En Mendoza, a dos días del mes de marzo de dos mil diecisiete, reunida la Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n°**13-03799001-3/1**, caratulada:**"O.S. EN J° 17/14/4F/287/15 "B.V. C/ O. S. P/ DIV. VINC. CONT." P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN"-**

De conformidad con lo decretado a fojas 52 quedó establecido el siguiente orden de estudio en la causa para el tratamiento de las cuestiones por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero:**DR. JORGE HORACIO NANCLARES**; segundo: **DR. JULIO RAMON GOMEZ**; tercero: **DR. ALEJANDRO PEREZ HUALDE.**

**ANTECEDENTES:**

A fojas 10/12, la Sra. S.O., por apoderado, interpone recurso extraordinario de Casación contra la resolución dictada por la Cámara de Apelaciones de Familia a fojas 115/132 de los autos n° 17/14/4F-287/15, caratulados: "B.V. c/ O.S. p/ Divorcio Vincular Contencioso".-

A fojas 33 se admite formalmente el recurso deducido, se ordena correr traslado a la parte contraria, quien a fojas 36/39 contesta solicitando su rechazo, con costas.

A fojas 45 se registra el dictamen del Sr. Procurador General del Tribunal, quien aconseja declarar abstracta la cuestión y remitirla a origen, conforme lo dispuesto en el art 437 CCYCN.

A fojas 50 se llama al acuerdo para dictar sentencia y a fojas 51 se deja constancia del orden de estudio efectuado en la causa para el tratamiento de las cuestiones por parte de los Señores Ministros del Tribunal.

De conformidad con lo establecido en el art. 160 de la Constitución de la Provincia, se plantean las siguientes cuestiones a resolver:

**PRIMERA CUESTION:**¿Es procedente el recurso de Casación interpuesto?

**SEGUNDA CUESTION**: En su caso, ¿qué solución corresponde?

**TERCERA CUESTION**: Costas.

**A LA PRIMERA CUESTION EL DR. JORGE HORACIO NANCLARES, DIJO:**

**I.- RELACIÓN SUCINTA DE LOS HECHOS DE LA CAUSA.**

Entre los hechos relevantes para la resolución de la presente causa se destacan los siguientes:

* 1. El 05/02/2014 el Sr B. interpone demanda de divorcio vincular por la causal objetiva de cese de la convivencia por más de tres años sin voluntad de unirse (art 214 inc 2 CC) en contra de su cónyuge, Sra S.O..
* 2. La demandada, a fs. 27/30 contesta la demanda y deduce reconvención por divorcio vincular subjetivo por la causal de abandono. Sostiene que el alejamiento del actor del domicilio fue unilateral e intempestivo, lo que lo convierte en un abandono voluntario y malicioso.
* 3. Luego de contestada la reconvención (fs. 33/37) y rendida la prueba ofrecida por las partes, a fs. 78/82vta. se dicta sentencia de primera instancia que hace lugar a la demanda y, en consecuencia, declara el divorcio vincular conforme lo dispuesto por el art. 214 inc. 2 CC y rechaza la reconvención por causal subjetiva, por cuanto la esposa no acreditó el abandono voluntario y malicioso imputado a su cónyuge.
* 4. Esa sentencia es apelada por la demandada reconviniente y, a fs. 115/132vta., con fecha 15/12/2015, la Cámara de Apelaciones de Familia rechaza la apelación y confirma la sentencia de primera instancia. Los fundamentos de la Cámara, en su voto mayoritario, pueden sintetizarse del siguiente modo:
  + en cuanto a la ley aplicable, remite a sus precedentes en los que ha sostenido que debe aplicarse el Código Civil y no el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación
  + por ello, ingresa en el análisis de la causal subjetiva invocada por la demandada al reconvenir, el abandono voluntario y malicioso. Así, analiza las pruebas rendidas y concluye en confirmar el rechazo de la reconvención. Considera acreditado que desde el año 2006 el actor comenzó a vivir en el departamento existente al fondo de la vivienda, como consecuencia del quiebre matrimonial y que para febrero de 2013, se retiró en forma definitiva del que fuera el hogar conyugal para irse a vivir a una finca en Coquimbito.
  + La demandada no puede pretender sin más y sin haber aportado prueba que lo contradiga, que el retiro del hogar de B. fue intempestivo y menos aún que lo hizopara sustraerse a los deberes maritales.
  + En consecuencia, se rechaza el recurso de apelación y se confirma la sentencia de primera instancia.
* 5. En contra de esta sentencia, la demandada interpone recurso extraordinario de Casación ante esta Sede.

**II.- EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO**

La recurrente funda su queja en el art 159 inc 2 del CPC, en cuanto señala que la sentencia de Cámara, en su voto mayoritario, ha interpretado erróneamente los arts 7, 437 y 438 del CcyCN, ha juzgado la cuestión por un derecho devenido inaplicable al caso por haberse eliminado la cuestión relativa a la culpabilidad o inocencia en los juicios de divorcio. Sostiene que la causal que motivó la sentencia recurrida había desaparecido en el curso de la instancia, por lo que la cuestión había devenido abstracta y no podía pronunciarse como lo hizo. Solicita se resuelva como lo propicia el voto minoritario y las costas de ambas instancias se impongan en el orden causado.

**III.- SOLUCIÓN AL CASO.**

La cuestión a resolver en la presente causa consiste en determinar si resulta normativamente incorrecta la sentencia que confirma la declaración del divorcio por la causal objetiva prevista en el art 214 inc 2 CC y omite la aplicación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Tal como lo ha resuelto este Tribunal en anteriores pronunciamientos, teniendo en cuenta la entrada en vigor del Código Civil y Comercial de la Nación a partir del 01/08/2015, debe determinarse, en primer lugar, cuál es la normativa aplicable al caso del divorcio sin sentencia firme. (ver 13-00714222-0/1 "Pagano Humberto" 18/09/2015; 13-02123322-0 "Alguacil Jorge"; 13-03709775-0/1 "Mauri Francisco", entre otros).

En los precedentes citados, se analizó lo siguiente:

a) El actual Código Civil y Comercial de la Nación.

El art. 437 del CcyCN dispone "El divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno sólo de los cónyuges".

Se advierte que la normativa recepta un único régimen de divorcio de carácter objetivo o remedio e incausado, el que puede ser peticionado por uno o ambos cónyuges, derogándose el sistema de divorcio causado o subjetivo.

Tal como lo señalan los Fundamentos del Anteproyecto que dio origen al Código, la razón principal de la derogación del sistema subjetivo es la pacificación de los conflictos sociales, máxime cuando se trata de relaciones familiares en las que, en la gran mayoría de los casos, hay hijos y esa pacificación podría beneficiarlos de manera directa.

Así lo destaca prestigiosa doctrina al señalar que "entiendo acertada la eliminación de las causales subjetivas para reclamar el divorcio. Es una forma de poner fin a largos y engorrosos juicios tendientes a probar la mayor o menor culpa de uno u otro cónyuge, cuya principal consecuencia es, como ya señalara, el agravamiento de la desunión familiar, además de ventilar las miserias humanas, los agravios, que entre otras cosas, en lugar de construir, destruyen la familia" (Borda Guillermo (h), "Las relaciones de familia en el proyecto de Código Civil y Comercial, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley, BsAs, año 4, n° 6, julio 2012, p. 35).

De lo dicho queda claro que el divorcio fundado en causales subjetivas como injurias graves o adulterio, ya no existe en el nuevo Código Civil y Comercial vigente.

Por ello, como acontece con todos los conflictos jurídicos en los cuales una nueva ley modifica una ley anterior, debe recurrirse a lo dispuesto en el art 7 CcyCN para determinar la ley aplicable a las situaciones y relaciones jurídicas existentes y sus consecuencias.

b) Aplicación de la nueva ley conforme al art. 7 CcyCN.-

Conforme lo dispuesto por el art 7 CcyCN "a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes".

Esta solución no difiere de la que contenía el Código ya derogado en su art. 3. Así calificada doctrina recalca que el régimen actual conserva como regla general el sistema adoptado por el anterior Código Civil después de la reforma de la ley 17.711, consistente en la aplicación inmediata de la nueva ley, tanto a las relaciones y situaciones jurídicas que nazcan con posterioridad a ella, como a las consecuencias de aquellas existentes al tiempo de entrada en vigor del nuevo texto (conf. Rivera Julio Cesar - Medina Graciela, "Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado", T. I, (comentario al Art. 7° por Ernesto Solá, Edit. La Ley, Avellaneda (Pcia. de Bs.As.), 2014. p. 77/78; Ghersi-Weingarten, Directores, Código Civil y Comercial , T. I., Edit. Nova Tesis. Rosario (Pcia. de Santa Fe), 2014, pp. 34/40).

Al respecto, señala la doctrina al comentar la nueva normativa que "El principio que prevé el art. 7° es el de la aplicación de la ley nueva a las consecuencias de las relaciones y situaciones existentes. Por lo tanto, si en medio de un proceso judicial sin sentencia firme -por ende, sin haber derechos adquiridos- se debe aplicar la nueva ley, es entonces imposible que el juez decrete el divorcio por culpa de uno o ambos cónyuges, debiendo readaptar el proceso en el estadio en que se encuentre a las reglas que prevé el Código en materia de divorcio, que como recepta un único sistema lo será al de divorcio incausado. Esta misma interpretación cabe para aquéllos casos que al momento de la entrada en vigencia del nuevo Código se encontraban a estudio en la Alzada. Al tratarse de una sentencia sujeta a revisión, ergo, no siendo firme, tampoco nos encontramos ante derechos adquiridos y, por ende, debe aplicarse la nueva normativa (LORENZETTI, R.L., "Cód. Civil y Comercial de la Nación Comentado", Tomo III, p. 734, Ed. Rubinzal-Culzoni.).

En el mismo sentido se ha pronunciado la Dra. Kemelmajer de Carlucci, sosteniendo 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 (KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., en "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 136).

Agrega también, en posterior publicación, que "si la sentencia es constitutiva, como ocurre con la sentencia de divorcio, se rige por la nueva ley" (La Ley, 02/06/2015, "Nuevamente sobre la aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones jurídicas existentes al 1 de agosto de 2015" , cita online AR/DOC/1801/2015).

Que del mismo modo es resuelto por otros tribunales nacionales. Así, en fecha reciente, la Cámara Nacional de Apelaciones de Lomas de Zamora se inclinó por esta posición (ver autos n° 71.822 "A.A.L. C/ CR p/ div contradictorio", 13/08/2015). Del mismo modo, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario (ver "T.T.R., c/ O.M.S./ divorcio, 30/11/2015, cita MJ-JU-M-96065-AR/ MJJ96065). En el mismo sentido el Juzgado de primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral de Monte Caseros, "Z., A. K. c. R., C. G. s/ divorcio vincular" 03/08/2015, Publicado en La Ley Online, AR/JUR/26132/2015).

Contrariamente a esta posición, se alzan algunas voces desde la doctrina (ver 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 la jurisprudencia, sigue esta posición la Cámara de Apelaciones de Familia de esta Circunscripción Judicial, en voto mayoritario, cuya solución no se comparte (ver autos 287/15 "B.V.. C/O.S. POR DIVORCIO VINCULAR CONTENCIOSO", Fecha: 15/12/2015; idem autos 866/14 “M.F.A. C/A.I. POR DIVORCIO VINCULAR CONTENCIOSO", Fecha: 02/09/2015). El voto de la mayoría sostiene que los divorcios deben resolverse conforme la norma vigente al momento de interposición de la demanda de divorcio o reconvención, alegando para ello, entre otras razones, mayor seguridad jurídica para los litigantes y conservación del principio de congruencia, fundamentos que, entiendo, no resultan suficientes a los fines de sortear la aplicación de la ley vigente.

Tal como se señaló en los precedentes citados, el voto mayoritario de la Cámara de Apelaciones de Familia es merecedor de diversas críticas, algunas esbozadas también desde la doctrina por parte de la coautora del Código, Dra. Kemelmajer de Carlucci (ver nota de opinión publicada en Diario Los Andes, 05/09/2015, "Una sentencia aislada a contrapelo de la jurisprudencia del país"). En primer lugar, la seguridad jurídica alegada no se obtiene por sentenciar una causa conforme lo que las partes pretenden individualmente al demandar, sino cuando los jueces fallan conforme la norma vigente a la fecha de la sentencia en los casos en los que así corresponde. Ningún beneficio puede advertirse para los litigantes que continúen enmarañados en eternas discusiones sobre quien fue el culpable del divorcio, cuando ello, tal como han señalado los coautores del Código Nuevo, sólo agudiza los conflictos familiares y causa mayores perjuicios esencialmente a los niños involucrados.

Asimismo, el principio de congruencia tampoco se ve afectado. El juez al fallar conforme la nueva ley no modifica la pretensión esencial de las partes que es lograr el divorcio. Sólo dejará de analizar los distintos hechos que puedan invocar las partes como originantes de la ruptura matrimonial. Ello ya no es relevante. La única consecuencia atendible y que, en definitiva ha motivado desde siempre la interposición de los divorcios subjetivos, es la sanción económica al cónyuge culpable. Pero dicho "castigo" de tipo patrimonial no puede servir de fundamento para que el juez no aplique la ley vigente. Lo económico deberá ser resuelto adecuadamente por la vía que corresponda (arts. 434, 438, 439, 441 y cc del CcyCN).

En definitiva, aún cuando el debate pueda dar lugar a mucho más, no encuentro razones de peso y verdaderamente atendibles para omitir la aplicación de la nueva ley vigente conforme lo dispone el art. 7 CcyCN. Por ello, me inclino por la solución que surge del texto legal y que propugna la mayoría de la doctrina y actual jurisprudencia, en el sentido de 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 consecuencia, corresponde declarar abstracta la cuestión relativa a la inocencia o culpabilidad de los cónyuges, el divorcio se declara de manera incausada y la causa deberá volver a origen para tramitar lo atinente a la propuesta reguladora prevista en el art. 438 y cc del CcyCN, que resulta un requisito esencial para la viabilidad del mismo.

La situación en el caso de autos.-

La situación en autos presenta algunas particularidades que resulta necesario poner de relieve:

En primer lugar, el divorcio declarado en origen no ha sido por alguna causal subjetiva, sino conforme lo regulaba el art. 214 inc. 2 CC en cuanto preveía una causal objetiva, consistente en la separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse por un tiempo continuo mayor de tres años.

Esta causal objetiva, en la actual normativa, tampoco existe. El divorcio se decreta a petición de ambos, o de uno sólo de los cónyuges, sin que se exija un tiempo previo de separación de hecho. "No sólo se deroga el sistema subjetivo fundado en la noción de culpa, sino también el objetivo - causado basado en el paso de un tiempo mínimo - supuestamente, de reflexión en abstracto - para recién ahí poder peticionar el divorcio" (Lorenzetti, "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", t. II, pág 730).

No obstante, aún cuando era calificado de "objetivo", quien lo peticionaba debía manifestar y convencer al juez que existían "causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común", de allí que tan objetivo o incausado no era, por cuanto había que demostrar determinadas "causas" aunque éstas no se basaran en la noción de culpa. (Lorenzetti, ob. Cit, pág 731).

Esta aclaración se relaciona con la siguiente particularidad que advierto en esta causa. Aquí, quien recurre, no ha sido declarada culpable en la sentencia de divorcio, que se ordenó por la causal objetiva acreditada por el actor. Por el contrario, era la esposa quien pretendía la declaración de culpabilidad del esposo y sus argumentaciones fueron analizadas por la sentencia de Cámara - pese a la entrada en vigencia del nuevo Código - para concluir en que no había sido demostrada esa culpa alegada, concretamente, el abandono voluntario y malicioso.

La demandada recurre ante esta Sede, pero ya no insiste en que se declare culpable a su ex cónyuge sino, por el contrario, peticiona se aplique el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Podría considerarse, en una primera lectura, que su petición es contradictoria a su posición durante todo el proceso. Sin embargo, de la lectura de su queja recursiva, se advierte que su interés radica, esencialmente, en las costas que le han sido impuestas en ambas instancias, ante la falta de aplicación inmediata por parte de la Cámara del nuevo Código. Por ello solicita que se resuelva la causa, conforme lo propicia el voto minoritario, en el sentido de que se declare abstracta y las costas de ambas instancias se impongan en el orden causado.

Entiendo que, del mismo modo en que lo ha resuelto el Tribunal en los pronunciamientos ya citados, corresponde hacer lugar al recurso interpuesto, el divorcio debe ordenarse de manera incausada, y declarar abstracta la cuestión relativa a la inocencia o culpabilidad de los cónyuges, como así también a la causal objetiva ya analizada. Por ello, las costas se imponen en el orden causado en todas las instancias, no hay vencedor ni vencido; la legislación cambió de manera significativa desde que se inició el proceso y la falta de aplicación inmediata de la ley por parte del Tribunal de alzada interviniente, acarrea un perjuicio económico evidente a la recurrente.

Así voto.

Sobre la misma cuestión los Dres. GOMEZ y PEREZ HUALDE, adhieren al voto que antecede.

**A LA SEGUNDA CUESTION EL DR. JORGE HORACIO NANCLARES, DIJO:**

Atento lo resuelto en la cuestión anterior, corresponde declarar abstracta la cuestión relativa a la inocencia o culpabilidad de los cónyuges, el divorcio se ordena de manera incausada y la causa deberá volver a origen para tramitar lo atinente a la propuesta reguladora prevista en el art. 438 y cc. del CcyCN, que resulta un requisito esencial para la viabilidad del trámite de divorcio.

Así voto.

Sobre la misma cuestión los Dres. GOMEZ y PEREZ HUALDE, adhieren al voto que antecede.

**A LA TERCERA CUESTION EL DR. JORGE HORACIO NANCLARES, DIJO:**

Teniendo en cuenta que el modo en que ha sido resuelta la cuestión obedece al cambio de legislación ocurrido durante la tramitación del proceso, corresponde imponer las costas en todas las instancias en el orden causado. (art. 36 y 148 CPC).

Así voto.

Sobre la misma cuestión los Dres. GOMEZ y PEREZ HUALDE, adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

**S E N T E N C I A :**

Mendoza, 02 de marzo de 2.017.-

**Y VISTOS:**

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva,

**R E S U E L V E :**

**I.-**Declarar abstracta la cuestión planteada en el recurso extraordinario deducido a fs. 10/12 y, en consecuencia, decretar el divorcio entre las partes sin expresión de causa conforme lo dispuesto por los arts. 7 y 437 CCYCN. Ordenar a las partes que presenten la propuesta de acuerdo exigida en el art 438 CcyCN, bajo apercibimiento de ley. A sus efectos, remítase la causa a origen.

**II**.- Imponer las costas de todas las instancias en el orden causado.

**III.**- Diferir las regulaciones de honorarios para su oportunidad.

**IV.-** Librar cheque a la orden del recurrente por la suma de pesos DOSCIENTOS CINCUENTA Y CINCO ($ 255), con imputación a la boleta de depósito obrante a fs. 15.

**NOTIFÍQUESE**.-

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **DR. JORGE HORACIO NANCLARES Ministro** |  | **DR. JULIO RAMON GOMEZ Ministro** |
|  | **DR. ALEJANDRO PEREZ HUALDE Ministro** |  |