

Divorcio- Normas procesales y cuestiones conexas.

Por Patricia Kuyumdjian de Williams

CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION - LEY 26.994

1. Normas procesales y de fondo.

1.1.1 Juez competente. Derecho interno.

El artículo 717 del código civil establece que en las acciones de divorcio o nulidad, las conexas con ellas y las que versan sobre los efectos de la sentencia, mantiene la doble opción del código anterior a elección del actor:

- a) Ultimo domicilio conyugal (para la jurisprudencia residencia efectiva de los esposos) o
- b) Domicilio del cónyuge demandado.

Y agrega una tercera: c) el domicilio de cualquiera de los cónyuges si la presentación es conjunta.

La competencia incluye las acciones conexas: exclusión del cónyuge, responsabilidad parental, régimen de contacto, alimentos y litis expensas, siendo competente el juez del divorcio o la nulidad, mientras duren estos últimos procesos. La jurisprudencia dirá si la conexidad es opcional o rige el fuero de atracción para el supuesto que se inicie el divorcio luego de iniciado el proceso de alimentos, aplicando el principio *perpetuatio jurisdictionis*. El art. 6, inc. 3 del CPCC establece que si en el momento de tener que iniciarse el reclamo por alimentos alguno de los procesos indicados en el párrafo que antecede se encuentra en trámite, se debe radicar ante el mismo juez y si luego de iniciado el alimentos se inicia el divorcio, resulta atraído. Después de finalizado, rigen las normas generales.

En materia de familia rige el principio de unidad de juez para evita decisiones contradictorias y celeridad fruto de ya conocer la problemática de esa familia. En el ámbito de la justicia nacional sigue siendo competente el Juez civil con competencia exclusiva en asuntos de familia y en la provincia de Buenos Aires los Juzgados de familia.

El art. 717, segundo párrafo produce un gran cambio, siguiendo la jurisprudencia, al establecer que en caso de concurso o la quiebra de uno de los cónyuges, rige el fuero de atracción para la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio

El [art. 21](#) de la [ley 24.522](#), sostiene que la apertura del concurso preventivo produce la radicación ante el juez del concurso de todos los juicios de contenido patrimonial contra el concursado. Quedaban hasta la sanción de este nuevo código, excluidos los que se fundaban en las relaciones de familia.

1.1.2 Derecho Internacional Privado

Como ya hiciéramos mención al tratar del tema del matrimonio, el Libro VI, Título IV, del Código Civil y Comercial de la Nación, contiene disposiciones de derecho internacional privado, y respecto a la competencia del divorcio incausado, dispone en el art. 2626: El divorcio y las otras causales de disolución del matrimonio se rigen por el derecho del último domicilio de los cónyuges”.

De esta forma respeta y coincide con el artículo 59 del tratado de Montevideo de 1940 que prevé que los procesos de nulidad, divorcio y cuestiones conexas tramitarán ante los jueces del domicilio conyugal. Y el art. 8 dice que “el domicilio de los cónyuges existe en el lugar en donde viven de consuno. En su defecto se reputa por tal el del marido”

Por su parte continúa aplicándose el artículo 5 inc. 8 del código procesal civil y comercial de la Nación, que incorpora otro supuesto para los matrimonios celebrados en la Argentina y establece que el juez competente será el del último domicilio que hubiera tenido en la República si uno de los cónyuges no tuviera su domicilio en ella al momento de iniciar la acción d divorcio.

1.1. Mediación

El proceso de divorcio continúa sin requerir mediación previa obligatoria. En cambio, si es necesario, según la ley de mediación, esa etapa previa en las cuestiones conexas, como tenencia, régimen de visitas, alimentos, adjudicación de la vivienda, liquidación de la sociedad conyugal

1.2. Necesidad de sentencia judicial. Tipos de procesos

El nuevo código mantiene la necesidad de que exista una sentencia judicial que decrete el divorcio. (art.437)

Si bien la comisión redactora evaluó la posibilidad de que existiera un divorcio administrativo, como ocurre en México, Cuba y Brasil; esta opción fue descartada a fin de cuidar los efectos del divorcio relacionados con los temas de parentalidad y los derechos de los menores.

1.3. Nulidad de la renuncia

El Art. 436 establece que es nula la renuncia de cualquiera de los cónyuges a la facultad de pedir el divorcio; y aclara que el pacto o cláusula que restrinja la facultad de solicitarlo se tiene por no escrito.

Por lo tanto, la norma afirma la disolubilidad del matrimonio y la irrenunciabilidad de la acción de divorcio e invalida todo pacto que la restrinja.

Esta norma es similar al art. 230 del Código Civil introducido por ley 23.515, que establecía: " Es nula toda renuncia de cualquiera de los cónyuges a la facultad de pedir la separación personal, o el divorcio vincular al juez competente, así como también, toda cláusula o pacto que restrinja o amplíe las causas que dan derecho a solicitarlos.

El art. 436 ha sido criticado por parte de la doctrina por aceptar solo el modelo de matrimonio disoluble e impedir que los contrayentes pacten la indisolubilidad de su unión

En cambio la Dra. Kemelmajer de Carlucci sostiene que la irrenunciabilidad es la solución mayoritaria en derecho comparado, se corresponde con un estado laico y protege el principio de igualdad ante la ley

1.4. Legitimación

El Art. 437 establece que el divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges.

La ley 23.515 preveía dos formas de presentación del divorcio: a.- La presentación conjunta y b.- Uno de los cónyuges podían iniciar la acción de divorcio tanto por causales subjetivas como objetivas.

En el nuevo código también establece esta dualidad ya que prevé dos tipos de divorcios:

a.- Bilateral: solicitado por ambos cónyuges

b.- Unilateral: solicitado por uno sólo. Opera el principio de la autonomía de la voluntad, al entender que si uno de los cónyuges no desea continuar con el matrimonio, puede pedir el divorcio y el juez debe decretarlo.

El pedido de divorcio no queda sujeto a ningún requisito, ni plazo, ni separación de hecho ni prueba de una causal. Se puede pedir en cualquier momento y con la única exigencia de presentar un **convenio regulador** centrado en los efectos del divorcio. El proceso tiene una mirada hacia el futuro y no hacia el pasado.

Basta con que uno de los esposos no desee continuar con el matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el otro cónyuge o el Juez puedan oponerse a la petición. En los fundamentos del código se expresa que: "el matrimonio se celebra y se sostiene por la voluntad de ambos contrayentes, y cuando la voluntad de uno de ellos o de ambos desaparece, no tiene razón de ser continuarlo, habilitándose por este simple y elemental fundamento, que uno o ambos puedan solicitar el divorcio", y este debe decretarse en un plazo sumamente breve.

La vía judicial, como ya dijimos, sigue siendo el único camino posible para obtener el divorcio, y están legitimados para iniciarlo sólo los esposos por ser una acción de carácter personal.

Tanto en la presentación bilateral como unilateral cada cónyuge debe tener su propio patrocinio letrado,

Cuestiones conexas:

1.1. Convenio regulador: Remisión a Capítulo

1.2. Compensación económica: Remisión a Capítulo

1.3. Atribución de la vivienda.

2.3.1. En los fundamentos al nuevo código se expresa que el acceso a la vivienda es un derecho humano reconocido en diversos tratados internacionales y en el art.14 de nuestra constitución y con ese enfoque se desarrollan los puntos relacionados con la protección de la vivienda familiar.

El art. 443 establece las pautas a fin de atribuir la vivienda a uno de los cónyuges, sea el inmueble propio de cualquiera de los cónyuges o ganancial. El juez determina la procedencia, el plazo de duración y efectos del derecho sobre la base de las siguientes pautas, entre otras:

- a) la persona a quien se atribuye el cuidado de los hijos;
- b) la persona que está en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios;
- c) el estado de salud y edad de los cónyuges;
- d) los intereses de otras personas que integran el grupo familiar.

Como vimos el Código derogado tenía tres normas relacionadas con este tema: artículos 211, 231 y 1277.

Si las partes no arriban a un acuerdo en esta materia, cualquiera de los cónyuges podrá solicitarle al juez que determine a quién corresponde permanecer o reintegrarse a la sede del hogar conyugal.

2.3.2. Pautas para la atribución del uso de la vivienda

2.3.2.1. La persona a quien se atribuye el cuidado de los hijos

La ley claramente prioriza a los hijos, por sobre los cónyuges y no da preferencia a ninguno de ellos, siguiendo los lineamientos de la ley 26.618 sobre matrimonio igualitarios. Hasta la fecha la jurisprudencia mostraba una clara inclinación a atribuir el hogar conyugal a las mujeres.

Varios autores sostuvieron que una de las dificultades que se presentará para su atribución será la tenencia compartida prevista por la ley. Sin embargo en el cuidado personal compartido con la modalidad indistinta, que será la regla (art.651) se establece claramente con quien vivirán los niños. Distinto es el supuesto de la modalidad alternada (art. 650) que debería surgir de un acuerdo entre los padres.

2.3.2.2. La persona que está en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios

Evidencia el carácter tuitivo de la norma y la protección del más vulnerable. La custodia de los niños puede evidenciar tal vulnerabilidad y en la actualidad, es la mujer, quien está más frecuentemente en estas condiciones, mientras que el marido, en general, tiene más posibilidades de procurarse otra vivienda. Debe evaluarse el patrimonio general de ambos cónyuges, la capacidad laboral de cada uno, si se concedió compensación económica, o se reconoció la procedencia de alimentos (art. 434 CC)

El ejercicio de la actividad laboral dentro del inmueble puede hacer variar este supuesto.

2.3.2.3. El estado de salud y edad de los cónyuges

El cónyuge enfermo o discapacitado tendrá, en principio, prioridad para la asignación del hogar. La cuestión es esencialmente casuística.

2.3.2.4. Los intereses de otras personas que integran el grupo familiar

Esta pauta permite incorporar al análisis la situación de otras personas que vivan en ese hogar, como padres de uno de los cónyuges ancianos, o enfermos

2.3.3. Oportunidad para el reclamo: Puede ser solicitado en todo tiempo: antes como medida cautelar, o durante el juicio de divorcio o con posterioridad.

2.3.4. El Art. 444 establece los efectos de la atribución del uso de la vivienda familiar. A petición de parte interesada, el juez puede establecer: una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del cónyuge a quien no se atribuye la vivienda; que el inmueble no sea enajenado sin el acuerdo expreso de ambos; que el inmueble ganancial o propio en condominio de los cónyuges no sea partido ni liquidado. La decisión produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral.

Si se trata de un inmueble alquilado, el cónyuge no locatario tiene derecho a continuar en la locación hasta el vencimiento del contrato, manteniéndose el obligado al pago y las garantías que primitivamente se constituyeron en el contrato.

2.3.4.2. El juez a pedido de parte puede:

a) establecer una renta compensatoria por el uso del inmueble, ya sea propio o ganancial. Dicha compensación se debe desde la fecha de su formal reclamo, o bien desde el día en que le fue notificada la demanda o incidente de fijación del canon locativo.

b). Restringir el poder de disposición del inmueble

En ambos casos, como es lógico, la decisión produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral.

c) Permitir al cónyuge no locatario, de continuar en la locación del inmueble que fuera asiento del hogar conyugal, hasta el vencimiento del contrato, manteniéndose el obligado al pago y las garantías que primitivamente se constituyeron en el contrato.

El Art. 445 establece las causales de cesación del uso de la vivienda:

- a) por cumplimiento del plazo fijado por el juez;
- b) por cambio de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su fijación. No existe cosa juzgada, la decisión siempre puede ser revisada.
- c) por las mismas causas de indignidad previstas en materia sucesoria (art. 2281 CC).

1.4. Alimentos entre cónyuges.

2.5.1. Alimentos provisorios

Los cónyuges pueden reclamar la fijación de alimentos provisorios y litisexpensas, conforme lo dispuesto por el artículo 721 del CC si se justifica la falta de medios. Deducida la acción de divorcio o antes en caso de urgencia, el juez puede determinar los alimentos que solicite el cónyuge teniendo en cuenta las pautas del artículo 433 (alimentos durante el matrimonio o separación de hecho).

Si bien es cierto que el proceso de divorcio del nuevo código se presenta como ágil y breve, nada impide a que se soliciten alimentos provisorios, los que cesarán con la sentencia de divorcio, salvo que exista un acuerdo diferente entre los cónyuges.

2.5.2. Alimentos convenidos

Según lo previsto por el artículo 432 y último párrafo del artículo 434, las partes pueden acordar una cuota alimentaria mediante un convenio y establece que registrarán las pautas convenidas. Por lo tanto, se prioriza el principio de la autonomía de la voluntad y el carácter contractual de estos alimentos.

Estos acuerdos, ya estaban autorizados en el código anterior, aunque se discutía su naturaleza jurídica: contractual o asistencial y en consecuencia el régimen jurídico aplicable. Este problema ha quedado solucionado con la reforma.

2.5.3. Alimentos posteriores al divorcio

El Art. 434 regula el derecho **alimentario entre cónyuges** posteriores al divorcio y establece 2 supuestos:

a) Cónyuge Enfermo:

A favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio que le impide auto sustentarse. Deben darse los dos elementos: enfermedad

preexistente e imposibilidad de cubrir sus necesidades. La norma no hace referencia a los gastos de tratamiento, sin embargo, la doctrina entiende que quedan, en principio, comprendidos. Si el alimentante fallece, la obligación se transmite a sus herederos. De esta manera se diferencia del código anterior que hablaba de carga de la sucesión y fue muy criticado por la doctrina.

b) Alimentos de extrema necesidad: son aquellos que comprenden lo estrictamente necesario para cubrir las necesidades de alimentación, vestuario y habitación, y se fundamenta en la solidaridad familiar

La ley los admite a favor de quien no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos.

En ambos supuestos a fin de establecer el quantum **se tendrá en cuenta:**

- 1) edad y estado de salud de los cónyuges
- 2) capacidad laboral y posibilidad de acceder a un empleo y
- 3) atribución vivienda

Como novedad se incorpora un límite temporal atento a que la obligación alimentaria no puede permanecer más allá del número de años que duró el matrimonio. Este plazo no rige para el caso de los alimentos derivados de la enfermedad mental grave

En los dos supuestos previstos en este artículo, **la obligación cesa si:**

1. desaparece la causa que la motivó, o
2. si la persona beneficiada contrae matrimonio o vive en unión convivencial, o cuando el alimentado incurre en alguna de las causales de indignidad. Para el caso de matrimonio la obligación cesa ipso iure, en cambio en los otros supuestos deberá iniciarse una acción de cese de cuota alimentaria

Todas éstas son conductas que el orden jurídico considera incompatibles con el deber alimentario.

Las fuentes del texto son los arts. 208 y 209, fundados en el principio de solidaridad familiar.

Por otra parte, el código expresamente establece que estos alimentos no proceden a favor del que recibe la prestación compensatoria del art. 441. Esta limitación busca resaltar el carácter excepcional de estos alimentos

El Juez competente para reclamar estos alimentos será según el artículo 719 del CC: el del último domicilio conyugal, el del domicilio del beneficiario, domicilio del demandado o aquel donde deba ser cumplida la obligación alimentaria a elección del actor. Se reconoce una competencia amplia y flexible a favor del cónyuge necesitado o enfermo.

3. Medidas cautelares.

3.1. Introducción

El art. 479 establece que en la acción de separación judicial de bienes se pueden solicitar las medidas previstas en el artículo 483 que reglamenta las medidas protectorias que se pueden requerir en la etapa de la indivisión postcomunitaria. Su fuente es el artículo 233 según ley 23.515 y el artículo 1295 del CC derogado

El art. 483 del Cód. Civil y Comercial, por su parte, además del derecho de los cónyuges a requerir las medidas cautelares que prevén las leyes procesales locales, también autoriza a los cónyuges a solicitar:

a) la autorización judicial supletoria para la realización de actos que requieren el consentimiento de un cónyuge, frente a la negatoria injustificada del otro,

b) la designación del cónyuge que lo solicita o de un tercero como administrador de la masa del otro cónyuge, desempeño que se regirá por las normas de administración de herencia en cuanto a facultades y obligaciones del administrador

La doctrina considera que debió remitir al 722 que prácticamente reproduce el art. 233 anterior y regula todas las medidas cautelares. Esa remisión hubiera evitado la posibilidad de que se limite las medidas cautelares haciendo una interpretación taxativa del artículo.

Respecto a la posibilidad de designar al cónyuge o un tercero como administrador es fruto de la aceptación que ya tenía a nivel doctrinario y jurisprudencial, a pesar de la oposición del Dr. Vidal Taquini

El antiguo art. 233 del Cód. Civil, actualmente art. 722, es suficientemente amplio como para que el juez pueda ordenar cualquier medida cautelar que tuviera por objeto inmediato resguardar los derechos patrimoniales de un cónyuge frente a la administración o disposición de los bienes efectuada por el otro, no siendo necesaria una mención expresa de la norma para la procedencia de la medida, a pesar de lo cual la celebramos por los motivos antes referidos.

Art. 721. — Medidas provisionales relativas a las personas en el divorcio y en la nulidad de matrimonio. Deducida la acción de nulidad o de divorcio, o antes en caso de urgencia, el juez puede tomar las medidas provisionales necesarias para regular las relaciones personales entre los cónyuges y los hijos durante el proceso.

Puede especialmente:

a) determinar, teniendo en cuenta el interés familiar, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y, previo inventario, qué bienes retira el cónyuge que deja el inmueble;

b) si corresponde, establecer la renta por el uso exclusivo de la vivienda por parte de uno de los cónyuges;

c) ordenar la entrega de los objetos de uso personal;

d) disponer un régimen de alimentos y ejercicio y cuidado de los hijos conforme con lo establecido en el Título VII de este Libro;

e) determinar los alimentos que solicite el cónyuge teniendo en cuenta las pautas establecidas en el artículo 433.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

El **artículo es similar al 231** del Código de Vélez. Agrega el supuesto de nulidad de matrimonio además del divorcio para la procedencia del dictado de estas medidas. Aclara que se puede tomar cualquier medida para regular las relaciones entre los cónyuges, siendo los incisos meramente enunciativos (lo cual era ya aceptado por la doctrina y jurisprudencia).

Dentro de las medidas enumeradas agrega la entrega de objetos de uso personal, que era admitida jurisprudencialmente. En caso de atribución del hogar conyugal, incorpora el requisito de inventario previo de los bienes que retira el cónyuge que deja el inmueble. Incorpora la determinación de si corresponde establecer renta por el uso exclusivo del bien conyugal.

Art. 722. – Medidas provisionales relativas a los bienes en el divorcio y en la nulidad de matrimonio. Deducida la acción de nulidad o de divorcio, o antes en caso de urgencia, a pedido de parte, el juez debe disponer las medidas de seguridad para evitar que la administración o disposición de los bienes por uno de los cónyuges pueda poner en peligro, hacer inciertos o defraudar los derechos patrimoniales del otro, cualquiera sea el régimen patrimonial matrimonial.

También puede ordenar las medidas tendientes a individualizar la existencia de bienes o derechos de los que los cónyuges fuesen titulares.

La decisión que acoge estas medidas debe establecer un plazo de duración.

Art. 723. – Ámbito de aplicación. Los artículos 721 y 722 son aplicables a las uniones convivenciales, en cuanto sea pertinente.

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto

Similar al art. 233 del Código de Vélez, pero agrega el plazo determinado de duración, y las extiende a los casos de disolución de la sociedad conyugal por nulidad del matrimonio y agrega las medidas para individualizar bienes o derechos de los cónyuges. El art. 233Cód. Civil era complementado por el 1295 que establecía medidas de seguridad destinadas a controlar o trabar la administración o disposición de bienes y medidas informativas para identificar los bienes o derechos.