

Causa N° 77.888/J.F.N°3

Reg. Int. N° I-79/21.

Expte. N° SM7796/2020

Sala Segunda.

“G., C. V. c/ U., C. S. s/ DIVORCIO POR PRESENTACION UNILATERAL”.-

General San Martín, abril 28 de 2021.

VISTO:

El recurso de reposición con apelación en subsidio interpuesto con fecha 03/09/2020 contra la providencia de fecha 01/09/2020, la resolución de fecha 05/10/2020 que desestimó la revocatoria y concedió el recurso ante esta Alzada y, la contestación de agravios de fecha 12/10/2020.

Y CONSIDERANDO:

I. La manda cuestionada dispuso dar por perdido el derecho a contestar demanda. Ello pues, pese a encontrarse notificado el cónyuge mediante la utilización del servicio de WhatsApp al número de teléfono 11-6197-4468 el día 28 de julio de 2020 no contestó tal traslado y, en consecuencia, la Sra. juez “a quo” pasó los autos a sentencia, aunque previa vista al Sr. Agente Fiscal.

Asimismo, la magistrada señaló –entre otros fundamentos- que si bien la modalidad de notificación utilizada no se encuentra prevista dentro de nuestro ordenamiento procesal (arts. 135, 143 y ccdtes. del CPCC) y sólo ha sido establecida para casos contemplados en la Ley de Protección contra la violencia familiar (Res. 10/20 SCBA), ello no es obstáculo para admitirla como nueva forma de comunicación procesal en época de emergencia sanitaria, y más aún cuando es una de las formas más usuales de intercambio social mundialmente aceptada (ver resolución de fecha 01/09/2020).

II. La Fiscal General Adjunto Departamental recurrió tal decisión.

Señaló la falta de cumplimiento de lo normado por el art. 135 inc. 1° del CPCC.

Indicó que mediante la Resolución N° 12/20 del 20/03/2020 dictada por la SCBA dentro del marco excepcional por pandemia – Covid 19- se ha autorizado el anoticiamiento informal por cualquier medio telemático ante el dictado de medidas de protección dadas en situaciones de violencia familiar, no encontrándose, en cambio, previsto tal extremo para el traslado de la petición de divorcio.

Manifestó que la notificación del traslado de divorcio importa un acto procesal de comunicación destinado a poner en conocimiento del otro cónyuge el pedido de disolución del vínculo matrimonial. Tal acto exige por un lado certeza en el conocimiento de las actuaciones y por otro la fijación de una fecha concreta que determinaría el inicio de la disolución de la comunidad de bienes. Dicha fecha reviste elemental importancia toda vez que es el punto de partida de numerosos derechos y obligaciones tanto para los integrantes del matrimonio como también para terceros.

Señaló que el Ministerio Público no es ajeno a la situación excepcional que atraviesa el país, pero en un pedido de divorcio no se encuentra “prima facie” acreditada la situación excepcional que avalaría la notificación por WhatsApp y arguye que ello atentaría contra la seguridad jurídica.

En función de ello requiere se revoque la providencia atacada, debiendo notificar el traslado de la acción conforme lo dispuesto en el código de rito.

III. A su turno, la actora indicó que la notificación mediante utilización del servicio de WhatsApp fue autorizada por V.S. y además, a la fecha de cursarse el anoticiamiento del traslado de la demanda se estaba atravesando una fase del ASPO más rigurosa que la actual por lo que las Oficinas de Mandamientos y Notificaciones no se encontraban en actividad y la circulación en las calles era muy limitada.

Requiere que por economía y celeridad procesal se notifique al demandado mediante carta documento.

IV. Ingresando al análisis del recurso planteado la señora juez, Dra. Verónica Paula Valdi dijo:

Si bien hasta el momento he sostenido como juez de esta Sala y de la Sala III de este Tribunal que resultaban inadmisibles los medios alternativos de notificación –como el WhatsApp o la carta documento- para anotar el traslado de la demanda de divorcio, una nueva revisión y análisis del tema generan en mi la convicción de que debo modificar tal criterio y admitir el empleo de tales vías, pues entiendo que no existe riesgo ni perjuicio para las partes, dado que en el caso particular del divorcio no hay pleito propiamente dicho al tratarse de una petición que puede resolverse de manera unilateral. Por ello, la manda judicial que dispone el traslado de esa postulación puede ser anotada a través de medios de comunicación alternativos como en este caso el WhatsApp, sin alterar el derecho defensivo de la contraria (Conf. Causa N°

274876, "Baldaro, Marcelo Horacio c/ Santucho, María Cecilia s/ Divorcio por Presentación Unilateral, Cámara de Apelación La Plata del 13/04/2021).

V. A la misma cuestión, el señor juez, Dr. Carlos Ramón Lami dijo:

a) Si bien la petición unilateral de divorcio prevista en el art. 438 del Código Civil y Comercial de la Nación podría argumentarse que no se trata técnicamente de una "demanda", dado que el requerido puede objetar el contenido del proyecto del convenio regulador, mas no la procedencia del divorcio, no comparto el criterio de mi colega preopinante.

Ello pues, aún cuando el divorcio es incausado y basta la voluntad de uno o ambos cónyuges para que sea decretado, de la petición unilateral de divorcio y por extensión, de la propuesta reguladora en él contenida, debe correrse traslado al otro cónyuge y debe realizarse personalmente o por cédula (conf. art. 135 inc. 1° del CPCC), sin que hasta la fecha exista excepción alguna a tal forma de anoticiamiento.

b) Recientemente he señalado como integrante de la Sala I de esta Excma. Cámara en la Causa N° 77.878 del 22/04/2021 (RS N° D-56/21), que del real anoticiamiento de la petición de divorcio depende la posibilidad de que la otra parte pueda formular otra propuesta reguladora distinta y la de ofrecer prueba instrumental e informativa conforme lo normado por el art. 438 del Cód. Civil y Comercial. Consecuentemente, y teniendo en cuenta la relevancia del mentado acto procesal, este debe revestir las formalidades específicas que tienden al resguardo de la garantía constitucional del derecho de defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional, art. 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires) por lo que, en la apreciación del cumplimiento

de tales formalidades y recaudos, hay que seguir un criterio restrictivo (art. 135 inc 1 del CPCC; arg. arts. 438 y 439 del CCyC, art. 3. ap. "c" inc. 2 segundo párrafo de la Res. 10/20 de la SCBA).

En ese orden de ideas, el artículo 135 inc. 1 del CPCC, establece que la resolución que dispone el traslado de la demanda, de la reconvencción y de los documentos que se acompañen en sus contestaciones, debe ser notificada personalmente o por cédula y, a su turno, el artículo 338 del mismo cuerpo normativo, en su parte pertinente, al referirse a la notificación del traslado de la demanda, establece: "La citación se hará por medio de cédula que se entregará al demandado en su domicilio real". Dicha norma y las siguientes, contemplan un procedimiento muy específico y, además, obligatorio, a fin de que los sujetos demandados tomen efectivo conocimiento de la existencia del pleito. Su fundamento reside en la necesidad de otorgar plena operatividad a la garantía constitucional de defensa en juicio, receptada en el 18 de la Constitución Nacional.

Por lo tanto, en el caso, no es viable la utilización de un medio alternativo (WhatsApp o carta documento), que resulte idóneo a los efectos previstos en las citadas normas. Ello pues es la ley misma la que, expresamente, descarta la posibilidad de acudir a ellos para el acto procesal que aquí se procura anotar y en modo alguno encuentro motivos para modificar el criterio que se venía sosteniendo por las tres Salas del Tribunal; máxime frente al estado de progresivo avance en el funcionamiento de las Oficinas de Mandamientos y Notificaciones.

Comparto así el criterio sostenido por la Sra. Fiscal recurrente en cuanto a que la notificación de la demanda tiene especial

trascendencia en el proceso, pues de su regularidad depende la válida constitución de la relación procesal y la efectiva vigencia del principio de bilateralidad. Por esa razón, la ley reviste ese acto de transmisión de formalidades específicas que tienden al debido resguardo de la garantía constitucional de la defensa en juicio (Cám.. Civ. y Com. Quilmes, Sala 2", 11/7/2000, "Giménez Tizzano c/Soto, Claudia M. y otro s/daños y perjuicios", citado por Camps C.E. en "Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires. Anotado, comentado, concordado", segunda edición, tomo II, página 1085, Abeledo Perrot, año 2012).

Súmase a ello -sin mayor esfuerzo de análisis- los trascendentes efectos de la sentencia de divorcio, que mal se pueden minimizar en el inadecuado andarivel de la jurisdicción voluntaria, pues su dictado abastece el fundamento vital y trascendente de la fecha de disolución de la sociedad conyugal (arts. 435 inc. "c" y 475 inc. "c" del CCyCN), la tipificación de los bienes adquiridos como propios o gananciales (arts. 464 y 465 del CCyCN), la constitución y asignación de deudas (arts. 467 y 468 del CCyCN), la perduración en la administración y gestión de la sociedad conyugal (arts. 469 y sgtes. del CCyCN), el arranque del plazo para solicitar la partición de la comunidad (art. 496 del CCyCN), la perduración de la obligación de requerir el asentimiento conyugal para ciertos actos (art. 456 del CCyCN), la revocación tácita del mandato entre cónyuges (art. 459 del CCyCN), y el inicio de los plazos de caducidad para reclamar ciertos derechos, como el de las compensaciones (art. 442 del CCyCN), el marco de perduración del bien de familia (art. 14 bis de la C.N.), hoy vivienda familiar (arts. 244 y sgtes. del CCyCN) y la atribución de la vivienda luego del divorcio (arts. 443/445 del CCyCN), y ni que hablar sobre los

derechos de terceros, de orden patrimonial, por el principio de garantía común (arts. 242 y sgtes. del CCyCN), como de orden estrictamente familiar.

Estos aspectos expresados a mero título enunciativo y con la legislación ahora vigente, determinan la trascendencia de la sentencia de divorcio y su fecha, por la cual, los requisitos de admisibilidad de su dictado adquieren -como lo es la debida notificación del inicio del proceso que a ella inexorablemente conduce- especial verificación de su correcta configuración.

Y sobre este piso de marcha (al decir de Augusto Mario Morello), y expectantes en su dictado, poco importa su cauce originario, o sea si proviene de un divorcio contradictorio, de un proceso por presentación conjunta (art. 67 bis del C.C.) o de un mal llamado divorcio "express", pues sus efectos son similares -mutatis mutandi- al del nuevo estatuto reseñado. Ergo, mal puede esmerilarse su valor con argumento en su origen de postulación unilateral o del inevitable acogimiento. Por naturaleza, sus efectos son hijos de una misma fuente: la disolución vincular (arts. 435 y sgtes. del CCyCN).

Y desde otro lado y reforzando argumentos, se puede notar el doble basamento de ese proceso -que es a su vez requisito de admisibilidad legal- fincante en la propuesta de convenio regulador, de amplísimo objeto y contenido, institucional y patrimonial, sobre los cónyuges, sus hijos y terceros, como la imperiosa necesidad de su sustanciación e interpelación de aporte de contra propuesta de acogimiento o disenso, con requerimiento legal fundamentación y acompañamiento de elementos de prueba fundantes de su postura, según reza el artículo 438 del Código Civil y Comercial.

Reitérase aquí aquello de la trascendencia de los derechos en juego (art. 17 de la C.N.), que reclaman para su actuación y

salvaguarda del ejercicio debido del derecho de defensa (art. 18 de la C.N.), lo cual conlleva a satisfacer la exigencia de una notificación fehaciente e indudable (art. 135 inc. 1 del ritual), sin sospecha alguna de ilegitimidad y con día y hora de anoticiamiento certero e insusceptible de ataque alguno (art. 34 inc. 5 ap. "b" del CPCC), por la seguridad jurídica que exigen los efectos reseñados en las revisadas instituciones y sus consecuencias trascendentales, poniendo en valor y jerarquizando la institución matrimonial, así fuera en el disenso, en salvaguarda de los integrantes de la familia.

Y pasando a la notificación por WhatsApp, la misma no se encuentra autorizada, toda vez que -como bien señala la magistrada de grado- ha sido excepcionalmente autorizada por la S.C.B.A. en la Resolución de Presidencia 10/20 complementada por la 12/20 para casos de violencia familiar con fundamentos en la urgencia que amerita tal flagelo social y circunstancialmente en la emergencia sanitaria. Ello implica la existencia de una norma legal (ley en sentido material), emitida por el Poder Judicial en ejercicio de la función legislativa del Estado asignada a uno de sus órganos en lo que la doctrina denomina "zonas de interferencias", constitucionalmente atribuidas.

Por tanto, y como estatuto legal, mal puede ser interpretado analógicamente o por extensión, a supuestos no contemplados, pues lo contrario implicaría asignar al juez funciones legislativas no comprendidas en las zonas señaladas ut supra. Ello en virtud de las prescripciones emergentes del artículo 2 del Cód. Civil y Comercial, de la prelación normativa que surge de la pirámide de Kelsen y atento a que dicha interpretación extensiva, estaría vinculada a una laguna legal; por demás inexistente en autos, ante las distintas normas y su jerarquía, que regulan la



cuestión sub-examine. Y menos desde la norma existente específica para la regulación de la notificación, "migrar" a las Resoluciones 10/20 y 12/20, previstas para un caso de suma urgencia y gravedad nutrido y con fuente en situaciones de violencia, inseguridad y emergencia, a precisas, específicas y tradicionales reglas establecidas en tributo de la seguridad jurídica y la defensa en juicio; socolor de la unilateralidad e inexorabilidad del divorcio; a espaldas de los señalados efectos que produce, similares y hasta más extensos que sus antecesores "contradictorio" y por "presentación conjunta", a los cuales el legislador del año 2015 adiciona el traslado de la propuesta de convenio regulador y sus nada desdeñables consecuencias.

La ley debe interpretarse acorde a sus finalidades (art. 2 antes citado); esto es según la voluntad del legislador y por vía de interpretación extensiva no hacerle decir lo que no dijo, e interpretar su espíritu con un criterio teleológico y la Resoluciones 10/20 y 12/20 migradas analógicamente al artículo 135 inc. 1 del CPCC y sus concordantes, se refieren a un caso puntual (violencia de género, denuncia, comunicaciones y notificaciones en tal contexto temático), inmerso en la emergencia sanitaria y de actuación de la justicia, hoy modificada por distintas normas, como el funcionamiento de la Oficinas de Notificaciones.

Escenario totalmente ajeno a un divorcio y al tratamiento de un convenio sobre una miríada de pretensiones, derechos y obligaciones abarcativas de un amplio universo de cuestiones de abordaje sereno y meditado, y me interrogo sin respuesta ¿dónde esta la analogía?

Se ha dicho que las normas excepcionales (y las Resoluciones 10/20 y 12/20 lo son y para un caso puntual), son de interpretación

restrictiva (C.F. 12/02/63, J.A. 1963-VI-4, 524), principio que veda la aplicación analógica y que para que proceda ésta última, es menester: que no exista disposición expresa que contemple el caso (y he expresado ut supra que sí la hay), que exista entre el caso previsto y el sometido a examen afinidad del hecho (he dejado marcada sus diferencias), que por las razones que tuvo el legislador para establecer la norma, sean de aplicación al caso no previsto (a mi criterio circunstancias en todo diferentes, no siendo un caso no previsto), y que la aplicación analógica conduzca a un resultado racional (llevó, en el presente caso, a la pérdida del derecho a contestar demanda) (conf. Salas Acdeel. Código Civil Comentado, Tomo I, pág. 17).

c) Además, remarco que ninguna de las resoluciones dictadas por la S.C.B.A. en el contexto de emergencia sanitaria han habilitado una interpretación diversa de los alcances tanto del citado artículo 135 como del artículo 143 del ritual, en relación a la notificación de la demanda, ni tampoco se ha autorizado -excepcionalmente- que una diligencia tan trascendente como ésta, pueda ser notificada por medios alternativos, como ser la aplicación Whatsapp o la carta documento.

d) También destaco que a partir del dictado de la Res. 1250/20 de la S.C.B.A. (del 18/11/2020), en la que se establecieron las nuevas pautas de prestación del servicio de justicia de los órganos jurisdiccionales y administrativos pertenecientes a la Administración de Justicia, en función del cese del A.S.P.O. decretado por el Gobierno Nacional y su reemplazo por las medidas de distanciamiento social, preventivo y obligatorio, se han regulado -entre otros tópicos- los criterios a seguir para el restablecimiento paulatino del servicio por parte de las Oficinas de Mandamientos y Notificaciones, lo que

implica, en la práctica, la posibilidad de efectuar la notificación del traslado de la demanda por los medios legalmente previstos al efecto.

A mayor abundamiento, debo agregar que, en mi criterio, el sistema de notificación instantánea, a través de redes sociales y telefónicas, carece de total garantía de fidelidad en cuanto a las distorsiones, hackeos, intervenciones y mutaciones que pueden sufrir y que la titularidad de la línea mal puede garantizar el uso por el adquirente del servicio, a veces afectado a fines familiares, corporativos, de comunidad, etc.; máxime cuando en un matrimonio la línea puede estar a nombre de uno de los cónyuges y ser usado por el otro, o por los hijos, etc. Además, subir a las redes sociales cuestiones estrictamente personales, del interés de menores, del patrimonio familiar o conyugal, las cuales pueden ser errónea o voluntariamente reenviadas con facilidad a terceros, implica una grave lesión a principios de primer rango como el derecho a la privacidad, en palmaria trasgresión a los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, 51, 52, y 53 del Código Civil y Comercial respecto de la dignidad de la persona y con responsabilidad de los Funcionarios que los ordenen o autoricen (a salvo las cuestiones de urgencia y preservación de la salud y la vida en circunstancias expresamente previstas por las Resoluciones 10/20 y 12/20 de la S.C.B.A.), y específicamente por los artículos 706 y 708 del Código Civil y Comercial, en materia de Familia, de tutela del acceso limitado a las actuaciones, reserva de obrados, como preservación de las mismas en tan delicada materia (notificación con copias reservadas que tutela además el artículo 139 del CPCC en pos del decoro de los comprometidos, bajo sobre cerrado por el actuario y que en esta forma de notificación del divorcio y propuesta de convenio, se propala por las nubes informáticas).

Por todo lo expresado, no será mi voto en las presentes el que convalide pretorianamente tal forma de anoticiamientos en la materia.

VI. A la luz de la disidencia de opiniones habida entre los señores jueces preopinantes, lo que impide un pronunciamiento unánime en la presente, haciéndose uso de la facultad prevista en los arts. 35 y 36 de la Ley 5827, se integra la Sala Segunda en este acto con la única Vocal hábil de esta Excma. Cámara, Dra. María Silvina Pérez (conf. Ac. Ext. N° 666 del Tribunal), quien analizando la cuestión traída a revisión dijo:

Basándome en las razones que hasta ahora he sostenido como juez integrante de la Sala III -Causa N° 77.338 del 04/03/2021, entre muchas otras- y como juez de la Sala I -Causa N° 77.878 del 22/04/2021-, adhiero, por sus fundamentos, al voto del señor juez Dr. Lami.

VII. Por todo ello y normas “supra” indicadas, por mayoría, SE RESUELVE:

1º) REVOCAR el proveído dictado con fecha 01/09/2020, debiendo darse debido cumplimiento con lo dispuesto por los artículos 135 inc. 1º y 139 del CPCC.

2º) NO IMPONER costas de Alzada atento la oficiosidad de la resolución recurrida (art. 68 segundo párrafo, CPCC).  
REGISTRESE. DEVUELVA. FIRMADO DRES. VERONICA PAULA VALDI,  
CARLOS RAMON LAMI, MARIA SILVINA PEREZ Y CLAUDIO ALBERTO NETTI  
(SECRETARIO).-

CAMARA DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL SALA II - SAN MARTIN