

Nº 1467/12/1F-104/16
 ``T.M.A. CONTRA S.C. POR DIVORCIO

Mendoza, 26 de Abril de 2016.

VISTO Y CONSIDERANDO:

I. Que a fs. 223 se llama autos para resolver sobre la concesión del recurso de apelación interpuesto a fs. 219, contra la sentencia de divorcio de fs. 216/217, por la que el juez de grado decreta el divorcio; declara extinguida la comunidad de bienes a partir del 16/09/13; impone las costas por el divorcio por causales subjetivas y por el incausado en el orden causado; regula honorarios y dispone que las cuestiones pendientes, relativas a los efectos del divorcio, continúen su tramitación por las vías correspondientes.

II. El art. 135 inc. V del C.P.C., prevé la facultad de la Cámara de denegar o modificar el recurso de apelación si hubiera sido mal concedido, de oficio o a petición de interesado y antes de sustanciarlo. En efecto, el Tribunal de Alzada es el único regulador de su competencia funcional (cfr. ``Código Procesal Civil de la Provincia de Mendoza , Gianella, Horacio, t. I, p.1003, cit. Nº 2907), siendo ``... jurisprudencia unánime, seguida reiteradamente por este Tribunal, que la jurisdicción apelada es de orden público y el Tribunal de Alzada debe pronunciarse, incluso de oficio, sobre la procedencia formal del recurso, sin estar obligado ni por la voluntad de las partes, ni por la resolución del Juez de primer grado, aún aunque esté consentida, ni tampoco por lo decretado por la Presidencia del Tribunal, pues este último es el único juez de la admisibilidad formal (``Marquez María y Lleda Miguel p/ Divorcio Mutuo , 18/10/1991, Segunda Cámara Civil, Primera Circunscripción Judicial, L.A. 073-314).

El art. 133 inc. I del C.P.C. de aplicación al caso por reenvío del art. 108 de la ley 6354, en materia de procesos de familia, dispone que ``*sólo procede el recurso de apelación en contra de las sentencias y de aquellos autos declarados apelables expresamente por este Código .*

Ramiro Podetti, era consciente que el problema más importante y grave en materia apelatoria, es la manera de establecer cuáles resoluciones son apelables y cuáles no... En este orden de ideas, nuestro codificador advirtió que la expresión gravamen irreparable, carece de límites objetivos, es arbitraria, asaz y contingente; motivo por el cual la aludida expresión por ambigua no puede ser parámetro suficiente para limitar la apelación (Hadid, Husain, comentario al art. 138 del C.P.C., en Gianella, Horacio, coord., ``Código Procesal Civil de la Provincia de Mendoza. Comentado, anotado y concordado con los códigos procesales de la Nación, San Juan y San Luis , t. I, Buenos Aires, La Ley, 2009, pp. 995 y 996).

El codificador pretendió determinar con la mayor exactitud posible cuándo una resolución es apelable, dejando de lado el sistema flexible del ``*gravamen irreparable* y optando por un sistema cerrado en el cual sólo resultan apelables las sentencias definitivas y las resoluciones interlocutorias expresamente declaradas susceptibles de ser revisadas en la alzada por la vía de la apelación.

En relación a la apelación de las costas en forma autónoma, en varios precedentes este Tribunal ha resuelto que si la cuestión principal no es apelable, tampoco lo es la imposición de las costas, por tratarse de un aspecto accesorio y por no existir una norma procesal autónoma que declare su apelabilidad. (Fallos recaídos en autos Nº 295/10 caratulados ``CORONEL CINTIA CARINA CONTRA MOSCI LEONARDO MAURICIO POR BENEFICIO DE LITIGAR S/ GASTOS , del 02/03/2011, LA 02-491, autos Nº 301/11, caratulados ``PUCCARELLI ANA GABRIELA CONTRA PEREGRINA GONZA EDUARDO ELISEO POR TENENCIA , del 23/02/2012, LA03-03 y autos Nº 538/11, caratulados ``BUSTOS JAVIER ABEL CONTRA HENRIQUEZ MARIANA IVANA POR REGIMEN VISITAS , del 29/08/2011, LA03-460).

Por ende, el presente análisis se circunscribirá a esta cuestión, dejando de lado otros aspectos procesales del nuevo divorcio legislado por el CCyC.

III. En consecuencia, la pregunta a responder es si la sentencia de divorcio dictada en autos por aplicación de los arts.438 y cc.delCCyC, es apelable.

Los arts.52 inc. a, 77 y ss. de la ley 6.354 y arts. 302, ss. ycc.del C.P.C., regulan la pretensión de divorcio dentro del proceso ordinario con algunas modificaciones que no se ajustan a los requerimientos emergentes de la nueva normativa sustantiva que, al eliminar la discusión sobre las causas y los recaudos de tiempo y otras cuestiones formales como la

audiencia previa de conciliación, simplifican la cuestión, por lo que corresponde interpretar dicha normativa procedimental y, entre otros, el art. 302 inc. 6) el C.P.C, que prevé la apelabilidad de la sentencia en todos los casos, para adecuarla a la normativa de fondo. De la lectura de los art.437 y 438 del C.C.yC., se desprende que la petición de divorcio debe tramitar por un proceso dispositivo toda vez que los únicos legitimados para interponer la demanda son los cónyuges.

Si bien el art.438 dice *“Toda petición de divorcio...”*, lo que podría dar a entender que no hay contienda, es necesario distinguir entre el divorcio pedido en forma conjunta por ambos cónyuges, del demandado por uno solo.

En el primer caso, en atención a que ambos esposos han acordado la petición del divorcio, la sentencia que la acoge favorablemente no sería apelable pues, carecerían de interés jurídico para recurrir (art.41 del C.P.C.) y la que lo rechaza sí, ya que al contrario de lo que sucedía con el divorcio por presentación conjunta regulado por el art.236 del CC derogado, que exigía causas graves que hicieran moralmente imposible la vida en común, que los cónyuges manifestaban al juez en la primera audiencia en forma reservada sin que dichas causas se asentaran por escrito en el acta, no permitiendo su revisión por la Cámara, en el art.438 no se prevé ninguno de estos requisitos, por lo que nada impide que el tribunal de alzada pueda controlar las razones del rechazo.

En este sentido, dijimos: *“En cuanto a la apelabilidad de la sentencia que resuelve denegar el divorcio vincular tramitado por presentación conjunta, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil resolvió en el fallo plenario del 20 de julio de 1972, que dicha decisión no es apelable (L.L. 147-392, J.A. 15-1972-280 y E.D. 43-492). Este criterio compartido por Zannoni, Bidart Campos, Crespi, Escribano GoyenaCopello, Palacio, Sosa y Yáñez Álvarez se basa esencialmente en que, por no figurar en las actas los motivos aducidos por los esposos, ni en la sentencia las razones de la negativa, no habría forma de expresar agravios ante el tribunal de alzada. Si bien la discusión gira en torno a la apelabilidad de la sentencia que deniega el divorcio vincular tramitado por presentación conjunta, con mayor razón, resulta inapelable la que lo acoge favorablemente pues, sabido es que, así como el interés es la medida de la acción (art. 41 del C.P.C.), también es la medida de la apelación. Señala Podetti que existen grandes similitudes entre la demanda y el responde, por un lado, y el recurso de apelación por el otro: así como en la demanda debe existir un interés que la justifique, también para la procedencia del recurso de apelación debe existir. “Cualquiera sea la personería que ostente quien deduce un recurso de apelación (litigante, tercero con interés legítimo, representante del ministerio público), es necesario que se alce contra una resolución contraria al interés que ha defendido, que le perjudique. Por eso, el principio general en la materia es que sólo puede apelar el vencido, total o parcialmente, aquél a quien causa agravio o perjudique la resolución. (cfr. Podetti, Ramiro, “Tratado de los recursos”, pág. 175, Segunda Edición, Ediar, Bs. As. 2009). Es decir, el interés es un presupuesto necesario para actuar ante la justicia; por lo tanto, debe existir para que justifique el ejercicio del derecho de acción en un caso concreto; debe haberlo para realizar cualquier acto procesal y para impugnar una decisión mediante un recurso, y, específicamente, mediante el recurso de apelación. El interés que justifica la apelación surge del gravamen que la resolución que se pretende recurrir ocasiona a la parte quejosa. El gravamen es el perjuicio que la resolución causa al recurrente, y la existencia del mismo y la posibilidad de su reparación a través del recurso de apelación es lo que determina el interés del apelante en ese recurso (cfr. Loutayf Ranea, Roberto G., “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, pág. 213 y ss., Ed. Astrea, Bs. As. 2009). En consecuencia, en la medida que la sentencia de fs. 25/26 hace lugar a la declaración de divorcio por presentación conjunta, se deduce que no causa perjuicio al Sr. Laciari y que éste carece de interés para apelar (cfr. art. 41 del C.P.C.), resultando, entonces, inapelable este aspecto de la resolución. Así lo ha resuelto esta Cámara en fallo recaído en autos N° 964/11, caratulados “DI BARI MARIA DEL ROSARIO Y DAVILA ARNALDO DAVID POR DIVORCIO VINC. PRESENT. CONJUNTA, del 28/08/2012, LA04-45. (Expte. n° 258/14 - L. M. G. Y A. B. V. P/ DIVORCIO VINC. PRESENT. CONJUNTA, 13/06/2014, LA.9-368).*

Por el contrario, cuando la demanda es interpuesta por uno de los cónyuges, se ejerce una verdadera pretensión, a través de una petición dirigida al juez, la que a su vez se proyecta necesariamente al otro cónyuge, con quien se constituye la relación jurídico procesal, conformando un proceso *ab initio* contencioso en el que prima el contradictorio y demás reglas procesales que organizan este tipo de procesos (bilateralidad, disponibilidad del derecho y el proceso, preclusión, igualdad de trato, etc.), (Cf. Alvarado Velloso, “Introducción al Estudio del Derecho Procesal”, Ed. Rubinzal-Culzoni, reimp. 1997,

Primera Parte, ps.97 y ss.).

Es decir que, al ejercer la acción en sentido abstracto, formulamos una petición dirigida al Estado, para que a través suyo se traslade la pretensión (acción en sentido concreto) al adversario y se tramite mediante el desarrollo de un proceso, en busca de la obtención de una decisión jurisdiccional satisfactoria (Cf. Falcón, ``Derecho Procesal , Ed. Rubinzal-Culzoni, 2003, T° I, ps.142/143).

La de divorcio sería una pretensión declarativa de constitución, por la cual se persigue no solo la declaración de la existencia de un derecho, sino que también se busca que, como consecuencia de ella, se cree, modifique o extinga un estado jurídico (Cf. Alvarado Velloso, op. cit. p.101).

Para este autor, en el llamado ``*proceso voluntario* , el juez no ejerce función jurisdiccional ni se forma un proceso porque aquí el procedimiento se conforma con dos personas, ``*el interesado y el juez* , no habiendo un contradictor. Para él esta sería una función administrativa del Poder Judicial. Así vg. cuando vencido el plazo que otorga la ley para inscribir un nacimiento ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, el interesado tienen que pedir la autorización judicial. Nosotros agregamos los casos en que se inician informaciones sumarias a fin de que el juez declara que un hecho se encuentra debidamente acreditado (convivencias; guardas, separaciones de hecho, etc.).

Que el artículo en análisis, diga que el otro cónyuge no puede oponerse al divorcio en sí mismo, no le quita el carácter de proceso (función jurisdiccional) ni elimina su potencialidad controversial pues, el demandado, además de poder interponer las excepciones previas que prevé el art. 173 del C.P.C (incompetencia, litispendencia, defecto legal, cosa juzgada, falta de capacidad procesal o de personería en los litigantes o en quienes los representen, etc.) puede, por vía reconventional, deducir la nulidad del matrimonio que, al funcionar como cuestión de previo pronunciamiento, provocará la suspensión del proceso de divorcio y, si ya hubiera sido deducida con anterioridad, la acumulación de procesos. Además, no podemos olvidar que el divorcio extingue la comunidad de gananciales (art.475 inc.) y lo hace con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda, de la presentación conjunta o de la separación de hecho si precedió al divorcio (art.480), con lo cual éste es un hecho controvertible que podría generar agravio en estos procesos iniciados por uno de los cónyuges, si antes no lo consensuaron dentro de la propuesta y contra propuesta referidas a la liquidación de la sociedad conyugal y el juez, en vez de diferir su discusión para la etapa de ejecución de sentencia con motivo de la liquidación de la comunidad de bienes, lo fija en la resolución. En el mismo sentido, de considerarlo un proceso contencioso, se expide Sandra Velosos: "*La circunstancia de que el divorcio pueda ser pedido en forma unilateral no implica, de modo alguno, que su postulación se hubiera transformado en una petición voluntaria. En efecto, se trata de un caso o controversia que, más allá de la imposibilidad de oponerse a su decreto, genera consecuencias jurídicas en el estado civil y patrimonial de las personas.* (Reflexiones sobre el proceso de divorcio, RCCyC 2016 (abril), 99).

Por eso, no compartimos la opinión de Kielmanovich cuando, en un trabajo reciente, engloba a ambos procesos, el pedido de divorcio en forma conjunta por ambos cónyuges y el iniciado por uno solo, como procesos extracontenciosos o voluntarios, tendientes a obtener una declaración que no adquiere la autoridad de cosa juzgada, por un acto en cuya virtud se reclama ante el órgano judicial y en interés del propio peticionario, la emisión de un pronunciamiento que constituya, integre o acuerde eficacia a determinado estado o relación jurídica privada. Para él se estaría en presencia de un proceso sin litigio. No obstante ello, lo ubica dentro del tipo de procedimiento dispositivo que comprende el traslado de la demanda y su sustanciación antes de dictar la sentencia a fin de salvaguardar adecuadamente el derecho de defensa. Asimismo, entiende que la sentencia que rechaza la petición de divorcio es apelable, como lo sería la que lo admita así vg. si fue dictada a requerimiento de un mandatario sin facultades suficientes para ello (art.375, C.C.yC.) o sin haberse presentado propuesta reguladora alguna, en uno y otro caso, en relación y con efecto suspensivo. (``El nuevo proceso de divorcio LA LEY, 03/03/2016, 1). Sí acordamos que el divorcio peticionado por ambos cónyuges puede ser tramitado dentro de un proceso voluntario porque resulta claro que no hay litigio.

No obstante lo dicho, Palacios, autor que Kielmanovich cita y transcribe en parte al caracterizar al proceso de divorcio como voluntario, aclara que un proceso que se inicia como voluntario a favor del peticionario o peticionarios que lo promueven, esa circunstancia no descarta la posibilidad de que, a raíz de suscitarse alguna discrepancia entre los propios peticionarios, o de plantearse oposición por parte de un tercero o del representante del ministerio público, los mencionados procesos se transformen, total o

parcialmente, en contenciosos. (``Derecho Procesal Civil , Ed. Abeledo-Perrot, 1985, T° VIII, p.280), incluyendo dentro de esta tipología de proceso voluntario únicamente al divorcio por presentación conjunta introducido por la ley 17.711 en el art.67bis de la ley 2393.

Por último, no puede pasarse por alto que, en nuestro sistema recursivo, la apelación comprende al recurso de nulidad por defectos en el procedimiento, no convalidados, o en la sentencia (art.133 ap. IV del C.P.C.), con lo cual el espectro del recurso de apelación se amplía considerablemente.

Consecuentemente, entendemos que en principio, en los procesos iniciados por uno de los cónyuges, la sentencia es apelable y, en cada caso concreto, ya sea que el a quo previo a conceder el recurso le requiera al apelante que aclare los dispositivos o partes de la sentencia que apela o que la Cámara lo advierta al expresar agravios, podrá negarse la concesión por el a quo o declararse mal concedido por la alzada cuando no aparezca el interés jurídico exigido para apelar (Cf. Loutayf Ranea, ``El recurso ordinario de apelación en el proceso civil , Ed. Astreas, 2009, T° 2, p.9).

IV. En el presente, se trata de un proceso de divorcio iniciado por A.T., por injurias graves (art.202 inc.4 del CC), contra C.S., que es reconducido por el juez a quo a fs. 167/168, a fin de adecuarlo a los arts.438 y ss. del C.C.yC., presentando el actor la propuesta reguladora a fs. 193/194vta. y la demandada la contra propuesta a fs. 206, habiendo fracasado la audiencia fijada para conciliar a las partes, por lo que se omitió pronunciamiento al respecto.

A su vez, el magistrado al decidir sobre las costas en el punto III del dispositivo, distingue entre dos acciones o procesos, el de divorcio por causales y el de divorcio incausado a partir del auto de reconducción, aplicando para ambos las costas por el orden causado. Consecuentemente, más allá del acierto u error en tal distingo, siendo que la sentencia de divorcio en ambos regímenes legales, sería apelable en abstracto, el recurso ha sido bien concedido, por lo que se dispondrá dar trámite a la apelación.

Así voto.

VOTO DE LA DRA. CARLA ZANICHELLI:

Sobre la misma cuestión, por sus fundamentos, la Dra. Carla Zanichelli adhiere al voto que antecede.

VOTO DE LA DRA. ESTELA INÉS POLITINO CON FUNDAMENTOS EN DISIDENCIA:

I.- Me permito disentir respetuosamente con el colega preopinante Dr. Ferrer, a cuyo voto adhiere la Dra. Zanichelli, en cuanto a los fundamentos vertidos para arribar a la decisión que proponen.

Si bien coincido con la solución en orden a la apelabilidad de las costas impuestas en el decisorio recaído a fs. 216/217, objeto del recurso incoado a fs. 219, no ocurre lo mismo con los fundamentos esbozados a tal fin.

En este aspecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fallo recaído en la causa N° 433/2013 (49-B) /CS1, caratulada ``Bustamante de Martínez, Idalina c/Transportes Metropolitano Belgrano S.A. y otro s/daños y perjuicios , con fecha 24/22/2015 ha dicho: ``la validez de un fallo depende no solamente de que la mayoría convenga en la parte dispositiva, sino que también exhiba una sustancial coincidencia en los fundamentos (Fallos:312:1058, 313:475; 332:826, entre muchos otros) (Rubinzal Online, cita: RC J 7545/15).

II.- Es que no comparto la afirmación relativa a que el proceso de divorcio, tal cual se encuentra legislado en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación vigente a partir del 1 de agosto de 2015, sea un proceso contencioso y contradictorio y menos aún en atención a los principios que lo inspiran y a la télesis de la reforma profunda y radical producida en esta materia.

Es sí el de divorcio, sin lugar a dudas, un proceso judicial. Esto es, un conjunto concatenado de actos realizados por las partes y el juez, tendiente a obtener un pronunciamiento judicial que extinga el vínculo matrimonial entre los cónyuges. Es pues un proceso y se ejerce en él función jurisdiccional, desde que es el juez quien decreta en terminología usada por el artículo 437 del CCyC- el divorcio.

Pero aun así no es un proceso contencioso y en este aspecto coincido con la opinión del prestigioso procesalista Dr. Jorge L. Kielmanovich para quien el de divorcio, tal cual ha sido estructurado en la normativa vigente, es un proceso no contencioso, cumplido ante los jueces, cuyo objeto es una petición, entendida ésta como ``un acto en cuya virtud se reclama ante un órgano judicial y en interés del propio peticionario, la emisión de un pronunciamiento que constituya, integre o acuerde eficacia a determinado estado o relación

jurídica privada, y que concluye en este caso con el dictado de una resolución constitutiva que crea un nuevo estado de familia al disolver el vínculo matrimonial con arreglo a lo que dispone el art. 435, apart. c) del citado ordenamiento y la comunidad de bienes (...). Se trata, como reza el art. 438 del citado Código, de una ``petición (``de divorcio) que puede ser formulada en forma unilateral o bilateral esto es, por uno o por ambos cónyuges simultáneamente, que como tal no admite oposición del otro cónyuge, desde el momento que, como agrega el dispositivo ``en ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia. Con lo que estamos en presencia de un proceso ``sin litigio en gráfica expresión de Carnelutti, en el que ``el juez no decide entre dos litigantes y, por tanto, contra uno de ellos (contra nolentem), sino en relación a uno solo que le pide que provea (adversusvolentem).

Concordando también con este autor en cuanto no comparte ``que el proceso de divorcio es o debe ser entendido como un procedimiento contencioso y, más precisamente que debe tramitar bajo las reglas del juicio ``ordinario por exigencias de la bilateralidad que se propone para contestar el traslado de la petición de divorcio o de la propuesta; o por la eventualidad de que quepa el planteamiento de la nulidad de matrimonio; o ya la deducción de defensas como las de falta de personería o legitimación en el representante o en el peticionante, pues a las razones dadas precedentemente, se le agrega que el plazo para contestar aquél o cualquier traslado puede ser establecido en un proceso ``voluntario en igual o mayor extensión que el previsto para la contestación de la demanda en el juicio ordinario por aplicación de lo que dispone el art. 155 del Cód. Proc. Civ. y Com. y sin que para ello deba mutarse una ``petición en una ``pretensión. Agregando que ``la pretensión de nulidad del matrimonio, de considerárselo nulo, puede ser deducida en proceso (contencioso) por separado, peticionándose incluso la suspensión del dictado de la sentencia de divorcio y no por conducto de una anómala reconvencción que alguna vez ha sugerido-, mientras que los referidos impedimentos pueden ser válidamente opuestos en un proceso extracontencioso o ``voluntario, más precisamente al notificársele el traslado de la petición de divorcio o ya de la propuesta (cfr. Kielmanovich Jorge L, ``El proceso de divorcio extracontencioso, La Ley, 30/03/2016,1, cita online AR/DOC/881/2016).

Sin perjuicio que los principios de bilateralidad e igualdad ante la ley podrían entenderse como creados para regir los procesos contenciosos, cabe también aplicárseles a los voluntarios (CNCiv., Sala G, ``F., L.A. y G.,S.G., 10/11/1987, La Ley, 1988-A,102) y que, como señala el autor citado, el proceso de divorcio mantiene su naturaleza esencialmente dispositiva y en él aparece imprescindible la intervención del Ministerio Público Fiscal.

En la misma sintonía, en el Código Civil y Comercial comentado bajo la dirección de Alberto Bueres, tras remarcar que ``no hay posibilidad de oponerse a la petición unilateral de divorcio (cfr. art. 437 CCyC), se expresa: ``el único requisito formal que se exige para poder plantear el divorcio es que sea acompañado por una propuesta que regule sus efectos.

Si lo hacen en forma conjunta se tratará de acuerdos, pero si la petición es unilateral, la contraparte puede formular una propuesta diferente. Además deberán acompañarse los elementos en que se fundan esas propuestas y de oficio o a petición de partes se incorporarán las que resulten pertinentes. Continúa: ``Las propuestas contradictorias deberán ser evaluadas por el juez en una audiencia a la que deberán concurrir los cónyuges.

La falta de acuerdo sobre sus efectos no impide el dictado de la sentencia de divorcio. El juez debe resolver las cuestiones sobre las que no haya existido acuerdo y también tiene la facultad de revisar el convenio que perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar (cfr. art. 438 CCyC) (``Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado. Dirección Alberto J. Bueres, Ed.

Hammurabi, Bs. As., 2014, p. 348/349). También se replica en la obra colectiva dirigida por Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lloveras que ``el juez debe indefectiblemente dictar la sentencia que disuelve el vínculo matrimonial (``Tratado de Derecho de Familia. Según el Código Civil y Comercial de 2014, Kemelmajer de Carlucci, Aída-Herrera, Marisa-Lloveras, Nora, directoras. Duprat, Carolina, autora. Artículos 435 a 440. Ed.

RubinzalCulzoni, Santa Fe, 2014, p. 380). En el Código Comentado del Dr. Lorenzetti se aclara que si bien el divorcio es una institución de fondo que involucra el estado civil de las personas, éste tramita por un determinado proceso y la ley recepta requisitos mínimos de índole procedimental que están en total consonancia con la tésis del régimen de divorcio incausado: ``Con el objeto de diferenciar el vínculo matrimonial de los efectos del divorcio, de manera expresa se afirma que la falta de acuerdo en torno a una o varias consecuencias del divorcio en ningún caso restringe, retrasa o impide el dictado de la sentencia de divorcio, más allá de que la falta de acuerdo implicará que tales desavenencias tramiten por las reglas procedimentales que corresponda según el ámbito local de que se trate [...] ``En

este contexto el Código sienta algunos principios mínimos de carácter procedimental diferenciando el supuesto de que sea una petición de divorcio unilateral o bilateral y también previendo algunos elementos comunes [...] ``Sea la petición unilateral o bilateral, cualquier tipo de desacuerdo en torno a los efectos derivados del divorcio (como ser, atribución de la vivienda, cuidado personal de los hijos, régimen de comunicación, reorganización familiar para fechas festivas, etc.) no tiene incidencia alguna en la ruptura del vínculo matrimonial mediante el dictado de la correspondiente sentencia. Esta postura legislativa que sigue la reforma es conteste con la necesaria separación o distinción entre el vínculo matrimonial en si (el que ya se encuentra extinguido porque desapareció el proyecto de vida en común) y los efectos derivados de su ruptura con los cuales los ex cónyuges pueden estar de acuerdo en un todo, de manera parcial o en ninguno. Si se está de acuerdo en todos los efectos derivados del divorcio, el juez procede, además de a disolver el vínculo, a homologar los acuerdos arribados. Si es de manera parcial, disolverá el vínculo y homologará sólo aquellas consecuencias en las cuales los cónyuges se hubieran puesto de acuerdo y el resto tramitará por la vía que corresponda ``de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local , que por lo general será la vía incidental. Y si no se está de acuerdo en ninguno de los efectos derivados del divorcio, el juez procede a dictar sentencia, por lo cual se disuelven las nupcias, y también tramitan por la vía incidental todos los conflictos complementarios o que se derivan de dicha disolución [...] ``Como se puede observar, en ninguno de los escenarios posibles el juez puede limitar o retrasar la sentencia de disolución del matrimonio por divorcio a las resulta de que arriben a un acuerdo, ya sea de manera total o parcial. De este modo, el Código diferencia bien el proyecto de vida en común que ya no se mantiene ni se sostiene (el pasado hasta el presente) de las consecuencias jurídicas que se derivan de esta ruptura (el futuro). Esto es así, sea la petición unilateral o bilateral o conjunta . Valorando como pieza fundamental en las peticiones unilaterales a la propuesta y en las peticiones bilaterales al convenio regulador, concluyendo categóricamente que, en suma: ``La construcción jurídica de un régimen incausado plantea modificaciones sustanciales en lo relativo a las cuestiones de fondo como de forma. Ambas son observadas de manera integral y coherente en la reforma (``Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado , Ricardo Luis Lorenzetti-Director, comentario al artículo 438 del CCyC, autora Marisa Herrera, Ed. RubinzalCulzoni, Santa Fe, 2015, Tomo II, págs.. 737 y 739/740). En la actualidad ha cambiado el horizonte que avistaban los procesalistas hace veinte años, con relación al divorcio por entonces legislado por el Código Civil, que justificaba que autores de la talla de los citados por el colega preopinante, consideraran al proceso de divorcio como contradictorio, habilitando incluso cuando era demandado por uno de los cónyuges, la contrademanda o reconvencción por el otro. Hoy el cambio de paradigma nos impone también una nueva visión respecto al marco procedimental del divorcio y a su caracterización. Estamos frente a un proceso no contencioso, en el cual la petición puede ser efectuada por uno de los cónyuges divorcio unilateral- o por ambos divorcio bilateral-. En el primer caso corresponde correr traslado al otro cónyuge, lo que implica poner en su conocimiento, tanto la petición de divorcio como la propuesta reguladora presentada y le permite ejercer su facultad de oponerse a la propuesta e incluso de presentar su propia propuesta o contrapropuesta- y lleva según el caso, a homologar el acuerdo o diferir la resolución de las cuestiones pendientes concernientes a los efectos del divorcio para más adelante, imprimiéndoles el procedimiento que corresponda a los fines de su resolución. En consecuencia, lo atinente a la ruptura o extinción del vínculo matrimonial, es decir, el divorcio en sí mismo, no resulta contencioso, aún cuando pudiera revestir esta característica, lo relacionado con los efectos del divorcio, v.gr. con la fecha de disolución de la comunidad de bienes, comprensiva también de la contienda sobre la fecha de la separación de hecho para el supuesto que aquélla debiera retrotraerse a la misma y estuviera controvertida entre las partes; la atribución del hogar, compensación económica, alimentos en caso que resulten procedentes-, etcétera, es decir, en cuanto a los procesos accesorios o conexos al de divorcio. En todo caso el desacuerdo y por tanto la controversia girará en torno a los efectos o consecuencias patrimoniales, pero no sobre el divorcio respecto al cual no puede existir controversia posible en tanto, aun tratándose de una petición unilateral, el otro cónyuge no puede oponerse a ella, vaciando a la extinción del vínculo matrimonial de toda connotación contenciosa.

``Sólo cuando no fuere posible el pacto, se deberán resolver las disidencias sobre los efectos por la vía incidental (Kemelmajer de Carlucci, Herrera, Lloveras, ob cit., p. 401), en uno o varios procesos conexos o accesorios -según la cantidad de cuestiones pendientes- los que sí tendrán, eventualmente, un tinte litigioso.

Esta es además la interpretación que se condice con la tésis que el nuevo código imprime a este instituto jurídico, inspirada en la pacificación de los cónyuges, la evitación del conflicto y la simplificación del trámite.

Se trata de eliminar toda confrontación, contienda o contradictorio entre los cónyuges sobre el divorcio en sí mismo, frente a la ruptura del proyecto de vida en común.

``El derecho de familia actual se enfrenta a nuevos enfoques, principalmente por los cambios rotundos que ha tenido el matrimonio. A nivel mundial, se advierte la tendencia a garantizar la libertad de cada uno de los esposos, eliminando las causales para acceder al divorcio, lo que se suma a la presencia de nuevas alternativas para la solución de conflictos en materia familiar, con base en el diálogo y acuerdo . Haciendo hincapié en los efectos y no en las causas que llevaron a la ruptura del matrimonio, no porque se desconozca que existen causas, pero se considera que éstas no son relevantes en el plano jurídico. ``No interesa por qué han llegado al divorcio, sino cómo es la forma de resolver la crisis para el futuro (Herrera Marisa-Caramelo Gustavo-Picasso Sebastián, Directores. ``Código Civil y Comercial de la Nación Comentado . Comentarios de Mariel Molina de Juan, Tomo II, Infojus, p. 65 y ss.).

En los Fundamentos del Anteproyecto del nuevo CCyC, justificando los profundos cambios en materia de divorcio se expresa: ``El matrimonio se celebra y se sostiene por la voluntad coincidente de los contrayentes y, por ende, cuando la voluntad de uno de ellos o de ambos desaparece, el matrimonio no tiene razón de ser y no puede ser continuado, habilitándose por este simple y elemental fundamento, que uno o ambos puedan solicitar su divorcio. El respeto por la libertad y autonomía de la persona humana y su proyecto de vida impone la obligación de evitar forzar a un sujeto a continuar en un matrimonio que ya no se desea. La protección integral de la familia de tipo matrimonial no implica desconocer los derechos fundamentales de cada uno de sus integrantes, quienes no pueden ver conculcados sus derechos a costa o por fuerza del matrimonio . Y en otro pasaje: ``Por eso se introducen modificaciones de diversa índole, a los fines de lograr un mejor y mayor equilibrio en la clásica tensión entre autonomía de la voluntad y orden público, especialmente, al momento de la ruptura, de modo que la conclusión pueda realizarse en términos pacíficos, mediante la ayuda de la interdisciplina, la mediación, la especialidad, entre otras, que han colaborado a que las personas entiendan que un buen divorcio contribuye a la paz familiar y social (Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la comisión Redactora, en Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Bs.As., Ediciones Infojus, 2012).

En este contexto aparece nítida la configuración del divorcio como un proceso no contencioso y voluntario, donde priman el respeto y la satisfacción de los derechos humanos de los cónyuges y los demás miembros del grupo familiar, entre ellos el derecho a la libertad, a la igualdad, a la vida familiar de manera pacífica y al derecho de los hijos a mantener relaciones con ambos padres tras la ruptura de la pareja.

Priorizando de esta forma un camino procedimental que elimine la contienda y la controversia entre los esposos, pacifique la relación entre ellos y el resto del grupo familiar y persiga la búsqueda de consensos alcanzados en un marco de respeto por los derechos propios y del otro.

En el mismo sentido se pronuncian Herrera-Caramelo y Picasso en la obra Código Civil y Comercial de la Nación Comentado en la que destacan que en el esquema actual del divorcio, la función del juez ha quedado circunscripta al control de legalidad del pacto o, cuando los cónyuges no hayan acordado, a procurar una conciliación en la audiencia que se fija al respecto, con el fin de que arriben a un acuerdo: ``la intervención judicial se reduce a la homologación o convalidación de lo acordado por las partes, en total respecto por la autonomía de la voluntad, siempre que el acuerdo no sea lesivo a los intereses de los hijos menores o incapaces, o de uno de los cónyuges , siendo que en ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio y que la audiencia que se convoca lo es a fin de evaluar el contenido de la o las propuestas, no tratándose de una audiencia de divorcio (como la que se convocaba en virtud del antiguo art. 236 CC), ya que en cualquier caso se va a dictar la sentencia que disuelve el vínculo matrimonial y en consecuencia ``se readecúa, entonces, en este artículo [438 CCyC] la función del juez en el proceso de divorcio, quien debe evaluar la propuesta y controlar que no se perjudiquen los intereses del grupo familiar. En consecuencia, deberá conversar con las partes, informarlas y verificar que no se haya incurrido en abuso del derecho ni violado el orden público en la suscripción del convenio y la audiencia ``debe ser convocada en todos los casos con el único y claro objetivo de tratar las cuestiones referidas a las propuestas, es decir, a las consecuencias que el divorcio traerá a la familia , sea que se trate de un supuesto de pedido

unilateral de divorcio y que frente a la propuesta del peticionante el otro no otorgue su conformidad y acompañe una propuesta distinta o que se trate de un supuesto de pedido conjunto de divorcio (ob. cit., p. 69/70). En el ``Tratado de Derecho de Familia escrito bajo la dirección de las Dras. Kemelmajer, Herrera y Lloveras, se destaca que en el nuevo código se optó por mantener el divorcio judicial sin incorporar el divorcio extrajudicial, teniendo en cuenta justamente como uno de los motivos que el sencillo y rápido trámite del divorcio judicial regulado en el Código va a garantizar la celeridad, que es uno de los argumentos a favor de la opción por el trámite administrativo. Procedimiento que será sin dudas un proceso corto al no impedir el dictado de la sentencia de divorcio a pesar de la falta de acuerdos sobre los efectos o consecuencias del divorcio: ``Si existe desacuerdo sobre los efectos del divorcio o si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar, las cuestiones pendientes deberán ser resuelta por el juez de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local [...]

``Queda aclarado entonces que la intervención judicial se reduce a la homologación o convalidación de lo acordado por las partes en total respeto por la autonomía de la voluntad, siempre que el acuerdo no sea lesivo a los intereses de los hijos menores de edad o incapaces o de uno de los cónyuges. Sólo cuando no fuere posible el pacto, se deberán resolver las disidencias sobre los efectos por la vía incidental (ob. cit., págs. 370, 394 y 401). Sin dejar de señalar que, conforme lo expresara en mi voto en disidencia recaído in re N° 522/12/4F-866/14, caratulados ``Mauri Francisco Aníbal c/Argañaraz Iris por Divorcio Vincular contencioso de fecha 02/09/2015, LS 15-84 y replicado en autos N° 669/9/5F-397/14 del 12/11/2015; N° 1285/11/5F-125/14 del 01/12/2015; N° 1714/4F-287/15 del 15/12/2015 y N° 1088/13/6F-392/15 del 16/02/2016, entre otros, -todos estos últimos sin encuadernar-, la sentencia de divorcio es claramente una sentencia constitutiva. Si para que haya divorcio se requiere una sentencia judicial y mientras no haya sentencia firme no hay divorcio, sin perjuicio que algunos efectos se retrotraigan a un momento anterior, lo cual en todo caso se vincula con las consecuencias patrimoniales y no con las consecuencias personales -restitución de la aptitud nupcial-, estamos frente a un sentencia constitutiva y no meramente declarativa (ver Zannoni Eduardo, ``Derecho Civil, Derecho de Familia , 3° edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Bs.As., 1998, T 2, p. 8; Herrera, Picasso, Caramelo, ob. cit, p. 64; Lorenzetti, Ricardo, ob. cit., p. 722/723; ``El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme , La Ley del 22/04/2015, La Ley 2015-B,1146, cita online AR/DOC/1330/2015; ``Nuevamente sobre la aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones jurídicas existentes al 1 de agosto de 2015 , La Ley, 02/06/2015, cita online AR/DOC/1801/2015). Sentado lo cual, concuerdo con Kielmanovich cuando afirma que la sentencia que rechaza el divorcio sería apelable y la que lo admite podría serlo, v. gr. si fue dictada a requerimiento de un mandatario sin facultad suficiente para ello (art. 375 CCyC) o sin haberse presentado propuesta reguladora alguna, en uno y otro caso, en relación y con efectos suspensivos (ob. cit.). Aun cuando entiendo que también es dable distinguir a estos efectos si el divorcio fue solicitado por ambos cónyuges en cuyo caso la sentencia que lo acoge no sería apelable por falta de interés jurídico para recurrir (art. 41 del C.P.C)- y la que lo rechaza sí sería apelable, por cuanto, a diferencia de lo que ocurría con el divorcio por presentación conjunta del Código Civil (fallo de esta Cámara recaído in re N° 258/14, ``L.M.G y A.B.V. P/divorcio presentación conjunta , 13/06/2014, LA 09-368), el tribunal de alzada podría examinar los motivos del rechazo.

Cobrando mayor relevancia los supuestos enunciados por Kielmanovich frente a la petición unilateral de divorcio, cuyo rechazo sería apelable y también su admisión en los dos supuestos enunciados ut supra, en el primero, por falta y/o defecto en la legitimación o personería del peticionario y en el segundo, por ausencia de un requisito propuesta reguladora- que la doctrina especializada ha ponderado como de admisibilidad de la petición de divorcio (cfr. Herrera, Caramelo, Picasso, ob. cit., p. 69) y no obstante que en algún fallo se ha dispuesto el divorcio faltando la necesaria e ineludible- propuesta reguladora (Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral de Monte Caseros, Corrientes, 3/8/2015, autos N° 4202/13, ``Z.A.K.c R.C.G. s/divorcio) y salvo, claro está, que no haya hijos, ni bienes, ni ningún otro efecto derivado del divorcio.

III.- Fijado el marco general de procedencia del recurso de apelación, vislumbro que el caso traído a examen de esta Alzada presenta aristas particulares que no pueden ser desoídas, y que conducen a estimar correcta la concesión del recurso incoado a fs. 219, focalizado en los dispositivos de la sentencia que contienen la imposición de las costas del proceso y la regulación de honorarios (disp. III, IV y V del resolutivo)

El proeso fue iniciado como un divorcio contencioso por el cual M.A.T. demanda a la Sra.

C.S. por la causal de injurias graves (art. 202 inc. 4 del CC) y esta última reconviene por la misma causal.

Frente a la vigencia del nuevo código, el tribunal reencauza el trámite del proceso a los términos y efectos de los arts. 438 y ss. CCyC; resuelve el divorcio de los esposos T-S (dispositivo I); declara extinguida la comunidad de bienes a partir del 16 de septiembre de 2013 (dispositivo II); impone las costas de la acción de divorcio precedente por casuales subjetivas y del divorcio incausado, en el orden causado (dispositivo III); regula honorarios por la labor desarrollada en la acción de divorcio causado (dispositivo IV) y por la labor desarrollada en la acción de divorcio incausado (dispositivo V)..

En consecuencia, se han impuesto costas por el divorcio causado y, además, por el divorcio incausado, por lo que, siendo apelable el primero, también lo son las costas adicionadas como accesorias.

No obstante ello, debo señalar que el Anteproyecto de Código Procesal de Familia para la Provincia de Mendoza, que se elaboró por una comisión de juristas locales en el año 2014 aun cuando el mismo no tuvo tratamiento legislativo-, en la Parte Especial, Título III.

PROCESO DE DIVORCIO, Capítulo 3. Recursos, Artículo sin número asignado- Recursos, se preveía la inapelabilidad de la sentencia de divorcio y la apelabilidad de la imposición de costas, en los siguientes términos: ``La sentencia de divorcio no es apelable, excepto en la parte que disponga sobre: a) Homologación de acuerdos. b) Efectos del divorcio. c) Regulación de honorarios profesionales. d) Imposición de costas . Lo cual refleja los esfuerzos de los especialistas en la materia para adaptar la norma adjetiva y ponerla a tono con la reforma sustancial operada a partir de la derogación del código velezano.

Disociando en el proceso de divorcio, la apelabilidad de las costas de la inapelabilidad del decisorio sobre la cuestión principal, no obstante el carácter accesorio de aquéllas. Lo que evidencia que las normas procesales deben ser readaptadas para colocarse a la altura del nuevo sistema jurídico que introduce el Código Civil y Comercial vigente, erigido sobre pilares diferentes, con la finalidad de alcanzar un régimen jurídico que resulte coherente y sistémico en lo sustancial y en lo formal, en cuestiones que resultan especialmente sensibles para el común de los ciudadanos, lo cual seguramente se concretará en un futuro proyecto de reforma de las normas procesales locales.

Se visualiza bajo esta óptica que las formas procesales deben estar al servicio de las instituciones civiles, asegurando la reafirmación de los derechos constitucionales de la nueva era que atraviesa la sociedad, con cambios de paradigmas que se apartan de los otrora tradicionales, exigiendo del intérprete un mayor esfuerzo en pos de la conciliación del pasado, el presente y el futuro que se avecina, ponderando con mayor fuerza principios como el de la autonomía de la voluntad, la democratización y pacificación de la familia, exentos de conflictos y contiendas que justamente el legislador ha querido evitar, superando viejas dicotomías que hoy han desaparecido o por lo menos están en vías de extinción. De allí que bajo estos postulados se sostiene el modelo procedimental de un divorcio no contencioso, inspirado en los nuevos principios que informan actualmente el derecho de familia y que se proyectan en una mirada diferente y superadora del divorcio y del proceso tendiente a obtener una decisión jurisdiccional sobre el mismo.

Por último no puedo soslayar que, en tanto la apelación gira también en torno a los honorarios reguladas por el juez a quo (cfr. escrito de fs. 219), los mismos siempre resultan apelables en atención a lo dispuesto por el artículo 40 del C.P.C., según el cual las regulaciones de honorarios incluidas en sentencias o autos pronunciadas por separado, serán apelables por los interesados ``en todos los casos . Tanto el profesional a favor de quien se practica la regulación, como quien deba pagarla, pueden apelar aquélla en todos los casos (cfr. nota al art. 40 C.P.C.).

Así voto.

Por ello, la Cámara, por mayoría y conforme surge de los votos antecedentes,

RESUELVE:

I. Disponer que el apelante de fs. 219, funde su recurso por el plazo de cinco días (art. 142 del C.P.C.).

CÓPIESE. REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE.

| | | |
|--------------------------|------------------------------|---|
| <i>Dr. Germán Ferrer</i> | <i>Dra. Carla Zanichelli</i> | <i>Dra. Estela Inés Politino</i> |
| <i>Juez de Cámara</i> | <i>Juez de Cámara</i> | <i>Juez de Cámara. (fundamentos en disidencia, voto en minoría)</i> |