**REFERENCIA**

“Z.N.S. C/ V.C.G. S/ DIVORCIO” – CÁMARA DE APELACIONES DE CONCEPCION DEL URUGUAY - SALA CIVIL Y COMERCIAL – 26/04/2018

**SUMARIO. DIVORCIO. Compensación económica**

“En este estado resulta necesario dilucidar si, habiendo transcurrido dos años desde la promoción de este expediente y habiéndose realizado tres audiencias en las distintas instancias con resultado negativo, corresponde ordenar la realización de la mediación previa obligatoria prevista por el Código Procesal Civil y Comercial o puede excepcionarse dicho medio alternativo de resolución de conflictos por las circunstancias excepcionales acaecidas en este proceso.”

“Resulta relevante otorgar trascendencia a los Fundamentos del proyecto de Código Civil y Comercial por ser éstos una muestra cabal del espíritu que nutren las normas que regulan este nuevo instituto jurídico denominado compensación económica. En dichos Fundamentos se expresa que “al tratarse de una herramienta destinada a lograr un equilibrio patrimonial es necesario realizar un análisis comparativo de la situación patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio del matrimonio y al momento de producirse el divorcio, esto es obtener una “fotografía” del estado patrimonial de cada uno de ellos, y ante un eventual desequilibrio, proceder a su recomposición”.”

“Resulta ineludible analizar la situación anterior de los cónyuges en el matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación ya que no resulta indiferente cuando ambos cónyuges llegan al matrimonio con un desequilibrio económico entre ellos, que éste tenga su origen en sus diferentes condiciones personales y familiares, fruto de la trayectoria independiente de sus vidas, con ingresos profesionales o patrimonios notoriamente desiguales, o que, por el contrario, el desequilibrio, total o parcial de un cónyuge respecto de otro, venga propiciado por éste. (Sala en lo Civil del Tribunal Supremo de España, STS 375/2017, sentencia del 9/2/17).

**FALLO:**

///cepción del Uruguay, 26 de abril de 2018.-

VISTOS:

Los autos caratulados “Z.N.S. C/ V.C.G. S/ DIVORCIO”, traídos a despacho para resolver, y,

CONSIDERANDO:

1- Que ambas partes interponen recurso de apelación contra el punto IV- de la resolución del Juez de Familia y Penal de Niños y Adolescentes de esta ciudad que dispuso la compensación económica en favor de la Sra. N.S.Z. a cargo del Sr. C.G.V. consistente en un canon locativo de PESOS TRES MIL ($ 3.000) mensuales por el plazo de dos años. Asimismo la cónyuge Sra. N.Z. también se agravia de la omisión de tratamiento del canon locativo solicitado oportunamente.-

2- La cónyuge, Sra. Z., al promover la demanda de divorcio y solicitar la compensación económica prevista en el art. 441 del Código Civil y Comercial expresa que “en el domicilio conyugal, funcionaba un negocio- almacén de barrio- “……”, ubicado en calle …… Nº … de Basavilbaso y en el que la actora trabajaba sin descanso, preparando comidas para llevar, también tortas, empanadas, tartas, etc. todo con el fin de incrementar los ingresos familiares. Que dicho comercio actualmente se encuentra a cargo y en funcionamiento por parte del demandado, situación que amerita la aplicación del art. 441 CCN y mi parte solicita una prestación compensatoria del veinte (20%) adicional del producido de la venta del inmueble”.- Respecto al bien inmueble manifiesta que “si bien en principio el inmueble ubicado en calle … ….. de Basavilbaso, e inscripto a nombre del demandado, bajo matrícula … fue adquirido en principio siendo de estado civil soltero, y baldío, y las mejoras se hicieron durante la vigencia del matrimonio con un crédito del IAPV, que se terminó de abonar en el año 2015 por lo tanto lo consideramos como bien ganancial, y que se encuentra habitado por el demandado, SE PETICIONA que hasta tanto se liquide totalmente la sociedad conyugal el demandado abone la actora una renta mensual equivalente al 50% del alquiler de vivienda, suma que se estipula en la cantidad de PESOS UN MIL ($ 1000) PAGADEROS del 01 al 5 de cada mes conjuntamente con la cuota alimentaria para los menores y que se incrementará de igual manera que la cuota alimentaria”.-

3- Al resolver, el Juez de Familia y Penal de Niños y Adolescentes de esta ciudad, luego de efectuar un estudio del instituto de la compensación económica, hace lugar a la misma expresando que “el análisis que debo realizar no debe ceñirse a la situación patrimonial de los esposos, esto es, cuál es el activo y el pasivo con el que cuentan al momento de legalizar la ruptura conyugal; ni siquiera la consideración de cuánto poseían los consortes a la celebración del matrimonio y con posterioridad al divorcio. El criterio será amplio y aquí es precisamente la Sra. Z. quien se queda al cuidado de su hija más pequeña (S.) estando en cabeza de su consorte la atribución de la vivienda familiar por lo que habré de fijar una cuota compensatoria a favor de la primera a pagar por el Sr. V. consistente en un cánon locativo de $ 3.000,00 mensuales por el plazo de dos años.- Dicha suma se incrementará cada seis meses en un 12,50 % y hasta completar los 24 meses; ello sin perjuicio de lo que se decida respecto a la ganancialidad o no del bien inmueble y en su caso la venta."-

4- En sus agravios el cónyuge demandado, Sr. V., se agravia de la falta de sometimiento de la cuestión relacionada con la compensación económica a un proceso de mediación previa obligatoria previsto por el Código Procesal Civil y Comercial de Entre Ríos, de la falta de apertura a pruebas de los presentes autos y de la falta de requisitos mínimos para la procedencia de la compensación económica argumentando que el divorcio decretado en autos no produce en la actora un desequilibrio manifiesto ni significa un empeoramiento de su situación, que tampoco provoca en el demandado un enriquecimiento económico. Por último impugna el monto que se le otorgó en concepto de compensación económica a la actora expresando que no se explica el criterio con el cual se fija la suma de $ 3.000 mensual, y teniendo en cuenta el importe total que debería afrontar en 24 meses se pregunta si es equitativo que un cónyuge como el demandado sin empleo, con menores posibilidades de acceder a un buen empleo, con un hijo a cargo sea la parte perjudicada en este divorcio.- Los agravios de la cónyuge actora se sintetizan en que el Juez de la instancia de origen no explica la perentoriedad del plazo de veinticuatro meses establecido en su sentencia para la compensación económica y omite la fijación del canon locativo en una renta mensual equivalente al 50% de un alquiler de una vivienda, que se estipula en la suma de Pesos Un Mil ($ 1.000).-

5- Como cuestión preliminar corresponde analizar la inexistencia de mediación previa en este proceso.- Que a fs. 55 punto 5) la actora solicita que se ordene iniciar proceso de mediación a los fines de la liquidación de los bienes la sociedad conyugal y la prestación compensatoria.- En la audiencia realizada ante el Juzgado de Familia y Penal de Niños y Adolescentes de esta ciudad en fecha 23 de agosto de 2016, a fs. 58 vta. obra constancia de que las partes hacen reserva de acudir a la mediación previa prevista por el art. 286 y concordantes del C.P.C.C.- En su expresión de agravios la parte apelante a fs. 68 y vta. destaca la voluntad de las partes de someter la cuestión a un proceso de mediación.- Los agravios de las partes están relacionados con la fijación de la compensación económica establecida por el art. 441 del Código Civil y Comercial de la Nación dispuesta por el Juez de Familia y Penal de Niños y Adolescentes de esta ciudad y con la omisión de expedirse respecto al canon locativo por el uso de un inmueble.- En estos autos no se ha cumplimentado la mediación previa prevista en el capítulo VI, Sección 1º del Código Procesal Civil y Comercial de Entre Ríos, la que resultaba obligatoria para las partes.- Habiendo las partes concurrido tanto a la audiencia realizada en la instancia de origen -fs. 58/62 vta.- como a las audiencias realizadas en esta Alzada a fs. 87 y 93 no se pudo llegar a un acuerdo respecto a las cuestiones que son materia de agravios.- En este estado resulta necesario dilucidar si, habiendo transcurrido dos años desde la promoción de este expediente y habiéndose realizado tres audiencias en las distintas instancias con resultado negativo, corresponde ordenar la realización de la mediación previa obligatoria prevista por el Código Procesal Civil y Comercial o puede excepcionarse dicho medio alternativo de resolución de conflictos por las circunstancias excepcionales acaecidas en este proceso.- Al respecto existen dos posturas bien definidas.-

A- Por un lado se ubica la corriente que considera ineludible e imprescindible la realización de la mediación previa obligatoria no pudiendo excepcionarse la misma cuando esté expresamente prevista por la normativa aplicable.- "La realización de la mediación previa obligatoria, como su nombre lo indica, no es un derecho disponible para las partes, sino que, por el contrario, es obligación del Juez, conforme a sus facultades, advertir si la misma ha sido efectuada en legal forma, y, en su caso, requerir su efectivización conforme las previsiones legales – art. 31 inc 5) ap. b) del C.P.C.C." (cfr. Cámara 2º de Apelaciones de Paraná, Sala II, autos “Albornoz Alejandra Beatriz c/ Gerdau Jorge Alberto y Otros s/ Alimentos" fallo del 18/4/11).- "La eximición del proceso de mediación carece de recepción legal en nuestro ordenamiento. La Ley 24573 instituye "con carácter obligatorio" la mediación previa a "todo juicio", con el fin de promover la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia (artículo 1). Por ende, procede la reapertura del trámite de mediación. Los únicos procesos exceptuados de ese trámite previo y obligatorio son aquellos taxativamente enunciados en el artículo 2 de la Ley (cfr. CNCom, Sala E, "Martucci, Silvia c/ Banco Itau Buen Ayre S.A. s/ Ordinario", del 8/10/04; íd, "Domingo Santiago s/ Ordinario", del 26/11/99; íd, "Escasany, María Isabel c/ Coyllur S.A. s/ Sumario", del 26/11/99) y esta acción ordinaria no se encuentra entre aquéllas previsiones. (CNCom, Sala, B, autos "Fiore S.A. s/ Quiebra c/ Cespedes Roberto Enrique y otro s/ Ordinario", 30/11/11).-

B- En la postura contraria, se ha sostenido que se puede excepcionar la mediación previa cuando se vislumbre en forma manifiesta que resultan nulas las posibilidades de que las partes puedan conciliar y la realización de la misma sólo dilataría injustificadamente el juicio.- "Una aplicación racional de la ley 26.589, que necesariamente debe atender a su finalidad, conduce a concluir que cuando se infiere con alto grado de convicción que no se verifica posibilidad actual mínima de conciliación entre las partes, es posible soslayar un tramite que importaría prolongar injustificadamente el desarrollo del juicio. Admitir lo contrario, iría contra la télesis de la citada ley que intenta acelerar la decisión de ciertos conflictos, pues la declaración de reapertura derivaría en un diferimiento innecesario; mas en la especie, en que al no haberse celebrado la audiencia preliminar que dispone el art. 360 del Código Procesal las partes tendrán oportunidad de componer los intereses litigiosos en esa oportunidad (CNCom, Sala B, 18/06/02, "Xerox Argentina SA c/ Inasa Express SA s/ ordinario", íd., 29/06/06, "Pertusio, Gustavo c/ Astilleros del Norte SA s/ ordinario"). En consecuencia y con los alcances expuestos, resultaría inútil ordenar en este caso el cumplimiento de las disposiciones de ese cuerpo legal, cuando ello sólo provocaría una innecesaria dilación en la definición de este juicio, vulnerando así los principios de celeridad y economía procesal que deben regir en todo procedimiento (conf. CNCom., Sala D, in re "Peyrelongue Minetti, Luis Martín", del 13/8/08)"- cfr. CNCiv, Sala J, autos "Prack de Bertora, Carmen Lilia c. Méndez Peralta Ramos y otro s/ Daños y Perjuicios", 28/11/2013.- "Dado que el fin de la mediación previa obligatoria establecida por la ley 24.573 y sus modificaciones, es poner a las partes en conocimiento del reclamo y darles la posibilidad de llegar a algún acuerdo que evite el subsiguiente litigio judicial, considerando el tiempo transcurrido y la litigiosidad que fácilmente se advierte impera entre las partes lo cierto es que el demandado, de así considerarlo, puede acercar las propuestas que tuviere en tal sentido desde que conoce la pretensión, más allá de la oportunidad que expresamente contempla la audiencia prevista por el art. 360 del Código Procesal." (CNCiv, Sala J, en autos "P. A. V. c. C. D. A. s/ aumento de cuota alimentaria", 26/2/15, Cita Online: AR/JUR/1595/2015 y en autos “Lucioli Estela Raquel c. Sa Enrique Luis s/ Daños y Perjuicios”, 23/04/2013).- "Resulta improcedente el planteo de la excepción de defecto legal por incumplimiento de la etapa previa y obligatoria de mediación, toda vez que retrotraer el proceso a la instancia de mediación importaría prolongar injustificadamente el desarrollo del juicio. Esto así, porque se realizó una audiencia de la que no se desprende que exista voluntad de acercamiento entre las partes a los fines de llegar a un acuerdo, demostrando así su fracaso e inoperancia. Admitir lo contrario iría contra el propósito de la norma que persigue acelerar la decisión de ciertos conflictos, pues la declaración de reapertura derivaría en un retardo injustificado, más aún cuando todavía habrá de convocarse a la audiencia prevista por el art. 360 del Código Procesal. (CNCiv, Sala M, autos "La Torre, Josefina Norma c/ Pullella, Alberto Francisco s/ Daños y Perjuicios", 04/11/2011, Sumario N°21871 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil).- "La normativa dictada en torno de la mediación obligatoria debe ser interpretada con un criterio no formalista a fin de tornarla compatible con normas jurídicas de rango superior (como aquellas que garantizan el acceso a la jurisdicción) y para no transformar el trámite de mediación en un procedimiento excesivamente ritualista sin otro resultado que la dilación del conflicto. En consecuencia, si se inició la demanda judicial hace más de cinco años se impone la prosecución del procedimiento máxime que resta todavía el cumplimiento de la audiencia preliminar (art. 360, inc. 1° del Código Procesal) oportunidad procesal en la cual el juez invitará a las partes a una conciliación o a encontrar otra forma de solución del conflicto." (CNCiv, Sala D, autos "Efficace, Nélida María y otro c/ Tuneau, Mónica Graciela s/ Cobro de Suma de Dinero", 3/8/04, Sumario N°16304 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N°5/2005).- "Si bien debe observarse el trámite de mediación extrajudicial, un criterio realista debe conducir a no retrotraer el proceso a una instancia extrajudicial con la consecuente paralización de lo actuado, cuando no se exterioriza ánimo conciliatorio de ninguna de las partes de la litis, máxime si se encuentra pendiente la audiencia prevista por el CPCC: 360, pues ello otorga la oportunidad de proponer fórmulas conciliatorias para componer los intereses litigiosos." (CNCom, Sala A, autos "Cha Guillermo c/ Sworn College S.A.", 27/10/09, Cita Online: AR/JUR/46470/2009).- "Corresponde revocar la sentencia que dispuso la suspensión del trámite de la demanda de daños y perjuicios y la reapertura de la mediación, debido a que uno de los rubros reclamados no integró la conciliación previa, ya que las partes tendrán la oportunidad de debatir sus conflictos en la audiencia preliminar prevista por el 360 del Código de rito, cumpliéndose con la finalidad legal de solucionar problemas en forma extra contenciosa." (CNCiv, Sala G, autos "Consorcio Propietarios Av. Cabildo 1422/24/28 c/ Servocar S.A.", 7/8/09, Cita Online: AR/JUR/30682/2009).- En trance de resolver adelanto que, atento las excepcionales particularidades de este proceso, comparto la segunda postura- notoriamente mayoritaria- en el convencimiento de que no existen posibilidades de acuerdo entre las partes respecto a las cuestiones que han sido objeto de agravios.- En efecto, habiendo presenciado las dos audiencias realizadas en autos a fs. 87 y 93- en las cuales el suscripto intervine como Secretario por no haber sido aún designado Vocal- no tengo dudas de que las partes carecen de ánimo conciliatorio, lo que fue expresamente ratificado por la parte actora en el escrito presentado ante esta Sala - fs. 99- en el cual, luego de las dos audiencias mencionadas, manifiesta que "... se aprecia la predisposición del Tribunal y la determinación de arribar a un acuerdo que conforme a las partes en litigio... con el debido respeto al Tribunal ... considero que se encuentra agotada la vía conciliatoria" y por la parte demandada al manifestar a fs. 103 que "... concuerdo con la Actora, se han agotado las posibilidades de arribar a un acuerdo en estas instancias...".- Por ello consideramos que ante la inexistencia manifiesta de ánimo conciliatorio evidenciado en tres audiencias y en escritos presentados por ambas partes, la suspensión de este proceso para la apertura de la mediación previa luego de transcurridos dos años desde la promoción del mismo resulta un exceso ritual manifiesto y un inútil dispendio jurisdiccional que atenta contra la económica procesal y la finalidad de dicho medio alternativo de conflictos que persigue acelerar la decisión de ciertos conflictos, constituyendo un retardo injustificado que conspira con un adecuado servicio de justicia.- Nos permitimos citar la opinión del jurista Dr. Marcelo LÓPEZ MESA: "El juez en el proceso. Deberes y máximas de experiencia" -Publicado en: LA LEY 2012-C, 1269- en aquello que expresa: “... 16. En la interpretación de la ley no cabe atenerse a una consideración meramente teórica de las fórmulas e intenciones legislativas, sino que además debe analizarse los resultados que el criterio sustentado por el intérprete provocan en el caso concreto. "Los jueces tienen el deber de ponderar las consecuencias sociales de su decisión" (HOLMES, Oliver Wendell, "The path of the law", en "Harvard Law Review", vol. 10, pp. 457 y ss; CSJN, "Saguir y Dib", Fallos 302: 1284, con cita de Fallos 234:482). 17. Por ello, una de las pautas más sensatas para comprobar el acierto del criterio extraído de la norma es si el mismo conduce a una solución razonable en el caso, puesto que la aplicación de una norma nunca puede hacerse de un modo no razonable que conduzca a resultados injustos. La verificación de los resultados a que conduce la exégesis de una norma y las circunstancias tomadas en cuenta para sancionar la ley, son presupuestos para llegar a su correcto entendimiento (CSJN, "Pagano, Héctor Daniel c. Banco Hipotecario Nacional", Fallos 305: 1254). El juez, al aplicar estas pautas para arribar a una conceptualización de la norma aplicable al caso, que plasme una hermenéutica lograda y valiosa, debe tener en cuenta que la potestad jurisdiccional no se agota en la aplicación mecánica de las normas, sino que exige discriminar los distintos aspectos del litigio, a fin de lograr en cada hipótesis la justicia concreta del caso.”- (cfr. esta Sala, en autos "Nuevo Banco de Entre Rios S.A. c/ Hecht Maria Guillermina s/ Prepara Via Ejecutiva", fallo del 27/2/14).-

6- Ingresando al tratamiento de los agravios relacionados con la compensación económica dispuesta por el Juez de Familia y Penal de Niños y Adolescentes de esta ciudad, se analizará este novel instituto siguiendo las brillantes pautas expuestas por la Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci en un trabajo titulado “Compensaciones Económicas”, La Plata, 2017 y recurriendo a la profusa jurisprudencia de los tribunales españoles respecto al tema, destacándose en primer lugar que en Francia se ha expresado que “la prestación compensatoria tiene por finalidad asegurar la restauración del equilibrio entre dos situaciones patrimoniales cuya disparidad era ocultada precisamente por la comunidad de vida” (Carbonnier “La question du divorce”, p 120); en España se la ha conceptuado como “prestación satisfecha normalmente en forma de renta periódica, que la ley atribuye, al margen de toda culpabilidad, al cónyuge que con posterioridad a la sentencia de separación o divorcio se encuentre —debido a determinadas circunstancias, ya sean personales o configuradoras de la vida matrimonial— en una situación económica desfavorable en relación con la mantenida por el otro esposo y con la disfrutada durante el matrimonio, dirigida fundamentalmente a restablecer el equilibrio entre las condiciones materiales de los esposos, roto con la cesación de la vida conyugal.” (Campuzano Tomé. “La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento”, Librería Bosch, Barcelona 1986, p. 28) y en nuestro país se la ha definido como “una forma de atenuar las injusticias y desigualdades que se pueden producir dentro de un régimen de separación de bienes … cuando uno de los cónyuges ha aportado mucho mayor cantidad de trabajo para satisfacer las necesidades del seno familiar que el otro, y no ha recibido restitución alguna o ella ha sido muy insuficiente, tiene derecho a exigir al final del régimen, una compensación económica del otro cónyuge, si es que resultó una desigualdad patrimonial manifiesta y se operó un enriquecimiento injusto a favor del otro” (Corbo, Carlos María “La compensaciones económicas en el Derecho Comparado y Proyecto de Reforma” DFyP 2013, diciembre, 45; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, en autos “G.,M.A. c/ D.F., J.M. s/ Alimentos”, 25/10/16, Cita Online: AR/JUR/70956/2016).- Se torna necesario establecer que los presupuestos que habilitan la fijación de dicha compensación son: a) Desequilibrio patrimonial manifiesto, b) Empeoramiento de la situación de uno de los esposos y c) Causa adecuada en el matrimonio y el divorcio.- l manifiesto resulta un concepto complejo ya que la desproporción se debe evidenciar tanto en relación con el patrimonio del otro cónyuge como en el empeoramiento del caudal económico propio que se detentaba antes del matrimonio o de la unión convivencial como consecuencia de la relación y de su ruptura.- Es decir que el desequilibrio coloque a uno de los cónyuges en peor posición que al otro, por causa del proyecto de vida matrimonial y su culminación. (Pellegrini, María Victoria, “Dos preguntas inquietantes en la compensación económica, Publicado en: RCCyC 2017 (marzo), 03/03/2017, 28, Cita Online: AR/DOC/356/2017).- Tiene una finalidad indemnizatoria y reequilibradora, pues trata de restaurar el desequilibrio económico que la ruptura de la relación de convivencia provoca en uno de los cónyuges, y que comporta un empeoramiento patrimonial en relación con el nivel de vida disfrutado por ambos durante la vida en común, y en comparación con el status conservado por el otro cónyuge. Se intenta remediar un agravio comparativo, cumpliendo una triple función: resarcir el daño objetivo consistente en la pérdida de expectativas de toda índole como consecuencia del vínculo matrimonial, colocar al cónyuge que experimenta un empeoramiento económico en situación de potencial igualdad de oportunidades a la que hubiese tenido de no haber contraído el matrimonio, y facilitar al cónyuge que sufre tal desequilibrio un status semejante al que mantiene el otro al tiempo de la ruptura, y que guarde relación proporcional con la duración de la vida en común. (Sala en lo Civil del Tribunal Supremo de España, STS 407/2018, sentencia del 14/2/18).- Es requisito ineludible la existencia del desequilibrio “con independencia de la situación de necesidad, mayor o menor, del acreedor, no debiendo entenderse como un derecho de nivelación o de indiscriminada igualación” (Sala en lo Civil del Tribunal Supremo de España, STS 675/2018, sentencia del 7/3/18).- El desequilibrio debe ser manifiesto, es decir de una importancia tal que surja evidente de la prueba producida ya que la compensación económica “no pretende equilibrar patrimonios sino nivelar el desequilibrio existente” (Sala en lo Civil del Tribunal Supremo de España, STS 3801/2017, sentencia del 6/11/17) y cuando el mismo resulte patente, se intenta compensar situaciones en las cuales la distorsión patrimonial resulte notoria como consecuencia de la relación conyugal.- Dicha necesaria notoriedad del desequilibrio patrimonial demuestra acabadamente que el otorgamiento de la compensación económica debe ser excepcional y resulta improcedente su otorgamiento automático ante el cese de cualquier relación matrimonial habiéndose sostenido que “(l)a compensación económica del art. 441 del Cód. Civ. y Com. de la Nación tiene el carácter de excepcional, en tanto no puede ser fuente de resarcimiento en sí mismo, por la circunstancia de que haya finalizado el proyecto de vida en común de los cónyuges, unilateralmente o por el acuerdo de ambos. Ello es así, pues la viabilidad de la prestación compensatoria no puede funcionar de manera automática luego de la sentencia de divorcio, ante la petición de uno de los cónyuges, toda vez que el derecho a ella debe resultar de un claro desequilibrio producido a raíz del divorcio, evitando planteos judiciales que lleven a su otorgamiento en la mayoría de los divorcios decretados” (cfr. Cámara 1º de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala 2º, autos “B., M. V. c/ S., G. F. s/ Acción de Compensación Económica”, sentencia del 1/12/16; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, Sala III, autos G., S.D. c/ C.,R.L. s/ Acción de Compensación Económica, sentencia del 24/10/17”, Cita Online: AR/JUR/83050/2017).- Es que el legislador no ha querido establecer es una pensión económica vitalicia basada exclusivamente en el hecho del previo matrimonio, sino que la condiciona a la situación de desequilibrio real entre las partes.- Continuando con la intención del legislador resulta relevante otorgar trascendencia a los Fundamentos del proyecto de Código Civil y Comercial por ser éstos una muestra cabal del espíritu que nutren las normas que regulan este nuevo instituto jurídico denominado compensación económica. En dichos Fundamentos se expresa que “al tratarse de una herramienta destinada a lograr un equilibrio patrimonial es necesario realizar un análisis comparativo de la situación patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio del matrimonio y al momento de producirse el divorcio, esto es obtener una “fotografía” del estado patrimonial de cada uno de ellos, y ante un eventual desequilibrio, proceder a su recomposición”.- Al establecerse en el art. 442 del Código Civil y Comercial las diversas circunstancias que el juez debe meditar para establecer la procedencia de la compensación económica, en el inciso a) se individualiza “el estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización de la vida matrimonial”.- En consecuencia, resulta ineludible analizar la situación anterior de los cónyuges en el matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación ya que no resulta indiferente cuando ambos cónyuges llegan al matrimonio con un desequilibrio económico entre ellos, que éste tenga su origen en sus diferentes condiciones personales y familiares, fruto de la trayectoria independiente de sus vidas, con ingresos profesionales o patrimonios notoriamente desiguales, o que, por el contrario, el desequilibrio, total o parcial de un cónyuge respecto de otro, venga propiciado por éste. (Sala en lo Civil del Tribunal Supremo de España, STS 375/2017, sentencia del 9/2/17).- En la situación en análisis, ante el desacuerdo de las partes respecto a la compensación económica peticionada, el Sr. Juez de Familia y Penal de Niños y Adolescentes de esta ciudad, en la audiencia prevista en el art. 438 del Código Civil y Comercial, hizo lugar a la misma, no obstante que no se produjo la prueba ofrecida por las partes al respecto, pero no surgiendo de las constancias de autos de autos, en forma liminar, que se hayan cumplido los recaudos necesarios para la procedencia de dicha compensación económica, debió haberse permitido a las partes la oportunidad de acreditar los extremos que invocan.- "Si se está de acuerdo en todos los efectos derivados del divorcio, el juez procede, además de a disolver el vínculo, a homologar los acuerdos arribados. Si es de manera parcial, disolverá el vínculo y homologará sólo aquellas consecuencias en las cuales los cónyuges se hubieran puesto de acuerdo y el resto tramitará por la vía que corresponda "de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local", que por lo general será la vía incidental. 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 o que se derivan de dicha disolución." (LORENZETTI, Ricardo Luis, “Código Civi y Comercial comentado”, Rubinzal Culzoni Editores, Tº II, pág. 740).- "Lograr consenso respecto a los puntos controvertidos será la guía de audiencia, y cuestiones que queden pendientes se ventilarán por la vía que se considere más apropiada, según la materia de que se trate, o la complejidad del asunto. Podrá ser incidental, sumaria u ordinaria, el magistrado decidirá de acuerdo el procedimiento previsto en la ley local. En definitiva es él quien tiene el gobierno de las formas, en atención a que la finalidad prioritaria en las cuestiones de familia es lograr que la protección se materialice, y como director de proceso, es además el que debe velar por la tutela de los intereses involucrados." (RIVERA, Julio César - MEDINA, Graciela, “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, La Ley, Tº II, págs. 78 y 79).- En consecuencia, no surgiendo de autos si se ha operado un cambio en la situación patrimonial y económica que detentaba la cónyuge reclamante antes del matrimonio en relación con su situación actual ni obrando constancia del desequilibrio patrimonial manifiesto que haya generado una distorsión evidente respecto a la situación de la reclamante, corresponde dejar sin efecto la compensación económica dispuesta a fs. 58/62 y, de conformidad con lo dispuesto por el art. 438, último párrafo, del Código Civil y Comercial, ordenar que dicha cuestión pendiente sea objeto de prueba por las partes mediante el trámite del incidente.-

7- En relación a la omisión de fijación de canon locativo invocado como agravio por la cónyuge actora apelante, habiéndose dispuesto a fs. 58/62vta. que se deberá dilucidar el carácter ganancial o propio del inmueble referido en la demanda, resulta improcedente en este momento procesal imponer el pago de un canon locativo por no haberse establecido el carácter ganancial del mencionado inmueble ni surgir manifiesto de las constancias de autos.-

8- Respecto a las costas de ambos recursos, resulta relevante que ambas partes ofrecieron pruebas relacionadas con la compensación económica y pretendieron acreditar los extremos invocados en sus presentaciones, habiendo sido el Juez quien resolvió sin que se hayan producido las medidas probatorias pertinentes, por lo que el dictado del resolutorio recurrido no fue consecuencia de la conducta de las partes, y en consecuencia, no habiendo dado lugar a la misma, corresponde imponer las costas en el orden causado. (cfr. art. 65, 2º párrafo, del C.P.C.C.).- Respecto a la omisión del canon locativo, la parte apelada no efectuó manifestación alguna por lo que, ante ausencia de contención, resulta también procedente la condena en costas en el orden causado.-

Por ello,

SE RESUELVE:

HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto a fs. 63 por la parte demandada contra la resolución de fs. 58/62vta., DEJANDO SIN EFECTO la compensación económica dispuesta a fs. 58/62 y, ORDENAR que dicha cuestión pendiente sea objeto de prueba por las partes mediante el trámite del incidente, con costas en el orden causado.- RECHAZAR el recurso de apelación interpuesto a fs. 65 por la parte actora contra la resolución de fs. 58/62vta., con costas en el orden causado.-

RATIFICAR los honorarios regulados en primera instancia a fs. 58/62vta. y REGULAR los honorarios de Alzada de la Dra. … en la suma de ….. y de la Dra. …….. en la suma de ………. -arts. 2, 3, 5, 12, 29, 30, 63, 64 y concordantes de la ley 7046.-

Regístrese, notifíquese y bajen.-

Fdo.: DR. NELSON DANIEL ALÚ - DR. CARLOS FEDERICO TEPSICH - DR. GUSTAVO EDUARDO MARCÓ

Citar: elDial.com - AAA932