--------En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, República Argentina, a los días del mes de septiembre del año dos mil catorce, se reúne en Acuerdo la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, bajo la Presidencia del Dr. Jorge Luis Früchtenicht y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara, Dres. Claudio Alejandro Petris y Günther Enrique Flass, a fin de dictar sentencia definitiva en los presentes autos caratulados: **"D., D. A. c/ W., A. N. s/ Divorcio Vincular"** (Expte. Nro. 90/14 CANO), venidos en apelación a esta Alzada.-

--------Practicado a fs. 75 el sorteo establecido por el art. 271 de la Ley XIII, N°5 del D.J.P., correspondió el siguiente orden para la votación: Dres. PETRIS – FRÜCHTENICHT – FLASS.----------

--------Acto seguido se procedió a plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia registrada bajo el nro. 50/2014, de fecha 19 de junio del corriente y que obra a fs. 36/38 vta.? y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

--------A la PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. PETRIS dijo: ----------

--------Llegan estos autos a conocimiento del Tribunal con motivo del recurso de apelación interpuesto a fs. 40 por la parte actora contra la sentencia definitiva dictada a fs. 36/38 que rechazó la demanda de divorcio vincular por la causal objetiva que preveé el art. 214 inc. 2° del Código Civil impetrada por el Sr. D. A. D. contra A. N. W., impuso las costas al actor y reguló estipendios profesionales a los abogados intervinientes.----------

---

--------El recurso fue concedido a fs. 41, habiendo expresado agravios el recurrente a través de la pieza que luce a fs. 47/67.----------

--------Se agravia en concreto del rechazo de la demanda por considerarla inadmisible y errada de derecho, que yerra la jueza "a quo" al manifestar que no se acreditó lo prescripto por el art. 204 atento que D. en el escrito de demanda expresó que se encuentra separado desde el año 2007, que a ello se agrega que ninguno de los testigos que han pasado por el lugar lo han manifestado y ello debe sostenerse dado que la parte demandada no pudo demostrar lo contrario y ello fue solo un criterio de S.S., efectúa una interpretación del inciso 2° del art. 214 del Código Civil en el sentido de que la falta de voluntad de unirse debe existir por parte de ambos cónyuges no de uno de ellos, no pudiendo entenderse esta causal por uno solo de los

consortes con solo abandonar el hogar y dejar transcurrir el período legal, se detiene en los elementos claves de la separación, primero el material y segundo el subjetivo (fs. 51 vta.).----------

--------Luego plantea la inconstitucionalidad del plazo del art. 214 inc.2° del Código Civil y del fallo que se apela, cita jurisprudencia que transcribe y pasa a objetar el análisis de la prueba testimonial producida en autos, que yerra nuevamente la jueza “a quo” al manifestar que la separación de hecho data de noviembre del año 2013, reconoce la relación sentimental con la Sra. M. pero dice que nada tiene que ver la misma con el tiempo que lleva separado de hecho, atento que el apelante declaró en el escrito de demanda estar separado de hecho desde el año 2007 y que se encuentra viviendo en el fondo del predio donde también vive la demandada, que si esta Cámara se fija en la prueba testifical producida todas coinciden en que ambos cónyuges convivían en el mismo lugar y a ninguno se les ha preguntado desde cuándo se encontraban separados (fs. 52 vta. apartado tercero).-------

---

--------A continuación desarrolla la solicitud de inconstitucionalidad del art. 214 inc. 2°, se detiene también en la prueba anticipada donde dijo estar separado de hecho desde el año 2007, por lo que mal podría haber cuestionado la norma legal cuando el plazo superaba los tres años.----------

--------Transcribe jurisprudencia en extenso (fs. 53 y s.s.).----------

--------A fs. 69/70 contesta la demandada el traslado de la expresión de agravios solicitando el rechazo de la apelación.----------

--------A fs. 71 se convoca a las partes a una audiencia que no pudo concretarse (fs. 73) por ausencia de la accionada, llamándose a fs. 74 autos para dictar sentencia, providencia firme y consentida, practicado el sorteo de ley a fs. 75, desinsaculado a votar en primer término, de conformidad con las previsiones de los arts. 168 y 169 de la Constitución Provincial del Chubut, procedo en este acto a emitir mi voto.----------

--------Adelanto que las quejas no resultan atendibles, al menos así lo he de proponer al Pleno que integro.----------

--------En efecto, promovida la acción de divorcio vincular de los cónyuges con fundamento en la separación de hecho ocurrida en el mes de noviembre del año 2007 sin voluntad de unirse por ninguna de las partes, que da cuenta la demanda de fs. 8, es sabido que la separación de hecho sin

voluntad de unirse está incluida entre las causales objetivas de divorcio, precisamente porque no implica juzgar sobre las causas que influyeron a interrumpir la cohabitación.----------

--------En ese sentido, la vida separada por el lapso indicado en el inc. 2° del art. 214 del Código Civil, es suficiente para establecer el quebrantamiento de la unión matrimonial, al margen, conforme lo llevo dicho, de que quien lo solicita sea o no culpable en la separación (conf.: CNCIV, Sala "A", J.A. 2000 – IV, 17-3-97).----------

--------Lógicamente y en consonancia con los principios de la ley adjetiva, quien invoca la causal objetiva prevista en el art. 214 inc. 2° de la Ley 23.515, a los efectos del divorcio vincular, debe acreditar la concurrencia del extremo legal de la causal (conf.: ED, 186-68).----------

--------El art. 381 del C.P.C.C. edicta que: "Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el Juez o el Tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. …".------

-

--------No basta sólo la manifestación de voluntad del accionante, cuando como en la especie la demandada controvirtió la separación de hecho alegada por el actor (fs. 17 pto. 4, doctrina art. 360 del C.P.C.C.).----------

--------El plazo de tres años de separación de hecho requerido para la procedencia del divorcio vincular fundado en la causal objetiva prevista en el inc. 2° del art. 214 del C.C., no puede ser suplido por voluntad de las partes, dado el carácter de orden público de la norma, y ante la controversia introducida en la contienda (conf.: LL Litoral, 2001-1221).----------

--------El propio recurrente reconoció en la pieza de agravios que ninguna de las partes preguntó a los testigos ofrecidos como prueba desde cuando se encontraban separados de hecho, por lo que debía estarse a la denuncia efectuada en la demanda (fs. 52 vta.).----------

--------Es cierto que las personas que depusieron como testigos no han sabido o al menos informado cuando ocurrió al menos estimativamente esa interrupción de la cohabitación conforme surge de la pista de audio que escucho en este acto, pero eso no lo liberaba al actor de la prueba (doctrina art. 381 del rito).----------

--------Nada más lejos, era carga de él precisamente acreditar ese hecho ante la negativa de la accionada.----------
--------Cosa que no hiciera y que sella, justamente la suerte adversa de la demanda impetrada.----------
--------Luego, intentó en esta Alzada la obtención de la inconstitucionalidad del art. 214 inc. 2° del Código Civil en que fundara la demanda el actor (ver fs. 8 vta. Derecho).----------
--------Ya hemos tenido oportunidad de sostener que la parte que tiene interés en que una norma no se aplique por ser inconstitucional, debe proponer la cuestión tan pronto surge la probabilidad de ser aplicable en la causa (conf.: CANO, S.I.N°11/2011, S.D.N°47/14 CANO).----------
--------Solo por excepción es lícito hacer el planteo con posterioridad, cuando los jueces recurren a una norma cuya utilización no podía estar en los cálculos de los litigantes.----------
--------Siendo ello así, se aprecia que la tacha que se persigue recién al tiempo de expresar agravios (fs. 53), del art. 214 inc. 2° del C.C. enlazándolo con la denuncia de encontrarse separado de hecho desde el año 2007, amén de ser contradictoria y atentatoria de la doctrina de los propios actos, -dado que no puede sostenerse a la vez la no aplicación del plazo legal e insistir en encontrarse separado de hecho por ese lapso de tiempo-, teniendo en cuenta la naturaleza de la acción promovida –divorcio vincular por separación de hecho sin voluntad de unirse prevista en el art. 214 inc. 2° del C.C. invocado-, su pretendida inconstitucionalidad debió impostergable y necesariamente ser alegada por el actor en el líbelo inaugural. El silencio guardado en esa ocasión consolidando una suerte de tácita sumisión del presunto afectado al imperio del ordenamiento jurídico vigente, vino a operar la preclusión de su derecho a introducir al proceso el reproche constitucional de la manda legal aplicable al caso, correspondiendo en consecuencia rechazar el planteo de inconstitucionalidad por ser manifiestamente extemporáneo (S.I.N°11/2011 CANO y S.D.N°47/14 CANO).----------
--------Los agravios deben ser desestimados y por ende confirmarse en todos sus términos la sentencia apelada. ASÍ LO VOTO YO.----------
--------Costas de la presente Instancia al recurrente vencido, conforme el principio objetivo de la derrota y resultado obtenido el recurso y por no

encontrar ningún mérito para su apartamiento (art. 69 del C.P.C.C.) y regular honorarios a los letrados intervinientes en la Alzada (art. 13 de la Ley de Arancel). ASI LO VOTO POR ÚLTIMO.----------

--------A la MISMA CUESTIÓN, el Dr. FRÜCHTENICHT dijo: -------

--------1. Llegan los presentes autos a esta Alzada, a fin de atender el recurso de apelación intentado por el actor a fs. 40, concedido a fs. 41 y enderezado contra la sentencia definitiva de la instancia inferior que luce agregada a fs. 36/38vta., la que en lo sustancial decidió rechazar la demanda de divorcio vincular promovida con sustento en la causal objetiva prevista en el art. 214 inc. 2do. del Código Civil; impuso las costas de este proceso al actor vencido y reguló los honorarios de los profesionales que asistieron a las partes. Para resolver como lo hizo y en lo que a la apelación que trato importa, la judicante estimó no acreditados en autos los extremos que habilitan se decrete el divorcio vincular, esto es, los elementos objetivos y subjetivos que permitan proponer con éxito la pretensión.----------

--------Los agravios deducidos por el actor apelante lucen en el memorial que se agrega a fs. 47/67vta. y conforme al traslado ordenado por Presidencia de este Cuerpo a fs. 68, merecieron la réplica de la demandada apelada con el objeto de sostener el decisorio apelado además de formular reserva del denominado caso federal y se agrega a fs. 69/70.----------

--------Firme que se encuentra el llamado de autos para sentencia de fs. 74, y practicado a fs. 75 el sorteo que dispone el art. 271, me dispongo a emitir mi voto, conforme las prescripciones del art. 274, ambos del rito provincial y en función de lo dispuesto por los arts. 168 y 169 de la Carta Magna provincial, anticipando que las quejas serán tratadas en el orden en que han sido propuestas a esta Alzada.----------

--------2. Que en ocasión de expresar sus agravios el apelante, principalmente alza sus quejas por el rechazo de su demanda intentada y entender errado el razonamiento expuesto por la sentenciante en su decisorio al analizar la prueba efectivamente producida en autos y realiza su propia interpretación de lo dispuesto en el art. 214 inc. 2do. de nuestra ley sustantiva civil. Analiza los precedentes jurisprudenciales mencionados en sentencia; refiere calificados precedentes jurisprudenciales que además transcribe, todo ello con el objeto de plantear en esta etapa la inconstitucionalidad del mencionado art. 214 inc. 2do. del Código Civil. Los

agravios así deducidos fueron ya suficientemente desarrollados por el vocal que me precedió en el voto, y a tales referencias me remito en homenaje a la brevedad procesal y atendiendo la exigüidad del plazo para emitir este voto.----------

--------En ocasión de replicar aquellos agravios (v. fs. 142/144) la demandada apelada se esfuerza en sostener el decisorio que se pretende impugnar, acusando también ausencia de acreditación suficiente de los hechos invocados en demanda para revocar el fallo en cuestión, solicitando en definitiva, se rechace la apelación así intentada. Plantea, así mismo, la reserva del caso federal.----------

--------3 Así, y en orden a la materia en tratamiento, entiendo que la cuestión principal a ponderar y que definirá la suerte de la apelación intentada resulta ser la eventual inconstitucionalidad ahora planteada por el apelante. A su respecto, es oportuno realizar algunas consideraciones previas.----------

--------Advierto que del escrito inaugural de la instancia (demanda agregada a fs. 8 y vta.) no surge planteo alguno de inconstitucionalidad en orden al art. 214 inc. 2do. de la ley sustantiva, sino que, y muy por el contrario, el propio actor invoca y funda en derecho su pretensión en el mencionado artículo.----------

--------Es del caso traer aquí que por imperio de la cláusula alojada en el art. 280 del rito provincial, este tribunal "*no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia*." (v. art. cit.). Sucede que esta alzada, se encuentra en cierta forma "*encorsetada*" para revisar lo resuelto atendiendo las pretensiones y defensas deducidas al momento de trabarse la *litis*. En su función, y siendo que el planteo de inconstitucionalidad -amén de contradictorio con sus propios actos - se articula en ocasión de expresar los agravios que dice le causa al actor la sentencia hoy puesta en crisis, es consecuencia ineludible que el suscripto tiene vedado emitir fallo sobre dicho capítulo, y en su función, adelanto que voy a coincidir con el vocal preopinante en el sentido que las quejas impetradas deberán desestimarse.----------

--------Sin perjuicio de lo dicho, permítaseme manifestar que el apelante omite hacerse cargo de su carga de probar los hechos por él alegados en demanda y que fuesen controvertidos por la contraria. La carga probatoria,

como toda carga procesal, se erige como un imperativo del propio interés, y considero oportuno recordar que quien omite probar, no obstante la regla que pone tal actividad a su cargo (en nuestro caso, el art. 381 CPCC), se expone al riesgo de no formar la convicción del juez sobre la existencia de los hechos de que se trate y, por consiguiente, a la perspectiva de una sentencia desfavorable. Tales circunstancias tornan improcedentes también las quejas impetradas en el memorial en análisis.----------

--------A todo evento, se impone señalar que la sentencia en crisis no puede ser tachada de agraviante para con el actor pues la inteligencia que efectúa del texto legal no excede el marco de posibilidades que brinda la norma en juego ni traduce una apreciación irrazonable del tema propuesto. Así, la elección en juego importó adoptar una solución posible, apoyándose en razones suficientes, las que aparecen suficientemente expuestas y fundamentadas en los *considerandos* de la sentencia atacada.----------

--------4. Resta ponderar las costas de esta Alzada. Así, y en función de la solución que propondré al Pleno de este Cuerpo, estimo que ellas deben ser impuestas al actor vencido, por imperio del principio objetivo de la derrota que se aloja en el art. 69 CPCC, no advirtiendo motivos para apartarme de él y regular honorarios a los profesionales actuantes en la Alzada. Así lo voto también.----------

--------A la SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. PETRIS dijo: ----------

--------En atención a lo expuesto en ocasión de votar a la primera cuestión, propongo al Pleno: I) CONFIRMAR en todos sus términos la sentencia N°50/14 de fecha 19 de junio de 2014 y que obra a fs. 36/38 vta.; II) IMPONER las costas de esta Instancia al apelante vencido (art. 69 del C.P.C.C.); III) REGULAR los honorarios profesionales del Dr. H. L. C. en la suma de 10 Jus y los del Dr. R. G. en la suma de 8 Jus, ambos montos con mas el IVA que pudiere corresponder y conforme a los valores vigentes a la fecha de la sentencia (arts. 5, 6 bis, 8 y 13 de la Ley Arancelaria), IV) Tener presente la Reserva del Caso Federal.----------

--------A IDÉNTICA CUESTIÓN, el Dr. FRÜCHTENICHT dijo: ------

--------En atención a lo expuesto en ocasión de votar a la primera cuestión, propongo al Acuerdo: **I.- CONFIRMAR** en todas sus partes la sentencia apelada; **II.- IMPONER** las costas de esta Alzada al apelante vencido (art. 69 CPCC); **III.- REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. R. G. G. en

8 JUS y los del Dr. H. L. C. en 10 JUS con más el IVA si correspondiese, por su actuación en esta Alzada y a los valores vigentes a la fecha de la sentencia (arts. 5, 6 bis, 8 y 13 de la Ley Arancelaria); **IV.- TENER PRESENTE** la reserva del caso federal planteada por la demandada a fs. 69vta.----------
---

--------Con lo que se dio por finalizado el acto, quedando acordado dictarse la siguiente: ----------

---------- S E N T E N C I A ----------

--------**Y VISTO:** Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, **resuelve:** ----------
-------- **I) CONFIRMAR** en todos sus términos la sentencia N°50/14 de fecha 19 de junio de 2014 y que obra a fs. 36/38 vta.----------
-------- **II) IMPONER** las costas de esta Instancia al apelante vencido (art. 69 del C.P.C.C.).----------
-------- **III) REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. H. L. C. en la suma de 10 Jus y los del Dr. R. G. en la suma de 8 Jus, ambos montos con mas el IVA que pudiere corresponder y a los valores vigentes a la fecha de la sentencia (arts. 5, 6 bis, 8 y 13 de la Ley Arancelaria).----------
---

-------- **IV)** Tener presente la Reserva del Caso Federal.----------
-------- **V) REGISTRESE**, notifíquese y devuélvase.----------
-------- La presente sentencia es dictada por dos Jueces de Cámara por haberse alcanzado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V, N° 17 del D.J.P.) y no haber hecho el Dr. Günther Enrique Flass de la facultad que le asiste conforme lo dispuesto por el art. 271, última parte del C.P.C.C.----------

JORGE LUIS FRÜCHTENICHT **CLAUDIO A. PETRIS**

REGISTRADA BAJO EL NRO. CANO DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS CIVILES DEL AÑO 2014. CONSTE.-