

EL PROCESO DE FORMACIÓN DEL CONVENIO REGULADOR EN EL TRÁMITE DE DIVORCIO¹.

Un buen arreglo es siempre preferible al mejor pleito
Ramón Daniel Pizarro

por Adrián Morea

SUMARIO: 1. La autonomía de la voluntad en el derecho de familia. 2. El convenio regulador en el marco del divorcio. 3. Modos de formación del convenio regulador. 3.1. Propuesta común presentada en el escrito de demanda conjunta. 3.2. Propuesta individual arimada por uno de los cónyuges a la cual adhiere posteriormente el otro. 3.3. Propuestas individuales consensuadas en una propuesta común en el devenir del proceso. 4. Colofón.

1. La autonomía de la voluntad en el derecho de familia.

El derecho de familia se ha caracterizado por la presencia de normas de orden público que habilitaban una amplia intervención estatal. Sin embargo, el avance del reconocimiento del principio de la autonomía de la voluntad como desprendimiento lógico del fortalecimiento del Estado de Derecho no puede ser, ni lo ha sido, ajeno al derecho de familia. En este sentido, siguen aún hoy vigentes – y hoy con mayor vigor – las palabras de Barbero en cuanto aludía a que hay un nuevo orden público familiar que consiste precisamente en que no se altere el libre juego de la autonomía de la voluntad².

Nuestra Constitución tutela la familia en el artículo 14 bis y tras la reforma operada en 1994 en numerosos artículos de los distintos instrumentos de derechos humanos a los que el artículo 75 inciso 22 otorga igual jerarquía normativa que nuestra Constitución³ (en los términos y con los alcances allí dispuestos). Este reconocimiento,

¹ Publicado en Erreius, Temas de Derecho Procesal/Junio 2020)

² BARBERO, Omar U., Autonomía de la voluntad en las relaciones personales de familia (pensando en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil) Sup. Act. LA LEY 17/07/2003, 1.

³ Así, el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Declaración Americana de Derechos Humanos, art. V: Derecho a la protección, a la honra, la reputación personal y la vida privada y familiar. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar. Art. VI. Derecho a la constitución y a la protección de la familia. Toda persona tiene derecho a constituir una familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella. La CADH, hace lo propio en los art. 11 (protección de la honra y de la dignidad) y 17 (protección a la Familia). Muy importante resulta el segundo apartado del artículo 27 de la CADH en cuanto incluye al artículo 17 de Protección a la familia, entre aquellos derechos que no se encuentran autorizados para ser suspendidos ni aun en caso de guerra, peligro público o de otra emergencia que amanece la independencia o seguridad del Estado parte. Asimismo, es de destacar el artículo 32 de la CADH que al referirse a la correlación entre Deberes y Derechos dispone en su primer apartado que “*Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad*”, y en el apartado 2. Que “*Los derechos de cada persona*

nuevamente se articula con lo expresado párrafos atrás en relación a la obligación del juez de velar por la supremacía del bloque de constitucionalidad federal aun *ex officio*, aunque insistimos en la importancia de la labor del operador jurídico, en especial de los abogados en el libre ejercicio de la profesión al instar los planteos de inconstitucionalidad.

Hasta aquí todo pareciera bastante claro y certero, pero lo cierto es que pese al incesante tratamiento de la autonomía de la voluntad por parte de la jurisprudencia y doctrina, sus implicancias prácticas siguen despertando intensos debates. Ello se evidencia a poco andar por el derogado Código Civil en lo que hace a las normas relativas al plazo exigido por el legislador para solicitar la separación personal o el divorcio, así también como el requisito de la doble audiencia para que el juez pueda determinar si los motivos aducidos por las partes son suficientemente graves (arts. 204, 205, 214. Inc. 2, 215 y 236).

La norma se actualiza, se adecua a la moral y orden público vigentes de la mano de la interpretación. La interpretación la vivencia en el caso concreto. Máxime cuando de su literalidad surja una pugna con la norma constitucional o convencional, resultando aplicable entonces lo esbozado respecto al control de constitucionalidad y convencionalidad no sólo a instancia de parte sino también de oficio. En los casos aludidos, la jurisprudencia ha decretado en los últimos años la inconstitucionalidad de las normas (a lo que podría claramente sumarse la inconventionalidad de las mismas) en cuanto representan una injerencia arbitraria del Estado en la intimidad familiar. Aun cuando ello resulta suficiente, es dable agregar que las normas citadas constituyen en la practica un modo de perpetuar y alentar el conflicto entre las partes lejos de salvaguardar la unidad familiar y la revinculación de las partes de un modo sano, dada la casi certera relación que las mismas deberán mantener en lo sucesivo, aun pese a la ruptura del vínculo matrimonial⁴.

Toda vez que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es siempre, como de antaño ha dicho la Corte doméstica, una solución de *ultima ratio*, estas reiteradas

están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

Pueden también mencionarse el art. 4 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; el Preámbulo y el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Arts. 17 y 23 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos. El art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, inhumanos o degradantes en lo referente al recluso y su relación con familiares. El artículo 8 de la Convención de Derechos del Niño.

⁴ SOSA, Guillermina Leontina, MOREA, Adrián Oscar, La autonomía de la voluntad: camino para la pacificación de los conflictos familiares. Acertada respuesta del Proyecto. Publicado en Jurisprudencia Argentina con fecha 25 de Junio de 2014.

declaraciones de inconstitucionalidad significan un llamado de atención al legislador en cuanto a la necesidad de modificar las normas que se hallan en contraposición con nuestra Carta Fundamental.

Por ello, aun cuando no concordamos con la totalidad de las normas dispuestas en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, lo cierto es que creemos que en materia de disolución matrimonial ha venido a aportar claridad y a adecuar el régimen de divorcio a la Carta Fundamental.

2. El convenio regulador en el marco del divorcio.

La nueva norma codificada ha potenciado el principio de autonomía de voluntad de los cónyuges, no sólo en la fase de constitución y desarrollo de la relación jurídica matrimonial sino también en el momento de su ruptura.

Dentro de esta lógica dispositiva, debe analizarse la figura jurídica del “*convenio regulador*”. A tenor del art. 438 del CCyC, se trata de un acuerdo entre cónyuges homologado por el Juez referido a cuestiones comunes (ejercicio de la responsabilidad parental, atribución de la vivienda, distribución de bienes, eventuales compensaciones económicas, etcétera) que se realiza en el marco del proceso de divorcio.

Hay aquí una primera diferencia visible con respecto al régimen vigente previsto en el art. 236 del Código Civil que contemplaba la presentación de acuerdos exclusivamente en los casos de separación personal y divorcio por presentación conjunta (art. 205 y 215 del Código Civil). El Código extiende esta previsión a todo divorcio, por el simple hecho de que el único proceso de divorcio que subsiste en el nuevo régimen es el divorcio sin expresión de causa (art. 437 del CCyC).

Los reformistas interpretaron que estos convenios representan un medio más útil y ventajoso de solución del conflicto que un eventual juicio. Al decir de Bossert, la composición voluntaria del conflicto no sólo evita el dispendio jurisdiccional, los gastos inherentes al juicio y la demora en la resolución del pleito, sino que además posibilita que el cumplimiento se desarrolle a través del tiempo con menos incidencias que las que suelen suscitarse durante el procesos.

El convenio regulador es el acuerdo único que materializa el resultado de las recíprocas concesiones de las partes respecto a las cuestiones conexas al divorcio.

⁵ AMOREO, María Cristina, “Los convenios nupciales”, La ley, 7/8/12.

En sentido técnico-jurídico, trasunta un acto jurídico familiar bilateral, tendiente a crear, modificar, extinguir derechos entre los cónyuges que con el dictado de la sentencia de divorcio serán ex cónyuges⁶.

El Código otorga un lugar privilegiado y protagónico a la autonomía de la voluntad en el ámbito familiar, y esa orientación legislativa se cristaliza principalmente en el convenio regulador en cuanto instrumento convencional destinado a normar todos o algunos de los efectos que se derivan tras la ruptura de la unión matrimonial. De este modo, la norma codificada ha venido a potenciar el principio de autonomía de voluntad de los cónyuges, no sólo en la fase de constitución y desarrollo de la relación jurídica matrimonial sino también en el momento de su extinción.

En esta dirección, el art. 439 del CCyC le confiere un valor vinculante y un contenido amplísimo: *"El convenio regulador debe contener las cuestiones relativas a la atribución de la vivienda, la distribución de los bienes y las eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges; el ejercicio de la responsabilidad parental, en especial, la prestación alimentaria (...) Lo dispuesto en el párrafo anterior no impide que propongan otras cuestiones de interés de los cónyuges"*.

La principal novedad del nuevo código -a nivel de acuerdos sobre cuestiones conexas al divorcio- reside en la imposición a los cónyuges de presentar una propuesta que regulen los efectos personales y patrimoniales del divorcio como requisito de admisibilidad de la acción. La presentación de propuestas de acuerdo ya no es facultativa para las partes, sino obligatoria.

Advertimos que el triunfo de la autonomía de la voluntad se logra paradójicamente al costo de imponerla legalmente. En contraposición, el código de Vélez (art. 236) dejaba librado a las partes la posibilidad de presentar acuerdos sobre los aspectos previstos en la norma.

El contraste es claro: el Código Civil y Comercial parecería retroceder en relación a la autonomía de la voluntad de las partes al exigir una forma pero avanza en lo sustancial al establecer un marco de composición basado en la autonomía de la voluntad.

En este punto, el Código no introduce una novedad legislativa absoluta, sino que recoge lo que había dispuesto el art. 226 del Proyecto de Reforma al matrimonio civil del año 1985 aprobado por la Cámara de Diputados. Aquel proyecto había establecido como requisito de admisibilidad de la demanda de separación o divorcio por presentación

⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo II, Buenos Aires, Ed. Rubinzal Culzoni Editores, 2015, pag. 745.

conjunta, la presentación del acuerdo de los cónyuges sobre la tenencia y régimen de visitas de los hijos, atribución del hogar conyugal y régimen alimentario⁷

3. Modos de formación del convenio regulador.

El régimen vigente reconoce diversas modalidades de gestación del convenio regulador (art. 438 del CCyC):

1. Propuesta común, que se presenta con el escrito de demanda conjunta.
2. Propuesta individual que es presentada por un cónyuge en el escrito de demanda, a la cual el otro cónyuge adhiere plenamente en el escrito de contestación de demanda.
3. Propuestas individuales que son consensuadas en una propuesta común en el devenir del proceso.

En virtud de ello, advertimos que cada una de estas modalidades marca diferentes puntos de inicio del convenio regulador. La determinación del momento en el que este acuerdo queda perfeccionado reviste gran importancia ya que determina el nacimiento de un vínculo generador de obligaciones con efectos vinculantes para las partes.

3.1. Propuesta común presentada en el escrito de demanda conjunta.

En este caso, ambos cónyuges peticionan el divorcio y presentan un acuerdo regulador ya consensuado. Esta propuesta común expresada en el escrito de demanda conjunta no puede ser reducida a una simple propuesta, sino que constituye técnicamente –en la medida de que no contenga vicios esenciales- un convenio regulador.

Esto se debe a que el consentimiento es el elemento nuclear del contrato y por ende resulta fundante de su existencia, pues en aquél confluye la oferta y la aceptación como etapas necesarias y suficientes del proceso de formación de la voluntad contractual común de las partes (art. 971 del CCyC).

Aquí el legislador argentino se ha hecho eco de los antecedentes de la jurisprudencia y doctrina española de acuerdo a la cual el convenio regulador, si bien está expuesto al control de legalidad efectuado por el juez en la sentencia homologatoria, es un negocio jurídico de derecho familiar que, una vez aprobado queda integrado a la

⁷ BOSSERT, Gustavo, “Régimen jurídico de los alimentos”, 2 edición actualizada y ampliada, 1era reimpresión, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2006, pag . 315.

resolución judicial con la eficacia procesal que tal acto conlleva. Y hasta tanto ello no ocurra, tiene la eficacia correspondiente a todo acto jurídicos.

En esta línea, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Pergamino calificó a una propuesta presentada conjuntamente por ambas partes en un escrito común como convenio regulador perfecto: *“En la especie, la oferta y la aceptación se verificaron de manera simultánea y conjunta mediante la conformación del acuerdo introducido en el escrito común presentado por los peticionantes del divorcio a fs. 29/33, con lo cual el perfeccionamiento del convenio se exteriorizó a través de la suscripción de dicha pieza procesal por ambas partes. En efecto, el acuerdo proyectado constituye un convenio existente, válido y eficaz, por cuanto al tratarse de un escrito conjunto introducido en la demanda quedó cristalizado en dicho acto el consentimiento de ambas partes”*⁹.

Desde una postura refractaria, Acuña San Martín le concede a la homologación judicial una relevancia constitutiva en la formación del convenio regulador: *“el convenio regulador es un acto jurídico familiar de naturaleza compleja y en el cual los cónyuges regulan los efectos del divorcio en los aspectos personales, patrimoniales y en relación a los hijos comunes y que, para su perfeccionamiento, debe contar con la respectiva homologación judicial. Precisamente por ello el acto es complejo, dado que no bastará con el mero acuerdo de los esposos, sino que la intervención judicial constituirá un requisito para su eficacia”*¹⁰. No obstante la seriedad de este planteo doctrinal, no comulgamos con lo expuesto por cuanto, en contra de la teoría general de los actos jurídicos bilaterales, esta tesis desconoce la fuerza vinculante del consentimiento como elemento esencial del convenio, al mismo tiempo que desnaturaliza el carácter de la homologación judicial como acto aprobatorio no constitutivo del convenio, equiparando indebidamente la voluntad contractual con el ejercicio de la función jurisdiccional.

El posicionamiento que sostenemos no trasunta una cuestión meramente teórica, sino que dispara efectos prácticos relevantes para la relación jurídica habida entre los consortes. En efecto, si consideramos que el convenio nace con el consentimiento de las partes, las consecuencias prácticas son diversas y relevantes. A saber: 1) Salvo disposición expresa en contrario, los derechos y obligaciones derivados del convenio

⁸ LLAMAS POMBO, Eugenio, Los efectos de las crisis matrimoniales, Madrid, Ed. La Ley, 2009, pag. 212 y 213.

⁹ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Pergamino, "P. A. V. C/B. J. A. S/ DIVORCIO POR PRESENTACION UNILATERAL", causa n° 3713, 5 de Marzo de 2020).

¹⁰ ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, El convenio regulador como mecanismo ordenador de los efectos del divorcio. Publicado en DFyP, marzo de 2016, pag. 58.

resultarán exigibles desde el momento mismo de la presentación del escrito conjunto en el que se formule la mentada propuesta común, 2) La verificación de las condiciones de validez del contrato (consentimiento, capacidad, forma, objeto, causa, etc.) deberá ponderarse con relación a ese hito temporal, 3) las posibilidades de retractación de las partes quedarán agotadas con el acto mismo de presentación del acuerdo conjunto, toda vez que a partir de tal momento cualquier comunicación del retiro de la aceptación por el destinatario resultará necesariamente posterior a éste. Al respecto, el art. 981 del CCyC prevé en forma categórica que: *"La aceptación puede ser retractada si la comunicación de su retiro es recibida por el destinatario antes o al mismo tiempo que ella"*. Se trata de un requisito temporal de eficacia de la retractación, cuya inobservancia sella definitivamente los efectos de la aceptación y en forma derivada del consentimiento contractual o convencional que sustenta la obligatoriedad del acuerdo. Lo hasta aquí expuesto se funda asimismo en el principio de autonomía de la voluntad reconocido en el art. 959 del CCyC que dispone: *"Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé"*. Así pues, en el Código se reproduce el principio vinculante como efecto de todo contrato válido que constituye lo que históricamente se ha enunciado como la *"fuerza obligatoria del contrato"*. Y en forma concomitante en el art. 961 del CCyC que consagra el principio de buena fe contractual del cual fluye la exigibilidad del principio de autorresponsabilidad de quien emite una declaración y genera la legítima confianza de la parte a quien va dirigida.

Es importante remarcar que la homologación judicial del acuerdo, si bien produce efectos jurídicos relevantes, no representa una condición de validez del convenio regulador.

En esta inteligencia, Salas considera que no es necesario que el acuerdo haya sido aprobado y homologado judicialmente para que produzca efectos, puesto que este acto de confirmación judicial no tiene por fin dotarla de validez, sino darla a publicidad y constituirla como título ejecutorio. Asimismo, la eficacia del convenio regulador no se halla diferida al dictado de la resolución homologatoria, si las partes no convinieron expresamente esa formalidad¹¹.

Cabe destacar que, en materia de transacción como modo anormal de extinción de obligaciones litigiosas, se ha procedido con un criterio similar y, dado que el convenio

¹¹ SALAS, A. E., Código Civil anotado, tomo 1, 2da. ed. actualizada, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1971, pag. 422

regulador resulta jurídicamente asimilable al acuerdo transaccional por cuanto materializa una forma consensuada de resolver el proceso judicial existente entre las partes, cabe aplicar analógicamente la misma solución.

En este aspecto, se ha decidido que el pronunciamiento homologatorio del convenio por parte del órgano jurisdiccional previsto en el art. 308 de la legislación adjetiva bonaerense no constituye un requisito de eficacia de la transacción. De allí que el avenimiento o transacción celebrado en un juicio no requiere ser homologado por el juez para producir sus efectos y vale aunque el magistrado en cuyo juzgado se efectuó no hubiera suscripto el acta respectiva¹².

La cuestión ha quedado definitivamente zanjada en el Código Civil y Comercial de la Nación. En efecto, el art. 1642 respalda la tesitura expuesta al disponer que "*la transacción produce los efectos de la cosa juzgada sin necesidad de homologación judicial*". A tenor del art. 971 del CCyC aplicable a los contratos en general y análogamente a los convenios familiares, "*el contrato se concluye con la recepción de la aceptación de una oferta o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo*".

3.2. Propuesta individual arrimada por uno de los cónyuges a la cual adhiere posteriormente el otro.

Esta modalidad tiene lugar cuando el divorcio es requerido en forma unilateral por uno de los cónyuges, quedando secundado por una *propuesta* de solución a cada cuestión que necesite ser organizada y/o decidida en orden a la inminente disolución del vínculo. En este caso, se correrá traslado al otro cónyuge de la demanda y de la propuesta reguladora arrimada, pudiendo aquel aceptarla o realizar una contrapropuesta. Si es aceptada, lo que fue "*propuesta*" se transformará en "*convenio*" por el acuerdo de partes¹³.

Con mayor exactitud, consideramos que el convenio regulador quedará constituido como tal al momento de la presentación adhesiva efectuada por el cónyuge adherente, toda vez que a través de ella se vehiculiza la aceptación de la propuesta presentada por el cónyuge recurrente (art. 971 del CCyC).

¹² Cf. CNCiv, Sala D, 20-7-71, L.L. 146-368.

¹³ PRACH, Eliana M., VÉNERE, Juan Ignacio; Aspectos patrimoniales de la propuesta o convenio regulador. Publicado en: Sup. Esp. CP 2019 (noviembre) , 55. Cita Online: AR/DOC/3863/2019.

Hasta tanto ello no ocurra, la propuesta individual del cónyuge recurrente valdrá como una oferta, es decir como una manifestación dirigida a persona determinada, con la intención de obligarse y con las precisiones necesarias para establecer los efectos que debe producir de ser aceptada (art. 972 del CCyC).

El cónyuge recurrente quedará vinculado por su ofrecimiento a partir del instante en que la propuesta llegue a conocimiento del cónyuge destinatario -siendo éste el último momento hasta el cual puede proceder al retiro de la misma (art. 975 del CCyC)-, y hasta el agotamiento del plazo procesal de que dispone el otro cónyuge para expedirse acerca de la propuesta formulada por aquél, por cuanto éste coincide con el momento en que puede razonablemente esperarse la recepción de la respuesta (art. 974 del CCyC).

Sin perjuicio de que el convenio regulador se constituye con la aceptación de la propuesta, es preciso señalar que hasta tanto la conformidad del cónyuge adherente llegue a conocimiento del cónyuge recurrente, éste podrá retractarse –siendo ésta la última oportunidad para dejar sin efecto la aceptación- (art. 981 del CCyC). En el caso analizado, tal posibilidad será viable hasta que se efectivice el traslado de la propuesta del convenio regulador formulada por el cónyuge presentante.

3.3. Propuestas individuales consensuadas en una propuesta común en el devenir del proceso.

Esta situación puede darse tanto cuando las partes realizan una presentación conjunta y acompañan dos propuestas diferentes en el escrito común, como cuando la petición es unilateral y el recurrente arrima su propuesta individual de la cual se corre traslado al otro cónyuge que presenta a su vez una propuesta diferente¹⁴.

Es preciso observar aquí que, a menos que ambas propuestas tengan un contenido convencional absolutamente coincidente, cada una de ella valdrá como oferta individual para celebrar un convenio determinado hasta tanto se unifiquen en una propuesta común que no será otra cosa más que un acuerdo válido y eficaz.

¹⁴ MIZRAHI, Mauricio Luis, El divorcio, sus efectos y el trámite procesal. Publicado en LA LEY 07/08/2017 , 1 • LA LEY 2017-D , 1071. Refiere el autor que cuando la presentación es bilateral, aunque lo regular es que se vuelque en un mismo escrito, nada impide que se inicie el proceso, simultáneamente, con dos escritos diferentes; cada uno firmado por un cónyuge. En lo que se refiere a la propuesta de convenio regulador, estará la posibilidad de acompañar dos propuestas (una por cada peticionario), a pesar de requerirse conjuntamente el divorcio.

La interpretación propiciada se funda en el requisito de plenitud de la aceptación, en virtud del cual para que el contrato o convenio quede concluido como tal resulta necesario que el contenido del acuerdo proyectado entre las partes sea idéntico. Caso contrario, la segunda presentación no valdrá como aceptación, sino como propuesta de un nuevo convenio.

La solución propiciada se funda en el art. 978 del CCyC en cuanto dispone que: *“Cualquier modificación a la oferta que su destinatario hace al manifestar su aceptación, no vale como tal, sino que importa la propuesta de un nuevo contrato”*. Y en materia de familia, cabe añadir un argumento adicional, cual es el carácter esencialmente conexo de las cuestiones comunes al divorcio que impide validar convenios reguladores sobre la base de aceptaciones parciales respecto a las cuales el oferente no ha prestado su conformidad, so riesgo de desquiciar la lógica sinalagmática global de tales convenios.

Verbigracia, una cuota alimentaria elevada podría tener sentido en el marco de un acuerdo en el que también se ha pactado que el alimentante delega en el otro cónyuge el cuidado personal exclusivo de los hijos menores a cargo, pero podría dejar de ser razonable si se excluye esta última previsión de la propuesta reguladora, máxime teniendo en cuenta que el art. 660 del CCyC establece que: *“Las tareas cotidianas que realiza el progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo tienen un valor económico y constituyen un aporte a su manutención”*. En igual sentido, una compensación económica baja podría estar justificada si el cónyuge que la presta le cede al otro la atribución de la vivienda familiar. Ahora bien, si esta cláusula queda excluida del contenido del convenio regulador por no haber sido aceptada por el destinatario de la propuesta, posiblemente la extensión de la obligación compensatoria familiar devendría insuficiente. Repárese, en este sentido, en que la atribución del hogar familiar es una de las pautas cualitativas que debe considerar el juzgador a la hora de determinar el alcance de esta prestación (art. 442 del CCyC).

Por tal motivo, para que la propuesta individual modificatoria o parcialmente coincidente con la primera propuesta presentada trascienda en un convenio regulador válido y eficaz será menester que el otro cónyuge acepte estas modificaciones dentro del plazo que le fuese otorgado al corrérsele traslado de la propuesta modificatoria, aceptación que a su vez debe notificarse al autor de ésta.

Como bien señala María Victoria Pellegrini, también existe la posibilidad de que los cónyuges acuerden en pedir su divorcio pero no así en cómo regular sus efectos. Así

pues, sería viable la petición conjunta de la disolución del vínculo con presentación de propuestas por separado¹⁵.

Podría ocurrir también que al contestar la acción el otro esposo no diga nada o directamente no evacúe el traslado respectivo. Si bien el Código no contempla expresamente este supuesto, entendemos que en tal caso deberá tenerse a la demandada como conforme con la propuesta de la parte actora. Aunque como regla general el silencio no equivale a una manifestación de la voluntad (art. 263 del CCyC), este principio cede cuando existe un deber de expedirse que puede resultar “*de la ley, de la voluntad de las partes, de los usos y prácticas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes*”. En el supuesto analizado, consideramos que la omisión de un cónyuge de pronunciarse en relación a la propuesta formulada por el otro deberá ser interpretada como manifestación de voluntad y por ende quedará constituido el acuerdo una vez vencida la oportunidad procesal del cónyuge reticente. Esto se debe a que las partes no sólo tienen la carga procesal de expedirse sobre la propuesta reguladora, sino también un deber de colaboración procesal fundado en el principio de lealtad, probidad y buena fe previsto en el art. 34 inc. 4.d. del CPCCN cuya inobservancia autoriza a interpretar su silencio como expresión positiva de voluntad conforme al acto. Amén de ello, debe considerarse que una actitud procesal de la índole señalada colisiona contra la tésis de un proceso de divorcio en el que se busca potenciar el alcance de la autonomía de la voluntad familiar como ámbito de autocomposición de conflictos.

Distinto es el caso en el que el esposo demandado simplemente se limita a manifestar que no está de acuerdo con la propuesta acompañada con la acción sin ofrecer una propuesta reguladora distinta, pues allí hay una negativa expresa de su parte que impide la formación del consentimiento. Sin perjuicio de ello, estimamos que el magistrado podrá valorar esta conducta procesal no colaborativa como un indicio en su contra si eventualmente se judicializaran algunas de las cuestiones relativas al divorcio.

Finalmente, el Código Civil y Comercial contempla la realización de una audiencia como principal oportunidad procesal para que todas las similitudes y diferencias entre los aún cónyuges sean analizadas por el juez y se intente arribar allí a un acuerdo regulador (art. 438 del CCyC)¹⁶. A tal efecto, se prevé que los consortes,

¹⁵ PELLEGRINI, María Victoria, El convenio regulador del divorcio en el Código Civil y Comercial, Kemelmajer de Carlucci, Aída - Herrera, Marisa (dirs.), Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación. Familia 2014 (diciembre), 4/12/2014, ps. 75 y ss. Cita online: AR/DOC/4323/2014.

¹⁶ LORENZETTI, Ricaro Luis, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo II, Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni Editores, 2015, pag. 739.

además de las propuestas, acompañen la documentación respaldatoria de lo que cada uno esgrime a fin de garantizar el mayor rendimiento procesal de la audiencia en punto a la autocomposición del conflicto. Elementos cuya agregación podría incluso el juez ordenar de oficio.

4. Colofón.

El presente trabajo ha girado en torno a la idea fuerza según la cual el avance de la autonomía de la voluntad no es ajena al derecho matrimonial.

Esta inclinación paradigmática que adopta el nuevo Código se inspira en principios de derechos humanos debidamente receptados en el bloque de constitucionalidad y convencionalidad federal. El principio de libertad, autonomía y desarrollo de la personalidad se erigen pues como los nuevos bastiones que vienen a estructurar el equilibrio que debe primar en las relaciones jurídicas familiares.

En esta inteligencia, el proceso de divorcio como modo de operativizar la disolución del vínculo conyugal ha asimilado estos valores mediante la incorporación legislativa de la figura del convenio regulador en tanto manifestación específica de la autonomía de la voluntad en la etapa extintiva del régimen matrimonial. En efecto, en la nueva codificación, se advierte una intención clara y contundente de promover esta clase de acuerdos, no ya mediante la mera previsión que posibilite a las partes hacerlos o no, sino estableciendo como requisito de admisibilidad de la acción judicial de divorcio el acompañamiento de una propuesta reguladora.

El convenio regulador se posiciona entonces como el principal resorte jurídico a partir del cual el nuevo Código promueve la autonomía de la voluntad en la fase extintiva del vínculo matrimonial, y aspira a lograr la pacificación del conflicto familiar de cara al futuro.

El interrogante específico que ha convocado nuestro interés en esta oportunidad ha gravitado en torno a la determinación del modo y el momento de formación del convenio regulador en el proceso de divorcio. Advertimos que el esclarecimiento de esta cuestión ha demandado una interacción dinámica y sistémica entre el derecho de forma y de fondo. Es que si bien es verdad que las cuestiones procesales forman parte de la competencia local, no es menos cierto que en la legislación civil –especialmente a partir de la sanción del nuevo Código- siempre ha habido disposiciones tendientes a unificar criterios y estructurar conflictos de fondo, habida cuenta de que el derecho sustancial no

puede abstraerse de los medios necesarios para su realización y que a su vez tales medios deben moldearse al calor de las exigencias derivadas del derecho de fondo.

En este derrotero, hemos basado nuestro abordaje a partir de la calificación del convenio regulador como acto jurídico familiar. Esto ha determinado la necesidad de sintonizar el régimen aplicable a este tipo de convenio con las reglas jurídicas generales que rigen en materia de actos jurídicos y contratos, pero sin desconocer sus peculiaridades específicas en tanto convención familiar ligada al instituto del divorcio. Tal convergencia normativa ha derivado en un diálogo de fuentes desde el cual hemos podido ir desandando el proceso de formación del convenio regulador y sus diversas contingencias procesales en función de la modalidad del trámite de divorcio dentro de la cual haya tenido lugar la gestación del mismo.

Concluimos finalmente que la principal novedad del nuevo código a nivel de acuerdos sobre cuestiones conexas al divorcio reside en la imposición a los cónyuges de presentar una propuesta que regulen los efectos personales y patrimoniales del divorcio como requisito de admisibilidad de la acción. Paradójicamente, el Código Civil y Comercial parecería retroceder en relación a la autonomía de la voluntad de las partes al exigir una forma pero avanza en lo sustancial al establecer un marco de composición voluntario, lo que ha llevado a revisar aquí las implicancias procesales y sustanciales de esta repotenciación de la autonomía de la voluntad en el marco del divorcio.