

En la ciudad de San Isidro, a los 27 días del mes de septiembre de 2016 , reunidos en Acuerdo los señores Jueces de la Sala Tres de la Excm. Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial San Isidro, doctores **JUAN IGNACIO KRAUSE y MARIA IRUPE SOLANS**, para dictar sentencia en los autos caratulados: “**M, N. G. C/ R, C. L. S/DIVORCIO POR PRESENTACION CONJUNTA**” expediente nº SI-32390-2015; practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código Procesal Civil y Comercial), resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden: Dres. Soláns y Krause resolviéndose plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1ª ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I O N

A la primera cuestión, la señora Juez doctora Soláns dijo:

A. El asunto juzgado.

A.1) El actor N. G. M. inicia esta acción sobre divorcio por presentación unilateral, conforme lo dispuesto en el art. 437 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Relata haber contraído matrimonio con la Sra. C. L. R. el 7 de diciembre de 1973, según surge del acta del Registro del Estado Civil que acompaña. Dice que luego de más de 35 años, los cónyuges se separaron de hecho a mediados del mes de Octubre de 2008, situación que se mantiene en la actualidad. Formula la pertinente propuesta de convenio regulador, y peticiona se dicte la sentencia respectiva de conformidad con el derecho invocado, homologando lo que en su caso se acuerde, y se declare disuelta la comunidad desde la fecha de separación de hecho.

A.2) C. L. R. contesta demanda a fs. 109/15, impugnando la fecha de la separación de hecho y la propuesta de acuerdo consignadas en la demanda. Afirma que la separación de hecho se dio al recibir la presente demanda de divorcio, y no así en Octubre de 2008 como sostuviera la contraparte. En este sentido, relata que en el año 2009/10 el actor se retiró a vivir a un departamento de la Ciudad de Buenos Aires, pero que continuaron llevando su vida matrimonial en mejor forma, compartiendo paseos, reuniones familiares, viajes y pernoctes juntos en diferentes circunstancias. Refiere así -con esta modalidad impuesta por el actor- haber continuado (con dicha salvedad) e incluso mejorado su vida conyugal, compartiendo la elección en la nueva mudanza del actor; hasta que el esposo comenzó una nueva relación. En virtud de ello las partes decidieron de común acuerdo divorciarse y dividir los bienes adquiridos desde que contrajeron matrimonio. Explica que luego de intentos de acuerdo sin concluir, el accionante interpuso la presente acción unilateralmente intentando -por la fecha de disolución y propuesta formulada- excluirla de los bienes adquiridos en el período posterior al manifestado.

A.3) El 30 de Noviembre de 2015 se llevó a cabo la audiencia prevista por el art. 833 del C.P.C.C., en la que las partes decidieron transformar esta acción en divorcio por presentación conjunta -en los términos del art. 438 del C.P.C.C.-, poniendo de manifiesto que disentían en lo atinente a la fecha de la separación de hecho.

A.4) A fs.123 el Sr.M. solicita se dicte sin más trámite sentencia de divorcio, difiriéndose la determinación de la fecha de extinción de la comunidad –sobre la cual las partes no están de acuerdo- para un momento posterior y por vía del incidente respectivo.

B. La resolución de primera instancia.

Con fundamento en la petición de divorcio formulada por las partes en los términos de los arts. 437 y 438 del CCyC, y en la ausencia de elemento alguno que permita apartarse del criterio objetivo del art. 480 primera parte del CCyC, el Sr. Juez de Grado declaró el divorcio pedido y disuelta la sociedad conyugal con efecto retroactivo al 30 de Noviembre de 2015 (fecha del pedido de los cónyuges de transformación del proceso en divorcio por presentación conjunta).

B.2) Como consecuencia de lo anterior resolvió:

a) Hacer lugar a la demanda promovida en forma conjunta por los esposos, decretando en consecuencia el divorcio vincular de los cónyuges N. G. M. y C. L. R.

b) Disponer la extinción de la comunidad con efectos retroactivos al día 30 de Noviembre de 2015.

c) Imponer las costas por su orden, regulando los honorarios de los Dres. A. M. B. V. y N. E. T. en la suma de pesos dieciocho mil para cada uno.

C. La articulación recursiva.

Apela la parte actora a fs. 129, conforme agravios de fs. 139/45.

D. Los Agravios.

D.1. Se agravia el actor por la fecha de extinción de la comunidad establecida en la sentencia en crisis. Afirma que el judicante aplicó de manera errónea el art. 480 del CCyC.

Indica el impugnante que en el caso se configura la hipótesis del segundo párrafo del mencionado artículo, toda vez que en la audiencia celebrada el actor sostuvo que las partes se separaron el 15 de Octubre de 2008 mientras que R. refirió que ello ocurrió el 10 de Noviembre de 2013. Dice en este sentido, que no es exigible aportar prueba alguna de la separación de hecho, bastando el reconocimiento de las partes de dicha circunstancia –tal como anteriormente tampoco lo requerían los arts. 204 y 2014 inc. 2° del C.C.-.

Refiere así que debió haberse postergado la resolución en tal aspecto, debiendo abrirse la vía incidental correspondiente.

Expone que la fecha fijada se traduce en un retroceso respecto a la evolución jurisprudencial en la materia -divorcio objetivo-; lo que finalmente, en el caso, deriva en el reconocimiento a la demandada de derechos sobre bienes adquiridos por el ex cónyuge con posterioridad a la separación.

Pide se revoque tal aspecto del decisorio, y se de trámite a la cuestión.

D.2.- La demandada contesta los agravios solicitando se declare desierto el recurso de la contraria por entender que el mismo no reúne los requisitos del art.260 del CPCC.

Subsidiariamente contesta la presentación solicitando se desestimen los agravios planteados.

E. El análisis de la resolución en función de los agravios expresados.

E.1.- En primer lugar, y ante el planteo formulado por la Sra.R. al contestar los agravios, cabe mencionar que en salvaguarda de la garantía de defensa en juicio, sólo cabe utilizar la facultad que acuerda el art. 261 del CPCC en caso de insuficiencia de fundamentación, en forma restrictiva y cuando el incumplimiento resulta flagrante (causas 95.193 y 108.001 de la Sala II, entre otras). La facultad del Tribunal de Alzada debe ser ejercida con suma prudencia para no caer en arbitrariedad (causas n° 80.831, 89.891 de la Sala I, entre otras muchas). Así, la inconsistencia de los agravios derivará, en su caso, en el rechazo del recurso, pero en principio no sería suficiente para declarar su deserción (Causa n° 107.955, reg. 402/2009 de esta Sala II).

En la especie, la deserción del recurso, no procede, pues de la reseña efectuada surgen los precisos agravios formulados por el actor, por lo que su presentación cumple con los requisitos exigidos por el art. 260 del Código adjetivo. Por ello, corresponde desestimar el pedido de deserción y proceder al tratamiento y resolución de la cuestión traída a conocimiento.

E.2.-El Código Civil y Comercial de la Nación, establece en el segundo párrafo de la norma del art.482, 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.

Así la norma reconoce virtualidad a la separación de hecho en materia patrimonial sobre la base de la extinción del consortium vire (Conf. Ricardo Luis Lorenzetti, "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", T°III, pág 176, Ed. Rubinzal-Culzoni 2015).

En autos, si bien las partes no coinciden en cuanto a la fecha de separación, ambas concuerdan en que se separaron con anterioridad a la fecha de la audiencia que en la sentencia se establece como fecha extintiva de la comunidad.

El actor N. M. refirió en la demanda que la separación de hecho ocurrió en Octubre de 2008 (fs.4 vta) , y la demandada en su contestación manifestó que a principios de 2015 las partes ya se encontraban separados en tratativas con profesionales del derecho para divorciarse y dividir los bienes (fs. 111).

Asimismo, surge del acta de la audiencia en que las partes transformaron el presente en un proceso sobre divorcio por presentación conjunta, que los requirentes no acordaron la fecha en que se produjo su separación de hecho (en tal oportunidad el actor postuló el día 15 de Octubre de 2008 y la demandada el día 10 de Noviembre de 2013). De allí que ambas partes reconocieron que la separación de hecho precedió –por años- al momento de la presentación conjunta (30-11-2015, fs.121), por tanto, no hay duda que el caso se subsume en el supuesto normativo supra referido (segundo párrafo del art.480 del CCyC).

Tal divergencia entre las partes sobre cuestión trascendente (por sus efectos en la liquidación de la sociedad conyugal) debió ser objeto de prueba y de decisión en función de la misma.

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. 73814 del27/9/2000, 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 CCyC), 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 CCyC).

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).

Ello debe apreciarse teniendo en cuenta que "el debido proceso legal adjetivo...significa que: a)ningún justiciable puede ser privado de un derecho sin que cumpla un procedimiento formal fijado por ley; b) ese procedimiento no puede ser cualquiera sino el debido; c) para que sea "el debido" se tiene que dar suficiente oportunidad al justiciable para participar con utilidad en el proceso; c) esa oportunidad requiere tener noticia fehaciente o conocimiento de la causa y de cada uno de sus actos y etapas, y producir prueba, gozar de audiencia, ser oído" (citas de Augusto Morello y Germán Bidart Campos por Varela, Casimiro A, Fundamentos Constitucionales del Derecho Procesal, Ed.Ad Hoc, pág.64 –cita de Morello, A.M. El proceso justo, Abeledo Perrot 1994,pág.55-)

Por 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 CCyC -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.

Por tanto, corresponde dejar sin efecto la fecha dispuesta como extintiva de la comunidad conyugal en la sentencia en crisis, debiendo en consecuencia diferirse su tratamiento para la etapa de ejecución.

Habiendo emitido opinión el Sr. Juez, los autos pasarán al juez que sigue en turno (doctr. Art. 17 inc. 7° del C.P.C.C.), debiendo remitirse en la instancia de origen, a la Receptoría General de Expedientes a sus efectos (art. 17 inc. 7° del C.P.C.C.), lo que también se decide.

Con la modificación propuesta, voto por **la afirmativa**

En virtud del resultado arrojado por la votación a la primera cuestión, corresponde a) modificar la sentencia apelada, y dejar sin efecto la fecha dispuesta como extintiva de la comunidad conyugal, debiendo en consecuencia, ser establecida en la etapa de ejecución, b) confirmar la sentencia apelada en todo lo demás que decide, c) imponer las costas generadas en la Alzada en el orden causado en atención a la materia y novedad de la cuestión decidida (art. 68 del Código Procesal), regular a tal efecto, los honorarios de los Dres. Andrés Beccar Varela (T°XXVI F°73 C.A.S.I.) y Norma E. Toscano (T°XIV F°121 C.A.S.I.) en las sumas de PESOS CUATRO MIL y PESOS CUATRO MIL (art. 31 del Dec. Ley 8904/77) d) pasar las actuaciones al juez que sigue en turno (doctr. Art. 17 inc. 7° del C.P.C.C.), debiendo remitirse en la instancia de origen, a la Receptoría General de Expedientes a sus efectos.

Así lo voto.

El señor Juez Dr. Krause por los mismos fundamentos **vota en igual sentido.**

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

POR ELLO, en virtud de las conclusiones obtenidas en el Acuerdo que antecede y de los fundamentos expuestos en el mismo a) se modifica la sentencia apelada, y se deja sin efecto la fecha dispuesta como extintiva de la comunidad conyugal, difiriendo su fijación para la etapa de ejecución, b) se confirma la sentencia apelada en todo lo demás que decide, c) se imponen las costas generadas en la Alzada en el orden causado en atención a la materia y novedad de la cuestión decidida (art. 68 del Código Procesal), y se regulan a tal efecto, los honorarios de los Dres. A. B. V. (T°XXVI F°73 C.A.S.I.) y N. E. T. (T°XIV F°121 C.A.S.I.) en las sumas de PESOS CUATRO MIL y PESOS CUATRO MIL (art. 31 del Dec. Ley 8904/77) d) se pasan las actuaciones al juez que sigue en turno (doctr. Art. 17 inc. 7° del C.P.C.C.), debiendo remitirse en la instancia de origen, a la Receptoría General de Expedientes a sus efectos.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.