**STJSL-S.J. – S.D. Nº 005/17.-**

---En la Ciudad de San Luis, **a nueve días del mes de febrero de dos mil diecisiete**,se reúnen en Audiencia Pública los Señores Ministros Dres. OMAR ESTEBAN URÍA, HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ y LILIA ANA NOVILLO - Miembros del SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, para dictar sentencia en los autos*:* ***“CALLEGARI, JULIÁN c/ DOMÍNGUEZ MARÍA MACARENA s/ DIVORCIO VINCULAR– RECURSO DE CASACIÓN”* –** IURIX EXP Nº 213522/11.-

Conforme al sorteo practicado oportunamente con arreglo a lo que dispone el artículo 268 del Código Procesal Civil y Comercial, se procede a la votación en el siguiente orden: Dres. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ, LILIA ANA NOVILLO y OMAR ESTEBAN URÍA.-

Las cuestiones formuladas y sometidas a decisión del Tribunal son:

I) ¿Es formalmente procedente el Recurso de Casación?

II) ¿Existe en la sentencia recurrida alguna de las causales enumeradas en el art. 428 del C.P.Crim.?

III) Caso afirmativo de la cuestión anterior, ¿Cuál es la ley a aplicarse o la interpretación que debe hacerse de la ley en el caso en estudio?

IV) ¿Qué resolución corresponde dar al caso en estudio?

V) ¿Cuál sobre las costas?

**A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ, dijo:** 1) Que en fecha 22/07/2016 (actuación N° 5840805) se presenta la parte actora y deduce recurso de casación contra la sentencia N° 34 de fecha 28/06/16, dictada por la Cámara de Apelaciones, Sala Civil, Comercial, Minas y Laboral de la Tercera Circunscripción Judicial.

Que en fecha 03/08/16, acompaña los fundamentos del mismo (actuación N° 5900025) en donde manifiesta que la casación interpuesta se funda en la causal prevista por el art. 287 inc b) del CPC y C., entendiendo que se ha interpretado erróneamente los arts. 7, 435 y ss. del CCCN.

Luego de realizar una síntesis de los antecedentes de la causa, bajo el punto IV.- ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DE UNA NORMA LEGAL: ARTS 7 y 435 y siguientes del CCCN.: expresa que agravia a su parte, la incuestionable interpretación errónea de la norma del artículo 7, y, por implícita consecuencia, las de los arts. 435 y ss. del CCCN.-

Agrega, que la interpretación de la norma transcripta descansa sobre dos principios fundamentales: El primero, la irretroactividad de la ley –contemplada por la misma norma- que solo admite excepciones puntuales y que en ningún caso podrá afectar garantías constitucionales. El segundo, su aplicación inmediata a partir de su entrada en vigencia. Ambos principios se complementan. La aplicación inmediata no es retroactiva, porque significa aplicación de las nuevas normas para el futuro y con posterioridad a su vigencia; el efecto inmediato encuentra sus límites, precisamente, en el principio de irretroactividad, que veda aplicar las nuevas leyes a situaciones o relaciones jurídicas ya constituidas, o a efectos ya producidos, consumidos, agotados o extinguidos.

Afirma que el divorcio decretado en la primera instancia no se encuentra firme y consentido por virtud de su apelación y, siendo que la sentencia que decrete el mismo tiene carácter constitutivo de un nuevo estado civil, ha de estarse a la ley vigente al momento de emisión de la sentencia.

Señala que la sentencia de primer grado **no está firme**, y que no son objeto de revisión porque ésta precisamente deviene abstracta ante la entrada en vigencia, en el interín, de la nueva normativa. Por lo que considera que, la traba de la litis no obsta a que, al no adquirir firmeza la sentencia de primer grado por la apelación interpuesta, las expectativas de las partes al momento de aquella (traba de la litis) sean solo eso: expectativas, no derechos adquiridos.

Advierte, que el presupuesto de que no hay una situación agotada también es reconocida por la Cámara de Apelaciones, pero la solución que brinda es diametralmente opuesta a la que expresa el Presidente de la Comisión reformadora del nuevo Código Civil, Dr. Ricardo Luis LORENZETTI, que sostiene que 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**.

Sostiene que la CSJN desde antiguo ha precisado que solo cuando no hay una sentencia firme puede hablarse de derecho adquirido sin vulnerar la garantía constitucional de la propiedad, por lo tanto a las controversias pendientes mientras no haya recaído sentencia definitiva se aplica la nueva legislación.

Expone que en el caso de autos, se reconoce la calidad de “constitutiva” de la sentencia de divorcio para luego inexplicablemente resolver *lo que implica, si el expediente que declara el divorcio contencioso se encontraba en Cámara porque la sentencia de primera instancia había sido apelada, el tribunal de apelaciones no puede ni debe revisar esta decisión a la luz del nuevo Código Civil, siendo según el recurrente allí donde se interpreta de manera errónea los arts. 435 y ss. del CCCN.*

Concluye alegando que de la simple lectura de los fundamentos esgrimidos en la sentencia recurrida en casación se advierte una incorrecta interpretación legal. Se determina de manera errónea un sentido y alcance de la norma de fondo.

2) Que corrido el traslado de rigor, en fecha 31/08/16 la contraria contesta el mismo (actuación N° 6026415) quien manifiesta que mal puede el recurrente pretender recurrir a un derecho sobre el cual no hubo posibilidad de defensa o de expresión alguna, más que lo limitado a las cuestiones abiertas para la Segunda Instancia, máxime teniendo en cuenta que al momento de armar la estrategia defensiva u ofensiva el profesional de justicia idea su plan de ataque en base al derecho vigente, el que terminará aplicándose, ciñendo y ajustando su actuar a sus postulados y órdenes en todo momento a lo largo del proceso.

Que con lo dicho, se infiere que al aplicar arbitrariamente otro derecho diferente se tiraría por la borda el trabajo y compromiso desplegado en todo el juicio.

Expresa que el intentar tomar normas aisladas y aplicarlas caprichosamente a los fines de saciar y fundar un recurso insostenible no es más que un manotazo de ahogado, y que el Ordenamiento Jurídico debe tomarse como un todo, como una integridad a la luz de la vara delimitadora de la congruencia y coherencia en el proceso y para los justiciables.

Entiende, que nunca en un estado de derecho se puede permitir la utilización seccionada, dividida o coartada del derecho y menos aún si con la aplicación el mismo se ataca palmariamente los principios jurídicos constitucionalmente consagrados.

Que nunca se podría arribar a un fallo, una resolución o a una sentencia mediante la violación de las garantías constitucionales, como son la defensa en juicio, la seguridad jurídica, la congruencia de la sentencia con lo actuado por las partes.

Agrega que la Sentencia puesta en crisis resulta conforme a derecho, toda vez que en la misma se defienden y pregonan principios axiales de derecho reconocidos por la Constitución Nacional, por los Tratados Internacionales e incluso a la luz del Nuevo Código Civil y Comercial si se pretendiera la aplicación del mismo.-

3) Que en fecha 28/10/16, emite dictamen el Sr. Procurador General (actuación N° 6309273), el cual se expide sobre la procedencia del recurso de casación y opina que se debe casar la sentencia a fin de que se dicte una nueva en la que se apliquen los artículos pertinentes del Código Civil y Comercial de la Nación.

4) Que entrando en el análisis de la cuestión planteada corresponde, en primer término, determinar si se cumplen los requisitos establecidos por ley, a los efectos de la admisibilidad formal del recurso en estudio.-

Surge de las constancias de la causa que el presente recurso ha sido interpuesto y fundado en término, y se ataca una sentencia definitiva y se ha dado cumplimiento a la carga prevista por el art. 290 del CPC y C.-

Por tanto y ante la trascendencia pública de este caso, estimo formalmente procedente el recurso de casación interpuesto, lo que así se declara.-

En consecuencia, voto a esta PRIMERA CUESTIÓN por la AFIRMATIVA.-

Los Señores Ministros, Dres. LILIA ANA NOVILLO y OMAR ESTEBAN URÍA, comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ y votan en igual sentido a esta **PRIMERA CUESTIÓN.-**

**A LA SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN, el Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ, dijo:** Que de los agravios expuestos por la parte recurrente surge que, en la sentencia impugnada se habría interpretado erróneamente el art. 7 del CCCN y en consecuencia el 435 y ss. de dicho ordenamiento legal.-

Alega que, la sentencia de grado no se encuentra firme, y que no es objeto de revisión porque ésta precisamente deviene abstracta ante la entrada en vigencia de la nueva normativa.

Que la traba de la litis no obsta que, al no adquirir firmeza la sentencia de primer grado por la apelación interpuesta, las expectativas de las partes sean solo eso.

Que a las controversias pendientes mientras no haya recaído sentencia definitiva se aplica la nueva legislación, la solución contraria implica ir en contra de los fundamentos de la adopción del divorcio remedio del Nuevo Código.

De lo expuesto surge que el objeto casatorio queda delimitado a determinar si ha habido o no una incorrecta interpretación del art. 7 del CCCN, el que reza: “*EFICACIA TEMPORAL: 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 aplacibles a los contratos en curso de ejecución, con excepción de la norma más favorables al consumidor”.*

Pues entrando en el análisis particular, entiendo conforme lo dictaminado por el Sr. Procurador general y teniendo en cuenta la doctrina de la Corte Suprema (Fallos: 339, 349 del 29 de marzo de 2016) que como caso de excepción corresponde hacer lugar a la Casación interpuesta por la parte actora, ello en virtud de las consideraciones que a continuación se exponen.

Como punto de partida corresponde señalar que el Juez *a quo* resolvió, en su sentencia rechazar la demanda interpuesta por el Sr. Julián Callegari, según la normativa prevista en el Código de Vélez Sarsfield, por considerar que “*este no logro demostrar la conducta injuriante atribuida a la demandada (art. 202 inc. 4 del anterior C.C) dado que en el juicio de divorcio la prueba a analizarse en conjunto con el objetivo de extraer la verdad de lo ocurrido en el hogar y establecer, dentro de la relatividad de las cosas humanas, la culpabilidad que corresponde a cada uno de los cónyuges en el fracaso del matrimonio, a cuyo efecto lo que corresponde es verificar, a través de los elementos de convicción de que se dispone, las causas o razones determinantes en que se desenvolvería la vida conyugal*…” y dispone hacer lugar a la reconvención deducida por la Sra. Domínguez María Macarena por considerar que se han acreditado suficientemente la configuración de la casual prevista en el art-. 202 inc. 4° invocada.

Que la parte actora deduce apelación, fundando su pretensión en el hecho de que al no encontrarse firme la sentencia de grado se debe aplicar la nueva normativa de conformidad con lo dispuesto por el art. 437 del CCCN.

Pasado a estudio, la Cámara resuelve rechazar el recurso intentado, argumentando que ya había sentencia dictada, aunque no firme al momento de entrada en vigencia del Nuevo Ordenamiento, ERGO no se puede aplicar la nueva norma a una sentencia que había sido dictada.

Expresan que aunque la sentencia no se encuentra firme, la traba de la litis, la demanda, la reconvención, la prueba y demás consecuencias procesales de la causa, impiden que se borre con manto de olvido lo actuado, y con ello, aplique retroactivamente la nueva ley.

Venido en Casación con los fundamentos *ut supra* expuestos, entiendo que corresponde seguir en el caso la doctrina del Máximo Tribunal de la Nación sentada en los autos: **“TERREN, MARCELA MARÍA DELIA y Otros c/ CAMPILI, EDUARDO ANTONIO s/ Divorcio”** en el cual expuso: *“…2°) Que según conocida jurisprudencia del Tribunal sus 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 configuren 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 sobre amparo", sentencia del 27 de mayo de 2014).*

*3°) Que en ese razonamiento, corresponde señalar que encontrándose la causa a estudio del Tribunal, ello de agosto de 2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por la ley 26.994, norma esta última que derogó, -1- entre muchas otras, las disposiciones del código civil que regulaban la disolución del matrimonio, en particular las vinculadas con la distinción entre las causales objetivas y subjetivas que autorizaban el divorcio de los cónyuges, aspecto éste que constituye el fundamento del recurso extraordinario del apelante.*

*4°) Que en tales condiciones, se presenta en el caso una situación sustancialmente análoga a la decidida recientemente por esta Corte en las causas CIV 34570/2012/1/RH1 "D.L.P, V.G. Y otro cl Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas si amparo", sentencia del 6 de agosto de 2015, habida cuenta de que deviene inoficioso que este Tribunal se pronuncie sobre los planteos referentes a la configuración de la causal subjetiva admitida para decretar el divorcio, cuya existencia a los fines pretendidos ha fenecido por imperativo legal, sin que se advierta interés económico o jurídico actual que justifique .un pronunciamiento sobre el punto al haber desaparecido uno de los requisitos que condicionan la jurisdicción del Tribunal (con£. Fallos: 318:2438; 327:4905 y 329:4717). 50) Que no obstante ello, a la luz de la doctrina mencionada, según la cual corresponde atender a las nuevas normas que sobre la materia objeto de la litis se dicten durante el juicio, no puede desconocerse que las cuestiones atinentes a la disolución del vínculo matrimonial -procedencia, modo, forma y efectos- se encuentran hoy reguladas en los arts. 435 y siguientes del Código Civil y Comercial de la Nación, normativa que, en virtud de la regla general establecida en el art 7° del mencionado código, resulta de inmediata aplicación al caso.*

*La ausencia de una decisión firme sobre el fondo del asunto obsta a que se tenga por configurada una situación jurídica agotada o consumida bajo el anterior régimen que, por el principio de irretroactividad, obste a la aplicación de las nuevas disposiciones.*

*7°) Que sin perjuicio de lo expresado, de acuerdo con la doctrina de fallos: 307: 2061 ("Peso"), ratificada en Fallos: 315:123; 327:3655; 328:2991 y 329:5068, con el objeto de evitar que la subsistencia del pronunciamiento apelado -en cuanto declara el divorcio de los cónyuges por culpa del esposo por la causal subjetiva prevista en el arto 202, inciso 4°, del hoy derogado código civil-, pueda causar un gravamen no justificado, corresponde dejarlo sin efecto”.*

Que sin lugar a dudas, en el caso que nos ocupa, se ha realizado idéntico planteo en cuanto a la aplicación de la ley en el tiempo, por lo que se debe seguir el lineamiento fijado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entendiéndose que no se trata de una aplicación retroactiva de la ley, sino que en virtud de la interpretación dada al art. 7 y considerando que no existe en autos sentencia firme, la causa debe ser resuelta según la normativa vigente al momento de fallar.

En tal sentido la doctrina ha dicho: *“…cuando se trata de situaciones jurídicas agotadas, tanto su constitución, modificación o extinción, como las consecuencias o efectos, se rigen por la antigua ley en virtud del principio de irretroactividad consagrado por el artículo 7. Cuando la situación jurídica esté en curso de constitución, por aquello de que su constitución es compleja y no es instantánea, la consolidación de esa situación se va a regir por la nueva ley, en razón del efecto inmediato. Esto de acuerdo al pensamiento de Roubier, no es retroactividad, sino efecto inmediato, porque la nueva ley se está aplicando a una situación que todavía no se había consolidado…” (*La irretroactividad de la ley y el art. 7 del nuevo Código Civil - Luis Moisset de Espanés - mayo de 2015)

Por lo expuesto, corresponde dejar sin efecto la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones, debiendo en consecuencia devolver la causa a instancia ordinaria a fin de que se dicte nuevo pronunciamiento aplicando las normas del Código Civil y Comercial de la Nación.

En conclusión, de conformidad con lo dictaminado por Sr. Procurador General, corresponde hacer lugar al recurso deducido, por lo que VOTO a esta cuestión por la AFIRMATIVA.

Los Señores Ministros, Dres. LILIA ANA NOVILLO y OMAR ESTEBAN URÍA, comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ y votan en igual sentido a estas **SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN.-**

**A LA CUARTA CUESTIÓN, el Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ, dijo:** 1) Hacer lugar al RECURSO interpuesto por la actora en consecuencia y como excepción declarar la nulidad de la Sentencia Nº 34/2016 del 28/06/16, por cuanto en la misma se ha incurrido en errónea aplicación de la Ley sustantiva (arts. 7 y 345 y ss. CCCN).

2) Remitir las presentes actuaciones a instancia ordinaria a fin de que la Cámara con nueva integración dicte una nueva sentencia, aplicando el CCCN, siguiendo los lineamientos sentados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. ASÍ LO VOTO.-

Los Señores Ministros, Dres. LILIA ANA NOVILLO y OMAR ESTEBAN URÍA, comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ y votan en igual sentido a esta **CUARTA CUESTIÓN.-**

**A LA QUINTA CUESTIÓN, el Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ, dijo:** Con costas por su orden. ASÍ LO VOTO.-

Los Señores Ministros, Dres. LILIA ANA NOVILLO y OMAR ESTEBAN URÍA, comparten lo expresado por el Sr. Ministro, Dr. HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ y votan en igual sentido a esta **QUINTA CUESTIÓN.-**

Con lo que se da por finalizado el acto, disponiendo los Sres. Ministros la Sentencia que va a continuación:

**San Luis, nueve de febrero de dos mil diecisiete.-**

**Y VISTOS:** En mérito al resultado obtenido en la votación del Acuerdo que antecede, **SE RESUELVE:** I) Hacer lugar al RECURSO interpuesto por la actora en consecuencia y como excepción declarar la nulidad de la Sentencia Nº 34/2016 del 28/06/16, por cuanto en la misma se ha incurrido en errónea aplicación de la Ley sustantiva (arts. 7 y 345 y ss. CCCN).

II) Remitir las presentes actuaciones a instancia ordinaria a fin de que la Cámara con nueva integración dicte una nueva sentencia, aplicando el CCCN, siguiendo los lineamientos sentados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

III) Costas por su orden.-

REGÍSTRESE y NOTIFÍQUESE.-

*La presente Resolución se encuentra firmada digitalmente por los Dres. OMAR ESTEBAN URÍA, HORACIO G. ZAVALA RODRÍGUEZ y LILIA ANA NOVILLO, en el sistema de Gestión Informático del Poder Judicial de la Provincia de San Luis, no siendo necesaria la firma ológrafa, conforme Reglamento Expediente Electrónico.-*