

En Cipolletti, Provincia de Río Negro, a los 22 de Noviembre de 2011, reunidos en acuerdo los Sres. Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la IVta. Circunscripción Judicial, con asiento de funciones en esta ciudad, para resolver en autos caratulados “MAISTEGUI EDUARDO IGNACIO c/FAYNBLOCH MIRIAM ANDREA S/ DIVORCIO VINCULAR” (Expte. N° 1810-SC-11).

Previa discusión de la temática del fallo a dictar y formulación de las cuestiones a resolver, con la presencia de los miembros del Tribunal de lo que da fe el actuario, corresponde votar en primer término al Dr. Jorge E. Douglas Price, quien dijo: Que de conformidad con lo acordado corresponde tratar las siguientes cuestiones: ¿es ajustada la sentencia apelada? ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?.

I.- Que contra la sentencia de fs. 934/951, en la que se declara el divorcio vincular de Eduardo Ignacio Maistegui y Miriam Andrea Faynbloch, por exclusiva culpa del primero, y rechaza el reclamo de daño moral planteado por la demandada reconviniente, interponen recurso de apelación a fs. 955 el actor reconvenido, Sr. Eduardo Ignacio Maistegui, quien también se agravia de los honorarios regulados a los letrados intervinientes y perito psicóloga por altos; a fs. 956 la demandada reconviniente, Sra. Miriam Andrea Faynbloch; y a fs. 957 Dra. Maria Alejandra Pavlin, apoderada de la demandada reconviniente, apela la regulación de sus honorarios por bajos. Siendo concedidos sendos recursos a fs. 958.

A fs. 980/982 expresa agravios el Sr. Eduardo Ignacio Maistegui. Manifiesta que se agravia del rechazo de la causal de injurias graves invocada por su parte, admitiendo en cambio la incoada por la demandada.

Sostiene que basada en una valoración parcializada de las testimoniales y omitiendo pronunciarse sobre la denuncia de amenazas realizada por la demandada, la Jueza admite la causal invocada por aquella, pero omite a lo largo de todo el fallo abordar las causales invocadas por su parte, limitándose a desecharlas sin fundamento alguno. Que no hace referencia a la denuncia penal de amenazas efectuada falsamente por la demandada que concluyó en un sobreseimiento, por lo que, considera, no ha recorrido las extensas constancias obrantes en sede penal, donde la demandada lo tildó de violento, peligroso, un delincuente, sin motivo alguno que la avale en sus dichos. Que no se indica en el fallo cuáles serían los motivos que justifican el criterio de desechar la imputación de injurias graves efectuadas por su parte.

Aduce que del análisis de la prueba efectuada en la sentencia demuestra que la

magistrada ha tomado una decisión previa y luego buscó los fundamentos, y de ahí que omite indicar los motivos por los que no encuentra prueba alguna que resulte suficiente para admitir la causal invocada por su parte. Que todos los testigos acreditan que fue la propia demandada quien se ocupó de hacerles ver fotos a sus hijas para inducirlas a creer que su parte había mantenido una relación adúltera. Que les ha transmitido todo tipo de negatividades hacia su persona, lo que ha hecho perder el vínculo paterno y eso ha sido reconocido como prueba confesional, y encima bajo el justificativo de tener que “preservar la salud mental de sus hijas”.

Que en la sentencia se valora la pericia psicológica sin evaluar que ella fue impugnada por su parte, por considerarla contradictoria. Sostiene que la Sra. Faynbloch le mintió a la perito psicóloga, lo que surge de cara a los numerosos testimonios que sin la menor duda ni margen expresaron que se trataba de una pareja normal, de una familia normal, que hasta la separación de hecho no detectaron ningún problema atípico.

Sostiene que le es agravante que la sentenciante se limite a transcribir un párrafo del insostenible informe psicológico, sólo para decidir que el fracaso matrimonial tiene lugar por graves injurias proferidas por él, reforzada por una personalidad de “tipo patológica, con rasgos de carácter egocéntrico...”. Que, si la magistrado hubiese analizado la totalidad de las pruebas obrantes en autos y la postura asumida por las partes frente al conflicto, habría puntualizado que la demandada tuvo una relación de más de veinte años sin evidenciar ningún problema, lo cual surge de los testimonios de varios amigos de toda la vida.

Por último, aduce que son injuriosas las expresiones vertidas en juicio sin ningún tipo de acreditación, tales como la espectacular afirmación de que su parte le había enviado esvásticas porque es judía, o que todo lo que se construyó se hizo con dinero de su familia, que él tenía amantes en la línea sur, o que se ausentaba sin destino conocido durante muchos días y que eso motivaba que la demandada tuviese que llamar a las guardias de los hospitales para saber si él estaba bien.

Cita doctrina y jurisprudencia que entiende a su favor.

A fs. 983, expresa agravios la demandada, solicitando se revoque la resolución dictada a fs. 934 y ss, y haga lugar al reclamo de causal subjetiva de abandono y al reclamo indemnizatorio por daño moral, expidiéndose además sobre otras cuestiones puestas a tratamiento, como alimentos y costas.

En primer lugar, se agravia por el rechazo de la causal subjetiva de abandono voluntario y malicioso. Conforme surge de testigos, el retiro del cónyuge no fue consensuado,

como tampoco consentido. Afirma que el actor se ausentaba del domicilio sin aviso de destino ni regreso, y que posteriormente, en su último viaje, confiesa que se encontraba involucrado en una relación con otra mujer.

Entiende que el abandono del actor fue definitivo por los cambios de actitud y agresiones injustificadas, generando una situación de mayor control y daño, lo que derivó en una acción penal. Así, el actor se retiró del hogar y desertó de todas las funciones y obligaciones respecto de su grupo familiar, llegando al extremo de remitir a su parte e hijas fotografías que constataban su intimidad con otra mujer. Que el retiro fue malicioso, no mediando circunstancias que justifiquen la separación, produciéndose de modo inesperado, a partir del develamiento de otra relación.

Afirma que quien se retira debe probar los motivos o el acuerdo al respecto, lo cual, en el caso de autos, correspondía al actor, cuestión que no pudo acreditar fehacientemente.

Que surge de las distintas testimoniales, que la decisión de separarse no fue tomada por ella, resultando la más afectada, sino que los conflictos maritales se daban a causa de los reiterados y sospechosos viajes del actor. Que, además, manifiesta que las construcciones realizadas (inmuebles) provenían de fondos de su familia de origen, y que era imposible que se hubieran construido con los sueldos de ambos.

Que de las declaraciones que estima concordantes y coincidentes, de los testigos y de la prueba confesional, surge que hace tres años que el actor no tiene contacto con sus hijas, que en varias oportunidades estaba incomunicado en sus viajes, generándole a su parte angustia y necesidad de comenzar con terapia. Que el actor continuó ingresando al domicilio luego del abandono, tenía llave propia de acceso al domicilio y que no ingresa más a partir de octubre de 2006, a raíz de los actos violentos que generaron el incidente penal; no obstante ello, siguió con la administración de los bienes.

Por último, aduce que desde el primer día de su retiro, el actor alquiló un departamento para vivir y contrató a la Dra. Cipresi para llegar a un acuerdo de distribución de bienes de la sociedad conyugal y divorcio, de lo cual se infiere su ánimo de concluir definitivamente su vida de casado.

En segundo lugar, se agravia por cuanto la a quo no hace lugar al reclamo de daño moral, fundamentando que el mismo ha sido materia de prueba; por testigos, pericial psicodiagnóstica, prueba informativa, por lo que la jueza pudo comprobar el daño denunciado.

Agrega que la sentencia no valora adecuadamente las pruebas colectadas en autos. Por ello, sostiene que no hay elemento alguno que autorice a negar que las conductas

configurativas de la causal subjetiva “injurias graves” no generen daño.

En tercer lugar, se siente afectada por la omisión de la sentencia de expedirse favorablemente sobre los alimentos definitivos desde la interposición del reclamo (28/10/08), a la fecha, habiéndose acreditado los ingresos del alimentante en ambos trabajos, con más el importe resultante de las rentas de los bienes conyugales, con más los intereses de la tasa activa del Banco Nación Argentina. Funda el reclamo en el principio de congruencia ya que sostiene que, habiendo sido peticionados, fueron fijados en primera providencia, y no rechazados ni apelados por la parte contraria.

Por último, se agravia también por el monto de los honorarios de su apoderado por considerarlos bajos, solicitando su elevación, de conformidad al trabajo realizado, la naturaleza del proceso de contenido patrimonial, el tiempo insumido, la calidad, la naturaleza y el resultado del pleito.

Cita doctrina y jurisprudencia que entiende a su favor.

A fs. 993/994 y vta. el actor contesta agravios del traslado del memorial de la demandada, conferido a fojas 992 solicitando se rechacen los mismos, en todas sus partes, con costas.

Respecto de la causal de abandono voluntario y malicioso, sostiene que, para configurarla, se requiere que dicho alejamiento sea voluntario y que la intención de sustraerse del deber de cohabitar resulte unilateral y deliberado. Que en las circunstancias de autos, lejos de tomarla por sorpresa a la demandada, estaba en su conocimiento.

En cuanto a la pretensión de indemnización por daño moral, considera que el fallo debe confirmarse, denegando su procedencia, por cuanto no existió ninguna injuria que tuviese la entidad suficiente para liberar a la demandada de su acreditación efectiva, conforme lo sostiene la sentenciante.

Cita doctrina y jurisprudencia que entiende a su favor.

A fs. 996/1000 y vta. la demandada contesta agravios del traslado del memorial del actor, conferido a fs. 992, peticionando su total rechazo, y solicitando se modifique la sentencia dictada, en lo que ha sido materia de agravios por esta parte.

Sostiene que la expresión de agravios del actor no contiene sólidos fundamentos ni crítica razonada, abundando en generalizaciones que no responden a pruebas concretas; por lo que considera que no reúne los requisitos exigidos por el artículo 265 del ritual. Que, no surge de constancia procesal alguna el maltrato recíproco que alega el actor, ni tampoco la propiedad y/o arriendo de campos en la Línea Sur, supuesto motivo de los

viajes a ese lugar. Que, no se acreditó que los conflictos de la pareja se suscitaran por “intensa dedicación al trabajo”, ni que hubiera deterioro por tal causa.

Entiende que el actor no desconoce haberse fotografiado en el contexto de intimidad con una tercera persona, y reafirma su existencia cuando cuestiona aspectos contingentes como la temporalidad de las mismas. Aunque el retrato se hubiese producido luego de la ruptura de la convivencia, ello no lo disculpa ni lo libera en cuanto a los deberes del matrimonio, que principian desde su celebración y subsisten luego de la separación de hecho.

Aduce que no es cierto que se haya trabado embargo sobre los haberes del actor, porque lo confunde con la modalidad de pago de cuota alimentaria para sus hijas, mediante descuento automático. Que, niega la supuesta “asfixia económica” del mismo, cuestión que no fue invocada en la demanda, ni probada por medio alguno, testimonial ni pericial.

Respecto de las pruebas, afirma que el actor no individualiza las fallas que alega de las mismas, y que no puede éste impugnar la pericia psicológica en esta instancia, por el principio de preclusión.

Por último, rechaza por improcedente la intención de revertir las injurias graves. Sostiene que no corresponde que sus respuestas en el acto de prueba confesional puedan ser interpretadas como injuriosas, ya que junto a las otras medidas, pericial y testimonial, concluyen en atribuir al actor una responsabilidad exclusiva en el disenso matrimonial.

A fs. 1001 se pasan los autos al acuerdo, por lo que vienen a mi voto.

II.- En primer término analizaré los agravios expuestos por el actor y posteriormente me ocuparé de los de la demandada reconviniendo.

El actor se agravia de la sentencia de primera instancia, ya que lo encuentra culpable de haber incurrido en la causal subjetiva de divorcio, por haber cometido injurias graves durante el matrimonio con la demandada, haciendo lugar a la reconvención planteada por esta última (art. 204 inc. 2 Código Civil), sin tener en cuenta las injurias por él invocadas en su escrito de demanda de fs. 1/4 .

Tengo en cuenta que la causal de injurias graves prevista en el inciso 4 del art. 202 del Código Civil presenta una gran amplitud, pues abarca situaciones de la más variada índole. Ahora bien, en todos aquellos casos susceptibles de ser encuadrados en esta causal, debe mediar un apartamiento grave de las obligaciones conyugales, realizado conscientemente por su autor, y el mismo debe hacer imposible la continuidad de la

vida en común. Esto es, las injurias deben revestir suficiente trascendencia e intensidad, como para provocar en el ofendido una imposibilidad legítima para continuar las relaciones conyugales.

Así se tiene dicho que “no cualquier injuria constituye causal de separación personal o divorcio; como lo señala el propio art. 202 inc 4, éstas deben revestir gravedad, la cual deberá ser analizada a la luz de distintos factores. Para ello se tendrán en cuenta la educación, posición social de los cónyuges y otras situaciones de hecho que puedan presentarse en el seno del matrimonio, pues las injurias graves deben exceder el trato normal y habitual entre cónyuges, de acuerdo a sus características personales y culturales. De allí la importancia de considerar el contexto social en el que se desarrolla la relación matrimonial en el caso concreto. El agravio revestirá mayor gravedad cuando, de acuerdo con las características personales de los cónyuges, educación y nivel cultural, se vuelva exigible un mayor cuidado, dedicación y prudencia en el trato. Tampoco podrán ser alegados como hechos injuriosos aquellos que sean parte del trato habitual que los cónyuges se imparten mutuamente, es decir que si ellos acostumbraban tratarse con expresiones que en otro contexto serían insultos aquellas no configurarían la causal de injurias graves” (Manual de Derecho de Familia. Ed. LexisNexis. Fleitas Ortiz de Rosas, Abel y Roveda, Eduardo G. 2004. Pág 138).

Sostiene que la a quo rechazó las injurias graves por él alegadas y dio lugar a las planteadas por la demandada porque hizo una errónea valoración de la prueba, y no apreció la denuncia penal de amenazas efectuadas falsamente por la demandada, que concluyó en su sobreseimiento.

Respecto a la apreciación de la prueba, entiende el apelante que la sentencia meritúa el dictamen psicológico sin evaluar que el mismo fue impugnado por su parte. En relación a tal impugnación, que el actor funda a fs. 871, considero que no se trata de una impugnación científica, sino un mera expresión de disenso por lo que la misma, aún detallada y minuciosa, no alcanza para revertir la fuerza probatoria de la pericia. En tal sentido ha expresado la jurisprudencia: “Puesto que la materia sometida a peritación – por su naturaleza eminentemente técnica- excede los conocimientos propios de un juez, el apartamiento de sus conclusiones requiere razones serias, elementos objetivos que acrediten la existencia de errores de entidad que justifiquen prescindir de sus datos. No se trata entonces de exponer meras discrepancias con la opinión del experto o de formular consideraciones genéricas que pongan en duda sus conclusiones sino de demostrar, con fundamentos apropiados -y esto debe ser hecho de modo muy

convinciente, porque el juez carece de conocimientos específicos sobre el tópico-, que el peritaje es equivocado” (Conf. Cfed. CC, sala II, 21/10/99, “Castillejo, Rodolfo Guillermo c/ Abriata, Rubén y otros s/ responsabilidad médica”, cit. en Revista de Derecho procesal, Prueba II, Editorial Rubinzal Culzoni, año 2005, página 509 y 510), “En esta materia no se trata de exponer meras discrepancias con la opinión del experto, o de formular consideraciones que pongan en duda su dictamen, sino de demostrar con fundamentos apropiados -y de modo convincente, porque se trata de un terreno científico en el que el juez posee insuficientes conocimientos- que el peritaje es erróneo” (CNFed. CC, sala III, 22-08-2000, “Ustarroz, Irene Blanca c/ Estado Nacional s/ Daños y perjuicios”, cit. en obra cit. “Revista...” pág. 510).

Rechazo este agravio, por cuanto si la parte no estaba de acuerdo con los resultados de la pericia, lo correcto hubiese sido presentar una impugnación científica. La misma podría haber consistido, como lo propone la perito psicóloga en la contestación de la impugnación de la pericia, en el envío de un perito consultor de parte “para interactuar de forma conjunta la evaluación psicológica realizada” (vid fs. 887).

El actor fundamenta que la a quo se limitó a transcribir un párrafo del mencionado informe psicológico para así hacer lugar a la causal de injurias graves invocadas por la demandada, obviando analizar la totalidad de las pruebas obrantes en autos, de donde surge conforme las testimoniales de amigos que la “demandada tuvo una relación de más de veinte años sin evidenciar ningún problema”.

A su respecto se debe tener en cuenta que de acuerdo al principio probatorio de que quien alega tiene que probar (art. 377 del CPCyC.), ambas partes debían acreditar que las injurias alegadas, en el caso de autos, revestían suficiente entidad para provocar la disolución del vínculo matrimonial, no encontrando pruebas que sirvieran de sustento al planteo del actor, como en cambio sí al de la demandada reconviniente.

Así, considero que de las testimoniales no se desprende lo sostenido de manera tan generalizada y amplia por el actor; por el contrario, en la sentencia de Iº Instancia se hace referencia a la testimonial del Sr. G. D. M quien manifiesta “hemos pasado épocas buenas y malas” (minuto 18:24 video de audiencia) y “desde que yo los conozco han tenido una relación en algún aspecto algo tirante” (minuto 19:40 del video de la audiencia). La Sra. A.M.M, en igual sentido, refiere “me contó que el año anterior habían estado a punto de separarse, que habían andado mal” (minuto 37:19). Es decir, de las distintas testimoniales no surge que no hayan tenido problemas en veinte años como afirma el actor, la hija del matrimonio F.M también relata distintos sucesos de

violencia que contrarían esta afirmación como “cuando la siguió y la esperó a la salida del tango” y que “vio a su madre en el piso con la cara ensangrentada y su padre al lado” (vid. fs. 859 consta en el informe pericial).

El segundo fundamento del agravio del actor, son las injurias cometidas por la demandada en juicio, tanto en sede civil como penal, que, adelanto, rechazaré del agravio, en atención a los fundamentos que a continuación expongo.

En cuanto a la denuncia en sede penal, esta Cámara en precedentes anteriores ha entendido que “el demandado reconviniente a fin de probar la existencia de dicha causal debió acompañar la prueba conducente a fin de determinar la existencia de mala fe, esto es el animus injuriandi de la actora al denunciarlo en fuero penal” (G. P. S. c/ Bracco Bruno s/ divorcio vincular” (Expte. n° 899-SC-07).

Así no toda denuncia penal o expresión en juicio es considerada injuriente, ya que la misma debe reunir ciertos requisitos, entre los cuales la doctrina ha enumerado: que sean introducidos de mala fe, con el propósito de difamar (es decir se exige el animus injuriandi); que excedan los límites de la defensa; que sean graves; que sean atribuibles a las partes y no a los mandatarios; que no se acrediten los hechos aducidos, por ser abiertamente adversa la prueba, o por no habérsela intentado (conf. Código Civil Comentado – Bueres Alberto J. y Elena I. Highton – Ed. Hammulabi – T. 1B - pág. 141).

Los requisitos mencionados, en el caso de autos, no se encuentran acreditados. La denuncia en sede penal por amenazas fue efectuada por la demandada el día 23 de Octubre de 2006 ante la Fiscalía N° 2 de la IV Circunscripción. No ha quedado demostrado el animus injuriandi en la denuncia por amenazas, además la acusación no importa una gravedad tal que tenga entidad difamatoria. Si bien la causa penal terminó en el sobreseimiento del actor, no fue porque la prueba fuera abiertamente adversa o por no haberse intentado ya que a fs. 6 del Expte penal 6126/07 en el acta de comparendo del empleado policial Cabo Gambadoro Daniel por ante la instrucción, consta que el actor dijo que “el día anterior habían estado discutiendo, ocasión en la cual esta mujer le había dicho que porque no se suicidaba y que él le había dicho que lo iba a hacer pero que primero la iba a matar a ella”, aclarando el hombre que “eso lo había dicho en el momento de calentura”. A su vez, fue pedido el allanamiento por el fiscal y autorizado por el juez, no pudiéndose realizar porque no se encontraba en el domicilio (a fs. 14 del Expte penal); y, además, las expresiones de la demandada no exceden abiertamente los límites de la defensa, ya que con ella pretende demostrar los malos tratos que dice él le

propiciaba.

Respecto de lo que el actor considera injurias vertidas en el juicio civil, ya reiterada doctrina y jurisprudencia tiene dicho que los mismos son dichos del procesos, sin entidad suficiente para ser consideradas injurias: “Es común que en los juicios contradictorios de separación personal y divorcio los esposos se imputen recíprocamente inconductas a fin de lograr que la sentencia establezca la culpa de la contraparte. Esto es entendible y admitido en tanto no se convierta en un exceso que sobrepase los límites de la defensa. Las imputaciones contenidas en la demanda o en la reconvencción adquieren el carácter de injuria grave cuando son de mala fe, infundadas, afectan el honor del esposo y son realizadas con ánimo difamatorio. Se ha admitido, por ejemplo, como causal de divorcio las imputaciones realizada por la esposa a su marido (...) sostenidas tan solo por las apreciaciones personales de quien las alegaba. En este caso las injurias vertidas en el juicio constituyen en sí misma causal de separación personal o divorcio, aun cuando sea la única causa que exista. En cambio, si se han intentado acreditar las imputaciones aunque la prueba hubiera sido insuficiente, no puede decirse que haya existido el ánimo de injuriar, requerido para que se configure esta causal” (Fleitas Ortiz de Rosas, Abel y Roveda, Eduardo G. obra cit.: “Manual...”, pág 139).

Por otro lado, desde el punto de vista procesal, la carga probatoria de las injurias alegadas por el actor apelante, recaían sobre él (art. 377 CPCyC), lo que en autos no ha concretado a lo largo de todo el proceso. Así el actor alega haber sido objeto de comentarios despectivos y difamatorios, lo cual en autos no se encuentran probados. Sí logra acreditar, a través de las distintas testimoniales, que la demandada exhibió las fotos a los amigos de ambos, y su reiterada insistencia de que el patrimonio era de su exclusiva propiedad; pero, estos hechos, analizados de manera aislada, no tienen entidad suficiente como para que se configure la causal de injurias graves.

En consecuencia, votaré por rechazar el recurso de apelación interpuesto por el actor reconvenido y confirmar la sentencia de I° Instancia.

Resuelto lo anterior, pasaré a tratar la apelación interpuesta por la demandada reconviniente, cuyos agravios agrupo en cuatro. En primer lugar, se agravia por el rechazo de la causal subjetiva de abandono voluntario y malicioso; en segundo, se agravia porque la a quo no hace lugar al reclamo de daño moral; en tercero, se siente afectada por la omisión de la sentencia de expedirse favorablemente sobre los alimentos definitivos desde la interposición del reclamo; y, por último, la quejosa entiende bajos

los honorarios conferidos a su apoderada.

Para una exposición organizada de los argumentos, seguiré el orden en que los agravios fueron planteados.

El rechazo del abandono voluntario y malicioso me lleva necesariamente a considerar un tema previo al de si éste existió o no, que es el cuestionamiento de si en el caso de autos en el que se le da razón a la demandada, ésta puede presentar agravios aún viendo satisfecha su petición por no concordar con los fundamentos expuestos. La apelante fue demandada por injurias graves; al contestar, a su vez, reconviene invocando dos causales de divorcio (abandono voluntario y malicioso e injurias graves), resultando vencedora del pleito, dado que en la sentencia de Iº Instancia se le hace lugar a su petición rechazando el planteo del actor, por lo que carece de interés en apelar dicha sentencia, la cual se confirma de acuerdo al voto expuesto anteriormente. En definitiva, al haber prosperado una de las causales invocada por la demandada, en nada afecta a sus intereses ya que per se el divorcio se declara por culpa del actor reconvenido. Se tiene dicho que “Quien resulta vencedor en un juicio no puede recurrir del fallo ya que como el interés es la medida de la acción, el agravio lo es del recurso (...). Parece de Perogrullo reiterar que si el ganador ha obtenido el ciento por ciento de lo impetrado, carece de interés para alzarse contra el decisorio; y en correlación con ello, su posibilidad recursiva aparece en cuanto algo le ha sido negado (...). No obstante lo expresado suele ocurrir que la providencia que le dé a un litigante todo lo que ha solicitado en la demanda, pero con fundamentos distintos a los esgrimidos por el actor; en ese caso por vía de principio, el triunfador no puede atacarla, ya que los considerandos del pronunciamiento no son directamente impugnables (...). También puede suceder que la providencia le dé toda la razón a la parte acogiendo una de las defensas planteadas por ella, y rechazando las demás. Aquí en principio el ganador carece de legitimación para alzarse contra el dispositivo, pues en tal hipótesis rige la regla general antes expuesta de que el vencedor no puede quejarse del fallo”. (Técnica de los recursos ordinarios. Hitters, Juan Carlos. Librería Editora Platense. La Plata, 2000. págs 417 a 419).

La jurisprudencia ha venido sosteniendo que “cuando prospera una de las causales de divorcio esgrimida por uno de los cónyuges, queda satisfecho el interés jurídico del mismo, y resulta en principio innecesario abordar la otra causal que fuera esgrimida de modo conjunto, pues ello no varía los efectos del divorcio, salvo cuando la causal pendiente pudiera gravitar de algún modo en aquellos” (CC0201, A 44309,

RSD-165-98, S, 30-6-1998, “P., A c. P., H.R s/Divorcio vincular”).

Sin perjuicio de lo dicho anteriormente, abordaré el tratamiento de lo que la demandada considera agravio, ya que al ser tratado en primera instancia de manera tan atinada, no me queda más que coincidir con el rechazo del pedido. Sólo a los fines de un mayor abundamiento, y profundizando sobre si en el caso en autos se configura el abandono voluntario y malicioso del actor que pretende la demanda, es relevante analizar los hechos que han quedado establecidos en autos. El retiro del hogar por parte del actor tuvo lugar en el mes de Diciembre del año 2005 y es él quien interpone la demanda recién en Febrero 2008, período en el cual la actora no accionó. Además obra en autos a fs. 134 una propuesta de liquidación de bienes de un estudio jurídico redactado por la Dra. Diana Cipressi con fecha Mayo 2007, de lo que se desprende el suceder de los hechos a través del tiempo como una separación consensuada, sin que se pueda alegar abandono intempestivo e inesperado. Es decir, del tiempo transcurrido entre el retiro del hogar por parte del actor y la interposición de demanda, máxime cuando no la inició la demandada, surge que el retiro del actor no fue malicioso, por cuanto ha sido consentido por ambos, aunque de manera tácita.

Por ende, el alejamiento del hogar conyugal por parte del actor ha sido justificado, el mismo fue producto de una crisis matrimonial y establecido por voluntad común, lo que surge tácitamente de los sucesos: “El abandono del hogar conyugal es un acto unilateral que no puede ser alegado como causa de divorcio, si se produjo como consecuencia de un acuerdo común, expreso o tácito, entre los esposos, en tanto dicha connivencia destituye su malicia”. “Azpiri señala que: “muchas veces sucede que frente al conflicto matrimonial, los esposos se separan temporariamente, abriendo un espacio para la reflexión tendiente a superar la crisis que los aqueja. No existe en tales casos una intención de sustraerse al deber de cohabitación, sino tan solo una separación que los cónyuges estiman circunstancial. Sin embargo, cuando transcurre el tiempo sin que se reanude la convivencia es imprescindible tener en cuenta la actitud que han asumido las partes para resolver si se ha configurado o no la causal de abandono voluntario y malicioso. En tal sentido, es posible afirmar que si no existe un obrar deliberado por parte de uno de los esposos para demostrar su intención de continuar la cohabitación, la separación tiene que ser considerada como que ha quedado consensuada por los cónyuges y , en tal supuesto ninguno podrá acusar al otro de haber incurrido en abandono voluntario y malicioso (“Juicio de divorcio vincular y separación personal. Jorge O. Azpiri. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, pág 97 ”). (Ccivil. y Com., Rosario,

Sala IV, 2011/06/28. V.C.A. C. M.M., Revista La Ley 12/10/2011, pág 10).

En cuanto al segundo agravio expuesto por la apelante referido al rechazo por daño moral lo que se plantea es dilucidar si aquel se prueba in re ipsa por el hecho de tener por acreditadas las injurias graves del actor, o si por el contrario deben ser objeto de prueba. En este último caso, si la prueba presentada en autos es suficiente para demostrar un perjuicio concreto y actual, diferente del provocado por el duelo que conlleva toda separación.

Respecto de la reparación del daño por los hechos que son causal de divorcio hay diversas posiciones, expuestas por los doctores Abel Fleitas Ortiz Rozas y Eduardo Roveda, en su obra “Manual de derecho de familia”, quienes dijeron: “a) Por una parte, se encuentran los opositores a la reparación pecuniaria del daño moral o material causados por los hechos que dan lugar al divorcio, y entre los fundamentos mencionan lo indigno que sería pretender el cobro de compensaciones pecuniarias por faltas matrimoniales, máxime cuando en las crisis matrimoniales hay responsabilidades compartidas; el incremento del conflicto por la posibilidad de reclamar reparaciones; el estímulo del “divorcio sanción” en contra de la tendencia moderna del “divorcio remedio”. Quienes sostienen esta postura entienden que “el derecho de familia tiene caracteres de especialidad, tanto en lo personal como en lo patrimonial, y las injurias entre cónyuges tienen su régimen propio de sanciones (arts 202, 207, 211, 212, 1306 in fine y concs C. C.). b) La tesis que admite la reparación se funda en: 1) la protección constitucional de la integridad física, psíquica y moral de la persona; 2) el principio de “no dañar a otros”; 3) la unidad del derecho civil (...); 4) la injusta discriminación de negar al cónyuge una indemnización que a otro se daría; 5) que no podría establecerse un principio a contrario sensu del art. 225 Cód. Civ.. c) Y por último la tesis intermedia, afirmativa- restrictiva, cuyo impulsor inicial fue Cifuentes, parte de la no aplicabilidad general de la reparación del daño moral en los conflictos matrimoniales por entender que el desamor no es indemnizable, ni los incumplimientos que son expresión de la pérdida del vínculo afectivo, ni la frustración y pérdida propia del fracaso matrimonial, por lo que la sola violación del deber matrimonial no generaría reparación, en cambio si serían así reparables los hechos que llevaron al divorcio, cuando tienen una fuerza dañadora muy punzante... que van más allá de la culpa en el divorcio para entrar en el campo del ataque personal, unidos a la culpa pero separables por sus consecuencias en el daño a la persona...supuestos de gravedad donde se penetra en los dos regímenes, el matrimonial por un lado, con el divorcio como término final, y el daño a la persona al

margen del divorcio que no puede quedar impune, pues ha sobrepasado la protección y el derecho del inocente que viene por línea del régimen normativo de la familia”. (obra cit., págs. 186/191).

La jurisprudencia lo ha dejado establecido “En el caso de un divorcio decretado por la causal de injurias graves, para que éstas determinen la existencia de un daño moral susceptible de reparación pecuniaria, es necesario distinguir si fueron cometidas con el propósito de incurrir en una ofensa hacia el otro cónyuge, o si, por el contrario, pueden ser derivaciones de errores de conducta o temperamento que tornan incompatible la convivencia matrimonial. En ese entendimiento, la reparación sólo procederá ante hechos fuera de lo común, de fuerza dañadora muy punzante” (S.M.L. c/S.c.g. S/ separación persona. N° de sentencia 046935. Civil. Sala L. 1996). Semejantes pronunciamientos exigen “inequívoco afán de mortificar”.

De las tesis desarrolladas, anteriormente, considero que la restrictiva es la más acertada, en autos la demandada reconviniente no probó un perjuicio especial que pueda diferenciarse del producido por el duelo propio de toda ruptura afectiva, a tal fin debería haber acreditado de manera acabada un daño específico y diferenciado, lo que no surge de la prueba testimonial ni pericial presentada.

Por último, la demandada también solicita fijación de alimentos definitivos a fin de destinarlas a la vivienda y educación de sus dos hijas, ya que no habiéndose regulado en 1° Instancia, peticiona se haga en esta oportunidad. Requiere que se regulen desde la interposición del reclamo (28/10/08), a la fecha, teniendo en cuenta los ingresos del alimentante en ambos trabajos que la parte entiende acreditados, más el importe resultante de las rentas de los bienes conyugales, con más los intereses de la tasa activa del Banco Nación Argentina. Funda el reclamo en el principio de congruencia ya que sostiene que, habiendo sido peticionados, fueron fijados de manera provisoria en primera providencia.

En la reconvencción a fs 141, la demandada solicita alimentos provisionales para sus hijas, conforme al art. 231 Cód. Civ., en la suma de pesos \$ 2.500 mensual y provisorio, considerando el ingreso mensual y regular que percibe en concepto de haberes, comisiones, bonificaciones, de promedio mensual aproximado a \$ 5.400. La Jueza de 1° Instancia a fs. 144 (27/11/08) resuelve que se le retenga de ambos sueldos del actor: Bromatología de Neuquén y Universidad Nacional del Comahue el 30% deduciendo los descuentos de ley únicamente, comenzando en Marzo 2009.

Considero que el reclamo intentado por la apelante debe ser desestimado, dado que de

acuerdo a lo solicitado en su primera presentación en ningún momento petición alimentos definitivos, pretendiendo incorporar en esta instancia cuestiones a debate que no fueron alegados en su oportunidad, estableciendo el artículo 277 del CPCyC el límite al conocimiento de la Alzada solamente a los capítulos que hayan sido propuestos a decisión por el juez de primera instancia; votando, en consecuencia, por el rechazo del agravio.

Sin perjuicio de ello, dada la mayoría de edad de las hijas de la apelante, la legitimación activa para reclamar los alimentos definitivos, o la modificación o aumento de los establecidos provisionalmente por la a quo, corresponde a aquellas careciendo la recurrente de legitimación suficiente para actuar.

En síntesis voto por rechazar los recursos interpuestos por ambas partes confirmando la sentencia de primera instancia.

Con costas en esta instancia por su orden, ya que ambos resultan perdedores en partes iguales. La regulación de honorarios de los profesionales intervinientes se fija en un 27% para los abogados de cada parte.

Por último, resta analizar los recursos arancelarios, expuestos por el actor y por la apoderada de la demandada reconviniendo.

En primer lugar trataré la apelación interpuesta por la letrada apoderada de la demandada reconviniendo, Dra. María Alejandra Pavlín quien los apela por bajos por considerar que la a quo no tuvo en cuenta la diferente naturaleza de reclamaciones que se ventilaron en el presente (divorcio controvertido, daño moral y alimentos provisorios).

Le asiste razón a la apelante, en cuanto a que la presente acción ha versado respecto de tres pretensiones: divorcio, daño moral y alimentos provisorios, y a los fines regulatorios cada una de esas acciones (que aquí tramitaron acumuladas) merecen una regulación de honorarios independiente, en razón de gozar cada una de ellas de plena autonomía.

Por ello voto por confirmar la regulación de honorarios de I° Instancia respecto de la actuación en el divorcio toda vez que se encuentra dentro de los límites máximos y mínimos previstos por la Ley de Aranceles (art. 9) y responden a la entidad de la tarea profesional desarrollada así como también a la naturaleza y complejidad del asunto resuelto.

Por el trámite de daño moral, el monto base es el reclamado de pesos cincuenta mil (\$50.000), por lo que se regula para el letrado patrocinante del actor reconvenido Dr.

Alberto José García la suma de pesos Siete mil quinientos (coef.: \$7.500 = MB: \$ 50.000 x 15%) y para la letrada de la demandada reconviniendo Dra Maria Alejandra Pavlin por tareas de patrocinio y apoderamiento, la suma de pesos Siete mil (coef.: \$ 7.000 = MB \$ 50.000 x 10 % + 40%) (cfe. Art. 7, 8, 11 y 20, L.A. Texto consolidado).- En cuanto al reclamo por alimentos provisionales establecidos a fs. 144, debido a lo sumario y acotado de su trámite, corresponde recompensar la labor de la apelante aplicando las pautas de los incidentes. Así el art. 40 de la Ley de Aranceles, texto consolidado, para la determinación de honorarios en las reclamaciones por alimentos al proceso se lo tiene que dividir en dos etapas, la primera comprenderá la demanda, la reconvención, sus respectivas contestaciones y el ofrecimiento de la prueba; la segunda, las actuaciones sobre producción de la prueba y demás diligencias hasta la sentencia definitiva.

Para casos como el presente, en el que se ha cumplido, solamente, la primer etapa del proceso- , considero que solamente sobre ella se deben regular honorarios y sobre una cuota alimentaria del 30% de los haberes percibidos por el alimentante (\$ 9.668,40, fs. 466 y 605), que asciende a la suma de \$ 2.900,52, lo que arroja un monto base de \$ 17.403,12 (\$ 2.900,52 x 12 = \$ 34.806,24 / 2). En base a ello corresponde regular los estipendios profesionales de la letrada de la demandada reconviniendo en su doble carácter de patrocinante y apoderada, por la asistencia letrada en la primer etapa del proceso -y reiteramos aquí que de los actos procesales que integran la primer etapa sólo se cumplió con uno de ellos (la interposición de reconvención con demanda de alimentos provisionales), en la suma de pesos Tres mil seiscientos treinta y cuatro con sesenta y cinco centavos (coef.: \$ 3.634,65 = MB. \$ 17.403,12 x 15% + 40 %). (conf. Arts. 8, 12, 26 y 40 de la L.A).

Resuelto lo anterior y teniendo en cuenta que se confirma la regulación arancelaria respecto a la demanda de divorcio se rechaza la apelación arancelaria interpuesta por el actor, tanto respecto a los letrados de la parte contraria como de la psicóloga interviniente ya que para ello la a quo tuvo en cuenta la actividad desplegada por la profesional.

Sin costas de Alzada respecto de los recursos arancelarios, toda vez que es criterio de esta Cámara que las apelaciones arancelarias no generan costas ni honorarios cuando se trata de establecer solamente el monto de la regulación.

Así mi voto -

Los Sres. Jueces Dres. Alfredo D. Pozo y Edgardo J. Albrieu adhieren al voto

precedente por sus mismos fundamentos fácticos y razonamientos jurídicos.

En mérito a ello la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería,  
RESUELVE:

I.- Rechazar los recursos de apelación interpuestos por el actor y la demandada, confirmando la sentencia de primera instancia en cuanto a la causal subjetiva de divorcio por injurias graves atribuidas al actor (art. 202 inc 4 C.Civ).-

II.- Costas por su orden, conforme art. 68 CPCyC.-

III.- Confirmar los honorarios regulados en 1º Instancia respecto de las actuaciones en el divorcio, y hacer lugar parcialmente al recurso arancelario de la letrada apoderada de la demandada reconviniendo, Dra. María Alejandra Pavlín, modificando los honorarios de los letrados por su actuación en primera instancia respecto del daño moral, regulándose los honorarios del patrocinante del actor reconvenido, en la suma de pesos Siete mil quinientos (\$ 7.500,00 = M.B. \$ 50.000,00 x 15%), y de la patrocinante y apoderada de la demandada reconviniendo, en la suma de pesos Siete Mil (\$ 7.000,00 = M.B. \$ 50.000 x 10% x 40%) (cfe. Art. 7, 8, 11 y 20, L.A. Texto consolidado); y por los alimentos provisionales se regulan los honorarios de la letrada de la demandada reconviniendo, en su doble carácter de patrocinante y apoderada, en la suma de pesos Tres mil seiscientos treinta y cuatro con sesenta y cinco centavos (\$ 3.634,65 = coef. MB: \$ 17.403,12 x 15% + 40%) (conf. Art. 8, 12, 26, 40 y concordantes L.A., texto consolidado). Sin costas.-

IV.- Regulando los honorarios de los profesionales intervinientes en esta Alzada en un 27 % para los letrados de la parte actora y en un 27% para los letrados del demandado, de lo regulado en el punto II (cfe. art. 15 L.A Texto consolidado).-

V.- Rechazar el recurso arancelario interpuesto por el actor. Sin costas.-

V.- Regístrese, notifíquese y oportunamente vuelvan.-

Con lo que terminó el ACUERDO, firmando los Sres. Jueces, Dres. Jorge E. Douglas Price, Alfredo D. Pozo y Edgardo J. Albrieu, por ante mí, que certifico.

Dr. Edgardo J. Albrieu Dr. Alfredo D. Pozo Dr. Jorge E. Douglas Price  
Juez de Cámara Juez de Cámara Juez de Cámara

Dr. Jorge A. Benatti  
Secretario de Cámara