

Aplicacion Del NuevoCodigo Civil Y ComercialProceso De Divorcio Contradictorio Con Sentencia No Firme

JURISPRUDENCIA

Aplicación del nuevo Código Civil y Comercial. Proceso de divorcio

contradictorio con sentencia no firme

Se declara la disolución del matrimonio de las partes por divorcio, omitiendo

pronunciamiento sobre la existencia o no de causales subjetivas, atento a la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial durante el curso del proceso, luego de la sentencia de primera instancia.

En la Ciudad de San Rafael,

Provincia de Mendoza, a los 22 días del mes de septiembre de dos mil quince, se reúne la Excm. Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz, Tributario y Familia de la Segunda Circunscripción Judicial, compuesta por los señores Jueces doctores: SEBASTIÁN ARIEL MARÍN, DARIO FERNANDO BERMEJO y LILIANA GAITAN, quienes trajeron a deliberación para resolver en definitiva la presente causa N° 27.845/1031/12/2F, caratulada: "G., S. A. C/ M.S. G. P/ SEPARACIÓN PERSONA Y SU ACUMULADO N° 194/13/2F, CARATULADO: ?G., M.S. C/ S. A. G. P/DIVORCIO VINCULAR

CONTENCIOSO", originaria del Segundo Juzgado de Familia de San Rafael de esta Segunda Circunscripción Judicial, venida a conocimiento del Tribunal en virtud del recurso de apelación de fs. 212, contra la resolución de fs. 206/2011. Llegados los autos a esta Cámara, a fs. 216, el Tribunal ordena expresar agravios a la apelante, lo que es cumplido a fs. 217/220. A fs. 222, se ordena correr traslado a la contraria, contestando a fs. 223/224 vta. Con lo cual queda la causa en estado de fallo, practicándose a fs. 230 el correspondiente sorteo de votación; cuyo resultado es el siguiente doctores: Darío Fernando Bermejo, Liliana Gaitan y Sebastián Ariel Marín. De conformidad con lo que establece el art. 141 del Código Procesal Civil, se plantean las siguientes cuestiones a resolver: 1ra.: ¿Es justa la sentencia? 2da.: Costas y honorarios. SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN EL DR. BERMEJO,

DIJO: I. Antecedentes. I. 1. Demanda de S.G. y contestación El Sr. S. A. G., promovió demanda de separación personal en contra de la Sra. M.S. G., fundando la misma en que abandonó el hogar conyugal provocado por el maltrato hacia su persona mediante ofensas, insultos, escenas, y actitudes de boicot. La Sra. G. contestó demanda, solicitando el rechazo de la misma (fs. 29/31). Negó los hechos alegados por el actor, agregando que él es el único culpable de la separación, al haber realizado abandono voluntario y malicioso del hogar. I. 2. Demanda de M.G. y contestación A fs. 44 y vta., se ordenó la acumulación de los autos N° 194/13/2F, caratulados: ?G., M.S. C/ S. A. G. P/ Divorcio vincular contencioso". De los mismos surge que la Sra. G. promovió divorcio vincular por haber incurrido el demandado en la causa prevista por el inc. 5, del art. 202. El demandado negó los hechos invocados por la actora (fs. 81/83), y relató algunos actos injuriosos que le habría proferido su cónyuge y que fueron los que ocasionaron una paulatina destrucción del matrimonio y su retiro del hogar conyugal. I. 3. Sentencia de primera instancia La jueza a quo admitió la demanda de separación personal articulada por S. G., por la causal contenida en el inc. 4, del art. 202, por culpa de la demandada, y rechazó la acción de divorcio promovida por M.G., por no haberse acreditado la causal subjetiva alegada.

Luego de analizar el concepto y las características de las injurias graves, consideró acreditadas las vertidas por G. hacia su esposo, en relación a que se autoexcluía del dormitorio conyugal, a las descalificaciones por ser mayor aportante en los gastos del hogar, y a las largas ausencias o vida desorganizada como consecuencia de la práctica del budismo. En relación al abandono voluntario y malicioso invocado por G., entendió que no se consideraba configurado porque el matrimonio se encontraba en crisis y ya no era posible su sostenimiento, tal como lo reconoció la propia actora. Agregó que el retiro del hogar por parte del esposo no fue intempestivo, ni sorpresivo, ni siquiera inesperado. Entendió, además, que el largo tiempo que demoró G. en denunciar el abandono, impide por sí solo, la configuración de la causal. Concluyó que las propias testigos ofrecidas por la actora reconocieron la situación de crisis matrimonial originada en la práctica del budismo no aceptada por G., que generaba cambios de costumbres, de pensamientos y de principios que no compartía. I. 4. Recurso de apelación: agravios de M.G. Apelada la resolución por G. (fs. 212) y concedido el recurso (fs. 214), se ordenó expresar agravios (fs. 216), lo que fue cumplido a fs. 217/220, en los siguientes términos: En primer lugar, se agravia de que nunca quedó acreditado cuáles eran las creencias que en principio unieron a la pareja. Expresa que la juzgadora tuvo por acreditado que se unieron por la religión católica cuando ello no es cierto. Agrega que el matrimonio tenía libertad de culto, no teniendo en comienzo ninguna práctica religiosa. Indica que con el correr de los años, G. comenzó a realizar prácticas budistas, pero respetó las creencias de los otros miembros de su grupo. Advierte que el ejercicio de este derecho constitucional es considerado por la jueza como una injuria hacia su marido. Manifiesta que G. es una persona intachable y que la única desavenencia que tuvo con su marido era la práctica del budismo, pero siempre lo respetó. Afirma que la cuestión del budismo no fue invocada por el demandado oportunamente, por lo que no puede incorporarlo como hecho nuevo. En segundo término, se agravia de la valoración de las pruebas en relación a las injurias graves inferidas por G.. Se queja de que la jueza tuvo

por cierto el testimonio de Juri, sin cotejarlo con los otros dos testigos ofrecidos por el demandado. Señala que no puede fundarse la sentencia en un único testigo que conoce los hechos por comentarios del propio accionante. Aclara que los otros testigos coinciden en que fue G. quien hizo abandono del hogar y que dejó de aportar económicamente tanto a su esposa como a sus hijos. Dice que es cierto que sus hijos eran mayores de edad, pero dos de ellos cursaban estudios universitarios, por lo que la obligación alimentaria pesaba sobre ambos progenitores. Alega que es el propio actor quien reconoció haber abandonado el hogar conyugal, lo que fue corroborado por las actas policiales y por las declaraciones testimoniales. Además, los testigos afirman que fue G. quien se hizo cargo de la totalidad del sostenimiento del hogar.

I. 5. Recurso de apelación: contestación de S.G. Corrido traslado a la contraria (fs. 222), contestó a fs. 223/225: Señala que la jueza de grado nunca tuvo como presupuesto que los cónyuges se unieron bajo el culto católico y que la condición religiosa nunca fue contemplada como una injuria hacia su parte. Su representado se sintió injuriado debido a la falta de valoración de su rol dentro del matrimonio y, en especial, cuando la demandada decidió abandonar el lecho conyugal. Entiende que la adopción del budismo fue lo que provocó que G. cambiara el comportamiento hacia su cónyuge. No es el budismo el hecho injurioso, sino el comportamiento y consideración hacia el otro cónyuge. Considera que la juez tuvo en cuenta todos los testimonios.

II. La solución del caso traído a consideración II. 1. 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 tanto el divorcio como la separación personal con expresión de causa, y tratándose el presente caso de un proceso contencioso fundado en causales subjetivas, iniciado bajo la vigencia del código derogado, necesariamente se impone que aborde 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. Este Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el tema recientemente y en su actual composición, tomando posición sobre la aplicación de las normas del Código Civil y Comercial de la Nación a los procesos de divorcio en trámite (Expediente N° 27.197, ?MARTÍNEZ, OSCAR A. C/ MÓNICA CABRAL P/ DIVORCIO CONTENCIOSO?, 16/09/2015, L.A.F. N° 01, fs. 385/390, publicado en <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?id=4357011413>), por lo que a continuación destaco los fundamentos relevantes vertidos en ese precedente y que resultan de aplicación al caso bajo examen. Como es sabido, el nuevo código -casi idénticamente al anterior- dispone en su art. 7°: ?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. 7° 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 serán reseñadas 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, IJ-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?id=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/ Argañaraz Iris p/ Divorcio Vincular Contencioso?, 02/09/2015?. ¿El voto del Dr. Germán Ferrer en la causa precitada, al que adhirió 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 reconvencción, 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 pronunciarme sobre la solución adecuada al mismo. Tal como se reseñó en el capítulo de antecedentes, la cuestión versa sobre dos procesos acumulados de divorcio contencioso y separación personal, fundados en causales subjetivas, promovidos bajo la vigencia del código derogado, que tienen sentencia de primera

instancia, y es en este estado, en que los ha encontrado el comienzo de vigencia del Código Civil y Comercial. Concretamente, se encuentra para resolver en esta Alzada, el recurso de apelación de la sentencia, articulado por la parte perdedora. Surge evidente la necesidad de definir la cuestión sobre la aplicación del nuevo derecho al proceso en trámite. Es que, si se considerara que el mismo resulta aplicable en forma inmediata a partir de su entrada en vigencia, y no existiendo en tal régimen el divorcio contenciosos causado ni la separación personal, resultaría absolutamente infructuoso un pronunciamiento sobre el acaecimiento de injurias graves. Por el contrario, tal pronunciamiento resultaría necesario, si se entendiera que la separación personal y el divorcio deben 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 efectuaré al abordar la imposición de costas- este Tribunal ha coincidido 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. Eduardo Zannoni, ?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, se tuvo 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 (conf. Fallos: 306:1160; 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)? (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). En el mismo sentido se acaba de expedir la Suprema Corte provincial, al señalar que ?... la causa debe remitirse a origen para que, de conformidad con lo previsto en el art. 7 CCyC, se haga inmediata aplicación de la actual normativa vigente y se instrumente el trámite adecuado para ello? (S.C.J.M., Sala I, 18/09/2015, ?PAGANO HUMBERTO MARIO EN J° 52241/8/7// 50223 PAGANO HUMBERTO CONTRA MONTERO M.POR DIVORCIO VINCULAR CONTENCIOSO S/ FAMILIA P/ REC.EXT.DE INCONSTIT-CASACIÓN?, publicado en <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?id=4363859633>). 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 configuración de las causales subjetivas- 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 Justicia de Mendoza 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 demandado, 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. N° 60, fs. 210/212, 09/09/2015). En consecuencia de todo lo expuesto, es que corresponde omitir pronunciamiento sobre el recurso incoado, en lo relativo a la existencia o no de causales subjetivas, atento a que ha devenido abstracto dicho objeto de análisis. d. Sin perjuicio de lo expuesto, en el caso bajo estudio se advierte que la sentencia apelada admitió la demanda de separación personal por la causal contemplada en el inciso 4° del artículo 202 y rechazó el divorcio por no haberse acreditado la causal subjetiva alegada (dispositivos I y II, respectivamente). Como ya lo adelanté, las nuevas disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación no contemplan ni el instituto de separación personal, ni las causales subjetivas. En tal sentido, no encontrándose firme la sentencia recurrida, conforme a lo dispuesto por el artículo 7 del referido cuerpo normativo, corresponde hacer aplicación inmediata de las normas contenidas en el capítulo 8 del título I, del libro segundo del CCyCN, en lo que resultan pertinentes -que prevén un nuevo proceso de divorcio libre de causales- y, consecuentemente, sustituir los dispositivos I y II de la resolución apelada admitiendo la disolución del matrimonio por el divorcio de la partes. III.

Conclusión Por todo lo expuesto, y si mi voto es compartido por mis colegas de Cámara, considero que corresponde omitir pronunciamiento sobre el recurso incoado, en lo relativo a la existencia o no de causales subjetivas, atento a abstracción acaecida. Asimismo, no encontrándose firme la sentencia recurrida, corresponde hacer aplicación inmediata de las normas contenidas en el capítulo 8 del título I, del libro segundo del CCyCN, en lo que resultan pertinentes y, consecuentemente, sustituir los dispositivos I y II de la resolución apelada admitiendo la disolución del matrimonio por el divorcio de las partes. Así lo voto. **SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, LOS DRES. MARÍN Y GAITAN DIJERON:** Que adhieren por sus fundamentos, al voto precedente. **SOBRE LA SEGUNDA CUESTION EL DR. BERMEJO DIJO:** I. Las 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. En la resolución de esta Cámara -que he venido glosando- se dijo que 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 se advierte, por el contrario, un profundo abordaje de un tema que no resulta menor, cual es la imposición de costas. Graciela Medina, en el artículo antes mencionado, 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.

Es importante recordar que el Código Procesal Civil mendocino 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 la imposición, por ejemplo, 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 se presenta 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, ¿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? (Conf. 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?id=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 referida, 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 las dos instancias -por existir sentencia y por haber formulado las partes agravios y contestación de los mismos-, 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, ingresaré en el tratamiento de los fundamentos del recurso de apelación. c. Este Tribunal viene sosteniendo invariablemente que los arts. 137 y 142 del C.P.C. le imponen al apelante fundar adecuadamente el recurso y el evento debe reunir el requisito de suficiencia. Las normas requieren que la expresión de agravios puntualice, en forma precisa y concreta, los errores en la apreciación de las pruebas o en el derecho aplicado en la sentencia, refiriéndose a los considerandos impugnados, a los medios de prueba analizados y a las normas legales cuya aplicación se discute. Ello no ha sido satisfecho por la apelante. Es que la jueza de primera instancia, para admitir la demanda de separación personal, basó su resolución en que se encontraban acreditadas las injurias vertidas por G. hacia su esposo, mediante las siguientes conductas: a) que se autoexcluía del dormitorio conyugal; b) que le profería descalificaciones a su marido por ser ella mayor aportante en los gastos del hogar; y c) por las largas ausencias o vida desorganizada como consecuencia de la práctica del budismo. A su vez, en relación a la casual de abandono voluntario y malicioso invocado por G., la jueza entendió que no se consideraba configurado porque: d) el matrimonio se encontraba en crisis y ya no era posible su sostenimiento; y ello había sido reconocido por la propia actora; y e) el retiro del hogar por parte del esposo no fue intempestivo, ni sorpresivo, ni siquiera inesperado; además, que el largo tiempo que demoró G. en denunciar el abandono, impide por sí solo, la configuración de la causal. Los argumentos referidos en los puntos a), b), d) y e), que resultan determinantes para rechazar la pretensión de la actora, pues suponen la aplicación del criterio jurídico sostenido al caso concreto, no han sido objeto del más mínimo agravio por la recurrente, quien no ha criticado, ni siquiera someramente, las importantes cuestiones fácticas y jurídicas en las que se fundó la resolución, habiéndose limitado, solamente, a insistir en que la práctica del budismo -amparada por la Constitución Nacional- no puede ser tenida en cuenta como una injuria, máxime cuando siempre respetó a su marido, y en que no puede fundarse la sentencia en un único testigo que conoce los hechos por comentarios del propio accionante. La apelante insiste en culpar a su marido del abandono, pero no rebate los argumentos relativos a la acreditación de sus propias injurias y a que el abandono no fue sorpresivo, intempestivo e inesperado y se demoró en denunciarlo. Uniformemente viene señalando este Tribunal, que el escrito de expresión de agravios debe contener un estudio detenido y una crítica elevada de los fundamentos del fallo, procurando llevar al Ad quem al convencimiento más acabado de la justicia del recurso, puesto que el código de forma no ha colocado como mera fórmula la obligación de fundar el recurso o de expresar agravios, según sea el caso, sino que mediante ella exige del apelante el análisis razonado de la resolución y la demostración de los motivos que se tienen para considerarla equivocada, debiendo criticarse punto por punto los errores fundamentales que pudiera contener, o sea el examen deficiente o erróneo de las pruebas y las omisiones o equivocaciones que pueda tener respecto del derecho aplicado o aplicable, caso contrario imposibilita al Tribunal de Apelación en su tarea de reparar los presuntos agravios (conf. LSC N° 7, págs. 57/61 y 114/119, LSP N° 2, fs. 390/398; LSP N° 5, pág. 53/59; entre otros). La expresión de agravios, como todo pedimento que se lleva a cabo en el proceso, debe ser concreto, preciso y claro, en otras palabras, suficiente, dado que en el sistema dispositivo que nos rige, esta etapa procesal se erige como la cuña que tiende a romper el fallo atacado; pero para ello, atento el adagio romano *tantum devolutum quantum appellatum*?, hace falta que el quejoso ponga de manifiesto los errores de la providencia impugnada. Si este embate no se cumple o se lleva a cabo en forma deficitaria, el decisorio deviene firme, ya que es el atacante quien a través de su expresión fija el ámbito funcional de la Alzada; la que no está facultada institucionalmente para suplir los déficit argumentales del recurrente, ni para ocuparse de las quejas que éste no produjo. (conf. Hitters, Juan Carlos, Técnica de los recursos ordinarios, La Plata, 1985, pág. 440). Cabe agregar que si bien la jurisprudencia mayoritaria en esta época, ha seguido un criterio amplio para valorar la suficiencia de la expresión de agravios, por ser el que mejor armoniza con un escrupuloso respeto del derecho de defensa en juicio y con el sistema de la doble instancia adoptado por la ley, ello es sin que esa flexibilidad llegue al extremo tal que, en los hechos, se traduzca en la derogación lisa y llana de los recaudos del Art. 137 del Cód. Procesal Civil. Las exigencias referidas no han sido cumplidas por la recurrente, por lo que el recurso hubiera resultado desierto. En consecuencia, corresponde confirmar la imposición de costas resuelta en instancia de origen, e imponer las costas devengadas en esta instancia a la parte recurrente, que hubiera resultado vencida. II. Honorarios Los correspondientes a

la labor profesional desarrollada en esta instancia, se regulan a tenor de lo normado por el art. 10 de la Ley de Aranceles (3.641), teniendo en cuenta, además, los parámetros considerados en primera instancia. Así lo voto. SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, LOS DRES. MARÍN Y GAITAN DIJERON: Que adhieren por sus fundamentos, al voto precedente. Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta: SENTENCIA N° SAN RAFAEL, ... de septiembre de 2015. Y VISTOS: Por lo que resulta del acuerdo precedentemente celebrado, se RESUELVE: I. OMITIR PRONUNCIAMIENTO sobre el recurso de apelación incoado a fojas doscientos doce (fs. 212), en lo relativo a la existencia o no de causales subjetivas, atento a abstracción devenida durante el curso del proceso. II. SUSTITUIR los dispositivos I y II de la sentencia de fojas doscientos seis barra doscientos once (fs. 206/211) de autos por el siguiente: ?DECLARAR la disolución del matrimonio, por divorcio, de S. A. G., D.N.I. N° 10.658.189, y de M.S. G., D.N.I. N° 11.805.926?, quedando, en los demás puntos, vigente la sentencia de primera instancia. III. IMPONER las costas devengadas por la tramitación del recurso a la apelante. IV. REGULAR los de los honorarios profesionales intervinientes en el recurso, al Dr. Martín A LECUMBERRY, en la suma de PESOS ... (\$...); y a la Dra. María L. BACIGALUPO, en la suma de PESOS ... (\$...). NOTIFÍQUESE por cédula de oficio y oportunamente bajen. Correlaciones: Galli Fiant, María M. - MATRIMONIO Y DIVORCIO. NUEVOS ESCENARIOS COMO CONSECUENCIA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. LEY 26994 - Erreius on line - Diciembre de 2014. A., A. L. c/C., R. s/divorcio - Cám. Civ. y Com. Lomas de Zamora Sala I - 13/08/2015.

003996E