

263.911-“V., P. V. C/ M., F. F. S/DIVORCIO POR PRESENTACIÓN UNILATERAL”.
Reg. Sent. Def. 176/16

/// la ciudad de La Plata, a los 29 días del mes de noviembre de dos mil dieciséis, reunidos en Acuerdo los señores Jueces de la Excma. Cámara Primera de Apelación, Sala Segunda, Dres. Juan Carlos Rezzónico y Dolores Loyarte, para dictar sentencia en la causa caratulada: **"V., P. V. C/ M., F. F. S/ DIVORCIO POR PRESENTACIÓN UNILATERAL"**; y habiéndose procedido con anterioridad a efectuar el pertinente sorteo de ley, éste arrojó el siguiente orden de votación: **Dres. LOYARTE-REZZONICO**, resolviendo el Tribunal plantear las siguientes:

C U E S T I O N E S

Primera: ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 89?

Segunda: ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I O N

A LA PRIMERA CUESTION; la Señora Juez, **Dra. Dolores**

Loyarte, dijo:

I.- Antecedentes

a. El juicio de divorcio vincular "incausado" de acuerdo a la normativa del Código Civil y Comercial vigente, es promovido en forma

unilateral por la actora (fs. 11/13). Señala que por circunstancias personales que hacen imposible la vida en común, ambos cónyuges de común acuerdo han resuelto "*la separación de hecho de un tiempo a esta parte*", y ahora concurre a solicitar sentencia de divorcio vincular. Formula reserva de denunciar oportunamente los bienes integrantes de su régimen de comunidad de ganancias, y solicita una compensación económica en los términos del art. 441 CCyC. En una posterior presentación, denuncia la existencia de un juicio laboral por despido que lleva adelante su esposo contra la empresa en la que éste trabajaba, por el cual percibiría la indemnización correspondiente; y solicita en estos actuados la medida cautelar de embargo sobre el 50% indiviso de dicha indemnización, por considerar que esta última tiene una innegable naturaleza ganancial (fs.22/24); medida que resulta decretada como embargo preventivo (fs. 25).

b. El esposo contesta la demanda prestando su conformidad para el divorcio vincular. A la par, rechaza la pretendida "ganancialidad" de la indemnización por despido, sostiene que la separación de hecho del matrimonio ocurrió en el mes de noviembre de 2009, acompaña prueba documental y ofrece prueba instrumental y testimonial que avalan sus dichos; rechaza el derecho a la

compensación económica petitionado; y solicita el levantamiento del embargo decretado en autos (fs.72/78).

c. Ante la disconformidad planteada respecto de la propuesta reguladora, la Magistrada interviniente dispone: tener por contestado el traslado conferido; proceder a la reserva en sobre cerrado de la documentación acompañada por el esposo en su contestación de la demanda; y convocar a los cónyuges a mantener con ella una audiencia personal, en los términos del art. 438 CCyC. En ese mismo acto, para la continuidad del trámite de divorcio, dispone el pase en vista al Ministerio Público Fiscal (fs.79).

d. Corrido el traslado, el Ministerio Público Fiscal se expide favorablemente al dictado de la sentencia (fs. 80).

e. Atento el estado de la causa, se llaman los "autos para sentencia" (fs.82).

f. Luego, se celebra la audiencia convocada oportunamente, en la cual los comparecientes no llegan a acuerdo alguno sobre las materias en conflicto del convenio regulador, labrándose el acta respectiva (fs. 83).

g. La sentencia finalmente resuelve: 1) hacer lugar al divorcio planteado por los cónyuges; 2) declarar disuelto el régimen de comunidad de ganancias del matrimonio, con efecto retroactivo a la

fecha de notificación de la petición de divorcio; 3) desestimar las propuestas reguladoras presentadas por las partes por falta de acuerdo, y hacer saber a ambas que deberán iniciar causas autónomas –con la documentación que acredite sus derechos- por ante el mismo Juzgado de Familia; 4) imponer las costas por su orden; y 5) regular los honorarios profesionales de los letrados actuantes (fs. 89)

II. Agravios

Recorre el esposo, no ya por el divorcio en sí mismo, sino únicamente por la fecha dispuesta en la sentencia para la disolución del régimen de comunidad de ganancias del matrimonio a partir de la fecha de notificación de la demanda. Pide la nulidad de la sentencia por vulnerar el “principio de congruencia”; y, en forma subsidiaria, la revocación del punto particular atacado, a fin de disponer la retroactividad de la disolución del régimen de comunidad a partir de la fecha de ocurrida la “separación de hecho” (fs. 92/3vta).

La Magistrada actuante concede libremente el recurso de apelación planteado, en tanto éste comprende el de nulidad (art. 253 CPCC), y eleva la causa al Superior (fs. 94).

Oportunamente, presenta memorial en esta Alzada, reiterando los planteos esbozados en la instancia de origen (fs. 114/117).

Esos recursos son contestados por la esposa, sosteniendo que es mentira que la separación de hecho fuera “sin voluntad de unirse”, pues aclara que ella mantuvo la vocación de continuar su matrimonio y superar las dificultades que la vida les fue poniendo, hasta que las circunstancias se tornaron imposibles de manejar y motivaron la promoción del presente proceso de divorcio. Solicita el rechazo de los planteos recursivos, y la confirmación de la sentencia en los términos dispuestos en ella (fs. 119/20).

Corrido el traslado al Fiscal de Cámaras de este Departamento Judicial, éste se expide a favor de la confirmación de la sentencia recurrida (fs. 123vta).

III. Consideración de los agravios

1. El cónyuge recurrente pide la **nulidad** de la sentencia, y reprocha la decisión judicial que resuelve la “retroactividad” para la disolución del régimen patrimonial del matrimonio habido con la actora, entendiendo que lo hace “*más allá de lo peticionado por las partes*”. Indica que en la demanda, la actora pidió que se dicte sentencia de divorcio vincular, sin indicar fecha alguna de retroactividad del divorcio; y en ese mismo escrito reconoció expresamente que la “separación de hecho” de la pareja se había producido “*...de un tiempo a esta parte...*” (fs. 114vta.3º y 4º párr.). A su vez, señala que en el escrito de

contestación de la demanda, él prestó su conformidad al pedido de divorcio vincular pero, a la par, solicitó especialmente que la sentencia dispusiera la retroactividad de la disolución del régimen patrimonial matrimonial a la época de producida la “separación de hecho”, ocurrida en el mes de “noviembre de 2009”, acompañando para ello prueba documental, y ofreciendo prueba informativa y testimonial a tal efecto. Con lo cual, advierte que ninguna de las dos partes solicitó que se dictara el fallo disolviendo el régimen patrimonial en forma retroactiva a la fecha de la notificación de la demanda.

Por tales motivos, reprocha la falta de consideración en la sentencia del pedido especial efectuado en su contestación de la demanda; calificando por ello la solución adoptada por la Magistrada actuante, como una “violación del principio de congruencia”, y una “vulneración del derecho de defensa en juicio”, razones que justifican la declaración de “nulidad” de la sentencia atacada.

Sobre el particular, cabe advertir que tras la contestación de la demanda, el Juzgado dicta el despacho pertinente, por el cual – como se indica más arriba al punto I-c del presente voto- la Magistrada sólo tiene por contestada la demanda, y no dispone correr traslado alguno a la contraria –tanto del escrito como de la documental acompañada, que queda reservada en sobre cerrado-; y vencido el

plazo pertinente, llega “firme” aquel despacho sin reproche alguno de las partes.

Asimismo, también conforme lo indicado más arriba al punto I-e del presente voto, la Magistrada actuante dispone en esta causa el “llamamiento de autos para sentencia”; despacho que logra “firmeza” sin cuestionamiento de las partes. Con lo cual, habiendo consentido las dos actuaciones citadas, anteriores al dictado de la sentencia ahora atacada por nulidad, se sanearon los eventuales errores procesales; por lo que corresponde confirmar la correcta clausura de aquellas etapas del proceso y, a tenor de lo dispuesto por los arts. 170 y 253 CPCC, desestimar el planteo de nulidad intentado.

2. Por los mismos fundamentos alegados para la pretendida nulidad, el esposo subsidiariamente interpone el recurso de **apelación**, fundado en la vulneración de los arts. 480 y 466 del CCyC; 163 inc. 6, 358 y 843 del CPCC; y 18 CN. Todo ello, a fin de lograr la revocación del 2º punto del fallo en crisis, referido a la fecha de disolución del régimen patrimonial de ambas partes; entendiendo que se han violado sus derechos a la defensa de la postura esgrimida en su primera presentación, negándosele la posibilidad de probar debidamente la fecha de la “separación de hecho” habida entre ambas partes con

bastante anterioridad a la promoción de este litigio, y con ello, sus derechos económicos en crisis.

Al respecto, adelanto mi postura parcialmente favorable al progreso de este recurso de apelación, en los términos que paso a exponer.

3. El “proceso de divorcio” regulado en el actual Código Civil y Comercial, ha logrado -tal como ocurre con buena parte de las instituciones del “derecho de las familias”- una sustancial reforma respecto de los anteriores parámetros contenidos en el derogado Código Civil; incorporando entre sus normas los principios de raigambre convencional y constitucional -jerarquizados en virtud de lo dispuesto por el art. 75 incs. 22 y 23 CN-, principios que a la postre resultan ser “imperativos de actuación” para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos humanos. En particular y aplicable al tema en estudio, la reforma civil y comercial privilegia en esta materia el “principio de autonomía de la voluntad” de los cónyuges para poner fin a su matrimonio, disponiendo la procedencia del divorcio “incausado”, y la posibilidad que éste se pueda decretar judicialmente por voluntad de uno o de ambos cónyuges; ello, de conformidad con lo dispuesto por el art. 437, CCyC.

Asimismo, el art. 438 CCyC, en sus tres primeros párrafos, dice que la petición de divorcio debe ser acompañada con una propuesta que regule los efectos derivados de aquél, pues su omisión impide dar curso a la demanda; señalando a continuación que, si el pedido es unilateral, el otro cónyuge podrá ofrecer una propuesta reguladora distinta; debiendo las partes acompañar los elementos en que se fundan; indicando que el juez de oficio o a pedido de parte “*puede*” disponer que se incorporen otros elementos que resulten pertinentes; y que tales propuestas deberán ser evaluadas por el juez, debiendo convocar a los cónyuges a una audiencia.

Analizada hasta aquí esta norma en relación con el proceso desarrollado en autos, cabe reconocer que ambos cónyuges en sus respectivas presentaciones, adelantaron propuestas referidas a los efectos del divorcio, muy distintas entre sí; antes bien, totalmente opuestas. Por tal motivo, ante la presentación del esposo de elementos para probar las razones de las disidencias entre los cónyuges, la Magistrada actuante “*podría haber dispuesto la incorporación de otros elementos pertinentes ofrecidos junto con la contestación de la demanda*”. Ello así, no sólo por lo que expresamente indica el citado tercer párrafo del art. 438 CCyC, sino por aplicación de los principios generales de los procesos de familia especialmente dispuestos en el

propio Código Civil y Comercial que, a mi juicio, también son imperativos de actuación; entre ellos, los principios de tutela judicial efectiva, oficiosidad, libertad, amplitud y flexibilidad probatoria, etc. (arts 706, 710 y ccdts, CCyC).

Pues bien, en virtud de la inclusión en el texto del citado tercer párrafo del art. 438 del Código de fondo, del vocablo "*puede*" en lugar de "*debe*", se podría argumentar también que aquélla resulta tanto una "*facultad*" del juez de la causa como de las partes; y precisamente en el caso de autos, los involucrados optaron por no ejercerla antes del dictado de la sentencia; razón por la cual, desde esa perspectiva, esa última decisión no podría importar infracción legal alguna, a tenor del mencionado "principio de autonomía de la voluntad" de cada una de las partes.

Entonces, cabe entender que durante la audiencia celebrada con la Magistrada, todos los intervinientes en ella tuvieron oportunidad de ventilar y debatir las diferencias personales y las propuestas posibles; las que, evaluadas debidamente, no lograron un resultado favorable- tal como refleja la sentencia en el Considerando 2º (fs. 89); lo que lleva a la Sentenciante a fallar en consecuencia obviando los planteos de cada cónyuge (v. Fallo, punto 3º del fallo (fs. 89vta).

4. Para aventar toda duda sobre el actuar jurisdiccional ante la falta de acuerdo de los cónyuges –conforme el agravio planteado, la época de la “separación de hecho” anterior a la demanda de divorcio-, conviene tener presente que el citado art. 438 CCyC contiene en los dos últimos párrafos, un importante “imperativo de actuación”, que dice: “*En ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio*” (art. 438, 4º párr.). Para agregar a continuación: “Si existe desacuerdo sobre *los efectos del divorcio*, o si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar, las cuestiones pendientes deben ser resueltas por el juez de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local” (art. 438, 5º párr.).

Entonces, teniendo en cuenta que el régimen económico de los cónyuges -cuya retroactividad para su disolución está discutida en esta causa-, es precisamente un “*efecto del divorcio*”, corresponde aplicar al caso estos últimos tramos de la disposición legal en análisis; porque el desacuerdo de los litigantes no puede detener el proceso de divorcio, que se desencadena a partir de la conformidad individual pero coincidente de ambos cónyuges de disolver su matrimonio.

Así lo tiene entendido la más conspicua doctrina en la materia, cuando dice: “...Y si no se está de acuerdo en ninguno de los

efectos derivados del divorcio, el juez procede a dictar sentencia, por la cual se disuelven las nupcias, y también tramitan por la vía incidental todos los conflictos complementarios que se derivan de dicha disolución. Como se puede observar, en ninguno de los escenarios posibles el juez puede limitar o retrasar la sentencia de disolución del matrimonio por divorcio a las resultas de que lleguen a un acuerdo, ya sea de manera total o parcial. De este modo, el Código diferencia bien el proyecto de vida en común que ya no se mantiene ni se sostiene (el pasado hasta el presente) de las consecuencias jurídicas que se derivan de esta ruptura (el futuro). Esto es así, sea la petición unilateral o bilateral o conjunta” (Marisa Herrera, comentario al art. 438 CCyC, en “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Ricardo Luis Lorenzetti (Dir.), Miguel Federico De Lorenzo y Pablo Lorenzetti (Coord.), Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, T. II, p. 740; el resaltado me pertenece).

Por ende, siguiendo aquel imperativo legal, la Magistrada actúa correctamente cuando dispone hacer lugar al divorcio, pues éste es aceptado por ambos litigantes a pesar de la falta de acuerdo en los efectos de éste (Fallo, punto 1º, fs. 89vta). Por ende, conforme el principio de legalidad, tampoco es posible hacer lugar a la nulidad de la sentencia recurrida en este tramo particular, porque ambos quieren

disolver las nupcias, y readquirir la libertad de forjar un nuevo proyecto de vida.

6. No obstante lo dicho, queda en pie la controversia sobre la “retroactividad” de la disolución del régimen patrimonial matrimonial de los aquí litigantes, dispuesta en la sentencia.

Al respecto, el art. 480 CCyC dispone, en su primer párrafo: “La anulación del matrimonio, el divorcio o la separación judicial 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”. Luego, en su segundo párrafo, dice: “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”. Y a continuación, en su tercer párrafo agrega: *“El juez puede modificar la extensión del efecto retroactivo fundándose en la existencia de fraude o abuso del derecho”*. Finalmente, el último párrafo de este artículo aborda el tema de la separación judicial de bienes, tema que no tiene relación con el presente caso.

Atento lo dispuesto por la mencionada norma, conforme la citada opinión doctrinaria, el “principio general” resulta ser la extinción del régimen patrimonial con efecto retroactivo a la fecha de notificación de la demanda de divorcio o de la presentación conjunta; y la

“excepción”, la separación de hecho sin voluntad de unirse, si ésta se probare, que justifica la retroactividad del cese del régimen económico de comunidad a la fecha de dicha separación (Marisa Herrera, comentario al art. 480 CCyC, ob cit., T. III, ps. 170/71, punto III-1).

Ahora bien, la disputa entre los aquí litigantes consiste en dos intereses opuestos: el esposo, en la antigüedad de dicha separación de hecho sin voluntad de unirse –según su versión, desde noviembre de 2009, sin precisar el día-; y la esposa, en el mantenimiento de su “vocación de unirse” hasta una fecha indeterminada, cercana a su petición de divorcio (fs. 119vta, último párr. y 120, 1º párr.). El marido pretende con ello, por su lado, demostrar el carácter propio de algunos bienes adquiridos con posterioridad a la separación de hecho –antes calificados por la doctrina como “gananciales anómalos”- con el fin de excluirlos de la masa común a liquidar; mientras que la esposa, por su parte, pretende hacer valer los derechos a la ganancialidad sobre una parte indivisa de bienes a determinar, para lo cual ya obtuvo oportunamente una medida cautelar en estas actuaciones.

Así las cosas, estimo le asiste razón al recurrente cuando plantea la necesidad de ejercer su derecho a la defensa de los extremos invocados en su contestación de la demanda en relación con la posibilidad de probar la existencia, la antigüedad y el carácter de la

separación de hecho alegada; así como también le asiste el derecho a la esposa de defender la postura contraria; ello, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 466 y 480 CCyC; y 18 CN. Con lo cual, resulta necesario admitir la solución que propone la arriba citada doctrina especializada, a la que también adhieren otros expertos: reafirmar la validez del dictado de la sentencia que acuerda el divorcio vincular, con independencia de otras cuestiones conexas que no logren acuerdos, las que quedarán pendientes de resolución judicial, en trámite incidental (Eduardo A. Zannoni–Marina Mariani de Vidal-Jorge O. Zunino–Fernando E. Shina-Gloria S. Ramos, en “Código Civil y Comercial”, Astrea, Buenos Aires, 2015, comentario al art. 439, p. 153).

Pero, a fin de no conmover tanto la disolución del vínculo matrimonial dispuesta en la sentencia como la consecuente extinción del régimen patrimonial que adopta *prudencialmente* el principio general para establecer la fecha retroactiva de cese del régimen económico matrimonial; y garantizar, por otro lado, el ejercicio del derecho de defensa de ambos cónyuges en relación con sus intereses económicos derivados de la citada extinción de la comunidad, para impedir con ello situaciones de injusticias entre las partes; entiendo corresponde efectuar una interpretación sistémica de las disposiciones del Código Civil y Comercial contenidas en los arts. 438 - 4º y 5º párr.-

, 466, y 480 -3º párr.- del CCyC, que permita mantener la fórmula genérica de extinción del régimen patrimonial de los cónyuges con carácter “provisional”, conservando la fecha de retroactividad dispuesta en el punto 2º del fallo apelado, al sólo efecto de posibilitar que se ventile esta cuestión en conflicto por la vía incidental; todo ello, a fin de admitir la inscripción de la sentencia que decreta el divorcio y la extinción de la comunidad en los registros respectivos -a los fines que las partes estimen necesario-, y a la vez facilitar que se reafirme o, en su caso, modifique “definitivamente” la fecha de extensión del efecto retroactivo del régimen de comunidad de ganancias habido entre los cónyuges. Por tanto, propongo al Acuerdo que, tanto el divorcio vincular de los cónyuges como la extinción del régimen de comunidad de éstos dispuestos en la sentencia recurrida, se confirmen; pero se revoque parcialmente lo resuelto en el punto 2º del fallo apelado en la parte que fija una fecha definitiva para la extinción retroactiva del régimen de comunidad -por corresponderse con la notificación de la petición de divorcio-, para disponer el carácter “provisional” de la fecha retroactiva de extinción de este último establecida en el mencionado punto 2º del fallo apelado, hasta que, conforme el resultado del incidente respectivo que se tramite por separado, una nueva sentencia determine la fecha

“definitiva” a partir de la cual operará el efecto retroactivo de la disolución del mencionado régimen de comunidad.

7. A su vez, en cuanto a las costas, atento el modo como se resuelve la cuestión, entiendo corresponde seguir el mismo criterio dispuesto en la instancia de origen, e imponer las costas por las actuaciones en la Alzada en el orden causado (art. 71, CPCC).

En consecuencia, **VOTO PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.**

El Sr. Juez **Dr. Juan Carlos Rezzónico**, adhirió al precedente voto por aducir iguales fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION, la Sra. Juez **Dra. Dolores Loyarte**, dijo:

Debe revocarse parcialmente la sentencia recurrida; y, en consecuencia, se debe modificar el punto 2º del fallo apelado, a fin de disponer el carácter “provisional” de la fecha retroactiva de extinción del régimen de comunidad habido entre los cónyuges establecida en el citado punto 2º del fallo apelado -por corresponderse con la notificación de la petición de divorcio-, hasta que, conforme el resultado del incidente respectivo que se tramite por separado, una nueva sentencia determine la fecha “definitiva” en que operará el efecto retroactivo de

la disolución del mencionado régimen de comunidad; con costas en el orden causado por las actuaciones en esta instancia (art. 71, CPCC).

ASI LO VOTO

El Sr. Juez Dr. **Juan Carlos Rezzónico**, adhirió al precedente voto por aducir iguales fundamentos, con lo que se dio por finalizado el Acuerdo, dictándose por el Tribunal la siguiente:

S E N T E N C I A

AUTOS Y VISTOS:

CONSIDERANDO:

Que por los argumentos de hecho y de derecho arriba tratados, es parcialmente injusta la sentencia apelada (arts. 18 de la Constitución Nacional; 7, 438, 466, 480, CCyCN; 34 inc. 4º, 163 inc. 6º, 266, y ccdts., CPCC).

POR ELLO: y demás fundamentos del precedente Acuerdo; se revoca parcialmente la sentencia recurrida en lo que fuera materia de agravios; y, en consecuencia, se dispone modificarla a fin de disponer el carácter “provisional” de la fecha retroactiva de extinción del régimen de comunidad habido entre los cónyuges establecida en el punto 2º del fallo apelado - por corresponderse con la notificación de la petición de divorcio-, hasta que, conforme el resultado del incidente

respectivo que se tramite por separado, una nueva sentencia determine la fecha "definitiva" en que operará el efecto retroactivo de la extinción del mencionado régimen de comunidad; con costas en el orden causado por las actuaciones en esta instancia (art. 71, CPCC). Los honorarios se regularán en la oportunidad en que quede firme la sentencia (art. 51, 2ª.p, ley 8904). **Reg. Not. Dev.**

A la reserva del "caso federal" efectuada por el recurrente, téngase presente para su oportunidad.

Fdo. Dra. Dolores Loyarte. Juez - Dr. Juan Carlos Rezzónico. Juez.
Ante mi, Dr. Mario Raúl Camerini. Secretario.