

Voces: UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ DIVORCIO ~ PROCESO DE DIVORCIO ~ APLICACION DE LA LEY ~ LEY APLICABLE

Título: Los juicios de divorcio en trámite y el Código Civil y Comercial

Autor: Galdós, Jorge Mario

Publicado en: LA LEY 21/09/2015, 21/09/2015, 1

Cita Online: AR/DOC/3147/2015

(*)

Resulta conveniente determinar algunas reglas sobre la aplicación del art. 438 CCCN a los juicios ya iniciados.

Dispone el citado art. 438 CCCN: "Requisitos y procedimiento del divorcio. Toda petición de divorcio debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de éste; la omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición.

Si el divorcio es peticionado por uno solo de los cónyuges, el otro puede ofrecer una propuesta reguladora distinta.

Al momento de formular las propuestas, las partes deben acompañar los elementos en que se fundan; el juez puede ordenar, de oficio o a petición de las partes, que se incorporen otros que se estiman pertinentes. Las propuestas deben ser evaluadas por el juez, debiendo convocar a los cónyuges a una audiencia.

En ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio.

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"

Dado que conforme a su art. 7, el nuevo Código Civil y Comercial es de aplicación inmediata a los juicios en trámite que no tengan sentencia firme, enumeramos las principales reglas (más bien de interés práctico) que rigen la cuestión:

(a) Los requisitos formales de admisibilidad del procedimiento de divorcio son dos: el pedido de parte de los cónyuges, que puede ser individual o bilateral, y la presentación de una "propuesta", acompañada de "los elementos que la fundan" (arts. 438 CCCN). Si no se cumple con ambos presupuestos no se puede dar curso al trámite; el art. 438 primera parte "in fine" CCCN dispone que: "la omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición".

(b) El art. 438 CCCN no prevé las cuestiones que debe contener la propuesta, aludiendo sólo a "las que regulen los efectos del divorcio", a diferencia del art. 439 CCCN que para el "convenio regulador" las contempla expresamente.

(c) El art. 439 CCCN dispone que el convenio regulador "debe" contemplar las cuestiones vinculadas con: la atribución de la vivienda (arts. 443, 444, 445 y concs. C.C.C.N.); la distribución de los bienes (arts. 475, 488, 496 y concs. C.C.C.N.); las eventuales compensaciones económicas entre ellos (arts. 441, 442 y concs. C.C.C.N.); el ejercicio de la responsabilidad parental y la prestación alimentaria (arts. 638, 641, 646, 648, 658 y concs. C.C.C.N.). Agrega que "puede" contener toda otra cuestión de interés para los cónyuges y el grupo familiar. Las referencias del art. 439 CCCN a lo que "debe" contener el convenio regulador no significa que necesariamente los cónyuges "deberán" estar de acuerdo en todas las cuestiones a las que se refiere el artículo; es decir, sobre todos los efectos del divorcio.

(d) La propuesta debe ser seria, fundada y de cumplimiento posible y opera como presupuesto formal de la petición de divorcio (art. 438 C.C.C.N.). Está destinada —en principio— a constituir la base del futuro "convenio regulador" (art 439 CCCN) al que podrá arribarse luego del traslado de la propuesta al otro cónyuge, la eventual presentación de otra propuesta, la intervención del juez requiriendo se agreguen otros elementos, el resultado de la audiencia a la que debe convocar, sobre la base del trámite previsto por el art. 438 CCCN. Todo ello no excluye muchas otras contingencias posibles (que la propuesta inicial sea desechada, que prospere la propuesta presentada por el otro cónyuge, que el juez desestime las dos, etc.). La presentación de la propuesta es una carga, y el convenio regulador una facultad y no una regla imperativa, como se deriva de los Fundamentos del Anteproyecto (1).

(e) Puede presentarse el caso de que en la "propuesta" del art. 438 CCCN los esposos hayan acordado todas las cuestiones previstas en el art. 439 CCCN para el "convenio regulador". En tal supuesto "la propuesta" inicial se convertirá en el "convenio regulador" contemplado por los arts. 439 y 440 CCCN, que el Juez luego deberá homologar si se cumplimentan los requisitos legales (vgr. si estima que no perjudica de modo manifiesto los intereses de uno de los cónyuges; si entiende que no se deben agregar elementos complementarios para fundar la propuesta — art. 438 última parte CCCN-; si los interesados presentaron las garantías personales o reales exigidas por el juez como requisito previo para la aprobación y homologación del convenio —art. 440 CCCN—, etc.). Incluso en ésta hipótesis (acuerdo total y cumplimiento de todos los requisitos) el juez puede directamente dictar sentencia de divorcio incausado, homologar el convenio regulador y prescindir de la

audiencia que prevé el art. 438 tercer párrafo "in fine" CCCN.

(f) La finalidad de la audiencia (art. 438 CCCN) no tiene por objeto ninguna cuestión inherente al divorcio en sí (el que es incausado y simplificado) y procura acuerdos sobre los temas propios de la "propuesta" (art. 438 CCCN) con vistas al posterior "convenio regulador".

(g) Puede darse el caso de que medie acuerdo entre los esposos sobre algunas cuestiones (vgr., ejercicio de la responsabilidad parental y prestación alimentaria) y desacuerdos parciales (vgr. sobre la distribución de los bienes), lo que no obsta la homologación del convenio regulador parcial o incompleto y la prosecución del trámite incidental contencioso sobre los puntos de desavenencia.

(h) A pedido de parte o de oficio todos los juicios de divorcio en trámite, estén radicados en Primera Instancia o en tribunales de Alzada, contenciosos o no, y que no tengan sentencia, deben ser reconducidos y encuadrados en el sistema de divorcio incausado y simplificado previsto en los arts. 431, 437, 438, 439, 441, 443 y concs CCCN. Se trata de la aplicación inmediata de la ley nueva (art. 7 CCCN) [\(2\)](#).

(i) En los juicios de divorcio en trámite en los que se haya dictado sentencia de Primera Instancia o de Alzada que no esté firme, la readecuación oficiosa del juez excluye el requerimiento de la presentación de la propuesta en cuando presupuesto formal de admisibilidad. En efecto, y dado que en los procesos que se están sustanciando, especialmente en los contradictorios, generalmente se encuentran acumulados los juicios incidentales sobre los asuntos conexos, incluso hasta con acuerdos parciales en etapa de cumplimiento (vgr. sobre la obligación alimentaria), el juez de grado o la Cámara puede tener por cumplido el requisito de la presentación de la propuesta, dictar la sentencia de divorcio y continuar el trámite contradictorio sobre las restantes cuestiones, aunque readecuadas al nuevo sistema del art. 438 CCCN que permite su acumulación.

(j) Reiterando la conclusión: el Juez de Familia, el Juez de Primera Instancia o el tribunal de apelación ante quien tramita el divorcio contencioso con sentencia que no está firme podrá dictar la sentencia de divorcio incausado y simplificado, sin previo requerimiento del presupuesto de la presentación de la propuesta (art. 438 C.C.C.N.), si las circunstancias objetivas del expediente así lo ameritan: por ej. no existen efectos del divorcio pendiente (por caso, por ausencia de bienes); las cuestiones se han tornado abstractas (por ejemplo, los hijos son mayores y no se deben prestaciones alimentarias); los restantes temas litigiosos se encuentran discutidos en juicios incidentales—. Todo ello con base en el principio de la aplicación inmediata del nuevo Código, lo que incluye la aplicación de las normas procesales cuyos efectos no se hayan consumido bajo la ley anterior (art. 7° CCCN), y en función de los principios generales que regulan los procesos de familia (buena fe, intermediación, lealtad procesal, oficiosidad, oralidad, acceso limitado al expediente) para asegurar la tutela judicial efectiva (arts. 705, 706, 709, 710 y concs. CCCN).

(k) Todo lo expuesto no significa prescindir de las peticiones de las partes que, con sustanciación, es decir posibilitando la alegación y prueba, contribuyan a la mejor implementación de esta etapa del nuevo Código Civil y Comercial.

(*) Estas ideas son fruto del provechoso intercambio de opiniones con Aída Kemelmajer de Carlucci y Marisa Herrera.

(1) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa, "Convenio regulador en el divorcio. Respuestas a preguntas equivocadas", La Ley 2015-B, 1134 (Columna de Opinión)

(2) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, pág. 135