



%08-è!Rèn<D]Š

Causa Nº 1-56663-2012 -

"M., M. S C/ A., C. S/ DIVORCIO VINCULAR CONTRADICTORIO"

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 2 - TANDIL (NO FUNC

Nº Reg.

Nº Folio

En la Ciudad de Azul, a los 16 días del mes de Octubre de 2012 reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelaciones Departamental -Sala I- Doctores Ricardo César Bagú, Esteban Louge Emiliozzi y Lucrecia Inés Comparato, para dictar sentencia en los autos caratulados: **"M., M. S C/ A., C. S/ DIVORCIO VINCULAR CONTRADICTORIO ", (Causa Nº 1-56663-2012)**, 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 nula la sentencia de fs. 290/296?

2da.- ¿En caso negativo, es justa?

3ra.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

-V O T A C I O N-

A LA PRIMERA CUESTION: el señor Juez Doctor **LOUGE EMILIOZZI** dijo:

I) Si bien al tratar la siguiente cuestión haré una reseña de lo actuado en este proceso como así también del contenido de la sentencia y de los agravios, basta decir, a los fines que ahora interesan, que en el escrito de expresión de agravios de fs. 310/332 la recurrente solicita que se decrete la nulidad de la sentencia por arbitrariedad (fs. 310 último párrafo; fs. 332, “Petitorio”, puntos 2 y 3).

II) A fin de dar respuesta a esta primera cuestión, cabe recordar que el art. 253 del C.P.C.C. dispone que “el recurso de apelación comprende el de nulidad por defectos de la sentencia”, plasmando de ese modo el principio que Carnelutti denominara de la “absorción de la invalidación (la nulidad) por la impugnación (la apelación)” (De los Santos, Mabel, “El recurso de nulidad”, en la obra colectiva “Recursos ordinarios y extraordinarios”, dirig. por Roland Arazi, pág. 231 y ss).

Teniendo en cuenta el régimen legal establecido al efecto en el Código Procesal de la Nación y en aquellos que –como el nuestro- siguen su esquema, puede afirmarse que el recurso ordinario de nulidad constituye una vía impugnativa a través de la cual se pueden invalidar las resoluciones judiciales que **no cumplen con los requisitos formales que enuncia la ley** (arts. 160 a 163 del C.P.C.C.N. y del C.P.C.C.B.A.; De los Santos, Mabel,

“Op. Cit.”, pág. 231; esta Sala, causas n° 38.462 “Beitia...”, del 10.07.97, n° 53.347 “Arla...”, del 21.10.2009; n° 56644, “Merlo...”, del 14.08.12., entre otras).-

En lo que hace al ámbito de aplicación del instituto en análisis, se ha dicho que “(t)odas las decisiones que pueden ser apeladas pueden ser materia del recurso de nulidad, esto es, las previstas en el art. 242 del Cód. Procesal, salvo disposición legal en contrario (v. gr., si es declarada improcedente la caducidad de la instancia, en función de lo dispuesto por el art. 317, tratándose de una providencia inapelable, tampoco será susceptible de nulidad), de modo que tanto las sentencias definitivas, como las sentencias interlocutorias y las providencias simples que causan gravamen irreparable, admiten la interposición de este recurso” (Escuti Pizarro, Jorge; comentario al art. 253 del C.P.C.C.N. en la obra colectiva “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Concordado con los Códigos Provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, dirigido por Elena I. Highton y Beatriz A. Areán, t. 4, pág. 911 y doctrina allí citada; De los Santos, Mabel, “Op. Cit”, pág. 243; esta Cámara, esta Sala, causa n° 52.351, “Curutchet...”, del 25.03.09, entre otras; esta Cámara, Sala II, causa n° 50.547, “Alvarez...” del 27.03.07, entre otras).-

Aplicando los principios expuestos al caso de autos, se advierte que el pedido de nulidad incoado a fs. 310 último párrafo se funda únicamente en la supuesta “arbitrariedad” de la sentencia. Por lo demás, y conforme tendremos oportunidad de observar al tratar la segunda

cuestión, todas las críticas contenidas en la expresión de agravios están enderezadas a denunciar la existencia de errores “in indicando”, los que son ajenos al ámbito del recurso de nulidad y propios de la apelación.

Por lo expuesto, he de propiciar al acuerdo desestimar el planteo de nulidad de la sentencia.

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 ESTEBAN LOUGE EMILIOZZI,** dijo:

I.a) El presente proceso fue promovido por la **Sra. M. S. M.**, quien acciona contra su cónyuge **Sr. C. A. A.** por divorcio vincular –conf. aclaración de fs. 15- fundado en la causal subjetiva del art. 202 inc. 5º del Código Civil al que remite el art. 214 apartado 1 del mismo Código (**abandono voluntario y malicioso**).

Narra la actora en el escrito de inicio (fs. 7/11) que contrajo matrimonio con el accionado el día 23.02.1990 y que “*la convivencia fue normal hasta el segundo semestre del año 2002 donde quien hoy es demandado comenzó a frecuentar lugares de diversión nocturna y volvía a altas horas de la madrugada, lo que inició conflictos conyugales que hicieron moralmente imposible la vida en común*” (fs. 7vta.). Continúa relatando que a principios de marzo de 2003 el demandado hizo abandono del hogar conyugal, retirando sus pertenencias personales y diciendo que no quería

vivir más con ella, ante lo cual el día 15 de marzo de ese año radicó una exposición policial en el Destacamento de Policía de María Ignacia Vela dejando constancia de lo sucedido y solicitando se citara al Sr. A. para efectuar el descargo correspondiente, lo que se llevó a cabo el día 17 del mismo mes y año en términos que no hacen más que confirmar el abandono del hogar por parte del accionado.

En virtud de lo expuesto solicita se haga lugar a la demanda y se la indemnice por el daño moral sufrido.

b) Bilateralizada la demanda bajo el cauce del proceso ordinario (fs. 16), se presentó el accionado a fs. 22/29 a contestarla y deducir reconvención fundada en la misma causal.

En lo medular, refiere el Sr. A. que la separación se produjo porque habían decidido mudarse del domicilio de calle Mitre 397 de la localidad de María Ignacia al de calle Mitre 451 de la misma ciudad, pero luego la actora cambió de opinión y decidió seguir habitando el mismo inmueble. Explica que la determinación de la mudanza había obedecido a que el primero de los domicilios había sido de sus abuelos y luego fue heredado por su padre y otros parientes que en principio consintieron que las partes habitaran en él pero luego solicitaron el cese de tal situación, mientras que el segundo, si bien más modesto, es de propiedad de su padre, de quien él es único heredero. Sin perjuicio de ello, agrega que por ese entonces *“la relación ya se encontraba desgastada y no existían casi coincidencias entre nosotros.”*

c) A fs. 31/34 la actora contestó el traslado de la reconvencción que se le había conferido a fs. 30, solicitando su rechazo, con costas.

d) A fs. 58 se abrió la causa a prueba y finalizada esta etapa del proceso ambas partes formularon sus alegatos (fs. 284/286 y 287/288).

II) De este modo se arriba al dictado de la sentencia de fs. 290/296, cuya apelación genera la actual intervención de este tribunal, la que en su parte resolutive dispuso –en lo que aquí interesa- rechazar la demanda y la reconvencción fundadas en la causal subjetiva de abandono voluntario y malicioso, hacer lugar al divorcio vincular solicitado por ambas partes por la causal objetiva de separación de hecho sin voluntad de unirse por un plazo continuo mayor de tres años, y rechazar el reclamo deducido por la actora por indemnización del daño moral. Impuso las costas en el orden causado en relación al divorcio y a la actora por el daño moral desestimado, y reguló honorarios por ambas pretensiones a los dos letrados intervinientes.

Las premisas medulares en las que se basó el “a quo” para fallar de ese modo son las siguientes:

a) El abandono se presume voluntario y malicioso, por lo que pesa sobre quien se aleja la carga de probar que tal hecho obedeció a causas que no le son imputables.

b) En este caso, de la exposición civil agregada a fs. 6 y vta., de los escritos postulatorios de ambas partes y de las declaraciones testimoniales de fs. 205, 257 y 260 surge acreditado que el demandado se retiró del hogar conyugal sito en calle Mitre 397 de la localidad de María Ignacia, estación Vela, a principios del mes de marzo de 2003. Sin embargo, de los escritos liminares también surge que existían problemas matrimoniales anteriores al alejamiento del Sr. A. del hogar conyugal, lo que se ratifica en el caso de la actora al proponer la segunda posición para que declare el demandado (fs. 201). Por otra parte, los testimonios producidos en autos nada aportan acerca del clima en que se desarrolló la relación conyugal. Finalmente, no cabe asignar a la actitud asumida por el accionado frente a la exposición civil formulada por la actora (fs. 6) los efectos de una confesión o reconocimiento de hechos, pues a ello se opone el art. 919 del Código Civil. En conclusión, si bien la actora acreditó el hecho objetivo del alejamiento, surge de sus propios dichos la falta de malicia en la actitud del Sr. A., lo que lleva a la convicción de que el abandono del hogar se produjo por motivos razonables.

c) El demandado-reconviniente tampoco probó que entre los cónyuges hubiere mediado un acuerdo para mudarse de domicilio, por lo que también debe rechazarse la contrademanda por él incoada.

d) Si bien tanto la demanda como la reconvenición se basaron en causales subjetivas y ambas son desestimadas, puede

decretarse el divorcio por la causal objetiva del art. 214 inc. 2do. del Código Civil teniendo en cuenta que ha transcurrido el plazo de tres años previsto en la norma y que esa solución es la que mejor satisface el fin práctico perseguido por los cónyuges.

e) El daño moral debe ser desestimado pues para su procedencia es necesario que el cónyuge que lo reclama revista el carácter de inocente.

III) El aludido decisorio fue apelado por la actora a fs. 301. Recibidos los autos en esta instancia, expresó agravios a fs. 310/332, sin obtener respuesta (conf. informe de Secretaría de fs. 334).

Los agravios *propriamente dichos* –lo que aclaro en función de que el escrito de expresión de agravios contiene referencias a los “resultandos” que como la propia apelante aclara no le causan ningún agravio (fs. 310vta./311), como así también a aspectos del decisorio que le resultaron favorables (fs. 324/326vta.)- pueden resumirse del siguiente modo:

a) Dado que el domicilio de los cónyuges durante 13 años fue el de Mitre 397 de la localidad de María Ignacia Vela, que la actora sigue viviendo allí y que el demandado lo hace desde hace 9 años en un domicilio distinto, está acreditado que quien configuró el abandono voluntario y malicioso del hogar es el demandado (fs. 311vta.).

b) De la exposición policial realizada por la actora en el Destacamento de Vela el día 15.03.03. y del descargo efectuado por el

accionado dos días después surge que su primer acto voluntario y espontáneo luego de su decisión de abandonar el hogar conyugal fue expresar su intención de retirar sus cosas de la vivienda, lo que importa un reconocimiento del abandono voluntario y malicioso del hogar (fs. 312). Tales manifestaciones efectuadas por el demandado ante un oficial público constituyen una confesión extrajudicial para quien las realizan (fs. 321vta./323).

c) Al absolver posiciones el demandado (fs. 201/201), más puntualmente en las respuestas a las posiciones 5, 7, 8, 9, 10 y 11, reconoció que se fue de su domicilio sin justificación alguna (fs. 312vta.) y que realizó un abandono voluntario y malicioso (fs. 315vta.).

d) La testigo C. O. (fs. 204) contestó que le consta que fue el Sr. A. quien se retiró del domicilio de calle Mitre (fs. 312vta.).

e) El demandado se alejó del hogar conyugal por una decisión privada y arbitraria, con el propósito de sustraerse del cumplimiento de todas las obligaciones emergentes del vínculo matrimonial, por lo que se configuraron los dos elementos necesarios para la procedencia de la causal esgrimida, es decir, el objetivo y el intencional o subjetivo. Además, el abandono se presume voluntario y malicioso, pesando sobre el demandado la carga de probar lo contrario (fs. 313/314vta.).

f) El demandado abandonó su hogar conyugal, a su esposa, y también desatendió sus obligaciones económicas, lo que se

prueba con el proceso de alimentos que tramita en el mismo Juzgado de origen (fs. 315/vta., 318 2do párr., 318vta.).

g) Tan malicioso fue el abandono que el accionado ni siquiera se llevó todos sus bienes personales, lo que quedó acreditado con el descargo que él mismo hizo en la Comisaría de María Ignacia Vela (fs. 315vta.).

h) El abandono se presume voluntario y malicioso; en autos está probado el abandono y el demandado no acreditó que existiera alguna causa seria y razonable que pudiera justificarlo (fs. 315vta./319, 325vta., 329vta./330vta.).

i) Los problemas de convivencia a los que su parte hizo referencia en la demanda no justifican el abandono del hogar, pues si así fuera no existiría ningún matrimonio. A ello se suma que esa parte atribuyó los problemas de convivencia al comportamiento del demandado, en cuanto comenzó a salir todas las noches, volvía de madrugada y habiendo bebido mucho alcohol, situación sobre la que el Sr. A. guardó silencio (fs. 319/320vta.).

j) A contrario de lo que sostiene el “a quo”, la prueba testimonial confirmó que la relación de los cónyuges era normal, y que el demandado modificó sus conductas en el último tiempo y luego abandonó voluntaria y maliciosamente el hogar conyugal (fs. 321).

k) El sentenciante no mencionó un sólo motivo que justifique el alejamiento del hogar por parte del demandado (fs. 323/vta.).

l) El “a quo” incurre en incongruencia al hacer mérito de la separación de hecho y decretar el divorcio por la causal del art. 214 inc. 2do. del Código Civil, dado que ninguna de las partes alegó que hubiere existido una separación de hecho (fs. 327vta./328).

m) Tampoco se tuvo en cuenta la prueba informativa con la historia clínica de la actora firmada por la Dra. Ana Nobleza (fs. 36), ni las constancias del legajo personal de la actora agregado por el Hospital Ramón Santamarina (fs. 42 a 45), ni la pericia psicológica (fs. 328vta.).

n) Anulada o revocada la sentencia en cuanto a lo principal que decide, deberá hacerse lugar al reclamo de daño moral impetrado por la actora.

IV) A fs. 337/338 dictamina el Sr. Fiscal General, quien en forma breve y clara propicia la desestimación de los agravios, afirmando que desde el inicio de las actuaciones la suerte estaba sellada en forma adversa a la pretensión de la recurrente dado que en la demanda ella misma había dicho que las conductas del demandado dieron lugar a conflictos que hicieron imposible la vida en común. En lo que respecta a los agravios relativos a haberse decretado el divorcio por la causal objetiva, entiende que ésta –si bien con un error tipográfico por referirse al Código

Procesal y no al Código Civil- fue invocada subsidiariamente por el demandado-reconviniente, por lo que también propicia la desestimación de esta crítica.

V) A fs. 334 se llamó autos para sentencia y a fs. 340 se practicó el sorteo de ley, por lo que las actuaciones se encuentran en estado de resolver.

VI.a) Conforme lo señalara el “a quo”, el presente caso exhibe la particularidad de que tanto en la demanda como en la reconvencción se ha invocado la causal subjetiva prevista en el art. 202 inc. 5to. del Código Civil, es decir, **abandono voluntario y malicioso del hogar**, aplicable al divorcio por remisión que efectúa el art. 214 inc. 1ro. del mismo Código.

En sentido concordante con lo expresado por la doctrina y la jurisprudencia, tiene dicho este Tribunal que el abandono voluntario y malicioso del hogar debe ser definido como la supresión de la vida en común, sea mediante el alejamiento de un cónyuge, la expulsión del otro del hogar, o el hecho de no permitirle la entrada, con sustracción de los deberes y cargos resultantes del matrimonio, en especial el deber de cohabitar (Conf. Belluscio, Augusto C., "Derecho de Familia", tomo II, pág. 298). Busso y Borda lo conceptualizan como "el alejamiento de uno de los cónyuges con el ánimo de sustraerse a las obligaciones que nacen del matrimonio, en particular la de cohabitación" (Conf. Busso, "Código Civil Anotado", tomo II, nro. 216; Borda, Guillermo, "Familia", tomo I, nro. 503).

Para Vidal Taquini consiste en "la sustracción deliberada de uno de los cónyuges al cumplimiento de todos los deberes matrimoniales, que se materializa en la ruptura injustificada de la comunidad de vida por uno de los cónyuges, cuando no fue determinado por causas atendibles y ajenas a la intención del cónyuge abandonante..." (Conf. Vidal Taquini, Carlos H. "Matrimonio Civil", pág. 391; esta Sala causas Nº 41.263 del 12.07.2000 "M. J. A. c/ S. de M. S."; nº 47.829, cit.; nº 51.575, "S., S. A. c/ T., M. B. s/ Divorcio Vincular Contradictorio", del 11.09.08; nº 54.480, "A., S. R. c/ S., E. M. s/ Divorcio vincular contradictorio", del 15.02.11.; Sala II causa nro. 37.857 "F. F. J. c/ A., M. J. s/ Divorcio" del 25/02/97.).

De ello se sigue que no basta el simple hecho material del alejamiento o ausencia, se requiere además el factor moral de imputabilidad que la ley califica en este caso de voluntariedad y malicia en la acción (Conf. Acuña Anzorena, "El divorcio en la ley 2393", nro. 21, J.A. tomo 50, pág. 235).

La voluntariedad no es en realidad una calificación del abandono, sino un requisito necesario para configurarlo y consiste pues, en la falta de razón alguna que lo justifique. Por el contrario no hay abandono, cuando el alejamiento responde a causas razonables que lo motiven. Por malicia ha de entenderse el propósito deliberado de sustraerse al cumplimiento de los deberes matrimoniales (Conf. Borda, Guillermo, ob. cit., tomo I, nro. 504; Busso, ob. cit. tomo II, nro. 225).

En consonancia con estas ideas, la Exma. Suprema Corte provincial tiene reiteradamente dicho que para que el abandono del hogar pueda calificarse de malicioso, es menester que no medie circunstancia que lo justifique. La presunción de que el abandono del hogar es voluntario y malicioso debe ceder ante la prueba de que se produjo por motivos razonables, aunque no sean suficientes para autorizar el divorcio por culpa del otro cónyuge (Ac. 71356 S 6-4-1999; Ac 88226 S 15-8-2007; C 102636 S 11-11-2009; C 98408 S 25-11-2009; C 106480 S 11-8-2010).

Conforme la doctrina imperante al respecto, la **prueba** de tales caracteres se asienta en la presunción "iuris tantum" del alejamiento voluntario y malicioso, y por ende incumbe al cónyuge que se aleja, acreditar que existieron causas legítimas para ello (Borda, ob. cit. nro. 504; Zannoni, Eduardo, ob. cit., tomo II, párrafo 556, págs. 98 a 100). Del mismo modo lo ha acogido la jurisprudencia, siendo de destacar que en ese sentido se orienta la doctrina legal de nuestro superior tribunal provincial que ha sido recientemente ratificada (Conf. S.C.B.A. Ac. 48.500 del 31.03.92, autos "B.S.R. c/ C.O.S s/ Divorcio vincular"; causa 88.226 del 15.08.07, "S., J.A. c/ M., A.A. s/ Divorcio vincular"; C. 106.480, del 11.08.2010, "G., H. c/ M., E."; C. 104.057, "A. d. S., E. M. c/ S., H. H. s/ Divorcio contradictorio", del 22.08.12.; Cám. Civ y Com. 1era. Sala 3ra., La Plata, causa nro. 204799, "M. de G.M c/ G, M.A. s/ Divorcio" del 17.10.89.; id. causa nro. 213046 "R, E.J. c/ R. de R., C s/ Divorcio vincular" del 24.11.92). No obstante, no puede

dejar de mencionarse que existen otras corrientes que, con diferencia de matices, vienen cuestionando la razonabilidad de tal presunción (ver voto de los Dres. Soria y Genoud en C 90046, “L., N. B. c/ G., Á. A. s/ Divorcio vincular”, del 10.11.2010 y del Dr. Soria en Ac. 100949, “C., J. R. c/ F., M. G. Divorcio art. 214 inc. 2do.”; Krasnow, Adriana “Divorcio, adulterio y prueba. Un nuevo caso para pensar”, L.L. del 18.10.11., pág. 4, esp. cita n° 10, 22 y 23 y textos correspondientes a esas citas).

b) Efectuadas estas consideraciones introductorias en torno al tema que nos ocupa, ninguna duda cabe de que en estos autos ha quedado perfectamente probado que a principios del año 2003 el accionado se retiró del inmueble que hasta ese entonces constituyó la sede del hogar conyugal –sito en calle Mitre 397 de la localidad de María Ignacia Vela- para irse a vivir al inmueble sito en el número 451 de la misma calle y localidad. Más aún, si bien la prueba sobre este aspecto es profusa, en rigor se trataba de un hecho no controvertido (conf. contestación de demanda, fs. 23vta./24) y por ende exento de prueba (art. 358 del C.P.C.C.; Eisner, “La prueba en el proceso civil”, pág. 37; Fenochietto-Arazi, “Código...”, T. II, pág. 264; Arazi, “La prueba en el proceso civil”, pág. 63).

Ahora bien, otra particularidad que presenta el caso –y que ha sido advertida y destacada tanto por el “a quo” como por el Sr. Fiscal General- es que **ambas partes fueron contestes en señalar, en los escritos postulatorios de la litis, que en la época en que el Sr. A.**

hizo abandono del hogar conyugal el matrimonio se encontraba atravesando por una situación conflictiva (fs. 7vta. y 23 vta.).

Desde luego que las partes, en sus alegaciones fácticas, no se limitaron a afirmar que el matrimonio estaba en crisis al momento de la separación, porque, de haber sido así, mal podrían haber imputado a la otra parte –recíprocamente- abandono voluntario y malicioso. Ello es así porque conforme tendremos oportunidad de ver más adelante, la situación de desquicio matrimonial dota de razonabilidad al alejamiento del hogar de uno de los cónyuges y por ende priva al abandono de las notas de voluntariedad y maliciosidad.

Es así que, en el caso del demandado-reconviniente, achacó a la actora el haber tomado la decisión intempestiva de no mudarse al nuevo domicilio pese a que así lo habían acordado previamente, “amén de que la relación ya se encontraba desgastada y no existían casi coincidencias entre nosotros” (fs. 23vta.). De todos modos no me extenderé sobre este punto pues la reconvenición por la causal subjetiva fue desestimada y no median agravios del interesado.

En cuanto a la actora, que es en quien debemos centrar la atención por ser la única apelante, alegó en la demanda que en el segundo semestre del año 2002 su cónyuge comenzó a frecuentar lugares de diversión nocturna y volvía a altas horas de la madrugada, “lo que inició conflictos conyugales que hicieron moralmente imposible la vida en común” (fs. 7vta.). Ahora bien, una nueva singularidad que reviste este caso es que,

pese a atribuir al Sr. A. tales conductas, la actora no fundó su demanda de divorcio en la causal de injurias graves, que es lo que en principio hubiera correspondido, tal como ella misma lo reconoce a través de una cita jurisprudencial contenida en la expresión de agravios (fs. 320). Sin embargo, la explicación a esta aparente contradicción también aparece suministrada en esta misma pieza procesal, donde la actora manifiesta que pese a haber sido víctima de los comportamientos irregulares de su esposo jamás pensó en separarse, sino que día a día buscaba reencontrarse con su marido y hacerle ver que esos comportamientos atentaban contra el matrimonio y su salud (fs. 319vta./320). Esta explicación permite concluir que la actora habría *perdonado* al accionado por incurrir en tales inconductas (doctr. art. 234 del Código Civil), tal como ocurre cuando en la demanda o reconvención no se mencionan determinadas conductas configurativas de una causal subjetiva que eran conocidas en ese momento (Kielmanovich, Jorge “Juicio de divorcio y separación personal”, pág. 178). Por ello es que, coherentemente, la Sra. Martín fundó la demanda en la causal de abandono voluntario y malicioso y no en la de injurias graves.

Ahora bien, el problema viene dado, para la parte actora, por el hecho de que al entablar la demanda en los términos expuestos admitió –como vimos- que en el matrimonio se instalaron conflictos conyugales que hicieron moralmente imposible la vida en común. Ello reviste gran importancia para la resolución de la litis, ya que -como antes anticipé- frente a la comprobación de que los integrantes de un

matrimonio se llevaban mal, o que la convivencia se desenvolvía en un clima de desavenencias, no corresponde calificar como malicioso al retiro de uno de los esposos del hogar conyugal (esta Sala, causas n° 34.712, “S., V. M. c/ C. de S., M. s/ Divorcio”, voto del Dr. Ojea y n° 51.575, “S., S. A. c/ T., M. B. s/ Divorcio Vincular Contradictorio”, del 11.09.08., voto del suscripto, con cita de la SCBA, Ac. 88.226, “S., J. A. c/ M., A. A. s/ Divorcio Vincular”, del 15.08.07., voto de la Dra. Kogan que conforma la mayoría).

Al expresar agravios la recurrente pretende minimizar los alcances de sus dichos vertidos en la demanda, alegando que todos los matrimonios tienen problemas de convivencia (fs. 319vta.). Sin embargo, debe analizarse en cada caso en qué consisten esos “problemas de convivencia”, cuál es su entidad, y si ellos tornan razonable el alejamiento de uno de los cónyuges del hogar conyugal. Recuérdesse que en este caso la actora se refirió a “conflictos conyugales que hicieron moralmente imposible la vida en común” (fs. 7vta.), utilizando así una expresión análoga a la del art. 215 que habilita el divorcio por presentación conjunta cuando existieren “causas graves que hacen moralmente la vida en común”. De este modo, mal puede sostener la actora ante esta alzada que se trataba de problemas menores, pues ello importa volver contra sus propios actos. Cabe también recordar que esa expresión utilizada por la actora se condice con la visión del accionado, quien al contestar demanda mencionó que la relación ya se encontraba desgastada y casi no existían coincidencias entre ellos (fs. 23vta.).

A mi modo de ver, esta trascendente conclusión de derecho –me refiero a que frente a la comprobación de que la vida en común era imposible el abandono no puede considerarse voluntario y malicioso- no puede ser neutralizada por la alegación de que fue el demandado el culpable de haberse llegado a tal situación. Ello es así pues si la voluntad de la actora era poner el acento en las conductas del accionado previas a su retiro del hogar conyugal debió demandar por la causal correspondiente –en el caso injurias graves-, y no por la de abandono voluntario y malicioso.

Sin perjuicio de ello, he de abrir un paréntesis para explicar que coincido con el “a quo” respecto a que la actora no probó los hechos que menciona como “desencadenantes” de la crisis matrimonial y del consecuente abandono voluntario y malicioso, es decir, que el accionado hubiera comenzado a frecuentar lugares de diversión nocturna y a regresar a su domicilio a altas horas de la madrugada.

En efecto, contrariamente a lo que sostiene la actora en su expresión de agravios (esp. fs. 319vta.), el accionado no “hizo silencio” respecto a tales imputaciones, pues al contestar demanda las negó expresamente (fs. 22vta., punto 1) al tiempo que acompañó esa negativa de una versión distinta de lo ocurrido para explicar los motivos de la separación (fs. 23/25) por lo que no puede achacársele haberse limitado a formular una mera negativa, y al absolver posiciones nuevamente negó tales hechos (fs.

202, respuesta a las posiciones 3 y 4 del pliego obrante a fs. 201) (arts. 354 inc. 1 y 2, 411 y conc. del C.P.C.C.).

Otro tanto cabe decir de la actitud asumida por el accionado al efectuar su “descargo de exposición civil” el día 17 de marzo de 2003 ante el Destacamento de Policía de la ciudad de Vela (fs. 6vta.). En principio, coincido con la caracterización que de estos medios de prueba hace la recurrente a fs. 321vta./322; sobre el particular, esta Sala tiene dicho que cuando se trate de una manifestación unilateral de uno de los cónyuges, su eficacia probatoria será relativa, porque sólo podrá valer como una simple declaración interesada a favor de quien se la efectúa, pero al mismo tiempo podrá volverse en contra de dicho esposo si de ella surge un incumplimiento de los deberes matrimoniales (causa n° 54.480, “Artacho” del 15.02.11., con cita de Azpiri, “Juicios de divorcio vincular y separación personal”, pág. 276). Sin embargo, en este caso el Sr. A. se limitó a decir que era su voluntad retirar sus pertenencias personales y algunos electrodomésticos del que había sido el hogar conyugal, por lo que esas manifestaciones solo corroboran el hecho material del abandono –el que como ya dije no está controvertido- y en modo alguno implican la admisión de un incumplimiento de los deberes matrimoniales por parte del declarante. No paso por alto que al formular la exposición civil la Sra. M. expresó que su esposo había empezado a frecuentar lugares de esparcimiento nocturno y volvía a altas horas de la madrugada (fs. 6), pero, como lo apuntó el “a quo” (fs. 293, primer párrafo), el silencio del Sr. A. al respecto no puede considerarse un

reconocimiento de tales hechos pues no tenía una obligación de explicarse impuesta por la ley (art. 919 del Código Civil). A lo dicho cabe agregar, simplemente a mayor abundamiento, que al efectuar su exposición civil la Sra. M. solicitó la citación de su esposo para que “se le haga saber que la dicente actuará legalmente según corresponda al caso y de no cambiar el temperamento adoptado por su esposo iniciará los trámites pertinentes”, de modo que ni ella misma había solicitado que se lo citara para efectuar un “descargo”.

Finalmente, advierto que tampoco asiste razón a la apelante al sostener que los testimonios prueban que el demandado “modificó sus conductas” (fs. 321). Ello así, pues aún disimulando la falta de precisión exhibida por la recurrente al referirse genéricamente a “los testimonios” -lo que implica un incumplimiento puntual de la carga exigida por el art. 260 del C.P.C.C. en relación a la prueba (Azpelicueta-Tessone, “La Alzada. Poderes y Deberes”, pág. 25)-, lo cierto es que ni los testigos ofrecidos por la actora, ni los ofrecidos por la demandada, dan cuenta de que el Sr. A. hubiere modificado sus hábitos en el sentido indicado por la recurrente (fs. 203, 204, 205 y 257, 258, 259, 260, 261, respectivamente).

Este análisis ha servido para explicar las razones de la conclusión anticipada “ut supra”, esto es, que asiste razón al Sr. Juez de primera instancia respecto a que la actora no probó que el accionado hubiera comenzado a frecuentar lugares de diversión nocturna y a regresar a su domicilio a altas horas de la madrugada, ni, por añadidura, que tales

conductas produjeran la crisis matrimonial y el posterior abandono por parte del accionado.

De todas maneras, y volviendo al cauce principal de cuanto venía diciendo, también he de coincidir con el “a quo” en cuanto a que la existencia misma de la crisis matrimonial sí está admitida por ambas partes, y por lo tanto y como antes expliqué se trata de un hecho exento de prueba (art. 358 del C.P.C.C. y su doctrina). Y si bien es cierto –como se sostiene en los agravios- que la actora atribuyó esa crisis matrimonial que hacía moralmente imposible la vida en común a los cambios de conducta del accionado, entiendo que ambos extremos fácticos son divisibles (doctr. art. 422 del C.P.C.C.), y que constituiría un vicio lógico pensar que porque no se probaron tales cambios de conducta el matrimonio no atravesaba por problemas.

A modo de conclusión de lo dicho hasta aquí, en autos está admitido que a principios del año 2003 el accionado se retiró del hogar conyugal, pero también lo está que por ese entonces el matrimonio se desenvolvía en un clima que hacía moralmente imposible la vida en común. Contrariamente a lo que expresa la actora en la expresión de agravios, lo único que está admitido y probado es el hecho material del alejamiento por parte del Sr. A., más no que éste fuera voluntario y malicioso. Por el contrario –y aún a riesgo de ser sobreabundante- fue admitido por las propias partes que la convivencia ya se había tornado moralmente imposible, por lo cual el demandado se vio eximido de probar que el

abandono no le es imputable (doctr. art. 358 del C.P.C.C.), carga que de otro modo –y como antes vimos-hubiera pesado sobre sus espaldas.

c) En el apartado anterior he analizado los agravios relacionados con las cuestiones de hecho y de derecho que fueron sometidas a la decisión del juez de primera instancia y sobre las que éste expresamente se pronunció (doctr. art. 266 del C.P.C.C.). Corresponde ahora que me aboque a un tópico que se menciona en los agravios y sobre la que el “a quo” nada dijo, y que consecuentemente –y de corresponder- podría ser considerado por esta alzada a través de la vía del art. 273 del C.P.C.C. Me refiero a la cuestión atinente al incumplimiento del deber de asistencia como causal configurativa del abandono, a la que la apelante hace mención a fs. 315 y vta., 318 2do párr. y 318vta.

La doctrina y la jurisprudencia son contestes en señalar que el incumplimiento del deber de asistencia, en cuyo marco se sitúa el de prestar alimentos, constituye una causal de divorcio culpable, aún en el supuesto –que no es el de autos- que la separación se hubiere llevado a cabo de mutuo acuerdo (Zannoni, Eduardo A., “Derecho Civil – Derecho de Familia”, T. 2, Astrea, 3ra. ed. actualizada, págs. 85 punto b y 98 y jurisprud. allí citada, en especial CNCiv., Sala F, 23/12/69, L.L. 139-676; Lagomarsino, Carlos A. y Uriarte, Jorge A., comentario a la ley 23.515 en “Código Civil y leyes complementarias”, dirig. por Augusto Belluscio, T. 7, pág. 803 y jurisprud. citada: CNCiv., Sala L, 14/2/96, J.A., 1997-I-134 y CNCiv., Sala H, 22/2/96, J.A., 1997-I-133; Medina, Graciela, comentario al art. 202 en “Código Civil

Comentado”, dirig. por Ferrer-Medina-Méndez Costa, T. I, págs. 199 y 204 y jurisprud. citada en ésta última: CCC de San Isidro, Sala I, 23-5-2000, LLBA, 2000-1107; E.D., 189-174; CNCiv., Sala F, 1-11-90, L.L., 1991-A-240; D.J. 1991-1. También CNCiv., Sala M, 04.05.2007, L.L., 2007-D, pág. 139, D.J., 2007-III, 414; Cám. de Apel. Civ. y Com. de Bell Ville, 28.04.2008, “C., M. E. c/ F., A. B.”, L.L.C. 2008 (agosto), pág. 803; esta Sala, causa n° 51.575, “S., S. A. c/ T., M. B. s/ Divorcio Vincular Contradictorio”, del 11.09.08.; Solari, Néstor E., “El incumplimiento alimentario como causal de divorcio vincular”, LL 2008-E, 751).

Las únicas discrepancias giran en torno a dentro de cuál de las causales previstas en el art. 202 del Código Civil queda comprendido tal incumplimiento, ya que, como advierte Zannoni en la obra y páginas citadas, la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia entiende que es configurativo de injurias graves, pero él lo encuadra dentro del “abandono voluntario y malicioso”, postura a la que adhiere Solari en el último trabajo citado. Está claro que estas discrepancias se originan en razón de los distintos alcances que se le asignan a la causal de “abandono voluntario y malicioso” y que han quedado reflejadas en la introducción al tema que volqué en el punto a) de este apartado. Así, para quienes el abandono voluntario y malicioso implica la sustracción al deber de cohabitar, el incumplimiento alimentario quedará encuadrado en la causal de injurias graves; mientras que para aquellos que piensan que el abandono voluntario y malicioso consiste en la sustracción a todos los deberes matrimoniales,

entre ellos el de asistencia, el incumplimiento del deber alimentario será configurativo de esta causal.

De todas maneras, y tal como lo señalé en mi voto en la causa n° 51.575 (ya citada), si el tribunal no coincide con el encuadre legal efectuado por la parte debe recalificar la pretensión por el principio *iura novit curia* (art. 163 inc. 6to. del C.P.C.C.).

Ahora bien, sentado entonces que el incumplimiento del deber alimentario puede ser configurativo de una de las causales del divorcio culpable, entiendo -tal como lo dije en la causa recién mencionada-, que han de evaluarse con suma atención y prudencia las particularidades de cada caso, ya que, de lo contrario, la mera promoción de un proceso de alimentos colocaría “*ipso iure*” al accionado en la situación de cónyuge culpable del divorcio. No ha de perderse de vista que antes de que la cuota alimentaria sea fijada convencional o judicialmente (sea a través de la sentencia recaída en el proceso de alimentos o del decreto de alimentos provisorios), el alimentante puede cumplir con su obligación en dinero o en especie. Y si bien el cumplimiento en especie no es en modo alguno censurable, lo cierto es que la prueba de tales pagos suele ser sumamente dificultosa, al punto que, según tuve oportunidad de sostener con anterioridad, esa dificultad resulta un factor a tener en cuenta a la hora de analizar si es posible reclamar alimentos por épocas anteriores a la iniciación de la demanda de alimentos (“Algunos aspectos problemáticos de la obligación alimentaria (con

particular referencia a la provincia de Buenos Aires)”, Lexis Nexis Buenos Aires, noviembre 2005, pág. 557 y sig., esp. pág. 559).

Por lo expuesto, y como ya fuera anticipado, han de evaluarse con prudencia las circunstancias que rodean al proceso de alimentos y, fundamentalmente, ponderar cuál es la conducta del accionado una vez anoticiado del reclamo que se ha iniciado en su contra. Este razonamiento, además, subyace en la totalidad de los precedentes antes citados. En uno de ellos, el marido se había comprometido mediante convenio agregado al expediente a pagar una cuota en dinero que no cumplió, “a tal punto que en la querella seguida por la actora por incumplimiento de los deberes de la ley 13.944 (...) el marido fue condenado a 10 meses de prisión, en suspenso, por delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar” (CNCiv., Sala F, 23/12/69, L.L. 139-676). En otro, se valoró que el marido había sido condenado judicialmente a prestar alimentos, no obstante lo cual se negó a hacerlo, llegando a ser sancionado con la imposición de astreintes (CCC de San Isidro, Sala I, 23-5-2000, LLBA, 2000-1107; E.D., 189-174). En otro de los precedentes, el Juez de Cámara preopinante –Dr. Bossert- destacó que el proceso de alimentos había tenido múltiples incidencias, por lo que la sentencia de Cámara se dictó luego de dos años de iniciado y tras 347 fs. de actuaciones, y que debido a las incidencias vinculadas al posterior cumplimiento de la sentencia el expediente contaba con 600 fojas en ese momento. También, que cuando la hija arribó a la mayoría de edad, el alimentante –su progenitor- negó su condición de discapacitada, pese a que

la misma era evidente (CNCiv., Sala F, 1-11-90, L.L., 1991-A-240; D.J. 1991-1). En otra de las sentencias se destacó que en el proceso de alimentos “se debió recurrir a embargos y sanciones conminatorias para hacer efectivo su cumplimiento” (CNCiv., Sala M, 04.05.2007, L.L., 2007-D, pág. 139, D.J., 2007-III, 414). Finalmente, en otro de los precedentes se valoró que el marido no había cumplido ni con los alimentos convenidos ni con los posteriormente fijados judicialmente (Cám. de Apel. Civ. y Com. de Bell Ville, 28.04.2008, “C., M. E. c/ F., A. B.”, L.L.C. 2008 (agosto), pág. 803). Por lo expuesto, y a modo de resumen, no cabe más que compartir lo dicho en dos de los precedentes citados, en torno a que para apreciar la gravedad de las injurias resultan ilustrativas las constancias que surgen del juicio de alimentos (CNCiv., Sala L, 14/2/96, J.A., 1997-I-134, sum. 17 y CNCiv., Sala H, 22/2/96, J.A., 1997-I-133, sum. 14).

Aplicando estos principios al caso de autos, lo primero que cabe observar es que la promoción del juicio de alimentos se hizo conjuntamente con la demanda de divorcio, aunque luego no continuaron sustanciándose juntos pues en el primer despacho el “a quo” dispuso que el reclamo de alimentos debía tramitar como proceso especial (fs. 13). Así las cosas, es obvio que al promover el divorcio la actora se encontraba impedida de hacer alusión a la conducta del demandado en el proceso de alimentos; lo único que podría haber hecho es anunciar que promovería el reclamo de alimentos, y solicitar que se tenga en cuenta la conducta del demandado en dicho proceso para –en su caso- calificar al

divorcio como culpable (doctr. art. 163 inc. 6to. segunda parte del C.P.C.C.). Desde luego que, en el plano de las hipótesis, la actora también podría haber hecho mención al incumplimiento alimentario del accionado en la época inmediatamente posterior a la separación de hecho, lo que nos colocaría en un terreno dificultoso desde lo probatorio pues –como antes dije- en tales circunstancias la asistencia alimentaria suele cumplirse en especie. Y otro dato adicional que se presenta en este caso es que el matrimonio no tiene hijos y ambos cónyuges cuentan con ingresos (conf. pericia psicológica de fs. 239/240, esp. fs. 239vta., respuesta a los puntos “a”, “b” y “c”), por lo que el supuesto incumplimiento alimentario por parte del cónyuge tendría que ser analizado en tal contexto.

Ahora bien, dejando de lado estos razonamientos meramente conjeturales que he creído necesarios para abordar con mayores fundamentos este agravio, entiendo que la circunstancia que se torna dirimente para la resolución de este aspecto es que cuando la actora relató los hechos en los que fundó la demanda (art. 330 inc. 4to. del C.P.C.C.) sólo hizo referencia al alejamiento del Sr. A.. del hogar conyugal y a su deseo de no convivir más con la actora, más nada dijo sobre el supuesto incumplimiento de la obligación alimentaria por parte del accionado (fs. 7vta./8). Idéntica tesitura había adoptado la Sra. Martín al efectuar la exposición civil que adjunta a la demanda (fs. 6). Y lo mismo cabe decir del ofrecimiento de prueba (fs. 122/123), donde no ofreció el proceso de alimentos que menciona recién en la expresión de agravios.

Desde luego que no soslayo que –como antes dije- en ese mismo escrito de inicio la actora promovió el reclamo de alimentos. Sin embargo, una lectura integral de ese escrito (fs. 7/11) permite apreciar que lo que la actora hizo fue simplemente acumular pretensiones distintas (art. 87 del C.P.C.C.), lo cual en principio era conceptualmente posible pues no debe confundirse la acción judicial por incumplimiento de la prestación alimentaria con el divorcio (Solari, trabajo citado), aunque a la postre el “a quo” consideró que la acumulación no era posible por tratarse de reclamos que tramitan por diferentes cauces procesales (art. 87 inc. 3 del C.P.C.C.).

Como antes apuntaba, la circunstancia que he puesto de relieve resulta determinante para sellar la suerte adversa de este agravio, ya que en la demanda de divorcio, como en cualquier otro juicio de conocimiento, el actor debe cumplir con la carga que establece el art. 330 del C.P.C.C. Como apunta Azpiri, esta exigencia es esencial en un doble aspecto, ya que permite un adecuado ejercicio del derecho de defensa del demandado, al tiempo que circunscribe los hechos que serán objeto de prueba (“Juicios de divorcio vincular y separación personal”, pág. 268). Explica Kielmanovich que no es necesario –ni posible- que se puntualicen cada uno de los hechos que constituyen las causales enumeradas, sino que bastará con que se especifique la “categoría general” de los hechos invocados en la demanda como causal de divorcio o separación personal, de modo que pueda saberse cuál es la conducta de que se agravia el

demandante y cuál, por lo tanto, la causa de su pretensión y el objeto de su prueba. Y continúa explicando este prestigioso autor que si bien los hechos no alegados directamente pueden constituirse en objeto de prueba –como ocurre con los hechos “superveniens” del art. 163 inc. 6to. del C.P.C.C. y los hechos simples, secundarios o motivos comprendidos genéricamente en los principales- ello lo será en la medida en que queden aprehendidos dentro de los hechos principales.

En este caso, y como ya dije, la actora al demandar no mencionó el supuesto incumplimiento del deber de asistencia como hecho fundante del divorcio culpable, por lo que no es posible introducir la cuestión recién en esta instancia ni pretender que se valoren pruebas que guardan relación con un hecho no alegado.

Lo dicho me lleva a concluir que la cuestión analizada a lo largo de este apartado no fue omitida en la sentencia en crisis sino que no se la trató por no haber sido puesta a consideración del “a quo” (arts. 34 inc. 4to., 163 inc. 6to. y conc. del C.P.C.C.), lo que –de ser compartido- impide a su vez a este tribunal la consideración del tópico (arts. 266, 273 a contrario y conc. del C.P.C.C.).

d) Resta, para concluir, analizar el agravio relativo a la admisión del divorcio por la causal objetiva prevista en el art. 214 inc. 2do. del Código Civil.

Al respecto, lo primero que cabe consignar es que el “a quo” no ha vulnerado el principio de congruencia por haber traído a

colación la circunstancia fáctica de la separación de hecho sin que ninguna de las partes lo hiciera, ya que la separación de hecho es una “situación objetiva” (conf. voto del Dr. Soria en causa C 104057) que se sigue como consecuencia del retiro del hogar conyugal por parte del cónyuge.

Por otro lado, he de coincidir con el Sr. Fiscal General en cuanto a que la frase contenida en la contestación de demanda y reconvención según la cual se invocaban los arts. 215 y 236 del C.P.C.C. “para la eventualidad pertinente”, implica al menos una mínima referencia a la causal objetiva, y que pese a ser doblemente defectuosa –por aludir al Código Procesal y no al Código Civil y al divorcio por presentación conjunta en lugar del divorcio por causal objetiva- es suficiente para decretar el divorcio por la vía del art. 214 inc. 2do. del Código Civil.

Consecuentemente, he de propiciar también la desestimación de este agravio.

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 ESTEBAN LOUGE EMILIOZZI**, dijo:

Atento a lo acordado al tratar la cuestión anterior, propongo al acuerdo:

I) Desestimar el planteo de nulidad de la sentencia formulado por la actora en los términos del art. 253 del C.P.C.C.

II) Confirmar en todo cuanto decide la sentencia apelada de fs. 290/296.

III) Con costas de alzada a la recurrente vencida (arts. 68 y conc. del C.P.C.C.), regulando los honorarios de la letrada patrocinante de la recurrente conforme quedará reflejado en la parte resolutive, haciendo notar –para evitar futuros inconvenientes- que al regularse honorarios en la sentencia en crisis se omitió hacerlo respecto a la perito Licenciada Ana María de los Angeles Santoianni (quien presentó su pericia a fs. 239/240).

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)** Desestimar el planteo de nulidad de la sentencia formulado por la actora en los términos del art. 253 del C.P.C.C.; **II)** Confirmar en todo cuanto decide la sentencia apelada de fs. 290/296; **III)** Con costas de alzada a la recurrente vencida (arts. 68 y conc. del C.P.C.C.), haciendo notar –para evitar futuros inconvenientes- que al regularse honorarios en la sentencia en crisis se omitió hacerlo respecto a la perito Licenciada Ana María de los Angeles Santoianni (quien presentó su pericia a fs. 239/240); **IV)** Regular los

honorarios de la letrada patrocinante de la recurrente **Dra. María Fátima Silva**, en atención a la cuantía, valor y mérito de los trabajos realizados en esta instancia y de acuerdo a lo normado por los arts. 9, punto I, inc.1, 13, 14, 16 y 31 de la ley 8904, en la suma de **PESOS DOS MIL (\$ 2.000.-)**, más la adición de Ley (Arts. 12 y 14 Leyes 8455 y 10268 e I.V.A. en caso de profesionales inscriptos). Notifíquese y devuélvase.- En cuanto a la regulación de los honorarios practicadas, las notificaciones del caso deberán ser efectuadas en Primera Instancia, en su caso con la transcripción prevista por el art. 54 de la ley 8904.-

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-

Ante mí

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