de los arts. 210, 218 y 373 del Código Civil (Bossert, ob. cit., págs. 380/384). Finalmente, y a mayor abundamiento, cabe advertir que este aspecto de la litis ya se encontraba definitivamente resuelto con anterioridad en el mismo sentido (conf. resoluciones de fs. 46/48, 57/58 y 62/63), por lo que no es exacto –como se afirma en el fallo a fs. 206 4to. párrafo- que su resolución hubiere quedado diferida para el momento del dictado de la sentencia.

Despejado lo anterior e incursionando en la cuestión de fondo, la doctrina más prestigiosa ha entendido que si el reclamante de alimentos vive en concubinato, la solución de los arts. 210 y 218 resulta aplicable aún cuando se trate de cónyuges separados de hecho, ya que quien convive maritalmente de hecho con otra persona debe satisfacer sus necesidades en el ámbito del nuevo hogar, con el aporte de la persona con quien convive (Bossert, ob. cit., págs. 43 y 44; Chechile, Ana María “La separación de hecho entre cónyuges en el derecho civil argentino”, págs. 44/45).

Ahora bien, la dificultad que se presenta en este caso es que la existencia misma del supuesto concubinato de la actora con otra persona se encuentra controvertida. Ello es así, pues se trata de un hecho que fue alegado en sustento de su defensa por el alimentante al contestar demanda (fs. 40/43) y sobre el cual la actora nada dijo al tomar conocimiento de ello, limitándose a negar la autenticidad de la documentación allegada por la contraria (acápito IV de fs. 52), aunque cabe

decir, en su defensa, que solo se le corrió traslado de dicha documental (punto cuarto de fs. 47vta./48) y no del planteo de cesación del derecho alimentario como hubiere sido conveniente (Bossert, ob. cit., págs. 387/388). De todas maneras, la negativa de la actora respecto al supuesto concubinato queda ratificada en la contestación de los agravios, lo que determina que este Tribunal deba considerar este tópico que no ha sido tratado en la sentencia de primera instancia (art. 273 del C.P.C.C.), a lo que me abocaré seguidamente.

d) Dado que a continuación evaluaré si se encuentra debidamente acreditado que la parte actora vive o vivió en concubinato con una tercera persona, útil es recordar que el concubinato ha sido definido como la unión permanente de un hombre y una mujer que, sin estar unidos por matrimonio, mantienen una comunidad de habitación y de vida, de modo similar a la que existe entre los cónyuges (Bossert, Gustavo A., “Régimen jurídico del concubinato”, pág. 32).

Apunta Azpiri que para que opere la pérdida del derecho alimentario el comportamiento del alimentado debe reunir los requisitos constitutivos del concubinato, es decir, que tiene que haber una convivencia pública, estable, singular y con la apariencia de matrimonio. Aclara este autor que una relación afectiva como un noviazgo en el que no se incluya la convivencia no podrá configurar la causa de pérdida de los alimentos. Y finalmente refiere que puede haber situaciones difíciles de dilucidar, como cuando la convivencia se mantiene sólo unos días por

semana o durante viajes o vacaciones, en cuyo caso entiende que en la medida en que se mantengan domicilios diferentes no es posible considerar que existe una unión marital de hecho (Azpiri, Jorge O., “Uniones de hecho”, pág. 76).

En autos declararon como testigos Elida Carlota Gaitán (fs. 114/116), Alberto Miguelez Pelide (fs. 118), Ivon Inés Planes (fs. 126/128) y María Paz Mercader Gaitán (fs. 154).

1. El **Sr. Alberto Miguelez Pelide**, quien resulta ser compañero de trabajo del Sr. J. O. M. -quien a su vez es señalado en la contestación de demanda como el actual concubino de la actora- aportó muy poca información para la resolución de la litis. Al responder la pregunta octava contestó no saber los motivos por los cuales se separó el Sr. M., y al ser preguntado acerca de si sabía con quién vivía el Sr. M. en ese momento –pregunta 12^a- contestó “No sabe, cree que solo”. Como anticipaba, el valor probatorio de esta declaración es escaso (doctr. arts. 384 y 456 del C.P.C.C.), y si bien podría fortalecer la posición de la actora al afirmar que el Sr. M. vive “solo”, no debe perderse de vista la totalidad de esa respuesta, en la que comenzó aclarando que no lo sabe, y luego que “cree” que Mercader vive solo.

2. La **Sra. Elida Carlota Gaitán** resulta ser la ex pareja del Sr. J. O. M.. De su extensa declaración testimonial importa destacar que la testigo expresó que la Sra. E. vive con el Sr. M. (respuesta a la décima pregunta).

No paso por alto que a fs. 105 la parte actora impugnó a la Sra. E. Carlota Gaitán como testigo por ser la actual pareja del demandado y haber agredido verbalmente a la actora, de lo que extrae que es su enemiga y tiene interés en el pleito, y por tales motivos quedaría comprendida en el art. 439 del C.P.C.C.

Al respecto, esta Cámara tiene reiteradamente dicho que el hecho de que un testigo se encuentre comprendido en alguna de las causales previstas en el art. 439 del C.P.C.C. (interés directo o indirecto en el pleito, amistad, relación de dependencia) no conduce a su exclusión como testigo, sino que amerita que sus dichos sean ponderados con mayor estrictez (esta Cámara Sala II, causa n° 44.651, “Las Heras...”, del 24.10.02., voto Dr. Galdós; Cám. de Apel. en lo Civil, Sala G, “Araujo c/ Banco de Galicia”, del 05.09.07., voto Dra. Areán, pub. en La Ley del 13.12.07.; esta Sala, causas n° 52.328, “Cooperativa...” del 23.12.08.; n° 54339, “El 34.899”, del 21.12.2010; n° 55.193, “Sucesores de Abdala” del 25.08.11., entre otras). En la misma orientación, y puntualmente referido al supuesto de enemistad, se ha dicho que el hecho de que el testigo declare que se encuentra comprendido en dicha causal respecto a una de las partes no es suficiente para invalidar su declaración si impresiona como sincero y su dicho se halla corroborado, en lo fundamental, por otros testimonios (CNCiv., Sala A, 7.12.67, L.L., 130-535, cit. por Kielmanovich, Jorge A., “Teoría de la prueba y medios probatorios”, pág. 326).

Como conclusión de cuanto vengo diciendo, el

testimonio de la Sra. Gaitán habrá de ser evaluado con la prudencia del caso, teniendo en cuenta su vinculación con las partes.

3. La **Srta. M. P. M. G.** resulta ser una de las hijas de J. O. M. y E. C. G., tal como ella misma lo aclara al dar razón de sus dichos (fs. 154vta., respuesta a la pregunta 12ª). En lo que aquí trasciende, la testigo contestó que sus padres se separaron “porque estaban mal y su progenitor conoció a E. E.”, y que su padre al momento de la declaración vivía con E. Es. (respuestas a la primera ampliación y a la pregunta 11ª, respectivamente, ambas a fs. 154vta.).

En la contestación a la expresión de agravios la actora expresa que con anterioridad objetó esta declaración testimonial por resultar parcial (fs. 254, abajo), lo cual no es exacto porque la impugnación fundada en el art. 439 del C.P.C.C. se limitó a la Sra. E. C. G. (fs. 105). Además, no se observan motivos por los cuales podría ponerse en duda la imparcialidad de tal testimonio. Lejos de ello, el testimonio de la Srta. M. G. resulta de gran valor para la dilucidación de esta litis, ya que como hija del Sr. M. se encuentra en inmejorables condiciones para conocer detalles atinentes a la vida de su progenitor que normalmente son conocidas por los hijos, tales como con quién vive (doctr. arts. 384 y 456 del C.P.C.C.).

4. Finalmente, la **Srta. I. I. P.** quien declaró a fs. 126/128, también expresó con claridad que el Sr. J. M. era la nueva pareja de la Sra. E. y que vivían juntos (ampliaciones de fs. 127vta.).

En el caso de esta testigo, resulta ser hija de las

partes, por lo cual, al igual que la anterior, se encuentra en muy buenas condiciones de conocer circunstancias fácticas atinentes a la vida de sus padres, y su declaración así lo demuestra. Sin embargo, el inconveniente que se suscita es que debido a dicha circunstancia se trata de un testigo excluido (art. 425 del C.P.C.C.), tal como lo puso de resalto la actora a fs. 105, lo reiteró al celebrarse la audiencia obteniendo como respuesta en ese momento que el tema sería considerado en la sentencia definitiva (fs. 126/128), y lo vuelve a traer a colación al expresar agravios (fs. 254, abajo).

En relación a esta cuestión, esta Cámara tiene dicho que si bien el art. 425 del C.P.C.C. excluye la posibilidad de ofrecer como testigos a los parientes consanguíneos o afines en línea directa de las partes, tanto la doctrina como la jurisprudencia son contestes en señalar que **dicha exclusión no rige en los procesos de familia**, puesto que en el marco de estos últimos son justamente los parientes y amigos íntimos de los litigantes las personas más idóneas para conocer las cuestiones de hecho que se debaten entre ellos, e incluso en ciertas oportunidades serán los únicos que han tenido acceso a lo sucedido. De este modo, en casos como el de marras, el vínculo que une a los sujetos ofrecidos como testigos con alguna de las partes, no resulta razón suficiente para restar fuerza convictiva a sus declaraciones, las que habrán de ser valoradas por el magistrado al momento de dictar sentencia conforme las reglas de la sana crítica (arts. 384 y 456 del C.P.C.C.; S.C.B.A., Ac nº 88226, del 15.08.2007, voto del Dr. Roncoroni con cita de Zannoni, que si bien quedó en minoría las disidencias

no se sustentaron en este aspecto del fallo; esta Cámara, Sala II, causa n° 51646 “Vélez...”, del 24.06.2008; esta Sala, causa n° 56.232, “Martínez...”, del 29.12.11.; Cám. Civ. 1° de La Plata, Sala II, causa n° 219262, del 21.12.1995; Cám. Civ. 2° de La Plata, Sala II, causa n° 44311, del 28.05.1998; Cám. Civ. San Isidro, Sala I, causa n° 64071, del 14.02.1995; Cám. Civ. 1° de Mar del Plata, Sala I, causa n° 119684, del 17.06.2003; entre otras; fallos a texto completo disponibles en JUBA OnLine).

A lo dicho creo importante sumar que la testigo en cuestión contaba con 32 años de edad al momento de la declaración, y que en ningún momento solicitó ser dispensada de prestar declaración. Esto último es importante pues la finalidad de la exclusión es la de proteger al testigo de no sufrir la violencia de declarar en un proceso en el que sea parte un pariente tan cercano (Fenochietto-Arazi, “Código...”, T. II, pág. 443; Azpiri, Jorge O., “Juicios de divorcio vincular y separación personal”, pág. 278). Por eso es que algunos autores han sugerido que de *lege ferenda* se establezca para estos testigos el deber de comparecer, y la facultad de prestar declaración o no (Kielmanovich, Jorge L., “Teoría de la prueba y medios probatorios”, pág. 216).

Todo lo expuesto me lleva a concluir que con las declaraciones testimoniales de E. C. G. (fs. 114/116), Ivon Inés Planes (fs. 126/128) y M. P. M. G. (fs. 154) ha quedado acreditado que la actora y el Sr. J. O. M. conformaban una pareja y vivían juntos, con lo que encuentro probados los hechos constitutivos del concubinato.

Dejando atrás la prueba testimonial producida en el proceso, merece una consideración aparte el acta de constatación obrante a fs. 34, la que es mencionada por el accionado en la expresión de agravios (fs. 249vta.). De allí surge que el día 10.06.2010, a las once horas, el Notario Nicolás Duba se constituyó en calle España 1359 de esta ciudad, y luego de una serie de averiguaciones con vecinos pudo determinar que el Sr. J. Omar M. y la Sra. E. I. E. vivían en el Departamento 5. Luego de llamar a dicho departamento varias veces sin ser atendido, volvió el mismo día a las diecisiete horas, donde fue atendido por quien se identificó verbalmente como J. O. M., y respondió que ese era su domicilio habitual y que allí vivía también la Sra. E. I. E..

La doctrina no es uniforme al tratar la valoración que merece este tipo de pruebas. Azpiri se representa la posibilidad de que **una de las partes haya hecho declarar a testigos fuera del ámbito judicial**, como por ejemplo ante un escribano público que ha labrado un acta con sus manifestaciones, y frente a ello afirma que nada impide que la contraparte requiera la comparecencia en tribunales de dichos testigos para que sean nuevamente interrogados y además, sometidos al debido control de sus dichos a través de las repreguntas (“Juicios...”, cit., pág. 279). Kielmanovich afirma que las pruebas producidas antes del proceso o fuera del mismo, *con citación personal de la parte contra quien se intenta hacer valer*, pueden tener el mismo valor que las producidas en otra causa, sujetas en principio a las reglas de la sana crítica. En cambio –prosigue diciendo a la

luz de las enseñanzas de Devis Echandía- cuando se trata de declaraciones rendidas por terceros, sin citación de la parte contra quien se la aduce, “es indispensable pedir su ratificación”, de modo de asegurar su posible contralor con los concretos recaudos que impone la ley para la prueba de que se trate. Aclara luego que ello no es sino una concreta aplicación del principio de contradicción de la prueba, por lo que ésta, para ser válida, debe haber sido producida en audiencia o con intervención de la parte contraria. Y finalmente trae a colación un precedente en el que se resolvió que la prueba testimonial contenida en actas notariales no tiene jerarquía de probanza computable, pues, para que ello ocurra, debió haber mediado intervención de un órgano jurisdiccional, que es lo que en definitiva otorga al proceso la garantía del contradictorio (“Teoría...”, cit., págs. 153/154).

En este caso concreto, el acta de constatación en cuestión se celebró sin citación de la Sra. E. y sin que ella estuviera presente en el acto de la diligencia. A ello se suma que no se citó a declarar como testigo al Sr. M., y si bien la doctrina exhibe diferencias acerca de cuál de las partes tiene la carga de ofrecer tal declaración tendiente a la ratificación de sus dichos –tal como queda reflejado en el párrafo que antecede- a mi modo de ver dicha carga pesa sobre la parte que acompaña el acta de constatación pues en definitiva es la interesada en la declaración (doctr. art. 427 y conc. del C.P.C.C.). Además entiendo que no puede creerse liberada de tal carga por el hecho de arrimar al proceso una declaración testimonial que no fue obtenida a través del procedimiento que la ley establece al

efecto.

No obstante ello, y como antes anticipara, entiendo que con las declaraciones testimoniales de Elida Carlota G. (fs. 114/116), I. I. P. (fs. 126/128) y M. Paz M. G. (fs. 154), han quedado acreditados los presupuestos de hecho alegados por la demandada en sustento de su posición (doctr. art. 375, 384, 456 y conc. del C.P.C.C.).

e) Para finalizar, asiste razón a la actora cuando en la contestación a los agravios expresa que a través de la Pericia de Asistente Social practicada a fs. 187/188, que fue producida a instancias de la demandada (fs. 43vta.) quedó clarificado que ella se domicilia en calle España 1359, pero no en el Departamento nº 5 –que habitaría Mercader- sino en el nº 2, en el que viviría sola.

Ahora bien, es dable tener presente que dicha pericia se elaboró en base a una entrevista que se habría llevado a cabo el día 6 de julio de 2011 (conf. fs. 187), es decir, con posterioridad a las declaraciones testimoniales que más arriba he valorado, que se prestaron entre el 14.02.11. y el 09.05.11., en las que se afirmó –como vimos- que la Sra. E. vivía con el Sr. M.. Más aún, no puede soslayarse que encomendado que le fue a la Perito Asistente Social practicar un informe ambiental en el domicilio de la calle España 1359 Depto. 5 (fs. 47vta.), la idónea informó en agosto de 2010 que concurrió en más de tres oportunidades a dicho domicilio pero no pudo mantener contacto con la Sra. E. debido a que ante reiterados llamados nadie respondió, pero sí pudo confirmar a través de un

vecino del lugar que la misma habitaba dicha propiedad (fs. 54). Un informe similar elevó la misma perito en junio de 2011 (fs. 184).

Lo expuesto me lleva a concluir que la información recabada por la Perito Asistente Social en la entrevista de la que da cuenta el acta de fs. 187/188 no resta validez a las declaraciones de los testigos que afirmaron que la Sra. E. vivía en concubinato con el Sr. M., y solo podría, en el mejor de los casos, llevar a pensar que la convivencia de la Sra. E. con el Sr. M. había finalizado en fecha cercana a la entrevista, con la particularidad de que la Sra. E. se habría mudado a otro departamento dentro del mismo complejo habitacional, en el que también continuaba habitando el Sr. M., conforme ella misma lo aclara a la entrevistadora (fs. 188).

Desde luego que la actora no ha siquiera insinuado que los hechos hayan sucedido de este modo, y, por añadidura, no ha argumentado –ni siquiera en subsidio- en torno a que el eventual cese del concubinato habido con el Sr. M. pudiera haber hecho renacer su derecho a exigir alimentos a su cónyuge.

De todos modos, y si bien el punto no es pacífico (puede verse Bossert “Régimen...”, cit., pág. 44; Azpiri “Uniones...”, cit., pág. 76), la Excma. Suprema Corte de nuestra provincia tiene sentada doctrina legal en el sentido de que el concubinato posterior al divorcio –en este caso separación de hecho- es suficiente, más allá de su ulterior cese, y más allá del ejercicio o no de su derecho alimentario mientras el mismo subsistía,

para definir su caducidad, operada la cual el derecho ya no renace (C. 102.755, “P., F. B. c/ A., D. O. s/ Alimentos y litis expensas”, del 13.05.09.).

Por todo lo expuesto, he de propiciar al acuerdo la admisión de los agravios y la revocación de la sentencia de fs. 200/216, rechazando en consecuencia la demanda promovida por la Sra. Eva Inés Esperón contra el Sr. Eduardo Francisco Planes. Con costas de ambas instancias a la actora (arts. 68, 274 y conc. del C.P.C.C.), difiriendo la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 31 de la ley 8904.

Así lo voto.-

Los Señores Jueces **Doctores Comparato y Bagú**, adhirieron por los mismos fundamentos al voto precedente.-

A LA SEGUNDA CUESTION, el Señor Juez **Doctor LOUGE EMILIOZZI**, dijo:

I) A fs. 222, a pedido de la actora incoado a fs. 221 y como consecuencia de la sentencia favorable obtenida en primera instancia, se dispuso trabar **embargo** sobre el 25% de los haberes que percibe el alimentante como dependiente de la “Cooperativa Agrícola Ganadera de Rauch”, y el libramiento de un oficio a dicho empleador para efectivizar la medida.

II) Dicha resolución fue objeto de sendos recursos de revocatoria con apelación en subsidio deducidos por el alimentante a fs. 223/224.

Creo oportuno abrir un paréntesis en esta reseña

de lo actuado para hacer notar al acuerdo - a los fines que más adelante se comprenderán - que esta pieza recursiva exige de algún esfuerzo interpretativo. Ello es así, pues si bien resulta claro que el recurrente se agravió por el hecho de haberse decretado el embargo de su sueldo, no es igualmente claro al expresar cuál hubiera sido –a su entender- el proceder correcto. En algunos pasajes expresa que su parte habría estado dispuesta a cumplir voluntariamente con la condena, y, en sintonía con ello, que antes de decretarse el embargo se la debería haber intimado a que efectuar el pago voluntario tal como lo prevé el art. 645 del C.P.C.C., pero, en otro lugar, manifiesta que se podría haber recurrido a la “retención directa”, medida que –como veremos más adelante- difiere del pago voluntario pues consiste en una retención del sueldo a cargo del empleador.

Frente a tales dificultades interpretativas, en la faena de dilucidar el sentido de dicha pieza infiero que el recurrente pretendía que se revoque la medida de embargo y se lo autorizara a cumplir voluntariamente la condena, ya que en el escrito en cuestión existen más referencias a esta alternativa, las que además son objeto de un mayor desarrollo con cita expresa del art. 645 del C.P.C.C. y jurisprudencia aplicable. Esta interpretación queda además plenamente corroborada al observarse cómo fue redactado el petitorio, en el que se pide que se revoque la resolución de fecha 22.12.11. y se intime al alimentante al domicilio real para que haga efectivo el cumplimiento de la cuota.

III) Luego de sustanciarse los agravios y de

obtenerse la réplica de la parte actora (fs. 225), el Sr. Juez “a quo” rechazó el recurso de revocatoria y concedió la apelación subsidiaria (fs. 226), por lo que esta cuestión también ha venido a conocimiento de esta alzada.

IV) En virtud de lo acordado al tratar la cuestión anterior, fácil es advertir que el recurso que ahora nos concierne ha devenido abstracto, por cuanto al devolverse los autos a primera instancia el Sr. Juez “a quo”, que fue quien decretó la medida en cuestión, deberá disponer su levantamiento.

En efecto, sabido es que *“para el dictado de la sentencia sobre el mérito de la causa es menester que exista una efectiva colisión y que el proceso sea necesario para dirimirla, presupuesto que debe estar presente no sólo en el inicio, sino además, durante el desarrollo de todo el proceso...”* (Azpelicueta-Tessone, “La Alzada. Poderes y Deberes”, p. 66; esta Sala, causas N° 34347 del 29.10.93, “Zinovile”; 38494 del 17.4.97 “Banco Caseros”; causa n° 40469 “Simons...” del 02.09.99; causa n° 50360, “Montoya...”, del 08.02.07; causa n° 52328 “Cooperativa...” del 23.12.08, entre otras).-

Del mismo modo, la doctrina autoral ha dispuesto que *“en los casos en que la cuestión litigiosa se ha convertido en abstracta, no puede el Tribunal interviniente emitir pronunciamiento de mérito (acogiendo o desestimando) la o las pretensiones deducidas”* (Peyrano, Jorge W. “Lo atípico en materia de modos de extinción del proceso” en “El proceso atípico”, p. 129 y s., citado por Loutauf Ranea, Roberto G., p.204;

esta Sala causa n° 47849 “Ledesma...” del 01.10.04; causa n° 47557 “Banco de Galicia...” del 25.02.05; causa n° 48175 “Lo Faro...” del 28.9.05, entre otras).-

Por lo demás se ha dicho que *“La determinación sobre la existencia o inexistencia del interés procesal es potestad propia del órgano judicial. Estándole prohibidas las declaraciones abstractas o meramente académicas, la respuesta jurisdiccional desestimatoria de la pretensión o conclusiva del proceso debe brindarla el juez, **aun de oficio**”,* agregándose que *“de idéntica potestad goza **la Alzada**”* supuesto en el cual *“sin entrar al examen de los agravios, pronunciará sentencia desestimando la pretensión, o declarará extinguido el proceso, disponiendo su archivo”* (Azpelicuieta-Tessone, *ob. cit.*, pág. 67, y doctrina y jurisprudencia allí citadas; esta Sala causa n° 54.982, “Banco de la Edificadora de Olavarría S.A...”, del 29.03.11).

V) En lo que respecta a las costas, un arraigado criterio jurisprudencial, al que ha tenido oportunidad de adherir esta Cámara a través de sus dos Salas, dispone que cuando la cuestión deviene abstracta las costas deben imponerse en el orden causado, o, lo que es su equivalente, que la cuestión se resuelve “sin costas”.

Sin embargo, también se ha señalado que el principio general expuesto admite excepciones. En un precedente esta Sala, en que la cuestión también había devenido abstracta, se impusieron las costas a una de las partes, “a quien debe considerarse vencida”. Para arribar

a esta conclusión sostuvo el Tribunal que la demanda había sido bien radicada y había generado resistencia por parte de la accionada (“Simons, Américo c/ Municipalidad de Olavarría”, 1999/09/02, L.L.B.A., 2000, pág. 872/875; ídem causas 51691 “Lomes” y 51692 “Alvarez” –sentencia única- del 05.09.08.; n° 54635, “Agroservicios” del 21.12.2010; n° 55.457, “Sancor” del 01.03.2011, entre otras). El criterio también fue seguido por la Sala II de esta Cámara (causas n° 48.486, “Pecelis...”, del 17.05.05.; n° 48.260, “Ferrari”, del 27.04.06., entre otras), y en tiempo reciente fue confirmado por nuestro Superior Tribunal Provincial (S.C.B.A., C. 101.510, “Esnaola...”, del 21.12.11).-

Aplicando estos principios al caso de autos, estimo que, de haber mantenido virtualidad el recurso, la pretensión de la recurrente solo habría prosperado en forma parcial. Afirmo ello pues la doctrina y la jurisprudencia son contestes en señalar que, aun sin mediar incumplimientos por parte del alimentante, es posible disponer la retención directa de la cuota alimentaria, oficiando a la empleadora del alimentante a efectos de que mensualmente haga el depósito judicial respectivo. Ello no constituye en realidad una medida cautelar, sino que se trata simplemente de una forma más de cobro de dicha obligación, tendiente a lograr una mayor eficacia en el cumplimiento (Bossert, ob. cit., pág. 574 y ss, y jurisprudencia allí citada). Consecuentemente, es criterio de esta Sala que “aún sin mediar incumplimientos por parte del alimentante, es posible disponer la retención directa de la cuota alimentaria, oficiando a la

empleadora del demandado a efectos de que mensualmente haga el depósito judicial efectivo. No debe considerárselo una medida cautelar, sino simplemente una modalidad que tiende a hacer más regular y también más seguro el procedimiento de cobro de la cuota" (esta Sala, causas n° 53196 "N.E.M.", del 04.03.2009, n° 54863 "B.M.J.", del 19.10.2010, n° 55323 "Levaggi...", 19.04.2011, n° 55748 "Seitz...", del 02.08.2011, n° 55812 "Morales...", del 25.08.2011, n° 56940 "De los Santos..." del 21.08.12., entre otras). Coherente con esta idea de que la medida en cuestión no constituye una cautelar, también apunta Bossert que esta retención directa no afecta el honor del alimentante y, ante su queja por el efecto negativo que ante la patronal puede producir esta medida judicial, cabe hacer constar, en el mismo oficio donde se dispone la retención directa, que representa, simplemente, una forma de cobro (ob. cit., pág. 575).

Como vimos en la reseña anterior, el "a quo" no dispuso la retención directa de un porcentaje del sueldo del alimentante, sino su embargo, tal como había sido solicitado por la actora (fs. 221 y 222). En este marco, y en virtud de lo dicho precedentemente, resulta claro que el accionado no estaba en condiciones de requerir el levantamiento total de la medida, ya que –como vimos- es procedente la retención directa de haberes sin incumplimientos previos; además, sin desconocer la letra del art. 645 del C.P.C.C., es igualmente claro que si el alimentante cuenta con ingresos regulares no es valioso llegar a la situación de incumplimiento a la que se refiere la norma, y por ello es precisamente que se contempla la retención

directa de haberes. Sin perjuicio de ello, de haber mantenido virtualidad el agravio este Tribunal podría haber modificado la resolución en crisis (doctr. art. 204 del C.P.C.C. aplicado analógicamente), aclarando que la medida en cuestión se trataba de una retención directa y no estrictamente de un embargo, y que en la misma podía hacerse constar –como lo propone Bossert- que no afecta el honor del alimentante por ser sencillamente una forma de cobro. Es dable señalar que esta posibilidad había sido mencionada en la expresión de agravios –aunque, como vimos, a mi modo de ver no constituyó la pretensión principal- y aún sin tal mención podría haber sido resuelto en ese sentido por este tribunal, ya que no se vulnera el principio de congruencia cuando se concede menos de lo pretendido, aún en los casos en que no hubiera comparecido el demandado (Guillermo José Enderle, “La congruencia procesal”, pág. 167, con cita de De La Oliva Santos; esta Sala, causas n° 53489, “Alvarado” del 30.10.09.; n° 56.651, “Cambronera” del 16.08.12.).

Por todo lo expuesto, concluyo que de haber mantenido virtualidad el recurso habría prosperado parcialmente, por lo que propongo al acuerdo que las costas correspondientes al mismo sean soportadas en el orden causado (arts. 69, 71 y conc. del C.P.C.C.).

Así lo voto.-

Los Señores Jueces **Doctores Comparato y Bagú**, adhirieron por los mismos fundamentos al voto precedente.-

A LA TERCERA CUESTION, el Señor Juez

Doctor LOUGE EMILIOZZI, dijo:

Atento lo acordado al tratar las cuestiones anteriores, propongo al acuerdo:

I) Revocar la sentencia de fs. 200/216, rechazando en consecuencia la demanda promovida por la Sra. E. I. E. contra el Sr. E. F. P.. Con costas de ambas instancias a la actora (arts. 68, 274 y conc. del C.P.C.C.), difiriendo la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 31 de la ley 8904.

II) Declarar abstracto el recurso de apelación interpuesto a fs. 223/224 contra la resolución de fs. 222. Con costas en el orden causado (arts. 69, 71 y conc. del C.P.C.C.), difiriendo la regulación de honorarios para la oportunidad del art. 31 de la ley 8904.

Así lo voto.-

Los Señores Jueces **Doctores Comparato y Bagú**, adhirieron por los mismos fundamentos al voto precedente.

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

POR LO EXPUESTO, demás fundamentos del acuerdo y lo prescripto por los arts. 266 y 267 del C.P.C.C., **se Resuelve: I)** Revocar la sentencia de fs. 200/216, rechazando en consecuencia la demanda promovida por la Sra. E. I. E. contra el Sr. E. F. P.. Con costas de ambas instancias a la actora (arts. 68, 274 y conc. del C.P.C.C.), difiriendo la

regulación de honorarios para la oportunidad del art. 31 de la ley 8904; II)
Declarar abstracto el recurso de apelación interpuesto a fs. 223/224 contra la
resolución de fs. 222. Con costas en el orden causado (arts. 69, 71 y conc.
del C.P.C.C.), difiriendo la regulación de honorarios para la oportunidad del
art. 31 de la ley 8904. REGISTRESE Y NOTIFIQUESE.

Ricardo César Bagú
Juez
-Sala 1-
-Cám.Civ.Azul-

Esteban Louge Emiliozzi
Juez
-Sala 1-
-Cám.Civ.Azul-

Lucrecia Inés Comparato
Juez
-Sala 1-
-Cám.Civ.Azul-

Si///

///guen las firmas.-

Ante mí

Yamila Carrasco
Secretaria
-Sala 1-
-Cám.Civ.Azul-