

Voces: CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ DERECHOS DEL MENOR ~ DIVORCIO ~ EFECTO RETROACTIVO ~ EFECTOS DEL DIVORCIO ~ RETROACTIVIDAD DE LA SENTENCIA ~ SOCIEDAD CONYUGAL

Tribunal: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I(SCMendoza)(SalaI)

Fecha: 26/11/2014

Partes: L., R. I. y A., M. A. s/ divorcio vinc. mutuo acuerdo, disoluc. y liq. de la soc. conyugal p/ rec. ext. de inconstit. - casación.

Publicado en: LA LEY 29/01/2015, 29/01/2015, 3 - LA LEY2015-A, 158 - LLGran Cuyo2015 (febrero), 54 - LA LEY 25/02/2015, 25/02/2015, 10 - LA LEY 2015-B , 487, con nota de Mercedes Ales Uría; DFyP 2015 (junio) , 61, con nota de Mercedes Ales Uría; RCCyC 2015 (julio), 131 - DJ 09/09/2015 , 21, con nota de Alejandro F. Bosch Madariaga (h.);

Cita Online: AR/JUR/59048/2014

Hechos:

Luego de varios años de la solicitud de un divorcio de común acuerdo y habiendo nacido un tercer hijo de la pareja, la mujer desistió de la acción, lo cual no fue aceptado por el magistrado. Su marido, meses después, solicitó que se dicte sentencia, la cual fue emitida con efectos retroactivos a la fecha de presentación conjunta. Interpuestos recursos extraordinarios de inconstitucionalidad y casación, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza la modificó parcialmente solo en cuanto a los efectos del divorcio ordenado.

Sumarios:

1. Acreditado que desde la presentación conjunta del divorcio hasta el momento en que el esposo solicitó que se dicte sentencia nació un tercer hijo de la pareja, cabe disponer que los efectos de la disolución del vínculo sean retroactivos a la última fecha mencionada, que es aquella en la que uno de los cónyuges ratificó su voluntad de divorciarse, ello a fin de proteger los derechos de ese niño, cuyo nacimiento quedará emplazado dentro del matrimonio, como así también los derechos de las partes respecto a los bienes que puedan haber adquirido en ese período, los que quedarán dentro del régimen de ganancialidad.

2. El divorcio decretado a pedido del marido debe mantenerse aun en el caso de que la mujer anteriormente haya desistido de la acción, pues ello es acorde al nuevo régimen normativo implementado por el Código Civil y Comercial, en cuanto basta que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que se pueda demandar el divorcio, máxime cuando una solución contraria obligaría a iniciar un nuevo trámite cuando la voluntad de permanecer junto a su esposa es evidente que ha desaparecido.

Texto Completo:

Mendoza, noviembre 26 de 2014.

1ª ¿Son procedentes los recursos de Inconstitucionalidad y Casación interpuestos? 2ª En su caso, ¿qué solución corresponde? 3ª Costas.

1ª cuestión. — El doctor Nanclares dijo:

I. Relación sucinta de los hechos de la causa

Entre los hechos relevantes para la resolución de la presente causa, se destacan los siguientes:

El 09/05/2006, la Sra. R.L. plantea demanda de divorcio vincular y liquidación de la sociedad conyugal, contra el Sr. M.A., alegando culpa exclusiva del demandado, por la causal de injurias graves.

El 16/05/2006 se presentan los esposos, con el mismo abogado patrocinador, y solicitan la transformación del divorcio en uno de mutuo acuerdo.

A fs. 36 obra constancia de la primer audiencia de conciliación celebrada el 04/07/2006, la cual se da por fracasada. Allí se fija fecha para la segunda audiencia el día 11/09.

La foja 37 no existe en el expediente.

A fs. 38, con fecha 13/09/2006, el juzgado decreta “De lo solicitado, vista al Sr. Agente Fiscal por el término de ley”.

A fs. 39, el 25/09/06, el juzgado tiene presente lo dictaminado por el Sr. Agente Fiscal y, atento a ello, se da por fracasada la segunda audiencia de conciliación entre las partes.

A fs. 40, el 13/02/2007 se presentan ambos cónyuges y modifican el convenio de disolución y liquidación de la sociedad conyugal, lo que es tenido presente por el tribunal a fs. 41.

Desde esa fecha, no hay más actuaciones hasta el 09/05/2011 en que se presenta la Sra. L., con nueva letrada patrocinante, y desiste de la acción de divorcio interpuesta.

A fs. 46, el juzgado decreta “Atento el trámite impreso al presente (divorcio por presentación conjunta, art.

236 del Cód. Civil), el estado de las presentes actuaciones y constancia de cumplimiento con la segunda audiencia prevista por el art. 236 del Cód. Civil (ver constancia fs. 37), al desistimiento unilateral, por improcedente, no ha lugar”. Dicho decreto es ampliado a fs. 47, ordenándose nueva vista al Ministerio Público Fiscal, atento el tiempo transcurrido, quien a fs. 48 manifiesta no tener objeciones que formular.

El 24/05/2011 y el 14/06/2011 el Sr. A. solicita se dicte sentencia, por lo que, a fs. 53 el juzgado llama autos para sentencia, dejándose sin efecto el llamado a fs. 54 para ordenarse una vista a la Asesoría de Menores.

A fs. 55 la Sra. Asesora de Menores manifiesta que, atento el tiempo transcurrido (24/05/2006) se cite a las partes a ratificar dicho acuerdo.

A fs. 57/58vta. El juez dicta sentencia en la que hace lugar al divorcio vincular de los Sres. A. y L., homologa los convenios sobre tenencia, régimen de visitas y alimentos y difiere la homologación del acuerdo respecto de los bienes de la sociedad conyugal.

Dicha sentencia es apelada por la Sra. L. y, a fs. 197/202vta., la Primera Cámara Civil de Apelaciones de la Segunda Circunscripción Judicial rechaza el recurso de apelación interpuesto. Los fundamentos de la Cámara pueden sintetizarse de la siguiente manera:

Respecto de la nulidad de la sentencia, el pedido se funda en la omisión por parte de la Sra. Juez de origen, de dar cumplimiento a la audiencia prevista por el art. 236 del Cód. Civil, previo al dictado de la sentencia. No obstante, el vicio que se reclama no existió, porque se cumplió con la audiencia.

Dos jueces distintos, en diversos momentos del proceso, dictaron decretos en base a las constancias de fs. 37 en las que figuraba la segunda audiencia que la apelante niega.

Por otra parte, legislación, doctrina y jurisprudencia coinciden en que no es obligatorio que las partes concurran a la segunda audiencia en forma personal, pudiendo hacerlo mediante apoderado.

En el caso, resulta lógico interpretar que los interesados presentaron a fs. 37 un escrito conjunto en el que manifestaron su intención de no reconciliarse y de continuar con el trámite del divorcio; ello tiene perfecta relación con los decretos de fs. 38, de fs. 39 y de fs. 40.

Aún cuando existieran dudas acerca de la existencia de la segunda audiencia, la recurrente consintió cualquier nulidad procesal que se hubiera presentado. Ello, porque no impugnó el decreto de fs. 39, que tuvo por fracasada la segunda audiencia; a su vez, casi cinco meses después (fs. 40) se presentó junto con la otra parte para modificar el acuerdo de división de bienes; tampoco recurrió el decreto de fs. 46 que rechazó su pedido de desistimiento, basado en la existencia de la segunda audiencia, ni rebatió el decreto que llamó autos para sentencia.

En la oportunidad del dictado de estos dos decretos (fs. 46 y 56), la quejosa contaba con el patrocinio de una profesional distinta al de su marido.

El error de procedimiento alegado es anterior a la sentencia apelada y fue consentido por todos los actos mencionados.

En relación a la reconciliación, no existe ningún elemento probatorio que la acredite. La única prueba acompañada por la interesada es el acta de nacimiento del hijo de ambas partes, la que no fue incorporada legalmente al proceso y la que no prueba que hubieran retomado la convivencia.

Por el contrario, la actitud demostrada por el apelado, demuestra que no existe tal reconciliación.

Para que medie reconciliación de los cónyuges, no basta que sigan viviendo bajo el mismo techo, si la actitud de ambos revela que el rompimiento ha sido efectivo. Es necesario que los hechos exterioricen, en forma clara e indubitable, el propósito de los cónyuges de reanudar en su integridad la vida en común.

Respecto de lo acordado sobre la tenencia, régimen de visitas y los bienes, no se advierte desproporción ni perjuicio para la interesada.

El alegado nacimiento del hijo, no tiene relevancia sobre el acuerdo económico de división de bienes, visitas y alimentos.

En consecuencia, rechaza el recurso de apelación y confirma la sentencia de primera instancia.

En contra de dicha sentencia, la actora interpone recursos extraordinarios ante esta sede.

II. El recurso de inconstitucionalidad interpuesto.

Sostiene la recurrente que la sentencia dictada adolece de los vicios previstos en los incisos 3 y 4 del art. 150 CPC. , por cuanto se ha pronunciado en violación del derecho de defensa, el que no ya sido consentido y carece de los requisitos y formas indispensables establecidos en la Constitución y el Código Procesal y que afecta directamente el derecho de defensa en juicio y el derecho de propiedad. Señala que se dictó sentencia en un

proceso irregular, en el cual no hay constancia de haberse cumplido la segunda audiencia de conciliación y se desoyó el informe de la Asesora que solicitó se cite a las partes a ratificar dicho acuerdo. Agrega que la sentencia no tuvo presente que la actora desiste de la acción de divorcio vincular a fs. 42. Dicho desistimiento tenía un fundamento cierto que es el nacimiento del hijo de ambos cónyuges ocurrido en el 2008. Señala también que el demandado nada dice de la reconciliación. El juez debió citar a las partes y solicitar la ratificación del acuerdo de divorcio.

III. El recurso de casación interpuesto.

La recurrente solicita que el Tribunal case la sentencia dictada y la revoque en todas sus partes, declarando la vigencia del vínculo matrimonial. Sostiene que la sentencia ha sido dictada en contra de lo dispuesto en los arts. 46 y 302 inc. 5 del CPC y arts 236, 234, 946, 973, 976, 973 y 1291 del Cód. Civil. Refiere que la segunda audiencia de conciliación no se realizó, que sólo existe una presunción de que hubo una manifestación. A fs. 37 no hay instrumento alguno que así lo pruebe. Sostiene que ha existido reconciliación y cohabitación, por cuanto ha nacido otro hijo en abril de 2008. Que la aplicación del art. 234 del Cód. Civil es terminante, se extingue la acción de separación personal o de divorcio vincular, cuando los cónyuges se hubieren reconciliado después de los hechos que autorizaban la acción. Se presumirá la reconciliación si los cónyuges reanudaran la cohabitación.

IV. Solución al caso.

Teniendo en cuenta las cuestiones jurídicas y fácticas comprometidas en la resolución de la presente causa, razones de orden estrictamente metodológicas aconsejan el tratamiento conjunto de los recursos interpuestos.

La cuestión a dilucidar en la presente causa consiste en determinar si resulta arbitraria o normativamente incorrecta la sentencia que declara el divorcio entre las partes teniendo en cuenta las siguientes circunstancias que surgen de la causa: a) en el año 2006 las partes solicitan el divorcio de común acuerdo; b) se realizan las dos audiencias que indica el proceso, aunque ante la falta de constancia de la segunda, la mujer plantea la nulidad de las actuaciones; c) el proceso no registra movimientos por más de cuatro años y, en el año 2011, sin haberse dictado sentencia de divorcio, la mujer desiste de la acción de divorcio; d) ese desistimiento unilateral no es aceptado por el juez; e) el esposo solicita que se dicte sentencia (el 14/06/2011), por lo que el 15/09/2011 se dicta sentencia que declara el divorcio entre las partes, con efectos retroactivos a la fecha de presentación conjunta el 16/05/2006; f) entre la presentación del divorcio y la sentencia, en el año 2008, nace un tercer hijo de la pareja.

Conforme surge de los hechos relatados, entiendo que la sentencia dictada no resulta arbitraria ni normativamente incorrecta, no obstante que corresponde realizar una modificación parcial de la misma respecto a los efectos retroactivos del divorcio ordenado. Explicaré el por qué:

a) La segunda audiencia prevista en el art. 236 Cód. Civil.

El art. 236 Cód. Civil dispone que “Presentada la demanda, el juez llamará a una audiencia para oír a las partes y procurará conciliarlas. Las manifestaciones vertidas en ella por las partes tendrán carácter reservado y no constarán en el acta. Si los cónyuges no comparecieran personalmente, el pedido no tendrá efecto alguno. Si la conciliación no fuere posible en ese acto, el juez instará a las partes al avenimiento y convocará a una nueva audiencia en un plazo no menor de dos meses ni mayor de tres en la que las mismas deberán manifestar, personalmente o por apoderado con mandato especial, si han arribado a una reconciliación”.

Coincide la doctrina en señalar que, en el régimen actual, la segunda audiencia ya no tiene el carácter conciliatorio, sino que pretende, solamente, saber cuál es la decisión de los esposos en punto a la continuación o no del procedimiento entablado. Por ello, aclara expresamente el texto, que los cónyuges pueden asistir personalmente o por apoderado, con mandato especial. (Solari, Néstor, “Inasistencia de uno de los cónyuges a la segunda audiencia en la causal de presentación conjunta”, LLBA 2009 (julio), 610, cita online AR/DOc. 2536/2009).

Respecto a ello no hay discusión entre las partes, sino que lo planteado por la recurrente es la nulidad del proceso en función de que esa segunda audiencia, según sostiene, no se realizó nunca, ella no compareció ni firmó escrito alguno al respecto.

Dicha nulidad debe ser desestimada, tal como lo ha analizado la Cámara, por cuanto dos jueces distintos, en diversos momentos del proceso, dictaron decretos en base a las constancias de fs. 37 en las que figuraba la segunda audiencia que la quejosa niega.

Por lo tanto, la segunda audiencia debe considerarse que fue válidamente realizada y que los cónyuges manifestaron o hicieron saber su voluntad de no conciliar y continuar con el proceso.

No obstante, lo que debe resolverse es qué hacer cuando uno de los dos cónyuges se arrepiente, con posterioridad a la celebración de la segunda audiencia, pero con anterioridad al dictado de la sentencia de divorcio.

b) El arrepentimiento anterior al dictado de la sentencia de divorcio de mutuo acuerdo.

Cuando uno de los cónyuges, en un proceso de divorcio de mutuo acuerdo, se retracta o arrepiente de su voluntad de divorciarse ya realizada la segunda audiencia pero previo al dictado de la sentencia de divorcio, hay dos caminos posibles: o denegar la facultad de arrepentimiento o desistimiento unilateral, como lo resolvió el juez de primera instancia a fs. 46; o considerar válido el desistimiento porque aún no hay sentencia.

Personalmente me inclino por esta segunda posición, por cuanto considero que para que pueda declararse el divorcio de mutuo acuerdo, de conformidad con lo dispuesto por el art. 236 del Cód. Civil, el acuerdo entre las partes debe subsistir durante todo el proceso hasta el dictado de la sentencia, por cuanto implicaría conculcar elementales derechos el decretar compulsivamente el divorcio “de mutuo acuerdo” de una persona que expresamente ha manifestado su voluntad de no divorciarse, de no continuar con el trámite de la presentación conjunta.

Por ello, si me ciño a esta postura, asistiría razón a la recurrente en cuanto pretende la revocación del divorcio ordenado. Sin embargo, esta solución colisiona con la situación real del caso a resolver.

Tiene dicho este Tribunal que “Las sentencias de la Corte han de ceñirse a las circunstancias existentes al momento de su dictado, aunque fueren sobrevinientes al recurso extraordinario” (N° 68195- Velazquez, Patricia y ot. en j... Velazquez c. Moreno López p/ D y P p/ or s/Cas”, LS. 296- 46, 29/06/00).

Por ello, en el caso, revocar la sentencia de divorcio implicaría que dos personas que, en realidad, ya no desean estar juntas, permanezcan unidas en un matrimonio que no es tal. El marido ha ratificado su voluntad de divorciarse, se opone expresamente a la pretensión de su esposa, por lo que, una sentencia que le imponga permanecer casado, sería una sentencia que desconozca su verdadera intención. Además, sería obligarlo a iniciar un nuevo proceso de divorcio, por la causal objetiva por ejemplo, con el desgaste jurisdiccional que ello ocasionaría.

Tampoco puede afirmarse que la mujer, aquí recurrente, realmente esté interesada en mantener el vínculo matrimonial por su valor y significado en sí mismo. No puede pretender ignorar que fue ella quien inició la acción de divorcio y por una causal subjetiva, las injurias graves. Además, fue ella también la que consintió que el proceso continuara hasta el momento previo al dictado de la sentencia, por cuanto si bien ha alegado la nulidad de la segunda audiencia que alega no se efectuó, nada dijo de la primera, en la cual ratificó ante el juez su voluntad de divorciarse. Advierto que su verdadero interés radica, esencialmente, en preservar la situación de su tercer hijo, nacido durante el trámite del divorcio, y también de los bienes que puedan haberse adquirido en este período, sobre lo cual volveré más adelante.

c) El divorcio regulado en el nuevo Cód. Civil y Comercial.

Otra razón que me convence de la oportunidad de mantener la sentencia recurrida, en cuanto declara el divorcio vincular entre las partes, es el texto del nuevo Cód. Civil y Comercial sancionado recientemente.

Si bien, este nuevo régimen normativo aún no entra en vigencia, resulta importante destacar en este momento, cuál ha sido la intención y el propósito de los legisladores a la hora de decidir modificar el régimen actual del divorcio.

Así, en los Fundamentos del Anteproyecto, se lee que “basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el juez pueda rechazar la petición. De esta manera, el matrimonio se celebra y se sostiene por la voluntad coincidente de los contrayentes y, por ende, cuando la voluntad de uno de ellos o de ambos desaparece, el matrimonio no tiene razón de ser y no puede ser continuado, habilitándose por este simple y elemental fundamento, que uno o ambos puedan solicitar su divorcio. El respeto por la libertad y autonomía de la persona humana y su proyecto de vida impone la obligación de evitar forzar a un sujeto a continuar en un matrimonio que ya no se desea. La protección integral de la familia de tipo matrimonial no implica desconocer los derechos fundamentales de cada uno de sus integrantes, quienes no pueden ver conculcados sus derechos a costa o por fuerza del matrimonio”.

Lo apuntado resulta relevante sólo para advertir lo inconveniente que resultaría revocar la sentencia de divorcio y obligar a las partes, o por lo menos al recurrido, a iniciar un nuevo trámite de divorcio, cuando la voluntad de permanecer junto a su esposa es evidente que ha desaparecido.

d) Los efectos retroactivos de la sentencia de divorcio.

De todo lo expuesto, la confirmación de la sentencia de divorcio resulta la única solución posible frente a la realidad del vínculo matrimonial que une a las partes.

Sin embargo, lo que debe necesariamente modificarse, son los efectos retroactivos ordenados en la sentencia, a la fecha de la presentación conjunta ocurrida el día 16/05/2006.

En efecto, conforme lo expuesto respecto a que la sentencia debe valorar la realidad existente al momento de su dictado, no puede soslayarse el hecho de que, entre la fecha de la celebración de la segunda audiencia (11/09/2006) y la siguiente actuación relevante, sea el desistimiento de la acción de divorcio (fs. 42) o el pedido de autos para sentencia (fs. 45), ambos efectuados en mayo de 2011, las circunstancias del matrimonio en trámite de divorcio variaron radicalmente.

Aún cuando no pueda hablarse de “reconciliación” ya que el propio esposo niega su existencia y reitera su voluntad de divorciarse, lo cierto es que en el año 2008 nació un tercer hijo de esta pareja, lo que sin dudas modifica los hechos y pone en evidencia que el “mutuo acuerdo” que existió en el año 2006 ya no podía ser el mismo al 2011.

Asimismo, en el caso de que hayan adquirido bienes durante el tiempo en que duró el trámite del divorcio, teniendo en cuenta su inusual extensión, resultaría injusto que los mismos sean atribuidos sólo a alguno de los cónyuges, en virtud del efecto retractorio de la sentencia de divorcio.

Por ello, considero que lo más justo es retrotraer los efectos de la sentencia a la fecha en la cual, al menos uno de los cónyuges, ratificó su voluntad de divorciarse. En autos, la última manifestación de voluntad en tal sentido es la del esposo, quien en fecha 24/05/2011, pide que se dicte sentencia de divorcio. Recién en esa fecha puede considerarse que se reanudó la intención, por lo menos de uno de ellos, de continuar con el trámite del divorcio.

De esta manera, quedan protegidos los derechos del tercer hijo de la pareja, cuyo nacimiento quedará emplazado dentro del matrimonio; como así también, los derechos de las partes respecto a los bienes que puedan haber adquirido en este período, los que quedarán comprendidos dentro del régimen de ganancialidad.

En consecuencia, encuentro como mejor solución posible a este conflicto que se confirme la sentencia de divorcio, pero que los efectos de la misma se retrotraigan al día 24/05/2011 en la cual el esposo solicita que se dicte tal sentencia. Se faculta también a las partes, en la etapa procesal oportuna, a renegociar lo estipulado en los convenios de tenencia, alimentos y disolución de la sociedad conyugal, atento el tiempo transcurrido y la modificación de las circunstancias fácticas que sirvieron de antecedentes a los mismos.

Así voto.

Los doctores Pérez Hualde y Palermo, adhieren al voto que antecede.

2ª cuestión. — El doctor Nanclares dijo:

Atento lo expuesto en la cuestión anterior, corresponde hacer lugar, parcialmente, a los recursos extraordinarios interpuestos y, en consecuencia, confirmar la sentencia de divorcio dictada por la Primera Cámara Civil de Apelaciones de la Segunda Circunscripción Judicial, a fojas 197/202 vta. de los autos n° 25.727/91.628-6-1F, caratulados: “L.R.I.y A.M.A.TÍN P/ DIV. VINC. M.A. DISOLUC. Y LIQ. DE LA SOC. CONYUGAL”, pero disponer que los efectos de la misma se retrotraen al 24/05/2011.

Así voto.

Los doctores Pérez Hualde y Palermo, adhieren al voto que antecede.

3ª cuestión. — El doctor Nanclares dijo:

Atento la índole de los derechos en disputa, la complejidad y particularidad de la presente causa, la solución innovativa a la que se ha arribado en procura de la protección y resguardo de los derechos de las partes involucradas y, que no ha existido, en realidad, un vencedor y un vencido, las costas en todas las instancias se imponen en el orden causado.

Así voto.

Los doctores Pérez Hualde y Palermo, adhieren al voto que antecede.

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva, resuelve: I. Hacer lugar, parcialmente, a los recursos extraordinarios interpuestos y, en consecuencia, modificar la sentencia dictada por la Primera Cámara Civil de Apelaciones de la Segunda Circunscripción Judicial, a fojas 197/202vta. de los autos n° 25.727/91.628-6-1F, caratulados: “L.R.I. y A.M.A. P/ DIV. VINC. M.A. DISOLUC. Y LIQ. DE LA SOC. CONYUGAL”, la que queda redactada de la siguiente manera: “1.- Confirmar la sentencia de divorcio de fs. 57/58vta., pero disponer que los efectos de la misma se retrotraen al 24/05/2011. Se faculta también a las partes, en la etapa procesal oportuna, a renegociar lo estipulado en los convenios de tenencia, alimentos y disolución de la sociedad conyugal, atento el tiempo transcurrido y la modificación de las circunstancias fácticas que sirvieron de antecedentes a los mismos”. “2.- Imponer las costas en el orden causado”. “3.- Regular los honorarios de los profesionales intervinientes de la siguiente manera: Dr. R. G. en la suma de pesos ... (\$...); Dr. A. N. J. en la suma de pesos ... (\$...); Dra. T. S. E. en la suma de pesos ... (\$...). II. Imponer las costas en el orden causado. III. Regular los honorarios en la

instancia extraordinaria de la siguiente manera: Dra. T. S. E. en la suma de pesos ... (\$...); y Dr. A. N. J. en la suma de pesos ... (\$...). (arts. 15 y 31 Ley 3641). — Jorge H. Nanclares. — Alejandro Pérez Hualde. — Omar A. Palermo.