

DIVORCIO
CONVERSIÓN, PROCEDIMIENTOS Y EFECTOS

Art. 8º, Ley 23.515

ADOLFO MARIANO RODRIGUEZ SAA
GRACIELA MEDINA
GRACIELA MASTRASCUSA
GRACIELA COUSSIRAT

DIVORCIO

Conversión, procedimientos y efectos
ART. 8^º, LEY 23.515

EDICIONES JURIDICAS CUYO MENDOZA
1987

RODRIGUEZ SAA, ADOLFO MARIANO

Profesor Adjunto de Derecho de las Obligaciones, Facultad de Abogacía, Universidad de Mendoza y Universidad Nacional de Cuyo. Juez del Décimo Tercer Juzgado Civil, Comercial y Minas de la Provincia de Mendoza.

MEDINA, GRACIELA

Profesora Asociada de Derecho Civil III -Contratos-, Facultad de Abogada, Universidad Nacional de Cuyo, Profesora Adjunta de Familia y Sucesiones, Facultad de Abogacía, Universidad de Mendoza. Juez del Décimo Sexto Juzgado Civil, Comercial y Minas de la Provincia de Mendoza.

MASTRASCUSA, GRACIELA

Auxiliar de la Cátedra Comercial III en la carrera de contador publico nacional de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad del Aconcagua. Secretaria del Octavo Juzgado en 10 Civil, Comercial y Minas de la Provincia de Mendoza.

COUSSIRAT, GRACIELA

Secretaria del Juzgado Único de Procesos Concursales y Registro de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Mendoza.

A nuestros padres

PROLOGO

No es frecuente que magistrados y funcionarios del Poder Judicial aúnen esfuerzos para reflexionar sobre los alcances y modo de ejecución de una nueva ley; por eso, la obra que prologamos tiene de por sí un valor: ser la prueba del espíritu de investigación que mueve a la nueva generación que forma parte del Poder Judicial de la Provincia.

El título que los autores han elegido para estas primeras reflexiones sobre la ley de matrimonio civil induce a pensar que sólo han abordado los aspectos procedimentales; no obstante, el lector encontrará en estas páginas importantes cuestiones vinculadas al derecho de fondo, tales como la reconciliación, los cómputos en las presunciones de paternidad, las acciones por daños y perjuicios derivados del divorcio, el régimen del bien de familia, la imprescriptibilidad de la facultad de solicitar la conversión, etcétera.

Las cuestiones procesales tratadas son de indiscutible trascendencia práctica: la exigencia de patrocinio letrado, la apelabilidad de la resolución que niega la petición, la inexistencia del consentimiento tácito para la conversión de los juicios en trámite, etcétera.

El lector se enfrentará también con propuestas que pueden no ser compartidas por el abogado que busca sólo la celeridad en la solución para su cliente; así, por ejemplo, el debatido problema de si la petición de conversión debe o no tramitarse por la vía incidental, al que los autores dan respuesta afirmativa. Pero no puede negarse que la opinión está sólidamente fundada, del mismo modo que las consecuencias que de ella se extrae

En suma: el trabajo que presentamos nos alienta a continuar creyendo en un Poder Judicial formado por gente que estudia con seriedad, preocupada por el principio de la defensa en juicio y de las instituciones a él vinculadas.

Mendoza, Julio de 1987.

AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI.

SUMARIO

| | |
|---|----|
| I. INTRODUCCIÓN | 15 |
| II. PROCESOS TERMINADOS | 17 |
| 1.1. Sentencia firme. Concepto de resoluciones fines. Fecha ala cual debe estarlo. Extinción de los efectos de sentencia fines anteriores..... | 17 |
| 1.2. Plazos. Caducidad. Prescripción..... | 20 |
| 1.3. Legitimación activa | 22 |
| 2.1. Competencia | 22 |
| 2.2. Trámite incidental. Necesidad del mismo. Procedimiento. Defensas oponibles. Prueba. Ministerio Público. Costas. Notificación..... | 24 |
| 2.3. Patrocinio letrado | 31 |
| 2.4. Tasa de justicia. Aportes jubilatorios, etc..... | 32 |
| 2.5. Necesidad de compulsar el expediente. Reconciliación de los cónyuges. Concepto. | 33 |
| 2.6. Sentencia. Naturaleza jurídica de la resolución de conversión. Requisitos de la misma. Inscripción registral..... | 39 |
| 2.7. Honorarios..... | 42 |
| 2.9. Efectos subsistentes de la anterior sentencia de separación personal..... | 43 |
| a) Efecto con respecto a los hijos | 43 |
| b)Efectos patrimoniales | 45 |
| b. 1. Indivisión postcomunitaria..... | 45 |
| b. 2. Alimentos..... | 47 |
| b. 3. Daños y perjuicios..... | 47 |
| b. 4. Bien de Familia..... | 48 |
| c)Efectos personales | 49 |
| c. 1. El parentesco..... | 49 |
| c. 2. La emancipación..... | 51 |
| c. 3. Subsistencia de la acción de nulidad no obstante la conversión..... | 53 |
| 2.10. Efectos de la nueva sentencia | 54 |
| a) Derecho a contraer nuevo matrimonio..... | 54 |
| b) Derechos sucesorios ab-intestato..... | 56 |
| c) Disposiciones testamentarias..... | 57 |
| d) Nombre de la mujer divorciada | 58 |
| e) Atribución del hogar conyugal..... | 59 |
| f) Alimentos del cónyuge inocente..... | 62 |
| 2.11. Desistimiento..... | 64 |
| III. JUICIOS EN TRÁMITE..... | 66 |
| 1.1. Concepto de juicio en trámite..... | 66 |
| 1.2 Plazos..... | 67 |
| 2.1. Competencia..... | 69 |
| 2.2. Trámite procesal. Posibilidad de solicitar la conversión en audiencias Partes. Ministerio Fiscal. Facultades del juez posteriores a la sentencia..... | 70 |
| 2.3. Patrocinio letrado..... | 72 |
| 2.4. Validez de los pedidos de conversión realizados con anterioridad a la vigencia de la ley..... | 73 |
| 2.5. Sentencia. Remisión..... | 73 |
| 2.6. Desistimiento..... | 74 |
| 2.7. Honorarios. Remisión..... | 75 |
| 2.8. Recursos. Recurso de aclaratoria cuando no esta firme la sentencia. Remisión..... | 76 |
| 2.9. Inexistencia de pedido de conversión. Efectos. Aplicación residual del supuesto contemplado en el segundo párrafo <i>in fine</i> a cualquier otro pedido de conversión. Incidente de nulidad contra el trámite incidental..... | 76 |
| IV. CONCLUSIONES..... | 81 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 89 |

I. INTRODUCCIÓN

Al otorgar la Ley 23.515 la posibilidad de obtener en los procesos de separación personal -terminados o no- promovidos con anterioridad a su vigencia el dictado de una sentencia de divorcio vincular, hemos considerado oportuno y conveniente examinar el sistema de conversión contenido en su art. 8º, pronunciarnos sobre el régimen procesal que estimamos debe aplicarse en los mismos y referirnos a distintas cuestiones que indudablemente se plantearan ante nuestros tribunales con motivo de su aplicación.

Sin lugar a dudas, el tema que mas discrepancias producirá será el referido al trámite incidental que propugnamos para los supuestos de conversión solicitados en forma unilateral, no sólo por cuanto no fue el seguido en general durante la vigencia del art. 31 de la ley 14.394, sino porque además se opone en cierta medida con la urgencia sentida por muchos interesados de regularizar situaciones personales postergadas durante tanto tiempo. Sin embargo, y a pesar de comprender la legitimidad de tales necesidades, entendemos que en los pedidos de conversión solicitados en forma unilateral, se impone el trámite incidental, ya que es la única forma de respetar el pleno ejercicio del derecho de defensa de la otra parte, máxima cuando la nueva sentencia de divorcio vincular a dictarse puede llegar a producir profundas modificaciones en los derechos existentes a favor de la otra parte, alteraciones que en algunos casos consistirán en la extinción lisa y llana de los mismos, como ocurre por ejemplo con la vocación hereditaria. Además, no podemos dejar de tener en cuenta los efectos propios que una eventual reconciliación de los cónyuges puede haber producido en los procesos por separación personal existentes antes de la vigencia de la ley, en cuyo caso faltaría el presupuesto básico para la conversión.

Finalmente, procuramos aportar, sin tener la pretensión de agotar el tema, un esquema practico que pueda ayudar a la mejor aplicación del art. 8º de la Ley 23.515.

Supuestos

La Ley 23.515, en su art. 8º, contempla dos situaciones nítidamente diferenciadas, fijando para cada una de ellas distintos requisitos formales que deben ser cumplidos para obtener una sentencia de divorcio vincular. Por un lado se trata en el primer párrafo a los procesos con sentencia firme obtenida con anterioridad al 21 de junio de 1987 y por el otro, a los procesos en trámite a dicha fecha, con o sin sentencia.

II. PROCESOS TERMINADOS

1. Requisitos:

Como se ha dicho, el primer supuesto de conversión al cual se refiere el art. 8º de la Ley 23.515, es el de los procesos terminados, de separación personal con sentencia firme. La ley determina en este caso, que una vez transcurrido un año de la sentencia firme, obtenida con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la conversión de la misma en divorcio vincular.

1.1. Sentencia firme. Concepto de resolución firme. Fecha a la cual debe estarlo. Extinción de los efectos de las sentencias firmes anteriores:

Dada la terminología empleada por el legislador, resulta indispensable determinar con exactitud, que debe entenderse por sentencia firme.

Como ha señalado nuestra doctrina, una sentencia ha quedado "*consentida*", cuando las partes después de notificadas han dejado transcurrir los plazos legales sin interponer recursos ante el Superior; cuando habiéndose concedido el recurso interpuesto, este ha sido declarado desierto por no haberse expresado agravios -quedando firme en consecuencia la sentencia de primera instancia-; o cuando se ha producido la perención de la instancia, por haber transcurrido los plazos legales sin elevarse los autos al Superior. Una sentencia queda "*ejecutoriada*", cuando es confirmada por el tribunal de apelación, si la de primer a instancia era condenatoria, o cuando aquel la hubiese revocado si era absolutoria 1. De esta manera, podemos afirmar, que una sentencia se encuentra "*firme*", cuando la misma se halla consentida o ejecutoriada, con lo cual se convierte en un título ejecutivo, que otorga al vencedor la facultad de obtener que el órgano jurisdiccional, disponga la ejecución coactiva de dicha sentencia.

Esto último es así, por cuanto la ejecutoriedad de una decisión judicial es una consecuencia de haber quedado firme, sea por estar consentida o por estar agotadas las circunstancias a que diera lugar.

Respecto al momento en el cual la sentencia de separación personal debe encontrarse firme, en tendemos, que no solo debe haberse obtenido el dictado de la sentencia con anterioridad al 21 de junio de 1987, sino que además, también antes de esa fecha debió quedar firme.

Si por el contrario, la sentencia hubiera quedado firme con posterioridad a la vigencia de la Ley 23.515, estaríamos frente a un juicio pendiente -o en trámite como lo denomina la ley- en cuyo caso, resultaría aplicable el segundo párrafo del art. 8°.

Finalmente, la norma presupone la existencia de un proceso, en el cual no hay a quedado sin efecto la sentencia firme dictada, por la reconciliación posterior de los cónyuges. Si tal situación se hubiese dado, no resultaría posible la conversión por haber cesado los efectos del divorcio (art. 71 de la Ley de Matrimonio Civil). Tal cuestión no ha sido expresamente señalada en el art. 8°, pues no era necesario reiterar un efecto, que la ley especifica mente contempla en el art. 234 del Cód. Civil.

1.2. Plazo. Caducidad. Prescripción.

En este tema, debe distinguirse entre el plazo para el ejercicio del pedido de conversión y el plazo que debe haber transcurrido desde que quedó firme la sentencia dictada con anterioridad. Este último -que es de un año- no ofrece mayores dificultades, comenzando su cómputo al día siguiente de haber quedado firme la sentencia, debiendo determinarse este momento de acuerdo con los principios procesales generales, vigentes sobre el tema. El cómputo del plazo se producirá conforme con lo establecido por los arts. 25, 27 y concs. del Cód. Civil.

Respecto de la existencia o no de un plazo de caducidad para pedir la conversión, cabe recordar, que el anteproyecto aprobado por la Cámara de Diputados, establecía un plazo de caducidad de noventa días, para convertir en divorcio vincular los juicios de separación personal en trámite. Tal plazo fue suprimido en el texto aprobado de la ley, por lo que esta fuera de toda discusión, que el régimen vigente no contempla plazo de caducidad alguno para la conversión.

Más difícil resulta el problema de determinar, si esta acción de conversión es prescriptible, ya que nuestro ordenamiento positivo no contiene una norma que declare

la imprescriptibilidad de las acciones de estado de familia, como lo hacen los nuevos códigos civiles de España e Italia, o como lo establecía el anteproyecto de De Gasperi de 1964, en su art. 3553.

Por nuestra parte, consideramos que la acción de conversión es imprescriptible, por cuanto el art. 4019 del Cód. Civil, no es de numeración taxativa, ya que casi unánimemente se reconoce que existen otras acciones que no son prescriptibles, como por ejemplo la de nulidad absoluta de acto jurídico y de matrimonio, partición de bienes, reivindicatoria, etc. Por otra parte, la consecuencia de la imprescriptibilidad sería la consolidación de un estado de familia, que puede no haber interés social en mantener 4. Finalmente, tampoco podría argumentarse que es de aplicación el plazo decenal del art. 4023 del Cód. Civil, por cuanto el mismo está pensado para acciones personales por deudas exigibles y para interponer acciones de nulidad de actos jurídicos, supuestos en los que no puede encuadrarse la acción en estudio.

1.3. Legitimados activos:

Cualquiera de los cónyuges se encuentra legitimado para solicitar la conversión, resultando por lo tanto indiferente el consentimiento del otro, que en todo caso permitirá eludir el trámite incidental. Obviamente, nada impide que la conversión sea solicitada por ambos conjuntamente.

2.1. Competencia:

Por razones de conexidad, el pedido de conversión debe presentarse ante el Tribunal de primera instancia, que entendió en el proceso de separación personal. En el supuesto que analizamos, no cabe la posibilidad de solicitar en forma originaria la conversión ante los tribunales de apelación, tal como sucede en el caso contemplado en el segundo párrafo del art. 89 de la Ley 23.515 (art. 6º inc. c) del CPC de Mendoza y art. 6º inc. 1º CPCN ac.).

Si bien el presente trabajo lo hemos limitado a los supuestos de conversión de sentencias de separación personal dictadas en la República Argentina, no podemos dejar de referirnos -aunque sea brevemente- a la conversión de sentencias de separación personal pronunciadas en el extranjero y referidas a matrimonios celebrados en el país. En tal caso, pueden los cónyuges pedir la conversión en los plazos y formas establecidas en el art. 238 (arts. 161 y 216 C. C.), debiendo presentarse la documentación pertinente debidamente legalizada, aun cuando el divorcio vincular no fuera aceptado por la ley del Estado don de se decreta la separación. Será competente el juez del actual domicilio del cónyuge que solicita la conversión o de cualquiera de ellos, si se presentaren conjuntamente.

Finalmente, debemos dejar aclarado que consideramos inaplicables para los supuestos de conversión previstos en el art. 89 las reglas de competencia contenidas en el nuevo art. 227 del Código Civil, pues entendemos que resulta imprescindible la compulsión del expediente de separación, dándose las razones de ello en el nº II, ap. 2.5. Obviamente, no desconocemos que existen razones que pueden llevar a sostener lo contrario; sin embargo, si se aceptara tal posibilidad, la conversión no podría tramitarse por vía incidental sino mediante el correspondiente juicio ordinario (Art. 164 C.P.C. Mza. y 319 C.P.C. Nac.), solicitarse la remisión del expediente de separación personal *ad effectum videndi* y notificarse el traslado y la sentencia en el domicilio real de la otra parte.

2.2. Trámite incidental: necesidad del mismo. Procedimiento. Defensas oponibles. Prueba. Ministerio publico. Costas. Notificación.

Como adelantáramos en la introducción, el tema que mayores discrepancias causara será el referido al trámite que debe darse a los pedidos unilaterales de conversión, ya que la ley nada dice al respecto.

La normativa de la ley 14.394 no dejaba lugar a dudas, por cuanto su art. 31 establecía que el divorcio vincular debía declararse a simple petición de cualquiera de los cónyuges divorciados y "*sin mas trámite*", con el solo examen de las constancias de autos. Así, la jurisprudencia había entendido que, no surgiendo del expediente la existencia de reconciliación comprobada, correspondía hacer lugar sin mas recaudo a la solicitud de disolución del vínculo 5.

La legislación uruguaya fue una de las fuentes que tuvieron en cuenta los reformadores de la L. M.C. El art. 185 del Cod. Civil uruguayo dice:

"Transcurridos tres años de una sentencia de separación personal, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la conversión en divorcio basándose en la sentencia.

"Solicitada la conversión debe concederla el juez de plano, notificando la sentencia al otro cónyuge personalmente o por edicto en su caso."

En la norma transliterada se advierte claramente que la conversión se realiza sin más trámite. Pero este no es el supuesto de nuestra ley, porque el reformador aun conociendo este antecedente extranjero, se aparta de él y omite deliberadamente la frase "solicitada la Conversión debe concederla el juez de plano".

El ordenamiento vigente, en cambio, guarda silencio al respecto y siendo la pretensión ejercida con la solicitud de Conversión una cuestión que se conecta con el proceso por la materia y por las personas, de modo que 10 que se decida tendrá grave repercusión en la sentencia, creemos que debe darse a dicha pretensión el trámite incidental, a fin de asegurar debidamente la defensa en juicio de la persona y sus derechos, como 10 dispone el art. 18 de la Constitución Nacional. No podría ser de otra manera, ya que los efectos que la nueva sentencia de divorcio vincular producirá., alterando y extinguiendo derechos del otro cónyuge, requieren, por 10 menos, que se le haya dado la posibilidad de controlar la existencia, como así también alegar una reconciliación posterior a la sentencia de separación personal, que pudiese beneficiarlo, aunque mas no sea temporariamente.

Se tratara, así, de un incidente innominado y sustancial. No deberá formarse pieza separada, sino que tramitara en el mismo expediente principal.

Los códigos de forma prevén el procedimiento aplicable a los incidentes innominados, por lo que deberán sujetarse a dichas normas, adaptándolas al carácter de la cuestión promovida con la solicitud de Conversión. Así, por ejemplo, en la provincia de Mendoza, se asignará el trámite previsto por los artículos 92 y 93 del CPC; y en la Nación regirán en lo pertinente los arts. 175 y siguientes de la ley 17.454, modificada por la ley 22.434.

Siguiendo a Podetti creemos que deben verificarse en el caso los presupuestos procesales de 10s incidentes, a saber: 1°) su conexión con el proceso en el cual se deducen, 10 que resulta obvio en el caso de la Ley 23.515; 2°) que exista interés en la promoción del incidente, por 10 que solo las partes pueden hacer la petición; 3°) que se verifique la 4°) que quien solicite la Conversión haya acreditado debidamente la personería, pudiendo hacerlo a través de un representante convencional. Debe admitirse la acreditación de la personería hecha en el proceso principal, si el mandato se encuentra vigente; 5°) que al promoverse el incidente se funde clara y concretamente en los hechos y en derecho; 6°) que se hayan pagado las costas de los incidentes promovidos con anterioridad (art. 92

del CPC de Mendoza y 69, 2^o parr., CPCNac.).

En lo que hace al procedimiento, de la solicitud de Conversión deberá darse traslado al otro cónyuge, por el plazo que indiquen los códigos procesales locales, acompañándose las copias necesarias. Vencido el plazo del traslado, si no existieran hechos controvertidos, el juez deberá dictar la resolución de Conversión, en el plazo que le otorguen las normas respectivas.

Una cuestión que merece tratamiento especial es el de las defensas oponibles, al contestar el traslado conferido a la solicitud de Conversión. Es obvio que el cónyuge que no peticiona la Conversión podrá oponerse por la falta de cumplimiento de los recaudos procesales, previstos para los incidentes. Pero, cabe preguntarse, que defensas sustanciales podrán esgrimirse. Creemos que sólo corresponden, las proporcionadas por la falta de requisitos sustanciales necesarios para la procedencia del pedido de conversión; esto es, inexistencia de sentencia firme, que no haya transcurrido el plazo previsto por el art. 8^o, o existencia de reconciliación posterior a la sentencia; la que deberá ser probada fehacientemente por los medios permitidos para la vía incidental (limitación de testigos, etc.), rigiendo los principios generales para la carga de la prueba. Además, se aplicaran en este supuesto, las normas atinentes a la pertinencia de la prueba, con especial atención a la naturaleza de los hechos que se controviertan y de la pretensión esgrimida.

También pensamos que, a fin de evitar dilaciones innecesarias en el dictado de la resolución de conversión, los jueces deberán ser estrictos -en lo posible- en la aplicación de las normas específicas, que establecen plazos abreviados para la producción de la prueba. De este modo se asegurara el derecho de defensa del cónyuge que no peticionó la conversión; y a la vez se impedirá que se litigue maliciosamente con el objeto de obstaculizar que el otro cónyuge adquiera, en definitiva, el derecho a contraer nuevas nupcias. Producidas las pruebas ofrecidas o declaradas caducas las no rendidas, se pronunciara el juez sobre el pedido de conversión.

En toda la tramitación del incidente deberá tenerse presente, la necesaria intervención del Ministerio Público, cuando los ordenamientos aplicables así lo establezcan.

Respecto a las costas, la resolución que ordene la conversión deberá imponerlas en el orden causado, salvo si existió oposición, en cuyo caso deberán estar a cargo del litigante vencido.

Hemos dejado para el final el tema de la notificación del incidente, pues en muchos casos -sobre todo en los procesos de antigua data- la aplicación estricta de los principios vigentes en materia de notificación podría vulnerar el derecho de defensa de la otra parte, que se pretende resguardar en el trámite incidental que propugnamos. Recordemos que la defensa en juicio de la persona y de los derechos (art. 18 de la Constitución Nacional) exige la bilateralidad del proceso, que hace posible la controversia. Una de las formas de garantizar dicho principio constitucional, es la notificación; cuyo objeto es la transmisión del acto procesal, cuyo conocimiento interesa. Dentro de los actos motivo de la transmisión, se encuentran las pretensiones de los litigantes; de allí entonces que sostengamos que *la solicitud de Conversión, formulada por uno solo de los cónyuges debe ser notificada a la otra parte.*

Respecto a donde debe notificarse el pedido de Conversión, no existe duda alguna, que el principio es que debe serlo en el domicilio legal constituido en el principal. Sin embargo, esta regla no puede ser absoluta, debiendo los jueces adoptar en cada caso concreto, las medidas necesarias para asegurar el derecho de defensa del cónyuge que no solicita la Conversión. Algunos ordenamientos procesales, como el de Mendoza, expresamente facultan a los jueces a atenuar el rigor de esta regla, cuando se tratare de

expedientes paralizados por tiempo mayor a dos años (art. 21 del c.P.C. de Mendoza), posibilidad que implícitamente también es reconocida en el art. 46 inc. 59 del c.P.C. de Mendoza al tratar las facultades de los jueces. De esta forma, y de acuerdo con las características propias del caso, podría ordenarse la notificación en el dominio real y, subsidiariamente, por edictos.

En el orden nacional, fuera de la interpretación que pueda llegar a darse al problema de la subsistencia del domicilio legal, al disponer el art. 42 en su primer párrafo, que solo subsiste hasta la terminación del juicio -recordemos que estamos analizando el supuesto de Conversión en procesos con sentencia firme- o a su archivo, debe tenerse presente, que también podrían los jueces intervinientes, ordenar la notificación en el domicilio real, en virtud de las facultades conferidas por el art. 36 inc. 2^o y tendientes a respetar el derecho de defensa de las partes.

La resolución que se dicte, respecto al pedido de Conversión, deberá ser notificada en la misma forma que el traslado del pedido, salvo para el caso en que la notificación se haya realizado en el domicilio real o por edictos y, con posterioridad, haya comparecido el citado y constituido domicilio legal, supuesto en el cual la resolución deberá ser notificada en este último.

La necesidad de patrocinio letrado debe ser analizada a la luz de los ordenamientos procesales locales y en cada oportunidad en que ella pueda efectuarse. Aceptando que el pedido de Conversión debe tramitarse por la vía incidental, resulta indudable que tanto su interposición como su eventual contestación deben llevar firma de letrado. Idéntico recaudo deberá exigirse, cuando se acepte la posibilidad de pedir la Conversión mediante acta (art. 33 del C.P.C. de Mendoza y 56-57 del C.P.C.Nac.).

2.4. Tasa.de justicia. Aporte jubilatorio, etc.

Habiendo llegado a la conclusión que debe darse trámite incidental al pedido de conversión, deberá al interponerse el incidente, abonarse la tasa de justicia, aporte jubilatorio, derecho fijo y cualquier otro tipo de gravamen fiscal o previsional, que pueda llegar a ser exigible para los incidentes.

En la provincia de Mendoza deberá abonarse:

a) la tasa de justicia, que establece la Ley impositiva, en el acto de interposición del incidente (arts. 296, inc. i, y 297 del Código Fiscal); b) los aportes previsionales correspondientes a los juicios sin monto, es decir, el aporte mínimo, que establece el apartado i) del art. 16, inc. b) de la ley 5059; y c) el derecho fijo establecido por el art. 96 inc. g) de la ley 4976. El derecho fijo, es un aporte a cargo de los profesionales colegiados, cuyo monto es el 5 % de la tasa de justicia que corresponda, con independencia de la cantidad de mandatarios y / o patrocinantes que actúen por cada parte, no integrando los gastos causídicos. Todos los profesionales que intervienen como patrocinantes o mandatarios de su cliente son solidariamente responsables de su pago, debiendo abonarse al iniciarse cualquier acción judicial, como así también al contestarla. La sanción por el no pago de los tributos mencionados es similar en los tres casos, pues tanto el Código Fiscal, como las leyes 5059 y 4976 establecen que no se dará curso a la presentación, ni se dictara la providencia solicitada, debiendo exigirse previamente el pago de las mismas.

2.5. Necesidad de compulsar el expediente. Reconciliación entre Ibs cónyuges. Concepto. Efectos.

La compulsión del expediente resulta indispensable para dar curso a cualquier pedido

de conversión, no pudiendo tramitarse los mismos, en base a copia legalizada de la sentencia de separación personal o de la partida de casamiento en la cual conste la nota marginal de la sentencia dictada. Ya que no sólo podría haber sido revocada la sentencia con posterioridad al otorgamiento de la copia, sino que fundamentalmente debe tenerse en cuenta, que no haya existido reconciliación posterior entre los cónyuges.

El tema de la reconciliación cobra importancia en los supuestos de conversión unilateral, por cuanto de existir ella con posterioridad a la sentencia de separación personal, no resultaría posible la conversión, sino que sería necesario iniciar un nuevo proceso para obtener el divorcio vincular, ya que hace cesar los efectos del divorcio.

La Real Academia Española define la reconciliación como la "*renovación y restitución de la amistad que se quebró o reunión de ánimos que estaban desunidos*".

Nuestro codificador siendo congruente con el principio esbozado por el en la nota al art. 495 del Cód. Civil, no definió lo que es la reconciliación. La doctrina argentina en general no conceptualiza lo que entiende por reconciliación, entrando los autores directamente al estudio y tratamiento de los caracteres y efectos de la misma.

Entre nuestros tratadistas no definen la reconciliación: Llerena, Machado, Lafaille, Prayones, Arias, Busso, Borda, Gustavino, Acuna Anzorena, si bien todos desarrollan este tema.

En cambio, si lo hacen: *Belluscio*: "la reconciliación es la restitución del estado normal del matrimonio, cuando dicho estado se ha roto en virtud de la desavenencia, resultante de existir causales de divorcio o cuando el divorcio se ha decretado" 7; *Gil Iglesias*: "acuerdo firme, consciente y deliberado de los cónyuges de restablecer plenamente la vida matrimonial, con sus obligaciones morales, legales y afectivas, que tienen su necesario antecedente en el necesario perdón y olvido del cónyuge agraviado para con el ofensor" 8; *Salas*: "la reconciliación supone la voluntad de ambos cónyuges orientada en el sentido de restituir a su plenitud los deberes y derechos impuestos por el matrimonio, perdonando las ofensas recibidas con serio propósito de no reincidir en ellas y reanudando la vida en común" 9; *Lagomarsino*: El contrato de derecho de familia, en virtud del cual los cónyuges deciden perdonar las ofensas recibidas, restableciendo la vida matrimonial a sus cauces normales" 10.

Y dentro de la doctrina extranjera *Henry, Leon y Jean Mazeaud*, caracterizan a la reconciliación como: EL acuerdo de voluntades reflexivos de los cónyuges, resueltos a perdonarse sus agravios y reanudar la vida en común" 11.

Nosotros en sentido similar a *Salas* afirmamos que la reconciliación es "*el acto jurídico, que supone la voluntad de ambos cónyuges en el sentido de restituir a su plenitud los deberes y derechos impuestos por el matrimonio*" 12.

El presupuesto imprescindible para que exista reconciliación es el ánimo de rehacer la vida en común. De esta forma no basta una mera unión sexual esporádica entre los esposos ya que no puede darse efectos a actos aislados, realizados por los cónyuges sin ánimo de reiniciar la vida en común. Lo dicho no equivale a restarle valor a las relaciones sexuales, como sostiene Borda, sino que se busca atribuirles una justa importancia y no darle más relevancia, que la que tienen hechos que pueden responder más a una traición de los sentidos, que a un acto racional¹⁴. Inclusive, para la doctrina católica, el coito por sí solo, no es considerado reconciliación; para el derecho canónico ella existe, cuando el cónyuge inocente se comunica libremente con el culpable con "*affectu maritale*" 15. Al respecto *Jemolo* expresa: "*En la doctrina canónica, se le atribuía gran importancia al coito, hasta la purificación de la voluntad matrimonial viciada. Pero la doctrina y jurisprudencia canónicas más recientes no le dan ya tanto valor, admiten que el cónyuge coartado, puede consumar aun con libido, sin con ello querer purificar su voluntad*" 16.

El nuevo art. 234 dice: "Se extinguirá la acción de separación personal o de divorcio vincular y cesaran los efectos de la sentencia de separación personal, cuando los cónyuges se hubieren reconciliado después de los hechos que autorizaban la acción. La reconciliación restituirá todo al estado anterior a la demanda. Se presumirá la reconciliación, si los cónyuges reiniciaran la cohabitación". Evidentemente se ha receptado el criterio que veníamos señalando de que no basta una mera relación sexual entre los esposos sino que es necesario que se haya "*reiniciado la cohabitación*".

Cabe recordar que el art. 77 de la Ley de Matrimonio Civil establecía que la reconciliación restituye todo al estado anterior a la demanda de divorcio y que no era necesario, para que se produjeran los efectos de dicha norma, ni la constancia del expediente, ni la inscripción registral, ni el nuevo matrimonio entre los cónyuges. Es decir, la reconciliación no exigía el cumplimiento de formalidad alguna, y si bien dicha informalidad originaba dificultades en la interpretación de las normas, respondía sin duda al propósito del legislador, que es el de facilitar y promover tal situación 17.

Producida la reconciliación hay unanimidad doctrinaria en que renacen los efectos personales del matrimonio y que los cónyuges reconciliados se someten nuevamente al régimen de la sociedad conyugal.

En el único despacho aprobado por unanimidad en el terna "efectos patrimoniales de la reconciliación entre cónyuges divorciados", por las Novenas Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en la ciudad de Mar del Plata, en 1983, se expresa: ("*los cónyuges reconciliados quedan sometidos al régimen de la sociedad conyugal*").

Por otra parte, ninguna duda cabe que renacen los derechos hereditarios de los cónyuges reconciliados, como así también, que resurgen los derechos a pensión y demás leyes previsionales.

Entendemos que no se puede transformar la sentencia de separación personal en divorcio vincular inaudita parte, aunque el art. 8º de la Ley 23.515 diga que cualquiera de los cónyuges puede pedir la Conversión, puesto que hay que darle la posibilidad a la otra parte de alegar una reconciliación posterior a la sentencia.

Lo contrario llevaría a una total indefensión de quien se verá privado de una serie de derechos patrimoniales que habían renacido a su favor por efecto de la reconciliación operada. A más de ello, se podrían perjudicar a los terceros acreedores por aplicación de los arts. 59 y 69 de la ley 11.357.

Siguiendo los principios generales, la carga de la prueba le incumbe a quien alega la reconciliación, debiendo admitirse cualquier medio de prueba.

2.6. Sentencia. Naturaleza jurídica de la resolución de Conversión. Requisitos de la misma. Inscripción registral.

Partiendo de la base que las sentencias interlocutorias son las que se dictan durante la tramitación de un proceso, y hacen posible su desarrollo, preparándolo para la sentencia definitiva, por lo que sus efectos se limitan al proceso en que han sido dictados, debe considerarse a la resolución de Conversión como una sentencia definitiva, pues no solo no tiene ese fin, sino, también por cuanto sus efectos son esencialmente extraprocesales, impidiendo la reapertura de la *litis* en otro juicio mediante la excepción de cosa juzgada y constituyendo el fundamento del *proceso* de ejecución por la *actio iudicati* 18.

Si bien por el trámite incidental que propugnamos podría llegar a pensarse, que la resolución de conversión es una sentencia interlocutoria o auto, consideramos que por su naturaleza y contenido debe ser equiparada a una sentencia definitiva, pues no decide sobre una cuestión procesal ni tiene por objeto el desarrollo del proceso, sino que por el

contrario decide fundamentalmente sobre un aspecto sustancial, que pone fin al litigio.

Además, el sistema de conversión establecido por la Ley 23.515, íntimamente vinculado con el régimen sustancial de divorcio vincular, que la ley contempla, por lo que tampoco puede pretenderse una exacta aplicación de absolutamente todos los principios procesales generales.

Se trata de un régimen transitorio, en el cual el procedimiento debe estar subordinado al fin querido por el legislador.

En cuanto a las formalidades de la resolución de conversión deberá la misma respetar los requisitos extrínsecos e intrínsecos que exige toda sentencia judicial y en particular los señalados por el art. 235 del Código Civil.

La sentencia que declara disuelto el vínculo deberá ser inscripta en el Registro del Estado Civil, y Capacidad de las Personas, mediante una anotación marginal, en la partida de matrimonio respectiva, de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 66 y 67 del Decreto Ley 8.204/66 y de lo establecido en la provincia de Mendoza por la ley 3259 y su Decreto Reglamentario 6269 (arts. 16 inc. b y 66 inc. 2°).

La falta de inscripción registral de la resolución de conversión, no le quita habilidad nupcial a los divorciados, ni tampoco se la otorga la inscripción; pues para la celebración de un nuevo matrimonio, la ley de fondo no exige que se acompañe la partida de matrimonio con la anotación marginal, sino la copia debidamente legalizada de la sentencia firme (art. 187, Cód. Civil reformado por la Ley 23.515).

Lo expuesto nos convence que la sentencia de divorcio vincular obtenida mediante el procedimiento de conversión previsto en el art. 8° de la Ley 23.515, es título de estado en sentido formal y sustancial y que emplaza en el estado de familia, sin perjuicio que su inscripción registral sirva a los efectos de su publicidad.

2.7. Honorarios

Tratándose la conversión de una cuestión no susceptible de apreciación pecuniaria, la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes deberá practicarse prudencialmente por el juez la causa, aun cuando existiere controversia sobre la procedencia de la misma.

En la provincia de Mendoza, resultaran aplicables los artículos 10, 14 y 31 de la Ley de aranceles y en el orden nacional los arts. 6, 9, 30 de la ley 21.839.

2.8. Recursos

En la tramitación del incidente de conversión resultan aplicables las disposiciones procesales, las cuales referidas a recursos ordinarios deben tenerse en cuenta el tipo de resolución que le ocurre.

El mayor problema se plantea respecto de la apelabilidad de la resolución, que pone final, ya que la mayoría de los ordenamientos procesales provinciales, no permiten su recurrabilidad por esta vía, siguiendo el principio de que sólo son apelables los autos y las sentencias expresamente declarados tales. No es la situación del Código Procesal de la Nación, ya que en su art. 242, admite la apelación respecto de las sentencias interlocutorias.

En cuanto a los ordenamientos procesales, que establecen la inaplicabilidad de la resolución final en los incidentes, consideramos que en el supuesto especial de la conversión dispuesta por el art. 8° de la Ley 23.515, en atención al carácter especial de la misma, debe ser considerada como una sentencia definitiva, remitiéndose a lo ya dicho en el punto 2.6. El recurso de apelación no sólo puede ser interpuesto por las

partes, sino también por el Ministerio Fiscal, en los ordenamientos procesales que establezcan su necesaria intervención en los procesos por divorcio.

2.9. Efectos subsistentes de la anterior sentencia de separación personal.

En principio subsisten todos los efectos producidos por la sentencia de separación personal, salvo en lo que hace al nombre, a los derechos hereditarios, a la capacidad nupcial, al régimen de la vivienda sede del hogar conyugal, al parentesco y al régimen alimentario del cónyuge inocente.

a) Efectos con respecto a los hijos.

Subsisten los acuerdos homologados y las resoluciones sobre tenencia y régimen de visitas, y se mantienen las obligaciones de los padres para con los hijos.

Cabe señalar que los padres que no tienen la tenencia, mantienen el derecho a tener adecuada comunicación con sus hijos y a supervisar su educación.

Clásicamente se le ha concedido al padre o madre que no tienen la guarda "*el derecho de visita*", pero en verdad el derecho del progenitor no conviviente va mucho más allá de la mera posibilidad de visitar a su hijo, ya que debe tener oportunidad de hacerse oír en cuanto a la toma de decisiones respecto del niño, de su formación y evolución 20.

Si bien la responsabilidad de la educación reposa fundamentalmente en quien tiene la tenencia, existe también el derecho-deber, de quien no la tiene, de no desvincularse de esa obligación. Ello surge de lo establecido en los arts. 264 inc. 2º y 265 del Cód. Civil. Normas estas que contienen funciones que no pierden su vigencia por la declaración del divorcio vincular.

En cuanto a la filiación y a la presunción de paternidad del marido de la madre, el art. 243 del Cód. Civil tras la reforma producida por la ley 23.264 dispone: "*Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación, divorcio o a la separación de hecho de los esposos. No se presume la paternidad del marido con respecto al hijo que naciere después de los trescientos días de la interposición de la demanda de divorcio o de nulidad del matrimonio, salvo prueba en contrario*". Evidentemente hay que interpretar que el plazo se cuenta des de la interposición de la primitiva demanda de separación personal, y no desde el pedido de conversión.

b) Efectos patrimoniales:

La disolución de la sociedad conyugal se produjo el día de la notificación de la demanda o de la presentación conjunta de los cónyuges; con respecto a ello no se produce modificaciones tras la resolución que acoge favorablemente el pedido de conversión de separación personal a divorcio vincular.

b. 1. Indivisión post comunitaria

Si no se ha producido aun la liquidación de la sociedad conyugal nos encontramos en presencia de una indivisión *post-comunitaria*, que se rige según la doctrina que compartimos, por el régimen de condominio sobre las cosas gananciales y de copropiedad sobre los bienes que no son cosas 21.

La cuestión en doctrina ha sido resolver el problema de la oponibilidad del

condominio o copropiedad a terceros. Como bien expresa Mazzinghi, el derecho de cada cónyuge sobre la mitad indivisa de los bienes gananciales del otro, que rige plena mente entre los esposos, queda larvado *"respecto de los terceros hasta que el cónyuge interesado obtenga el modo de conferirle publicidad"* 22,

Cabe preguntarse si la inscripción registral de la resolución que disuelve el vínculo, que dijimos con anterioridad que tiene como efecto darle publicidad al título de estado, sirve para hacer oponible el condominio o la copropiedad a terceros. Creemos que no, que la publicidad se logra con la inscripción respectiva según proceda: art. 2505 del Cód. Civil y art. 20 de la ley 17.801 (*inmuebles*), Decreto Ley 6582/58 (*automotores*), art. 7 y 12 de la ley 11.867 (*fondos de comercio*). Alas cosas muebles se les aplican los arts. 577, 2412 y conc. del Cód. Civil, y en lo que hace a los créditos la copropiedad es oponible a terceros desde la notificación al deudor (analogía con el régimen de la cesión de créditos, arts. 1459 y conc. Del Cód: Civil 23.

b. 2 *Alimentos:*

En cuanto a los alimentos se mantiene en principio el mismo régimen que regía con anterioridad a la sanción de la Ley 23.515; así el cónyuge culpable mantendrá sus derechos alimentarios, cuando se den los extremos del art. 209 que dice: *"Cualquiera de los esposos haya o no declaración de culpabilidad en la sentencia de separación personal, si no tuviera recursos propios suficientes, ni posibilidad razonable de procurárselos, tendrá derecho a que el otro si tuviera medios le provea lo necesario para su subsistencia ... J).*

En el caso de los alimentos correspondientes al cónyuge inocente, estos se amplían en los términos del art. 207 supuesto que será examinado en el punto 2.1 O.

b. 3. *Daños y perjuicios*

Los divorciados vincularmente mantienen los derechos tendientes a reclamar las indemnizaciones de daños y perjuicios, con forme a los principios vigentes en materia de responsabilidad civil 24.

Aunque la nueva ley no lo diga expresamente, el cónyuge inocente después de la conversión de su juicio de separación personal a divorcio vincular, podrá pedir la indemnización por daños y perjuicios que el divorcio le haya causado.

Hubiera resultado conveniente que el reformador incluyera algún precepto que permitiera tal reclamación, como lo hace en el caso de nulidad de matrimonio (art. 225 del Cód. Civil).

b. 4. *Bien de Familia*

En cuanto al bien de familia compartimos el criterio que el divorcio en sí mismo no es causal de desafectación de este 2S, ya que el bien de familia no es particionable como el resto de los bienes que componen el acervo de la sociedad conyugal; una vez pronunciado el divorcio, *"el destino del bien de familia debe resolverse más por las reglas propias del régimen del bien de familia, caracterizado por la indisponibilidad y la indivisibilidad, que por las reglas disolutorias de la sociedad conyugal"* 26. Esta fue la recomendación dada por unanimidad en las IV Jornadas Rioplatenses de Derecho, celebradas en Uruguay, Punta del Este, en noviembre de 1986

c) *Efectos personales*

Cada uno de los cónyuges puede fijar libremente su domicilio, se mantiene la calificación de conducta en los casos que hubiera declaración de inocencia o culpabilidad.

Particular atención merece el tema del parentesco de la emancipación y de la subsistencia o no de la acción de nulidad.

c. 1. *El parentesco*

El parentesco por afinidad desaparece con la declaración de divorcio vincular, excepto en lo que se refiere a los impedimentos para con traer nuevas nupcias, caso en el cual subsiste.

En el derecho peruano se dice que "*El parentesco por afinidad desaparece con la disolución del vínculo matrimonial*". Sólo subsiste como impedimenta para contraer nuevo matrimonio entre los afines en línea recta"

En nuestro derecho se afirma que el parentesco por afinidad subsiste aun cuando desaparezca: el matrimonio del cual deriva. Aunque ninguna norma lo diga se sigue en esto el derecho canónico y el derecho romano, a diferencia del *droit coutumier*, en el cual regía el principio de la extirpación del parentesco por afinidad si el matrimonio que le daba origen se disolvía 28.

En definitiva entendemos que existen dos problemas a resolver: uno es determinar si el parentesco por afinidad debe subsistir como impedimento para contraer matrimonio, ya que ha sido suprimido de algunas legislaciones más modernas, como el derecho español 29, y la otra es precisar si existiendo este impedimento, el mismo subsiste después del divorcio vincular.

El legislador del 87 ha aceptado la afinidad como impedimento para contraer matrimonio en el art. 166 del Cod. Civil.

El impedimento de parentesco por afinidad está pensado para el caso de que el matrimonio se hubiera disuelto por muerte, ya que con anterioridad carece de sentido porque existe el impedimento de ligamen. Por ende, si en el caso de que el matrimonio se disuelva por muerte, existe tal impedimento, no vemos motivo para variar el criterio, cuando la disolución es por Conversión en divorcio vincular de la anterior sentencia de separación 30.

Esta es la solución que expresamente adopta el derecho uruguayo en el art. 197 del Cod. Civil que dice: "*Después del divorcio la afinidad que había creado el matrimonio sólo continua como impedimenta dirimente a los fines del art. 91 inc. 49*",

c. 2. *La emancipación*

Contraído el matrimonio por el menor se produce *ipso iure* la emancipación; esto encuentra su fundamento en la incompatibilidad del estado de casado con la dependencia del menor de sus padres o tutores 31.

En doctrina es mayoritariamente aceptado que la emancipación por matrimonio es de carácter irrevocable 32. Atento a este carácter se afirma que no es susceptible de revocación ni en el caso de disolución del matrimonio, sea que esta se produzca por la muerte de los cónyuges o por el divorcio vincular 33.

En el ordenamiento español expresamente se establece la irrevocabilidad de la emancipación, en el art. 318 del Cód. Civil que dice: "*Concedida la emancipación no podrá ser revocada*". Similar disposición contiene el cód. uruguayo en el art. 305.

El nuevo art. 133 del Cód. Civil admite que la emancipación es irrevocable; no obstante ello si el matrimonio se disuelve durante la menor edad, la habilidad nupcial se adquirirá una vez alcanzada la mayoría de edad.

Cabe señalar que la norma no hace distinción en cuanto a que el matrimonio se disuelva por muerte, por divorcio o por nulidad. Pareciera que el propósito del legislador fue evitar que se volviera a casar en la minoridad quien se ha divorciado siendo menor, porque ha presumido su inmadurez; tal razonamiento no parece válido en el caso de la muerte, y hubiera sido preferible que el legislador estableciera diferencias entre disolución por muerte y disolución por divorcio.

c, 3. Subsistencia de la acción de nulidad no obstante la Conversión de la sentencia de separación personal en divorcio vincular.

Hay acuerdo doctrinario y jurisprudencial en que las acciones de divorcio y nulidad de matrimonio no son excluyentes. Sin embargo se ha dicho que mediando divorcio vincular la acción de nulidad carece de sentido 34.

Ello no aparece tan claro, pues aun mediando divorcio vincular el cónyuge inocente puede tener interés en la declaración de la nulidad para mejorar su posición por ejemplo frente a la forma de disolver la sociedad conyugal o frente a los alimentos 35.

El matrimonio nulo no es susceptible de confirmación; atento a ello, en los casos de nulidad de matrimonio por sanguinidad, afinidad o ligamen anterior no hay posibilidad de confirmación (art. 219 y 220 del Cod. Civ.). Desde antiguo enseñaba Díaz de Guijarro que hay confirmación solo en la medida que la ley la permita o la posibilite. Un matrimonio contraído con impedimento de consanguinidad, de afinidad, de crimen o de ligamen anterior, no es confirmable jamás 36.

Por ende aun después de dictada la conversión de, la separación personal en divorcio, se puede pedir la nulidad del matrimonio, porque lo contrario sería admitir que la sentencia de divorcio confirma el matrimonio nulo.

2.10. Efectos de la nueva sentencia

La resolución de conversión, a más de los efectos de la separación personal que continúan, produce para los divorciados las siguientes consecuencias:

a) Derecho a con traer nuevo matrimonio:

Disuelto el vínculo que le impedía con traer nuevo matrimonio (art. 166 inc. 6º del Cód. Civ.), desaparece para los ex cónyuges el impedimento de ligamen y quedan en libertad de casarse de nuevo.

El problema es determinar desde cuando renace la habilidad nupcial. Las legislaciones se encuentran divididas. Por ejemplo en las legislaciones italiana, suiza y francesa se establece un plazo durante el cual los divorciados no pueden volver a con traer nuevas nupcias (arts. 228 y 261 del Ello tiene como fin principal evitar los problemas de presunción de paternidad. Así el art. 261 de la ley francesa establece que la mujer debe observar el plazo de espera de 300 días para contraer nuevo matrimonio, "*salvo que hubiera transcurrido igual plazo desde la decisión judicial que hubiera autorizado la residencia separada u homologado la conversión temporaria de los cónyuges a ese respecto, también pueden casarse sin aguardar plazo alguno cuando el divorcio se funda en el rompimiento de la vida en común (art. 261-1)*".

Resulta interesante la solución dada por el ordenamiento uruguayo que faculta a la

mujer divorciada a contraer nuevas nupcias antes del plazo de diez meses si acredita mediante certificado médico que no se encuentra embarazada.

En cambio, en la legislación española no se establece plazo alguno para que la mujer recobre la capacidad nupcial³⁷.

La nueva ley de matrimonio civil no incluye ningún precepto que determine un plazo de espera para que la mujer pueda volver a contraer nuevas nupcias, con lo que cabe concluir que después que la sentencia de conversión de la separación personal en divorcio vincular adquiere autoridad de cosa juzgada (art. 187 inc. 1 del Cód. Civil), los divorciados pueden volver a casarse.

Consideramos que la Ley de Matrimonio Civil debió mantener el plazo de viudez o espera porque tiende a impedir la *turbatio sanguinis*, es decir, la confusión que podría producirse acerca de la paternidad del hijo que naciese dentro del plazo de los trescientos días de disuelto el vínculo 38.

b) *Derechos sucesorios "ab-intestato"*

La divorciada pierde la vocación hereditaria respecto de su marido, y este deja de ser heredero de la mujer conforme lo dispuesto por el art. 3574 último párrafo del Cód. Civil. La mujer divorciada también pierde el derecho de la *"nuera viuda sin hijo"*, consistente en la cuarta parte de los bienes que le hubieren correspondido a su esposo en dicha sucesión, conforme a lo dispuesto por el art. 3576 bis del Cód. Civil.

La solución escogida por el legislador elimina las discusiones doctrinarias al respecto y se aparta del plenario de las cámaras civiles de la Capital que había dicho que *"el divorcio vincular que autoriza el art. 31 de la ley 14.394, no hace cesar el derecho hereditario del cónyuge no culpable a menos que con anterioridad a la sentencia haya incurrido en algún acto que cause la caducidad de su vocación sucesoria"* 39 bis.

c) *Disposiciones testamentarias.*

Evidentemente van a carecer de vigencia las disposiciones testamentarias hechas teniendo en cuenta la calidad de cónyuge, pero la situación no es tan clara *"si se hubieran hecho con abstracción de tal cualidad con cargo a la parte de libre disposición"* (legado otorgado antes de contraer matrimonio).

d) *Nombre de la mujer divorciada.*

El art. 9° de la ley 18.248 establece en su segundo párrafo, que si la mujer casada hubiera optado por llevar el apellido del marido *"decretado el divorcio vincular perderá tal derecho, salvo acuerdo en contrario, o que en el ejercicio de su industria, comercio, o profesión fuese conocida por aquel y solicitase conservarlo en sus actividades"*.

\ . Una vez obtenida la Conversión de la anterior sentencia de separación personal en divorcio vincular, la divorciada pierde el derecho de usar el apellido de su marido, salvo que se den los presupuestos de la norma transliterada.

Si bien la norma puede ser criticada porque *"nos podría llevar a la ilógica situación de que dos mujeres lleven el apellido de un mismo hombre"* 40 creemos que es un avance en nuestra legislación aunque debió permitir a la madre que no ejerciese profesión, continuar usando el apellido marital cuando existiesen hijos menores, ya que en la nueva ley "solo se han considerado circunstancias que hacen exclusivamente a las condiciones personales de la mujer en cuanto al ejercicio de actividades profesionales y no se ha tenido en cuenta el interés familiar, las relaciones parentales subsistentes, la antigüedad del matrimonio, etc." 42. Se ha contemplado solo el interés económico de la mujer que

trabaja y no el de la madre que puede tener legítimas aspiraciones a llevar el apellido de sus hijos.

e) Atribución del hogar conyugal

El art. 211 del Cod. Civil establece: "Dictada la sentencia de separación personal el cónyuge a quien se atribuyó la vivienda durante el juicio, o que continuo ocupando el inmueble que fue asiento del hogar conyugal, podrá solicitar que dicho inmueble no sea liquidado ni partido como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal si ello le causa grave perjuicio, y no dio causa a la separación personal, o si esta se declara en 105 casos del art. 203 y el inmueble estuviese ocupado por el cónyuge enfermo. En iguales circunstancias, si el inmueble fuese propio del otro cónyuge, el juez podrá establecer en favor de este una renta por el uso del inmueble en atención a las posibilidades económicas de los cónyuges y al interés familiar, fijando el plazo de duración de la locación. El derecho acordado cesará en los casos del art. 210. También podrá declararse la cesación anticipada de la locación o de la indivisión si desaparecen las circunstancias que le dieron lugar".

Estimamos que esta norma será de aplicación después de la conversión del proceso de separación personal en divorcio vincular, siempre que no se haya liquidado la sociedad conyugal con anterioridad a la transformación; ello implica que la vigencia de la Ley 23.515 va a beneficiar al cónyuge que se haya mantenido en la ocupación del inmueble conyugal ganancial, por cuanto podrá solicitar que no sea liquidado ni partido cuando le cause grave perjuicio.

Llama la atención que el texto de la ley no haga referencia a los hijos menores o incapaces para dar las pautas sobre el régimen del hogar conyugal, siendo que el anteproyecto aprobado por la Cámara de Diputados, se los consideraba.

En la legislación comparada, se puede observar, que se tienen en cuenta a los menores e incapaces para la atribución del hogar conyugal. Así por ej.: el Cód. Civil español en su art. 96 atribuye en principio el uso del hogar conyugal a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Parecido criterio recepta el Código Civil Italiano en su art. 155 que establece una prioridad para seguir habitando a favor del cónyuge que ejerce la guarda de los hijos.

Similar solución da el Código Civil portugués en su art. 1775 y el Cód. Civil francés en su art. 285 -I.

Sin embargo, aunque la norma incorporada por nuestra legislación, no haga mención a los hijos menores o incapaces evidentemente es un elemento a tener en cuenta, porque seguramente el juez al atribuir la vivienda familiar los consideró y si no ha existido resolución judicial, la existencia de menores bajo la tenencia de quien se mantiene en la vivienda conyugal, es una de las circunstancias que podrán motivar "*la gravedad*" que se requiere como presupuesto para la indivisión o el derecho de locación.

En doctrina se aconseja que la solución se haga extensible para el supuesto de vivienda alquilada 43.

Por cierto que si después de convertida la sentencia de separación personal en divorcio vincular, la sociedad conyugal cuenta con bienes suficientes para garantizar una partición que atribuya valores que permitan resolver el requerimiento de una vivienda, sea en especie o en dinero para adquirir inmuebles, el art. 211 no se aplicará. La norma atiende a los supuestos en que, liquidar el único bien inmueble ganancial a instancias de quien dio causa al divorcio importaría privar de vivienda al otro 44.

f) Alimentos del cónyuge inocente

El art. 207 del Código Civil, modificado por la Ley 23.515 dispone: *"El cónyuge que hubiera dado causa a la separación personal, en los casos del art. 202, deberá contribuir a que el otro, si no dio también causa a la separación, mantenga el nivel económico del que gozaron durante su convivencia, teniendo en cuenta los recursos de ambos. Para la fijación de alimentos se tendrá en cuenta: 1) La edad y estado de salud de los cónyuges. 2) La dedicación al cuidado y educación, de los hijos del progenitor al que se le otorgue la guarda de ellos. 3) La capacitación laboral y probabilidad de acceso a un empleo del alimentado. 4) La eventual pérdida de un derecho de pensión. 5) El patrimonio y las necesidades de cada uno de los cónyuges, después de disuelta la sociedad conyugal. En la sentencia el juez fijara las bases para actualizar el monto al inventario"*.

Tras la Conversión de la sentencia personal en divorcio vincular, la disposición transcrita anteriormente se aplica porque el art. 217 del Cod. Civil, al hablar de los efectos del divorcio vincular señala que es de aplicación el art. 207.

Por tanto el cónyuge que no hubiera dado causa a la separación personal, ve mejorada su posición aunque convierta en vincular su divorcio, porque no solo gozara de derecho alimentario, sino que va a tener derecho a ser mantenido en el mismo nivel económico que gozaron durante la convivencia.

"Obviamente no se está solo en el ámbito de lo estrictamente alimentario en los términos del art. 372 del Cod. Civil, pues la asignación del monto tiende además, a que el cónyuge que no incurrió en causa de separación personal conserve razonablemente, el "status" económico propio del matrimonio, aunque habrán de tenerse en cuenta sus propios recursos, su patrimonio y las necesidades de ambos cónyuges" 45.

Este derecho contenido en el art. 207 goza de los siguientes caracteres: a) tiene fundamentalmente finalidad compensatoria; b) no parece pertenecer al derecho dispositivo aunque una vez nacido sea renunciante; c) es variable de acuerdo con la variabilidad de las circunstancias que lo originan; a) se extingue por posterior matrimonio, por vivir en concubinato o incurrir en injurias graves con respecto a su ex cónyuge o por muerte del beneficiario o del alimentario.

La ley no establece ninguna modalidad de pago, pero evidentemente la mas común será la prestación periódica, sin descartar que se abone mediante la constitución de una renta vitalicia o el usufructo de determinados bienes o mediante la entrega de un capital en bienes o dinero 46.

2.11. Desistimiento

El desistimiento consiste en el acto procesal por el cual el que ha promovido una instancia manifiesta su propósito de no continuarla 41.

La cuestión terminológica ha sido muy debatida entre los autores, quienes acuerdan en que por lo menos existen dos acepciones diferentes, en cuanto puede desistirse del proceso y de la acción, discutiéndose si el desistimiento de la acción es o no la versión procesal de la institución del derecho de fondo, conocida como renuncia del derecho. Sin embargo coincidimos con Podetti en que, cuando se habla de desistimiento de la acción, debe entenderse el abandono de la facultad de ejercitar en justicia nuevamente el derecho material 48.

Cabe puntualizar, antes de seguir adelante, que la terminología empleada responde a la utilizada por el C.P.C. de Mendoza, en cuyo art. 82 se distingue el desistimiento de la acción y del proceso. En el C.P.C.Nac. se alude al desistimiento del proceso y del

derecho (arts. 304 y 305, respectivamente). El desistimiento del derecho del C.P.C.Nac. corresponde al desistimiento de la acción del C.P.C. de Mendoza.

No existe dificultad alguna en aceptar el desistimiento del proceso parcial objetivo, para el supuesto de haberse solicitado la conversión por la vía incidental, atento a que los modos extraordinarios de extinción del proceso son aplicables también a las instancias promovidas en los incidentes. Pero, si se hubiera notificado el traslado del pedido de conversión, se requerirá la conformidad de la contraria (art. 82 del C.P.C. de Mendoza y 304 del C. P.C.Nac.), debiendo tenerse presente que no estamos analizando la conversión en el caso de procesos pendientes, supuesto en el cual el desistimiento reviste características particulares.

Finalmente, y atento a la prohibición expresa de la ley a renunciar al derecho de solicitar el divorcio vincular (art. 230 Cód. Civil), no resulta aceptable el desistimiento de la acción.

III. JUICIOS EN TRÁMITE

1. Requisitos

El segundo supuesto de conversión transitoria, que contempla el art. 8° de la Ley 23.515, es el de los juicios en trámite al momento de entrar en vigencia la ley. En este caso, las partes de común acuerdo pueden solicitar que la sentencia a dictarse sea de divorcio vincular, pudiendo presentarse la solicitud al juez antes del dictado de la sentencia de primera o segunda instancia.

1.1. Concepto de juicio en trámite

Señalamos en el punto 1.1. que una sentencia se encuentra firme cuando la misma se halla consentida o ejecutoriada. Por oposición a tal concepto; entendemos por procesos, pendientes – o juicios en trámite, como los denomina la ley- a aquellos en los que no se ha dictado resolución final o ésta no se halla firme.

En principio, podría suponerse que el ámbito de aplicación de la primera parte del segundo párrafo del art. 8° puede determinarse por exclusión de los supuestos comprendidos en el primer párrafo. Sin embargo, ello no es así, ya que existen casos que no quedan encuadrados, en el primer párrafo por no tener sentencia firme y tampoco en la primera parte del segundo, por haberse dictado sentencia de segunda instancia y no hallarse la misma firme. Por ello, al referirnos al ámbito de aplicación del segundo supuesto de Conversión, debemos aclarar que sólo comprende a los juicios en trámite en los que no se haya dictado sentencia de segunda instancia. En este último caso, resultara aplicable la última parte del segundo párrafo del art. 8°

1.2. Plazo

Si bien la ley no señala un plazo cierto (art. 567 Cód. Civil), para el ejercicio del pedido de conversión, resulta claro que las partes sólo podrán efectivizarlo mientras no se haya dictado sentencia de segunda instancia.

Si en el proceso por separación personal no se ha dictado sentencia de primera instancia, se puede solicitar la conversión inclusive después del llamamiento de autos para resolver, en cuyo caso deben dejarse a este sin efecto a fin de poder correr vista del pedido al ministerio fiscal. Si por el contrario, la sentencia ya ha sido dictada, aún cuando todavía no haya sido notificada, las partes deberán pedir la conversión ante el tribunal de alzada, quien deberá pronunciarse sobre la misma. Dictada sentencia,

por el tribunal de apelación, no podrán ya los cónyuges pedir la conversión, debiendo esperar que transcurra un año desde que quedó firme la misma para poder obtener el divorcio vincular (art. 8º, segundo párrafo, *in fine*).

1.3. Legitimación activa. Consentimiento ilícito

A diferencia de lo que ocurre en los supuestos con sentencia firme, para la conversión solicitada en los juicios pendientes, la ley exige que el pedido sea efectuado de común acuerdo por los cónyuges. Esto es, debe existir una voluntad concordante y expresa que manifieste su intención de convertir la separación personal en divorcio vincular.

Si bien por lo general el escrito será suscripto conjuntamente por las partes, nada impide que la voluntad común sea manifestada en escritos distintos, ya que la ley no exige que la decisión de conversión sea simultánea, sino que sólo pide que en algún momento anterior a la sentencia coincidan los cónyuges en su intención de obtener el divorcio vincular.

Lo que no puede aceptarse de modo alguno es que se pretenda eludir la exigencia de la ley en base al consentimiento tácito de uno de los esposos, por lo que no deben admitirse los pedidos de emplazamiento para que el otro manifieste si acepta o no la conversión. Ello es así, no sólo porque en ese caso no puede hablarse de voluntad común, la cual hemos dicho que además debe ser expresa, sino que además no existe norma alguna en nuestro ordenamiento jurídico que prevea y fundamente dicho emplazamiento.

2. PROCEDIMIENTO

2.1. Competencia

Tal como sucede en los pedidos de conversión unilateral con sentencia firme, por razones de conexidad, la transformación debe ser pedida ante el tribunal que intervino en el proceso por separación personal (arts. 6º inc. c, C.P. .C. Mendoza y 6º inc. 1º C.P.C.).

En lo que hace a la competencia por grados, la ley permite en este caso no sólo pedir la conversión en primera instancia, cuando no se hubiere dictado aun sentencia en ella, sino también ante las cámaras de apelaciones, cuando ya se dictó resolución en primera instancia y siempre que el tribunal de alzada no se hubiere pronunciado respecto a la apelación deducida. En ningún caso, el pedido de conversión puede ser solicitado originariamente ante las cortes de justicia o superiores tribunales, por limitar expresamente la ley, la competencia por grado a los tribunales de primera y segunda instancia, fijando para ello, como límite, un acto procesal específico como es "*el dictado*" de la sentencia, sin exigir que la misma se encuentre notificada o firme.

2.2. Trámite procesal. Posibilidad de solicitar la Conversión en audiencias. Partes. Ministerio fiscal. Facultades del juez posteriores a la sentencia.

Como en este supuesto se exige la voluntad común de ambos cónyuges, no resulta necesaria la vía incidental, si no que basta una vista al Ministerio Fiscal, para que este se pronuncie sobre la procedencia de la conversión. Para el supuesto de no coincidir

temporal mente la voluntad común de conversión deberá simplemente tenerse presente el

primer escrito presentado hasta ,que se complete la petición por el otro cónyuge, no debiendo el tribunal realizar procedimiento alguno destinado a perfeccionar el pedido, pues no solo se dijo *supra* (n° III, ap. 1.3) que no resulta admisible el consentimiento tácito, sino que además la carga del cumplimiento de los presupuestos necesarios para obtener la conversión pesan sobre la parte interesada, de modo tal que es ella: quien debe realizar todas las gestiones extrajudiciales que pudieran ser necesarias para que se manifieste en algún momento la voluntad "común" exigida por la ley.

Cabiendo la posibilidad de que no se haya dictado sentencia en primera instancia, pueden las partes solicitar la conversión en las audiencias de conciliación, sin perjuicio de exigirse en este caso

patrocinio letrado.

Al igual que el primer supuesto de conversión contemplado en el art. 8º de la Ley 23.515, resulta necesaria, la intervención del Ministerio Fiscal, cuando así lo establezca la legislación procesal aplicable (arts. 17 y 302 c.P.C. Mendoza y 151 C.P.C. Nac.).

En lo que hace alas facultades del juez de primera instancia, posteriores al dictado de la sentencia, debe tenerse presente que se limitan, a la corrección, subsanación o declaración de la resolución dictada, por lo que cuando el pedido de Conversión es presentado después de la sentencia, no cabe la posibilidad de que el magistrado interviniente se pronuncie sobre ella, ya que tal tema, no estuvo bajo su consideración. En caso de haberse interpuesto recurso de apelación, se suspende la competencia del juez para dejar sin efecto o modificar la resolución apelada -salvo las que proceden por la vía del recurso de aclaratoria- y para seguir el procedimiento consecutivo a dicha resolución 49.

2.3. Patrocinio letrado

Consideramos que la Conversión constituye un acto fundamental en el proceso de separación personal en trámite y por ende, es obligatorio el patrocinio letrado (art. 33 del C.P.C. Mendoza), estando además fuera de toda discusión que mediante ella se sustentan derechos, los que pueden inclusive ser objeto de eventuales controversias (art. 56 C.P.C.Nac. y 32 ley 3641 mod. por decreto ley 1304/75 de Mendoza).

2.4. Validez de los pedidos de Conversión realizados con anterioridad a la vigencia de la ley.

En principio, toda petición realizada en un proceso judicial debe encontrar su fundamento en una norma legal vigente. Siendo ello así, consideramos que los pedidos de Conversión presentados con anterioridad a la vigencia de la Ley 23.515, debieron ser rechazados *in limine* por ser ellos prematuros.

Si por cualquier motive no se hubiera procedido así, entendemos que deberán las partes reiterar la petición o ratificar el escrito presentado. Sin embargo, creemos que en situaciones excepcionales en las cuales se acredite, por ejemplo, la ausencia de uno de los cónyuges que ya presto su conformidad con la Conversión, podrán los jueces aceptar como valida y vigente la voluntad ya expresada con anterioridad a la vigencia de la ley en el expediente, si del mismo no surgiera además, que alguno de los cónyuges desistió de la petición de Conversión.

2.5. Sentencia. Remisión.

Respecto a este tema, resulta aplicable lo expuesto con anterioridad en el n° II, ap. 2°.6°, por lo que nos remitimos a ello *brevitatis causa*.

2.6. Desistimiento.

Descartada la posibilidad de admitir que las partes puedan desistir del derecho a pedir la Conversión (ver n° II, ap. 2.11), resta por examinar si pueden ellas desistir del pedido.

No cabe la menor duda que ello es posible 'Cuando ambos cónyuges así lo deciden conjuntamente. Respecto al desistimiento unilateral, consideramos que también es procedente cuando no se ha dictado aun la resolución de conversión, no resultando aplicables las disposiciones procesales que exigen la conformidad de la otra parte, pues el supuesto de Conversión previsto en la primera parte del segundo párrafo del art. 8°, debe aplicársele un criterio semejante al seguido por nuestra jurisprudencia respecto al desistimiento en los procesos de separación personal por presentación conjunta. Refiriéndose a ellos se ha dicho que los mismos tienen su razón de ser en la voluntad concordante de los esposos y que el elemento volitivo es su signo distintivo, una "*condictio sine qua non*", que nutre el proceso y que, por esa razón, debe persistir desde el inicio hasta la sentencia. A diferencia del sistema italiano, los cónyuges no deciden su divorcio, pero, en cambio si son dueños de la voluntad, de, separarse y esa es la fuente generadora de este procedimiento excepcional. Por ello, uno de los esposos puede desistir el juicio de divorcio tramitado de común acuerdo, luego de haberse celebrado las dos audiencias y antes de la sentencia 50.

Finalmente, debemos dejar aclarado que entendemos que no existe contradicción entre lo expuesto en el párrafo anterior y lo expresado en el n° II, ap. 2°.11, al tratar el desistimiento en los pedidos de Conversión en juicios con sentencia firme, pues la solución allí dada se desprendía como una consecuencia necesaria del trámite incidental dado al pedido de Conversión, supuesto que no se da en el caso que ahora analizamos, en el cual la conversión no se tramita por esta vía.

2.7. Honorarios Remisión.

A lo dicho en el n° II, ap. 2.7., solo cabe agregar que en Mendoza el escrito de Conversión, -en el supuesto que analizamos, puede ser patrocinado por un solo profesional, desde que así lo permite el art: 9°, inc. k, segundo párrafo de la Ley de Aranceles. En tal caso, la resolución deberá contener una reducción del 30% sobre lo que hubiera correspondido regular, si hubiera actuado un profesional por cada parte.

2.8. Recursos. Recurso de aclaratoria cuando no esta firme la sentencia. Remisión.

También en este tema resultan aplicables los principios esbozados al tratar los recursos en los casos de Conversión pedida en juicios con sentencia firme (n° II, ap. 2.8). Solo debería tenerse presente que no resulta procedente, por las razones dadas en el n° III, ap. 1.1., recurrir al recurso de aclaratoria una vez dictada la sentencia de segunda instancia para obtener la Conversión, como así tampoco podría utilizarse este recurso para que la Conversión la dicte el juez de primera instancia una vez pronunciada la sentencia de separación personal.

2.9. Inexistencia de pedido de Conversión. Efectos. Aplicación residual del supuesto contemplado en el segundo párrafo in fine a cualquier otro pedido de Conversión. Incidente de nulidad contra el trámite incidental.

Como la Conversión prevista para los juicios en trámite es optativa para los cónyuges, puede suceder que estos decidan no solicitarla o que no se logre en definitiva el común acuerdo que exige la norma para su procedencia. En estos casos se dictan sentencia de separación personal y esta, a pesar de haber sido dictada en un proceso iniciado con anterioridad al nuevo régimen, producirá todos los efectos que la Ley 23.515 señala para la separación personal (arts. 206 a 212 y 3574 del Cod. Civil), los cuales han sido ya analizados en extenso en el n° II, ap. 2°.9° y 2°.10.

Si los cónyuges no ejercen el derecho de pedir la Conversión, cualquiera de ellos podrá solicitarla transcurrido un año de la sentencia firme de separación personal, aplicándose a este supuesto todo lo dicho al analizar el primer párrafo del art.

8° de la ley. Idéntica solución cabe adoptar para cualquier otro caso de Conversión que pudiera presentarse y que no se encontrara específicamente previsto en el art. 8°. Consecuentemente, quedan encuadrados en esta situación aquellos supuestos de juicios pendientes con sentencia dictada en segunda instancia, con anterioridad a la vigencia de la ley. En todos ellos deberá darse a la petición trámite incidental.

Al surgir nuevamente el tema del trámite incidental, que pensamos debe darse a los pedidos unilaterales de Conversión, consideramos propicia la oportunidad para referirnos al cuestionamiento de dicho trámite que pueda eventualmente intentarse, recurriendo- para ello al incidente de nulidad.

Creemos que, quizás el argumento, que se reiterara con más frecuencia, se fundara en la inexistencia de una norma expresa en la ley, que determine el trámite incidental para los pedidos unilaterales de Conversión, agregando -posiblemente- que dicho trámite retarda el ejercicio de los derechos emergentes del divorcio vincular. Sin embargo, pensamos que este fundamento carece de consistencia y razonabilidad, pues si la ley no ha establecido un trámite específico -como si lo hacía la ley 14.394-- es porque ha supuesto que resultan aplicables las disposiciones procesales locales y en estas, no encontramos otra vía apta que resguarde plenamente el derecho de defensa de la parte que no interviene en la Conversión que la vía incidental. Por otra parte, no puede negarse que los derechos están supeditados a las normas que reglamentan su ejercicio y que el reconocimiento de ciertos derechos requiere a veces una previa tramitación, lo cual no implica que se afecten, por el retardo del trámite impuesto, los derechos del solicitante, máxime cuando se recurre a un procedimiento abreviado, como lo es la vía incidental. Si no fuera así, deberían también admitirse los planteos interpuestos contra las resoluciones que disponen la tramitación del juicio ordinario para obtener el divorcio vincular. Finalmente, no creemos que pueda demostrarse un interés legítimo para plantear una nulidad contra el trámite incidental impuesto, cosa que sí podrá hacer, en muchos de los casos, el cónyuge que no intervino en la Conversión. Además, pretender la obtención de una sentencia de divorcio vincular sin la intervención de la otra parte, constituye un abuso en el ejercicio de los derechos concedidos por la Ley 23.515, que no puede ser admitido concientemente por nuestros tribunales.

CONCLUSIONES

1) La Conversión de la sentencia de separación personal en divorcio vincular, sólo puede ser solicitada después de transcurrido un año de firme la sentencia de separación

personal.

- 2) Para el ejercicio de la acción de conversión no existe ni un plazo de caducidad.
- 3) La acción de conversión de la sentencia de separación personal en divorcio vincular es imprescriptible.
- 4) Cualquiera de los cónyuges está legitimado para intentarla.
- 5) Es competente el tribunal de primer instancia, que entendió en el proceso de separación personal.
- 6) Al pedido de conversión debe dársele trámite incidental.
- 7) La solicitud de conversión puede hacerse a través de mandatario. Debe admitirse la acreditación de la personería hecha en el proceso principal, si el mandato se encuentra vigente.
- 8) Del incidente debe darse traslado al otro cónyuge con copia.
- 9) Pueden interponerse defensas formales por falta de requisitos procesales de los incidentes.
- 10) Como defensas sustanciales solo se admitirán: *a)* Que no haya transcurrido un año de la sentencia que declaró la separación. *b)* Que esta no se encuentre firme. *c)* La existencia de reconciliación entre los cónyuges.
- 11) El juez debe tender a ser estricto en la producción y admisión de la prueba para evitar el alargamiento del litigio.
- 12) El incidente se notificará en principio en el domicilio procesal constituido, salvo que por haber estado caducado o por razones de seguridad, el juez resuelva notificarlo en el real.
- 13) En principio los pedidos de Conversión no pueden tramitarse sin el expediente principal.
- 14) Producida la reconciliación entre los cónyuges con posterioridad a la sentencia de separación personal, no se puede convertir esta sentencia en divorcio vincular; en este supuesto será necesario iniciar un nuevo proceso para obtener el divorcio vincular.
- 15) La resolución que convierte la separación personal en divorcio vincular es equiparable a una sentencia definitiva.
- 16) La sentencia que declara disuelto el vínculo deberá ser inscrita en el acta de matrimonio en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, mediante una anotación marginal.
- 17) La regulación de honorarios del incidente de Conversión deberá hacerse como juicio sin monto por no existir valor económico en litigio.

- 18) La sentencia de Conversión es apelable.
- 19) Subsisten los acuerdos homologados y las resoluciones judiciales sobre tenencia de los hijos y régimen de alimentos.
- 20) Se mantiene la disolución de la sociedad conyugal y de no haberse producido su liquidación se continúa el régimen de indivisión postcomunitaria.
- 21) El cónyuge culpable mantiene el derecho de alimentos cuando le fuere de toda necesidad.
- 22) El cónyuge inocente mantiene el derecho de reclamar los daños y perjuicios que la separación le hubiere causado.
- 23) El bien de familia no es desafectado por la disolución del vínculo por la Conversión de la sentencia de separación personal en divorcio vincular.
- 24) Cada uno de los cónyuges puede fijar libremente su domicilio.
- 25) Se mantiene la calificación de conducta determinada en la sentencia de separación personal.
- 26) Desaparece el parentesco por afinidad, excepto como impedimento para contraer matrimonio.
- 27) Subsiste la acción de nulidad no obstante la Conversión de la sentencia de separación personal en divorcio vincular.
- 28) Subsiste la emancipación por matrimonio, pero los divorciados menores de edad no pueden contraer matrimonio sin autorización de sus padres, hasta la mayoría de edad.
- 29) Disuelto el vínculo, los divorciados pueden contraer nuevo matrimonio una vez firme la resolución de disolución.
- 30) Tras el divorcio vincular se pierden los derechos hereditarios en la sucesión *ab-intestato*.
- 31) Carecen de vigencia las disposiciones testamentarias hechas teniendo en cuenta la calidad de cónyuge.
- 32) La mujer divorciada pierde en principio el derecho de usar el nombre de su ex marido salvo que hubiere sido conocida en su profesión, industria o comercio y fuere autorizada para continuar usándolo.
- 33) El inocente que se hubiera mantenido en el hogar conyugal tiene derecho a que este no se liquide si es un bien ganancial; o a que se le de en locación si es un bien propio y existiesen motivos graves.
- 34) El cónyuge inocente tiene derecho a ser mantenido en la misma situación económica

que gozaron los esposos durante la convivencia.

35) Juicio en trámite es aquel en el que no se ha dictado resolución final firme. Sin embargo, el art. 8° de la Ley 23.515 limita el concepto, exceptuando a los procesos con sentencia de segunda instancia, aunque esta no este firme.

36) El plazo para pedir la Conversión en los juicios en trámites llega hasta el dictado de la sentencia de segunda instancia.

37) Para la Conversión en juicios en trámite es necesario que ambos cónyuges manifiesten en forma expresa su voluntad en tal sentido.

38) No es necesario que la voluntad de ambos cónyuges sea prestada simultáneamente.

39) No resulta en este caso admisible el consentimiento tácito.

40) Pesa sobre la parte interesada la realización de las diligencias necesarias para obtener el consentimiento del otro cónyuge, no pudiendo ser suplida por la actividad del tribunal.

41) Sólo son competentes para intervenir en el caso de los juicios en trámite los tribunales de primera y segunda instancia.

42) No es necesaria la vía incidental.

43) Se puede pedir la conversión en las audiencias.

44) Es necesaria la intervención del Ministerio Fiscal.

45) En todo pedido de conversión es necesario el patrocinio letrado.

46) Las peticiones de conversión presentadas con anterioridad a la vigencia de la ley carecen de validez y deben ser ratificadas o reiteradas.

47) En el supuesto de juicios pendientes puede desistirse en todos los casos del pedido de conversión.

48) Una vez dictada la sentencia no puede recurrirse por vía de aclaratoria para obtener la conversión.

49) En los juicios pendientes en los que no se pida la conversión debe dictarse sentencia de separación personal, la que tendrá los efectos señalados en el nuevo régimen.

50) En todo supuesto no contemplado expresamente en el art. 8° debe aplicarse el régimen previsto en el primer párrafo.

51) La Ley 23.515 no establece el procedimiento para la conversión pues el mismo ha quedado librado a los códigos procesales locales.

52) Difícilmente podrá probarse un interés jurídico válido que justifique un planteo de nulidad contra el trámite incidental que corresponde dar a los pedidos unilaterales de conversión en los procesos con sentencia firme.

BIBLIOGRAFÍA

- ACUNA ANZORENA, Arturo, "El divorcio en la ley 2393", *LL*, 78-699.
- "Responsabilidad civil del cónyuge adúltero y de su complicidad por causa de adulterio", *LL*, 27-212.
- ALSINA, Hugo, "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", Bs. As., 1962.
- BELLUSCIO, Augusto Cesar, "Efectos del divorcio vincular", *LL*, 93-910.
- "Derecho de Familia", Bs. As., 1974.
- "Manual de Derecho de Familia", Bs. As., 1977.
- BORDA, Guillermo, "Tratado de Derecho Civil Argentino-Familia", Bs. As., 1979.
- BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo, "Régimen legal de Filiación y Patria Potestad, ley 23.264", Bs. As., 1985.
- Busso, Eduardo, "Código Civil Anotado", Bs. As., 1944. CASTAN TOBENAS, José, "Derecho Civil Español Común y Floral", Madrid, 1983.
- CORNEJO CHAVEZ, Héctor, "Derecho Familiar Peruano", Lima, 1982.
- COLMO, Alfredo, "De las Obligaciones en General", ed., Bs. As., 1944.
- DASSEN, Julio, "La vocación hereditaria del cónyuge y el divorcio vincular", *JA*, 1963-II-199.
- DIAZ DE GUIJARRO, Enrique, "Subsistencia de la vocación hereditaria del cónyuge inocente del divorcio, aun cuando se decreta la disolución del vínculo", *JA*, 1955-III-Doctrina 7, "El mantenimiento de la vocación hereditaria del cónyuge inocente pese a la disolución del vínculo conyugal", *JA*, 1955-IV-Doctrina 5.
- "Carácter de la acción de nulidad de matrimonio por impotencia", *JA*, 20-270.
- ESPIN CANOVAS, Diego, "Manual de Derecho Civil Español", Madrid, 1981.
- FERNANDEZ VALDEZ, Manuel Guillermo, "Ejecutoriedad o irrecurribilidad; una lamentable confusión en torno a ambos conceptos", *JA*, Doctrina 1973-689.
- GARCIA MELE, Horacio, "El nombre y el apellido de la mujer", Bs. As., 1983.
- GIL IGLESIAS, Roberto, "La reconciliación entre cónyuges divorciados", *LL*, 89-681.
- GUAGLIANONE, Aquiles H., "La vocación hereditaria del cónyuge mediando divorcio vincular", *LL*, 108-842.
- JEMOLO, Carlos, "El Matrimonio", Bs. As., 1954. KNECHT, "Del' echo Matrimonial Católico".
- LEZANA, Julio 1., "Ninguno de los cónyuges hereda al otro una vez decretado el divorcio vincular y cualquiera de ellos puede pedir la disolución de la *sociedad conyugal*", *JA*, 1955-III-9.
- LAGOMARSINO, Carlos A., "Algunas consideraciones sobre la reconciliación entre cónyuges divorciados", *LL*, 111-616.
- LLOVERAS, Nora, "Divorcio y reconciliación", *LL*, 1984 III-755.
- MACHADO, José Olegario, "Exposición y Comentario del Código Civil Argentino", Bs. As., 1898.
- MAZEAUD, Jean, Henry y León, "Lecciones de Derecho Civil", Bs. As., 1959.
- MAZZINGHI, Jorge, "Derecho de Familia", Bs. As., 1972. MEDINA, Graciela, "La Reconciliación", *Rev. de la Fac. de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Univ. de Mendoza*, nOS. 8/9.

MENDEZ COSTA, Maria Josefa y otros, "Del' echo de Familia", Santa Fe, 1982.
"Divorcio y Bien de Familia", *LL*, 1986-A-491.
MINYERSKY MEsAssE, Nelly, FLAH, Lily Y VIGGIOLA, Lidia, ponencia presentada en el I Congreso Nacional de Abogadas en Buenos Aires, 18 al 21 de junio de 1987.
PALACIO, Lino Enrique, "Derecho Procesal Civil", Bs. As., 1982.
PODETTI, Ramiro, "Tratado de las Ejecuciones", Bs. As., 1952.
- "Tratado de los Recursos", Bs. As., 1958.
RIVERA, Julio Cesar, "Habilitación de edad", Bs. As., 1975.
SALAS, Acdeel Ernesto, "Código Civil Anotado", Bs. As., 1981.
SALVAT, Raymundo, "Obligaciones en General", ó~ ed. act.
SPOTA, Alberto G., "Tratado de Derecho Civil", Bs. As., 1968.
W AGMAISTER, Adriana, "Acerca de la caducidad de la acción de nulidad de matrimonio por impotencia si los cónyuges se divorciaron anteriormente", *LL*, 1985-C-610.
- Ponencia presentada en las 4as. Jornadas Rioplatenses de Derecho, Punta del Este, novo 1986. ZANNONI, Eduardo, "Derecho de Familia", Bs. As., 1978. - "Derecho de Familia", Bs. As., 1978.
- "Régimen del Matrimonio Civil y Divorcio, ley 23.515", Bs. As., 1987.

Esta edición fue compuesta y armada
cn LINOTELL, Pepiri 734, Capital,
e impresa por RODOLFO STANG,
Combate de los Pozos 968, Capital,
en agosto de 1987