NEUQUEN, 3 de mayo del año 2018.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"C. J. M. S/ DIVORCIO"**, (**JNQFA3 EXP** Nº **81823/2017**), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y Jorge **PASCUARELLI** en legal subrogancia (conf. Ac. 14/2017), con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **la Dra. Patricia CLERICI dijo:**

I.- La señora M. E. L. interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 26/vta., que decreta el divorcio vincular de los cónyuges de autos y declara disuelta la sociedad conyugal desde el 3 de abril de 2017, haciendo saber a las partes que para la resolución de las cuestiones pendientes deberán promover las acciones específicas previstas en la legislación procesal, imponiendo las costas en el orden causado.

a) La recurrente se agravia por la fecha a partir de la cual se tiene por disuelta la sociedad conyugal.

Dice que las partes no han sido contestes respecto de la fecha en que ocurrió la separación de hecho, por lo que la cuestión relativa a la retroactividad de la disolución de la sociedad conyugal se tornó litigiosa.

Sigue diciendo que la a quo dictó sentencia sin hacer referencia a esta cuestión litigiosa, y simplemente resolvió la disolución de la sociedad conyugal con retroactividad a la fecha de notificación de la demanda.

Sostiene que la jueza de grado debió aplicar la segunda parte del art. 480 del Código Civil y Comercial.

b) El señor C. no contesta el traslado de la expresión de agravios.

II.- En autos “S. c/ C.” (expte. n° 69.178/2015, sentencia de fecha 26/7/2016) he abordado una cuestión similar a la presente, por lo que cabe dar al sub lite la misma solución que la del precedente citado.

Dije en esa oportunidad: *“…tenemos que el art. 480 del Código Civil y Comercial determina que el divorcio produce la extinción de la comunidad con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges; y en su segundo párrafo agrega, “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”.*

“La a quo ha fijado la extinción de la sociedad conyugal que existió entre las partes en el momento de la notificación de la demanda.

“Asiste razón a la apelante en cuanto que esa parte planteó expresamente que se retrotrajera la extinción de la sociedad conyugal al momento en que ocurrió la separación de hecho de los entonces cónyuges, el que sitúa el día 3 de diciembre de 2011 (fs. 29 vta./30 vta.), petición reiterada a fs. 38/40 vta. También surge de las constancias de la causa, dato no señalado por la apelante, que el demandado se ha opuesto a esta pretensión de la actora, solicitando que la extinción de la sociedad conyugal sea a la fecha de notificación de la demanda (fs. 34/35).

“De ello se sigue que debió la jueza de grado analizar la cuestión y no lo hizo.

“Ahora bien, el nuevo Código Civil y Comercial ha simplificado el trámite del divorcio, estableciendo que éste se decreta judicialmente a petición de ambos o uno solo de los cónyuges (art. 437), y si bien requiere que con la presentación de la demanda se acompañe una propuesta que

regule los efectos del divorcio, bajo pena de no dar trámite a la petición (art. 438), la última parte del ya citado art. 438 reza: "En ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio. Si existe desacuerdo sobre los efectos del divorcio… las cuestiones pendientes deben ser resueltas por el juez de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local".

"Indudablemente en autos existe desacuerdo sobre uno de los efectos del divorcio –disolución de la comunidad de bienes-, por lo que siguiendo la norma legal, tal desacuerdo debe ser ventilado y resuelto por la vía procesal pertinente… Llegado a este punto, debemos preguntarnos si a partir de la nueva legislación de fondo en la materia resulta necesario que toda sentencia que decreta el divorcio debe precisar ineludiblemente la fecha de disolución de la comunidad de bienes, y va de suyo, conforme lo explicitado en los párrafos anteriores que, en mi opinión, la respuesta es negativa.

"Esta solución ha sido plasmada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B (autos "B., C.R. c/ V., R.B.", 9/11/2015, LL 2016-A, pág. 423), sosteniendo el vocal preopinante, en voto compartido por sus colegas, que: "…la circunstancia de dictarse el divorcio a la luz de las disposiciones recientemente sancionadas, de ningún modo significa establecer en que momento se extinguirá la comunidad. A la hora de liquidarse los bienes, entiendo que ninguno de los litigantes está impedido de invocar y acreditar que medió entre las partes una separación de hecho y que, por ende, sea el día del cese de la convivencia el momento al cual corresponde retrotraer la extinción de la comunidad".

"Sandra F. Veloso, comentando el fallo citado, considera correcta la solución dada por el tribunal, señalando que, cuando los cónyuges no se ponen de acuerdo en la fecha de la separación de hecho, esta cuestión no puede discutirse en

el trámite del divorcio. Agrega la autora referida, con cita de Graciela Medina, que el orden público familiar actual da primacía a la autonomía de la voluntad y acepta en forma imperativa que el divorcio puede ser solicitado en forma unilateral y sin invocar ni probar causa alguna, y ninguna discusión sobre sus efectos puede retrasar el dictado de la sentencia pertinente (cfr. aut. cit., "La sentencia de divorcio y el art. 480 del Código Civil y Comercial", LL 2016-A, pág. 423).

"En definitiva, si bien el divorcio tiene efecto extintivo respecto de la comunidad de bienes, y por regla general, esta extinción se retrotrae a la fecha de notificación de la demanda o de presentación de la petición conjunta, el juez se encuentra facultado para apartarse de esta regla general en los supuestos previstos por el art. 480 del CCyC. Luego, no resulta ineludible que la sentencia que decreta el divorcio establezca la fecha concreta en la que se produce aquél efecto extintivo ya que, si existe desacuerdo entre las partes sobre la cuestión, tal desacuerdo deberá ser ventilado y resuelto, como lo adelanté, por la vía procesal pertinente".

En consonancia con esta línea de pensamiento, Mauricio Luis Mizrahi explica que la sentencia de divorcio deberá contener la fecha en que se disuelve la comunidad de bienes en tres supuestos; y ellos son: que no se haga mención a la separación de hecho ni esta surja de las actuaciones principales o conexas (aplicación del art. 480, primer párrafo); que exista acuerdo de los cónyuges sobre la fecha de quiebre de la unión, aunque se invoque fraude o abuso de derecho (aplicación del art. 480, segundo párrafo); y, finalmente, que el cese de la convivencia se desprenda de constancias terminantes a la vista del juez, sin que se plantee que tuvieran lugar después hechos modificatorios

(también por aplicación del art. 480, segundo párrafo). Fuera de estas tres circunstancias, sigue diciendo el autor citado, el fallo de divorcio no especificará cuando se entenderá disuelta la comunidad, lo que quedará diferido para su tratamiento en la audiencia del art. 438 o, en su defecto, a incidencias posteriores (cfr. aut. cit., “El divorcio y la extinción de la comunidad de bienes”, LL 2017-C, pág. 1.054).

En tanto que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil ha reafirmado su criterio en orden a que cuando no existe acuerdo respecto de la fecha de extinción de la comunidad de bienes, no corresponde aplicar el primer párrafo del art. 480 del CCyC, sino diferir su análisis a un proceso posterior (Sala J, “Manteo c/ Castro”, 21/2/2017, LL AR/JUR/2507/2017).

III.- Trasladando los conceptos antedichos al caso de autos, ambas partes son contestes en que la separación de hecho sin voluntad de unirse fue anterior al divorcio, pero no se ponen de acuerdo sobre la fecha de esta separación, mediando entre la denunciada por el peticionante y la señalada por la ahora apelante más de nueve años de diferencia.

La fijación de esta fecha es crucial para los efectos patrimoniales del divorcio, en tanto involucra al único bien inmueble que el peticionante denuncia como integrante de la comunidad de bienes.

En estos términos, y conforme lo desarrollado en el apartado anterior, no correspondía aplicar el art. 480, primer párrafo del CCyC, sino omitir la determinación del momento a partir del cual operó la extinción de la comunidad de bienes, debiendo esta cuestión ser ventilada y resuelta en un proceso posterior.

IV.- En consecuencia, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de autos y modificar

parcialmente el resolutorio apelado, dejando sin efecto la determinación de la fecha fijada como de extinción de la comunidad de bienes, quedando incluida esta cuestión en el punto III) del resolutorio de primera instancia.

Las costas por la actuación en segunda instancia, teniendo en cuenta que el agravio fue motivado por una actuación oficiosa de la jueza de primera instancia y la falta de oposición, se imponen en el orden causado (art. 68, segundo párrafo CPCyC).

Regulo los honorarios de la letrada actuante ante la Alzada Dra. M. ... en la suma de $ 6.900,00, de acuerdo con lo prescripto por el art. 15 de la ley 1.594.

El **Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:**

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- Modificar parcialmente la sentencia de fs. 26/vta., dejando sin efecto la determinación de la fecha fijada como de extinción de la comunidad de bienes, quedando incluida esta cuestión en el punto III) del resolutorio de primera instancia.

II.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado (art. 68, segundo párrafo CPCyC).

III.- Regular los honorarios de la letrada actuante ante la Alzada Dra. ... en la suma de $ 6.900,00 (art. 15 de la ley 1.594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dra. Patricia M. Clerici - Dr. Jorge Pascuarelli
Dra. Micaela S. Rosales - Secretaria