

PROVINCIA: RIO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: CIVIL

INSTANCIA: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

EXPTE. N° 21369/06-STJ-

SENTENCIA N° 130

///MA, 12 de septiembre de 2007.-

-----Habiéndose reunido en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Alberto I. Balladini, Víctor H. Sodero Nievas y Luis Lutz, con la presencia de la señora Secretaria doctora Elda Emilce Alvarez, para pronunciar sentencia en los autos caratulados: “MARTINEZ, Máximo c/COTARO, Ada Arminda s/DIVORCIO VINCULAR-ORDINARIO s/CASACION” (Expte. N° 21369/06-STJ-), elevados por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Ia. Circunscripción Judicial, a fin de resolver el recurso de casación deducido a fs. 126/132. Previa discusión de la temática del fallo a dictar, de lo que da fe la Actuaría, se decide plantear y votar las siguientes:----- C U E S T I O N E S -----

-----1ra.-¿Es fundado el recurso?-----

-----2da.-¿Que pronunciamiento corresponde?----- V O T A C I O N ----- A la primera cuestión el señor Juez doctor Alberto I. Balladini dijo:-----

-----Llegan las presentes actuaciones a conocimiento de este Superior Tribunal de Justicia en virtud del recurso de casación deducido a fs. 126/132, contra la Sentencia N° 34 de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Ia. Circunscripción Judicial, obrante a fs. 118/120, por la que se hizo lugar parcialmente a la apelación deducida por la demandada, modificando el punto I de la parte resolutive de la sentencia de Ia. Instancia, en cuanto corresponde dejar a salvo los derechos acordados a la Sra. Cotaro en su condición de cónyuge inocente en el decretado divorcio vincular (conf. arts. 214, inc. 2° y 204 in fine Cód. Civil).-----

-----El casacionista alega que la sentencia de Cámara afecta/// ///.-su derecho de defensa en juicio, puesto que si la demandada consideró que la causal del divorcio era una distinta a la invocada por el actor, debió reconvenir. Considera que el fallo atacado se

excede en la aplicación del no rigorismo procesal, y que con ese criterio, el sentenciante habilita la reconvencción, quedando el actor -de tal modo- indefenso, ya que se vio impedido de expresarse con profundidad al respecto y además se le imposibilita ejercer una reconventio reconvencionis, por la causal que considere. Cita jurisprudencia y doctrina que se expresa en tal sentido.- - -

-----Asimismo, sostiene que al analizar el fallo de Cámara, respecto a la invocación del llamado exceso ritual -imputado a la sentencia de la “a quo”; advierte que en el caso de autos ni siquiera se le corrió traslado de la presentación efectuada por la contraria en carácter de contestación de demanda, tan sólo de la documental y que cuando se limitó a negar los hechos en el entendimiento de que no debía dar repuesta a su presentación, la señora Juez le señaló que no serían tenidas en cuenta las manifestaciones que excedieran el traslado de la documental (sic. fs. 24).- - - - -

-----Seguidamente, señala que de ninguna manera la demandada ha probado que el actor haya incurrido en la causal de abandono del hogar (art. 205, inc. 5* Cód. Civil), y que es evidente que de la prueba de autos no surgen los caracteres del abandono. Sobre este punto, advierte que resulta apresurada la conclusión a que arriba el fallo de Cámara, por cuanto iguales efectos jurídicos da al retiro del hogar que al abandono voluntario y malicioso; y que el criterio de amplitud aplicado por la Cámara, la lleva aún más allá, a tener por configurada una causal no prevista por la ley, esto es simplemente el abandono.

-----Además, considera que si se hubieran analizado la ///.- ///2.-totalidad de los dichos de los testigos se advertiría, que ellos manifiestan que las partes no se llevaban bien, que ambos no conviven desde hace ya mucho tiempo y que no existe voluntad de reconciliación entre ellos.- - - - -

-----Finalmente, el casacionista, concluye que el fallo recurrido, pasa por alto la necesidad, impuesta por la norma, de que la accionada demuestre su inocencia y resuelve categóricamente que el actor abandonó el hogar y lo castiga con la determinación de inocencia en beneficio de la demandada. Y que tal vez, haciendo uso de ese pretendido alejamiento del rigorismo formal, la Cámara podría haberse permitido, tan sólo analizar, que la señora Cotaro no ha demostrado tampoco su voluntad de reanudar la convivencia durante todo el tiempo transcurrido desde la separación.- - - - -

-----Previo a ingresar en el tratamiento del recurso, haré una síntesis de las presentes actuaciones sobre las que habré de expedirme en derecho.- - - - -

-----El actor, Máximo Matínez, inició demanda de divorcio vincular contra la señora Ada Arminda Cotaro, fundando la misma en lo establecido en el art. 214, inc. 2* del Código Civil y separación de hecho de los cónyuges por un tiempo mayor de tres años. La demandada contestó el traslado conferido, negando los hechos y el derecho esgrimido por el actor, pidiendo se rechazara la demanda por no darse los supuestos legales invocados por el actor (art. 214, inc. 2* Cód. Civil), y se considerase a su parte en calidad de cónyuge inocente.- -

-----El Juzgado de familia y Sucesiones de Ira. Instancia, por providencia de fs. 22, le tiene por presentada y por contestada la demanda, ordenándole que se agregue la documental acompañada y de la misma se corra traslado a la parte actora por el término de ley. Seguidamente a fs. 23 el actor contesta el///.- ///.-traslado conferido, desconociendo la documental acompañada y manifestando que al no haber reconvenido la señora Cotaro la demanda incoada, por la causal que ella invoca, sus manifestaciones se limitan a negar que su mandante haya incurrido en la causal de abandono voluntario. Por providencia de fs. 24 se tuvo por contestado dicho traslado, precisando –la Sra. Juez de Ira. Instancia- en ese acto procesal que: “Toda vez que el referido traslado fue dado respecto de la documentación acompañada en la contestación de la demanda hágase saber que no serán tenidas en cuenta las manifestaciones que excedan dicho traslado.”.-

-----Posteriormente, y dentro de los actos procesales ocurridos en autos -que hacen al presente examen-, a fs. 31 consta el acta de celebración de la audiencia preliminar prevista en el art. 361 del CPCyC., donde se fijó específicamente el objeto de prueba consistente en determinar los hechos expuestos en la demanda y su contestación (causal objetiva art. 214, inc. 2* Cód. Civil). Continuando con el iter-procesal, una vez clausurado el período de prueba, las partes presentaron los respectivos alegatos, donde la demandada señaló que no habría separación de hecho sino abandono malicioso del hogar conyugal, que el actor incurrió en adulterio, peticionando que se decrete el divorcio por exclusiva culpa del mismo y se declare a su parte “cónyuge inocente”. En tanto que el actor, alegó en favor de la procedencia de la acción de divorcio por la causal del art. 214, inc. 2* Cód. Civil, en el entendimiento además, de que la valoración de la prueba producida debía circunscribirse a la causal invocada en el escrito de inicio, toda vez que al no existir reconvenición el objeto de prueba se determinó, en oportunidad de la audiencia del art. 361 del CPCyC., exclusivamente a la causal objetiva.- - - - -///.- ///3.-Posteriormente, se dictó sentencia haciendo lugar a la

demanda interpuesta y se decretó el divorcio de las partes mencionadas, por la causal prevista en el art. 214, inc. 2* del Cód. Civil. La demandada apeló dicha decisión y la Cámara consideró, en lo sustancial, que en el caso de autos la señora Cotaro, al contestar demanda, alegó su inocencia en la esgrimida separación de hecho con el señor Martínez, atribuyéndole a éste ser el causante de la falta de cohabitación, al haber hecho abandono del hogar conyugal, alegación que no puede ser soslayada por la sola circunstancia de no haber sido acompañada de un proceder reconvencional, sin caer en un exceso ritual manifiesto.-----

-----Ahora bien, entiendo que la cuestión central a resolver consiste en determinar si ha existido violación del derecho de defensa y del debido proceso, y conforme surge del relato efectuado del iter procesal, es evidente que la actora demandó por la causal objetiva prevista en el art. 214, inc. 2* Cód. Civil, y que si bien la demandada petitionó, en la contestación del traslado respectivo, que se la declarase cónyuge inocente, en ningún momento reconvino por ninguna de las causales que alegó en dicha contestación; es decir que el objeto de la litis quedó determinado en las postulaciones efectuadas en los escritos de demanda y contestación, puesto que las consideraciones que se efectuaron en ambas determinaron el “campus” en el que se trabó la contienda.- -

-----No obstante ello, también surge del cuadro anterior, que la Sra. Jueza de Primera Instancia, en todo momento encuadró el planteo de divorcista, en la causal objetiva alegada por el actor. Y aquí es preciso destacar la providencia de fojas 24, que le indica a la actora que no serán tenidas en cuenta las manifestaciones que excedan el traslado, y especialmente///.- ///.-el acta de audiencia preliminar de fs. 31, donde expresamente se fija como objeto de prueba “determinar los hechos expuestos en la demanda y en la contestación en la causal objetiva del art. 214, inc. 2* Cód. Civil”. Y este momento procesal es de suma relevancia para precisar los términos de la litis ya que así lo dispone la norma pertinente del CPCyC., al establecer que se debe procurar el reajuste de las pretensiones (art. 361, inc. b) del CPCyC.), sin que pueda observarse que ello halla ocurrido en autos. Como dice Berizonce: “La audiencia preliminar tiene por genuina función ‘purgar’ el proceso de obstáculos procedimentales, a través de un mecanismo concentrado, posibilitando que el objeto procesal ingrese a la fase probatoria y decisoria purificado y exento de irregularidades;” (...) Barrios De Angelis, prefiere utilizar el término ‘reajuste’ de las pretensiones que los de ‘delimitación’ o ‘fijación’ de las mismas, teniendo en cuenta que en la demanda y contestación ya existe

un primer ajuste. En caso de no lograrse una conciliación total, y al tener que continuar el proceso, a través de esta función se procura el reajuste de las pretensiones y oposiciones articuladas en los escritos constitutivos, es decir, determinar o precisar cuáles son los verdaderos intereses o reclamos de las partes. (...) Se trata de una función que procura determinar los hechos que son conducentes o útiles para la solución del litigio; (...) Ello permitirá precisar las pruebas que deben producirse sobre los hechos conducentes que realmente han quedado controvertidos.”. En la audiencia preliminar pueden las partes ofrecer las demás pruebas que no sean las exigidas en los escritos introductorios, es decir, aquellas que se refieran a hechos nuevos alegados en la misma audiencia o rectificaciones allí formuladas si el ordenamiento legal lo autoriza.” (conf.///.- ///4.-Morello-Sosa-Berizonce, Códigos Procesales –Comentado y Anotado-T* X-A, págs. 748, 750, 751 y 752).- - - - -

-----Entonces, sentado que la actora promovió demanda de divorcio vincular por la causal objetiva prevista en el art. 214, inc. 2* del Código de fondo, que la demandada no reconvino por alguna de las causales subjetivas previstas normativamente, y que al momento de la audiencia preliminar del art. 361 del rito -pudiendo hacerlo- no se reajustaron las pretensiones, sino que -por el contrario- se estableció el objeto de prueba en base a la causal objetiva –siendo ello consentido por la demandada-; es evidente, que luego de lo reseñado, analizar la culpabilidad del actor con base en la introducción de una de las causales subjetivas, significa afectar su derecho de defensa, dado que en ningún momento se le dio la oportunidad procesal de defenderse por dicho extremo.- -

-----En definitiva, otorgarle la facultad de defensa a una de las partes en el proceso nunca puede ser considerado un exceso ritual manifiesto. Además el supuesto de autos no es asimilable al precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, citado por la Cámara, ya que en aquél hubo actuar erróneo del demandante -solicitó tardíamente que se le corriera traslado de los nuevos hechos alegados en la contestación-; mientras que en autos, el actor a fs. 23, al contestar el traslado de la documental de la demandada, manifestó que, en razón de no haber reconvención, niega la causal esgrimida por la demandada, y la Sra. Jueza –en un acto de ordenamiento del proceso- le advirtió en la providencia de fs. 24 que no se tendrían en cuenta las manifestaciones por su parte vertidas, que excedieran dicho traslado. Es decir que aquí, a diferencia del precedente aludido, no hubo una omisión de parte del demandante, sino que se le indicó en todo momento, que el proceso de divorcio ///.- ///.-tramitaba por la causal objetiva invocada en el escrito de demanda y prevista en el art. 214, inc. 2* Cód. Civil; aún cuando a fs.

23 el propio actor intentó defenderse de las causales subjetivas que pretendía esgrimir la demandada.- - - -

-----La opción de la demandada de no reconvenir por esta vía excepcional para obtener el reconocimiento de los derechos que pretendía, importó una autolimitación a la causal invocada que, en mi opinión, impide al juzgador modificar el marco jurídico elegido por la parte. No se trata de un exceso de rigor formal, como aduce la Cámara, la exigencia de reconvenir por la causal subjetiva sino de la adecuada aplicación del principio de congruencia; pues decidir la cuestión con sustento en una causal subjetiva, no alegada oportunamente y respecto de la cual se garantice el debido contradictorio, importa a mi entender un apartamiento injustificado de elementales normas que regulan el proceso judicial. En los juicios de divorcio no puede fallarse sobre una causal no articulada, aunque resulte acreditada en el curso del proceso (Santiago Carlos Fassi, “Código Procesal Civil y Comercial, comentado, anotado y concordado”, T. I, p. 290, N° 557 y nota 123-2, ed. 1975). Y no obstante que se ha entendido que, aún cuando a los hechos expuestos en la demanda se los haya invocado como configurativos de una causal, el principio “iura novit curia” autoriza a encuadrarlos en otra causal con la cual tengan relación (Fassi, op. y loc. cit., nota 123-3), es indudable que tal criterio es aplicable a supuestos de causales subjetivas que tienen alguna relación, pero no cuando la parte demandada no ha reconvenido por divorcio vincular con fundamento en alguna causal subjetiva, sino que explícitamente ha mantenido la cuestión dentro de la causal objetiva invocada por el marido, pero pretendiendo que se le reconozcan los ///.- ///5.-derechos de cónyuge inocente y alegando no haber dado causa a la separación. Y tan es ello así, que al contestar el traslado del recurso de casación (fs. 135), la propia demandada manifiesta con relación a que el actor conviviría con otra señora, que ello es un hecho públicamente conocido y que le da trato de esposa, que: “Ese hecho surge en la etapa probatoria; no fue invocado en el responde de mi parte, pues no tenía ni certeza ni medio de prueba para acreditarlo.” (sic. foja citada). Ello constituye un reconocimiento expreso de la no articulación de la reconvención en la oportunidad y modo que el código adjetivo prevé; circunstancia que impide su reencuadramiento posterior, cuando ya ha operado la preclusión de la etapa procesal correspondiente, por vía de un aludido “no rigorismo formal” que se convierte en una afectación de los principios constitucionales del debido proceso y la defensa en juicio, con evidente lesión de la igualdad de las partes en el proceso.- - - - -

-----Además, es dable recordar que este Cuerpo recientemente se ha expedido sobre

dicha temática en el sentido que: “A modo de conclusión, es oportuno transcribir lo expresado por Azpiri, dado que, en cierta medida, resume lo acontecido en autos. Así este autor ha dicho que: “La última parte del art. 204 permite a alguno de los esposos alegar y probar que no ha dado causa a la separación, en cuyo caso la sentencia dejará a salvo los derechos acordados al cónyuge inocente. Esto significa que el procedimiento, que originalmente era objetivo, constatándose tan sólo la separación de hecho sin voluntad de unirse, puede tornarse en subjetivo por la invocación de inocencia de uno de los esposos. Es claro que, si es el actor, quien alega en su demanda no haber dado causa a la separación, en realidad está imputando al otro esposo ser quien la originó, con la///.- ///.-necesidad de acreditar esta circunstancia, lo que implica estar en el procedimiento del art. 202. Cuando el demandado reconoce la existencia de la separación de hecho, pero pretende alegar y probar que él no fue el causante de la misma, deberá necesariamente reconvenir para someter al juzgamiento la conducta del actor. Resulta evidente que, para que un cónyuge acredite que no ha dado causa a la separación, tendrá que demostrar la culpa del otro esposo, pues sólo de esa manera quedará exculpado, ya que la inocencia es una cuestión imposible de probar. En este aspecto el proceso se transforma en subjetivo, porque está en juego la responsabilidad que a cada esposo le cupo en la ruptura matrimonial, y la consecuencia del mismo es la determinación de si alguno de ellos no dio causa a la separación (conf. Jorge O. Azpiri, Derecho de Familia, págs. 258/259).” (conf. STJRN., Se. N° 101/06, in re: “APESTEGUIA”).- - - - -

-----También se ha expresado que: “Es lógico que en los casos en que se alega la causal objetiva de separación de hecho, no se atribuya al cónyuge que ha consumado el alejamiento del hogar, la responsabilidad por abandono voluntario y malicioso. Para que tal calificación sea viable, es imprescindible la imputación del demandado por medio de la pertinente reconvencción y la prueba de los hechos que configuren la causal aducida.” (conf. Mazzinghi, Jorge Alberto, Superposición de causa objetiva y subjetiva en caso de divorcio, La Ley 1996-B,10). También que: “Esta alegación de inocencia, como dijimos constituye una reconvencción, como lo entiende el art. 241 del Cód. Civil Francés, de la cual se debe dar traslado al actor (art. 358 Cód. Proc. Civil y Com.), por más que no guarde íntegramente la forma prescripta para la demanda, pues si así no se hiciere, se conculca lisa y llanamente la garantía ///.- ///6.-de la defensa en juicio faltándose a las reglas del debido proceso. El actor debe ser escuchado, quien aunque ya no puede invocar su inocencia, contestará la reconvencción allanándose o negando la inocencia

proclamada, lo cual implica sostener que ambos cónyuges son culpables de la separación. Motivo y carga de la prueba para ambos litigantes será la culpabilidad recíprocamente achacada, siendo la confesión en juicio prueba suficiente (art. 232).” (conf. Carlos H. Vidal Taquini, *Matrimonio Civil*, pág. 391).- - - - -

-----Por su parte Zannoni, ha dicho que: “...si el cónyuge demandado pretende alegar que él no dio causa a la separación de hecho, como lo autoriza el art. 204, parte 2*, deberá deducir reconvención, no siendo suficiente que lo haga como parte de la contestación de la demanda. Debe advertirse que si bien la causal es, a priori, objetiva al alegarse hechos que exigen prueba relativa a las causales de la separación imputando concretamente no haber dado causa a la interrupción voluntaria de la convivencia, estos hechos son el fundamento de una pretensión autónoma que traslada la separación o el divorcio al ámbito de las causas atribuidas a título de culpa (básicamente el ámbito del art. 202). En consecuencia su juzgamiento y análisis requerirán de la vía reconvencional.” (Eduardo A. Zannoni, *Derecho Civil, Derecho de Familia T* 2*, pág. 121, 5* ed.). Y Kielmanovich, ha expresado, en este sentido que: “...aquí el demandado-reconviniendo no se opone o se allana simplemente al contenido u objeto de la pretensión deducida por el actor, en la hipótesis, a la concerniente a la declaración del divorcio vincular o la separación personal por el transcurso de los plazos que la ley fija en uno y en otro caso, sino que desplazándose de una simple posición de defensa asume un comportamiento positivo que excede largamente esa///.- ///.-postura, en procura de que el tribunal, al momento de sentenciar, deje a salvo sus derechos como cónyuge inocente, haciendo valer para ello una pretensión declarativa, que importará el cierto análisis y juzgamiento de la culpabilidad del actor –no limitada a la concerniente a la de la interrupción de la vida en común-, claro que, reiteramos, dentro del ámbito de un proceso seguido por esta causal objetiva. Es más, de no observarse la procedencia de la reconvención para el caso en estudio, se violentaría, además, el derecho de defensa en juicio de la parte actora, privándola de la facultad de contradecir la alegada inocencia del demandado o de discutir, antes bien, su propia culpa o, cuando menos se afectaría la garantía de la igualdad ante la ley a su respecto, pues a partir de tales premisas al demandado se le reconoce y acuerda un plazo de 15 días para contestar la demanda y oponerse a la declaración de inocencia invocada por el actor en la demanda, con irrestrictas facultades alegatorias y probatorias en ese orden; a la par que se le suprimiría a aquél el derecho de reconvenir, a su turno, para dejar a salvo sus derechos como cónyuge inocente. Para decirlo en otros términos, si el Juez frente a la alegación

de inocencia introducida por el demandado en oportunidad de contestar la demanda, se limitase a ordenar un traslado de la presentación al actor sin imprimirle el trámite de la reconvencción, se violentaría la garantía de la igualdad frente a la ley respecto del actor, pues a éste se le conferiría entonces un plazo de cinco días en lugar del de quince días que se le acuerda al demandado (para contestar demanda) y oponerse a la declaración de inocencia peticionada por aquél en su demanda, sin posibilidad además, de introducir la reconventio reconventionis sobre iguales premisas.” (conf. Jorge L. Kielmanovich, ///.- ///7.-“Juicio de Divorcio y Separación Personal”, págs. 231/232).- - - - -

-----Las circunstancias antes amputadas, configurativas de las violaciones constitucionales aludidas, constituyen además la afectación del principio procesal de “congruencia”, que es la herramienta de control en el derecho adjetivo por medio de la cual se resguarda la incolumidad de las garantías del debido proceso y la defensa en juicio, en el campo del litigio.- - -

-----Y la referida afectación se opera en autos, en la medida que la Cámara ha considerado y resuelto una cuestión que no integró la traba de la litis; esta es, el carácter de cónyuge inocente -que declara- de la cónyuge demandada, lo que implica ingresar en el campo de las causales subjetivas del divorcio, cuando la demanda se articuló por una causal objetiva: “cesación de la convivencia por más de tres años sin voluntad de reanudación” y a ella quedó delimitado el objeto de prueba en la audiencia preliminar. Admitir un argumento no articulado por la vía reconventional procesalmente prevista y fallar a su respecto provoca una transgresión por parte de la Cámara a la obligación de atenerse a las alegaciones, fundamentos y argumentaciones, defensas y puntos de ataque explicitados al inicio del proceso, que conforman lo que procesalmente se denomina “la traba de la litis”, cuyo campus precisamente queda limitado y ceñido a ese conjunto de recíproca exposición de cada posición en conflicto. Al respecto ha sostenido este Superior Tribunal que: “El Tribunal de alzada no está facultado para fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia...” (conf. Se. N° 81/94, in re: “SANATORIO AUSTRAL” y Se. N° 2/99, in re: “CLINICA VIEDMA S.A.”).- - - - -

-----Así también Morello ha sostenido que los jueces ///.- ///.-“...en preservación del principio de congruencia deben ajustar sus decisiones a las peticiones formuladas al trabarse la litis.... Han de aplicar los preceptos pertinentes en base a los hechos expuestos por los litigantes, pero ello no autoriza a cambiar la acción interpuesta ni a

modificar los términos en que ha quedado trabada la litis; lo contrario importaría conculcar lisa y llanamente la garantía de la defensa en juicio, faltando a las reglas del debido proceso, que tienen raigambre constitucional, lo mismo que el principio de igualdad ante la ley (arts. 18 y 16, Const. Nac.), asegurado por el Código Procesal al tratar sobre los deberes de los jueces....” (conf. Morello, “Códigos Procesales en lo Civil y Comercial”, T. II -C, págs. 75/76). Y Palacio se ha expresado en el mismo sentido al afirmar que: “... Se halla afectado de incongruencia el fallo que se pronuncia sobre materia extraña a la que fue objeto de la pretensión de la oposición (“net eat iudex extra petita partium”), concediendo o negando lo que ninguna de las partes reclamó.” (“Derecho Procesal Civil”, Tomo V, pág. 434). MI VOTO POR LA AFIRMATIVA en cuando a receptar el recurso.- - - A la misma cuestión el señor Juez doctor Víctor Hugo Soderó Nievas dijo:- - - - -

-----ADHIERO en un todo a los fundamentos expuestos en el voto del doctor Balladini, y, además estimo oportuno, a mayor abundamiento, realizar algunas consideraciones respecto a la presente controversia.- - - - -

-----De tal modo, es oportuno comenzar por definir algunos conceptos que hacen al carácter objetivo de la causal. Así, se considera que esta causal de separación personal o de divorcio vincular es objetiva en el sentido que no implica juzgar sobre las causas de la interrupción de la cohabitación, es decir, de la ruptura; la ley considera que el hecho de que los ///.- ///8.-esposos hayan llevado, cada cual, vida separada durante el término previsto, muestra el fracaso del matrimonio, sin que sea menester atribuir responsabilidad por la ruptura a uno o al otro (conf. Eduardo A. Zannoni, Derecho Civil, Derecho de Familia, T* 2, pág. 119, 5* ed.).- - - - -

-----Asimismo, también hay que agregar a la cita efectuada sobre este destacado autor, en el voto preopinante, en cuanto se refiere a que si el cónyuge demandado pretende alegar que el no dio causa a la separación de hecho, como lo autoriza el art. 204, parte 2*, deberá deducir reconvencción, no siendo suficiente que lo haga como parte de la contestación de la demanda; que, también ha dicho que: “Puede suceder que el actor se limite a alegar en la demanda, la existencia de la separación de hecho de los cónyuges como causal objetiva, sin hacer referencia alguna a los hechos que determinaron la interrupción definitiva de la convivencia; en ese contexto es posible que el demandado reconvenga alegando no haber dado causa a esa separación, como lo autoriza el art. 204, parte 2*. Propuesta la cuestión por vía reconvenzional, como lo hemos explicado, se

dará traslado de ella al actor quien, por supuesto, puede controvertir los hechos alegados por el reconviniente. Sin embargo, como en la demanda el actor no propuso la consideración de hechos imputables al demandado, parecería que no podría hacerlo en ocasión de responder la reconvencción, reconviniendo a su vez al demandado. (...) Por esa razón, y como supuesto excepcional, cabe admitir, en ese caso, que el actor reconvenido deduzca la reconvencción de la reconvencción para introducir los hechos que imputa al demandado y que inicialmente habían quedado excluidos del proceso basado en una causal puramente objetiva. Así lo ha reconocido la Cámara Nacional de Apelaciones en fallo plenario, según ///.- ///.-el cual ‘el actor, reconvenido en un juicio de divorcio o separación personal por la causal objetiva que contemplan los arts. 204 y 214, inc. 2º del Cód. Civil, puede a su vez deducir reconvencción sin que a tal efecto resulte indispensable que se haya formulado reserva de no haber dado causa a la separación.’ (Eduardo A. Zannoni, ob. cit., págs. 121/122).- - - - -

-----Conviene aclarar además que nuestro derecho positivo no ha incluido, para el supuesto de divorcio solicitado por causal objetiva, la denominada “cláusula de dureza” que ha trascendido algunas legislaciones europeas contemporáneas, como sucede en el derecho alemán y en el francés. Se ha creído hallar en esta previsión un valladar que permite al juez desestimar el divorcio fundado en causa objetivas no obstante hallarse reunidos los preceptos legales que autorizarían decretarlo. Para rechazar la petición, el juez debería atender a circunstancias de hecho, concretas, de excepcional entidad o gravedad que invoca el demandado, y que demostrarían que el divorcio podría entrañar para él, o para los hijos, consecuencias extremadamente gravosas (conf. Eduardo A. Zannoni, ob. cit., pág. 123).- - - - -

-----Seguidamente, hay que destacar que la subjetivización de la causal es una facultad que pueden ejercer las partes. Así Chechile, ha señalado que: “Si bien la causal prevista en los arts. 204 y 214, inc. 2º, se encuentra entre las denominadas ‘objetivas’, pues no hay en ellas indagación de culpas sino la constatación de un hecho, la segunda parte del art. 204 permite subjetivizarla. Es decir, autoriza a los esposos a alegar y probar no haber dado causa a la separación, en cuyo caso conservará los derechos que la ley otorga al cónyuge inocente. Consideramos, junto con la doctrina mayoritaria, que dicha pretensión debe presentarse por la vía de la ///.- ///9.-reconvencción, pues de lo contrario se violaría tanto el derecho de defensa en juicio del actor como el principio de igualdad ante la ley.” (Ana María Chechile, “La separación de hecho entre cónyuges en el Derecho Civil Argentino”, págs. 131/132); con citas de: Kielmanoivich, Jorge L., en

“Procesos de Familia, Abeledo-Perrot, Bs.As. 1998, ps. 189/190; del mismo autor, “La reconventio reconventionis”, JA 1998-IV-381 y “La reconvencción en el juicio de separación personal o de divorcio vincular por la causal objetiva”, JA 1997-II-784; Arianna, Carlos A., “causales objetivas v. causales subjetivas”, RDF 1990-3-106; Velazco, José R., “Evaluación de la separación de hecho como causal de divorcio y separación personal”, LL 1992-E-115; entre otros.- - - - -

-----También dicha autora ha sostenido –respecto a la reconventio reconventionis- que el actor al iniciar la demanda puede optar por hacerlo sólo invocando la separación de hecho y mantener la causal dentro de los límites puramente objetivos, o bien hacer uso del derecho que le confiere la última parte del art. 204, es decir, alegar y probar que él no dio causa a la separación e, incluso, puede invocar esta circunstancia sólo para el caso de que el demandado reconvenga solicitando se declare su inocencia. Se cuestiona la posibilidad de debatir la culpa del reconviniendo que ha arrastrado al peticionante a este ámbito, pues es probable que éste no la haya introducido ab initio al solo efecto de no agravar la situación existente, mas una vez que la cuestión es incluida por el demandado reconviniendo debe otorgársele la posibilidad de deducir la reconventio reconventionis al actor, pues, como bien se ha dicho, cuando el demandado por vía reconventional traslada la controversia a la consideración de tales hechos, está afectando la continencia de la causa, porque se altera el marco de///.- ///.-la litis propuesta por el actor. En el ámbito jurisprudencial, el debate con un fallo plenario que sentó la siguiente doctrina: “El actor reconvenido en un juicio de divorcio o separación personal iniciado por la causal objetiva que contemplan los arts. 204 y 214, inc. 2*, CCiv., puede, a su vez, deducir una reconvencción, sin que, a tal efecto, resulte indispensable que se haya formulado reserva acerca de no haber dado causa a la separación.”(C. Nac. Civ., en pleno, 11/8/1998, JA 1998-IV-369). De sostenerse lo contrario, el divorcio por causal objetiva únicamente sería recomendable en la hipótesis de la presentación conjunta, puesto que de otro modo, el actor siempre estaría sujeto a que, si su contraparte no alega alguna causal subjetiva, no puede, al menos en el mismo juicio, esgrimir la culpa de ella (conf. Ana María Chechile, ob. cit., págs. 140/141).- - - - -

-----Por otra parte, el interrogante que surge en esta cuestión es si, planteada la demanda en los términos del art. 214 inc. 2*, sin hacer el actor alusión alguna a la culpa de su consorte, este reconviene por causal subjetiva y probados ambos extremos, la causal subjetiva absorbe a la objetiva. La Suprema Corte de Buenos Aires, arribó a la siguiente

conclusión: “Si el marido pretendiente del divorcio vincular en razón de una causa objetiva ha obtenido el reconocimiento de una separación personal por un lapso superior al querido por la ley (art. 214, inc. 2* CCiv.), no puede obstar a la pretensión deducida por imperio de lo que establece el art. 237 del CCiv., actual y cualquiera pueda ser el juicio crítico que las normas merezcan, la circunstancia de que la vida matrimonial fuera interrumpida sólo por voluntad del accionante (...). En los términos del art. 214, inc. 2*, del CCiv., quedan incluidos tanto la separación decidida por ambos cónyuges como el abandono///.- ///10.-de hecho de uno de los esposos, de modo que la prueba de este último extremo sólo puede tener el alcance de dejar a salvo a favor de la esposa los derechos que se acuerdan al cónyuge inocente, pero sin impedir que se decrete el divorcio vincular.” (conf. Ana María Chechile, ob. cit., págs. 143/144).- - - - -

-----En otro orden, es dable efectuar algunas consideraciones sobre el reconocimiento de los hechos en la causal subjetiva. Así el art. 232 del CCiv. dice: “En los juicios de separación personal o divorcio vincular no será suficiente la prueba confesional ni el reconocimiento de los hechos, a excepción de lo dispuesto en los arts. 204 y 214 inc. 2º.”; no hay controversias respecto de su aplicación en la causal objetiva cuando no se introduce el tema de la culpa. Similares efectos produce el silencio de las partes en sus respuestas de contestación y reconvención, sobre el tiempo de separación invocado. Se sostuvo que conforme la excepción que dispone el art. 232 cuando se tramita la separación personal o el divorcio vincular por la causal de los arts. 204 y 214 inc. 2*, “el reconocimiento de los hechos que, respecto de esta causal emana de los arts. 354 inc. 1* del CPCCN. y 919 del CCiv., permite tener por cierta la interrupción de la cohabitación sin voluntad de unirse. Es decisivo el silencio que cada parte observó al momento de contestar la demanda y la reconvención y ante sendas peticiones subsidiarias formuladas en el sentido de decretarse la separación en los términos previstos por el art. 204 –petición de la actora- y el divorcio vincular en los del art. 214, inc. 2* –petición del reconviniente- por aplicación de los arts. 354, inc. 1*, 356 del CPCCN. y 232, in fine y 919 CCiv..” (C.Apel. Civ. Y Com. Morón, Sala II, 22/5/1990, ED 139-282). Se han propuesto soluciones de lege ferenda que///.- ///.-pondrían fin a esta cuestión. Bossert, considera razonable modificar el art. 232 y disponer que el reconocimiento expreso y la confesión expresa serán suficiente para tener por probados los hechos alegados por la otra parte en los juicios de separación personal o de divorcio. El citado catedrático propone conferir amplios efectos tanto al allanamiento como a la

confesión sin importar porque vía trámite el divorcio vincular o la separación personal. Otros autores, en cambio, propician la reforma para conferir los efectos mencionados sólo en el supuesto de que se opte por la causal de los arts. 204 o 214, inc. 2º del CCiv.. (conf. Ana María Chechile, ob. cit., págs. 143/144).- - - - -

-----Por último, en lo que hace al comentario de los distintos doctrinarios sobre la materia en examen, debe destacarse, también la posición que tiene al respecto Mazzinghi. Así este autor, ha dicho que cuando la demanda de separación o divorcio se funda en alguna de las causales previstas por los arts. 204 y 214, inc. 2*, la ley prevé, en la primera de las normas citadas que si el cónyuge demandado alega y prueba no haber dado causa a la separación, la sentencia dejará a salvo los derechos acordados al cónyuge inocente. Dicha alegación, según la razonable interpretación del texto lleva implícita la necesidad de reconvenir. Sería atípico que la actividad procesal de la parte demandada quedara circunscripta a mostrar su inocencia, absteniéndose de atribuir culpa al cónyuge demandante. Alegar que no se ha dado causa a la separación equivale atribuir la culpa al cónyuge actor. Así lo han entendido los fallos, y lo sostuvo el Ministro Gustavo Bossert en un fallo de la Corte Suprema Nacional del 15/08/95 –LL, t.1196-E,p.651-. La reconvencción deducida contra quien se limite a alegar una causal objetiva, coloca al actor en ///.- ///11.-una posición delicada, pues, de prosperar la reconvencción, la sentencia debería declarar su culpa exclusivamente, dado que no habría mediado, por parte de quien esgrimió la causal objetiva, ninguna imputación de culpa contra el demandado. Por ello, la cuestión planteada debe resolverse admitiendo la llamada reconventio reconventionis, esto es, que el cónyuge que ha demandado invocando la causal objetiva, si es reconvenido por el otro, pueda a su vez, alegar las causales subjetivas que se crea autorizado a esgrimir. Así lo ha resuelto la Cámara Civil en pleno, el 11/VII/98, ya citado, sentando la doctrina de que el actor reconvenido, en un juicio de divorcio o separación personal iniciado por la causal objetiva que contemplan los arts. 204 y 214 inc. 2* del C. Civil, pueda a su vez deducir una reconvencción sin que a tal efecto, resulte indispensable que haya formulado reserva acerca de no haber dado causa a la separación. Aún cuando la figura no cuenta con la bendición de los procesalistas, creemos que, frente a las peripecias a que puede dar lugar el sistema de la ley de fondo, es saludable apartarse de la ortodoxia formal, en procura de una solución equitativa de lo sustancial (conf. Jorge Adolfo Mazzinghi, Tratado de derecho de Familia, T* 3, págs. 129,130 y 131).- - - - -

-----En síntesis cualquiera fuere la posición procesal, en substancia, al no haberse ejercido la reconvención, ni la reconvención de la reconvención para ejercer expresamente una causal subjetiva que hubiera otorgado a los jueces la posibilidad de un pronunciamiento válido (ver fs. 23), mas aún, el actor habría podido ejercer la “reconvención de la reconvención”; y de esa manera no se habría quebrado el principio de congruencia y la igualdad de las partes en el proceso.-----

--- ///.- ///.-En el caso de autos, la demandada (fs. 10/16), alegó que el actor abandonó el hogar conyugal (art. 215 C.C.), pero no reconvino –a fs. 23-. La causal de divorcio objetiva se encuentra debidamente reconocida (si bien la demandada lo negó a fs. 15), alegó el abandono del hogar conyugal. Luego los testigos Justel, Contreras, Albornoz, Tombesi, Infante y Vega (fs. 56/60 y 77), acreditan que la separación ocurrió en el año 1998 –transcurriendo al menos 7 años al momento de interponerse la demanda- por lo que se habían cumplido el doble del tiempo de separación exigido por la ley. De la confesional de la demandada nada surge, pero además esta última no apreció ni produjo pruebas sobre el abandono malicioso del hogar, invocado y alegado.-----

-----Hay que destacar la errónea invocación que la demandada efectúa a fs. 109/110 sobre apelación –con citas de Zannoni y Bossert-, ya que no está en discusión que se admita o no controvertir una causal, mas debe introducirse como reconvención y sobre todo debe probarse; esta carga procesal es la que incumplió la demandada. No se aplica el “iura novit curia”. Es importante desatacar el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de fecha 15/8/995, citado en la sentencia sub-examine; por que obvia considerar la doctrina y jurisprudencia posterior, pero lo que es más grave aún es que dicha sentencia de Cámara resulta de tal modo arbitraria. En efecto la única prueba en autos la produjo la parte actora. De los testimonios surge acreditada la separación desde el año 1998 y la existencia de una nueva pareja por parte del actor; sin embargo, esta cuestión de hecho no está reñida con la causal objetiva. La demandada debió acreditar –previa reconvención- la causal subjetiva (abandono voluntario y malicioso del hogar), y sobre esta cuestión, nada obra en///.- ///12.-autos. Como bien señalara Mazzinghi, la nueva causal tendiente a facilitar las decisiones permite vía valoración amplia (idem. Bossert); pero no a punto de desnaturalizar el instituto, pues alcanzaría la simple alegación de la demandada de una causal subjetiva para instar el proceso previsto en el art. 214, inc. 2* del CPCyC.-----

-----Finalmente es preciso recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha

dicho que: “La falta de voluntad unilateral de unirse, configura la causal objetiva de separación de hecho sin voluntad de unirse prevista por los arts. 204 y 214 inc. 2*; aunque el otro consorte no acepte que la separación tenga carácter definitivo.” (conf. CSJN, Se. del 05.02.1998, LL-1998-C-653). MI VOTO.- - - - -

A la misma cuestión el señor Juez doctor Luis Lutz dijo:- - -

-----Atento a la coincidencia de los votos precedentes, ME ABSTENGO de emitir opinión.- - - - - A la segunda cuestión el señor Juez Alberto I. Balladini dijo:-

-----Por todo lo expuesto al tratar la primera cuestión, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 126/132, revocar la sentencia de Cámara de fs. 118/120, y confirmar la sentencia de Primera Instancia –de fs. 95/98 y vta.- en cuanto hace lugar a la demanda interpuesta y decreta el divorcio vincular del señor Martínez y la señora Cotaro, por la causal prevista en el art. 214, inc. 2* del Cód. Civil. Imponer las costas de esta instancia por su orden, en atención a la naturaleza de la cuestión objeto del recurso extraordinario y la inexistencia a la fecha, de doctrina de este Superior Tribunal a su respecto (art. 68, 2* párrafo del CPCyC.). Regular los honorarios profesionales de la señora Defensora Oficial, doctora Cecilia CABELLO en el 30% a calcular sobre lo que oportunamente se le regule por su///.- ///.-intervención en Primera Instancia; y los del doctor Humberto A. MAXWELL en el 25%, a calcular sobre lo que le fuera regulado a fs. 98 vta., punto III (art. 14 L.A.). ASI VOTO.- - A la misma cuestión el señor Juez doctor Víctor Hugo Soderó Nievas dijo:- - - - -

-----ADHIERO a la solución propuesta en el voto que antecede, VOTANDO en IGUAL SENTIDO.- - - - -

A la misma cuestión el señor Juez doctor Luis Lutz dijo:- - -

-----ME ABSTENGO de emitir opinión (art. 39 L.O.).- - - - -

-----Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E:

Primero: Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 126/132 de las presentes actuaciones, revocar la sentencia de Cámara de fs. 118/120, y en consecuencia confirmar la sentencia de Primera Instancia –fs. 95/98 y vta.- en cuanto hace lugar a la

demanda interpuesta y decreta el divorcio vincular del señor Martínez y la señora Cotaro, por la causal prevista en el art. 214, inc. 2* del Cód. Civil.-----

- - - Segundo: Imponer las costas de esta instancia por su orden (art. 68, 2* párrafo del CPCyC.).----- Tercero: Regular los honorarios profesionales de la señora Defensora Oficial, doctora Cecilia CABELLO en el 30% a calcular sobre lo que oportunamente se le regule por su intervención en Primera Instancia; y los del doctor Humberto A. MAXWELL en el 25%, a calcular sobre lo que le fuera regulado a fs. 98 vta., punto III (art. 14 L.A.).-----

Cuarto: Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvanse. FDO. ALBERTO I. BALLADINI JUEZ - VICTOR HUGO SODERO NIEVAS JUEZ - LUIS LUTZ JUEZ - EN ABSTENCION (ART. 39 L.O.) - ANTE MI: ELDA EMILCE ALVAREZ SECRETARIA SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA.-

TOMO: III

SENTENCIA N° 130

FOLIO N° 538/549

SECRETARIA: I