



NEUQUEN, 11 de mayo de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**S. G. E. S/ DIVORCIO**", (Expte. N° **72371/2015**), venidos en apelación del JUZGADO FAMILIA 1 - NEUQUEN a esta **Sala III** integrada por los Dres. Marcelo Juan **MEDORI** y Fernando Marcelo **GHISINI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el **Dr. Medori**, dijo:

I.- Que a fs. 197/202 obra la expresión de agravios del actor fundando el recurso de apelación concedido a fs. 188 (07.07.2016); pide se revoque parcialmente la sentencia de divorcio vincular en lo que respecta a la fecha a la que se retrotraerán sus efectos en relación a la disolución de la sociedad conyugal.

Cuestiona que el pronunciamiento de grado se ha apartado de las previsiones del art. 480 del CCyC y su correcta interpretación, al haber adoptado el día de la notificación de la demanda omitiendo considerar el elemento fáctico relativo a la separación de hecho sin voluntad de unirse previa, que ambas partes expresaron en sus respectivos escritos de inicio de trámite y contestación, cuando a su respecto denunció que fue el 01 de marzo de 2014 y su contraparte el 22.02.2014, es decir tan solo con ocho días de diferencia, cuando el a quo tenía dos posibles opciones: a)Requerir que las partes se expidieran concretamente respecto a dicho punto, y luego dictar la sentencia de divorcio, o b)Dictar la sentencia y fijar la fecha de disolución de la sociedad conyugal al momento de la separación de hecho anterior al pedido de divorcio, difiriendo la acreditación precisa, como cuestión a ser resuelta con las demás cuestiones pendientes, conforme lo establece el art. 438 última parte.

Deja planteado el remedio extraordinario de acudir a la CSJN conforme el art. 14 de la ley 48.



Sustanciado el recurso la contraparte no responde.

II.- A fs. 216 se expide el Agente Fiscal coincidiendo con el recurrente estima procedente el remedio intentado, en base a lo que establece el art. 480 del CCyC y el cotejo de las fechas que los propios cónyuges señalan, por la que la separación de hecho sin voluntad de unirse resultó el 1º de marzo de 2014.

III.- Que abordando la cuestión traída a entendimiento resulta que en punto a lo que es objeto de recurso, la decisión de grado en el punto II de la parte resolutive decretó "disuelta la sociedad conyugal con el alcance previsto por el art. 480 del Código Civil, desde la fecha de notificación de la demanda, esto es, desde el día 13 de octubre de 2015 (fs. 91vta). ..."

Que constituyen antecedentes relevantes del presente que al promover la demanda de divorcio fundada en la causal del art. 437 del CCyC el día 21.09.2015, el actor aquí recurrente, denunció que la separación de hecho se produjo el 01 de marzo de 2014 (fs. 84 vta), denuncia los bienes y el pasivo de la comunidad, con propuesta de atribución de bienes a cada una de las partes, con compensaciones de uso, de pago de las obligaciones y referidas a la responsabilidad parental (fs. 85/88); al responder la demanda, la contraparte niega la fecha señalada (fs. 125), tanto como la documental aportada, rechaza los acuerdos propuestos, formulando la que entiende corresponde (fs. 133/134).

Que a continuación, en la audiencia que la partes celebran el 08 de marzo de 2016 (fs. 168), las partes manifiestan "que no existe posibilidades de arribar a un acuerdo en estos momentos" y solicitan se dicte la sentencia de divorcio.

Que el art. 480 del CCyC aplicable al caso, establece:



"Momento de la extinción. La anulación del matrimonio, el divorcio o la separación de bienes producen la extinción de la comunidad con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges.

Si la separación de hecho sin voluntad de unirse precedió a la anulación del matrimonio o al divorcio, la sentencia tiene efectos retroactivos al día de esa separación.

El juez puede modificar la extensión del efecto retroactivo fundándose en la existencia de fraude o abuso del derecho.

En todos los casos, quedan a salvo los derechos de los terceros de buena fe que no sean adquirentes a título gratuito.

En el caso de separación judicial de bienes, los cónyuges quedan sometidos al régimen establecido en los artículos 505, 506, 507 y 508."

Que comentando el citado artículo, el Dr. Ricardo Lorenzetti (Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tº III, Edit. Rubinzal Culzoni Editores, pag 173), si bien sostiene que:

"La posibilidad de retrotraer los efectos de la sentencia extintiva de la comunidad al momento del cese de la convivencia excluye el supuesto en que la comunidad se extinga por separación judicial de bienes. Si existe voluntad común de ingresar al régimen de separación de bienes los cónyuges así lo acordarán sin que tenga entidad la separación de hecho persistente toda vez que la separación de bienes tendrá efectos desde su inscripción en el Registro Civil (art. 449)".

Sin embargo, luego, en aquello que es de directa aplicación a los presentes explica:

"Mientras que sino existe tal voluntad común y se configura alguna de las causales para requerir la separación de bienes judicialmente (causales todas que implican una



situación subjetiva u objetiva de peligro de perder el derecho a la ganancialidad, la sentencia tendrá efectos retroactivos al día de la notificación de la demanda de separación judicial de bienes. En este caso, el cónyuge peticionante podrá invocar separación de hecho preexistente y requerir al juez reconozca efectos retroactivos a la sentencia de extinción de la comunidad es desde la fecha en que cesara la comunidad de vida”.

Que a tenor de los antecedentes reseñados que han evidenciado la falta de acuerdo respecto a la integración del acervo conyugal, atendiendo a la regulación involucrada y los precisos alcances asignados al trámite de divorcio, se comprueba la exacta interpretación y aplicación que concreta el juez de grado.

Que el análisis hasta aquí desarrollado permite razonar que la forma en cómo se decide no importa afectar derecho patrimonial alguno desde que el recurrente cuenta con las vías procesales habilitadas para obtener un pronunciamiento específico para obtener la retroactividad de los efectos que pretende en relación a los derechos que invoca titulariza.

V.- Por lo expuesto, se habrá de confirmar el pronunciamiento de grado en lo que fue materia de apelación, con expresa imposición en costas al recurrente vencido (art. 68 del CPCyC), y procederse a la regulación de honorarios conforme las previsiones del art. 15 de la L.A. vigente.

El Dr. Ghisini, dijo:

I.- Voy a disentir con el voto que antecede en cuanto propone confirmar la sentencia de primera instancia en el punto que llega controvertido a esta Alzada, a saber que los efectos de la sentencia de divorcio se deben retrotraer a la fecha de notificación de la demanda.

El art. 480 del Código Civil y Comercial consagra en su primera parte una regla, pues si bien el efecto



extintivo del divorcio se produce con el dictado de la sentencia, se retrotrae al día de la notificación de la demanda cuando -como en el caso- se trata de un divorcio petitionado por una sola de las partes; o si el pedido hubiera sido en forma bilateral, se remonta al momento de la presentación conjunta de los cónyuges.

Sin embargo, la norma bajo estudio establece en su segunda parte una excepción, que se da cuando al divorcio le hubiera precedido la separación de hecho, pues en tal supuesto, los efectos extintivos se retrotraen a esa fecha de finalización de la vida en común.

A su vez, no podemos olvidar que la aplicación del art. 480 es en el continente del proceso de divorcio enmarcado por los arts. 438 y 439 CCC, referidos a los requisitos y al procedimiento del divorcio, y al convenio regulador y a su contenido, respectivamente.

Ahora bien, se presenta aquí la situación destacada por el recurrente, en donde ambas partes mencionan que hubo una separación de hecho anterior pero no están de acuerdo, aunque por escasos días, cuándo se produjo la misma.

El Código Civil y Comercial no admite en ningún caso la posibilidad de desacuerdo sobre los efectos que la sentencia de divorcio producirá, vale decir, que no es en el ámbito del proceso de divorcio en donde se podrá argumentar y probar cuándo se produjo la separación de hecho, de conformidad con la última parte del art. 438 CCC.

De manera que, al igual que las diferencias que se observan entre los cónyuges, y la falta de acuerdo respecto del momento en que se produjo la separación de hecho entre los cónyuges, por tanto, a mi modo de ver, la cuestión deberá plantearse y demostrarse al momento de proceder a la liquidación del régimen de comunidad ya concluido, y definir allí el momento en que se produjo la misma.



Costas de Alzada en el orden causado, por tratarse de una cuestión jurídica novedosa. Debiéndose regular los honorarios de Alzada de conformidad con lo dispuesto por los arts. 15 y 35 de la ley arancelaria.

Existiendo disidencia en los votos que antecede, se integra Sala con la **Dra. Cecilia PAMPHILE**, quien manifiesta:

1. El Código Civil y Comercial de la Nación, establece en el segundo párrafo del art. 480, que la extinción de la comunidad marital, en los casos en que la separación de hecho de los esposos hubiera precedido al divorcio, opera con efecto retroactivo al día en que quede verificado el cese de la cohabitación.

El precepto reconoce virtualidad a la separación de hecho en materia patrimonial sobre la base de la extinción de la vida en común (Conf. Ricardo Luis Lorenzetti, "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Tº III, pág. 176, Ed. Rubinzal-Culzoni 2015).

En este caso, ambas partes coinciden en que se separaron de hecho con anterioridad a la promoción de la demanda, pero no coinciden en cuanto a la fecha de separación, como señala el Dr. Ghisini, por escasos días.

Ante esta falta de acuerdo, corresponde interrogarse si es correcta la solución adoptada por la magistrada. Entiendo que no, conforme las razones que seguidamente daré.

2. El actual marco procedimental del divorcio, supone un proceso, en lo central, de tipo no contencioso:

"...la petición puede ser efectuada por uno de los cónyuges -divorcio unilateral- o por ambos -divorcio bilateral-. En el primer caso corresponde correr traslado al otro cónyuge, lo que implica poner en su conocimiento, tanto la petición de divorcio como la propuesta reguladora



presentada y le permite ejercer su facultad de oponerse a la propuesta e incluso de presentar su propia propuesta –o contrapropuesta– y lleva según el caso, a homologar el acuerdo o diferir la resolución de las cuestiones pendientes concernientes a los efectos del divorcio para más adelante, imprimiéndoles el procedimiento que corresponda a los fines de su resolución.

En consecuencia, lo atinente a la ruptura o extinción del vínculo matrimonial, es decir, el divorcio en sí mismo, no resulta contencioso, aún cuando pudiera revestir esta característica, lo relacionado con los efectos del divorcio, v.gr. con la fecha de disolución de la comunidad de bienes, comprensiva también de la contienda sobre la fecha de la separación de hecho para el supuesto que aquélla debiera retrotraerse a la misma y estuviera controvertida entre las partes; la atribución del hogar, compensación económica, alimentos –en caso que resulten procedentes–, etcétera, es decir, en cuanto a los procesos accesorios o conexos al de divorcio.

En todo caso el desacuerdo y por tanto la controversia girará en torno a los efectos o consecuencias patrimoniales, pero no sobre el divorcio respecto al cual no puede existir controversia posible en tanto, aun tratándose de una petición unilateral, el otro cónyuge no puede oponerse a ella, vaciando a la extinción del vínculo matrimonial de toda connotación contenciosa.

"Sólo cuando no fuere posible el pacto, se deberán resolver las disidencias sobre los efectos por la vía incidental" (Kemelmajer de Carlucci, Herrera, Lloveras, ob cit., p. 401), en uno o varios procesos conexos o accesorios –según la cantidad de cuestiones pendientes– los que sí tendrán, eventualmente, un tinte litigioso.

Esta es además la interpretación que se condice con la télesis que el nuevo código imprime a este instituto



jurídico, inspirada en la pacificación de los cónyuges, la evitación del conflicto y la simplificación del trámite..." (cfr. Cámara de Familia de Mendoza, T., M. A. c. S., C. s/ divorcio • 26/04/2016 Publicado en: DFyP 2016 (septiembre), 37 con nota de María Laura Ciolli • LLGran Cuyo 2016 (noviembre), 565 con nota de María Laura Ciolli, Cita online: AR/JUR/20066/2016).

3. Como se advierte, la circunstancia de que en el aspecto central del proceso (disolución del vínculo) no existan cuestiones controvertibles, esto no implica que en los aspectos intrínsecos no las haya.

Y si existe controversia, antes de resolver, debe garantizarse el debido proceso y la defensa en juicio, lo cual implica, básicamente, la posibilidad de ofrecer pruebas y controlarlas y, obtener un pronunciamiento basado en ellas.

"Al respecto cabe recordar que el art. 18 CN., al consagrar el derecho de defensa en juicio, comprende el ofrecimiento, la producción de pruebas, y la posibilidad de obtener un pronunciamiento que las analice en concreto y de manera integral en relación a las circunstancias que dieron lugar al planteo judicial. De lo contrario se estaría violando la Ley Suprema. (conf. arg. comentario sobre causa SCBA Ac. 73.814 del 27/09/2000, JA, 2005-II. F.5, pág. 41).

En el caso, ante el pedido de sentencia y postergación del tratamiento de la cuestión divergente, el Juez de la Instancia de origen directamente dictó sentencia, y decidió la cuestión –fecha del inicio de los efectos de la disolución de la sociedad conyugal– en función de la falta de prueba de las fechas postuladas por las partes.

Y si bien la nueva ley apunta al dictado inmediato del divorcio vincular (Arts. 438 y 439 del Cód. Civ. y Comercial), no puede soslayarse que la sentencia de divorcio contiene efectos patrimoniales, en tanto de manera automática,



ipso iure, produce la disolución de la sociedad conyugal (art. 475 del Cód. Civ. y Comercial).

Se trata por tanto de una sentencia constitutiva compleja, porque importa una cuestión acumulada a la extinción del vínculo matrimonial, que alcanza cuestiones patrimoniales.

Por tanto, la determinación de la fecha a la cual se retrotrae la disolución de la sociedad conyugal – controvertida en autos–, importa en el caso una contienda, que si bien es intrínseca, no constituye el núcleo del decisorio en crisis (divorcio, disolución del vínculo matrimonial que determina el recupero de la aptitud nupcial de las partes)..."

Por lo tanto "ante la ausencia de acuerdo de partes, reconocimiento de la separación de hecho anterior, falta de oportunidad de aporte de elementos necesarios para decidir, y atendiendo a la pauta establecida en el art. 438 del Cód. Civ. y Comercial –en cuanto establece que las cuestiones pendientes deberán ser resueltas de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local–; aparece necesario en el caso, para la correcta solución de la cuestión litigiosa sometida a consideración, acudir a la ejecución ordinaria a los efectos de habilitar el cauce para verificar la fecha de cese de la cohabitación denunciada...". (cfr. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala III, M., N. G. c. R., C. L. s/ divorcio por presentación conjunta • 27/09/2016 Cita online: AR/JUR/67909/2016).

4. Trasladas estas compartidas consideraciones al caso que viene a resolver, coincido con la solución propuesta por el Dr. Ghisini.

Es que, al no estar de acuerdo las partes en alguno de los efectos del divorcio, la Jueza debió disolver el vínculo y diferir el tratamiento de las restantes cuestiones – entre las que se encuentra incluida la fecha del inicio de la separación de hecho– a una tramitación posterior; en los términos del artículo 438, "...las cuestiones pendientes deben



ser resueltas por el juez de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local"

En este caso, la solución propuesta por mi colega, se presenta plausible, en tanto es una cuestión que guarda estricta conexidad con la extinción de la comunidad y división de bienes que la componen. **MI VOTO.**

Por todo ello, **la SALA III POR MAYORIA,**

RESUELVE:

1.- Modificar el punto II de la sentencia dictada a fs. 184/185 vta., disponiendo que la fecha de disolución de la sociedad conyugal deberá plantearse y demostrarse al momento de proceder a la liquidación del régimen de comunidad ya concluido, de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado, por tratarse de una cuestión jurídica novedosa (art. 68 2º apartado del C.P.C.C.).

3.- Regular los honorarios de esta Instancia en las siguientes sumas: para la Dra. ..., patrocinante del actor, de PESOS UN MIL SEISCIENTOS (\$1.600) y para el Dr. ..., apoderado, de PESOS SETECIENTOS (\$700) (Arts. 15 y 35 L.A.).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori - Dra. Cecilia Pamphile

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA