



Provincia de Formosa
Poder Judicial
Excmo. Tribunal de Familia

Registrado el 26 / 08 / 2015

Tomo N° 907 / 15

Del Libro de Autos Interlocutorios

FORMOSA, 25 de Agosto del 2015.

VISTOS: Estos autos caratulados: “**B. M. c/ P. E. E. s/ DIVORCIO**” Expte n° 209 Año 2014, del Registro de este Excmo. Tribunal de Familia, vienen éstos autos a despacho para resolver el recurso de revocatoria planteado a fs 42 contra la resolución de fs. 38.-

CONSIDERANDO: que se agravia el Sr. M. B. contra la resolución del 17 de Junio del 2015 mediante el cual se invita a las partes a que en el plazo de 30 días reformulen sus pretensiones de acuerdo a la nueva normativa que se pondrá en vigencia a partir del 1º de agosto del presente año, más aun teniendo en cuenta que se había fijado Audiencia de Vista de Causa para el mes de octubre de 2015, pues en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación desaparece el divorcio causado o por culpa. Y que el art. 439 del CC y C. establece que se deberán presentar propuestas sobre todas las cuestiones -Convenio regulador- que deberá contener las cuestiones relativas a la atribución de la vivienda, distribución de los bienes y las eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges, ejercicio de la responsabilidad parental, en especial prestación alimentaria, y toda otra cuestión de interés de los cónyuges.-

El quejoso considera que existe una contradicción en la resolución que ataca, pues el art. 7 de la ley 26.994 establece que “A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes” y en forma expresa dispone que las leyes no tienen efectos retroactivos, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. Por lo que este juicio debe regirse hasta la sentencia con lo dispuesto por el Código Civil -a la fecha vigente-.

Indica que en forma expresa el artículo que menciona precedentemente dispone que “Las leyes no tienen efectos retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantía constitucionales”. Dice que se omite lo dispuesto por el art. 5 que establecen que

“Las leyes rigen después del octavo días de su publicación oficial o desde el día que ellas determinen”. Agrega que esta ley entra en vigencia el 1ro. de agosto del 2015 y que en consecuencia el presente juicio debe regirse hasta la sentencia, con lo dispuesto por el Código Civil vigente (a la fecha del recurso aún no había entrado en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial).

Reitera que el efecto retroactivo está prohibido por razones de orden público y que las personas confían en la ley vigente y conforme a ella celebran sus transacciones y cumplen con sus deberes jurídicos, afirmando que darle efectos retroactivos genera desconfianza e inseguridad. Cita doctrina al efecto.

Expresa que debe primar el principio de irretroactividad de las leyes, las que rigen para hechos acontecidos con posterioridad a su vigencia, principio que significa que rige para hechos acontecidos con posterioridad a su vigencia, esto es para hechos futuros, es decir para situaciones posteriores al 1º de agosto.

En este caso puntualiza, se ha contestado la demanda y se abrió la causa a prueba fijándose fecha para la Audiencia de Vista de Causa para el día 7 de octubre de 2015 lo que se encuentra firme y consentido. Reitera sus conceptos de irretroactividad y por último solicita se revoque la providencia que recurre y se mantenga el procedimiento consolidado.

Que a fs 45 pasan los autos para resolver el recurso de revocatoria planteado a fs 42 de autos.-

II).- Planteada la cuestión, adelanto desde ya que no asiste razón al recurrente. Pero para una mayor comprensión de mi postura y siendo que estamos transitando un proceso de transición y de adaptación a los cambios que nos exige el novísimo Código Civil y Comercial es preciso indicar a modo ilustrativo las distintas posiciones doctrinarias de prestigiosos juristas que en la materia se han expedido ante el nuevo Código Civil y Comercial, indicando como se aplica éste a partir de la entrada en vigencia y como opera en los procesos en curso.

Así resuelta que la reconocida jurista Aida Kemelmajer de Carlucci trata el tema en su obra “La Aplicación del Código Civil y Comercial a las Relaciones y Situaciones Jurídicas existentes” concluyendo que: ” *En síntesis, las reglas que emanan de la norma general, el art 7º del CCyC, son las siguientes: (1) **Relaciones y situaciones de origen legal.** a) Constitución, extinción y efectos ya producidos al momento de la entrada en vigencia de la nueva ley: regidos por la vieja ley. b) constitución en curso, extinción aún no operada,*

efectos aún no producidos, aplicación inmediata de la nueva ley. (2) **Situaciones y relaciones regidas por leyes imperativas nacidas de actos entre particulares.** a) *Constitución, extinción y efectos ya producidos al momento de la entrada en vigencia de la nueva ley; regidos por la vieja.* b) *Constitución en curso, extinción aún no operada, efectos aún no producidos, aplicación inmediata de la nueva ley.* (3) **Situaciones y relaciones regidas por leyes supletorias de la voluntad de los particulares.** a) *Constitución, extinción, efectos ya producidos al momento de la nueva ley: regidos por la vieja ley.* b) *Constitución o in fiere, aplicación inmediata de la nueva ley, desde que no se trata de una situación existente de la que pueda predicarse una voluntad supletoria.* d) *En la relación de consumo, efectos aún no producidos, extinción aún no operada, regidos por la nueva ley, si es más favorable para el consumidor” (pág,62/63 de la ob. citada).*

En cuanto al Divorcio la autora indica “c) Divorcio. El CCyC. eliminó la separación personal, las restricciones temporales y el divorcio contenciosos”, agregando que “Los plazos mínimos o restricciones temporales establecidos por la ley 23.515 en el CC no rigen para los juicios en trámite, desde que el CCyC es de aplicación inmediata, por ser consecuencias de relaciones jurídicas existentes”.

Al respecto, citando expresamente a Graciela Medina dice: “Si en el divorcio interpuesto no se hubiese presentado la propuesta que menciona el artículo 438, el juez, de oficio debe suspender el proceso y emplazar a las partes a que adecuen el procedimiento a ese requisito, desde que se trata de una norma de contenido procesal que rige consecuencias y por lo tanto de aplicación inmediata”, razón por la cual la invitación cursada a las partes mediante la providencia simple que se impugna tiene sustento doctrinal y sobre todo se aplica el sentido común.

De igual manera, la citada autora dice: “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” (pág 135/136 de la ob. citada)

Otra postura que no puedo dejar de mencionar es la del Dr. Julio Cesar Rivera que en el artículo publicado en La Ley del 4 de mayo de 2015 “Aplicación del Código Civil y Comercial a los procesos judiciales en trámite y otras cuestiones que debería abordar el Congreso” en ocasión de comentar el Fallo Plenario de la Cámara de Apelaciones de Trelew que resolvió disponer una vez dictada una sentencia bajo el régimen del Códigos Civil y de Comercio vigente en las sucesivas instancias judiciales, dice que “habrá que revisarse la sentencia de grado a la luz de los mismos ordenamientos bajo cuyo amparo ella se dictó, por que se produce una consolidación jurídica de la causa”. Esto causó la repuesta inmediata de la Dra. Kemelmajer que en síntesis dice que el juez debe aplicar la ley que corresponde, aunque nadie lo solicite, porque se trata de una cuestión de derecho, Y que nada impide de considerar el juez necesario invite a las partes a argumentar sobre cual es la ley aplicable, si se trata de una cuestión dudosa. Sostiene que es de aplicación inmediata el nuevo CCC.

Refuta el Dr. Rivera en el punto II.6. *Conclusión parcial y dice* “de lo expuesto resulta que no es lisa y llanamente predicable que el Código Civil y Comercial resulte necesariamente de aplicación inmediata a las causas judiciales en trámite. Por el contrario, ello puede resultar en una afectación retroactiva de la relación procesal, en la violación de la garantía del debido proceso al vulnerarse el derecho de alegación y prueba; y concluir en una sentencia incongruente con lo pedido por las partes” .

La solución sugerida por la Dra. Kemelmajer es que el juez o el tribunal de apelaciones dé una vista a las partes para que se pronuncien sobre la incidencia del nuevo CCyC citando una decisión de la C.S.N. que en realidad refiere la Corte a un procedimiento de arbitraje internacional y las partes no se vean sorprendidas por una resolución con base en un argumento jurídico no consideradas o examinadas por las partes para que puedan reformular sus pretensiones.

Indica que una vez trabada la litis hacen las partes ya no puedan modificar sus pretensiones, y la etapa de alegación y prueba se ajustara a estas. Y a su vez la sentencia se ajustará a estas. Uno de los problemas que genera la aplicación de normas nuevas a hechos ya recurridos es que, retrospectivamente, encierra ciertas injusticias, 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 su conducta. Por eso es sumamente común que los ordenamientos jurídicos adopten estrategias para mitigar los daños que las transiciones legales imponen, En un ulterior párrafo concreta “que la pretensión de solucionarlo por aplicación de una norma tan escueta como el art. 7 es CCyC es ilusoria” y que “el modo en que se pretende poner en vigencia el CCyC revela una gran irresponsabilidad. Con un mínimo tiempo de estudio “sin adecuar los códigos procesales y sin reglas de aplicación de la ley en el tiempo, salvo el art. 7 que se aplicará porque no hay otra norma útil a tal fin.-

En el punto VI) del artículo publicado en el título “*Algunas conclusiones propuestas*” la autora indica que el tema del derecho transitorio es particularmente arduo, y que dejar esto para que lo resuelvan los jueces es de una espantosa irresponsabilidad. Eso significa que los ciudadanos perderán tiempo e invertirán recursos en una discusión que podría superarse si el Poder Legislativo pusiera manos a la obra y dictara una ley que resolviera como se aplica el Código Civil y Comercial no sólo a los juicios en trámite sino a las relaciones jurídicas en curso de ejecución”.

Otro prestigioso jurista el Dr. Jorge W. Peyrano en su artículo “El Codex superveniens y su impacto sobre los juicios en curso “analiza el art. 7 del CCyC y la aplicación en los juicios ya en curso, indicando desde el principio que se está ante una cuestión “que no admite soluciones unívocas y simplificadoras” pues dicha norma prescribe su aplicación inmediata cuando correspondiera.

En síntesis indica que la solución que puede proporcionar el art 7 del CCC. , de cual es la ley temporalmente aplicable si el Código Civil o el Código Civil y Comercial debe ser puesta en contacto con instituciones procesales tales *ius superveniens* (circunstancias sobrevinientes) la cosa juzgada, la sustracción de materia, la preclusión , la traba de la litis, el principio de ejecución de los actos procesales, el comienzo del cómputo de términos procesales, la congruencia, y otras instituciones que son portadoras y defensoras de garantías constitucionales que no pueden ser omitidas, es decir que llegado el caso se deberá procurar armonizar la elección normativa con el funcionamiento de los mencionados institutos procesales.

Propone el Dr. Peyrano que ante la nueva situación producida por la reforma del

CCyC, no se vulneren los “mecanismos procesales que preservan la constitucionalidad de las partes” e indica que tanto las partes como así también el juez oficiosamente pueden concertar y/o convocar a una “audiencia saneadora” y reordenadora del trámite, la tendrá por objeto 1) la elección de cual código sería aplicable, y de ser necesario la adaptación de las formas procesales, y en algunos casos procesales posibilitar la reformulación de los términos en que fue trabada la litis. Esta solución indica fue propiciada por los autores de la reforma en doctrina y la misma solo en casos excepcionales.

De la manera que se propicia permite al juez que pueda ponderar al momento de dirimir en la controversia judicial la incidencia de hechos sobrevinientes posteriores a la traba de una causa, la influencia de la normativa no vigente al momento de los inicios y primeros pasos procesales y la influencia sobre la litis.-

III.- Analizadas las posturas doctrinarias predominantes -cuyas opiniones no son coincidentes- me avoco a la resolución del recurso planteado.

El punto a resolver se suscita cuando son invitadas las partes a adecuar sus pretensiones a la nueva normativa del CCyC., ya que en el mes de octubre se había fijado Audiencia de Vista de Causa en este divorcio con causa, estableciéndose se adjunte a la demanda el convenio regulador, instruyendo a las partes que cuestiones debe contener, por ser este un requisito esencial para que prospere la demanda de divorcio

Resiste el Sr. M. B., indicando que las normas no rigen retroactivamente, insistiendo que se debe continuar con las normas del Código Civil de Velez Sarsfield y Acevedo y realizarse la Audiencia de Vista de Causa.

En primer lugar aclaro, que dicho plazo se fijó porque aprobada la reforma se había establecido que empezaría a regir a partir del 1º de enero de 2016, interín se adelanta la puesta en vigencia, lo que me obliga en este caso -y otros semejantes- que debo considerar que de aplicación del art. 7 del CCyC a las relaciones jurídicas preexistentes.

Considerando todos los argumentos esgrimidos por los autores citados, pero a la luz del estado procesal de la causa -lo que no significa que se haya configurado un derecho adquirido pues el proceso anterior fue necesario ya que era lo que imponía la ley- como también en el entendimiento que la presente causa fue originada por el propio recurrente como causal objetiva, lo que no conduce a causalidad alguna, es decir que la ley actual no le causa agravios, adhiero a la postura de la coautora del CCyC Dra. Kemelmajer considerando

que la ley vigente es de aplicación inmediata a las relaciones de familia, puesto que fallar o investigar si existieron causales que dieron origen a la separación no tiene asidero legal en la actualidad, pues no existe basamento legal vigente que lo justifique. Apunto expresamente a como quedo trabada la litis, por lo tanto esa es la relación jurídica vigente, ¿y ella cuál es? Innegablemente la voluntad de los cónyuges a divorciarse, en consecuencia se respeta el principio de bilateralidad y preclusión al invitarlos a adecuar sus pretensiones al nuevo código y no que inicien nuevo proceso, lo que demorará más la solución que se pretende y porque -reitero- no es ajustado a derecho dictar una sentencia fundando en una norma no vigente.

Por todos los argumentos expuestos, la ley vigente a la fecha y la falta de oposición de la cónyuge -que si interpuso en su momento causal subjetivas- corresponde desestimar el Recurso de Revocatoria interpuesto a fs 42/43.

Por ello, como jueza de trámite y de conformidad al art. 8 del CPTF, y 238 del CPCC. aplicable por reenvío procesal del art. 36 del C.P.T.F:

RESUELVO: 1) NO HACER LUGAR al Recurso de Revocatoria formulado contra la resolución de fs 38 conforme los argumentos precedentemente expuestos, y en consecuencia, corresponde confirmarla en todos sus términos.-

2) Sin imposición de la Costas conforme se ha resuelto, naturaleza del proceso y por que el peticionante pudo creerse con derecho a efectuar el planteo (art. 68 - 2do. párrafo del CPCC. aplicable por reenvío procesal del art. 36 del CPTF).-

3) REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE.- Y oportunamente siga la causa según su estado.-

recrev.

Viviana Karina Kalafattich
JUEZA