

**Expte. 10686; Reg. 136 (S) del 13/12/2016.**

En la ciudad de Necochea, a los 13 días del mes de diciembre de dos mil dieciséis, reunida la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, en acuerdo ordinario, a los efectos de dictar sentencia en los autos caratulados: “C..., R... A... s/Divorcio por presentación unilateral” habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los arts. 168 de la Constitución de la Provincia y el art. 263 del Código Procesal Civil y Comercial, resultó del mismo que el orden de votación debía ser el siguiente: Señores Jueces Doctores Oscar Alfredo Capalbo y Fabián Marcelo Loiza, habiendo cesado en sus funciones el Doctor Garate (Decreto nº 200 del 13 de mayo de 2013).

El tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

#### **C U E S T I O N E S**

1a ¿Es justa la sentencia de fs. 61/62vta.?

2a. ¿Qué pronunciamiento corresponde?.

#### **A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR CAPALBO DIJO:**

I) Conforme surge de las constancias de autos a fs. 61/62vta. la Sra. Jueza de grado dicta sentencia en la que resuelve: 1. Decretar el divorcio por presentación conjunta dispuesto por los arts. 435 y sgtes. del Código Civil y Comercial de R... A... C.. e I... M... L... S....; 2. Declarar la extinción de la comunidad a partir de la fecha de promoción de la acción el 23 de noviembre de 2015; 3. Imponer las costas en el orden causado; 4. Regular los honorarios del Dr. Christian Schmidt, en su carácter de patrocinante del Sr. Calcabrini en la suma de ...(\$....) y los del Dr. Juan Emilio Spinelli, en su carácter de apoderado de la Sra. Suárez, en la suma de .... (\$....), ambos con más los aportes y contribuciones de ley.

A f. 64 el Dr. Juan Emilio Spinelli, en nombre de su representado apela los honorarios regulados por considerarlos altos, en tanto que por su propio derecho los apela por estimarlos bajos. Seguidamente, a f. 65, interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada, obrando sus agravios a fs. 76vta.

II) Agravia al recurrente “la fecha declarada por la ‘a quo’ como extinción de la comunidad, esto es el 23-11-2015 –fecha de promoción de la acción-.”

Ello, aduce, “porque esta parte en su demanda por presentación unilateral de fs. 52/53 –acumulada al presente- solicitó expresamente que se declara disuelta la comunidad desde la separación de hecho producida el 01-05-2013, de conformidad con lo normado por el art. 480, 2º párr. del Cód. Civ. y Com.”

Señala que “en tanto tal afirmación y pedido no fueron controvertidos, debió la ‘a quo’ fijar dicha fecha como momento de la extinción de la comunidad.”

Añade que “el texto de la norma es claro, mediando separación de hecho sin voluntad de unirse, previa a la promoción de la acción de divorcio, el momento de la extinción de la comunidad opera con efecto retroactivo al día de la separación, por lo tanto habiéndoselo indicado precisamente cuando sucedió esta, la sentencia debió recogerla.”

Solicita en consecuencia “se modifique la sentencia recurrida, consignándose que el momento de la extinción de la comunidad operó el día 01-05-2013, fecha de la separación de hecho.”

III) Cabe acoger el recurso articulado.

En efecto, como es sabido, el Código establece, como principio, que la extinción de la comunidad opera con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de petición conjunta (de divorcio, nulidad o separación judicial de bienes) art. 480 C.C.y C.

Como excepción a tal retroactividad, la norma recepta el caso en que la separación de hecho hubiera precedido al divorcio o nulidad del matrimonio, en cuyo caso la extinción de la comunidad tiene efectos retroactivos al día de verificado el cese de la cohabitación.

Como sostiene Lorenzetti, (Código Civil y Comercial de la Nación, comentado, T. III, Rubinzal-Culzoni editores, 2015, comentario al artículo 480, pág. 170/172), “La solución adoptada por el Código como excepción recepta la doctrina plenaria de las Cámaras nacionales civiles (CNCicv, en pleno, 29-9-99, “C.G.T. c/A. J. O”, LL 199-F-3), seguida por buena parte de los tribunales provinciales, en la que se expuso que ‘si la sentencia de divorcio o separación personal se dicta con fundamento en la interrupción prolongada de la convivencia, sin analizar la culpabilidad de los cónyuges, ninguno de ellos tendrá derecho a participar de los bienes adquiridos por el otro a partir de la separación personal.’ Para así resolver, la mayoría explicitó que ‘si ambos cónyuges son los causantes de la ruptura matrimonial, ninguno tiene derecho a los bienes adquiridos por el otro después de la separación; tal conclusión se fundamenta en razones de equidad y de orden lógico y moral’. Sería incongruente, por tanto, que en el sistema de nuestra ley la vida separada acarree la exclusión hereditaria, el divorcio la suspensión de los deberes de asistencia recíproca y que sean indiferentes en lo que atañe a la sociedad conyugal (...). Debe repararse en que si la ley no acuerda a ninguno de los esposos los beneficios que concede al inocente, es porque si bien no los considera culpables, entiende implícitamente que ambos son responsables del fracaso del matrimonio.”

Añade el autor: “La doctrina judicial reseñada se entendió también aplicable a los supuestos de petición de divorcio por presentación conjunta. En opinión de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (13-5-2005, “A., E.M. c/S., H. J. s/Incidente de liquidación de sociedad conyugal, LL, B.A. 2006-316): ‘Si ambos cónyuges se separan de facto obteniendo con posterioridad el divorcio con fundamento en alguna causal objetiva, deben asumir las consecuencias que se derivan del régimen elegido, el cual conlleva a la imposibilidad de indagar sobre cuál de las partes ha sido culpable en la disolución del vínculo matrimonial, y por ello importa necesariamente la exclusión, al no existir declaración de inocencia y culpabilidad para ambas partes, de participar en los bienes gananciales que con posterioridad a la separación de hecho aumentaron sus patrimonios.’”

Tales los antecedentes de la norma cuya aplicación se peticiona y cuya claridad no puede ser desatendida.

Ello, ciertamente, con las salvedades contenidas en el párrafo tercero en lo que respecta a una eventual existencia de fraude o abuso del derecho, lo que en el caso no se advierte atento el silencio guardado por la contraria al corrérselle traslado del memorial, y los derechos de los terceros de buena fe según la doctrina del cuarto párrafo de la citada norma y del art. 487 CCyC.

En síntesis, ha de modificarse la sentencia en el sentido señalado e imponerse las costas en el orden causado atento no haber mediado oposición (arts. 68 2º párr. y 274 CPC).

Por las consideraciones expuestas a la cuestión planteada, voto por la **NEGATIVA.**

A la misma cuestión planteada el señor juez Doctor Loiza votó en igual sentido por análogos fundamentos.

**A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DOCTOR CAPALBO DIJO:**

Corresponde modificar la sentencia de fs. 61/62vta. y en consecuencia declarar la extinción de la comunidad a partir del 1º de mayo de 2013, con costas de esta instancia en el orden causado (arts. 68 2º párr. y 274 CPC), regular los honorarios del Dr. Juan Emilio Spinelli, por los trabajos aquí resueltos en la suma de ... (\$ ....-) (art. 31 dec. Ley 8904/77).

**ASI LO VOTO.**

A la misma cuestión planteada el señor Juez doctor Loiza votó en igual sentido por los mismos fundamentos.

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente:

**SENTENCIA**

Necochea,      de diciembre de 2016.-

**VISTOS Y CONSIDERANDO:** Por los fundamentos expuestos en el precedente acuerdo, se modifica la sentencia de fs. 61/62vta. y en consecuencia se declara la extinción de la comunidad a partir del 1º de mayo de 2013, con costas de esta instancia en el orden causado (arts. 68 2º párr. y 274 CPC), por los trabajos aquí resueltos, se fijan los honorarios del Dr. Juan Emilio Spinelli en la suma de .... (\$ ....-) (art. 31 dec. Ley 8904/77). Notifíquese al Señor agente Fiscal. Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 CPC). (arts. 47/8 ley 5827). Devuélvase.

Dr. Fabián M. Loiza

Dr. Oscar A. Capalbo

Juez de Cámara

Juez de Cámara

Angel Pablo M. Gómez

Auxiliar Letrado