



REGISTRADA BAJO EL N° 297 (S) F°1497/1502
Expte. N°160420 Juzgado de Familia N°6

En la ciudad de Mar del Plata, a los 30 días del mes de diciembre del año dos mil quince, se reúne la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, en acuerdo ordinario, a efectos de dictar sentencia en autos: "**L. M. D. L .A.**" **C/ B. A. S/DIVORCIO (ART. 214 INC. 2 C.C.)** ", en los cuales, habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código Procesal, resultó que la votación debía ser en el orden siguiente: Dres. Rubén Daniel Gérez y Nélide Isabel Zampini.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES

- 1) ¿Es justa la sentencia de fs. 95/ 96?
- 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. JUEZ RUBÉN D. GÉREZ DIJO:

I.-Antecedentes:

a) A fs. 13/ 14 vta. la Sra. L. M. D. L .A -por derecho propio y con el patrocinio letrado del Dr. Germán Casco- promueve demanda de divorcio vincular contra el Sr. A. B., fundada en la causal objetiva prevista en el art. 214 inc. 2° del C.Civil (separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse por un tiempo continuo mayor de tres años).

b) A fs. 15 se ordena correr traslado de la demanda a la parte accionada por el plazo de diez días.

c) A fs. 73/ 76 vta. el Sr. A. B. - por derecho propio y con el patrocinio letrado de la Dra. Amalia Agueda- contesta la demanda y -por vía de reconvenición- solicita que se decrete el divorcio vincular con base en las causales previstas los incisos 4 (injurias graves) y 5 (abandono voluntario y malicioso) del art. 202 del C.Civil.

d) A fs. 84/ 88 la actora contesta -espontáneamente- la reconvenición deducida por el Sr. A. B., solicitando su rechazo con costas.



Niega categóricamente cada uno de los hechos relatados por el demandado para dar sustento a su pretensión reconvenzional y, finalmente, pide -nuevamente- que se decrete el divorcio vincular con fundamento en la causal objetiva prevista en el art. 214 inc. 2° del C.Civil.

II.- La sentencia recurrida

A fs. 95/ 96 la Sra. Juez de primera instancia decide intimar a las partes para que readecuen sus pretensiones de divorcio vincular a la normativa que -sobre la materia- prevé el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Señala el a quo que: *"A partir del 1 de agosto de 2015 ha entrado en vigencia el nuevo Código Civil y comercial de la República Argentina, sancionado por la ley 26.994 y de conformidad con lo previsto en la ley 27.707. En consecuencia, atento lo normado en cuanto a la eficacia temporal en la disposición de derecho transitorio del art. 7, la nuevas leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes"* (textual).

Puntualiza que: *"en lo que atañe al objeto de este proceso, divorcio de las partes, el cual se encuentra en pleno trámite, resulta aplicable lo dispuesto en los artículos: a) 436: Nulidad de la renuncia de la facultad de pedir el divorcio; b) 437, en cuanto a la legitimación de ambos o de uno solo de los cónyuges para petitionar el divorcio y, además, c) 438: Requisitos y procedimiento del Divorcio (...)"* (textual).

Concluye que: *"en virtud de la aplicación inmediata de las nuevas normas sobre divorcio impuestas por el Código Civil y Comercial, deberán las partes readecuar sus pretensiones a lo dispuesto en las normas citadas y se proveerá lo que por derecho corresponda"* (textual).

III.- El recurso de apelación

A fs. 99 el Sr. A. B. -por derecho propio y con el patrocinio letrado de la Dra. Amalia Agueda- interpone recurso de apelación contra la sentencia de fs. 95/ 96 y lo funda a fs. 101/ 102 con argumentos que no merecieron respuesta de la parte contraria.



IV.- Los agravios del recurrente

El recurrente critica la decisión del a quo en tanto ordena a las partes que readecuen sus pretensiones a la normativa que -en materia de divorcio vincular- prevé el nuevo Código en lo Civil y Comercial.

Expresa que: *"la aplicación de las normas del nuevo Código en lo Civil y Comercial de la Nación resulta violatoria del principio procesal de las etapas firmes y precluidas, y de las garantías constitucionales del debido proceso, de la defensa en juicio, del derecho de propiedad y la seguridad jurídica"* (textual).

Destaca que: *"Conforme surge de lo normado en el art. 7 las leyes no son retroactivas y, en el caso que nos ocupa, estamos ante una flagrante contradicción (...) Lo precedentemente señalado se produce encontrándose la litis trabada bajo el amparo de la antigua ley, habiéndose así operado el consumo jurídico"* (textual).

Concluye que. *"en este caso particular, la aplicación de la nueva legislación resulta ser retroactiva y violatoria del propio art. 7, que establece que las leyes no son retroactivas, por afectar así la seguridad jurídica, de raigambre constitucional, además de las garantías constitucionales de la defensa en juicio, del debido proceso y del derecho de propiedad"* (textual).

V.- Consideración de los agravios.

A mi modo de ver, la resolución recurrida debe confirmarse.

Expondré, seguidamente, las razones que me conducen hacia dicha conclusión.

Como es sabido, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación eliminó la separación personal, las restricciones temporales impuestas por la ley 23.515 y el divorcio contencioso. Además, incorporó modificaciones importantes en el procedimiento judicial que debe seguirse para la disolución del matrimonio .

Frente a esta realidad, y habiendo entrado en vigencia el 1 de agosto de 2015, la aplicación de las normas del nuevo Código Civil y



Comercial de la Nación a los procesos de divorcio en trámite ha suscitado posturas controvertidas en la doctrina y jurisprudencia.

Haré una breve reseña de los fundamentos que dan sustento a las principales posiciones adoptadas sobre la materia en discusión.

Desde un sector, se propicia que la nueva ley de fondo resulta inaplicable a los procesos de divorcio sin sentencia firme ya que la constitución de la relación procesal estaría jurídicamente consumida y, por ende, no podría verse afectada por el cambio de legislación (principio de irretroactividad en la aplicación de las leyes).

Según esta vertiente, el artículo 7 del Código Civil y Comercial de la Nación establece la regla de la aplicación inmediata del nuevo ordenamiento y la barrera a su aplicación retroactiva. Ambas pautas se complementan puesto que la aplicación inmediata encuentra sus límites en el principio de irretroactividad que, justamente, impide aplicar la nueva ley a situaciones o relaciones ya constituidas o efectos ya producidos.

En esta inteligencia, se sostiene que la traba de la litis en el contexto de un proceso de divorcio impediría que las partes puedan modificar -en adelante- sus pretensiones, por lo que la etapa de alegación y prueba debería ajustarse a esas pretensiones, al igual que la sentencia definitiva pues, de lo contrario, se sacrificarían los principios de preclusión y congruencia procesal, en menoscabo del derecho de defensa en juicio y el valor de la seguridad jurídica (conf. Rivera, Julio César, "Aplicación del Código Civil y Comercial a los procesos judiciales en trámite y otras cuestiones que debería abordar el Congreso"; pub. en La Ley on line, AR/DOC/1424/2015; similares argumentos desarrolla dicho autor en "Aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones preexistentes y a los procesos judiciales en trámite. Algunas propuestas", pub. en La Ley on line, AR/DOC, 1977/2015; Jurisp. Cámara de Familia de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, en autos N°866/14, "M.F.A. c. A. I s/ Divorcio vincular contencioso", 02/09/2015).



En posición radicalmente opuesta, se propugna la aplicación inmediata del nuevo régimen a los procesos de divorcio sin sentencia firme .

Aída kemelmajer de Carlucci sostiene, al respecto, 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, aún cuando exista decisión de primera instancia apelada. Dicho de otro modo, el CCyC tiene aplicación a todo juicio sin sentencia firme"* (conf. "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, pág. 136).

Explica la mentada jurista, a su vez, 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 Cód. Civ. y Comercial y los expedientes en trámite en los que no existe sentencia firme", La Ley on line AR/DOC/1330/2015).

Señala, asimismo, que: *"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 on line AR/DOC/1801/2015).

Graciela Medina, en similar sentido, afirma 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 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 on line AR/DOC/5150/2012).

Molina de Juan, por su parte, señala que: "Con independencia de la etapa que transite el proceso de divorcio, el matrimonio todavía está vigente y se extinguirá solo con la sentencia firme constitutiva del nuevo estado civil de divorciado. Por eso, más allá de la vía articulada y las pretensiones formuladas por las partes -presentación conjunta, causal objetiva o imputación de culpa con o sin reconvencción- corresponde aplicar el art. 437 del CCyC y resolver decretando el divorcio. En caso de haberse invocado la culpabilidad de uno o recíproca, carece de relevancia que los hechos constitutivos de las causales invocadas se hayan producido al amparo de la vieja. En consecuencia, el 1 de agosto de 2015 concluyen ipso iure todas las controversias en trámite, en relación con la disolución del vínculo matrimonial" (conf. Molina de Juan, Mariel; "El Código Civil y Comercial y los procesos familiares en trámite", La Ley on line, AR/DOC73137/2015) .

La autora de mención sostiene que la solución que propugna la aplicación inmediata de la nueva ley de fondo a los procesos de divorcio en trámite, cualquiera sea la etapa en que se encuentren, es la que mejor se condice con la axiología del sistema, que se enmarca en el paradigma



constitucional convencional, sin que ello signifique afectar ninguna garantía supralegal.

Entre los argumentos que desarrolla la mentada jurista, considero imprescindible mencionar los siguientes: **1)** La aplicación inmediata de la nueva ley no conculca el debido proceso legal ya que la especificidad propia de los procesos en los que se ventilan cuestiones familiares autoriza una cierta flexibilidad en el modo de actuación y en las formas procesales; **2)** La Corte Federal ha sostenido -en reiteradas oportunidades- que no existe un derecho adquirido a la perpetuidad de la ley ni a su inalterabilidad (Fallos:275:130; 283:360; 299:93); **3)** En los procesos de familia, el principio de congruencia alcanza su mayor dosis de flexibilidad y **4)** Las reglas de la preclusión no son absolutas. La traba de la litis no siempre agota la relación sustancial; más aún, normalmente, no produce ese agotamiento, pues las figuras procesales son, por lo regular, un instrumento para el ejercicio del derecho sustancial y deben estar encaminadas a ese fin (conf. obra citada).

A tono con los fundamentos que dan sustento la segunda posición descrita en párrafos precedentes, también se han emitido diversos pronunciamientos jurisprudenciales (conf. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de San Isidro, Sala I, causa N°39.675-2011, "K.S.L. c/ Z.D.A s/ Divorcio contradictorio", sentencia del 30 de noviembre de 2015; Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Familia de Lomas de Zamora, Sala I, causa N° 71.822, "A. A. L. c. C. R. S/ Divorcio contradictorio", sentencia del 13 de agosto de 2015; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta, Sala IV, causa N° 462827/14, sentencia del 7 de septiembre de 2015; el voto minoritario de la Dra. Estela Inés Politino, en la sentencia de la Cámara de Familia de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, en los autos N° 866/14, "M. F. A. c. A. I. p/ Divorcio Vincular Contencioso", sentencia del 2 de septiembre de 2015; Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de San Rafael, en autos "G.S.A c. G.M.S. s/ Separación personal y su acumulado" y "M.O.A. c. C.M s/ Divorcio



contencioso", sentencias del 22/09/15 y 16/09/2015, respectivamente, entre otros, pub. en La Ley on line)

En un fallo de reciente publicación (6 de agosto de 2015), la Corte Suprema de Justicia de la Nación también se ha pronunciado en favor de la aplicación inmediata del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Más allá de que la situación que dio origen a dicho fallo difiere del plafón fáctico de autos (en tanto se trataba de un caso relacionado con la inscripción del nombre de un niño) entiendo que resulta relevante resaltar el extracto del pronunciamiento en el que la Corte Federal expone su doctrina que afirma: *"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 "* (conf. Fallos: 360: 1160; 318:2438; 325:28 y 2275: 327:2476; 331:2628; 333:1474; 335:905; causa CSJ 118/2013 (49-V)/ CS1 "V.,C.G. c. I.A.P.O.S y otros s/ amparo", sentencia del 27 de mayo de 2014, entre otros)" (CSJN, "D.I.P. V.G. y otro c. registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas s/ Amparo", 06/08/2015, La Ley on line: AR/JUR/25383/2015).

Expuestas de tal modo las principales corrientes que -en doctrina y jurisprudencia- se suscitan respecto de la aplicación del nuevo Código Civil y Comercial a los procesos de divorcio en trámite, y coincidiendo con los argumentos de quienes postulan la solución descripta en segundo orden, considero que debe confirmarse la resolución recurrida en cuanto dispone que las partes readecuen sus pretensiones de divorcio vincular a las disposiciones que -sobre el particular- prevé la nueva ley de fondo (arts. 436, 437, 438 y conds. del CCyC).

En efecto, habida cuenta el carácter constitutivo de la sentencia de divorcio y tratándose, en consecuencia, de un supuesto de extinción del



vínculo matrimonial y del título de estado aún no operado, cabe interpretar que el presente proceso se ve alcanzado por la regla de aplicación inmediata de la nueva ley de fondo (art. 7 del CCyC), en tanto establece la aplicación de sus normas a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes a la fecha de su entrada en vigencia (argto. art. 213. 3 del Código Civil, arts. 7, 435 inc. c. y conds. del CCyC, Conf. doctrina y jurisprudencia citada).

Tal como explica Kemelmajer de Carlucci: *"Las "consecuencias" son las derivaciones o efectos jurídicos que tienen como causa eficiente una relación o situación jurídica. Moisset destacó que las consecuencias no se identifican con las modificaciones que pueden sufrir las relaciones o situaciones. La modificación de una relación jurídica es también un elemento constitutivo y, por lo tanto, como regla, se rige por la ley vigente al momento en que el hecho modificativo se produce"* (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, pág. 27).

Así, se mencionan como "consecuencias" del matrimonio (constitución de la situación jurídica) los derechos y deberes de los cónyuges, en tanto que lo son del divorcio (extinción de la situación jurídica de cónyuge-constitución de la de divorciado), los que la ley prevé para regir después de dictada la sentencia que así lo decreta -alimentos, atribución de la vivienda, etc.- (argto. art. 213. 3 del Código Civil, arts. 7, 435 inc. c. y conds. del CCyC, conf. Molina de Juan, Mariel F., ob.cit.).

En función de lo anterior, es dable interpretar que la extinción del vínculo matrimonial y demás efectos, en tanto realidades aún no ocurridas a la época de dictarse la nueva ley de fondo, deben quedar sometidas a ella pese a que los hechos que configuran su antecedente o causa hubiesen existido con anterioridad (argto. arts. 7, 436, 437, 438 y conds. del CCyC; conf. doctrina y jurisprudencia citada).

En definitiva, y teniendo en consideración los fundamentos desarrollados en párrafos precedentes, considero que resulta ajustada a



derecho la decisión de la Sra. Juez de grado en cuanto dispone la readecuación de este proceso de divorcio vincular a los nuevos requerimientos que, sobre el particular, prevé el nuevo ordenamiento.

De este modo, devueltas las actuaciones a la instancia de origen, la Juez de grado deberá establecer un plazo para la presentación (conjunta o individual) de la propuesta referida en el art. 438 del CCyC.

Por todo ello, concluyo que el recurso de apelación bajo estudio debe rechazarse, lo que así propongo.

En razón de la índole de la cuestión planteada y la complejidad que su resolución evidencia frente al reciente cambio de legislación, entiendo que las costas de Alzada deben imponerse en el orden causado (argto. arts. 68, segundo párrafo, del CPC; conf. Roberto Loutayf Ranea, "Condena en costas en el proceso civil", Ed. Astrea, 2000, pág. 82 y ss.; Jurisp. SCBA, C. 106.002 Sent. del 11-III-13).

Por los fundamentos expuestos, **VOTO POR LA AFIRMATIVA.**

La Sra. Jueza Nélica I. Zampini votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SR. JUEZ RUBÉN D. GÉREZ DIJO:

Corresponde: I) Rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 99 por el Sr. A. B. y, en consecuencia, confirmar la sentencia recurrida en lo que ha sido materia de agravio; II) Imponer las costas en el orden causado (art. 68, segundo párrafo, del C.P.C); III) Diferir la regulación de honorarios para la etapa procesal oportuna (arts. 31 y 51 del Dec.Ley 8904).

ASI LO VOTO.

La Sra. Jueza Nélica I. Zampini votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

En consecuencia se dicta la siguiente;

S E N T E N C I A

Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo: I) Se rechaza el recurso de apelación interpuesto a fs. 99 por el Sr. A. B. y, en



consecuencia, se confirma la sentencia recurrida en lo que ha sido materia de agravio; II) Se imponen las costas en el orden causado (art. 68, segundo párrafo, del C.P.C); III) Se difiere la regulación de honorarios para la etapa procesal oportuna (arts. 31 y 51 del Dec.Ley 8904). Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 del C.P.C.). Devuélvase.-.

RUBÉN D. GÉREZ.

NÉLIDA I. ZAMPINI.

Pablo D. Antonini

Secretario