NEUQUEN, 14 de diciembre de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"R. S. A. P. C/ B. C. J. E. S/ DIVORCIO VINCULAR POR CAUSAL OBJETIVA"**, **(JNQFA4 EXP** Nº **68285/2014**), venidos en apelación 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.- Vienen las presentes actuaciones en virtud del recurso de apelación deducido por la parte actora contra la sentencia de fecha 3 de abril de 2017 obrante a fs. 39/40.

Se agravia la recurrente por cuanto la sentencia resulta arbitraria y carente de lógica, dado que decreta disuelta la sociedad conyugal a partir de la fecha de notificación de demanda, como una solución debido a la diferencia de posturas que ambas partes tienen respecto a la fecha de cese de la cohabitación.

Dice que la actora denuncia fecha de separación de hecho en el mes de diciembre del año 2010 y por su lado el Sr. Bustos Cariman lo hace en fecha amplia en el año 2009, en tanto la parte resolutiva de la sentencia en crisis fija como fecha de disolución de la sociedad conyugal el 28/07/2015 (momento de notificación de demanda).

Destaca que si bien las partes no coinciden en cuanto a la fecha de separación si concuerdan, en que se separaron con muchísima anterioridad a la fecha establecida en la sentencia, siendo la diferencia de tiempo abismal debido a que oscila entre los cinco y seis años.

Agrega que a raíz de la separación de hecho hace más de siete años, la actora con posterioridad efectuó actos de adquisición de bienes a fin de resolver su situación habitacional y económica. Por ello, asevera que el fallo dictado se traduce en un retroceso de la evolución

jurisprudencial existente en materia de divorcio incausado, y deriva en el reconocimiento al demandado de derechos sobre bienes adquiridos por la ex cónyuge, con posterioridad a la separación.

Argumenta que el caso no puede ser encuadrado en el art. 480 del C.C. y C. tal como lo hiciera la juez, porque teniendo en cuenta que ambas partes denuncian el cese de la cohabitación en una fecha anterior a la notificación de la demanda, el caso debe encuadrarse en la hipótesis del segundo párrafo del articulo 480 del C.C. y C., haciéndose lugar a lo solicitado por su parte al momento de requerir el dictado de sentencia o bien haberse postergado la resolución en tal aspecto ordenándose abrir la vía incidental correspondiente.

Por último, recalca la conducta y la intención maliciosa del Sr. B. C. durante el proceso, quien luego de denunciar como fecha de separación el año 2009, en su contestación de demanda reclama un bien adquirido por la actora en el año 2013, es decir mucho tiempo después de la separación que el mismo reconociera; agregando que dicha conducta esta claramente prevista en el segundo párrafo del art. 480. Y que por ello, deberá ser considerada para dictaminar a fin de evitar abusos de derecho y fraudes en la separación de bienes de los ex cónyuges.

II.- Corrido el traslado de los agravios, contesta el demandado a fs. 44/46 y vta..

Manifiesta que la sentencia ha establecido en forma fehaciente la fecha por la cual declara disuelta la sociedad conyugal, a partir de la fecha de notificación de la demanda el día 28 de julio de 2015; y que la fecha de separación de hecho de las partes no tiene injerencia alguna para determinar el efecto de la sentencia.

Agrega que su inasistencia a la audiencia oportunamente fijada por la juez de grado, en nada puede modificar la decisión recurrida, por cuanto el fin de ésta era

la de arribar a un acuerdo integral de las cuestiones relativas al divorcio pero no para determinar la fecha extintiva de la comunidad; aclarando que no concurrió porque consideró que no llegaría a ningún acuerdo debido a la total intransigencia de la actora, siendo prueba de ello, la demanda de divorcio unilateral entablada por ella.

Considera que no se ha incurrido en una errónea aplicación del art. 480 del C.C. y C., debido a que entre las partes surge cierta diferencia en cuanto a la fecha de separación de hecho y que tampoco se ofreció prueba alguna para determinarla¸ de allí que la alternativa para decretar el divorcio sea a partir de la fecha de notificación de éste proceso, tal como sentenciara la magistrada.

Expresa que en el caso de que la sentencia de divorcio vincular haya sido tramitada por vía controvertida, la disolución del régimen se retrotrae al momento de la notificación de la demanda, como lo resolvió el juez de grado. En cambio, si la sentencia de separación personal o de divorcio vincular ha sido decretada por la causal de presentación conjunta, la retroactividad lo será al momento en que se efectúe la correspondiente presentación conjunta de las partes; esa retroactividad permite sostener que lo que el legislador ha tenido en miras es el momento en que se ha formalizado la vía judicial.

Pero dice que la duda se plantea cuando como en el caso de autos, se produce una transformación del proceso originario –controvertido- en otro de presentación conjunta; debiendo entenderse como presunción legal que la disolución se retrotrae al momento de la notificación de la demanda del divorcio controvertido, salvo que quien promovió la demanda hubiere peticionada en forma expresa su intención de que la misma sea a partir de haberse producido la separación de hecho de las partes.

Concluye que en el caso, no ha mediado voluntad expresa de los cónyuges al momento de iniciar y contestar la demanda, la disolución del régimen patrimonial como consecuencia del divorcio vincular debe retrotraerse al momento de la notificación de la demanda del divorcio controvertido. Por ello, solicita se rechace el recurso interpuesto con expresa imposición de costas, y se confirme el pronunciamiento de grado en todas sus partes.

III.- Contestada la vista por el Ministerio Público Fiscal a fs. 52 entiende que le asiste razón a la apelante por cuanto el Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 480 establece la separación de hecho como una excepción en cuyo caso la extinción de la comunidad tiene efectos retroactivos al día verificado del cese de la cohabitación.

Afirma que siendo ello así, a los efectos de la extinción de la comunidad la fecha fijada deber ser valorada de modo tal que no resulte injusta para los esposos incurriendo en fraude, enriquecimiento sin causa o abuso del derecho; destacando que cotejadas las fechas que los propios cónyuges señalan durante el proceso se infiere que las partes coinciden en que la separación de hecho sin voluntad de unirse comenzó al manos a partir del año 2010; destacando que el presente tramite se inicio en el año 2014 como un divorcio por causal objetiva, razón por la cual ya había transcurrido el plazo de tres años de separación de hecho sin voluntad de unirse, requisito codificado insoslayable para llevar a cabo dicha acción.

IV.- 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 resolutiva 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 28 de julio de 2015 (cfr. fs. 39/40).

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, T° 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 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, y 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.

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

ASÍ VOTO.

El Dr. Ghisini dijo:

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

Si bien en un caso anterior ("S. G. E. S/ DIVORCIO", (Expte. Nº 72371/2015)) sostuve que ".. el art. 480 del Código Civil y Comercial de la Nación, consagra en su

primer 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 peticionado 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.

"La norma bajo estudio establece en su segunda parte una excepción, que se da cuando al divorcio le hubiera precedido la separación de hecho, y 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 la recurrente, en donde ambas partes mencionan que hubo una separación de hecho anterior pero no están de acuerdo, aunque por días, en el momento en que 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 donde se podrá argumentar y probar cuándo se produjo la separación de hecho, de conformidad con la última parte del art. 438 CCC.

Un nuevo estudio de la cuestión planteada me lleva a pensar que no existe inconveniente en estos casos en retrotraer los efectos de la sentencia de divorcio al momento de la notificación de la demanda, no obstante, que luego se pueda plantear y demostrar al momento de proceder a la

liquidación del régimen de comunidad ya concluido, y definir allí el cuándo se produjo la separación de hecho.

En esta línea argumental, el distinguido profesor Jorge L. Kielmanovich nos ilustra del siguiente modo: “En este orden de ideas, entonces, si partimos de la premisa de que, la sentencia de divorcio como regla debe ordenar la disolución de la comunidad retroactivamente a la fecha de la notificación de la petición o presentación conjunta; de que ella no pasa en autoridad de cosa juzgada material a partir del carácter de extracontencioso de dicho proceso; y de que la contestación del traslado de la petición de divorcio no es una carga procesal sino una mera facultad procesal –desde que ninguna norma la establece como un imperativo con tal alcance ni existe en este caso “un deber de expedirse que puede resultar de la ley, de la voluntad de las partes, de los usos y prácticas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes” que habilite a considerar al silencio “como una manifestación de voluntad conforme al acto o la interrogación” (art. 263, CCyC), a lo que se agrega que este traslado o vista no corresponde al de una demanda por lo que las prevenciones contenidas en el artículo 356 del CPCCN no resultan de aplicación-, la redacción del dispositivo contenido en el artículo 480 del CCyC despierta ciertos interrogantes que intentaremos responder aquí.

“En primer lugar, pensamos que si el peticionante iniciador del proceso no pidió que la retroactividad de la disolución fuese a la fecha de la separación de hecho que precedió la notificación de la petición, el juez debe disponerla, como se ha dicho, a la fecha de la notificación de la petición, incluso si el requerido inversamente la hubiese peticionado a la fecha de la separación o hubiese guardado contrariamente silencio al contestar el traslado, sin perjuicio del derecho de uno u otro de proponer la modificación o extensión de sus efectos por la vía y forma que

correspondan, en el caso, en el eventual juicio de liquidación de los bienes que integraron la sociedad o comunidad de ganancias o por las normas del juicio ordinario (acumulado) deducido con ese específico alcance (fraude) dentro del plazo de prescripción contemplado por el artículo 2560 del CCyC.

"En segundo lugar, cabe destacar que si el peticionante, en cambio, pidió que la retroactividad fuera a la fecha de la separación de hecho que precedió a tales actos, y si dicho extremo fue expresamente admitido por el requerido al contestar el traslado o en otros expedientes conexos, el juez, a nuestro juicio, debería disponerla a tal fecha en la sentencia de divorcio –sin perjuicio del derecho en el último caso de que el interesado haga valer por caso el fraude no conocido o sobreviniente-; mientras que si el requerido al contestar el traslado controvirtió dicha cuestión o guardó silencio sobre ella, la retroactividad debería establecerse a la fecha que el artículo 480 del CCyC sienta como regla, esto es, a la fecha de la notificación de la petición de divorcio, sin perjuicio del derecho a requerir su modificación en los supuestos que el mismo indica y dentro del plazo de prescripción antedicho.

"A la luz de la redacción del dispositivo, agregamos, que a nuestro modo de ver, la facultad del juez de modificar la extensión del efecto retroactivo, cabría tanto sea si fue computado a la fecha de notificación de la petición o petición conjunta como si lo fue a la fecha de la anterior separación de hecho" (Kielmanovich, Jorge L., "La sentencia de divorcio en el Código Civil y Comercial" LL, 19/06/2017, cita online: AR/DOC/1638/2017).

Consecuentemente, si ambas partes porque teniendo en cuenta que ambas partes denuncian en sus escritos de presentación el cese de la cohabitación en una fecha anterior a la notificación de la demanda –actora v. fs. 3vta. y requerido v. fs 9 vta.-, ninguno solicitó en dicha oportunidad

que la retroactividad fuera a la fecha de la separación de hecho que precedió a tales actos, por tanto, al haberla requerido por la demandante en el escrito recursivo, mientras que el requerido al contestar el traslado de la demanda destaca otra fecha de separación de hecho, y controvirtió la cuestión al dar respuesta al recurso de apelación, la retroactividad como se dispuso en origen, debe establecerse a la fecha que el artículo 480 del Código Civil y Comercial de la Nación determina como regla, esto es, a la fecha de la notificación de la petición de divorcio, reitero, sin perjuicio del derecho a requerir su modificación en los supuestos que el mismo indica y dentro del plazo de prescripción antedicho.

En definitiva, como anticipara, adhiero al voto del colega preopinante.

Por ello, esta **SALA III,**

RESUELVE:

1.- Confirmar el pronunciamiento de grado dictado el 3 de abril de 2017 (fs. 39/40) en lo que ha sido materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada a la recurrente vencida (art. 68 del CPCyC).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes: por la demandada, Dr. ..., y por la accionante, Dra. ..., en el 30% y 25% -respectivamente- de lo establecido en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 LA).

4.- Regístrese, notifíquese y vuelva a origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA