

San Rafael, 16 de setiembre de 2.015.-

AUTOS Y VISTOS:

Estos autos n° 27.197/19.973/11, caratulados: "M. O. A. C/ M. C. P/ DIVORCIO V. CONTENCIOSO", originarios del Juzgado de Familia de General Alvear, de esta Segunda Circunscripción Judicial, llamados autos para resolver a fs. 136, y

CONSIDERANDO:

I.- ANTECEDENTES Y RECURSO

Surge de las actuaciones:

A fs. 18/19, en fecha 17/10/2011, compareció el Sr. O. A. M., promoviendo demanda de divorcio vincular a los términos del art 214 inc. 2 del Código Civil -separación de hecho sin voluntad de unirse- en contra de la Sra. M. C.-

A fs. 47/49, en fecha 19/03/2012, contestó demanda la Sra. M. C., solicitando su rechazo, y asimismo introdujo reconvenición por la causal subjetiva del art. 202 inc. 4 del Código Civil -injurias graves- .-

A fs. 52/56, en fecha 16/04/2012, contestó reconvenición el Sr. O. M., solicitando su rechazo.-

A fs. 86 y vta., en fecha 29/08/2013, la Sra. Jueza de Familia dictó auto de admisión y sustanciación de pruebas. Entre otras cuestiones, ordenó que la prueba que no fuese de producción oral se produjera antes del día 27/09/2013; fijó audiencia de vista de causa para el día 17/10/2013; y limitó la prueba testimonial ofrecida por la demandada a sólo dos testigos, de acuerdo a las facultades de los arts. 46 del C.P.C. y 83 de la Ley 6.354.-

La apoderada del actor se notificó de tal resolución en el expediente, en fecha 17/09/2013, conforme constancia de fs. 87.-

A fs. 88 y vta., la parte actora dedujo recurso de apelación en con-tra del auto de admisión y sustanciación de pruebas.-

La Sra. Jueza a-quo calificó el recurso como reposición, y corrió vista a la demandada.-

Incidente de nulidad

A fs. 91/92, en fecha 04/10/2013, y luego de ser notificada de la vista del recurso de reposición, la parte demandada dedujo incidente de nulidad en contra del auto de admisión y sustanciación de pruebas.-

El primer argumento sostenido se vinculaba a la falta de notificación por cédula de tal resolución, en infracción al art. 68 inc. XIII, V, X y XLV. Manifestó que tal ausencia de notificación perjudicó a su parte, por haberse visto impedida de concretar las diligencias de prueba.-

El otro argumento se encontraba referido a la omisión de tres testigos ofrecidos, sin fundamento alguno.-

A fs. 99/100 contestó traslado del incidente de nulidad la parte actora.-

Resolución apelada

A fs. 104 y vta., en fecha 27/02/2014, la Sra. Jueza de Familia rechazó el incidente de nulidad interpuesto por la demandada, considerando que no se había incurrido en vicio de forma alguno, ni violación de ninguna norma procesal en el dictado de la resolución atacada. Que tampoco podía tenerse por cumplida la exigencia de la invocación de interés jurídico derivado de un perjuicio cierto, ya que la nulidisciente debía precisar el perjuicio concreto sufrido y las defensas que no pudo producir, extremo no cumplido en la presentación. Que debían las partes proceder a la notificación por cédula del auto de fs. 86 y vta., en virtud de la carga que les correspondía. Que no podía hablarse válidamente de indefensión. Impuso las costas a la incidentante, por resultar vencida.-

Fundamentos del recurso

A fs. 108, la demandada dedujo recurso de apelación en contra de la resolución precedente, fundando el mismo a fs. 116/118 y vta.-

Alegó que sí se incurrió en un vicio de forma, atento a que se incumplió con la manda del art. 68 del C.P.C., de notificar por cédula el auto de admisión y sustanciación de prueba, que determinaba un plazo exiguo para la integración de la prueba. Que la notificación estaba a cargo del Tribunal o de la actora que había impulsado el procedimiento. Que su parte estaba liberada del control del expediente, por la paralización en que se encontraba. Que recién tomó conocimiento al notificársele un traslado de un recurso de reposición, y ya vencido el plazo para producir la prueba no oral. Que allí radicaba el perjuicio y su interés.-

Se agravió en segundo lugar de la limitación del número de testigos ofrecidos, por tratarse de un proceso ordinario, con amplio marco de conocimiento, que no podía ser modificado por el Tribunal. Que resultaba improcedente la exclusión de los testigos por causa de parentesco. Citó jurisprudencia.-

Corrido traslado de la fundamentación del recurso a la parte actora, no contestó.-

II.- LA SOLUCIÓN DEL CASO:

La aplicación de las normas del Código Civil y Comercial de la Nación a los procesos de divorcio en trámite

a.- Habiendo entrado en vigencia el pasado primero de agosto el Código Civil y Comercial sancionado por Ley 26.994, que destierra de nuestra legislación el divorcio con expresión de causa, y tratándose el presente caso de un proceso contencioso fundado en causales objetiva y subjetiva, iniciado bajo la vigencia del código derogado, necesariamente se impone que abordemos preliminarmente la cuestión relativa a la eventual aplicación de la nueva ley, puesto que tal circunstancia resultará determinante para la solución del asunto traído mediante el recurso de apelación.-

Como es sabido, el nuevo código -casi idénticamente al anterior- dispone en su art. 7º: “A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo”.-

En lo que se refiere a la interpretación del art. 7º del Código Civil y Comercial vigente, en relación a los procesos de divorcio sin sentencia firme -como el presente-, se han suscitado posiciones enfrentadas, que intentaremos reseñar brevemente.-

Por un lado, se han alzado autorizadas voces que propugnan la aplicación inmediata del nuevo régimen, como la de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, quien en una reciente obra sostiene que “las sentencias que se dicten a partir de agosto de 2015 no pueden contener declaraciones de inocencia ni culpabilidad, aunque el juicio haya comenzado antes de esa fecha, desde que la culpa o la inocencia no constituyen la relación; son efectos o consecuencias y, por eso, la nueva ley es de aplicación inmediata. En definitiva, todos los divorcios contenciosos sin sentencia, iniciados antes o después de la entrada en vigencia, se resolverán como divorcios sin expresión de causa, aun cuando exista decisión de primera instancia apelada. Dicho de otro modo, el CCyC tiene aplicación a todo juicio sin sentencia firme” (Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La aplicación del código civil y comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, Ed. Rubinzal Culzoni, 2015, p. 136).-

En términos que complementan lo anterior, la jurista mendocina ha afirmado que “para que haya divorcio, se requiere sentencia (arts. 213.3 del Cód. Civil y 435 inc. c del Cód. Civil y Comercial); se trata de una sentencia constitutiva, sin perjuicio de que algunos efectos se retrotraigan a un momento anterior. Por lo tanto, mientras no haya sentencia firme, no hay divorcio, lo que implica ... que después del 1/8/2015 si el expediente que declara el divorcio contencioso se encuentra en Cámara porque la sentencia de primera instancia fue apelada, el tribunal de apelaciones no puede ni debe revisar esta decisión a la luz del Código Civil, porque está extinguiendo una relación, y la ley que rige al momento de la extinción (el Código

Civil y Comercial) ha eliminado el divorcio contencioso” (Kemelmajer de Carlucci, Aída, “El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme”, La Ley online AR/DOC/1330/2015). Asimismo: “La extinción de la situación jurídica (divorcio) sólo puede ser declarada conforme la ley vigente al momento de la extinción ... El hecho que esa sentencia tenga efectos retroactivos a la época de la interposición de la demanda, o incluso a la época de la separación de hecho a los fines de la disolución de la comunidad de bienes, no afecta esta regla” (Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Nuevamente sobre la aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones jurídicas existentes al 1 de agosto de 2015”, La Ley online AR/DOC/1801/2015).-

Graciela Medina, en similar sentido, ha sostenido que “el estado de divorciado se adquiere con la sentencia firme. Por ende se debe aplicar el nuevo Código a todos los procesos de divorcio en trámite que no tienen sentencia firme, ya que las leyes para la adquisición del estado civil que establezcan condiciones diferentes de las que antes existían se aplican desde que comienzan a regir. Esto implica que la apelación quedará abstracta. Esto significa que el día que entre en vigencia el nuevo Código, se terminan ipso iure todos los juicios de divorcio contradictorios en trámite” (Medina, Graciela, “Efectos de la ley con relación al tiempo en el Proyecto de Código”, La Ley online AR/DOC/5150/2012).-

A tono con esta primera posición enunciada, se encuentran las sentencias dictadas por la Sala I, de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Familia de Lomas de Zamora, en la causa n° 71.822, “A. A. L. C/ C. R. S/ DIVORCIO CONTRADICTORIO”, 13/08/2015, II-LXXXI-608; la Sala IV, de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta, expte. n° 462827/14, 07/09/2015, <http://www.justiciasalta.gov.ar/images/uploads/Sala%20IVCyC462827-14.pdf>; y el voto minoritario de la Dra. Estela Inés Politino, en la sentencia de la Cámara de Familia de la Primera Circunscripción Judicial de nuestra provincia, en los autos n° 866/14, “Mauri Francisco Aníbal c/ Argañaraz Iris p/ Divorcio Vincular Contencioso”, 02/09/2015, www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=4334442143.-

En sentido contrario al expuesto, se han pronunciado autores de la talla de Julio César Rivera, quien ha señalado que, a los procesos de divorcio en trámite, “la ley nueva -de fondo- no podría aplicarse justamente porque la constitución de la relación jurídica procesal estaría consumida ... la traba de la litis hace que las partes no puedan ya modificar sus pretensiones, con lo cual la etapa de alegación y prueba se ajustará a esas pretensiones, lo mismo que la sentencia habrá de ser dictada conforme a ellas (principio de congruencia), aspecto crucial que hay que tener en cuenta al tiempo de decidir si la ley nueva se aplica a los juicios en trámite y como se aplica ... De aplicarse el CCyC es claro que lo invocado, probado y pedido por las partes no sirve para nada. Y el juez debería dictar una sentencia sin relación con lo alegado y probado y pedido. Es cierto que la sentencia de divorcio es constitutiva y que como tal debería aplicar la ley nueva. Pero también lo es que: ... Ya hemos adelantado que la sentencia que declare el divorcio sin calificación de inocencia o culpabilidad no tendría relación alguna con lo invocado, alegado, probado y pedido; y por ello violaría el principio de congruencia ... La sentencia de divorcio, tiene ciertos efectos retroactivos; concretamente la sociedad conyugal se considera disuelta a la fecha de la demanda. Con lo cual el divorcio se regiría por una ley y la disolución de la sociedad conyugal se retrotraería a un momento en el que regía otra ley” (Rivera, Julio César, “Aplicación del Código Civil y Comercial a

los procesos judiciales en trámite. Y otras cuestiones que debería abordar el congreso”, La Ley online AR/DOC/1424/2015). Similares argumentos desarrolló el mencionado autor en “Aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones preexistentes y a los procesos judiciales en trámite. Algunas propuestas”, La Ley online AR/DOC/1977/2015.-

En esta senda se enmarca el voto de la mayoría, en la reciente sentencia dictada por la Cámara de Familia de la Primera Circunscripción Judicial de nuestra Provincia, en los ya citados autos n° 866/14, “Mauri Francisco Aníbal c/ Arga-ñaraz Iris p/ Divorcio Vincular Contencioso”, 02/09/2015.-

El voto del Dr. Germán Ferrer en la causa precitada, al que ad-hirió la Dra. Carla Zanichelli, expone que “la solución que propicia la aplicación del nuevo código de fondo. implica en cierto modo, una aplicación retroactiva de la ley por cuanto ... deja de atribuir efectos a los hechos que configuraban alguna de las causales previstas por el art. 202 del anterior código civil y acaecidos durante su vigencia. Desde esta mirada ... para los juicios de divorcio contencioso fundados en las causales previstas por el art.202 del C.C. al que reenvía el art.214 del mismo cuerpo legal, iniciados con anterioridad al 01/08/2015, considero que resulta más beneficioso para los justiciables y responde mejor a la manda constitucional contenida en el Preámbulo de nuestra Carta Magna de ‘afianzar la justicia’, el resolverlos aplicando la ley vigente al momento en que se interpuso la demanda o reconvenición, concretizando la pretensión divorcista. Es que ... llevado el conflicto al ámbito jurisdiccional (litis), entra en juego un derecho fundamental que hace a la esencia del Estado de Derecho y otorga credibilidad al sistema jurídico positivo como medio de solución de los conflictos intersubjetivos a través de la función jurisdiccional en manos del Estado, como es el derecho de defensa en juicio, cuya inviolabilidad se encuentra garantizada por el art.18 de la CN ... no se trata tanto de discutir si la sentencia es declarativa o constitutiva o si, como en el caso del divorcio, extingue el matrimonio y constituyen el estado de divorciado o si a través del forzamiento y desnaturalización del iura novit curia o de la flexibilización del principio de congruencia más allá de lo aceptable, se puede o no aplicar la ley nueva conforme a la teoría desarrollada por Roubier y plasmada por el art.7 del C.C. y C., sino de determinar, teniendo en cuenta todos los otros factores en juego, si para los juicios en trámite sin sentencia firme, resulta más seguro jurídicamente, fallarlos, tanto en primera como en segunda instancia, aplicando el derecho vigente al momento del inicio de la litis o, si por el contrario, se advierte más beneficioso asegurar la aplicación del nuevo régimen legal de divorcio inculcado”.-

b.- Expuestas las principales posiciones existentes en la doctrina y jurisprudencia nacional sobre la aplicación del nuevo Código Civil y Comercial a los procesos de divorcio en trámite, corresponde ahora sí, retomar el caso de autos, a los efectos de pronunciarnos sobre la solución adecuada al mismo.-

Tal como se reseñó en el capítulo de antecedentes, la causa de marras se trata de un proceso de divorcio contencioso causado, promovido bajo la vigencia del código derogado, que recién se encuentra transitando la etapa probatoria, y es en este estado, en que lo ha encontrado el comienzo de vigencia del Código Civil y Comercial. Concretamente, se encuentra para resolver en esta Alzada, un recurso de apelación referido a un incidente de nulidad incoado en contra del auto de admisión y sustanciación de prueba, rechazado por la Sra. Jueza de Primera Instancia.-

Surge evidente la necesidad de definir la cuestión sobre la aplicación del nuevo derecho al proceso en trámite.-

Es que, si considerásemos que el mismo resulta aplicable en forma inmediata a partir de su entrada en vigencia, y no existiendo en tal régimen el divorcio contencioso causado, resultaría absolutamente infructuoso un pronunciamiento sobre un incidente de nulidad en contra del auto de admisión y sustanciación de pruebas; pruebas que, precisamente, están destinadas a la acreditación de causales de disolución del vínculo.-

Por el contrario, tal pronunciamiento resultaría necesario, si considerásemos que el divorcio debe sentenciarse conforme al derecho vigente a la época de la demanda o de la traba de la litis.-

En lo que hace al fondo del asunto -y sin perjuicio de las consideraciones que efectuaremos al abordar la imposición de costas- debemos decir que coincidimos con los argumentos de quienes postulan que, en los procesos de divorcio contencioso causado, en trámite, en que no exista sentencia firme, resultan inmediatamente aplicables las disposiciones del nuevo Código Civil y Comercial, por resultar ello compatible con el carácter constitutivo de la sentencia de divorcio (conf. Zannoni, Eduardo, “Derecho de familia”, Ed. Astrea, 2012, t. I, p. 81/82), tratándose, en consecuencia, de un supuesto de extinción del vínculo y del título de estado aún no operado, y que, por tanto, debe regirse por la nueva ley.-

Para ello, tenemos presente asimismo una resolución reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que -respecto a otra cuestión- consideró que las “sentencias deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque ellas sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario, y si en el transcurso del proceso han sido dictadas nuevas normas sobre la materia objeto de la litis, la decisión de la Corte deberá atender también a las modificaciones introducidas por esos preceptos en tanto configuran circunstancias sobrevinientes de las que no es posible prescindir” (C.S.J.N., “D. I. P., V. G. y otro c. Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas s/ Amparo”, 06/08/2015, La Ley online: AR/JUR/25383/2015).-

c.- Atento a lo expuesto, habiendo concluido que resultan aplicables al presente proceso en trámite las nuevas disposiciones contenidas en el Código Civil y Comercial sobre divorcio sin expresión de causa (arts. 437 y 438), resulta evidente que la controversia traída a esta sede -referida a la eventual nulidad de un auto de admisión y sustanciación de pruebas destinadas a acreditar hechos alegados como causal de divorcio- se ha tornado abstracta como efecto de la vigencia e inmediata aplicación de la nueva ley, sustrayéndose la materia del proceso.-

Recuérdese que la Suprema Corte de nuestra Provincia tiene dicho que: “La denominación ‘sustracción de la materia’, ‘caso abstracto’ o ‘moot case’ representa un modo anómalo de terminación del proceso, de creación doctrinaria y jurisprudencial que se presenta cuando no existe discusión real entre el actor y el de-mandado, ya porque el juicio o incidencia de la que se trata es ficticia desde su comienzo, o porque a raíz de acontecimientos subsiguientes se ha extinguido la controversia o ha cesado de existir la causa de la acción ... Se trata de

una aplicación del principio según el cual los tribunales no pueden dar opiniones o consejos” (S.C.J.M., sala I, LS 423-247).-

Asimismo: “la doctrina del caso abstracto, a los efectos del sobreseimiento del recurso, es aplicable tanto cuando se trate de hechos exógenos o hechos provocados por las partes. Ello así porque si lo que importa es la existencia de la controversia que genere obligación de expedirse, y contrariamente, el impedimento cuando aquélla ha desaparecido, carece de relevancia distinguir entre causas exógenas o endógenas. Cualquiera de ellas releva igualmente a la jurisdicción de emitir el pronunciamiento respectivo ante la inexistencia de controversia actual (interés actual al momento de sentenciar)” (S.C.J.M., sala I, expte. n° 13-02123687-4, 03/09/2015).-

La aplicación de la figura del caso abstracto o moot case en nuestro ordenamiento encuentra sustento en el principio de que el interés es la medida de la acción, consagrado en el art. 41 del C.P.C. (conf. esta Cámara, en L.A.C. 60, FS. 210/212, 09/09/2015).-

En consecuencia de todo lo expuesto, es que corresponde declarar abstracto el recurso incoado.-

III.- COSTAS

a.- Resuelta la cuestión de la norma de fondo a aplicar, el interrogante siguiente, es qué ocurre con los accesorios que derivan de la tramitación de un proceso que resulta absolutamente modificado, porque la aplicación de la nueva normativa trae como consecuencia la abstracción de la discusión que venían sosteniendo los cónyuges.-

Si bien es suficientemente nutrida la doctrina que se ha pronunciado en torno a la aplicación del Código Civil y Comercial a los procesos de divorcio en trámite, no advertimos, por el contrario, un profundo abordaje de un tema que no resulta menor, cual es la imposición de costas.-

La Dra. Medina, en el artículo antes reseñado, luego de proponer la aplicación inmediata del nuevo régimen, brevemente propugna que, en la Alzada, “la apelación quedará abstracta y las costas serán por su orden por el cambio normativo”.-

En el sentido de imponer las costas de ambas instancias en el orden causado, también se ha inclinado la sala I de la Cámara de Apelaciones de Lomas de Zamora, y IV de Salta, en las sentencias antes citadas; y el voto minoritario de la Dra. Politino en el fallo de la Cámara de Familia de la Ciudad de Mendoza, por derivar la solución de la aplicación inmediata de la nueva normativa vigente.-

Recordemos que nuestro Código Procesal Civil sienta en el art. 36 el principio de que el vencido en costas coincide con el derrotado en las cuestiones materiales del proceso, el que no resulta de fácil aplicación cuando debe resolverse, por ejemplo, la imposición cuando los vencimientos son parciales o mutuos, cuando el proceso se resuelve por conformidad de las

partes, sin pactar lo referente a costas o como, en el caso, si la cuestión propuesta en el litigio deviene abstracta.-

Sabido es que, cuando nos encontramos ante la última de las propuestas, es decir, ha existido abstracción de la materia, en principio y conforme a la doctrina y jurisprudencia, las costas se imponen en el orden causado.-

No obstante, tenemos presente que “este principio no reviste carácter absoluto, sino que, muy por el contrario, ha sido dejado de lado en diversos supuestos, en los cuales una de las partes con su accionar había provocado la iniciación de un litigio innecesariamente o la abstracción del mismo” (Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sala I, causa n° 105.233, “ZINGALE, JOSÉ RICARDO EN J° 154.249/13.651 PROVINCIA DE MENDOZA (D.A.A.B.O.) C/ ZINGALE, JOSÉ RICARDO Y OTS. P/ ACC. REVOCATORIA S/ INC.”, 31/05/2013, <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=3219973332>).-

Es decir, que la imposición de costas en el orden causado cuando la cuestión a resolver ha devenido abstracta, no puede aplicarse en forma automática. Corresponde analizar, previamente y en función de las particularidades que se presentan en cada proceso, si resulta más equitativo que la imposición se efectúe de otra manera; por ejemplo: cuando la causa se encuentra en un estado en que resulta posible advertir que una de las partes litigó con absoluta razón, por hallarse al amparo de una normativa vigente, que, a posteriori, resulta modificada.-

En este aspecto, tenemos presente que es generalmente admitido apartarse del principio general de imposición de costas, en los supuestos de existir razón fundada para litigar, convicción fundada de obrar ajustado a derecho, y cuando el argumento que porta la pretensión lleva consigo una razonable causa para pedir la actividad jurisdiccional (conf. Gozaíni, Osvaldo, “Costas procesales”, Ed. Ediar, 1998, p. 82).-

Es que resulta absolutamente contrario a todo sentido de equidad y justicia que, quien accionó o se defendió con razón -en los casos en que pueda determinárselo sin necesidad de prosecución del proceso-, resulte obligado exclusivo, sin derecho de repetición, de los gastos ocasionados con derecho. Más aún, cuando ello se extiende al profesional que bregó por el reconocimiento del derecho de la parte que hubiese resultado vencedora, conforme a la ley vigente al momento de la traba de la litis, y se ve privado de la legítima expectativa a la opción de cobro a quien sería vencido.-

Nótese que la situación de inequidad que referimos, parece desprenderse de las siguientes consideraciones de Rivera: “Justamente uno de los problemas que genera la aplicación de normas nuevas a hechos ya ocurridos, es que, retrospectivamente, encierra cierta injusticia, en tanto las partes NO pudieron haber ajustado su conducta a la norma que, por hipótesis, no existía. El derecho pierde, en tales supuestos, su rol de guía de la conducta y altera las expectativas formadas alrededor de cierta conducta que se realizó con conciencia de su ajuste a derecho. Esto último supone generar ganadores y perdedores, alterando las posiciones relativas de las partes en relación con el derecho al que ajustaron su conducta. Por eso es sumamente común que los ordenamientos jurídicos adopten estrategias para mitigar los daños que las transiciones legales imponen. La doctrina de Roubier y por ende de Borda como del art. 3 del Código vigente y del art. 7 del futuro se despreocupa de este aspecto

central de la cuestión. De modo pues que la cuestión de la aplicación de la ley en el tiempo es mucho más compleja y difícil que la sola determinación de si se trata o no de consecuencias pendientes o consumidas” (Rivera, Julio César, “Aplicación del Código Civil y Comercial a los procesos judiciales en trámite. Y otras cuestiones que debería abordar el congreso”, La Ley online: AR/DOC/1424/2015).-

En consecuencia, independientemente de considerar aplicable la nueva ley -cuestión que hace al fondo del asunto-, estimamos que, a los fines de la imposición de costas, debe valorarse especialmente la actuación procesal de las partes y la consiguiente labor profesional, que se tradujo en actos procesales consumados al amparo de la ley derogada.-

Lo que proponemos, no resulta incompatible con el espíritu de la nueva legislación en materia de divorcio. Por el contrario, se dirige a una mejor consideración de los intereses involucrados, y con ello, a la obtención de una solución justa.-

b.- La aplicación de lo expuesto, en el presente caso, en que se ha agotado la labor de las partes en dos instancias -incidente de nulidad y recurso de apelación-, lleva a advertir que existen elementos que permiten evaluar la razón que asistió a uno de los litigantes para promover o defenderse en tales instancias al amparo de la ley derogada, al sólo efecto de determinar la imposición de las costas, es decir eximir de ellas a quien litigó con razón, e imponerlas a la contraria. Más aún, cuando lo debatido aquí es sólo una cuestión procesal.-

De acuerdo a ello, y al sólo efecto de la imposición de costas, ingresaremos al tratamiento de los fundamentos del recurso de apelación.-

c.- Tal como se refirió en párrafos anteriores, la Jueza de Primera Instancia rechazó el incidente de nulidad porque consideró que no existió vicio procesal que ameritara el planteo efectuado por la demandada y por no haber señalado el perjuicio concreto sufrido.-

Recordemos que a fs. 86 se había dictado el auto de sustanciación, en el que se limitó el número de testigos a dos, se admitió el resto de la prueba y se convocó a las partes a la audiencia de vista de causa. La resolución fue objeto de recurso por la parte actora, quien indicó a fs. 88: “vengo a APELAR la prueba confesional solicitada por la demandada y a la que este tribunal le ha hecho lugar en el auto dictado y que obra a fs. 86 Y SOLICITAR SE DEJE SIN EFECTO SU ADMISIBILIDAD”. Acertadamente, la Jueza a-quo, haciendo uso del Art. 46 del C.P.C., calificó la presentación como recurso de reposición y corrió vista a la demandada.-

Notificada la demandada, dedujo incidente de nulidad contra la resolución de fs. 86 y fs. 85 (se proveyó una petición de la actora, indicándose: “Estese al auto obrante a fs. 86”), sosteniendo que no se habían observado los recaudos establecidos en el Art. 68 inc. XIII del C.P.C., cuando habían transcurrido con exceso tres meses, y solicitando la revocación de la resolución, admitiendo los testigos ofrecidos por su parte.-

Como se expusiera en párrafos precedentes, la demandada fundó su recurso indicando que sí se incurrió en un vicio de forma, atento a que se incumplió con la manda del art. 68 del C.P.C., de notificar por cédula el auto de admisión y sustanciación de prueba, que

determinaba un plazo exiguo para la integración de la prueba. Que la notificación estaba a cargo del Tribunal o de la actora que había impulsado el procedimiento. Que su parte estaba liberada del control del expediente, por la paralización en que se encontraba. Que recién tomó conocimiento al notificársele un traslado de un recurso de reposición, y ya vencido el plazo para producir la prueba no oral. Que allí radicaba el perjuicio y su interés. Se agravió en segundo lugar de la limitación del número de testigos ofrecidos, por tratarse de un proceso ordinario, con amplio marco de conocimiento, que no podía ser modificado por el Juzgado.-

Sin que sea necesario un mayor análisis, claramente se advierte la sin razón de la demandada recurrente, quien en modo alguno había visto privado su derecho de defensa (recordemos que es el único interés tutelado por el incidente de nulidad, art. 94 del C.P.C.), porque aún no se le había notificado por cédula el auto de fs. 86 (se ordenó tal notificación al domicilio real y legal), de modo que le asistía la posibilidad de petitionar la ampliación de plazo, o de apelar la resolución si entendía que la reducción del número de testigos importaba un rechazo de la prueba.-

Luego, hubiese correspondido el rechazo del recurso de apelación, por lo que debe mantenerse la imposición de costas efectuada en primera instancia, e imponerle a la recurrente las producidas en ésta.-

IV.- HONORARIOS

La regulación de honorarios debe diferirse hasta tanto se determinen los correspondientes a la labor prestada en primera instancia.-

Por lo tanto, el Tribunal

R E S U E L V E:

I.- DECLARAR ABSTRACTO el recurso de apelación incoado a fojas ciento ocho (fs. 108).-

II.- MANTENER la imposición de costas efectuada en primera instancia, e IMPONER las costas de Alzada a la demandada-recurrente.-

III.- DIFERIR la regulación de los honorarios profesionales.-

NOTIFÍQUESE por cédula de oficio y oportunamente bajen.-