***Convenio regulador / autonomía de la voluntad / consentimiento.***

**Copete**:

La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín confirmó la sentencia apelada en cuanto difiere el tratamiento de las cuestiones planteadas en el convenio regulador a las vías procesales pertinentes.

**Sumarios**:

Voces: Divorcio – Convenio Regulador / Silencio – Efectos

* “La presunción de reconocimiento establecida por la última parte del inc. 1 del art. 354 del C.P.C.C., sólo resulta aplicable a los hechos o instrumentos en los que el demandado hubiera tomado intervención, circunstancia que si bien resulta comprensiva de la fecha de la separación de hecho sin voluntad de unirse; por el contrario, no se verifica en el convenio regulador unilateralmente propuesto por la aquí accionante. Corresponde desechar de plano, que el silencio guardado por el aquí demandado pueda ser asimilado a la conformidad con el acuerdo regulador unilateralmente presentado por a accionante” Voto Dr. Volta (SD).-

Expte. n°: JU-2423-2018 B., S. M. C/ A., L. A. S/ DIVORCIO POR PRESENTACION UNILATERAL

------------------------------------------------------------------------------

N° Orden: 96

Libro de Sentencia nº: 60

En la ciudad de Junín, a los 28 días del mes de Mayo del año dos mil diecinueve, se reúnen en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín, Doctores JUAN JOSE GUARDIOLA, RICARDO MANUEL CASTRO DURAN y GASTON MARIO VOLTA, en causa nº JU-2423-2018 caratulada: "B., S. M. C/ A., L. A. S/ DIVORCIO POR PRESENTACION UNILATERAL", a fin de dictar sentencia, en el siguiente orden de votación, Doctores: Volta, Guardiola y Castro Durán.-

La Cámara planteó las siguientes cuestiones:

1a.- ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

2a.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

**A LA PRIMERA CUESTION, el Señor Juez Dr. Volta, dijo:**

I.- Que en la sentencia dictada a fs. 76/7 la Sra. Juez de grado decretó el divorcio de la Sra. S. M. B. con el Sr. L. A. A., declarando extinguida la comunidad existente entre los esposos con fecha retroactiva al día de la notificación de la demanda, y reguló los honorarios del letrado patrocinante de la accionante.-

En lo atinente al recurso a tratar consideró que ante la no presentación del Sr. A. en autos, corresponde el dictado de la sentencia de divorcio sin más trámite, debiendo sustanciarse la propuesta de convenio regulador por la vía procesal pertinente.-

Dicha resolución motivó el recurso de apelación interpuesto por la accionante a fs. 79, el cual es debidamente fundado mediante la presentación electrónicamente efectuada en fecha 25/02/19.-

La crítica allí desarrollada se focaliza en dos puntos:

-En primer término ataca el decisorio en cuanto ordena encausar las cuestiones planteadas en el acuerdo regulador por las vías procesales pertinentes, siendo que no mediando oposición del demandado, debió citarse a las partes a una audiencia o remitir las actuaciones a la Sra. Consejera de familia, evitándose de ésta forma el dispendio de actividad jurisdiccional que significa la tramitación de un nuevo proceso.-

-En segundo lugar se agravia de la falta de imposición de costas, las que estima deben quedar a cargo de la contraria conforme a los términos del art. 68 del C.P.C.C.-

Que habiéndose corrido traslado de la expresión de agravios sin que la misma recibiera réplica alguna, firme el llamado de autos y sorteado el orden de votación, la cuestión ha quedado en estado de ser resuelta (doctr. art. 263 del C.P.C.C.).-

II.- En tal labor es dable iniciar por recordar que ante el traslado de la demanda y del convenio regulador presentado en la misma, instrumentado mediante la cédula luciente a fs. 66/7, el demandado A. guardó silencio, sin haber efectuado presentación alguna en las presentes actuaciones.-

Ante dicha situación es dable aclarar que si bien en anteriores pronunciamientos (ver Expte. n°: JU-2544-2014 "G. M. G c/ G. H. A. s/Divorcio por presentación unilateral" , L.S. n°58, Nro. de Orden 205, del 19/09/17, entre otros), he considerado en base a lo normado por el art. 263 del C.C.C. y 354 del C.P.C.C., que dicha conducta debe ser interpretada como el reconocimiento de la veracidad de la fecha de separación sin voluntad de unirse denunciada en la demanda, es dable aclarar que dicha interpretación no puede extenderse al ámbito del convenio regulador.-

Ello así por cuanto la presunción de reconocimiento establecida por la última parte del inc. 1 del art. 354 del C.P.C.C., sólo resulta aplicable a los hechos o instrumentos en los que el demandado hubiera tomado intervención, circunstancia que si bien resulta comprensiva de la fecha de la separación de hecho sin voluntad de unirse; por el contrario, no se verifica en el convenio regulador unilateralmente propuesto por la aquí accionante.-

En efecto, no debe perderse de vista que: *"...el demandado sólo estará en condiciones de realizar afirmaciones o negaciones categóricas respecto de aquellos hechos o documentos de los que tenga personal conocimiento o en los que haya intervenido. Lo contrario -exigir afirmaciones sobre lo que desconoce y derivar consecuencias disvaliosas de su incumplimiento- importaría una flagrante violación al derecho de defensa de la parte..."* (Camps, "Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires", T I, págs. 666/7).-

En la misma dirección se ha resuelto que: *"...Ninguna norma establece que el silencio de la contraria importe lisa y llanamente la "aceptación" de la propuesta. En rigor de verdad, no hay obligación de expedirse al respecto, motivo por el cual, no puede aplicarse al demandado la sanción legal que pretende la apelante (doct. y arg. art. 438 último párrafo del CCyCN). Resulta aplicable a este supuesto el art. 263, primera parte, y el art. 979 -ambos del Código Civil y Comercial-, de modo que el silencio del Sr. O de ninguna forma puede ser interpretado como aceptación a la propuesta de la actora (Mizrahi, Mauricio Luis, "El divorcio, sus efectos y el trámite procesal", Publicado en: LA LEY 07/08/2017, 1 y en La Ley Online). No debemos olvidar, que dentro de las facultades de los jueces, no se encuentra la de "transformar" la interpretación de ese silencio; tal como si, incorrectamente, se dispusiera el traslado bajo apercibimiento de estarse a lo postulado por el peticionante. Responder al traslado del convenio es sólo una facultad y no una carga procesal (KIELMANOVICH, Jorge L., "El nuevo proceso de divorcio", La Ley, AR/DOC/881/2016, punto V.1; GUAHNON, Silvia V., "El nuevo juicio de divorcio. Panorama general", elDial.com)...*" (Sumario JUBA: B2953287, CCyC Art. 438 | CCyC Art. 263 | CCyC Art. 979, CC0002 QL 18016 S 03/10/2017).-

Conforme a lo hasta aquí expuesto, corresponde desechar de plano que el silencio guardado por el aquí demandado pueda ser asimilado a la conformidad con el acuerdo regulador unilateralmente presentado por la accionante (doctr. arts. 263, 979 y ccdtes. del C.C.C. y art. 354 inc. 1 del C.P.C.C.).-

III.- Precisado ello, es dable recordar la clara finalidad expresada por la comisión redactora del Anteproyecto que derivara el texto del art. 438 del C.C.C. al explicar que: *"...En total consonancia con la necesidad de diferenciar el vínculo matrimonial en sí de los efectos o consecuencias que se derivan de su ruptura, se dispone de manera expresa* ***que en ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio****; en este caso, quedarán pendientes de resolución judicial en trámite incidental aquellas cuestiones sobre los cuales no se hayan arribado a un acuerdo con total independencia de la disolución del matrimonio por el divorcio...*" (Mensaje del P.E.N. nº 884/2012, "Fundamentos del Anteproyecto de Código civil y comercial de la Nación", el resaltado en negrita me pertenece).-

De lo antes expuesto queda en evidencia el acierto de la Sra. Juez *a quo* en cuanto, difirió el tratamiento de las cuestiones planteadas en el convenio regulador a las vías procesales pertinentes, al no poder las mismas postergar el dictado de la sentencia de divorcio (doctr. art. 438 del C.P.C.C.).-

Asimismo es dable señalar que dicho criterio de modo alguno impide la celebración de la audiencia con la contraria, ni la oportuna remisión de dicho planteo a la Sra. Consejera de familia en los término peticionados por la recurrente, quien en este punto carece de agravio concreto (doctr. art. 242 y ccdtes. del C.P.C.C.).-

IV.- En cuanto a las costas es dable dejar sentado que devengadas en primer instancias deberán ser soportadas por el demandado; mientras que las de Alzada habrán de ser soportadas por el orden causado, al no haber dado el Sr. A. motivo alguno para el presente recurso (doctr. art. 68 del C.P.C.C.).-

**TAL ES MI VOTO**.-

**A LA MISMA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez Dr. Guardiola dijo:**

*Adhiero al voto del Dr. Volta.*

Expresan Aida Kemelmajer de Carlucci-Marisa Herrera ("Convenio regulador en el divorcio. Respuestas a preguntas equivocadas" La Ley 2015-B, 1134): "El convenio regulador es un acto jurídico familiar bilateral, por lo cual, para su existencia necesita de la voluntad de ambos cónyuges. Esta voluntad conjunta puede estar al inicio del proceso de divorcio —cuando la petición es bilateral— o alcanzarse duran te el trámite por iniciativa del juez con la labor colaborativa de los abogados, o con la intervención del equipo interdisciplinario cuando están comprendidos efectos que comprometen a otros integrantes de la familia como son los hijos. Para comprender con exactitud cuál es el rol del convenio regulador en la legislación civil y comercial resulta necesario tener en claro, como se ha dicho que no es lo mismo la propuesta, necesaria para que el juez dé trámite al divorcio (art 438, presupuesto de proponibilidad) del convenio regulador al que puede arribarse para regular los efectos del divorcio (art. 439). En otras palabras, no hay, ni podría haber, una obligación de pactar, acordar o celebrar un convenio regulador; sí hay, en cambio, una carga de presentar una propuesta."

Por ello tal como apunta Sandra F. Veloso ("Reflexiones sobre el proceso de divorcio" RCCyC 2016 (abril) , 99 ): "Qué ocurre en el caso que la notificación practicada arroje resultado positivo y el cónyuge demandado no se presenta. Esta circunstancia habilita sin más el dictado de la sentencia de divorcio, y aún en el caso que hubiera propuesta nada se homologará. Ello por cuanto la incontestación del traslado de la petición de divorcio y la propuesta no trae aparejado reconocimiento de la formula reguladora esbozada por la actora. Nada se homologa si ningún acuerdo hubo. Deberá en su caso el peticionante encauzar sus planteos por la vía y forma que corresponda según a la ley local...."

En el mismo sentido, Martin M. Culaciati ("Vicisitudes del proceso de divorcio" RDF 79 , 99) expone: "Prestigiosa doctrina (Kielmanovich, Jorge L., "Algo más sobre la petición unilateral de divorcio y la propuesta reguladora", RCCyC, 2015 (noviembre), p. 25, cita online: AR/DOC/3809/2015.) afirmó que "en cuanto a la virtualidad del silencio respecto del traslado de una u otra cuestión (de la petición de divorcio y de la propuesta), somos de la idea de que la contestación en uno u otro caso no es una carga procesal sino una mera facultad procesal, desde que ninguna norma la establece como un imperativo con tal alcance, a diferencia de lo que sucede en el caso del art. 356, CPCCN, por lo que la incontestación de ellas en ningún caso enervaría el dictado de la sentencia de divorcio, ni aparejaría la aceptación o conformidad con los términos de la propuesta pues, por un lado, el art. 150 del ordenamiento procesal establece que 'la falta de contestación del traslado no importa consentimiento a las pretensiones de la contraria' y, por el otro, porque en este caso no existe 'un deber de expedirse que puede resultar de la ley, de la voluntad de las partes, de los usos y prácticas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes' que habilite a considerar al silencio 'como una manifestación de voluntad conforme al acto de la interrogación' (art. 263)"...En esta misma línea argumental, algunos autores sostuvieron que cuando frente al traslado o notificación de la propuesta el cónyuge guarda silencio, tal actitud no puede ser entendida como consentimiento (arts. 263 y 979), por lo que deberá dictarse la sentencia de divorcio sin hacer referencia a la homologación...Más teniendo en cuenta que el CCiv.yCom. determina que la propuesta unilateral que debe acompañarse al iniciar el trámite de divorcio es necesaria para que el juez proceda con el juicio, no así la contestación. La falta de contestación de la parte demandada evidencia el desinterés de someter las cuestiones plasmadas en el convenio aportado por quien acciona, al debate en el proceso actual, con lo que cabrá evaluar la articulación de las cuestiones que resulte necesario definir a otras vías, auto compositivas o judiciales, según lo entiendan pertinente las partes "

En cuanto a la diferencia con el silencio observado en relación a la fecha de una separación de hecho, a la razón que explicita mi colega cabe agregar -no sin reconocer que la cuestión no es pacífica-, la opinión en aval del criterio de este tribunal de Marisa Herrera (diferente a la de su coautora Ana M. Chechile en trabajo "Comunidad de ganancias y separación de hecho..." RDF 2017-I 9/2/2017,91) que en esa temática "no hay juego alguno para la autonomía de la voluntad y mucho menos para el juez no decir nada al respecto y dejarlo 'latente' "

**ASI LO VOTO.-**

**TAMBIEN A LA MISMA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez Dr. Castro Durán dijo:**

Que adhiere y hace suyo todos los fundamentos y conceptos doctrinarios y legales dados por el Sr. Juez preopinante en primer término, Dr. Volta y asimismo las consideraciones vertidas por el Dr. Guardiola en la oportunidad de emitir su voto.-

**ASI LO VOTO.-**

**A LA SEGUNDA CUESTION, el Señor Juez Doctor. Volta, dijo:**

Atento el resultado arribado al tratar la cuestión anterior, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso -artículos 168 de la Constitución Provincial y 272 del CPCC-, Corresponde:

**I.- CONFIRMAR** la sentencia dictada a fs. 76/77 en cuanto difiere el tratamiento de las cuestiones planteadas en el convenio regulador a las vías procesales pertinentes (doctr. art. 438 del C.P.C.C.).-

**II.- CON COSTAS** de primer instancia a cargo del demandado y las de Alzada por su orden (doctr. art. 68 del C.P.C.C.).-

**III.- REGULAR** los honorarios de Alzada del Dr. Gustavo A. Jáuregui Lorda en 12,5 jus, con más I.V.A. en caso de corresponder y aportes de ley 6.716 (conf. art. 31 y ccdtes. del la ley 14.967).-

**ASI LO VOTO.-**

Los Señores Jueces Dres. Guardiola y Castro Durán, aduciendo análogas razones dieron sus votos en igual sentido.-

Con lo que se dio por finalizado el presente acuerdo que firman los Señores Jueces por ante mí: FDO. DRES. GASTON MARIO VOLTA, JUAN JOSE GUARDIOLA Y RICARDO MANUEL CASTRO DURAN, ANTE MI, DR. PABLO MARTIN DEMARIA (Auxiliar Letrado).-

//NIN, (Bs. As.), 28 de Mayo de 2019.

AUTOS Y VISTO:

Por los fundamentos consignados en el acuerdo que antecede, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso -artículos 168 de la Constitución Provincial y 272 del C.P.C.C.-, se resuelve:

**I.-** **CONFIRMAR** la sentencia dictada a fs. 76/77 en cuanto difiere el tratamiento de las cuestiones planteadas en el convenio regulador a las vías procesales pertinentes (doctr. art. 438 del C.P.C.C.).-

**II.- CON COSTAS** de primer instancia a cargo del demandado y las de Alzada por su orden (doctr. art. 68 del C.P.C.C.).-

**III.- REGULAR** los honorarios de Alzada del Dr. Gustavo A. Jáuregui Lorda en 12,5 jus, con más I.V.A. en caso de corresponder y aportes de ley 6.716 (conf. art. 31 y ccdtes. del la ley 14.967).-

Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse los autos al Juzgado de Origen.- FDO. DRES. GASTON MARIO VOLTA, JUAN JOSE GUARDIOLA Y RICARDO MANUEL CASTRO DURAN, ANTE MI, DR. PABLO MARTIN DEMARIA (Auxiliar Letrado)