

**Divorcio vincular. Presentación conjunta. Celebración de segunda audiencia. Desistimiento unilateral del proceso
Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires**

10 de agosto de 2005

N. E. A. v. C. A. K.

Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires

Dictamen de la Procuración General:

La Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y de Garantías en lo Penal de Necochea confirmó el pronunciamiento de la instancia de origen que —a su turno- hizo lugar al desistimiento unilateral del proceso de divorcio de los cónyuges N. E. A. y C. A. K. formulado por la señora después de haberse celebrado la segunda de las audiencias previstas en el art. 236 del Código Civil (fs. 109/114 vta.).

Contra dicha forma de resolver se alza el señor K. , por su propio derecho, mediante el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley de fs. 125/132.

Aduce la violación del artículo 236 del Código Civil así como de la doctrina legal que indica.

Su agravio radica en que la sentencia de la Cámara tuvo por válido y eficaz el desistimiento del proceso de divorcio por presentación conjunta efectuado por la señora A. luego de la celebración de la segunda audiencia, señalando — literalmente- al respecto que la transgresión al mencionado artículo se materializa "atento no contemplar dicha norma la retractación unilateral de uno de los cónyuges luego de haberse celebrado las dos audiencias de conciliación previstas y antes del dictado de la sentencia" (fs. 126).

En mi opinión, el recurso interpuesto no debería prosperar.

En efecto. Para resolver como lo hizo la Cámara, haciendo especial "hincapié en las particularidades del *sub lite*" consideró "esencial para resolver la cuestión" la causa penal que por amenazas inició —en pleno trámite del presente divorcio "por mutuo consentimiento" y precisamente vinculada con su inicio y posterior consecución- la señora A. contra el señor K. .

Así, tomando el argumento de la cónyuge quien alegó la presencia de un vicio en su voluntad -invalidante de la presentación conjunta- por haber sido obligada a suscribir la documentación respectiva y tramitar el presente divorcio, todo lo cual la llevó a formular denuncia ante el fuero represivo que dio origen a la I.P.P. número 8310 caratulada "K. , C. A. s/ Amenazas"(en la que fue rechazado un pedido de suspensión del juicio a prueba así como el sobreseimiento del imputado), entendió

la Alzada que dicha denuncia —en tanto exterioriza las presiones sufridas por la señora A. para iniciar y proseguir el presente divorcio- resulta ser una concreta y perfecta muestra de dichas presiones "que descarta la existencia de un ejercicio abusivo del desistimiento".

Por ese motivo, confirmó el pronunciamiento de la instancia que hizo lugar a la retractación efectuada, concluyendo su idea en que "si la doctrina y la jurisprudencia discuten acaloradamente la posibilidad de desistir luego de celebrada la segunda audiencia en estos juicios, lo hacen para evitar, fundamentalmente, el ejercicio abusivo del derecho" (fs. 113), lo cual —según su criterio- no aconteció en la especie.

A su turno, el recurrente ensaya una serie de alegaciones tendientes a revertir el resultado de lo sentenciado, pero falla en su intento el que -a mi ver- resulta técnicamente insuficiente en tanto es el producto de un paralelamiento de las particulares opiniones del quejoso apoyadas principalmente en razones de índole procedimental —a las que aduna abundante doctrina y jurisprudencia vinculada al tema- pero sin hacerse cargo del principal argumento sobre el que la Alzada sostiene su pronunciamiento (constituido —reitero- por la existencia de la causa penal en trámite iniciada precisamente por las amenazas que sufriera la señora A. para firmar el divorcio por mutuo consentimiento, lo que se tuvo por suficiente para descartar un ejercicio abusivo del desistimiento), el que por permanecer incólume sella la suerte adversa del remedio incoado (art.279, C.P.C.; conf. S.C.B.A., Ac. 53.848, sent. del 19/12/95; Ac. 56.302, sent. del 30/9/97; Ac. 69.460, sent. del 23/6/98; Ac. 75.787, sent. del 27/2/02; e.o.).

Sentado ello, diré que la denuncia de transgresión a la doctrina legal señalada, amén de recordar que el precedente jurisprudencial de V.E. no pervive más allá de la vigencia de la norma a la que estaba referida (conf. Ac. 45.860, sent. del 26/11/91; Ac. 46.096, sent. del 17/3/92), no puede tener tampoco andamio favorable por cuanto -como se viera- no ha sido demostrada la infracción legal invocada (conf. S.C.B.A., Ac. 53.749, sent. del 25/4/95; Ac. 62.861, sent. del 16/7/96).

Consecuentemente, estimo que no cabe hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad interpuesto (conf. art. 289 del C.P.C.)

Así lo dictamino.

La Plata, 18 de marzo de 2003

Juan Angel De Oliveira

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, a 10 de agosto de 2005, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el

siguiente orden de votación: doctores Roncoroni, Negri, Hitters, Soria, Kogan, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa Ac. 81.531, "A. , N. E. contra K. , C. A. . Divorcio".

ANTECEDENTES

La Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y de Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de Necochea confirmó la sentencia apelada, con costas de esa instancia a la vencida (fs. 109/114 vta.).

C. A. K. , por derecho propio, interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 125/132).

Oído el señor Subprocurador General, dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de dictar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTION

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

VOTACION

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Roncoroni dijo:

I. La sentencia de primera instancia tuvo por desistido del proceso de divorcio a N. E. A. , con costas (fs. 75/76).

Apelado el pronunciamiento la alzada lo confirmó (fs. 109/114 vta.).

II. Contra éste, C. A. K. , por derecho propio, interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 125/132).

Acusa la violación del art. 236 del Código Civil y de la doctrina legal de la causa Ac. 19.521 (sent. del 28-V-1974).

Funda la mencionada infracción en que no es factible el desistimiento por uno de los cónyuges del divorcio por presentación conjunta luego de celebrada la segunda audiencia que esa norma prescribe y antes de dictar la sentencia (fs. 126/vta.).

Con cita de jurisprudencia de otros tribunales y de esta Corte, alega que la actividad de los esposos concluye al celebrarse la segunda audiencia. Una vez cerrada el acta de ésta, dice, habiéndose comprobado la persistencia de la voluntad de obtener el divorcio, ya no pueden ellos variar luego su postura (fs. 129/131 vta.).

Explica que habiéndose expedido la señora Agente Fiscal (fs. 21 vta.), una vez recibida la causa en el órgano al remitirla éste, el expediente ya se encontraba en

estado de sentenciar, único paso procesal a realizar (fs. 127).

III. Juzgo que el recurso debe prosperar.

1. La cuestión aquí planteada, con sólidos y razonados fundamentos, dividió las aguas de la jurisprudencia y de la doctrina. Así, la posición mayoritaria del plenario de la Cámara Civil de fecha 31 de marzo de 1980, en autos "C. A. y M. M. s. Divorcio art. 67 bis, ley 2393" ("La Ley", 1980-B-251), años después, se tornó en minoría en el plenario de ese mismo órgano de fecha 30 de agosto de 1985 ("La Ley", 1985-D-333), quien siguiera a la postura de esta Suprema Corte sostenida en la causa Ac. 19.521 (sent. del 28-V-1974, "La Ley", tomo 24, pág. 526).

En el caso de autos, el tema en debate, si bien en el marco del art. 236 del Código Civil reformado por la ley 23.515, es similar a la suscitada en la anterior legislación con el art. 67 bis de la ley 2393: un divorcio -si bien con efectos diferentes en aquella regulación y la actual-, iniciado por presentación conjunta de ambos cónyuges manifestando su voluntad en igual sentido, en el cual sólo uno de ellos se retractó, en este caso particular, luego de la segunda audiencia y antes de sentenciar.

2. Entiendo oportuno recordar los conceptos vertidos por el doctor Althabe, al votar como integrante de esta Suprema Corte en el precedente cuya violación se denuncia y que así aprecio que lo ha sido.

Dable es señalar, primeramente, que aún cuando en aquél el desistimiento se produjo luego de celebrada la segunda audiencia y habiéndose llamado a autos para sentencia, esto último ausente en el caso en abordaje, aprecio que los fundamentos antes vertidos son igualmente aplicables, por lo que me permito transcribirlos.

En aquél, el distinguido Juez de este Tribunal doctor Althabe, expuso que "... surge con absoluta nitidez que el meollo litigioso a desentrañar se circunscribe a un solo punto: ¿Es eficaz, dentro de la peculiar normativa del art. 67 bis, ley 2393, la retractación unilateral de uno de los cónyuges, luego de haberse celebrado las audiencias que el precepto prevé y estando consentido el llamamiento de autos?".

"Abocándome ya a la solución del entuerto, advierto que será menester dilucidar, previamente, la esencia jurídica que informa a la faz procedimental instituida por la norma de fondo en análisis y, a resultas de la conclusión a que se arribe, se dará acabada respuesta al interrogante central que he planteado precedentemente".

"En efecto, en caso de tratarse de un proceso de carácter contencioso, la preclusividad de los actos procesales regiría el tema con total imperatividad. Lo contrario sucedería si se tratara de un proceso voluntario, ya que, en ese supuesto, habría que analizar detenidamente el objeto y finalidades del instituto en examen, para llegar así, de acuerdo con éstos, a una respuesta adecuada".

"Dejando de lado, por ser ajeno al objeto de este pronunciamiento la impropiedad técnica de la presunta antinomia terminológica entre 'jurisdicción contenciosa' y 'jurisdicción voluntaria', ya que el antónimo de 'contencioso' sería 'no contencioso' y el de 'voluntario', 'necesario' (conf. Niceto Alcalá Zamora y Castillo, 'Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria', 'Revista de Derecho Procesal', 1949, pág. 299) y que en puridad, la 'jurisdicción voluntaria' no es propiamente jurisdicción, sino actividad administrativa ejercida por funcionarios judiciales, imprescindible resulta el tratar de destacar con perfiles propios a ambas categorías, pues si bien el diferenciarlas ontológicamente ha demandado ingentes esfuerzos a los estudiosos, las consecuencias prácticas que se desprenden de cada una, en su aplicación a la especie concreta, varían en forma sustancial".

"Ya entonces en esa tarea advierto que desde el controvertido pasaje de Marciano, recogido en el Digesto ... donde se alude, quizás por vez primera, a la 'jurisdicción voluntaria' variados han sido los criterios que se esbozaron para delimitarla de la, en realidad, verdadera jurisdicción: la contenciosa".

"Así, ya los glosadores y postglosadores recababan la diferencia en el grado de conocimiento del juez, en un caso pleno y en el otro puramente informativo 'sine causa cognitio' (Eisner, 'Acerca de la actividad judicial extracontenciosa', 'La Ley', 110-965). Posteriormente se sostuvo que la distinción estribaría en la voluntad de las partes para concurrir o no ante el juez, diciéndose que la jurisdicción contenciosa se ejercita 'inter nolentes' y la voluntaria 'inter volentes'. A su vez Calamandrei ('Estudios sobre el proceso civil', 1945, pág. 282) la finca en la declaración de certeza que reviste la sentencia del proceso contencioso, lo que no ocurre en el voluntario. En similar sentido, Allorio ('Ensayo polémico sobre la jurisdicción voluntaria', en 'Problemas de Derecho Procesal', 1963, tomo II, pág. 26) la caracteriza por la existencia o inexistencia, según sea el proceso contencioso o voluntario, de la cosa juzgada material. En otro orden de ideas, Rosenberg ('Tratado de Derecho Procesal Civil', 1955, tomo I, pág. 75) estima que no existen 'per se materias contenciosas o voluntarias sino que habrá que estar a las que determine el legislador".

"Párrafo especial merece la mención de los que consideran que el elemento especificante reside en la controversia, atributo éste que se atribuye con exclusividad a lo contencioso (Mattiolo, 'Tratado de Derecho Judicial Civil', Tomo I, pág. 3; Alsina, 'Tratado', Tomo I, pág. 553)".

"Por mi parte conceptúo que ninguna de las posiciones precedentemente reseñadas -enunciadas sin pretensión de haber agotado las abundantes teorías existentes a ese respecto- acierta a enclavar, con alguna precisión, las órbitas propias de los procesos contencioso y voluntario".

"Se desvanece por sí sola la clasificación de 'inter nolentes' e 'inter volentes', atento que en el proceso voluntario los peticionarios no concurren ante el magistrado por su sola intención, sino que, por el contrario, 'necesitan' de la intervención de éste para dar eficacia o autenticidad a determinada relación jurídica. Tampoco puede aportar un criterio valedero la declaración de certeza o la cosa juzgada material, toda vez que la primera implica una tesis demasiado amplia y su misma latitud -ya que toda resolución judicial contiene una declaración de certeza- no llega a establecer una clara diferenciación entre los procesos en análisis. No es convincente, tampoco, la segunda, por cuanto si la cosa juzgada es un fenómeno únicamente acaecible al término del proceso de conocimiento no puede dársele como dato infalible de diferenciación, en un juicio 'ex-ante', ya que puede no suceder por la aparición de distintos medios que terminan el proceso antes de su decurso normal. En cuanto a la controversia ínsita en el principio de contenciosidad, no es -como se pretende- un elemento esencial sino tan solo posible, pudiendo existir controversia sin contenciosidad o viceversa (conf. Podetti 'Teoría y Técnica', pág. 109)".

"A mi criterio, el justo límite entre ambos procesos debe verificarse en la presencia o falencia de *conflicto*, requisito éste esencial para la contenciosidad y entendiéndolo no sólo como efectiva oposición de intereses o desacuerdos respecto de la tutela que la ley establece, sino como la situación contrapuesta de dos partes respecto de una relación jurídica cualquiera cuya solución sólo puede conseguirse con la intervención del juez (Lascano, 'Jurisdicción y proceso, en 'Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina', pág. 378 y 'Jurisdicción y competencia', pág. 48). En cambio, en la jurisdicción voluntaria lo que se lleva al magistrado es un pedido de realización jurídica o producir un determinado efecto jurídico (Lascano, 'Jurisdicción y competencia', pág. 65)".

"Consecuencia de la característica precedentemente señalada es que en el proceso voluntario no hay partes en el sentido estricto, sino peticionarios; la sentencia dictada no es 'contra' o 'frente' a nadie, pues es la realización de un solo interés. Además, el pronunciamiento del juicio voluntario es eminentemente constitutivo de un estado jurídico nuevo, mientras que la sentencia, en el contencioso, tiende a la acabada concretización de relaciones jurídicas existentes (conf. Chioyenda, 'Principios de derecho procesal civil', Tomo I, pág. 365)".

"A la luz de todo lo expuesto, adelanto mi opinión en el sentido que el divorcio personal autorizado por el art. 67 bis, ley 2393, es un proceso de características atípicas, pero que, en general, participa fundamentalmente de las notas definidoras de la jurisdicción contenciosa".

"Ello así, pues estimo que tras la 'presentación conjunta', con que ambos esposos

inician el proceso, subyace un verdadero conflicto de intereses que se aloja en una efectiva desavenencia matrimonial, que sólo podrá ser compuesta por la actividad jurisdiccional del juez, ya sea conciliando a ambos cónyuges en las oportunidades que le marca la ley o declarando la separación cuando las causas alegadas por los esposos sean suficientemente graves 'según su ciencia y conciencia' para hacer imposible la vida en común".

"No hay litigiosidad potencial, la hay desde la 'presentación conjunta', que no hace más que poner en marcha la maquinaria judicial para solucionar, de alguna de las dos maneras que prevé la ley, la controversia ya existente en el matrimonio".

"A más, no veo de manera alguna la existencia de un 'mutuo consentimiento', toda vez que la presencia de éste no basta para lograr la separación. El juez no homologa simplemente el acto procesal bilateral formulado en la presentación; su decisión no le da, tampoco, autenticidad, ni certifica la existencia de un mero requisito formal. En realidad, luego de fracasar al avenimiento -la primera de las maneras de componer el conflicto- se dicta una verdadera sentencia donde se aprecia en el fuero íntimo del magistrado, la entidad de las 'causas graves' -manifestación de la controversia recíproca y fundamentación de las pretensiones litigiosas- y se decretará o desestimaré, según el caso, la separación".

"Este decisorio -que a mi entender estará revestido de los caracteres de la cosa juzgada material- se expide 'frente' a cada cónyuge, con lo que obviamente, cada uno de ellos reviste técnicamente el papel y legitimación de parte (conf. Augusto Mario Morello, 'Carácter contencioso del proceso de separación personal por mutuo consentimiento', 'Jurisprudencia Argentina' 1968-VI-388)".

"Quizás otra pudo ser la solución en supuesto de haberse sancionado la norma que ideara la Comisión Redactora de Reforma al Código Civil, donde la intervención del magistrado se limitaba a homologar el acuerdo de voluntad común en caso de fracasar el intento de conciliación (como lo fijaban también las dos legislaciones que sirvieran de fuente al precepto, la brasileña y la italiana)".

"Habiendo determinado ya, a mi entender, el carácter contencioso que reviste la norma del art. 67 bis ley 2393 resta ahora considerar la eficacia de la retractación unilateral efectuada en tiempo inoportuno".

"Estando el proceso constituido por una serie de actividades humanas, dirigidas a la consecución de un objeto común, la sentencia (conf. Calamandrei, 'Instituciones de derecho Procesal Civil', pág. 242), estas actividades de los sujetos procesales deben concatenarse especial y temporalmente, siguiendo un determinado orden lógico y produciéndose a la hora señalada por la ley; de no ser así, se produce la pérdida de la facultad procesal, por el solo hecho de haberse alcanzado los límites establecidos por la ley para su ejercicio (conf. Chiovenda, 'Instituciones', Tomo III,

pág. 277). De esta manera por obra del instituto de la preclusión, las facultades procesales de las partes deben ejercerse en el término adecuado y siguiendo un predeterminado orden legal".

"Ergo, y volviendo al 'subdiscussio', estimo que la norma del art. 67 bis de la ley 2393 permite a los cónyuges retractar su voluntad hasta la celebración de la segunda audiencia prevista por el aludido precepto, inclusive. Luego de tal oportunidad gobierna el tema con total imperatividad el principio de la preclusión de los actos procesales".

En cuanto a los vicios del consentimiento denunciados, debieron ser ellos motivos de un pedido de nulidad de las presentaciones que se decían afectadas. En cambio, y sin siquiera requerir tal declaración, no puede la parte convalidar un desistimiento que es inadmisibile, como lo ha establecido la doctrina de esta Corte.

Por consiguiente, considero que la impugnación es procedente, atento a que se ha violado la doctrina legal reseñada (art. 279, C.P.C.C.), por lo que se revoca la sentencia impugnada remitiéndose los autos al juez de primera instancia para que continúen según su estado; con costas (art. 68, C.P.C.C.).

Oído el señor Subprocurador General, voto por la afirmativa.

El señor Juez doctor Negri, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Roncoroni, votó también por la afirmativa.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Hitters dijo:

Tal como ha concluido mi distinguido colega doctor Roncoroni, y en adhesión a su voto, considero que el recurso debe prosperar.

Si bien la doctrina legal que el recurrente denuncia como violada ha sido elaborada por este Tribunal (Ac. 19.521, sent. del 28-V-1974), a la luz de lo dispuesto por el art. 67 bis de la ley 2393 (norma actualmente derogada) entiendo que no existe óbice alguno para mantener el mismo entendimiento, ahora sobre la base de lo preceptuado en el art. 236 del Código Civil, actualmente vigente y en el caso involucrada. Este último precepto, en los aspectos que han sido relevantes para sentar aquella doctrina legal, más allá de su distinta redacción, se mantiene sustancialmente inalterado.

De este modo y como he adelantado, sin perjudicar lo que también es parecer de esta Corte en cuanto a que la doctrina legal no pervive más allá de la vigencia de la norma a que está referida (Ac. 45.860 y 46.096 del 26-XI-1991 y 17-III-1992 respectivamente, entre otros), el recurso por las razones esgrimidas debe prosperar, revocándose el pronunciamiento dictado por el tribunal de alzada, debiendo seguir el proceso según el estado que tenía a la fecha del desistimiento

que, y como se viene propiciando, debe ser revocado.

Voto por la afirmativa.

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo:

1. La sentencia de primera instancia hizo lugar al desistimiento unilateral de la acción de divorcio por presentación conjunta formulado por N. E. A. -luego de haberse celebrado la segunda audiencia prevista en el art. 236 del Código Civil (t.o. ley 23.515; cfr. fs. 19) y de prestada la conformidad por la señora Agente Fiscal (fs. 21 vta.)-, por aplicación de lo normado en el art. 304 del Código Procesal Civil y Comercial, declarando extinguido el proceso, con costas (fs. 75/76).

2. Apelado el pronunciamiento, la alzada lo confirmó haciendo hincapié "en las particularidades del 'sub lite'" (fs. 109/114 vta.).

Si bien consideró que el "meollo de la controversia" consistía en la posibilidad de "otorgar validez al desistimiento formulado luego de la segunda audiencia" de divorcio (fs. 110 vta.), siendo que, en principio, esa manifestación no consensuada carecía de efectos una vez superada aquella etapa procesal, concluyó que, en definitiva, le correspondía al juez apreciar "las causales expuestas por los cónyuges" para decretar el divorcio, así como también las que fundaron el desistimiento del proceso (fs. 112, in fine y vta.). En cuanto a este último aspecto, ponderó el estado de la causa penal (I.P.P. 8310) en la cual la esposa denunció al señor C. A. K. por el delito de amenazas vinculadas con el juicio de divorcio por presentación conjunta, alegando haber sido obligada a su tramitación, dado que se había rechazado la suspensión del juicio a prueba y el sobreseimiento reclamados por el imputado, habiendo ordenado el juez correccional continuar con el trámite de la investigación.

Estimó también que la existencia de una acción penal en trámite -que incluye declaraciones de los hijos del matrimonio (fs. 113)- descartaba la configuración de un ejercicio abusivo del desistimiento, por cuanto la viabilidad de aquél con posterioridad a la segunda audiencia de divorcio estaba centrada en la necesidad de "... evitar, fundamentalmente, el ejercicio abusivo de ese derecho" (fs. cit.).

Concluyó afirmando su razonamiento en las características del proceso de "divorcio consensual" y en las circunstancias del caso, todo lo cual justificó la decisión del juez de hacer lugar al desistimiento peticionado, al no advertirse un "ejercicio abusivo de esa facultad" (fs. 113 vta.). Por ello confirmó el fallo de la instancia de origen, imponiendo las costas al apelante vencido (art. 68, C.P.C.C.; fs. cit.).

3. El pronunciamiento referido es controvertido por el señor C. A. K. , quien interpone el recurso de inaplicabilidad de ley bajo estudio (fs. 125/132). En lo esencial, acusa la violación del art. 236 del Código Civil y de la doctrina legal de la

causa Ac. 19.521 (sent. de 28-V-1974), reclamando la revocación del pronunciamiento impugnado.

Sustenta sus agravios, de un lado, en la imposibilidad legal "de la retractación unilateral con posterioridad a haberse celebrado la segunda audiencia de conciliación entre las partes", por haber operado el instituto de la preclusión (fs. 131). Del otro, en la inexistencia de poderes atribuibles al juzgador "para considerar" las causales alegadas por el "cónyuge arrepentido" e incluso para ponderar si tal proceder comporta "un ejercicio abusivo del derecho para justificar su decisión de homologar el pretendido desistimiento" (fs. 131, in fine y vta.).

4. A fs. 194/195 vta. obra el dictamen del señor Subprocurador General, quien propicia el rechazo del remedio articulado, partiendo del criterio de que la doctrina legal de la Corte "no pervive más allá de la vigencia de la norma a la que estaba referida", lo cual descarta la aplicabilidad de la invocada en el caso, por haber expirado en atención a la derogación del art. 67 bis de la ley 2393 (cfr. doctr. Ac. 45.860, sent. de 26-XI-1991; Ac. 46.096, sent. de 17-III-1992, entre otros). Además, el citado órgano pone de relieve en su intervención un déficit impugnativo que atribuye al recurrente: desentenderse del principal argumento formulado por la alzada, en cuanto a que la tramitación de una causa penal por el posible delito de amenazas para obtener el "consentimiento" de la esposa en el juicio de divorcio, permitía descartar la posibilidad de un ejercicio abusivo del desistimiento. De allí deduce la insuficiencia del recurso para demostrar la infracción legal invocada (art. 279, C.P.C.C.).

5. En mi opinión, la impugnación debe prosperar.

Es verdad -como se sostiene en el voto del doctor Hitters, coincidiendo en ello con lo dictaminado por el señor Subprocurador General- que la doctrina legal no pervive más allá de la vigencia de la norma cuya interpretación ha consagrado (Ac. 45.860 y Ac. 46.096 cits., entre otros) como también lo es que en la especie la que se aduce como infringida (Ac. 19.521 cit.) fue elaborada por esta Corte a la luz de lo dispuesto por el art. 67 bis de la ley 2393, ya derogada (ley 23.515).

De todos modos, tal como lo puntualiza el referido colega, lo expuesto no impide mantener, más allá de la distinta redacción de los preceptos legales comprometidos, el criterio acuñado en doctrina legal sustentada en los precedentes referidos, en lo tocante a la imposibilidad de que uno de los cónyuges pueda desistir unilateralmente del divorcio vincular por presentación conjunta luego de haberse celebrado las dos audiencias y antes de la sentencia, aunque, ahora, sobre la base de lo que prescribe el art. 236 del Código Civil (t.o. ley 23.515), de aplicación al sub iudice.

Es necesario, empero, dejar a salvo algunas precisiones, en atención a los aspectos

que difieren de la situación considerada en el anterior precedente de esta Corte.

En la causa Ac. 19.521 se resolvió que en el régimen del art. 67 bis de la ley 2393 (t.o. según ley 17.711), la retractación unilateral de uno de los cónyuges no era eficaz cuando se manifestaba luego de haberse celebrado la segunda audiencia que aquel precepto preveía y estando consentido por las partes el llamamiento de autos dispuesto en el expediente (cfr. art. 481, C.P.C.C.), ante el dictamen favorable de la señora Agente Fiscal. Obsérvese que el art. 482 del Código procesal citado le otorga carácter preclusivo a ese acto, en cuanto dispone que "[d]esde el llamamiento de autos quedará cerrada toda discusión y no podrán presentarse más escritos ni producirse más pruebas...". Además, no surge de ese precedente que el peticionario "arrepentido" hubiere alegado algún vicio de la voluntad que pudiera conllevar la nulidad del proceso incoado.

Sobre la base de considerar que aquel tipo de divorcio comporta "un proceso de características atípicas" que, en general, "participa fundamentalmente de las notas definidoras de la jurisdicción contenciosa", en dicho precedente el tribunal concluyó que hasta la celebración de la segunda audiencia cualquiera de las partes podía echar mano al desistimiento. Pero, luego de tal oportunidad, la preclusión gobernaba el despliegue de los actos [y el ejercicio de las facultades] procesales, tornando intransitable aquel camino.

El sub lite presenta dos aspectos diferentes.

Por un lado, luego de celebrada la segunda audiencia prevista en el art. 236 del Código Civil y del dictamen favorable de la señora Agente Fiscal, el tribunal sin más trámite se hallaba habilitado para dictar la sentencia de divorcio vincular. Por el otro, para justificar el desistimiento unilateral del proceso expresado tardíamente se ha alegado un vicio de consentimiento.

No está discutida en autos la índole contenciosa, voluntaria o atípica del proceso regulado por el tantas veces citado art. 236 del Código Civil. Por ende, no huelga pronunciarse sobre si, en puridad, el desistimiento de cualquiera de los cónyuges es admisible en aquel momento sólo si este tipo de procesos es de carácter voluntario o, a la inversa, si tal posibilidad está vedada por el principio de preclusión, al tratarse de un procedimiento contradictorio.

Lo cierto es que el dispositivo legal bajo aplicación establece normas de fondo y también contempla enunciados reguladores de aspectos procesales del divorcio por presentación conjunta. En lo que atañe a estos últimos, le acuerda a los cónyuges la posibilidad de "desistir" de la pretensión, v. gr. si "no comparecieran personalmente" a las audiencias, en cuyo caso, "el pedido no tendrá efecto alguno". También, obviamente, si concurren pero manifiestan su arrepentimiento.

En cambio, nada se dice en el art. 236 sobre la facultad de desistir con

posterioridad a la segunda audiencia, omisión que torna aplicables las reglas previstas en los respectivos códigos rituales.

Desde esta perspectiva, el desistimiento contemplado en el art. 304 del Código Procesal Civil y Comercial sólo es viable ante una presentación común de las partes (primer apartado), o ante la petición de una de ellas con la conformidad posterior de la contraria (apartado segundo). En cambio, si mediare oposición, aquél carecerá de eficacia y proseguirá el trámite de la causa (art. 304, apartado segundo, última alternativa, C.P.C.C.).

Bajo estos parámetros, la facultad del órgano jurisdiccional se limita a evaluar si las causas originarias invocadas por las partes y mantenidas en las respectivas audiencias justifican acoger la pretensión de divorcio vincular, independientemente de que en su valoración pueda ponderar si las nuevas alegaciones de quien ha desistido inoportunamente revisten una entidad tal que aconsejan su rechazo. Adviértase, además, que el desistimiento unilateral resistido por el otro cónyuge no predica elemento valioso alguno sobre una posible reconciliación o siquiera una voluntad real tendente a una reconstitución futura de la unión matrimonial.

Por fin, en cuanto a los presuntos vicios del consentimiento, tal como se resuelve en el voto del doctor Roncoroni, la parte debió requerir por la vía pertinente la declaración de nulidad de las presentaciones que aduce afectadas, sin lo cual, se halla vedado su intento de restar virtualidad a los actos preclusivos operados.

Todo ello, y las demás razones concordantes expuestas en los votos de los doctores Hitters y Roncoroni, me convencen sobre la procedencia del recurso interpuesto. En suma, corresponde acogerlo, revocar la sentencia impugnada y devolver los autos a la instancia para que continúe el proceso según su estado, con costas (art. 68, C.P.C.C.).

Voto, pues, por la afirmativa.

La señora Jueza doctora Kogan, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Soria, votó también por la afirmativa.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

SENTENCIA

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, oído el señor Subprocurador General, corresponde hacer lugar al recurso interpuesto, revocar la sentencia impugnada y devolver los autos a la instancia de origen para que continúe el proceso según su estado, con costas (arts. 68 y 289, C.P.C.C.).

El depósito previo efectuado deberá restituirse al interesado.