En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de agosto del año dos mil once, reunida en Acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Nélida Susana Melero y Dra. Graciela Mercedes García Blanco, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"T., E. E. c/ M., J. A. s/ DIVORCIO VINCULAR", expte. nro. 219/11**, venidos del Juzgado de Familia nro. 2 (expte. nro. 76/10), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 91), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts, Dra. Nélida Susana Melero y Dra. Graciela Mercedes García Blanco.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 69/71vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

I) La Sra. Juez de la instancia de grado decretó el divorcio vincular de E. E. T. y de J. A. M. en los términos del art. 214, inc. 2do., del Código Civil y declaró la disolución de la sociedad conyugal al día 3 de mayo de 2010 (art. 1306 del Código Civil); sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. Ordenó la inscripción en el Registro correspondiente, impuso las costas al demandado y reguló los honorarios.

Tal decisión causa agravio al demandado quien apela.

II) Concedido el recurso, se elevan los autos a esta cámara

Puesto el expediente a los fines de los arts. 262 y 263 CPCCCh, cumple el apelante con dicha carga.

a) 1. Solicita en sus agravios se revoque la sentencia en cuanto es materia del recurso, decrete el divorcio por culpa del accionante e imponga las costas, dejando planteada la cuestión constitucional local y manteniendo la reserva del caso federal.

Destaca que planteó al contestar demanda que era innecesario interponer reconvención.

Señala que no es verdad que en la demanda se persiga con exclusividad la declaración de divorcio por la causal objetiva, pese a la cita del art. 214, inc. 2°, del Cód. Civil, ya que de haber sido así no hubiese la actora agregado los motivos que fundan la separación, dando así un contenido subjetivo, lo que surge también del tenor de las preguntas a los testigos.

Ante ello, agrega, no puede quejarse la accionante de la ausencia de reconvención cuando el ius potulationem no lo exige, no pudiendo, entiende, la Sra. Juez, exigir en la sentencia una reconvención que no estimó necesaria en la oportunidad de la audiencia de conciliación, ni al tiempo de autorizar la prueba ofrecida, ya que es la directora del proceso (art. 105, incs. c, d y e, Ley III, N° 21).

Se refiere a lo que recomienda la doctrina al respecto y agrega que la reconvención no se exige cuando, como en el caso de autos, junto a la causal objetiva, que no es tanto, se adiciona la invocación de la causa de la separación, donde es menester acreditar la justificación de la conducta, y otras causales subjetivas

que apuntan a sostener su existencia, como claras causales de injurias y de adulterio, aunque no las nombre. Concluye que no debe, entonces el demandado, hacer otra cosa que la que hizo, negar estas y probar que aquella fue meramente antojadiza y sin justificación.

Advierte que lo sustentado por la actora en los alegatos es tardío.

Hace referencia a doctrina y aduce que lo relevante es que la actora no planteó una mera, pura y simple causal objetiva, intentó justificar su mala conducta marital y agregó dos causas de divorcio subjetivo, las que no acreditó.

Indica que si la causal hubiese sido sólo el transcurso del tiempo, se hubiese probablemente allanado, pero no al pretender probar que la ausencia de voluntad de seguir a su marido tenía causa.

Transcribe fallo que considera similar, menciona postura de la Corte federal.

Deduce de la relación de hechos que la Sra. Juez efectúa que no ha comprendido el sustento de la alegación de esta parte de culpabilidad de la actora.

Recuerda que en el escrito de responde, invocó, como cónyuge inocente, el derecho o vocación sucesoria a que se refiere el art. 204 CC, siendo por otra parte imposible a esta altura de una prolongada separación la vida en común. Y que reclama en el petitorio se decrete el divorcio por exclusiva culpa de la actora.

Agrega que la Sra. Juez le atribuye haber mutado el trámite hacia la elucidación de una causa subjetiva, lo que no es cierto, pues así estaba postulada la demanda.

Alude al trámite omitido por parte de la

Sra. Juez, con cita de doctrina y jurisprudencia.

2. Lo agravia, por último, la condena en costas, ya que el demandado no reviste la condición de vencido, al decretarse por ausencia de una voluntad de sostenerlo.

b) Corrido el traslado la actora contesta los agravios.

III) De la lectura de la demanda surge incuestionable que el divorcio vincular se sustentó en la causal del art. 214, inc. 2; 204 y cc. del CC y a fin de determinar la fecha desde que se encuentran separados de hecho, hizo mención a la exposición policial.

El demandado dejó constancia que no era menester reconvenir y solicitó por los motivos que da se decrete el divorcio por exclusiva culpa de la accionante.

Ofreció prueba y reconoció la documental acompañada por la actora.

Producida la prueba, la Sra. Juez, admite la demanda al no existir disenso en punto a la separación, ni a la oportunidad en que esta se produjo, agregando que cuando el demandado pretende dejar a salvo sus derechos como cónyuge inocente y a su vez demostrar la culpa del actor, debe introducirlo por vía de reconvención, el déficit de tal actividad del demandado impide hacer mérito de las circunstancias por aquel planteadas.

Y asiste razón a la Sra. Juez, pues sin desconocer las citas doctrinarias que transcribe y la postura de otros doctrinarios, he de seguir la incorporada a la sentencia por parte de la Sra. Juez.

La exactitud y claridad en la descripción del objeto de la demanda que reclama el artículo 333, inc. 3°, del CPCCh, no permiten que esa petición luego

explicitada haya estado comprendida en la pretensión inicial, ya que las peticiones genéricas o implícitas no son admisibles como regla general.

Asimismo, el art. 361 CPCCCh dispone que en el mismo escrito de contestación deberá el demandado deducir reconvención en la forma prescripta para la demanda, si se creyere con derecho a proponerla, pues no haciéndolo entonces, no podrá deducirla después salvo su derecho para hacer valer su pretensión en otro juicio.

La reconvención será admisible si las pretensiones en ella deducidas derivaren de la misma relación jurídica o fueren conexas con las invocadas en la demanda.

El demandado por causal objetiva de divorcio que pretende trasladar el juicio al análisis de causales subjetivas tiene necesariamente que deducir formal reconvención contra el actor (Mizrahi, Mauricio Luis, "Convergencia de las causales objetivas y subjetivas de divorcio", La Ley 1993-C, 226).

Atento a que en tal caso se ha de producir un corrimiento porque -a partir de la introducción de la inculpación- no bastará ya el elemento objetivo de la separación. Habrá además que juzgar las causas que motivaron la interrupción de la convivencia, dado que el juez estará constreñido a pronunciarse acerca de la culpabilidad atribuida a uno o ambos cónyuges (Mizrahi, "Alcance de la causal objetiva de divorcio: Una inquietante sentencia contra legem", La Ley 1998-B, 132).

En autos se demandó por la causal del art. 214, inc. 2°, del CC; el demandado, sin desconocer el tiempo transcurrido desde la separación de hecho, alegó causales subjetivas, sin reconvenir, de allí que el corrimiento al que aludiera con cita de doctrina, no se

produjo, y sabido es que "La omisión de reconvenir en el juicio de divorcio por la causal objetiva es sólo imputable al cónyuge y no puede ser suplida por el juez de la causa (C.N.Civ., Sala F, L. 33.818 del 9/6/88)", (autos: “F.N. c/ M. de F.M.O. s/ Divorcio vincular” - N° Sent.: 140121 - Civil - Sala C - Fecha: 13/09/1994-LDT).

Vale decir que el demandado por la causal objetiva o subjetiva de divorcio o separación personal, en tanto pretenda centrar el debate en la culpabilidad del actor para obtener el dictado de una sentencia en su favor sobre tales presupuestos, deberá por fuerza articular la reconvención en tal contexto y no limitarse a oponerla como una mera defensa (Jorge Kielmanovich, ”Derecho Procesal de Familia”, pág. 289).

No puede el demandado en esta etapa agraviarse por lo que entiende debió hacer la Sra. Juez, correr traslado, en principio porque expresamente en la contestación manifestó que no reconvenía, y “si el tribunal omite correr traslado de la reconvención implícita (no es el caso de autos, ya que explícitamente no reconvino) frente a la pasividad del demandado, la sentencia jamás podrá hacer mérito de las pretensión así formulada” autor citado, nota de página.

“Si en la contestación de demanda no se dice que se reconviene ni en su encabezamiento, ni en su cuerpo ni en su petitorio y, si después de las negativas de práctica, se culmina impetrando la repulsa de la demanda, no cabe inferir que existe reconvención porque ella no puede ser implícita al estar sujeta a todos los requisitos sustanciales y formales de una demanda, máxime si el supuesto reconviniente consintió la providencia que tuvo por contestada la demanda y el decreto de apertura a prueba. No puede el demandado ignorar la preclusión

operada, ni alegar en la Alzada que existió indefensión. De admitirse en la etapa que hubo reconvención, sería la reconvenida quien se encontraría en ese estado al no habérsele corrido traslado, con lo que se le habría privado de oportunidad procesal para replicarla" ("Revista de Derecho Procesal demanda y reconvención", págs. 387/388).

Razones bastas para rechazar los agravios.

En punto a la queja ante la imposición de costas, deben mantenerse al demandado, pues su actitud provocó la controversia en la que terminó perdidoso.

Las de esta alzada por aplicación del artículo 70 del CPCCCh serán impuestas al vencido.

A fin de regular los honorarios, que difiero para el momento del acuerdo, tengo presente la labor profesional, el resultado obtenido, la posibilidad de que las pretensiones prosperen y demás pautas de los arts. 5, 29, 37 y 13 de la ley de aranceles.

A la segunda cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

1) Rechaza los agravios y confirma la sentencia en todas sus partes.

2) Impone las costas al demandado y difiere la regulación de los honorarios para el momento del acuerdo.

3) Tener presentes las reservas efectuadas a fs. 82.

A la primera cuestión la Dra. Melero dijo:

I. Considerando que a tenor de la exigencia del art. 169 de la Constitución de la Provincia del Chubut es innecesaria la repetición de los argumentos formulados por las partes en cada uno de los votos de esta Alzada, por lo cual, a fin de evitar reiteraciones

estériles que afectan los principios de celeridad y concentración procesal y resultando de quien abre el recurso la síntesis suficiente del caso traído a decisión, a ella me remito.

I.A) A fs. 78/82 la parte demandada expresa agravios solicitando la revocación de la sentencia de fs. 69/71vta., manteniendo la declaración del divorcio por exclusiva culpa de la accionante e imponiendo a esta las costas de ambas instancias. En su defecto, peticiona que se tenga presente que deja planteada la cuestión constitucional local por violación del proceso legal y derecho de propiedad del accionado, así como que se mantiene la reserva del caso federal.

Conferido el traslado de dichos agravios a fs. 83 a la parte contraria, la misma contesta a fs. 86/88vta.

I.B) En cuanto al planteamiento efectuado por el apelante demandado, he de adelantar mi criterio respecto de dicha temática en cuanto a que la falta de deducción de reconvención por parte de la demandada impide el tratamiento de las causales de divorcio por ella alegadas en la contestación de demanda.

Entrando en el análisis del presente proceso, advierto que la demanda de divorcio vincular promovida por la actora (fs. 9/10), se ha basado en la causal objetiva establecida en el art. 214, inciso 2, del Código Civil (texto según Ley 23515), esto es, separación de hecho de los cónyuges, sin voluntad de unirse, por un tiempo continuo mayor de tres años. De la lectura del escrito de contestación de demanda se desprende que en autos no se encuentra controvertida la configuración de dicha causal, pues la demandada se ha limitado a afirmar no haber dado causa a la separación de hecho,

solicitando, en consecuencia, se dejen a salvo los derechos que le corresponden en su carácter de cónyuge inocente (fs. 16/17vta).

Del análisis de los argumentos expuestos por el demandado, los mismos pueden sintetizarse en que el mismo no dio causa a la separación, dicha afirmación significa imputar alguno de los hechos configurativos de las causales culpables inscriptas en la última norma citada (cf. Mizrahi, “Familia, matrimonio y divorcio”, págs. 327 y 328, con citas de Zannoni, Arazi, Belluscio, Di Lella y Salvatori Reviriego; cf. "Código Civil Comentado, Derecho de Familia", Ferrer, Medina, Méndez Costa, T.I pág. 223).

En ese marco conceptual precedentemente analizado tengo en cuenta que se ha sostenido que cuando el accionado invoca su inocencia es indudable que debe imputar al otro una de las causales del art. 202, por vía reconvencional (VI Encuentro de Abogados Civilistas, Santa Fe, 1992, mencionado por Mizrahi, ob. cit., pág. 331)".

Es decir que al no haber deducido reconvención el demandado (art. 361 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo “A”, del Digesto jurídico), se ha visto afectado, indudablemente, el derecho de defensa de la parte actora (art.18 de la Constitución Nacional), ya que si se hubiera planteado reconvención, se habría corrido traslado de la misma al actor por quince (15) días y, dentro de este plazo, la accionante podría haber alegado todo lo que estimara conducente, ofreciendo la prueba que considerara pertinente (art. 362 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo “A”, del Digesto jurídico), (cf. crit. Causa 47144 Reg. 163 - "M. A. R. c/A. R. s/ Divorcio Vincular" - Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul

(Buenos Aires) - Sala II - 15/11/2004: elDial.com - AA26BB, criterio jurisprudencial que la suscripta comparte plenamente y que fuera citada por la sentenciante a fs. 70 – considerando II., párr. 7mo.).

Precisando más la cuestión he de concretar diciendo que para que hubiera podido entenderse configurado el instituto de la reconvención implícita se requería extremar las diligencias para posibilitar una debida preservación del derecho de defensa en juicio; esto es, que el trámite posterior de la causa hubiera permitido el adecuado despliegue defensivo del accionante. En efecto, para que pueda estarse ante esta especial figura procesal, se exige como una carga del accionado (reconviniente implícito), y no del actor, requerir el dictado de las medidas procesales consiguientes para que sus articulaciones, al poder ser ventiladas por el canal adecuado, permitan su valoración por el juez sin afectarse las garantías constitucionales.

En sentido similar al que se viene exponiendo en el presente voto se ha expedido la doctrina cunado expresa que: “La reconvención debe formularse claramente; una cosa es dejar de lado el rigor formal para apreciar una litis de divorcio y otra pretender que el juzgador supla, por vía interpretativa, una manifestación de voluntad inexcusable y que debe ser expresada en términos claros y positivos, como es, en definitiva, la pretensión que se canaliza a través de una contrademanda, lo cual exige el cumplimiento ineludible de las formas previstas en la ley procesal, con el objeto de asegurar la garantía del debido proceso” (Dres. Roland Arazi - Jorge A. Rojas en su obra “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Tomo II, págs. 301/302 con cita de la jurisprudencia bajo nota nro. 56 de la SCJBA,

11/11/80', D.J.B.A. 120-105, ed. Rubinzal – Culzoni, 2da. edición actualizada, enero del 2007).

En virtud de las consideraciones hasta aquí expuestas, arribo a la convicción de que debe rechazarse el recurso de apelación intentado por el accionado a fs. 78/81vta, y confirmar la sentencia de la anterior instancia en lo que ha sido materia de dichos agravios.

I.B) El recurrente demandado se agravia a fs. 81vta/82 – pto. VI de la decisión de la a-quo de imponer las costas a su cargo.

Es entendimiento de la suscripta que la decisión sobre las costas debe definirse sobre la base del aspecto procesal de la derrota y que en supuestos como el del caso en el que el trámite es contradictorio, ante la oposición del marido demandado ha debido producirse prueba de los recaudos exigidos por la ley para obtener el divorcio por la causal objetiva, por lo que, habiéndose admitido la acción, no cabe duda de que la actora fue vencedora en el contradictorio y, por lo tanto, vencido el marido demandado, debiendo aplicarse también en autos el principio objetivo de la derrota consagrado por el primer párrafo del art. 69 del código de rito.

Por las consideraciones efectuadas corresponde no hacer lugar a los agravios y confirmar la sentencia en este sentido.

I.C) Atento a lo resuelto en este voto y teniendo presente el principio objetivo de derrota (art. 69 del CPCCCh – Ley XIII, nro. 5, anexo A), las costas de esta instancia son impuestas al demandado vencido. Difiérase la regulación de los honorarios profesionales actuantes para el momento del acuerdo, donde serán

regulados atendiendo a la materia traída a decisión, la labor desarrollada y el éxito obtenido (arts. 5, 13, 46 y ccdtes. Ley XIII, nro. 4 (antes arts. 6, 14, 47 Ley nro. 2200) –Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores-).

A la segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

Por coincidir con la fórmula postulatoria de las Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y considerar que esta parte del voto no está comprendida en la manda constitucional provincial del art. 169, a la misma me adhiero.

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

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

SENTENCIA:

1) Rechazar los agravios y confirmar la sentencia de fs. 69/71vta. en todas sus partes.

2) Imponer las costas al demandado y regular los honorarios profesionales de los Dres. R. R. E. H. y M. S. P. D., conjuntamente, en el TREINTA POR CIENTO (30%) y del Dr. G. C. L. en el VEINTICINCO POR CIENTO (25%), porcentajes a calucular sobre lo regulado respectivamente a cada parte en la instancia de grado.

3) Tener presentes las reservas efectuadas a fs. 82.

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. 011 DEL AÑO 2011
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "F"