

**261.758-"M., A.C. c/C., G.A. S/
DIVORCIO CONTRADICTORIO".**

R.S.D nº 123/2015

/// la ciudad de La Plata, a los 22 días del mes de septiembre de dos mil quince, reunidos en Acuerdo los señores Jueces de la Excma. Cámara Primera de Apelación, Sala Segunda, Dres. Juan Carlos Rezzónico y Dolores Loyarte, para dictar sentencia en la causa caratulada: **"M., A. C. c/C., G. A. S/DIVORCIO CONTRADICTORIO"**; y habiéndose procedido con anterioridad a efectuar el pertinente sorteo de ley, éste arrojó el siguiente orden de votación: **Dres. LOYARTE-REZZONICO**, resolviendo el Tribunal plantear las siguientes:

C U E S T I O N E S

Primera: ¿Es justa la sentencia apelada?

Segunda: ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I O N

A LA PRIMERA CUESTION; la Señora Juez, **Dra.**

Dolores Loyarte, dijo:

I.- Antecedentes

a. El juicio de divorcio vincular es promovido el 23/09/2009 por la actora contra su esposo, ante el Tribunal Colegiado de Instancia Única nº 2 de La Plata, invocando causales que hacen

imposible la vida en común, por incumplimiento de los deberes matrimoniales del demandado, fundando el pedido en los arts. 214, 202 inc. 1 y 4 del Código Civil (fs. 14/17).

b. Posteriormente, ambos cónyuges se presentan por derecho propio, y denuncian diversos acuerdos de los que solicitan homologación (fs. 41/2; 47/8; 49).

c. El acuerdo sobre alimentos resulta homologado mediante sentencia dictada por el Juez de Trámite "a-quo" en actuación unipersonal (fs.53).

c. El Tribunal Colegiado de Instancia única de Familia nº 2 de La Plata, dicta sentencia el 15/09/2010, haciendo lugar por unanimidad al divorcio vincular de los cónyuges por la causal objetiva de separación de hecho sin voluntad de unirse, dispuesta en el art. 214 inc. 2 CC; imponiendo las costas por el divorcio en el orden causado (ver fs. 58/60).

c. Finalmente, el Juez de Trámite "a-quo" en actuación unipersonal, homologa el 15/09/2010 el acuerdo sobre disolución del régimen patrimonial matrimonial y atribución de bienes entre los cónyuges (fs. 61/121).

II. Agravios

La actora recurre -transcurridos más de cuatro años sin que se encuentre para ella firme la sentencia de divorcio- únicamente por la causal del divorcio -no así por la cuestión alimentaria, ni por la liquidación de bienes del régimen patrimonial matrimonial-, más las costas en el orden causado.

Al respecto, la parte actora considera que la sentencia presenta una incongruencia entre la demanda por causales subjetivas, la valoración del "allanamiento" procesal efectuado por el demandado, y la sentencia que decreta el divorcio por una causal "objetiva", con el efecto extensivo de imponer las costas por su orden.

Ante ello, la recurrente solicita se revoque esta solución incongruente, se haga lugar a la acción originaria y al allanamiento; y que se dicte sentencia de divorcio por las causales subjetivas invocadas, por "culpa" del marido; con imposición de costas al sector pasivo (fs. 170/74).

Tales agravios no son objeto de contestación alguna por la parte demandada (ver despacho de fs. 176).

III. Consideración de los agravios

Me abocaré al tratamiento de los reproches de la actora.

a) *Incongruencia por la "causal objetiva"*

La recurrente reprocha la decisión judicial que resuelve el divorcio por una causal objetiva, recordando que en su demanda sólo invoca causales subjetivas de la ruptura matrimonial. A su vez, señala que en el escrito posterior presentado por ambos cónyuges, el esposo se "allana a todo" lo invocado originariamente en aquella primera demanda. Por ende, interpreta que el Tribunal de Familia desatiende el primitivo planteo y viola el "principio de congruencia" entre lo pedido por ambas partes en su presentación conjunta y la solución decretada en el fallo.

Sobre el particular, conviene advertir que no le asiste razón a la apelante, por los siguientes argumentos.

Primero, porque la actora funda su primitiva petición de divorcio en causales subjetivas -adulterio, injurias graves-; pero a la par, también indica la imposible convivencia entre ambos cónyuges; y denuncia que, con tal motivo, el esposo "deja el domicilio" (ver fs. 15vta, 4º párr.).

Segundo, porque en su escrito de demanda la accionante invoca los arts. 214 (así, genérico), 202 y ccmts, CC. El art. 214 del Código Civil -vigente al momento de presentación de la demanda- describe dos tipos de causales: inc. 1º) las de carácter subjetivo, con atribución de culpa a uno o a ambos cónyuges; inc. 2º), la "causal

objetiva" de divorcio vincular por separación de hecho. Con lo cual, ante aquélla "invocación del derecho" en forma genérica, la propia actora incluye las dos hipótesis, entre ellas, la de la separación de hecho sin voluntad de unirse (art. 214 inc. 2, CC).

Tercero, porque la posterior presentación de fs. 41/42 que efectúan "ambos cónyuges" contiene el acuerdo al que arriban, con las siguientes cláusulas: *"...1.-El señor C. manifiesta que reconoce expresamente las alegaciones fácticas y jurídicas alegadas en la demanda por la actora mediante la que funda la petición de divorcio, y por las cuales se le imputa la violación al deber de fidelidad, lealtad marital y abandono del hogar conyugal. Resulta ajeno a ese reconocimiento, ratificando a su vez que deja expresamente desconocida y negada la paternidad extramatrimonial que se le reclama en los actuados luego referenciados.- 2.- Debido al reconocimiento aquí expresado en el punto, en un todo de conformidad al 307 y concordantes del CPCC, el señor C. se ALLANA a la demanda instaurada por la actora, señora M., mediante el cual solicita el DIVORCIO VINCULAR de conformidad a las disposiciones del art. 214, 202 inc. 1 y/o 4 del Código Civil..." (ver fs. 41vta, punto II, inc. 1 y 2; el subrayado me pertenece).*

Con ello queda claro que la intención del demandado **no es el reconocimiento de las causales subjetivas invocadas por su esposa** – ya que son “expresamente desconocidas” por el marido en la primera cláusula citada-, **sino “allanarse” al “divorcio vincular”** contenido en la demanda, invocando para ello, entre otros, el art. 214 CC que incluye la **causal objetiva**.

Cuarto, porque el art. 232 CC -vigente a la fecha del acuerdo y de la sentencia apelada-, únicamente admite la “suficiencia” de la prueba confesional y del reconocimiento de los hechos en los juicios de divorcio cuando está en juego la causal objetiva de los arts. 204 y 214 inc. 2, CC. Es decir, conforme dicha legislación, en los juicios donde se ventilan cuestiones que derivan en la atribución de “culpa” por la ruptura matrimonial, no bastan ni la confesión, ni el reconocimiento, ni el allanamiento a la demanda; y por ende, el cónyuge que pretenda demostrar su “inocencia” debe probar en forma “eficiente” las causales subjetivas invocadas en contra del otro cónyuge; exigencia esta última, que no se cumple en autos por inactividad de la propia interesada, sobre quien recae la “carga de la prueba” de los extremos invocados en su demanda (art. 375 CPCC).

Finalmente, la sentencia hace lugar a la única causal reconocida por ambos cónyuges: la separación de hecho precedente, sin voluntad de unirse (art. 214 inc. 2, CC).

Por ende, la motivación de la sentencia es “congruente” con lo único acreditado en la causa: cese de la cohabitación, y acuerdo conjunto sobre la voluntad de ambos cónyuges en divorciarse; ello, fundado en una de las normas invocadas por las dos partes en forma genérica, más específicamente expresada por el Sentenciante: art. 214 inc. 2, CC.

En síntesis, el Tribunal de origen no vulnera el “principio de congruencia” en su sentencia, de conformidad con las normas del derecho de fondo vigentes al momento de dictar la sentencia de grado; razón por la cual, también resulta “congruente” y adecuada al caso, la imposición de las costas en el orden causado (arts. 71, 163 inc. 6, CPCC).

Desde esta perspectiva, no encuentro mérito para atender esos agravios invocados por la actora (art. 163 inc. 6, CPCC).

b) Art. 7 del nuevo Código Civil y Comercial

El actual art. 7 CCyC –que sigue la doctrina del anterior art. 3 CC–, señala la regla de aplicabilidad automática de las nuevas

normas: *"A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes..."*

Como bien señalan los más conspicuos autores en la materia, ello significa que: "Esta regla está dirigida al juez y le indica qué ley debe aplicar al resolver un caso, y establece que debe aplicar la ley de modo inmediato...". "... El problema son los supuestos de hecho, es decir, una relación jurídica que se ha cumplido bajo la vigencia de la ley anterior, tiene efectos que se prolongan en el tiempo y son regulados por la ley posterior...". "...La norma, siguiendo el Código derogado, establece la aplicación inmediata de la ley a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las que se constituyeron o extinguieron cumpliendo los requisitos de la ley anterior no son alcanzadas por este efecto inmediato...". "...Las que están en proceso de constitución son alcanzadas por la nueva ley...". "...Las consecuencias son todos los efectos de hecho o derecho que reconocen como causa a una situación o relación jurídica existente... De manera que la regla es la aplicación inmediata" ("Código Civil y Comercial de la Nación", Ricardo L. Lorenzetti-Director, comentario al art. 7, Rubinzal Culzoni, 2015, T. 1, p. 45/47). Esto significa –según Kemelmajer de Carlucci– que la nueva ley se aplica: a "las relaciones y situaciones jurídicas existentes, en cuanto

no estén agotadas”, a “las que no hayan operado todavía”; y “a las que se constituyen en el futuro”. En relación con la primera hipótesis, “la ley toma a la relación jurídica ya constituida” o “la situación” en “el estado en que se encuentra al tiempo en que la nueva ley” entra en vigencia, “pasando a regir los tramos de su desarrollo aun no cumplidos. Del mismo modo, si antes de la vigencia de la ley nueva se hubieran producido ciertos hechos para comenzar la gestación de una situación según la vieja ley, pero insuficientes para constituir la (o sea, la situación o relación está *‘in fieri’*) entonces, rige la nueva ley. Así, por ejemplo, “...si se casó bajo el régimen del matrimonio indisoluble y la nueva ley establece el matrimonio disoluble, podrá solicitarse el divorcio, aunque el matrimonio se haya celebrado con la vieja ley, porque la nueva ley no afecta aquel hecho, el de la constitución, sino la extinción de esa relación, que aún no ha sucedido y por eso está regida por la nueva ley...” (“Código Civil y Comercial Comentado”, INFOJUS, www.infojus.gob.ar, nota al art. 7 CCyC, p. 23/26, como extracto del comentario elaborado por Aída Kemelmajer de Carlucci en su obra “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, Rubinzal Culzoni 2015).

Por tanto, conforme lo arriba expuesto, corresponde advertir a la apelante que al “sub judice” le alcanza la aplicación de la

nueva ley en la materia, es decir, las normas del actualmente vigente Código Civil y Comercial de la Nación.

c) *Divorcio "incausado" en el nuevo marco legal*

La reforma operada en la nueva codificación civil y comercial, tiene un significativo impacto en el derecho de familia. El legislador recoge en esta materia la corriente dominante en el derecho comparado y en la doctrina nacional, impulsando en relación con la figura del divorcio vincular, la supresión del sistema de invocación de causales de justificación -tanto subjetivas, como objetivas-; eliminando, así, la existencia del divorcio contencioso. En síntesis, el nuevo orden legal recepta el actual proceso de "*divorcio incausado*", a pedido de uno de los cónyuges o de ambos; proceso en el cual las partes y el juez quedan al margen de la discusión sobre los motivos que originan la ruptura matrimonial; ello, en resguardo de los derechos a la intimidad y a la privacidad de estas cuestiones personalísimas, sin que quepa decretar la atribución de "culpabilidad" a uno o a ambos cónyuges (arts. 435 inc. c; 436/38, CCyC).

Ahora bien, teniendo en cuenta que, en razón del recurso interpuesto en autos, la sentencia de grado no goza aun del efecto de "cosa juzgada", corresponde advertirle a la apelante que "cuando no hay sentencia firme, no hay sentencia"; y, por ende, que en el caso

de autos, "sin sentencia firme, todavía no hay divorcio" (arts. 213 inc. 3º, CC; 435 inc. 3º. CCyC).

Entonces, al caso le resulta aplicable la nueva normativa en la materia. Por ello, siguiendo a la gran jurista mendocina, este Tribunal "no puede ni debe" revisar la decisión recurrida conforme el sistema del anterior Código Civil; porque, la nueva sentencia de divorcio –en este caso, a cargo de la Alzada- extingue la relación jurídica matrimonial todavía en curso, y la ley que rige al momento de producir tal extinción es la "nueva" -es decir, el Código Civil y Comercial-, que elimina el divorcio litigioso e impide la calificación de inocencia y culpabilidad. De ahí que, a partir del 1/08/2015, "las sentencias que se dicten 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, como explica la doctrinaria citada, "...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" (Kemelmajer de Carlucci, Aída, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones

jurídicas existentes”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 136; de la misma autora: “El art. 7º del CCyC y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme”, La Ley, 22/04/2015, p.1, cita on line AR/DOC/1330/2015; ídem, “El derecho transitorio. A propósito del art. 7º del CCyC”, La Ley, 27/04/2015, p. 1, cita on line: AR/DOC/1360/2015; “Nuevamente sobre la aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones jurídicas existentes al 1 de agosto de 2015”, La Ley, 02/06/2015, p. 1, cita on line AR/DOC/1801/2015; ver también Gil Dominguez, Andrés, “El art. 7º del CCyC y los procesos judiciales en trámite. Una mirada desde el sistema de fuentes constitucional y convencional”, RCCyC 2015 (julio) p. 16, cita on line: AR/DOC/1952/2015).

Así también lo sostiene el Máximo Tribunal Federal en sus recientes pronunciamientos (CSJN, “D.I.P., V.G. y otro c/ Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas s/ Amparo”, S 06/08/2015, La Ley on line, AR/JUR/25383/2015; La Ley, 12/08/2015, p.12). En igual sintonía, otros tribunales del país aplican la reciente codificación civil y comercial a las causas cuyas sentencias se encuentran apeladas al momento de entrada en vigencia de la nueva ley; “...ello, en virtud de la regla de aplicación inmediata de la ley que surge del art. 7 del mismo cuerpo legal” (C.C.C de Corrientes, sala IV, “M. M. I. c/ M.C.

de C. s/ prescripción adquisitiva, S 03/08/2015, La Ley on line, AR/JUR/24880/2015; La Ley, 12/08/2015, p.12; Juz.1º Inst. en lo Civil de Personas y Familia 3º Nominación, Salta, S 07/09/2015, "M. C. de M., v C., T.L. s/ Divorcio"; Juz 1º Inst, Civ., Com y Laboral, Monte Caseros, "Z. A.K. c R., C.G. s/Divorcio vincular", S 03/08/2015, Abeledo Perrot, Newsletter de Derecho de Familia 20/08/2015; entre otros).

Por los argumentos arriba expuestos, estimo no corresponde a esta Sala expedirse sobre la procedencia de las causales subjetivas invocadas oportunamente en su demanda, ni dar curso a los agravios planteados; ello así, pues en vigencia de la nueva normativa civil y comercial actualmente vigente, cabe modificar la sentencia apelada y decretar el divorcio vincular entre las partes en los términos dispuestos por los arts. 437 y 438 del Código Civil y Comercial de la Nación.

A su vez, en cuanto a las costas, atento el modo como se resuelve la cuestión, entiendo corresponde no sólo confirmar el decisorio de grado al respecto, sino también imponer las costas por las actuaciones en la Alzada en el orden causado (art. 71, CPCC).

En consecuencia, **VOTO PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.**

El Sr. Juez **Dr. Juan Carlos Rezzónico**, adhirió al precedente voto por aducir iguales fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION, la Sra. Juez **Dra. Dolores Loyarte**, dijo:

Debe revocarse parcialmente la sentencia recurrida; y, en consecuencia, se debe modificar a fin de hacer lugar a la demanda de divorcio vincular de los cónyuges A.C.M. y G.A.C., adecuándola en los términos de los arts. 437 y 438 del Código Civil y Comercial de la Nación; con costas en el orden causado por las actuaciones en ambas instancias

ASI LO VOTO

El Sr. Juez Dr. **Juan Carlos Rezzónico**, adhirió al precedente voto por aducir iguales fundamentos, con lo que se dio por finalizado el Acuerdo, dictándose por el Tribunal la siguiente:

SENTENCIA

La Plata, 22 de septiembre de 2015.

AUTOS Y VISTOS:

CONSIDERANDO:

Que por los argumentos de hecho y de derecho arriba tratados, es parcialmente injusta la sentencia apelada (arts. 18 de la Constitución Nacional; 7, 437 y 438 CCyCN; 34 inc. 4º, 163 inc. 6º, 260, y ccdts., CPCC).

POR ELLO: y demás fundamentos del precedente Acuerdo; se revoca parcialmente la sentencia recurrida en lo que fuera materia de agravios; y, en consecuencia, se dispone modificarla a fin de hacer lugar a la demanda de divorcio vincular de los cónyuges A.C.M. y G.A.C., adecuándola en los términos de los arts. 437 y 438 del Código Civil y Comercial de la Nación; con costas en el orden causado por las actuaciones en ambas instancias. Los honorarios se regularán en la oportunidad en que quede firme la sentencia y se regulen los de primera instancia (art. 51, 2ª.p, ley 8904). **Reg. Not.**

Dev. - - - - -

Dres. Dolores Loyarte - Juan Carlos Rezzónico, Jueces, Cámara 1º de Apelación Civil y Comercial, Sala II, Departamento Judicial La Plata, Prov. Buenos Aires.