En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de -mayo del año dos mil doce, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara María Inés de VILLAFAÑE y Dr. Mario Luis VIVAS, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"Q., G. J. c/ P. Z., R. S. s/ Separación Personal" (Expte. N º 23 Año 2012)** venidos del Juzgado de Familia N º 2 (Expte. N º 906/10), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 119.

A LA PRIMERA CUESTION, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

1.

La sentencia de primera instancia falló decretando la separación personal de los esposos G. J. Q. DNI N º **.***.*** y R. S. P. Z. DNI. Extranjero N º **.***.*** -con los efectos previstos en los arts. 206 y cctes. del Código Civil- cuyo matrimonio fuera celebrado en la ciudad de Ingeniero White, Pcia. de Buenos Aires, el día 30 de diciembre del año 1992 e inscripto bajo el Acta *** tomo I, folio 60 vta. Año 1992.

Rechazó el pedido de dictado de sentencia de divorcio vincular y declaró disuelta la sociedad conyugal con efecto retroactivo al 06 de julio de 2011 (Art. 1306 CC), dejando a salvo los derechos de terceros de buena fe, y rechazó el planteo de liquidación de la sociedad conyugal.

Luego, dispuso la inscripción de la sentencia en el registro correspondiente, una vez firme y consentida la misma e impuso las costas a cargo del demandado, regulando los honorarios profesionales que intervinieron.

Para así decidir analizó el plexo probatorio y tuvo por acreditada la separación de hecho de los cónyuges desde mediados del año 2008 hasta diciembre de 2010 en que se interpuso la demanda, decretando la separación personal por la causal prevista en el Art. 204 del CC.

La Magistrada de grado se pide en forma contraria a lo solicitado por la actora quien a fs. 16 expuso" que en caso de cumplirse durante el trámite de este expediente el plazo previsto en el Art. 214 inc. 2do del CC, se decrete el divorcio vincular" lo que reiteró al tiempo de alegar. Para ello señala que pretender obtener el dictado de una sentencia de divorcio vincular por el solo transcurso del plazo durante la tramitación del proceso de separación personal no es lo previsto por el Art. 216 del CC, y ello porque no se adecua al proceso iniciado y que ambos tienen una naturaleza distinta; dice que el plazo de tres años no se encontraba cumplido al interponerse la demanda el 14 de diciembre de 2010 aportando a sus argumentos objetivos profusa jurisprudencia.

En cuanto a la liquidación de la sociedad conyugal en el modo indicado por la actora lo desestima, por no resultar la sugerencia unilateral de la parte, un acuerdo a los que refiere el Art. 236 del CC.

En cuanto a las costas que impone al demandado, sostiene en contraposición al argumento de la Abogada de la Defensa Pública que, sin desconocer la doctrina y la jurisprudencia que consideran que en este tipo de proceso por la causal objetiva, las costas deben imponerse por su orden, en el caso el demandado está ausente, la Sra. Defensora sostuvo que se diligenció una cédula a la ciudad de Plottier, que no se agregó a los autos por lo que entendía probable que el demandado estuviera anoticiado del proceso, circunstancia que es considerada por la Dra. V. como un reconocimiento de la reticencia y desinterés del Sr. P. Z. de cooperar con el proceso. Ello la lleva a definir las costas sobre la base de la derrota (Art. 68 CPCC).

La sentencia es apelada por la Sra. Defensora a fs.102 y por parte actora a fs. 103. Las expresiones de agravios obran a fs. 114/115 y fs. 111/113 respectivamente, sin que mediaran réplicas a los agravios.

2.

<u>Los agravios de la actora y su tratamiento</u>.

Se agravia la actora por el rechazo al pedido de dictado de sentencia de divorcio que fuera expresamente solicitado al demandar.

Cuestiona, que con esa decisión deberá esperar tres años más para obtener la conversión del divorcio u optar por iniciar un nuevo juicio de divorcio, que ello conlleva un tiempo más que considerable al que se agrega el inconveniente del domicilio exacto del demandado; que en la causa no se encuentra afectado el orden público y que el plazo continuo de tres años se encontraba cumplido al tiempo de dictarse la sentencia, sin que exista como sostiene la Juez, forma de computar los plazos fijados en los arts. 204 y 214 del Civil. Cita jurisprudencia que avala su interpretación.

El requisito de la separación de hecho por el plazo de tres años, que configura la causal objetiva de divorcio prevista en el Art. 214 inc 2) del CC, en propias palabras de la peticionaria, no se había consumido al tiempo que se inició la demanda.

Tal requisito debe existir al momento de postularse. Y, no se trata de hechos sobrevinientes de los que pueda echarse mano por aplicación de lo previsto en el artículo 165 inc. 6º de la ley adjetiva, toda vez que el lapso en cuestión no depende en sí de la voluntariedad en su manejo de las partes, sino que su consumación previa o concomitante al ejercicio de la acción de él derivada, se impone objetivamente por imperio de la ley. El cumplimiento del plazo legal de la separación de hecho es un requisito que hace a los recaudos de admisibilidad de la demanda y su ausencia la torna improponible jurídicamente. " *Corresponde confirmar la resolución que decretó*

la separación personal de los cónyuges y rechazó su divorcio vincular por no haberse cumplido el plazo de tres años al momento de interposición de la demanda, e independientemente de que lo hubieran cumplido durante el tramite del proceso, pues no es dable decretar el divorcio por una causal que no se encuentra configura al tiempo de promoción de la demanda, toda vez que, en caso contrario, el magistrado haría lugar a una demanda improponible en su origen (C Nac. Civil Sala D 22/12/2004)

Admitir entonces, que el vencimiento del plazo se opere durante la sustanciación del proceso implica distorsionar el fundamento sustantivo de la litis por la mera invocación procesal de hechos constitutivos sobrevinientes durante la sustanciación de ese juicio.

"Aún cuando el texto de los arts. 204 y 214 del Cód. Civil no aclara si los dos o tres años que se exigen como requisitos para decretar la separación personal o el divorcio vincular deben estar vencidos al momento de interposición de la demanda, ese lapso no podría tenerse cumplido durante la tramitación del proceso, ya que los hechos determinantes de esa causal de separación deben haber acaecido con anterioridad a que el planteo judicial sea efectuado, como una condición de admisión de la acción entablada por la causal objetiva." (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A "L., H. E. c. S., S. E. 02/08/2004 DJ 2005-2 con nota de Augusto Morello DJ 2005-2, 15)

Por lo expuesto, he de proponer al Acuerdo se desestime el agravio de la actora.

3.

<u>El agravio de la demandada y su tratamiento</u>

La Sra. Abogada de la Defensa Pública Mónica Espara, reseña su intervención en la litis en representación del demandado ausente y luego manifiesta su queja con el decisorio en tanto las costas le fueron impuestas a su representado.

Alude en sus fundamentos que la señora jueza valoró como circunstancia gravitante en su decisión, que se manifestó que existía una cédula al demandado en el domicilio informado como prueba de la reticencia y desinterés del demandado en cooperar con el proceso, que hizo que la actora debiera producir prueba para obtener su separación personal, por la que la valora como vencedora en el proceso.

Señala que en los procesos de familia sin contenido patrimonial no corresponde imponer las costas con fundamento en el principio de la derrota porque la intervención del juez es una carga común necesaria para componer las diferencias entre las partes.

Cita jurisprudencia, concluyendo que la Magistrada no valoró las obligaciones legales del funcionario judicial ni la naturaleza del proceso.

La intervención de la letrada de la Defensa Pública, en representación del demandado ausente, debió circunscribirse a formular las negativas de manera tal de resistir la acción, pues se trata de circunstancias desconocidas para quien contesta. Las alternativas posteriores, esto es la toma de conocimiento del domicilio de P. que generaron la providencia de fs 52, no modifican la situación del ausente ello en tanto no existe constancia del efectivo diligenciamiento de la cédula.

No me es ajeno, que aquellas negativas a las que hice referencia, implicaron la apertura a prueba del proceso, pero lo cierto es que por la naturaleza del proceso era necesario el pronunciamiento judicial, sin que pueda equipararse la ausencia del emplazado, a la rebeldía o resistencia que permita considerarlo vencido y por tal razón imponerle las costas que determina el Art. 69 del CPCC (en la sentencia se refiere a la numeración anterior al DJ). *"Si se trata de un divorcio vincular en el cual ha resultado necesaria la intervención del Defensor Oficial, ante el lógico desconocimiento de los hechos que expone el actor, sustanciándose el proceso e incorporando elementos de prueba, no existe parte vencida en el sentido del vocablo, por lo que no puede*

aplicarse sin más el principio objetivo de la derrota que estatuye el Art. 68 del Código Procesal. Se está en presencia de una hipótesis de resolución judicial necesaria para el reconocimiento de un derecho de controversia, lo que conduce a distribuirlas por su orden."- (CNCIV - Sala M -"S., E. H. c/ R., J. de la C. A. s/ DIVORCIO" Nro. de Recurso: M247897 - Fecha: 04-11-98) *"Cuando en el juicio de divorcio fundado en la causal objetiva prevista en el Art. 214, inc. 2º del Código Civil, el cónyuge demandado ausente es representado por el Defensor Oficial, si bien el cónyuge actor está obligado a litigar, el hecho de que aquél sea constreñido a formular las negativas a la defensa de su representado, lo es actuando en cumplimiento de un deber legal. Tal circunstancia no justifica la imposición de costas ni tener por derrotado al ausente, que no es un rebelde que no se ha presentado pese a saber de la existencia del juicio, sino un ausente que no ha tenido la oportunidad de brindar su propia versión de los hechos, lo que conlleva necesariamente la distribución de las costas en el orden causado*."(CNCIV - Sala K "S., D. I. c/ I., O. A. s/ DIVORCIO" Nro. de Recurso: K057509 - Fecha: 03-03-99).

Por lo expuesto he de proponer al Acuerdo la revocación parcial del fallo, de modo tal de imponer las costas en el orden causado (Art. 69 CPCC).

4.

<u>Las costas:</u>

La imposición de las costas de la primera instancia, ha sido materia del agravio tratado, por lo que no resulta necesario expedirme en los términos del Art. 282. Los honorarios allí regulados, son adecuados a la actividad profesional de las letradas que han intervenido y determinados dentro del margen de discrecionalidad que admite el Art. 5 de la ley arancelaria.

Las costas generadas en esta instancia y los vencimientos recíprocos al resolver las apelaciones me permiten proponer al Acuerdo se impongan en el orden causado. Los honorarios de las letradas L. G. G. y Mónica Espara,

conforme el mérito y éxito obtenido deberán estipularse en el 25 % de los que resulten de la anterior instancia (Art. 5 y 13 de la ley arancelaria).
Voto a la primera cuestión, **PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA**.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi dijo:

En el voto precedente la Sra. Jueza de Cámara Mará Inés de Villafañe ha hecho una reseña completa de los antecedentes del caso, de los fundamentos del fallo apelado y de los motivos de agravios expresados por los apelantes, por lo que no resultará necesario abundar acerca de dichos aspectos ya que se encuentran cumplidos los requisitos de ley exigidos al respecto. En consecuencia, abordaré directamente las cuestiones planteadas como fundamentación del recurso por los recurrentes.

1) Tratamiento del agravio de la parte actora.
El agravio de la parte actora está centrado en el rechazo que ha hecho la sentencia de su solicitud de declaración de divorcio vincular para el caso que durante la tramitación de este proceso se cumpliera el plazo previsto por el Art. 214, inc. 2), del Cód. Civil. Adelanto que no acompañaré en su queja a la recurrente.
Si nos atenemos a los términos de la demanda, es de toda evidencia que al promover la acción de separación personal no se encontraba cumplido el plazo que exige la norma del Art. 214, inc. 2° del Código Civil (separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse por un tiempo continuo mayor de tres años) a los efectos de que sea procedente la declaración de divorcio vincular Y aquí está el núcleo de la cuestión planteada y a decidir por esta Alzada.

La pregunta a responder es la siguiente: ¿el plazo exigido por el Art. 214, inc. 2°, del Cód. Civil, tiene que estar vencido al tiempo de interponerse la demanda de divorcio por separación de hecho sin voluntad de unirse?. Y la respuesta es uniformemente afirmativa: el plazo exigido por el Art. 214, inc. 2°, Cód. Civ., para la procedencia del divorcio por separación de hecho sin voluntad de unirse tiene que estar vencido al tiempo de interponer la demanda, porque los hechos determinantes del divorcio deben haberse producido antes de su presentación (Conf. CN Civ., Sala F, 14/11/2002, DJ 2003-2-316).

Y es por ello que la jurisprudencia viene plasmando de manera pacífica que es improcedente la acción de divorcio por la causal objetiva del Art. 214, inc. 2°, Cód. Civ., cuando el transcurso del plazo de tres años de la separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse que requiere la norma mencionada se configura con posterioridad a la presentación de la demanda (Conf. CN Civ., Sala E, 12/02/2004, LL 2004-C, 985; íd., Sala I, 02/05/2002, ED 201-505; íd., Sala F, 14/11/2002, DJ 2003-2-316; íd., Sala G, 03/07/2000, ED 189-300).

Es que no resulta lógicamente posible escindir la separación de hecho sin voluntad de unirse de los esposos y el plazo que prevé el Art. 214, inc. 2°, C. Civ., porque el transcurso de aquél es un recaudo para hacer valer la causal, es decir, constituye un presupuesto sustancial de la acción (Conf. CN Civ., Sala F, 27/03/2003, LL 2003-D-965).

Inclusive debe tener en cuenta también en este caso la quejosa que el plazo en cuestión no puede tampoco ser suplido por voluntad de las partes dado el carácter de orden público de la norma (Conf. Cám. Apel. Conc. del Uruguay, Sala Civ. Com., 05/03/2001, LLLitoral 2001-1221).

Y concluyo mi análisis del agravio dejando en claro que no omito que en el caso el demandado no ha tomado intervención directa en el proceso contestando la demanda, pero tampoco ello permite dejar de lado los

principios que acabo de referir ya que se ha resuelto también que la falta de cumplimiento del plazo legal de tres años de separación de hecho para la procedencia del divorcio vincular fundado en la causal del Art. 214, inc. 2°, C. Civ., no puede suplirse por la omisión del demandado de contestar la demanda (Conf. Cám. Apel. Conc. del Uruguay, Sala Civ. Com., 05/03/2001, LLLitoral 2001-1221).

Con lo hasta aquí expuesto, queda plenamente demostrado que no le asiste razón a la queja esgrimida por la parte actora y de allí que, compartiendo los fundamentos vertidos por la Sra. Jueza de Cámara de Villafañe, soy partidario de rechazar el agravio y así lo propongo al Acuerdo.

2) <u>Tratamiento del agravio de la parte demandada</u>.

En este punto la Defensora Pública del demandado esgrime su queja en lo que hace a la imposición de costas al demandado, lo cual considera no ajustado a derecho y digno de ser revocado por esta Alzada.

Estamos aquí ante un proceso en el que ha resultado necesario que intervenga la Defensora Pública ante el desconocimiento del domicilio real del demandado.

El tema a decidir es si puede asimilarse el hecho de la presentación del demandado contestando la demanda, esgrimiendo su postura y obligando a la actora a desarrollar todo el proceso, con la circunstancia de la necesidad de intervenir el Defensor Oficial ante la ausencia de la contraparte y sustanciarse con el mismo el trámite judicial. Creo que no son la misma cosa.

Cuando se está en presencia de un proceso judicial en el cual ha resultado necesaria la intervención del Defensor Oficial, ante el lógico desconocimiento de los hechos que expone la parte actora, sustanciándose el proceso e incorporando elementos de prueba, considero que no existe parte vencida en el sentido del vocablo, por lo que no puede aplicarse sin

más el principio objetivo de la derrota que estatuye el Art. 69 del Código Procesal. Es que en estos casos se está en presencia de una hipótesis de resolución judicial necesaria para el reconocimiento de un derecho de controversia, lo que debe conducir a distribuirlas por su orden.

Es por lo que acabo de exponer que la jurisprudencia ha determinado que *"deben imponerse por su orden las costas del juicio de divorcio promovido con sustento en la causal objetiva del Art. 214 inc. 2° del Cód. Civil, si el defensor oficial debió asumir la defensa del demandado debido a su ausencia y formular una negativa genérica de los hechos invocados en la demanda -al desconocerlos por completo y carecer de facultades para allanarse-, toda vez que se está frente a un mandato que emana de la ley y que, por ende, no puede equipararse a la oposición propia del juicio controvertido"* (CN Civ., Sala H, 24/05/2000, LL, 2000-E, 256, DJ 2000-3 DJ 2000-3, 470). Y en idéntico sentido se resolvió que *"no corresponde imponer las costas a la demandada, cuando el divorcio vincular fue decretado por la causal objetiva de separación de hecho sin voluntar de unirse (Art. 214, inc. 2°, Código Civil) y dicha parte ni siquiera se presentó en las actuaciones, siendo representada por la Defensora Oficial, quien no se opuso a la pretensión del accionante"* (CN Civ., Sala C, 18/07/96, C. 198.414).

En atención a lo fundamentos vertidos, considero que le asiste razón a la agraviada, correspondiendo admitir su queja y disponer que las costas de primera instancia sean impuestas en el orden causado (arg. Art. 69 CPCC), revocándose parcialmente la sentencia recurrida. Así lo voto.

3) <u>Las costas de primera Instancia</u>.

La cuestión relativa a la imposición de costas de la primera Instancia en lo que hace a lo dispuesto por el Art. 282 del ritual, ha sido tratada en el punto anterior de este voto, de allí que resulta innecesario que me expida sobre la adecuación de las costas y honorarios. Inclusive, considero que los honorarios regulados por la actuación desarrollada en la inferior Instancia

respetan las pautas que determina la Ley Arancelaria para este tipo de procesos.

4) <u>Las costas de la Alzada</u>.

Con respecto a las costas generadas por la actuación en la Alzada y teniendo en cuenta la forma como he propuesto resolver las cuestiones sometidas a decisión de este Cuerpo, comparto los fundamentos de la Sra. Jueza de Villafañe en cuanto a que las mismas deben ser impuestas en el orden causado (arg. Art. 72 y concs. CPCC).

Con respecto a los honorarios a regularse a los letrados intervinientes, considero ajustados a las pautas de la Ley Arancelaria los que ha propuesto la Sra. Jueza de Villafañe que sean regulados (Conf. arts. 5, 13 y concs. Ley XIII N ° 4 y su modificat.).

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota **PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA**.

<u>A LA SEGUNDA CUESTIÓN</u>, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

De compartir los Sres. Jueces de Cámara mi voto el pronunciamiento que corresponde dictar es el que sigue:

1) REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia de fs. 91/98 para imponer las costas de la primera instancia en el orden causado (Art. 69 2do párrafo del CPCC) y **CONFIRMARLA** en lo demás que ha sido materia de agravios;

2) IMPONER las costas en la Alzada por su orden (Art. 72 del CPCC);

3) REGULAR los honorarios de las Abs. L. G. G. y Mónica Espara en el 25% de los que resulten en la instancia anterior (Art. 5 y 13 de la ley XIII N º 4);

4) De forma.-

Así lo voto.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

Atento compartir los fundamentos vertidos en su voto, el pronunciamiento que corresponde dictar es el propiciado por la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Mario Luis Vivas no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N ° 17) pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de mayo de 2012.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1)REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia de fs. 91/98 para imponer las costas de la primera instancia en el orden causado (Art. 69 2do párrafo del CPCC) y **CONFIRMARLA** en lo demás que ha sido materia de agravios;

2)IMPONER las costas en la Alzada por su orden (Art. 72 del CPCC);

3) REGULAR los honorarios de las Abs. L. G. G. y Mónica Espara en el 25% de los que resulten en la instancia anterior (Art. 5 y 13 de la ley XIII N º 4);

4) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL N ° 02 /12 SDF. CONSTE.