

# SUPLEMENTO ESPECIAL

## Código Civil y Comercial de la Nación

### Familia

Directoras

**AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI**

**MARISA HERRERA**

DICIEMBRE 2014

THOMSON REUTERS  
**LA LEY**



# Sumario

---

## CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

---

### PRESENTACIÓN

Por Aída Kemelmajer de Carlucci y Marisa Herrera .....	V
--	---

### DOCTRINA

Matrimonio: los principales cambios en el derecho sancionado Por <b>Olga E. Orlandi</b> .....	1
Régimen de bienes y autonomía de la voluntad. Elección y modificación del régimen. Convenios. Contratos entre cónyuges Por <b>Mariel F. Molina de Juan</b> .....	17
Disolución del régimen patrimonial del matrimonio. Indivisión postcomunitaria. Liquidación y recompensas en el nuevo Código Civil y Comercial Por <b>Carlos A. Arianna y Adriana S. Bertini</b> .....	31
El régimen de divorcio incausado en el Código Civil y Comercial de la Nación Por <b>Marisa Herrera</b> .....	53
El convenio regulador del divorcio en el Código Civil y Comercial Por <b>María Victoria Pellegrini</b> .....	75
La unión convivencial en el Nuevo Código Civil y Comercial: la regulación integral de otra forma de vivir en familia Por <b>Natalia De la Torre</b> .....	88
Uniones convivenciales: efectos personales y patrimoniales durante y tras la ruptura Por <b>Nora Lloveras</b> .....	99
Cuestiones procesales a la luz del Código Procesal Modelo de Familia (que responde al nuevo Código Civil y Comercial) Por <b>Mabel Alicia De los Santos</b> .....	125
Relaciones de familia en el Derecho Internacional Privado Por <b>Marcelo D. Iñiguez</b> .....	135



# PRESENTACIÓN

En octubre del 2014 se sancionó el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Como es sabido, en el campo de las relaciones de familia los cambios han sido importantes, radicales y sustanciales; todos ellos han sido forzados por la obligada perspectiva constitucional-convencional del derecho civil, con fuerte impacto en el derecho de familia.

Por otra parte, la realidad social de nuestros días, mucho más compleja, necesita de normas más acordes con estos cambios.

¿El nuevo Código Civil y Comercial introduce modificaciones revolucionarias, ajenas a la realidad argentina, o por el contrario, en su mayoría, venían precedidas de movimientos de cambio de origen doctrinal y jurisprudencial?

Para responder a este interrogante se han elaborado dos suplementos especiales dedicados a analizar las principales modificaciones en algunos de los muchos temas que contiene el Libro Segundo del Código Civil y Comercial.

Dado que las reformas han sido numerosas, de mayor y menor magnitud, e incluso en algún caso suponen incorporaciones (como las uniones convivenciales y las técnicas de reproducción humana asistida como una tercera fuente filial) se ha dividido el estudio en dos suplementos.

Esta primera entrega se focaliza, principalmente, en las relaciones entre adultos; o sea, en los primeros Títulos del Libro Segundo. La segunda versará más específicamente sobre las relaciones con personas que no han alcanzado aún la plena capacidad.

Por eso, este suplemento se inaugura con un pantallazo general sobre “Matrimonio: los principales cambios en el derecho sancionado” a cargo de Olga Orlandi. También desde un panorama general, Mariel Molina de Juan se interesa por una de las principales reformas en el campo del régimen patrimonial del matrimonio en su artículo sobre el “Régimen de bienes y autonomía de la voluntad. Elección y modificación del régimen. Convenios. Contratos entre cónyuges”. Dentro de este extenso ámbito temático, la dupla integrada por Carlos Arianna y Adriana Bertini profundiza sobre “Disolución del régimen patrimonial del matrimonio. Indivisión postcomunitaria. Liquidación y recompensas en el nuevo código civil y comercial”. Focalizándose en la ruptura del vínculo, Marisa Herrera explica “El régimen de divorcio incausado en el Código Civil y Comercial de la Nación” atendiendo, especialmente, a los aspectos procedimentales que se derivan del nuevo y simplificado sistema legal. La cuestión relativa a los efectos, en cambio, es analizada por María Victoria Pellegrini al estudiar un instrumento clave a la luz del principio de autonomía de la voluntad, como es “El convenio regulador del divorcio en el Código Civil y Comercial”.

En consonancia con uno de los principios o valores axiológicos sobre los cuales se edifica el nuevo Código Civil y Comercial, es decir, la aceptación de la diversidad de formas familiares, se estudian las uniones convivenciales. Como se ha adelantado, se trata de una figura que se incorpora al nuevo texto legal y, por lo tanto, en atención a su novedad, se le dedica dos artículos. El primero, a cargo de Natalia de la Torre, de manera más general o situacional, se refiere a “La unión convivencial en el Nuevo Código Civil y Comercial: la regulación integral de otra forma de vivir en familia”. Sobre la base de estos principios básicos y fundacionales, Nora Lloveras se dedica a explicitar cuáles son los efectos personales y patrimoniales durante y tras la ruptura.

Esta primera entrega se cierra con dos trabajos que provienen de otros campos del saber jurídico pero con un impacto o incidencia directa en la regulación de las relaciones de familia. Nos referimos al derecho procesal civil de familia, de autoría de Mabel de los Santos, que comparte otra pieza legislativa que se encuentra en su primer estadio: un anteproyecto de Código Procesal Modelo de Familia, elaborado por iniciativa del Consejo de la Magistratura local, por quienes suscriben esta carta de presentación, la mencionada autora y la actual Asesora General Adjunta del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires. Ese código procesal modelo se elaboró teniéndose en miras el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación;

de allí la pertinencia, actualidad y oportunidad de compartir este nuevo proyecto en un espacio dedicado a analizar algunas de las modificaciones que introduce el nuevo texto civil y comercial en el campo del derecho de familia.

El segundo y último trabajo, bajo la pluma de Marcelo Iñiguez, proviene del derecho internacional privado, ámbito que se incorpora al Código Civil y Comercial, de manera precisa, dándosele el lugar que merece.

El segundo suplemento aparecerá en el próximo año, ya tan cercano, y abordará las relaciones de familia en lo atinente al vínculo entre adultos y niños.

Esta doble entrega es proporcional a la entidad e identidad que observa el nuevo Código Civil y Comercial en su Libro Segundo. No se pretende agotar la temática, tarea que llevará un tiempo considerable, en esta nueva etapa que ha empezado a rodar.

Estos Suplementos, simplemente, vienen a sumar su grano de arena en este período de gran movimiento —en hora buena— para el derecho privado argentino.

*Un día de noviembre del 2014*

Aída Kemelmajer de Carlucci

Marisa Herrera

# MATRIMONIO: LOS PRINCIPALES CAMBIOS EN EL DERECHO SANCIONADO

POR OLGA E. ORLANDI

**Todas las posiciones son válidas... si se expresan las premisas desde las cuales se parte y las perspectivas de análisis.**

**Abordamos el tema en el derecho sancionado desde la perspectiva de los DDHH.**

## I. Introducción

El derecho de familia en épocas recientes ha debido enfrentar transformaciones relevantes activadas por cambios sustanciales de la realidad social y la creciente relevancia y reconocimiento de los derechos fundamentales del individuo.

La familia y el matrimonio contemporáneos han adquirido connotaciones particulares propias de la postmodernidad <sup>(1)</sup>.

La sociedad, la familia y la noción de matrimonio han mudado de aires y el derecho debe acompañar esos cambios. Actualmente, como pauta legislativa, existe la tendencia a fijar la atención sobre los valores comunes, respecto de los cuales se consideran las diferencias.

El reconocimiento de los Derechos Humanos (DDHH) en el ámbito internacional ha ejercido influencia en los ordenamientos internos, incidiendo profundamente en las instituciones familiares existentes, reacomodándolas, readaptándolas, modificándolas, y muchas veces, reemplazándolas en aspectos importantes <sup>(2)</sup>.

---

(1) MIZRAHI, Mauricio L. Familia, matrimonio y divorcio. 2ª edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2006.

(2) Cfr.: LLOVERAS, Nora; SALOMÓN, Marcelo, El derecho de familia desde la constitución nacional, Bs.As., 2009, Universidad, p. 45. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ, María Victoria; HERRERA, Marisa, El derecho de familia y los Derechos Humanos: una perspectiva obligatoria, en: Libro Homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa, Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santa Fe, 2001. KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa; Matrimonio, orientación sexual y familias. Un aporte colaborativo desde la dogmática jurídica, LL 04/06/2010, 1; BASSET, Ursula Cristina, Parejas de personas del mismo sexo, derechos humanos y derecho civil, Sup. Act. 01/12/2009, 1, La Ley On Line. MEDINA,

La internacionalización de los derechos humanos y el principio de centralidad de la persona, provocan cambios en las instituciones jurídicas, en tanto los derechos del individuo comienzan a tener una nueva entidad logrando enlazar al Derecho Público (que aporta su teoría de los Derechos Humanos) y al Derecho Privado (que aporta su teoría de los Derechos Personísimos) <sup>(3)</sup>.

Nos hallamos ante una transformación de la concepción jurídica del matrimonio cuyo eje es la recepción de los derechos humanos.

En el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC), la igualdad es un principio constitucional que subraya el régimen jurídico matrimonial y su ruptura, constituyéndose en el eje rector de las normas y de su interpretación. Se veda toda discriminación en razón de la orientación sexual y de género de sus integrantes (artículo 75, inc. 22 CN que recepta las Convenciones y Tratados de DDHH - art. 402 CCyC).

También el CCyC reconoce un avance de la autonomía de la voluntad en el derecho de familia y especialmente en el derecho matrimonial —art. 19 de la CN—, teniendo en cuenta en esto diversas sentencias que han declarado la inconstitucionalidad de algunos artículos del Código Civil (CCiv.) por arremeter contra el principio de libertad de los cónyuges en la construcción, supervivencia y ruptura matrimonial.

---

Graciela, Ley de matrimonio homosexual. Modificación de paradigmas, LL. Sup. Esp. Matrimonio Civil 2010 (agosto). BELLUSCIO, Augusto C., Incidencia de la reforma constitucional sobre el derecho de familia, LL 1995-A, 936. OSSOLA, Alejandro, Modificación al régimen del matrimonio, Ed. Advocatus, Córdoba, 2010, págs. 48 y sgtes., KRASNOW, Adriana N., "La custodia en la ley 26.618. Una pérdida de oportunidades", Sup. Esp. LL Matrimonio Civil 2010 (agosto), 23. La Ley On Line, <http://www.laleyonline.com.ar>

(3) Cfr. LORENZETTI, Ricardo Luis, El Derecho Privado como protección del individuo particular, En: Revista de Derecho Privado y Comunitario, Derecho Privado en la Reforma Constitucional, N° 7, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 54.

Las modificaciones del derecho matrimonial apuntan a lograr un mejor y mayor equilibrio en la clásica tensión entre autonomía de la voluntad y orden público <sup>(4)</sup>.

La impronta axiológica queda revelada en aspectos trascendentes que hoy suscita nuestra materia: el pluralismo, la autonomía de la voluntad —con los límites necesarios— en un “derecho matrimonial flexible”.

Se amplía la aptitud de decisión de los integrantes del matrimonio, flexibilizando las normas de orden público —contrarias a la noción de pluralismo— con fundamento en la doctrina internacional de los Derechos Humanos.

En esta senda, el derecho de familia matrimonial se sustenta en valores y principios comunes. Los valores como ideales que guían una acción y los principios como reglas sobre las cuales se construye una acción.

Entre los valores revisten especial importancia en materia familiar: el respeto de la dignidad humana, la promoción de los derechos del hombre y el pluralismo.

Los principios comunes —reglas que construyen una acción— son la libertad, la igualdad y la solidaridad, que aseguran la unidad de las relaciones familiares.

Esto lleva a analizar el rol que cumple el derecho matrimonial y el orden público matrimonial cuyo contenido se sitúa en diversas perspectivas: la libertad e igualdad de la persona en miras a la preservación de la dignidad humana, las obligaciones impuestas en miras a acentuar el principio de solidaridad intrafamiliar, la protección de los derechos e intereses de terceros.

Analizamos el derecho matrimonial sancionado en el CCyC que ha receptado los aportes de la doctrina y los precedentes jurisprudenciales y refleja las consecuencias de los cambios de la evolución social <sup>(5)</sup>.

(4) Cfr.: KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída; La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino. En: Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea, Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación. Gráfica Campichuelo, Bs.As. 2014. p.3 y ss.

(5) Mediante el Decreto 191/2011, la Presidente de la Nación creó una comisión integrada por tres prestigiosos juristas, (los doctores Ricardo Lorenzetti, como Presidente, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci), quienes elaboraron el “Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación” que hoy con ciertas

En este trabajo se plasmará una visión general del “matrimonio” —tal como se legisla en el CCyC sancionado— acentuando algunos aspectos novedosos como la relación entre salud mental y matrimonio, el matrimonio de personas menores de edad, los cambios en materia de nulidad y apellido de los cónyuges, y la enunciación de los deberes de los cónyuges.

## II. Los principios rectores

Lo primero que se examina en la regulación del Matrimonio en el CCyC es la referencia a los principios de igualdad y libertad, (Libro Segundo: Relaciones de Familia, Título I: Matrimonio, Capítulo 1: Principios de libertad e igualdad).

Los principios son reglas sobre las cuales se construyen las acciones.

La libertad es nominada y no se desarrollada como principio, aunque la sola enunciación se compendia como criterio que luce claro en toda la regulación. La igualdad es enunciada en el art. 402 del CCyC. La solidaridad familiar, aún cuando no esté nominada explícitamente como principio resalta ahondada en todas las normas que regulan las relaciones familiares <sup>(6)</sup>.

Estos principios son los ejes rectores que deben guiar cualquier abordaje del matrimonio.

Debemos señalar que parte de la doctrina no recepta favorablemente —o interpreta de modo diverso— la enunciación de principios o refiere a que dichos principios están enunciados en forma incompleta <sup>(7)</sup>.

modificaciones ha sido sancionado por la Ley Ley 26.994 y que entrará en vigencia el 1/01/2016.

(6) Vg.: compensaciones económicas, asistencia mutua, responsabilidad solidaria en ciertas deudas, deber de contribución, alimentos, tutela de la vivienda familiar, etc.

(7) Cfr.: BASSETT, Ursula C.; El matrimonio en el Proyecto de Código. LA LEY 05/09/2012, 05/09/2012, 1. Expresa la autora: “d) Balance respecto de los principios. De nuestra parte, consideramos que sería preferible que el Código Civil contuviera enunciados concretos, según el modelo del brasileño. Ahora bien, si se opta por enunciar, no se puede hacer una enunciación sesgada que omita principios constitucionalmente e internacionalmente obligatorios. En consecuencia, deberá señalarse también (como de hecho se regula en algunos aspectos del proyecto), la corrección del que se encuentra en una posición más débil. Sobre esto, sigue diferenciándose la posición de la mujer en la relación heterosexual, respecto de la posición de los demás actores en los demás tipos de relaciones”.

### II.1. El principio de libertad

La acepción del término “libertad” en el Diccionario de la Real Academia Española dice: “*facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos; “Falta de sujeción y subordinación”*”<sup>(8)</sup>.

Llevada esta acepción al tema en análisis se puede proyectar en dos sentidos: existe un derecho a no contraer matrimonio (libertad negativa); y por otro lado la libertad positiva (casarse), de manera que contraer matrimonio no es un deber u obligación. La libertad matrimonial exige que ninguna persona deba asumir el estado civil de casado ni las radicales consecuencias jurídicas, personales y patrimoniales que este conlleva contra su voluntad. El ordenamiento no puede imponer a los particulares la celebración de un matrimonio, del mismo modo que no puede prohibirlo<sup>(9)</sup>.

Esto nos lleva a referir a las nociones de libertad y autonomía en las relaciones de familia. Se trata de regular las relaciones familiares “modeladas” por los principios y valores comunes.

El nuevo derecho matrimonial de familia privilegia la autonomía de la voluntad —con límites— teniendo en cuenta la libertad como un principio rector.

Desde la doctrina se señala que en el año 1994 se ha producido un quiebre que incide primordialmente en un nuevo “orden público familiar”, un “cambio de paradigma”, con una “nueva axiología jurídica”. La carta magna y sus preceptos de libertad llevan a afirmar que la base y sustancia del matrimonio están implícitas en cada proyecto de vida, y no es necesario ni aconsejable que el legislador imponga un proyecto de vida. Se trata de un “giro copernicano” cuyo nuevo peso central es “asegurar los beneficios de la libertad” y la “intimidad” en los términos del Art. 19 de la CN. Desde esta visión se privilegia los derechos individuales a un proyecto de vida autorreferencial que merece reconocimiento por el hecho de ser tal y con independencia de su contenido, más que en los derivados de una idea institucional de familia con un perfil definido al servicio de determinados fines sociales<sup>(10)</sup>.

(8) <http://lema.rae.es/drae/?val=libertad> (Del lat. libertas, —atis).

(9) Cfr.: KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída; La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino. En: Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea, Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación. Gráfica Campichuelo, Bs.As. 2014. p. 17.

(10) Cfr.: LLOVERAS, Nora, SALOMÓN, Marcelo, “El derecho de familia desde la Constitución Nacional”, Edi-

torial Universidad, 2009, p. 76,77, 107. 109, 287, cctes. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa, Derecho constitucional de familia, Ediar, Buenos Aires, 2006, t. I, pp. 358-506. KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída “Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014”. LA LEY 08/10/2014, 08/10/2014, 1. AR/DOC/3592/2014 y La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino. En: Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea, Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación. Gráfica Campichuelo, Bs.As. 2014. p.3 y ss.

La autonomía de la voluntad es un concepto precedente de la filosofía kantiana que va referido a la capacidad del individuo para dictarse sus propias normas morales. Constituye actualmente un principio básico en el Derecho privado. Parte de la necesidad de que el ordenamiento jurídico admita que los individuos puedan establecer relaciones jurídicas acorde a su libre voluntad.

Desde una perspectiva constitucional se utiliza la expresión autonomía personal teniendo en cuenta la libertad como eje central del sistema de derechos en el desarrollo del proyecto de vida autorreferencial en las relaciones familiares<sup>(11)</sup>.

Regular esta materia importa lograr mayor equilibrio en la tensión entre autonomía de la voluntad (mi derecho a no casarme) y orden público (solidaridad familiar), lo que exige un juicio de ponderación en donde la manda constitucional de protección de la familia y el principio de igualdad y no discriminación también son llamadas a intervenir<sup>(12)</sup>.

En la Unión Europea, la libertad es antes que nada la libertad de casarse y fundar una familia; libertad garantizada ante todo por la DUDH, por la Convención Europea de los Derechos del Hombre (art. 12) y por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 9)<sup>(13)</sup>.

(11) Cfr.: LLOVERAS, Nora; SALOMÓN, Marcelo; “Constitución Nacional, proyecto de vida autorreferencial y el derecho de las familias” en Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, Abeledo-Perrot. nro. 51. Septiembre 2011, p. 2.

(12) Cfr.: DE LA TORRE Natalia, Algunas consideraciones en torno a la regulación proyectada en las uniones convivenciales. El difícil equilibrio entre el principio de autonomía y la solidaridad familiar, En: Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea, Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación. Gráfica Campichuelo, Bs.As. 2014. p. 336 y ss.

(13) Cfr.: FULCHIRON, Hugues; “Del derecho de familia a los derechos del individuo. Reflexiones sobre

La doctrina europea señala en este aspecto que si bien “es verdad que no hay un modelo jurídico familiar europeo, ni en singular ni en plural; también lo es que existen principios y valores comunes sobre la base de los cuales se construyen diversas formas de relaciones familiares: sin modelo familiar, pero con relaciones familiares “modeladas” por los principios y los valores comunes; relaciones familiares centradas no en la “célula” familiar, sino sobre el individuo, relaciones interindividuales que hacen de la familia a la europea una “red”, más que un grupo”<sup>(14)</sup>.

En conclusión la “libertad” —enunciado como principio rector en el derecho matrimonial— es la base sobre la cual se modela dicha normativa y se construyen las diversas relaciones familiares teniendo en cuenta principios y valores comunes y privilegiando la autonomía personal.

### II.2. El principio de igualdad

En relación a la interpretación y aplicación de las normas, el art. 402 CCyC reza: “Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo”.

La igualdad es un componente formal del derecho. Esta igualdad se formula tanto en un tratamiento igual de los iguales (prohibiendo la discriminación injusta), como estableciendo estatutos especiales favorables a determinados sujetos.

No obstante ante la existencia de grupos o personas vulnerables y de situaciones particulares, el derecho matrimonial responde con una regulación protectoria. Es el caso de las mujeres, los ancianos, los discapacitados y los niños.

A la par de una recepción moderada de la autonomía personal en el CCyC, resalta, luce en forma clara, específica y transversal en todo su articulado, la “igualdad de los iguales”, la tutela de los sujetos vulnerables y una profundización del principio de solidaridad familiar<sup>(15)</sup>.

la emergencia de un modelo familiar europeo”. LA LEY 16/04/2014, 16/04/2014, 1. Online: AR/DOC/694/2014.

(14) Cfr.: FULCHIRON, Hugues; Del derecho de familia a los derechos del individuo. Reflexiones sobre la emergencia de un modelo familiar europeo. LA LEY 16/04/2014, 16/04/2014, 1. Online: AR/DOC/694/2014.

(15) A modo ejemplificativo: obsérvese la regulación específica que tutela la vivienda familiar, los alimentos,

En la esfera matrimonial, múltiples son las aplicaciones del principio de igualdad entre los cónyuges: igualdad de los roles, de los deberes y derechos conyugales, de la capacidad jurídica, la igualdad frente a los hijos, en materia del uso del nombre, en los derechos patrimoniales. Tampoco se hace diferencias en relación al sexo u orientación sexual de los cónyuges.

### III. Requisitos del matrimonio

En el Capítulo 2 del Libro Segundo, Título I, se regulan los requisitos del matrimonio. En él se refiere a los impedimentos dirimentes matrimoniales, la falta de edad nupcial y su dispensa judicial, la falta de salud mental y su dispensa judicial, los requisitos de existencia del matrimonio, la incompetencia de la autoridad que celebra el acto, el consentimiento y sus vicios.

Abordamos algunos aspectos novedosos y de interés que marcan nuevas sendas.

#### III.1. El matrimonio “igualitario”

La consagración del derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo constituía una deuda social y jurídica latente en la sociedad Argentina hace un largo tiempo. La Ley 26618 (2010) se encargó de saldarla y es consolidada por el CCyC<sup>(16)</sup>.

En los requisitos de existencia, se admite que los contrayentes sean del mismo o diferente sexo asegurando la conquista derechos de la Ley de Matrimonio Igualitario.

En lo que a la celebración del acto matrimonial respecta, la modificación legal no sólo suprime el requisito de diversidad de sexo —ya modificado en el CCiv. por la ley 26.618— sino que además, disipando toda duda aclara que “el matrimonio tendrá los mismos re-

la obligación solidaria por deudas, el deber de contribución entre cónyuges y miembros de las uniones convivenciales... etc.

(16) Cfr.: LLOVERAS, Nora; ORLANDI Olga; FARAONI Fabián; El matrimonio civil argentino. Análisis de la Ley 26618/2010. Nuevo Enfoque Jurídico. Córdoba, Diciembre 2010. KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa; Matrimonio, orientación sexual y familias. Un aporte colaborativo desde la dogmática jurídica, LL 04/06/2010, 1. ; DOMÍNGUEZ, Andrés, FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa, Matrimonio igualitario y Derecho Constitucional de Familia, Ed. Ediar. Buenos Aires, 2010. SABIN PAZ, Eduardo N; El matrimonio y los requisitos de existencia: la eliminación de la diversidad de sexo que consolida la conquista derechos de la Ley de Matrimonio Igualitario. Rubinzal Culzoni on line: RC D 774/2014.

quisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo” (art. 402 CCyC). Se consagra así el principio de no discriminación fundado en la orientación sexual que emana de los tratados y convenciones de Derechos Humanos y es reafirmado en los tribunales internacionales.

De tal manera sólo se exige el consentimiento puro y simple de los contrayentes, no viciado, brindado ante autoridad competente (arts. 408 - 409 CCyC).

### III.2. *Los impedimentos matrimoniales*

Siendo la idea de autonomía privada un eje central del derecho matrimonial cabe preguntar que alcance tiene la misma en relación a determinar las personas con las cuales se puede celebrar matrimonio.

El Estado puede poner vallas a esa elección personal sobre la elección del cónyuge si tienen por objeto resguardar intereses superiores.

Al referir a los impedimentos matrimoniales se alude a aquellas prohibiciones de la ley que afectan a las personas para contraer matrimonio<sup>(17)</sup>.

El Código sancionado enuncia los impedimentos matrimoniales dirimientes (obstáculo para la celebración de un matrimonio válido) e introduce algunas modificaciones a los fines de compatibilizar la regulación del matrimonio con el resto del ordenamiento jurídico.

En el código sancionado son impedimentos dirimientes para contraer matrimonio: a) el parentesco en línea recta en todos los grados, cualquiera que sea el origen del vínculo; b) el parentesco entre hermanos bilaterales y unilaterales, cualquiera que sea el origen del vínculo; c) la afinidad en línea recta en todos los grados; d) el matrimonio anterior, mientras subsista; e) haber sido condenado como autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges; f) tener menos de dieciocho años; g) la falta permanente o transitoria de salud mental que le impide tener discernimiento para el acto matrimonial. (art.403 CCyC).

En su correspondencia con el art. 166 del CCiv destacamos: la utilización de términos acordes con el nuevo ordenamiento jurídico; la exigencia de “condena” como autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges; la falta permanente o transitoria de salud mental que le impide tener discernimiento para el acto matrimonial (antes privación permanente o transitoria de la razón) y la supresión del inc. 9 del art. 166 del CCiv.

(17) ZANNONI Eduardo A., Derecho Civil— Derecho de Familia; Ed. Astrea, 5ª edic. actualizada. Buenos Aires 2006, p. 259.

Los nominados impedimentos matrimoniales encuentran justificación razonable.

La causa de la limitación de contraer matrimonio entre personas unidas por determinados vínculos familiares se basa en la prohibición ancestral al incesto absolutamente presentes en todas nuestras culturas<sup>(18)</sup>, que se mantiene también en el derecho comparado.

En cuanto a las restricciones de contraer matrimonio a quienes son parientes por afinidad (art. 403 inc. c: la afinidad en línea recta en todos los grados), se sigue el criterio de la doctrina que fundamenta tal límite en el hecho que “tal situación puede desembocar en conflictos familiares o personales nocivos para la pacífica convivencia de esos grupos”<sup>(19)</sup>, aunque en varias legislaciones se ha suprimido.

Pasamos a considerar algunas particularidades que se regulan en forma específica en el art. 403 inc. g y f. en relación a la falta de edad nupcial y de salud mental.

### III.3. *La falta de edad nupcial*

El art. 403, inc. f, CCyC fija como impedimento para contraer matrimonio: “tener menos de dieciocho años”.

En el ordenamiento jurídico argentino, las personas menores de edad siempre han podido contraer matrimonio con ciertos límites.

En la Ley 2393 de Matrimonio Civil (art. 9, inc. 4), la edad mínima para contraer matrimonio era de 12 años para la mujer y de 14 años para el varón.

La Ley 14.134 (1954) elevó la edad a los 14 años para la mujer y 16 años para el varón. La Ley 23515 (1987), fijó la edad nupcial en 16 años para la mujer y 18 años para el hombre.

El paulatino aumento en la edad legal responde a asegurar que el consentimiento sea prestado de la manera más libre y autónoma posible, alejada de toda presión familiar y/o social. Esto responde a los cambios culturales.

Se cuestionaba la diferencia de edad entre ambos sexos que sostuvo la ley argentina fundado en la necesidad de tener en cuenta los artículos 1 y 2 de la

(18) Cfr.: BLEICHMAR, Silvia; En los orígenes del sujeto psíquico. Del mito a la historia, Amorrortu Editores. Buenos Aires. 2008.

(19) Cfr.: CAFFERATA, José Ignacio, “Derecho de Familia” T 1, Mediterránea, Córdoba, 2005, p. 93. BELLUSCIO, Augusto C., La Corte Europea de Derechos Humanos descalifica el impedimento matrimonial de afinidad. LA LEY 2006-A, 982.

Convención de Derechos del Niño, así como otras disposiciones conexas de la misma <sup>(20)</sup>.

El art. 1 de la Ley 26.449 (2008) modificó el inciso 5° del art. 166 del CCiv., quedando redactado: es un impedimento para contraer matrimonio “Tener menos de dieciocho años”. Así quedó equiparada la edad legal para contraer matrimonio sin diferenciación de sexos.

Esta modificación no alteraba el régimen legal ya que en ese momento la mayoría de edad se alcanzaba a los 21 años. Si la persona que pretendía contraer matrimonio contaba con 18 o más años y hasta que adquiriese la plena capacidad civil, podía hacerlo si contaba con la manifestación de voluntad afirmativa por ambos padres de conformidad con lo dispuesto en el art. 264 quater. Si tenía menos de la edad legal, debía contar con la pertinente autorización judicial.

La Ley 26.579 (2009), que disminuyó la edad en la cual se adquiere la mayoría de 21 a los 18 años, abrió una gran cantidad de interrogantes. Entre los planteos se debatía qué lugar ocupa la voluntad de los padres para la celebración del matrimonio.

A partir del 2009 la edad legal para contraer matrimonio es de 18 años, la misma edad en la cual se adquiere la plena capacidad civil. Para los menores de 18 años, la sola voluntad de los padres no sería hábil para que un hijo menor de edad pueda celebrar nupcias válidamente y la única manera de sortear esta limitación es si se cuenta con la pertinente autorización judicial.

Un fallo del Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario del 22/05/2009 <sup>(21)</sup>, brinda sólidos argu-

mentos en contra de la solución adoptada por el régimen legal a la luz del juego entre las Leyes 26.449 y 26.579. La plataforma fáctica, sumariamente, era la siguiente: los padres de una joven de 17 años de edad que se encontraba embarazada y pretendía contraer matrimonio, solicitan dispensa judicial alegando que el registro civil les exigía tal requisito ya que la conformidad (asentimiento) por parte de ambos no era suficiente para la celebración del acto .

Destaca el fallo que la solución legal choca con el principio de la capacidad progresiva de los niños que pretende explicitar la esfera de la autonomía de los sujetos en forma escalonada y paulatina —art. 5 CDN—, como una tendencia a quebrar la tajante división minoría-mayoría de edad y reemplazar esos conceptos por aquella visión asimilable a la evolución psíquica-biológica de la persona. También se enfrenta con las pautas para valorar el interés prevalente del niño conforme su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales (art. 3 inc. d - Ley 26061).

Pasamos a observar cómo el CCyC, en relación a la edad nupcial, recepta y consolida el principio de autonomía progresiva consagrado en la CDN.

### *III.3.1. Autonomía progresiva y dispensa judicial*

La Convención sobre los Derechos del Niño implicó un giro fundamental en la forma en la que se entienden la infancia, la adolescencia y sus derechos. El cambio de paradigma de la protección integral de los derechos de la niñez significa que los

(20) El Comité de los Derechos del Niño en su Observación Final al informe presentado por el Estado Argentino en el año 2002 puso de resalto en el párrafo 25 que: “El Comité reitera su preocupación por el hecho de que en la legislación argentina haya una diferencia entre la edad mínima para contraer matrimonio aplicable a los varones y la que se aplica a las mujeres (ibíd., párr. 10)”, fundado en la necesidad de tener “en cuenta los artículos 1 y 2 de la Convención, así como otras disposiciones conexas de la misma”, por lo cual, “el Comité recomienda al Estado Parte que revise su legislación para aumentar la edad mínima de las mujeres para contraer matrimonio y equipararla a la de los varones” (párrafo 26).

(21) Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario, 22/05/2009, “G., V. A.”, Abeledo-Perrot online N°: 70052934. El mencionado magistrado hizo lugar al pedido pero no sin antes exponer su postura al respecto. Así, sostuvo que el régimen legal vigente: a) “(...) choca con el principio de la capacidad progresiva de los niños que pretende explicitar la esfera de la autonomía de los sujetos en forma escalonada y paulatina, incorporada a la Constitución Nacional —art. 75 inc. 22— por la Con-

vención sobre los Derechos del Niño —art. 5—, como una tendencia a quebrar la tajante división minoría-mayoría de edad y reemplazar esos conceptos por aquella visión asimilable a la evolución psíquica-biológica de la persona”; b) “se enfrenta con las pautas para valorar el interés prevalente del niño conforme su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales —art. 3 inc. d)— Ley 26.061”; y c) “el desplazamiento del Poder Judicial como brazo de un “Estado intervencionista” sustentado genéricamente por la Ley 26061, junto al mentado reconocimiento del principio de capacidad progresiva —arts. 3 y 37—, se dejan de lado por la aplicación mecánica de una legislación que en aras de equiparar derechos entre hombre y mujer, igualó edades declinando la responsabilidad de los padres —como sucedía paradójicamente hasta hace unos meses atrás— en la de guiar a sus hijos menores para que puedan aprender y concretar el ejercicio de los derechos abarcados por la Convención citada, sin tener que recurrir a una dispensa judicial con los trastornos, costos, pérdidas de horas de trabajo que para toda esta familia el trámite significó”.

niños, niñas y adolescentes deben ser considerados sujetos plenos de derecho y que sus derechos merecen una protección especial.

El ordenamiento jurídico sancionado recepta este cambio de paradigma en lo referido a la autonomía progresiva del niño, niña y adolescente y el ejercicio de sus derechos <sup>(22)</sup>.

La noción de autonomía progresiva en el ejercicio de derechos traslada el eje de la mirada desde el concepto legal —rígido— de capacidad, hacia la noción más empírica —de origen bioético— de competencia. El parámetro de competencia, independizado de la capacidad de ejercicio, habilita la actuación de derechos en forma directa por su titular, aun cuando éste no ostente plena capacidad civil y en tanto se evalúe que la persona puede formar convicción y decisión razonada.

La posibilidad de niños/as y adolescentes de tomar decisión en materia de derechos fundamentales se relaciona con el alcance de un cierto grado de madurez y desarrollo, a valorar prudentemente en cada caso - conf. arts. 5 y 18, CDN; 19, inc. a, 24, inc. b, ley 26061. Este desarrollo se adquiere progresivamente, conforme la evolución personal de cada niño, contorneando así su autonomía progresiva para el ejercicio de derechos.

Teniendo en cuenta el principio de autonomía progresiva en la celebración del matrimonio partiendo de lo expresado en el art. 26 CCyC <sup>(23)</sup> que

(22) Cfr.: FERNÁNDEZ, Silvia E.; Consideraciones en torno al principio de autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Anteproyecto de Código Civil. SJA-2012/06/20-108; JA-2012-II.

(23) Art. 26 CCyC. Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la reali-

zación o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

a) En el supuesto del inciso f) del artículo 403, el menor de edad que no haya cumplido la edad de 16 años puede contraer matrimonio previa dispensa judicial.

b) El menor que haya cumplido la edad de 16 años puede contraer matrimonio con autorización de sus representantes legales. A falta de ésta, puede hacerlo previa dispensa judicial.

En consonancia con esta modificación, el art. 645 CCyC expresa en su primera parte: "Si el hijo tiene doble vínculo filial se requiere el consentimiento expreso de ambos progenitores para los siguientes supuestos: a) autorizar a los hijos adolescentes entre dieciséis y dieciocho años para contraer matrimonio (...)"

Se establecen pautas indicativas para la dispensa judicial a fin de asegurar la comprensión del acto matrimonial por parte de los menores.

La decisión judicial debe tener en cuenta la edad y grado de madurez alcanzados por la persona, referidos especialmente a la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial y evaluar la opinión de los representantes, si la hubiesen expresado.

La dispensa para el matrimonio entre el tutor o sus descendientes con la persona bajo su tutela sólo puede ser otorgada si, además de los recaudos previstos, se han aprobado las cuentas de la administración. Si de igual modo se celebra el matrimonio, el tutor pierde la asignación que le corresponda sobre las rentas del pupilo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 inciso d).

Con las últimas reformas, el legislador tiende a relacionar la aptitud nupcial con la madurez psicológica, porque exige una evolución psíquica del sujeto, antes que una aptitud física. Tal tendencia es correcta, pues la importancia y trascendencia del matrimonio lleva a que el sujeto deba obrar con la debida capacidad para asumir los efectos derivados del matrimonio.

No obstante estos recaudos, se habilita a solicitar la nulidad del matrimonio contraído por menores de edad (art. 425 CCyC).

Puede interponerse la *nulidad relativa* del matrimonio celebrado con el impedimento establecido en el inciso f) del artículo 403.

a) *Legitimados*: la nulidad puede ser demandada por el cónyuge que padece el impedimento y por los que en su representación podrían haberse opuesto a la celebración del matrimonio (ascendientes, descendientes y hermanos)

b) *Escucha del adolescente*: en este último caso, el juez debe oír al adolescente, y teniendo en cuenta su edad y grado de madurez hace lugar o no al pedido de nulidad.

c) *Efectos*: si se rechaza el pedido de nulidad, el matrimonio tiene los mismos efectos que si se hubiera celebrado con la correspondiente dispensa.

d) *Inadmisibilidad*: la petición de nulidad es inadmisibile después de que el cónyuge o los cónyuges hubiesen alcanzado la edad legal.

En síntesis: las reformas conservan la edad mínima de dieciocho años para contraer matrimonio. Se relaciona la aptitud nupcial con la madurez psicológica, porque exige una evolución psíquica del sujeto, teniendo en cuenta el principio de autonomía progresiva. Diferencia claramente la posibilidad de autorización de ambos padres de 16 a 18 años y la necesidad de dispensa judicial para los menores de 16 años. Se perfecciona la regulación de la nulidad relativa del matrimonio contraído por menores de edad.

#### III.4. Falta de salud mental y dispensa judicial

Surgen novedades en relación al matrimonio de personas con falta de salud mental. Su comprensión exige un análisis coordinado de las normas y principios del CCyC referidas a las restricciones a la capacidad (Libro Primero) <sup>(24)</sup> y a las relaciones de familia (Libro Segundo) <sup>(25)</sup>.

Para adaptar el régimen matrimonial al de salud mental regulado por la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad y la ley 26.657, se dispone como impedimento “la falta permanente o transitoria de salud mental que le impide tener discernimiento para el acto matrimonial” (art. 403 inc. g) reemplazando la expresión del art. 166 del CCiv. que se refe-

ría a la “falta permanente o transitoria de salud mental” <sup>(26)</sup>.

El art. 405 CCyC alude en qué casos el matrimonio se puede celebrar ante la falta permanente o transitoria de salud mental, previa dispensa judicial <sup>(27)</sup>.

Dicha dispensa requiere dictamen previo del equipo interdisciplinario sobre la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial y de la aptitud para la vida de relación por parte de la persona afectada.

Se prevé que el juez debe mantener una entrevista personal con los futuros contrayentes; también puede hacerlo con su o sus apoyos, representantes legales y cuidadores, si lo considera pertinente.

La Dispensa judicial por falta de salud mental, consiste en la resolución que habilita a celebrar el matrimonio si el magistrado considera que el futu-

(26) Cfr.: YANKIELEWICZ, Daniela L. Olmo, Juan Pablo; Salud mental en el Derecho de Familia y Sucesorio. DFyP 2014 (marzo), 03/03/2014, 135. AR/DOC/4625/2013 Expresa en relación al artículo 166 del CCiv, algunos autores (Fama, Herrera, Pagano, Bossert, Zannoni, Méndez Costa) sostienen que esta norma incluye tanto a las personas a las que se le restringió el ejercicio de la capacidad jurídica en los términos del art. 141, CCiv., como a las personas con padecimiento mental cuyo capacidad no fue restringida para realizar ningún acto o función. Asimismo, refieren que en ambos casos los sujetos pueden celebrar matrimonio siempre que se encuentren en estado de lucidez. La diferencia radicaría en la carga de la prueba: si la persona a la que se le restringió el ejercicio de la capacidad jurídica en los términos del art. 141, CCiv., sostiene que consintió lúcidamente la celebración de su matrimonio deberá probarlo, mientras que tratándose de una persona con padecimiento mental a la que no se le restringió el ejercicio de la capacidad jurídica, si se alega que estuvo “privado de la razón”, por cualquier causa que fuere, deberá demostrarse. Sin embargo, aclaramos que esta opinión no es unánime. Otros autores (Fleitas Ortiz de Rozas, Borda, Mazzinghi, Sambrizzi) sostienen que las personas a las que se le restringió el ejercicio de la capacidad jurídica en los términos del art. 141, CCiv., no pueden celebrar matrimonio, ni aun en los llamados intervalos lúcidos.

(27) Art. 405. Falta de salud mental y dispensa judicial. En el supuesto del inciso g) del artículo 403, puede contraerse matrimonio previa dispensa judicial. La decisión judicial requiere dictamen previo del equipo interdisciplinario sobre la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial y de la aptitud para la vida de relación por parte de la persona afectada. El juez debe mantener una entrevista personal con los futuros contrayentes; también puede hacerlo con su o sus apoyos, representantes legales y cuidadores, si lo considera pertinente.

(24) Cfr: Libro Primero, Capítulo 2, Capacidad.

(25) Cfr: GALLI FIANT, María Magdalena; Restricciones a la capacidad y relaciones de familia: Proyecto de Código Civil. DFyP 2014 (junio), 28/05/2014, 3. AR/DOC/1313/2014. YANKIELEWICZ, Daniela L. Olmo, Juan Pablo; Salud mental en el Derecho de Familia y Sucesorio. DFyP 2014 (marzo), 03/03/2014, 135. AR/DOC/4625/2013. FAMÁ, María Victoria, HERRERA, Mafra, PAGANO, Luz María, Salud mental en el derecho de familia, Hammurabi, Buenos Aires, 2008.

ro contrayente es apto para comprender las consecuencias jurídicas del acto matrimonial y para llevar adelante una vida de relación.

Para ello, deberá obligatoriamente mantener una entrevista personal con los que pretenden casarse, dar participación a sus representantes legales o cuidadores si lo cree pertinente, y contar con el dictamen de los Equipos de Salud.

Si el matrimonio se celebra en violación del impedimento, sin dispensa judicial, la sanción que corresponde es la nulidad relativa. (art. 425 b).

En este caso, la nulidad puede ser demandada por cualquiera de los cónyuges si desconocían el impedimento.

No puede ser solicitada si el cónyuge que padece el impedimento ha continuado la cohabitación después de haber recuperado la salud; y en el caso del cónyuge sano, luego de haber conocido el impedimento.

El plazo para interponer la demanda de nulidad —relativa— es de un año, que se computa, para el que sufre el impedimento, desde que recuperó la salud mental, y para el cónyuge sano desde que conoció el impedimento.

La nulidad también puede ser demandada por los parientes de la persona que padece el impedimento y que podrían haberse opuesto a la celebración del matrimonio <sup>(28)</sup>. El plazo para interponer la demanda —en este caso— es de tres meses desde la celebración del matrimonio.

El juez debe oír a los cónyuges, y evaluar la situación del afectado a los fines de verificar si comprende el acto que ha celebrado y cuál es su deseo al respecto.

Quedan previstas, entonces, dos oportunidades para que el magistrado, con el auxilio de los equipos técnicos de salud, evalúe la aptitud matrimonial de la persona con padecimientos mentales: antes de la celebración, al tramitarse la dispensa, y luego del matrimonio, al considerar su validez o nulidad en el proceso promovido por parte legitimada.

Según expresa la doctrina, es previsible que la normativa tenga su ámbito de aplicación tanto en los matrimonios de personas con padecimiento mentales cualquiera sea su edad, como en el matrimonio de adultos mayores con deterioro de sus facultades mentales en razón de su edad avanzada <sup>(29)</sup>.

La normativa responde a la concepción de salud mental y es un avance humanitario. Permite que personas que padecen alguna forma de capacidad restringida por razones de salud mental, puedan contraer vínculos afectivos permanentes, legítimos y tutelados.

### *III.5. Requisitos de existencia del matrimonio: el consentimiento*

Basado en el principio de libertad, el consentimiento matrimonial es el requisito que se constituye en eje de la existencia del matrimonio.

El consentimiento es un requisito esencial para la existencia del matrimonio. Es la voluntad de cada uno de los contrayentes de unirse al otro por la sujeción a las reglas legales a que está sometido el vínculo conyugal.

Para la existencia del matrimonio es indispensable el consentimiento de ambos contrayentes expresado personal y conjuntamente ante la autoridad competente para celebrarlo - (art. 406 CCyC), excepto lo previsto para el matrimonio a distancia.

El acto que carece de este requisito no produce efectos civiles.

El consentimiento matrimonial no puede someterse a modalidad alguna. Cualquier plazo, condición o cargo se tiene por no expresado, sin que ello afecte la validez del matrimonio (art. 408 CCyC).

El consentimiento no puede estar viciado por: a) la violencia, el dolo y el error sobre la persona del otro contrayente; b) el error acerca de las cualidades personales del otro contrayente, si se prueba que quien lo sufrió no habría consentido el matrimonio si hubiese conocido ese estado de cosas y apreciado razonablemente la unión que contraía. El juez debe valorar la esencialidad del error considerando las circunstancias personales de quien lo alega.

### **IV. La celebración del matrimonio**

En relación al acto de celebración del matrimonio, se introducen algunas modificaciones. Se regula en el Libro Segundo, Título I, Capítulo 4: Celebración del matrimonio (arts. 416 a 422 CCyC).

Destacamos en relación a la oposición a la celebración del matrimonio: a) se deroga la legitimación del tutor o curador para oponerse a la celebración del matrimonio del pupilo o la persona restringida en su capacidad ya que el individuo que pretenda contraer matrimonio siempre debe contar con dispensa judicial, resultando suficiente este control

(28) Art. 411 CCyC.

(29) Cfr.: GALLI FIANT, María Magdalena; Restricciones a la capacidad y relaciones de familia: Proyecto

de Código Civil. DFyP 2014 (junio), 28/05/2014, 3. AR/DOC/1313/2014.

judicial; b) se unifican en un mismo inciso los parientes facultados para oponerse, cualquiera sea el origen del vínculo (ascendientes, descendientes y hermanos); c) se unifica en un solo articulado las reglas del procedimiento.

A los fines de compatibilizar las reglas de la celebración con otras modificaciones que el anteproyecto recepta, se dispone que el oficial del registro proceda a la lectura de un solo artículo sobre derechos y deberes matrimoniales; en el mismo sentido, se ordena que en el acta matrimonial quede constancia de la elección del régimen matrimonial elegido, si se hubiese expresado la opción.

### V. Prueba del matrimonio

El matrimonio se prueba con el acta de su celebración, su testimonio, copia o certificado, o con la libreta de familia expedidos por el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Cuando existe imposibilidad de presentarlos, la celebración del matrimonio puede probarse por otros medios, justificando esta imposibilidad.

La posesión de estado, por sí sola, no es prueba suficiente para establecer el estado de casados o para reclamar los efectos civiles del matrimonio.

Si existe acta de matrimonio y posesión de estado, la inobservancia de las formalidades prescriptas en el acto de celebración no puede ser alegada contra la existencia del matrimonio (art. 423 CCyC).

### VI. Nulidad del matrimonio: absolutas y relativas. Los cambios. Supresión de la causal de impotencia

El CCyC mantiene el doble régimen de nulidad absoluta<sup>(30)</sup> y relativa del matrimonio, pero se introducen algunas modificaciones a la segunda<sup>(31)</sup>.

Para la causal de falta permanente o transitoria de salud mental que impide tener discernimiento para el acto matrimonial se establece que cualquiera de los cónyuges que desconocía el impedimento puede petitionar la nulidad, excepto que hayan continuado la cohabitación después de haber recuperado la salud el que sufre el impedimento, o luego de conocido el impedimento por parte del cónyuge sano. Se fija el plazo de un año, pues el estado de familia no puede quedar en la incertidumbre de

(30) Libro Segundo, Título I, Capítulo 6: Nulidad del matrimonio. (arts. 424 Nulidad absoluta: parentesco, ligamen, condena criminal).

(31) Libro Segundo, Título I, Capítulo 6: Nulidad del matrimonio. (arts. 425: Nulidad relativa: edad, falta permanente o transitoria de salud mental, vicios del consentimiento).

manera indefinida. Vencido el término, solo queda habilitada la vía del divorcio. El juez debe oír a los cónyuges y evaluar la situación del afectado a los fines de verificar si comprende el acto que ha celebrado y cuál es su deseo al respecto.

Se suprime la posibilidad de solicitar la nulidad por impotencia por diversas razones: ventilar este tipo de situaciones en un proceso judicial es invasiva de la intimidad y atenta a la dignidad de las personas. Las causas de la impotencia pueden ser diversas, de carácter objetiva y subjetiva, es decir, con determinada persona y no con otras, todo lo cual dificulta la prueba<sup>(32)</sup>.

Se define también qué se entiende por buena fe. Para el supuesto de buena fe de ambos contratantes, a los fines de compatibilizar con las modificaciones que se introducen en otros títulos, se dispone que la sentencia firme disuelve el régimen matrimonial convencional o legal supletorio y además, que si la nulidad produce un desequilibrio económico en uno de ellos en relación al otro, se aplican las normas relativas a la institución de las prestaciones compensatorias.

### VII. Derechos y deberes de los cónyuges

Los deberes y derechos matrimoniales acordes al respeto de la autonomía de la voluntad, parten de considerar que son los cónyuges quienes deben determinar a qué quieren obligarse durante la relación matrimonial.

La versión aprobada por la Cámara de Senadores, modificó los derechos y deberes de los cónyuges expresados originariamente por la Comisión redactora agregando "la convivencia y "el deber moral de fidelidad". Sin embargo, se señala que de su articulado no se explicita la existencia de un deber de convivencia o cohabitación como existe en la actualidad<sup>(33)</sup>.

En forma expresa se enuncian: el deber de establecer y desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación (art. 431 CCyC), el deber de convivencia (art. 431 CCyC), el deber moral de fidelidad (art. 431 CCyC), asistencia mutua (art. 431

(32) Cfr.: GÓMEZ, Julio L.; La supresión de la causal de nulidad del matrimonio por impotencia en el Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio 2012. DFyP 2012 (noviembre), 01/11/2012, 70. Sostiene el autor: "Al sancionarse la ley 26.618, por medio de la cual se derogó la exigencia de la heterosexualidad como requisito de existencia del matrimonio, admitiéndose la celebración del mismo entre personas del mismo sexo, se sostuvo la factibilidad de que dicha especie de matrimonio bien podría ser pasible de ser declarada nula por impotencia".

(33) Cfr.: AZPIRI, Jorge Osvaldo; El matrimonio sin convivencia y sus peculiaridades, RDF 66-115.

CCyC), el de alimentos (arts. 432 a 434 CCyC), el de contribución (art. 455 CCyC)<sup>(34)</sup>.

Son deberes mínimos, recíprocos, incoercibles salvo el de contribución y alimentos que tiene un contenido patrimonial<sup>(35)</sup>.

Una de las modificaciones sustanciales se vincula a los derechos y deberes que derivan de la celebración del matrimonio. Son enunciados en el art. 431 CCyC: *“Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua.”* Luego se regula específicamente la prestación alimentaria durante la vida en común, sus pautas de fijación y los alimentos posteriores al divorcio (arts. 432 a 434 CCyC).

Los deberes y derechos estrictamente jurídicos, son aquellos cuyo incumplimiento genera consecuencias legales. Creemos que el juez no podría basarse en la falta de convivencia matrimonial sin causa justificada o en la infidelidad de uno de los cónyuges, para negarle —por ejemplo— la prestación compensatoria<sup>(36)</sup>.

La esencia del matrimonio se constituye en el compromiso a desarrollar un proyecto (pensamiento de ejecutar algo<sup>(37)</sup> de vida en común basado en la mutua asistencia y cooperación. Los cónyuges se proponen ejecutar, aunar fuerzas internas sustanciales para el logro de su proyecto de vida autorreferencial.

Según el diccionario de la Real Academia Española, cooperación: acción cooperar; cooperar: obrar juntamente con otro u otros para un mismo fin”. Los cónyuges deben obrar conjuntamente en miras a la realización de su proyecto de vida común.

En relación al deber de convivencia, convivir significa “Vivir en compañía de otro u otros”<sup>(38)</sup>, lo que

(34) MOLINA de JUAN, Mariel F. El deber de los cónyuges y convivientes de contribuir al sostenimiento del hogar. Rubinzal Culzoni online D 296/2014.

(35) Cfr.: MEDINA Graciela; “Matrimonio y disolución”. En Comentarios al derecho de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012, Director: Julio César Rivera, Coordinador: Graciela Medina. Abeledo Perrot. 2012. P.289. , p.320 y ss.

(36) En razón del divorcio “incausado” tampoco podría filtrarse “la culpa” como elemento determinante de la fijación de compensaciones por la naturaleza particular de dicho instituto (arts. 441 y 442 CCyC).

(37) www.rae.es

(38) Diccionario de la Real Academia Española. Convivir. (Del lat. convivere). 1. intr. Vivir en compañía de

se considera indispensable para la realización del proyecto de vida.

Señala Azpíri que es muy probable que la mayoría de los matrimonios conviva, pero también puede suceder que el proyecto de vida en común no implique compartir una vivienda, manteniendo residencias separadas. Se respeta de este modo la decisión individual y personal de generar un espacio matrimonial diferente del tradicional y ello podrá ocurrir cuando, por las razones que los interesados estimen convenientes —por ejemplo, porque existen hijos de uno o ambos cónyuges cuya cohabitación es considerada por ellos generadora de conflictos—, deciden que celebrarán un matrimonio pero sólo convivirán los fines de semana, durante viajes o en los períodos de vacaciones. Expresa el autor que Código sancionado mantiene su estructura, dando por sentado que los cónyuges convivirán y eventualmente regula las consecuencias de la separación de hecho, pero no existe un tratamiento particular para los matrimonios cuyo proyecto de vida en común no incluya la convivencia<sup>(39)</sup>.

Por nuestra parte creemos que “convivencia” no es lo mismo que “cohabitación”<sup>(40)</sup>, que puede existir cohabitación sin convivencia y convivencia sin cohabitación. La esencia de la convivencia se deriva del proyecto de vida en común que puede materializarse de diversas maneras.

Según se expresa la doctrina, el deber de convivencia hace a la esencia del matrimonio y es el que da sentido y fundamento a la protección de la vivienda familiar y a la determinación de la compe-

otro u otros www.rae.es. Mientras que Cohabitar. (Del lat. cohabitare). 1. intr. Habitar juntamente con otra u otras personas. 2. intr. Hacer vida marital.

(39) AZPIRI, Jorge Osvaldo; El matrimonio sin convivencia y sus peculiaridades, RDF 66-115. Dice el autor: A la luz de los puntos que brevemente se han señalado, resulta evidente que podrán existir dos especies de matrimonio, aquél en el que los cónyuges convivan y otro en el que los esposos hayan decidido no compartir una vivienda y queda en claro que el caso del matrimonio sin convivencia no ha merecido una consideración expresa, manteniéndose toda la regulación como si continuara existiendo el deber de cohabitación. Es por ello que se alude reiteradamente a la separación de hecho como supuestos que traen aparejada una modificación de los derechos existentes entre los cónyuges. Sin embargo, esta nueva realidad posible amerita que sea tenida en cuenta en forma expresa, para evitar las dificultades interpretativas que, sin lugar a dudas, se suscitarán en el futuro

(40) cohabitar. (Del lat. cohabitare). 1. intr. Habitar juntamente con otra u otras personas. 2. intr. Hacer vida marital. www.rae.es.

tencia judicial por el lugar donde se ubica la vivienda o la determinación del derecho aplicable en el ámbito del derecho internacional privado <sup>(41)</sup>.

Compartimos plenamente que los derechos y deberes de carácter moral quedan reservados al ámbito privado e íntimo, lo que no significa desconocer el alto valor axiológico del deber de fidelidad.

Según se expresa en los fundamentos del Anteproyecto, al receptarse un régimen incausado de divorcio, el incumplimiento de estos derechos y deberes no generan consecuencias jurídicas.

En relación a la fidelidad en sentido amplio (lealtad, observancia de la fe que alguien debe a otra persona) <sup>(42)</sup> —tiene un alcance mucho más profundo que la exclusividad sexual—, implica un contenido personal que los cónyuges conocen, se obligan, están de acuerdo con él y lo aceptan.

Coincidimos en la acepción que expresa que deber de fidelidad es un “deber moral”, posición que es resistida por un sector de la doctrina con diversos fundamentos <sup>(43)</sup>.

La citada regla ha sido objeto de algunas críticas, en el entendimiento de que al suprimirse como

(41) Cfr.: MEDINA Graciela; “Las grandes reformas al derecho de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012” en Comentarios al derecho de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012, Director: Julio César Rivera, Coordinador: Graciela Medina. Abeledo Perrot. 2012. P.289. “Matrimonio y disolución”, p.313 y ss.

(42) [www.rae.es/www.rae.es](http://www.rae.es/www.rae.es)

(43) Cfr.: STARÓPOLI, María del Carmen; El deber de fidelidad en el Proyecto, DFyP 2014 (marzo), 03/03/2014, 14 dice el autor: “La inexigibilidad jurídica del deber de fidelidad, impide al cónyuge afectado protegerse por la infracción y el agravio subsecuente. De esta forma, el Estado que se dice pluralista en una concepción moderna del matrimonio no reconoce por igual a todos los proyectos de vida pues quien quiera protegerse de la infidelidad no lo podrá pactar y quien quiera incurrir en infidelidad no tendrá consecuencias civiles ni económicas. Se consagra así el derecho al daño matrimonial vulnerando los principios honeste vivere, suum cuique tribuere y alterum non laedere, es decir no dañar al otro, pilares del derecho romano que ha inspirado nuestra legislación.” BASSET, Ursula C; El matrimonio en el Proyecto de Código. LA LEY 05/09/2012, 05/09/2012, 1. Dice la autora: “En el Proyecto de Código hay libertad de ser swinger, de llevar adelante un matrimonio abierto, no respetar la fe mutua de los cónyuges, no convivir; pero no hay libertad de ser fiel al voto moralmente más exigente de perdurabilidad del vínculo matrimonial, que beneficia a la sociedad. Vale decir, hay libertad para la laxitud, pero no hay libertad para las opciones morales exigentes”.

deber jurídico<sup>(44)</sup>, no sólo se desconoce el orden público, sino que se estaría regulando un nuevo modelo de familia alejado del sentir de la sociedad argentina; y ello en tanto se impone un matrimonio “abierto”<sup>(45)</sup>.

Sobre la base de los principios de solidaridad y responsabilidad familiar, desde la óptica de no discriminación entre los miembros de la pareja el sistema legal prevé el deber de “asistencia” mutua (430 CCyC).

Según el diccionario de la Real Academia Española la expresión “asistencia” se refiere a “acción de estar o hallarse presente” y “acción de prestar socorro, favor o ayuda”<sup>(46)</sup>.

Se trata de un derecho básico que se deriva del principio de solidaridad familiar. Los cónyuges se deben mutuamente asistencia, socorro, favor, ayuda, estar presentes. Este deber de asistencia abarca no sólo la faz material, sino también la espiritual.

Como se expresa en la doctrina <sup>(47)</sup>, en el matrimonio se distingue entre el deber de asistencia y el deber alimentario de los esposos (arts. 431 y 432 CCyC)

La familia matrimonial y la familia convivencial no ostentan los mismos efectos; en este sentido, en

(44) Según Kelsen, el deber jurídico es algo radicalmente independiente de las motivaciones por las cuales obra el individuo que está sometido al Derecho. Deber moral y deber jurídico son dos realidades neta y completamente distintas. El deber moral implica que el sujeto obligado conoce el contenido de la norma, está de acuerdo con él y lo acepta. El deber jurídico existe independientemente de que el sujeto obligado conozca o acepte las normas, ya que éstas valen y obligan aunque el destinatario no las acepte.

(45) A modo ejemplificativo, ver, HERNÁNDEZ, Lidia B.; OCAMPO, Carlos G. y Ugarte, Luis A., “Matrimonio y divorcio en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial”, LL del 30/5/2012, p. 1; MAZZINGHI (h.), Jorge A., “El nuevo perfil del matrimonio (Primeros apuntes sobre el Anteproyecto del Código Civil y Comercial)”, ED del 4/6/2012, p. 1; BACH DE CHAZAL, Ricardo, “Anteproyecto de reformas al Código Civil. Erosión ideológica de la vida y la familia”, ED del 11/6/2012, p. 1. PERRINO, Jorge Oscar; Matrimonio en el Proyecto de Código Civil. SJA 2012/12/19-36; JA 2012-IV.

(46) <http://lema.rae.es/drae/?val=asistencia>

(47) Cfr.: OTERO, Mariano C., Los alimentos en el proyecto. La Ley 17/07/2012, 17/07/2012 HERRERA, Marisa y PELLEGRINI María V., La regulación de los alimentos en el Proyecto de Código, JA 2012-IV, Revista del 5.12.2012, Fascículo 10, pág. 18; MOLINA DE JUAN, Marel F., El deber de los cónyuges y convivientes de contribuir al sostenimiento del hogar, Rubinzal Culzoni, RC D 296/2014.

el cese de la unión convivencial no se regula obligación alimentaria mientras que en el matrimonio se prevé en la separación de hecho y excepcionalmente en el divorcio (art. 432 CCyC).

El deber de asistencia, resulta transgredido cuando uno de los cónyuges se abstiene de asistir al otro y no aporta para solventar las necesidades del hogar y de los hijos. Si uno de ellos elude los aportes para atender a las necesidades de la familia conforme a sus recursos se lesiona el principio de justicia distributiva tendiente a evitar las situaciones de inequidad.

Se consagra específicamente el deber de contribución en el art. 455 CCyC y se conserva el derecho y deber jurídico de asistencia, previéndose expresamente el deber alimentario y las pautas para su fijación, mientras se encuentren casados conviviendo, o separados de hecho. Tras el divorcio, esa obligación se torna excepcional, pudiendo existir por acuerdo de partes o ante dos supuestos expresamente previstos, fundados en el principio de solidaridad familiar: 1) a favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio, obligación que se transmite a los herederos del alimentante; y 2) a favor de quien carece de recursos suficientes y de la posibilidad razonable de procurárselos (art. 434 CCyC).

La legislación vigente posee una mirada rígida sobre las relaciones humanas familiares y suele conculcar el principio de libertad de los cónyuges en la construcción, vida y ruptura matrimonial. La legislación sancionada brinda una adecuada respuesta institucional durante el matrimonio y frente al conflicto conyugal, respetando la noción de pluralismo que debe regir en las uniones afectivas, tal como lo propicia la doctrina internacional de los derechos humanos.

Coincidimos con las claras reflexiones de Mizrahi<sup>(48)</sup>, quien plantea que, en el régimen del divorcio sin expresión de causa, el matrimonio sólo se justifica si ambos cónyuges se mantienen en su voluntad de permanecer en él. Ante una infracción a los deberes conyugales, cualquiera de los esposos podrá libremente decidir si acepta o no el desarrollo matrimonial en tales condiciones. El abordaje jurídico de las crisis matrimoniales que impide los cónyuges puedan peticionar por el incumplimiento del deber

de fidelidad; da cabal respuesta a los verdaderos problemas que conllevan aquellas crisis, promueve la coparentalidad y en general, el bienestar de los vínculos afectivos<sup>(49)</sup>.

El matrimonio se celebra, mantiene o disuelve por la voluntad de ambos cónyuges y no debe ser causa de enriquecimiento o empobrecimiento de ellos.

En síntesis: los deberes y derechos matrimoniales enunciados son acordes al respeto de la autonomía de la voluntad, parten de considerar que son los cónyuges quienes —con ciertos límites— deben determinar a qué quieren obligarse durante la relación matrimonial. El incumplimiento de los deberes estrictamente jurídicos genera consecuencias legales.

### VIII. Causales de disolución

El matrimonio se disuelve por: a) muerte de uno de los cónyuges; b) sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento; c) divorcio declarado judicialmente. (art. 435 CCyC).

Se modifica el régimen anterior que disponía que el fallecimiento presunto producía la disolución matrimonial sólo cuando el cónyuge presente contraía nuevas nupcias por un sistema más simple. Ahora, la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento produce la disolución del matrimonio, contraiga o no el presente nuevo matrimonio.

### IX. El apellido de los cónyuges

El derecho al nombre de las personas es abordado en el Código en un mismo y único capítulo, superando el tratamiento “externo” propio de la Ley 18.248<sup>(50)</sup>. El tema tiene impacto en las relaciones de familia.

En estos últimos años se ha ampliado la conceptualización tradicional del nombre —como “designación exclusiva” e identificatoria del individuo—, atributo de la personalidad, que satisface tanto intereses individuales como sociales. Hoy se concibe como un derecho humano autónomo, vinculado con el derecho de identidad, el que a su vez integra.

(48) MIZRAHI, Mauricio L., “Regulación del matrimonio y el divorcio en el proyecto”, LL del 4/7/2012, p. 3. MIZRAHI, Mauricio L., “Familia, matrimonio y divorcio”, cit., p. 506, nota 167. Allí sostuvo que de esta manera se coadyuva a la dignificación de la institución matrimonial.

(49) CULACIATI, Martín Miguel; Nuevos vientos sobre la fidelidad conyugal. La revalorización de los afectos para la protección de la familia que subyace al vínculo matrimonial. Fallo Comentado: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires - 2012-06-06 - R., I. I. v. L., M. R. APBA 2012-11-1265.

(50) Cfr.: FERNÁNDEZ, Silvia E.; Nombre de las personas; Rubinzal Culzoni online D 291/2014.

En virtud de esta autonomía, el nombre se presenta como un derecho humano específico, comprendido en el art. 75 inc. 22 CN, reforzado en materia de infancia por la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 8) y de la Ley 26.061.

El CCyC califica al prenombre y apellido de la persona como un “derecho y deber” (art. 62 CCyC).

Hasta la entrada en vigencia del nuevo Código se establece: “será optativo para la mujer casada con un hombre añadir a su apellido el del marido, precedido por la preposición “de”. En caso de matrimonio entre personas del mismo sexo, será optativo para cada cónyuge añadir a su apellido el de su cónyuge, precedido por la preposición “de” (art. 38, ley 26.618 que sustituye el art. 8° de la ley 18.248).

En relación al apellido de los cónyuges el art. 67 CCyC prevé que cualquiera de los cónyuges puede optar por usar el apellido del otro, con la preposición “de” o sin ella, restando así el principio de igualdad entre los cónyuges.

La facultad de uso corresponde a ambos cónyuges; se independiza precisamente del derecho que antes sólo correspondía a la mujer.

La persona divorciada o cuyo matrimonio ha sido declarado nulo no puede usar el apellido del otro cónyuge, excepto que, por motivos razonables, el juez la autorice a conservarlo.

El cónyuge viudo puede seguir usando el apellido del otro cónyuge mientras no contraiga nuevas nupcias, ni constituya unión convivencial.

### X. Cuadro comparativo

MATRIMONIO	CÓDIGO CIVIL VIGENTE	CCyC SANCIONADO
<b>Principios</b>	No explícitos	<b>Explícitos:</b> libertad e igualdad (401)  <b>Interpretación y aplicación:</b> igualdad de derechos, obligaciones y efectos (personas del mismo o distinto sexo) (402)
<b>Requisitos de existencia y validez</b>	<b>EXISTENCIA</b> (172)  - pleno y libre consentimiento  - ante la autoridad competente  - con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo. 172  <b>VICIAN EL CONSENTIMIENTO</b> la violencia, el dolo y el error (175)  <b>IMPEDIMENTOS</b> (166)  1. Consanguinidad entre ascendientes y descendientes sin limitación.  2. Consanguinidad entre hermanos o medio hermanos  3. El vínculo derivado de la adopción plena, en los mismos casos de los incisos 1, 2 y 4  Prevé expresamente el derivado de la adopción simple  4. La afinidad en línea recta en todos los grados.  5. Tener menos de dieciocho años.  6. El matrimonio anterior, mientras subsista  7. Haber sido autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges.	<b>EXISTENCIA</b> (406- 409)  Consentimiento puro y simple ante autoridad competente  <b>VICIOS DEL CONSENTIMIENTO:</b> violencia, dolo error (409)  <b>IMPEDIMENTOS</b> (403)  a) el parentesco en línea recta en todos los grados, cualquiera que sea el origen del vínculo;  b) el parentesco entre hermanos bilaterales y unilaterales, cualquiera que sea el origen del vínculo;  c) la afinidad en línea recta en todos los grados;  d) el matrimonio anterior, mientras subsista;  e) haber sido condenado como autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges;  f) tener menos de dieciocho años;  g) la falta permanente o transitoria de salud mental que le impide tener discernimiento para el acto matrimonial.

MATRIMONIO	CÓDIGO CIVIL VIGENTE	CCyC SANCIONADO
	<p>8. La privación permanente o transitoria de la razón, por cualquier causa que fuere.</p> <p>9. La sordomudez cuando el contrayente no sabe manifestar su voluntad en forma inequívoca por escrito o de otra manera.</p> <p>167 - <b>DISPENSA</b></p> <p>168 - <b>AUTORIZACIÓN</b> - 169 a 171</p>	<p><b>NOVEDADES</b></p> <p>Falta de edad nupcial - dispensa judicial (404)</p> <p>Falta de salud y dispensa judicial (405)</p>
<p><b>Celebración y prueba</b></p> <p><b>Oposición a la celebración</b></p>	<p>186 a 196</p> <p>176 a 185</p> <p><b>PRUEBA</b> - (197)</p> <p>El matrimonio se prueba con el acta de su celebración, su testimonio, copia o certificado o con la libreta de familia expedidos por el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.</p> <p>Prevé prueba por otros medios</p>	<p>416 a 422</p> <p>410 a 415- Cambios</p> <p><b>PRUEBA</b> - 423</p> <p>El matrimonio se prueba con el acta de su celebración, su testimonio, copia o certificado, o con la libreta de familia expedidos por el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.... Prevé excepciones y valoración de la posesión de estado.</p>
<p><b>Nulidades</b></p>	<p><b>ABSOLUTAS.</b> Parentesco ligamen, crimen (219)</p> <p><b>RELATIVAS:</b> Edad, falta permanente o transitoria de razón, impotencia, vicios en el consentimiento (220)</p> <p><b>EFFECTOS.</b> (221 a 224)</p>	<p><b>ABSOLUTAS:</b> parentesco, ligamen, condena criminal (424)</p> <p><b>RELATIVAS:</b> Impedimento de edad, falta permanente o transitoria de salud mental, vicios en el consentimiento (425) (varía: legitimados, plazos de caducidad)</p> <p><b>EFFECTOS</b> (426 a 430)</p>
<p><b>Deberes y derechos</b></p>	<p>Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos. (198)</p> <p>Los esposos deben convivir en una misma casa.... (199)</p> <p>Los esposos fijarán de común acuerdo el lugar de residencia de la familia. ( 200)</p>	<p>Desarrollar un proyecto de vida común basado en la cooperación</p> <p>Convivencia</p> <p>Deber moral de fidelidad</p> <p>Asistencia mutua (431)</p> <p>Alimentos: durante la vida en común y separación de hecho. Excepcionalmente posteriores al divorcio (432 a 434)</p>
<p><b>Apellido</b></p>	<p>Ley 18.248: optativo para la mujer casada con un hombre añadir a su apellido el del marido, precedido por la preposición "de"</p>	<p>67 CCyC - cualquiera de los cónyuges puede optar por usar el apellido del otro, con la preposición "de" o sin ella.</p>
<p><b>Disolución</b></p>	<p>1° Por la muerte de uno de los esposos;</p> <p>2° Por el matrimonio que contrajere el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento;</p> <p>3° Por sentencia de divorcio vincular. 213</p>	<p>a) muerte de uno de los cónyuges;</p> <p>b) sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento;</p> <p>c) divorcio declarado judicialmente. (435)</p>

## XI. Conclusiones

*I. Los principios:* la regulación del Matrimonio en el CCyC hace referencia a los principios de igualdad y libertad, (Libro Segundo: Relaciones de Familia, Título I: Matrimonio, Capítulo 1: Principios de libertad e igualdad).

*I.1. El principio de libertad:* es la base sobre la cual se modela el derecho matrimonial y se construyen diversas relaciones familiares teniendo en cuenta principios y valores comunes y privilegiando la autonomía personal.

*I.2. El principio de igualdad entre cónyuges:* se consagra la igualdad de los roles, de los deberes y derechos conyugales, de la capacidad jurídica, la igualdad frente a los hijos, en materia del uso del nombre y en los derechos patrimoniales. No se hace diferencias en relación al sexo u orientación sexual de los cónyuges.

*II. Impedimentos matrimoniales:* Son impedimentos dirimientes para contraer matrimonio: a) el parentesco en línea recta en todos los grados, cualquiera que sea el origen del vínculo; b) el parentesco entre hermanos bilaterales y unilaterales, cualquiera que sea el origen del vínculo; c) la afinidad en línea recta en todos los grados; d) el matrimonio anterior, mientras subsista; e) haber sido condenado como autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges; f) tener menos de dieciocho años; g) la falta permanente o transitoria de salud mental que le impide tener discernimiento para el acto matrimonial (art.403 CCyC).

*III. Matrimonio y falta de edad nupcial:* se conserva la edad mínima de dieciocho años para contraer matrimonio. Se relaciona la aptitud nupcial con la madurez psicológica, porque exige una evolución psíquica del sujeto, teniendo en cuenta el principio de autonomía progresiva. Diferencia claramente la posibilidad de autorización de ambos padres de 16 a 18 años (o subsidiariamente la dispensa judicial) y la necesidad de dispensa judicial para los menores de 16 años. Se perfecciona la regulación de la nulidad relativa del matrimonio contraído por menores de edad.

### *IV. Falta de salud mental y dispensa judicial*

Quedan previstas dos oportunidades para que el magistrado, con el auxilio de los equipos técnicos de salud, evalúe la aptitud para contraer matrimonio de la persona con padecimientos en la salud mental: antes de la celebración al tramitarse la dispensa, y luego del matrimonio, al considerar su validez o nulidad en el proceso promovido por parte legitimada.

La normativa responde a la concepción de salud mental y es un avance humanitario. Permite que personas que padecen alguna forma de capacidad restringida por razones de salud mental, puedan contraer vínculos afectivos permanentes, legítimos y tutelados.

### *V. Requisitos de existencia del matrimonio: el consentimiento*

Basado en el principio de libertad, el consentimiento matrimonial —puro y simple— es el requisito que se constituye en eje de la existencia del matrimonio. Es la voluntad de cada uno de los contrayentes de unirse al otro por la sujeción a las reglas legales a que está sometido el vínculo conyugal.

### *VI. Deberes y derechos matrimoniales*

Son enunciados en forma acorde al respeto de la autonomía de la voluntad. Parten de considerar que son los cónyuges quienes deben determinar a qué quieren obligarse durante la relación matrimonial. El incumplimiento de los estrictamente jurídicos genera consecuencias legales.

### *VII. Prueba del matrimonio*

El matrimonio se prueba con el acta de su celebración, su testimonio, copia o certificado, o con la libreta de familia expedidos por el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

### *VIII. Nulidad del matrimonio*

Se mantiene el doble régimen de nulidad absoluta y relativa del matrimonio, pero se introducen algunas modificaciones a la segunda. Se suprime la causal de impotencia.

### *IX. Causales de disolución del matrimonio*

El matrimonio se disuelve por: a) muerte de uno de los cónyuges; b) sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento; c) divorcio declarado judicialmente.

*X. Apellido de los cónyuges:* cualquiera de los cónyuges puede optar por usar el apellido del otro, con la preposición “de” o sin ella.

La sociedad, la familia y la noción de matrimonio han cambiado y el derecho sancionado acompaña esos cambios teniendo en cuenta el pluralismo social y fundando la normativa en la tutela de los derechos humanos.

“En tiempos de cambio, quienes estén abiertos al aprendizaje se adueñarán del futuro, mientras que aquellos que creen saberlo todo estarán bien equipados para un mundo que ya no existe” (Eric Hoffer). ♦

# RÉGIMEN DE BIENES Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. ELECCIÓN Y MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN. CONVENIOS. CONTRATOS ENTRE CÓNYUGES

POR MARIEL F. MOLINA DE JUAN

## I. Una aproximación al tema

Las consecuencias económicas del matrimonio, están contenidas en el Título II del Libro Segundo del Código Civil y Comercial, que regula las relaciones de familia. El nuevo diseño legal procura asegurar el interés patrimonial de cada uno de los esposos y la protección del grupo familiar y de los terceros que contratan con ellos —del mismo modo que lo hacía el Código derogado— pero incorpora un cambio importante: reconoce a los cónyuges la facultad de adoptar algunas decisiones sobre los efectos económicos de su matrimonio. En otras palabras, en la nueva ley existe una esfera real y concreta de libertad permitida para los esposos, que antes no existía.

Reflexionar sobre la *autonomía de la voluntad* de los cónyuges en el régimen de bienes del matrimonio, implica enfocar un tema que trasciende la propia reforma del derecho familiar y desborda lo jurídico. Involucra lo cotidiano y lo doméstico, y envuelve la concreción del proyecto de vida personal y familiar que se pone en marcha con cada matrimonio.

La nueva regulación pasa revista a la realidad de las actuales familias argentinas, a la democratización creciente de sus estructuras<sup>(1)</sup> y a sus diversas formas de organización económica, así como también se engarza con el sis-

tema de valores y principios que atraviesa toda la reforma, los que han alcanzado un ansiado correlato en el mundo del derecho patrimonial matrimonial.

A partir del respeto por la capacidad de cada uno para comprender y decidir sobre aspectos centrales de su vida, el Código Civil y Comercial confiere algunos permisos a las parejas matrimoniales, que tienen su anclaje en la concepción igualitaria y en la dignificación de las personas.

La esencia de la reforma consiste en la apertura al ejercicio de la autonomía personal, que se manifiesta mediante:

(a) la posibilidad de celebrar convenciones matrimoniales por las cuales los cónyuges o futuros cónyuges opten por uno de los dos regímenes autorizados por la ley (art. 446, 449); y

(b) la facultad de modificar el régimen elegido inicialmente o el legal supletorio (art. 449)<sup>(2)</sup>.

## II. Antecedentes

Desde su formulación originaria hasta la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, el régimen patrimonial del matrimonio en Argentina fue objeto de sucesivas modificaciones dentro de una estructura normativa y funcional sumamente compleja.

El diseño de Vélez Sarsfield (que se mantuvo prácticamente incólume durante varias décadas), respondió a un estilo patriarcal de familia que se estructuraba a partir de relaciones jerárquicas entre sus miembros, con una dinámica

---

(1) Resulta de gran interés la consulta de un estudio comparativo y evolutivo realizado por Simó Santoja, que demuestra una clara tendencia de las legislaciones modernas a reconocer la independencia económica de la mujer casada equiparándola al marido, dando derecho a uno y otro a participar en las ganancias obtenidas durante el matrimonio y asegurando la intervención de ambos en la defensa y gestión de sus intereses comunes, aunque este movimiento no revista la misma dinámica ni la misma rapidez en todos los países. (ampliar en SIMÓ SANTOJA, Vicente, Compendio de regímenes matrimoniales, Valencia, Tirant Lo blanch, 2005, p. 15).

---

(2) Con algunas dudas sobre la solución legal, Roveda sostiene que la reforma propuesta puede ser perjudicial y acarrear más inconvenientes que beneficios. (ROVEDA, Eduardo, El régimen patrimonial del matrimonio en RIVERA (Dir) Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 297).

basada en la distribución dicotómica de roles de la pareja matrimonial. Esta distribución aseguraba la dependencia recíproca aunque uno de ellos estuviera en una posición de debilidad. Mientras la mujer se concentraba en la organización del consumo, las labores domésticas y la atención de los hijos, el marido era el sostén económico que desempeñaba tareas remuneradas fuera del hogar<sup>(3)</sup>. Como correlato jurídico, la mujer casada era incapaz de hecho —por ende excluida de toda posibilidad de decidir cuestiones patrimoniales— y el marido tenía la administración de los bienes del matrimonio y de los pertenecientes a los hijos<sup>(4)</sup>.

Con el correr del tiempo, este sistema comenzó a resquebrajarse por la fuerza de la realidad, y las sucesivas reformas del siglo pasado (leyes 11357; 17711 y 23.515) y de este siglo (leyes 25.781 y 26.618), alteraron su diseño, aunque complejizaron aún más su interpretación. El fundamento filosófico e ideológico que impulsó esas transformaciones jurídicas fue el avance de la igualdad, primero entre el hombre y la mujer, y después entre los matrimonios del mismo y diferente sexo. En líneas generales, se pretendió suprimir toda forma de discriminación en las relaciones económicas derivadas de la vida matrimonial, cualquiera sea su causa.

En cambio, durante todas estas décadas se desconoció a los esposos la libertad de regular las relaciones económicas que tienen su origen en las nupcias, existiendo entonces una deuda pendiente con la autonomía personal.

El régimen que ahora se deroga era único y forzoso, impuesto por la ley y sin margen de modificación<sup>(5)</sup>, (conf. art. 1218 Cód. Civil y 1219). Con ello se pretendían asegurar los fines éticos y morales de la familia, evitar conflictos de naturaleza económica entre sus miembros, proteger a la mujer (parte débil de la relación) y a los terceros<sup>(6)</sup>.

(3) MIZRAHI, Mauricio, *Familia Matrimonio y divorcio*, Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 61.

(4) Conf. la originaria redacción de los artículos 55; 169; 185 a 189; 195 del Código Civil.

(5) La excepción a este postulado fue sostenida por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, sala I, 31/05/2012 N., V. y C., G. E. RDF 2012-VI-207, con nota de Paula Grondona.

(6) Las razones dadas al elegir este régimen patrimonial y no otro, están suficientemente explicadas en la extensa nota al título II “De la sociedad conyugal”, Libro II,

La imperatividad del sistema comprendía la imposibilidad de modificar las pautas de calificación de bienes<sup>(7)</sup> y se completaba con la prohibición de celebrar algunos de los contratos de mayor trascendencia, tal el caso de la compraventa, la cesión de créditos, la permuta, la donación, etc.

### III. Sociedad conyugal vs. constitucionalización del derecho familiar

El régimen derogado tenía dos grandes problemas:

a) Desconocía la realidad y por ello, estaba signado por profundas contradicciones. Si bien durante largos años se aceptaron pacíficamente las razones dadas por Vélez para imponer un sistema imperativo, las radicales transformaciones sociales de los últimos tiempos ponían en evidencia que los fines para los que había sido concebido ya no existían<sup>(8)</sup>.

b) Había caído en una suerte de *inconstitucionalidad sobreviniente*. Aunque nació perfectamente válido, muchas de sus disposiciones adolecían de invalidez material, en tanto su contenido se encontraba en infracción con las pautas, principios y valores delineados por el bloque de constitucionalidad. Es decir, existía una ruptura con el sistema axiológico imperante, pues seguía sujeto a parámetros rígidos impuestos, y estaba imbuido de un *supuesto orden público* que impedía el ejercicio de la libertad personal.

El concepto de orden público matrimonial al que respondió el sustrato normativo originario fue sustancialmente modificado por el derecho

sección III del Código Civil: “la sociedad conyugal será así puramente legal, evitándose las mil pasiones o intereses menos dignos, que tanta parte tienen en los contratos de matrimonio. Permitimos sólo aquellas convenciones matrimoniales que juzgamos enteramente necesarias para los esposos y para el derecho de terceros”.

(7) Sobre el carácter imperativo de las pautas para la calificación de bienes, la Corte Suprema de Santa Fe sostuvo: “cuando lo que se pretende es la recalificación de los bienes que forman parte de la sociedad conyugal, debe estarse a la realidad de los fondos aportados para la adquisición del inmueble, con independencia de lo afirmado por las partes, ya que así lo exige el orden público comprometido en el régimen patrimonial matrimonial, insusceptible de verse modificado por convenciones entre los cónyuges (CS Santa Fe, 05/09/2006, “C., R. v. A., M” Doc. Jud. 2007-1-914 - Abeledo Perrot N°: 1/70035088).

(8) Compulsar MEDINA, Graciela, *Las diez grandes reformas al derecho de familia*, DFyP 2012 (febrero), p. 11.

constitucional familiar, quedando constreñido a aquellos aspectos que hacen a la protección de los derechos humanos de los miembros de la familia. Por eso en importantes áreas del derecho económico matrimonial ya no se justificaban las disposiciones imperativas. No podía seguir sosteniéndose dogmáticamente que el régimen de sociedad conyugal era de orden público porque la ley no permitía que los cónyuges lo modifiquen. Era la ley la que debía reformarse para concretar un avance hacia la apertura de la autonomía de los esposos en la regulación de sus relaciones económicas<sup>(9)</sup>.

Durante los últimos decenios se instaló entre la doctrina una productiva discusión sobre posibilidad de adoptar un régimen convencional que permita a los cónyuges regular sus relaciones económicas. Unas y otras voces se manifestaron en importantes trabajos de la doctrina y fueron recogidas en eventos académicos, congresos y jornadas.

*1) Voces a favor del régimen único, legal y forzoso*

Los partidarios de mantener el régimen legal y forzoso esgrimían, entre otros los siguientes argumentos<sup>(10)</sup>:

\* El matrimonio es un acto de amor en el que debe primar lo espiritual frente a lo económico, y no se aviene con ninguna especulación patrimonial.

\* El régimen único es el que mejor responde a la realidad socio cultural y a la idiosincrasia del pueblo que “no merece que en nombre de la autonomía se avasallen pautas arraigadas” que pueden llegar a comprometer la paz social y familiar. No existen motivos de peso para apartarse de la tradición argentina<sup>(11)</sup>.

(9) En este mismo sentido, LLOVERAS, Nora, SALOMÓN, Marcelo, *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Ed. Universidad, 2009, p. 313.

(10) Entre otros, pueden compulsarse BELLUSCIO, Augusto: “La elección del régimen matrimonial por los esposos”, LL 1994-A-799; BELLUSCIO, Augusto, *Manual de derecho de familia*, 10 ed. Actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011 p. 392. Ver también BASSET, Ursula, *La calificación de bienes en la sociedad conyugal*; Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, p. 303/304.

(11) En este sentido, BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil. Familia T. I*; 10 ed. Buenos Aires, La Ley, 2008 p. 210 N° 265 y 267.

\* La libertad de elección es “peligrosa” para la sociedad porque pone en riesgo la estabilidad familiar.

\* Es el sistema que mejor protege los derechos de la mujer, (perjudicada en el aspecto patrimonial respecto del hombre<sup>(12)</sup>).

\* El régimen único tutela mejor a los terceros que establecen relaciones jurídicas con los esposos, porque evita el fraude y permite conocer de antemano las reglas aplicables.

*2) Voces que bregaban por la apertura del régimen*

Del otro lado, se entendió que debía permitirse la autonomía personal de los esposos en este terreno<sup>(13)</sup>. Esta posición, recogida por el Código Civil y Comercial, se sustenta en los argumentos sociológicos, económicos, filosóficos y jurídicos que se sintetizan a continuación:

(12) Ver FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel y ROVEDA, Eduardo; *Régimen de bienes del matrimonio*, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 14.

(13) Numerosos eventos científicos proponían el cambio. Entre otros: (a) El II Congreso Hispanoamericano de Profesores de Derecho de Familia (1983) recomendó que cada país flexibilizara sus normas acogiendo un margen de libertad para optar por uno o más regímenes; (b) Las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires 1987) en las que se aprobó un despacho de lege ferenda con el siguiente texto: “debe possibilitarse a los futuros cónyuges la adopción mediante capitulaciones matrimoniales, de regímenes patrimoniales alternativos que regulen sus relaciones y las relaciones de los cónyuges con terceros”. La posición no fue unánime pues el despacho de minoría se pronunció por el mantenimiento del régimen patrimonial organizado por el Código Civil como sociedad conyugal sin admitir regímenes alternativos convencionales; (c) Las II Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho Civil en Bs. As (año 1992), propiciaron la opción por uno o más regímenes patrimoniales alternativos; (d) las Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal (1994), propiciaron una pluralidad de regímenes patrimoniales; (e) El X Congreso Internacional de Derecho de Familia (1998) por despacho de mayoría propició la “admisión del principio de la autonomía de la voluntad entre los cónyuges, es decir, para contar con cierta libertad de pactar el régimen patrimonial de su matrimonio”, debiendo el legislador decidir si esa es una opción libre o bien, solo puede elegir entre regímenes que se le ofrezcan, y en su defecto el de comunidad. Tanto antes de la celebración cuanto luego de la misma; (f) las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil en Santa Fe sostuvieron que los cónyuges debían tener facultad de optar por un régimen distinto del legal supletorio (comunidad de gananciales).

*Argumentos sociológicos y económicos:*

\* La modificación de las funciones económicas de las familias. El régimen de comunidad es propio de un modelo social en que predomina la empresa productiva familiar bajo la dirección del padre y en el que la mujer queda recluida a la vida doméstica y al cuidado de los hijos. Los cambios familiares han llevado a considerar justo que ambos esposos mantengan su autonomía patrimonial, y no dependan de las ganancias del otro, sin que ello implique liberarse de las responsabilidades económicas del hogar <sup>(14)</sup>.

\* El pluralismo en las formas de organización familiar. Desaparecido el monopolio de la familia para la que fue concebido el régimen de comunidad, no es posible pensar en una única regulación para todas las familias. Las distintas realidades sociales, culturales y económicas (diversidad de ingresos y de educación, matrimonios en segundas nupcias, matrimonios de personas del mismo sexo, etc.) hacen imposible que idéntico estatuto sea apto para todas. Así por ejemplo, el régimen de separación suele presentarse como la mejor solución cuando se trata de segundas o ulteriores nupcias, a las que la comunidad de ganancias no da una respuesta satisfactoria <sup>(15)</sup>.

\* El rechazo al régimen imperativo estimula las uniones “extramatrimoniales” (no solo de parejas jóvenes, sino también de segundas o ulteriores uniones).

\* El efecto positivo que tiene en las personas la adopción de decisiones. Nada más eficaz que las soluciones que los propios interesados encuentran a sus problemas, las que, garantizada la tutela de los derechos impostergables, siempre son preferibles a las respuestas heterónomas e impuestas coactivamente <sup>(16)</sup>.

\* Aunque la opción sea ejercida sólo por una minoría, ello no resulta suficiente fundamento

(14) Compulsar ZANNONI; Eduardo; Derecho Civil. Derecho de Familia, Buenos Aires, Astrea, 2006, T. 1, p. 466.

(15) Ampliar en GROSMAN, Cecilia; MARTINEZ AL-CORTA; “Familias ensambladas. Nuevas uniones después del divorcio,” Buenos Aires, Universidad, 2000 p. 327 y ss.

(16) Conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Lineamientos generales del régimen patrimonial del matrimonio en el proyecto de reforma; JA 8-12-93.

para negarles la posibilidad a quienes así lo requieren <sup>(17)</sup>.

*Argumentos filosóficos y jurídicos:*

\* La libertad para vivir el proyecto de vida personal en forma digna exige un ámbito de autonomía en la sociedad. Este concepto clave dentro del paradigma de los derechos humanos explica la necesidad de limitar los poderes externos, especialmente del Estado, que debe abstenerse de interferir en los planes de vida elegidos libremente <sup>(18)</sup>.

\* No cabe restringir su autonomía sobre el fundamento de viejos prejuicios ni sospechar que todo aspecto patrimonial de la unión conspire en contra de su perdurabilidad o autorice abusos en perjuicio de terceros o de los propios cónyuges. La mera negación de la libertad no es el medio idóneo para evitar los peligros de su ejercicio <sup>(19)</sup>.

\* La libertad para celebración de las convenciones matrimoniales es un corolario de la igualdad jurídica de los cónyuges <sup>(20)</sup>.

\* La autonomía no desampara a la familia. Sea cual sea el régimen elegido, siempre existirá un piso mínimo inderogable que tiene por fin proteger los derechos fundamentales de sus miembros <sup>(21)</sup>.

\* La experiencia de los otros países de la región. En el contexto regional, los únicos países que no autorizaban la posibilidad de celebrar acuerdos matrimoniales eran Argentina y Bolivia.

(17) X Congreso Derecho de Familia; Setiembre de 1998; Mendoza, Conclusiones Comisión III KEMELMAJER DE CARLUCCI (Dir); El derecho de familia y los nuevos paradigmas III, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2000, p. 304.

(18) Conf. SISINNI, Julio Nicolás, “El valor autonomía personal: privacidad e intimidad en la Constitución nacional” en Bidart Campos, Germán, Gil Domínguez, Andrés; Los valores en la Constitución Argentina; Buenos Aires, Ediar, 1999, p. 237.

(19) Conf. GIMÉNEZ, Jorge Osvaldo, Cuestiones patrimoniales del matrimonio, 3ª ed. actualizada; Bahía Blanca, IP Induvio Editora, 2009, p. 36.

(20) ZANNONI, Eduardo A; Derecho Civil. Derecho de Familia; Buenos Aires, Astrea, 2006, T 1, p. 467. Ver también AZPIRI, Jorge, Régimen de bienes en el matrimonio, Buenos Aires, Hammurabi, 2002, p. 50.

(21) Compulsar MEDINA, Graciela, Elección del régimen de bienes en el matrimonio. Límites y proyecto de reforma del código civil, LL 1999-E, 1050 sec. doct.

\* Las razones de seguridad jurídica y la protección de terceros esgrimidas en contra, no tienen entidad suficiente para prohibir el ejercicio de los derechos fundamentales cuando existen otros mecanismos para garantizarlos <sup>(22)</sup>. El medio resulta irrazonable para el fin buscado, debiendo encontrarse otro modo de protección menos lesivo de los derechos fundamentales de los cónyuges. En rigor, la verdadera tutela de los terceros no depende tanto de la existencia de un régimen único, como de un adecuado sistema de publicidad que les permita conocer el régimen elegido por los cónyuges y de inoponibilidad en caso de perjuicio. En otras palabras, no sortea el principio de “proporcionalidad” eliminar la autonomía de la voluntad de los cónyuges porque así se protege a los terceros acreedores <sup>(23)</sup>.

Estos argumentos sostuvieron las propuestas de los antecedentes legislativos del nuevo Código. El Proyecto de reformas al Código Civil elaborado por la Comisión designada por decreto 486/92 (Proyecto de 1993) introdujo un régimen de carácter opcional que permitía optar entre el separación de bienes o participación en las ganancias y, establecía con carácter supletorio, el régimen de comunidad <sup>(24)</sup>. El Proyecto de Unificación Civil y Comercial de la Comisión designada por el decreto 685/95, (Proyecto de 1998) siguió los lineamientos del anterior, aunque suprimió el régimen de participación.

#### IV. Principios rectores del derecho patrimonial matrimonial en el Código Civil y Comercial

Pensar en un derecho económico familiar inclusivo para todas “las familias” implica pensar en un sistema asentado en los principios fundamentales de derechos humanos. Su regulación encuentra justificación en tanto procura garanti-

zar la dignidad de la persona, la libertad, la igualdad, la solidaridad. Estos postulados jurídicos no constituyen categorías axiológicas cerradas, estáticas o independientes, sino que interactúan entre sí y se hallan abiertas a las sucesivas necesidades que los hombres asumen en el devenir de la historia.

La *igualdad* de los cónyuges, reconocida y consagrada no solo por el sistema internacional, sino también por las últimas reformas operadas en el régimen patrimonial del matrimonio, exige idéntica protección de los derechos económicos de los miembros del matrimonio. El principio tiene una aplicación dual: por un lado prohíbe toda forma de discriminación tanto directa como indirecta (sea por razones de sexo, sea por razones de orientación sexual con, art. 402), y por el otro protege el derecho a la diferencia. Ambas son restricciones insuperables para el legislador.

La *autonomía* involucra la protección de la vida privada y la intimidad <sup>(25)</sup>. Exige que el orden jurídico garantice la posibilidad de cada uno para diseñar y concretar su propio proyecto de vida sin injerencias arbitrarias por parte del Estado. La igualdad proclamada confiere razonabilidad al ejercicio de la libertad para acordar cuestiones patrimoniales, pues presume que ambos miembros de la pareja están en paridad de condiciones para realizar acuerdos, en tanto parten de una situación jurídica y fáctica semejante <sup>(26)</sup>. En otras palabras, el reconocimiento de la igualdad es el terreno propicio para desterrar uno de los tradicionales argumentos en su contra: la debilidad de la mujer. El fantasma del aprovechamiento de uno de los esposos sobre el otro ya no tiene razón de ser, aunque ello no implique caer en la ingenuidad de creer que la mera formulación de normas sea suficiente para lograr que los derechos humanos alcancen plena vigencia sociológica y que con ella se haya “esfumado” completamente la discriminación de género de la vida real, que tanto ha marcado la historia de la humanidad.

Por eso *la solidaridad* aparece con el contrapunto del sistema axiológico.

(22) DE LOS MOZOS, José Luis; “Régimen Patrimonial y Autonomía de la Voluntad” en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, (Coord) El derecho de Familia y los nuevos paradigmas, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2000, T. II, p. 47.

(23) Para un análisis del principio de proporcionalidad, consultar BERNAL PULIDO, Carlos, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales; 3ª Edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2007.

(24) Para ampliar los argumentos, consultar KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Lineamientos generales del régimen patrimonial del matrimonio en el proyecto de reforma; JA 8-12-93.

(25) Puede consultarse un trabajo de ESCOBAR DE MONFERRER, Silvia, La autonomía de la voluntad y el orden público en los convenios regulados por el artículo 236 del Código Civil. Primera parte, 5-dic-2011, MJ-DOC-5627-AR | MJD5627.

(26) Conf. FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel, ROVEDA, Eduardo Régimen de bienes del matrimonio, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 12.

Desde la perspectiva del paradigma de los derechos humanos, la solidaridad familiar se redefine como “*responsabilidad*” con el otro, y especialmente, con aquellos con los cuales se comparte la vida familiar. Este principio incide estrechamente en el ejercicio de la autonomía y en la igualdad, las vivifica y completa, aunque tiene su ámbito de actuación propio<sup>(27)</sup>. La solidaridad tiene que ver con una cuestión de contribución y de colaboración en beneficio del otro, que responde a la búsqueda del bien común<sup>(28)</sup>. Es una categoría con una profunda relación con la igualdad y la protección de cada uno en función de las propias necesidades<sup>(29)</sup> que actúa como un mecanismo de articulación hacia la *igualdad real y verdadera*, a pesar de las naturales diferencias individuales de las personas. Por eso el Código Civil y Comercial prevé un conjunto de disposiciones inderogables, aplicables cualquiera sea el régimen patrimonial vigente, que operan como límite al ejercicio de la libertad. Garantizan la protección de la vivienda y de los muebles indispensables, la contribución al sostén del hogar proporcional a los recursos, el reconocimiento del trabajo doméstico como aporte, y la solidaridad por las deudas del hogar y los hijos (arts. 455 a 462).

## V. Manifestaciones de la autonomía personal en el régimen patrimonial matrimonial del Código Civil y Comercial

### 1) Las convenciones

El cauce específico para ejercitar la autonomía personal son las convenciones matrimoniales. Se trata de *acuerdos, pactos, contratos o capitulaciones* entre los contrayentes o los cónyuges, relativos a los efectos económicos de su matrimonio.

El Código Civil y Comercial no brinda una definición; se limita a enumerar los supuestos admitidos en el artículo 446 (convenciones previas

al matrimonio)<sup>(30)</sup>. En el artículo 449 autoriza el cambio de régimen, también mediante una convención, en este caso, matrimonial<sup>(31)</sup>.

### 2) Apuntes sobre su naturaleza

Un sector de la doctrina ha sostenido que son contratos realizados con “*causa matrimonii*”, es decir, contratos cuya eficacia futura queda diferida a la celebración del matrimonio<sup>(32)</sup>.

Para otros no es apropiada la calificación de “contratos” en el sentido de causa eficiente de obligaciones. Una autora española ha postulado que la normativa contractual no es trasladable por la ausencia de intereses contrapuestos y por las especificidades y finalidades típicas de las convenciones<sup>(33)</sup>. Para Fanzolato son un *negocio jurídico bilateral* que no configura propiamente un contrato, sino una especie de pacto normativo o de estatuto acordado. No obstante, como sostuvo Vaz Ferreira, no hay inconveniente en reconocer que se rigen por los principios gene-

(30) El alcance limitado de su objeto torna inaplicables al nuevo régimen argentino, algunas de las definiciones dadas por la doctrina: Zannoni las definió como “los pactos entre los cónyuges relativos a los bienes, ya sea adoptando un determinado régimen de relaciones patrimoniales que la ley autoriza a convenir, o modificando parcialmente el régimen.” (ZANNONI, Eduardo, Derecho Civil. Derecho de Familia, cit. p. 488) Méndez Costa, como los “acuerdos entre futuros esposos con el objeto de determinar el régimen patrimonial al que resuelven someterse durante el matrimonio o el de regular alguno o algunos aspectos de sus relaciones patrimoniales una vez contraído el mismo.” (MÉNDEZ COSTA, María Josefa, Código Civil Comentado. Derecho de familia patrimonial cit. p. 13.) Para Vaz Ferreira, son acuerdos que pueden realizarse antes de la celebración del matrimonio mediante los cuales “los futuros cónyuges determinan su régimen matrimonial” o bien “alguno de los aspectos de sus relaciones patrimoniales” regulando sus intereses pecuniarios, sea para el tiempo de duración del matrimonio, sea para el de su disolución. (VAZ FERRERÍA, Eduardo; Tratado de la Sociedad Conyugal; T. I, 3ª Edición actualizada, Buenos Aires, Astrea, 1979 p. 159).

(31) Se aparta de la experiencia de otros países, por ejemplo, el Salvador en el artículo 84 y el Código español, en el artículo 1325.

(32) Compulsar ZANNONI, Eduardo, Derecho Civil. Derecho de familia, Buenos Aires, Astrea, 2006, T. 1, p. 489.

(33) Ampliar en GUTIÉRREZ BARRENGOIA, Ainhoa, La determinación voluntaria de la naturaleza ganancial o privativa de los bienes conyugales, Madrid, Dykinson SL, 2002, p. 114 a 117.

(27) Compulsar PECES BARBA, con la colaboración de R De Asís y otros; Curso de derechos fundamentales Teoría general, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid & Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 261 y ss.

(28) Conf. MÉNDEZ COSTA, María Josefa; Los principios jurídicos en las relaciones de familia; Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2006, p. 287.

(29) BASSET, Úrsula; Calificación de los bienes en la sociedad conyugal, Buenos Aires Abeledo Perrot, 2010, p. 363.

rales de los contratos (sin perjuicio de las reglas especiales) <sup>(34)</sup>.

### 3) Clases de convenciones

Según el momento en que se celebran, las convenciones pueden ser pre-matrimoniales o matrimoniales.

#### A. Convenciones pre-matrimoniales.

El art. 1217 del Código Civil sólo permitió las convenciones previas al matrimonio y limitadas a los siguientes objetos: 1) inventario de los bienes que cada uno lleva al matrimonio, y 2) acuerdos por los que los futuros esposos se realizan donaciones por causa de matrimonio (donaciones *propter nuptias*) <sup>(35)</sup>.

Aunque no constituyeron una práctica frecuente, podían tener relevancia práctica en supuestos de segundas nupcias de uno o ambos contrayentes <sup>(36)</sup>. Mazzinghi sostuvo que ninguno de estos dos casos constituía una convención propiamente dicha por cuanto carecían de incidencia en las relaciones patrimoniales entre esposos, siendo ello diametralmente opuesto a la esencia de toda convención matrimonial <sup>(37)</sup>.

El Código Civil y Comercial reconoce a los cónyuges la facultad de realizar convenciones antes de la celebración del matrimonio, ampliando el contenido de los acuerdos permitidos. Toma como fuente directa, el artículo 438 del Proyecto del año 1998 y el 495 del Proyecto de 1993.

#### a) Objetos permitidos

El art. 446 enuncia los objetos susceptibles de convención. La enumeración es taxativa, toda vez que el artículo 447 invalida cualquier otro

acuerdo <sup>(38)</sup>. En consecuencia, no está permitido modificar las reglas establecidas por la ley ni alterar sus efectos.

#### (i) Designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio

Este supuesto retoma el texto previsto en el artículo 1217 inc.1 CC. Con anterioridad a la reforma introducida por la ley 17.711, una parte de la doctrina consideraba que se refería a un simple inventario para probar la calidad propia de los bienes <sup>(39)</sup>. Otros sostuvieron que el inventario (conforme lo permitía el art. 1224 CC), tenía por finalidad ejercer la opción por el régimen convencional de comunidad de ganancias. Para estos autores, el Código de Vélez establecía un régimen legal de comunidad de ganancias y muebles aportados y otro régimen convencional de comunidad de ganancias. Suprimido el artículo 1224 CC por la reforma de 1968, la designación de los bienes llevados al matrimonio no podía ser un medio de modificar parcialmente el régimen. En consecuencia, ya no cabía discutir que el inventario operaba a modo de pre-constituir prueba del carácter propio de los bienes <sup>(40)</sup>.

La designación y avalúo de bienes de los futuros esposos es una herramienta importante para evitar cuestionamientos sobre la calidad propia de los bienes, especialmente en relación con los no registrables (joyas, obras de arte, etc.). No debe olvidarse que al igual que el art. 1271 CC, el nuevo artículo 466 recoge la presunción de ganancialidad de todos los bienes existentes al momento de la extinción de la comunidad.

La norma incluye una útil solución pregonada por la doctrina: el avalúo de los bienes inventariados <sup>(41)</sup>.

(34) VAZ FERRERIA, Eduardo; Tratado de la Sociedad Conyugal; T. I, 3ª Edición actualizada, Astrea, Buenos Aires, 1979 p. 159; ver también FANZOLATO, Eduardo, Las capitulaciones matrimoniales, RFD 2001- 19, p. 25.

(35) Compulsar ESCOBAR DE MONFERRER, SILVIA, La autonomía de la voluntad y el orden público en los convenios regulados por el artículo 236 del Código Civil. Segunda parte, 6-dic-2011, MJ-DOC-5629-AR | MJD5629.

(36) Compulsar MÉNDEZ COSTA, María Josefa; D'ANTONIO, Daniel Hugo; "Derecho de Familia, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2001, t II, p. 67.

(37) MAZZINGHI, Derecho de Familia T. 2, Efectos personales y régimen de bienes del matrimonio. La ley, 4ª ed. 1ª Reimpresión, Buenos Aires, 2006, p. 332. Ver también SAMBRIZZI, Régimen de bienes en el matrimonio, Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 99.

(38) Conf. ORTELLI, Ana, Las convenciones matrimoniales y los convenios reguladores de crisis matrimoniales en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, eldial.express 11 de Julio de 2012 - Año XV - N° 3551 <http://www.eldial.com>

(39) Conf. SAMBRIZZI, Régimen de bienes en el matrimonio, Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 92. Ver también MÉNDEZ COSTA, María Josefa (Dir) Código Civil Comentado Derecho de familia patrimonial. Doctrina - Jurisprudencia - Bibliografía Artículos 1217 a 1322 Buenos Aires, Rubinzal Culzoni; p. 13.

(40) BELLUSCIO, Augusto, Manual de derecho de familia, 10 ed. Actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, p. 393.

(41) Conf. ZANNONI, Eduardo, Derecho Civil, Derecho de Familia, Buenos Aires, Astrea, 2006, T I, p.

(ii) *Enunciación de las deudas*

Como contrapartida de la enumeración de los bienes, puede realizarse un “inventario del pasivo” y con él, facilitar la prueba del carácter propio de las obligaciones de los esposos contraídas antes de la celebración del matrimonio.

Su inclusión había sido sugerida desde hace largo tiempo por Belluscio, quien sostuvo que aunque la ley no la contemple, no estaba prohibida y era útil para complementar la situación patrimonial de los cónyuges al contraer matrimonio <sup>(42)</sup>.

(iii) *Las donaciones que se hagan entre los futuros esposos*

El Código Civil y Comercial simplifica significativamente las normas referidas a las donaciones por causa del matrimonio existentes en el Código Civil, muchas de las cuales se consideraban tácitamente derogadas en razón de los cambios operados en el régimen de gestión de los bienes (vgr. Art. 1.235 a 1.237).

El artículo 451 se refiere a las donaciones hechas entre los esposos en las convenciones matrimoniales, es decir a aquellas realizadas por uno al otro por razón del matrimonio.

No establece distinciones entre marido y mujer superando definitivamente toda rémora de discriminación por razones de sexo que traía el Código Civil originario y que subsistió hasta el año 2010. En efecto, en el Código Civil sólo se admitía que el marido hiciera estas donaciones a la mujer (Conf. art. 1217 Inc. 3); en el marco del régimen de administración marital, no estaban permitidas a la esposa (art. 1231 Cód. Civil). Sin embargo, como acertadamente afirmó Belluscio, nada impedía que la mujer efectuara actos a título gratuito en beneficio del novio, solo que en ese caso la donación no se sujetaba a la condición suspensiva que las nupcias efectivamente se celebren, sino que tenía efecto inmediato <sup>(43)</sup>. En consonancia con la prohibición impuesta a

la cónyuge, el artículo 212 CC confería la posibilidad de revocar las donaciones realizadas por convención matrimonial al marido que “no dio causa a la separación personal y que no la demandó en los supuestos de los artículos 203 y 204 Cód. Civil”. Esta disposición, insertada en el estereotipo del “divorcio sanción”, importaba una suerte de “reparación punitiva” y una forma de reprobación ejemplar de la “ingratitude” cometida por el culpable de la ruptura matrimonial, pero exclusivamente cuando esta falta era cometida por la esposa <sup>(44)</sup>.

La ley 26.618 que consagró el derecho a contraer matrimonio con independencia de la orientación sexual, contempló varias reformas con la finalidad de adecuar la terminología para su aplicación a matrimonios integrados por personas del mismo sexo; entre ellas, modificó la redacción del artículo 1217 CC —haciendo desaparecer la discriminación de la mujer— que pasó a referirse a “*las donaciones que un futuro cónyuge hiciera al otro*.” Como correlato de ello al regular la revocación de las donaciones prenupciales por parte del cónyuge inocente del divorcio, sustituyó la formulación “esposo” y “mujer” por “cónyuge”.

En el nuevo Código Civil y Comercial, resultan aplicables dos sistemas normativos: a) El de las convenciones prematrimoniales (art. 448 y 450), y b) el contrato de donación, en cuanto sea compatible (conf. art. 451).

La donación prenupcial es condicional, su eficacia depende de la celebración y validez del matrimonio <sup>(45)</sup>. El artículo 451 establece que las donaciones celebradas por causa de matrimonio “Sólo tienen efecto si el matrimonio se celebra” y el artículo 452 exige la celebración de un matrimonio válido <sup>(46)</sup>.

491. Ver también MÉNDEZ COSTA, María Josefa; D'ANTONIO, Daniel Hugo; “Derecho de Familia, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2001, T. II, p. 67.

(42) BELLUSCIO, Augusto, Manual de derecho de familia, 10 ed. Actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011 p. 394.

(43) BELLUSCIO, Augusto, Manual de derecho de familia, 10 ed. Actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011 p. 394.

(44) Compulsar FANZOLATO, en Bueres (Dir) Highton (Coord) Código Civil y normas complementarias. T. I-B, 3ª reimpresión, Buenos Aires, Hammurabi, 2007, p. 192.

(45) Ampliar en MENDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo, Derecho de Familia, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2001, T. II, p. 71.

(46) De este modo se adhirió a la posición de la doctrina mayoritaria. Compulsar BORDA, Guillermo; Tratado de Derecho Civil. Familia, I, 10ª Ed; Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 213; BELLUSCIO, Augusto; Manual de derecho de Familia Depalma, Buenos Aires, 1989, T. II, p. 31, ZANNONI, Eduardo, Derecho Civil. Derecho de Familia, T. I, Buenos Aires, Astrea, 2006, p. 492.

A diferencia del régimen derogado (art. 1240 CC), no se dispone la irrevocabilidad de las donaciones *prenupciales*. Resultan aplicables las normas generales para la revocación de las donaciones, sin perjuicio de la protección del cónyuge de buena fe si el matrimonio fuera anulado, quien puede revocar las donaciones realizadas al de mala fe (conf. art.429 inc. b).

*(iv) La opción que hagan por alguno de los regímenes patrimoniales previstos*

El cambio más importante en el derecho patrimonial familiar del Código Civil y Comercial <sup>(47)</sup> se encuentra contenido en el inciso d) del art. 446, que autoriza a optar por uno de los regímenes regulados por la ley.

En rigor, solo prevé dos: la comunidad de ganancias, (art. 464 a 504), y la separación de bienes (art. 505 a 508). Aunque se contemplen solo estas posibilidades, la decisión es significativa porque abre la puerta de una vez por todas al reconocimiento de la capacidad de los cónyuges para tomar decisiones y allana el camino para que con el tiempo puedan incorporarse mayores o más amplias posibilidades.

La apertura de la autonomía personal en esta materia engarza con todo el sistema del Código Civil y Comercial que reconoce el papel de la libertad de autodeterminación en las relaciones familiares, sea entre adultos (restricción de los deberes matrimoniales, flexibilización del divorcio, regulación de los efectos de la ruptura conyugal), sea en relación con los hijos (por ejemplo, el plan de parentalidad).

La incorporación del régimen de separación de bienes era una necesidad para dar respuesta a la dinámica cotidiana de muchas estructuras familiares contemporáneas, en las que la mujer se ha colocado a la par del hombre en la vida laboral y productiva, compartiendo las responsabilidades domésticas y de sostén del hogar.

Naturalmente, ello no implica pensar que la separación de bienes sea la mejor opción para todos los matrimonios. Razones culturales o ideológicas, el anclaje al viejo estereotipo patriarcal, la menor capacitación, los peores empleos o los ingresos más bajos de la mujer, son todavía una rea-

lidad en muchos sectores de la población. En estos casos la separación de bienes la coloca en una condición de desigualdad pues, no obstante los esfuerzos compartidos, a la postre el hombre se ve enriquecido con un aumento patrimonial más importante, y <sup>(48)</sup> la mentada libertad solo beneficia al cónyuge económicamente fuerte, sin responder a la igualdad real ni a las modernas ideas de colaboración y participación de ambos en el seno de la pareja <sup>(49)</sup>. En estos casos no será justa la ausencia de participación de uno en la prosperidad del otro con quien colaboró <sup>(50)</sup>. Pero ello no excluye su admisión por la ley, sino que confirma que frente a la diversidad y dinamismo de la realidad actual, no debe existir un régimen único que resulte aplicable a todos los matrimonios.

Si nada se ha dicho, el régimen supletorio es el de comunidad (art. 463) que brinda mayor seguridad no solo al miembro más débil de la relación sino también a los terceros, y es un sistema económico matrimonial de larga trayectoria en nuestro país y en los países que comparten su tradición jurídica con el nuestro.

En consecuencia, el ejercicio de la autonomía personal se encuentra limitada a elegir entre un menú de dos opciones. No se autoriza a elaborar las reglas para su propio régimen patrimonial, ni a modificar la estructura del sistema legal. Esta solución ha respondido a la preocupación por no abandonar la protección de los terceros ni de los propios cónyuges. Se entendió que la realidad argentina hacía aconsejable resguardar estos intereses mediante la regulación clara y precisa de esos dos sistemas legales, evitándose así los efectos posibles indeseados de un sistema que no estipule reglas previsible.

(48) Ampliar en VAZ FERREIRA, Eduardo; Tratado de la Sociedad Conyugal; T. I, 3ª Edición actualizada, Buenos Aires, Astrea, 1979, p. 18. Ver también GONZÁLEZ - MENESSES GARCÍA VALDECASAS, Manuel, "El régimen económico matrimonial en el Código Civil;" en AAVV, El nuevo derecho de familia; Modificaciones legislativas y tendencias doctrinales. Navarra, Aranzadi, 2006, p. 55.

(49) Conf. HERNÁNDEZ, Lidia Beatriz, "El régimen patrimonial del matrimonio, el rol de la autonomía de la Voluntad" en Rev. Derecho Privado y Comunitario. Sociedad Conyugal II; Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2008, p. 15. La autora critica este régimen; sostiene que no se apoya en una igualdad efectiva de los esposos, porque en verdad no hay condiciones iguales de ingresos laborales o profesionales entre ambos sexos.

(50) M CARBONNIER, Jean; Ensayos sobre leyes; traducción de Luis Díez - Picazo, Madrid, Civitas, 1998, p. 141.

(47) SOLARI, Néstor, El régimen patrimonial del matrimonio en el anteproyecto de reforma, Suplemento especial de Jurisprudencia Argentina, 2012-II, 20/06/2012, Buenos Aires Abeledo Perrot, p. 11.

### b) Forma

En el régimen originario, el artículo 1223 dispuso: “Las convenciones matrimoniales deben hacerse en escritura pública, so pena de nulidad si el valor de los bienes pasare de mil pesos, o si constituyeren derechos sobre bienes raíces. No habiendo escribanos públicos, ante el juez del territorio y dos testigos. Si los bienes no alcanzaren la suma de mil pesos, podrán hacerse por escritura privada ante dos testigos”. La doctrina había interpretado que a partir de la reforma del art. 1184 inc. 4 (ley 17.711), siempre debían celebrarse por escritura pública, que era exigida “*ad solemnitatem*”<sup>(51)</sup> y que solo un olvido del legislador justificaba que el último párrafo no haya sido derogado<sup>(52)</sup>. Aunque para Fassi y Bossert, el inventario de los bienes llevados al matrimonio en instrumento privado resultaba válido entre los cónyuges como prueba del carácter propio de esos bienes<sup>(53)</sup>.

El Código Civil y Comercial exige que la convención se realice por escritura pública<sup>(54)</sup>. Sigue la fuente del artículo 440 del Proyecto de 1998 al que mejora en su redacción<sup>(55)</sup>, que

(51) MENDEZ COSTA, María Josefa y D'ANTONIO, Daniel Hugo, Derecho de Familia, Buenos Aires, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2001, T. II, p. 70.

(52) HERNÁNDEZ, Lidia, Comentario al artículo 1222 en BUERES (Dir), HIGHTON (Coord.), Código Civil y normas complementarias 3-C, Buenos Aires, Hammurabi, 2005 p. 98.

(53) FASSI, Santiago; BOSSERT, Gustavo, Sociedad conyugal, Comentario artículos 1217 a 1275 del Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia, Astrea Buenos Aires, 1977, T. 1, p. 154.

(54) La escritura pública es la forma generalmente aceptada por los Códigos que admiten la opción por un régimen matrimonial; entre ellos, el Código Civil español (artículo 1357), el Código Civil francés (art. 1394, 1395 y 1396), el Código belga (artículos 1391 y 1392), el Código Civil de Brasil (artículo 1653). En Paraguay, “Las capitulaciones matrimoniales se consignan en escritura pública y los contrayentes deben presentar ante el Oficial Público mencionado copia auténtica de la misma. Dicha circunstancia constará expresamente en el acta de matrimonio respectivo, salvo que efectúen dicha manifestación ante el Oficial Público, en una acta suscripta por él mismo, los contrayentes y los testigos” (art. 26). El Código de Familia del Salvador dispone que la convención puede realizarse mediante escritura pública o acta realizada ante el Procurador General de la República o los Procuradores Auxiliares Departamentales (Art. 85).

(55) “Las convenciones matrimoniales deben ser hechas por escritura pública antes de la celebración del ma-

a su vez se fundó en el artículo 497 del Proyecto de 1993.

La falta de cumplimiento de la forma exigida vicia de nulidad la convención. La trascendencia del acto, y la posible afectación de los derechos de terceros propician tomar las precauciones necesarias para garantizar el adecuado asesoramiento de los futuros contrayentes y un estricto control al momento de su celebración. Además, un documento privado puede ser fácilmente destruido, obteniéndose en la práctica un cambio de régimen que afecte la voluntad de alguno de los esposos; por otra parte, por su falta de fecha cierta, puede plantear dudas respecto de la época de su celebración<sup>(56)</sup>.

A diferencia del sistema derogado, el artículo 448 no precisa los requisitos para celebrar las convenciones, que responden a las mismas disposiciones que las escrituras públicas y que la doctrina anterior a la reforma había considerado innecesarios.

La manifestación de la opción por el régimen patrimonial del matrimonio, debe incluirse en el acta de matrimonio (art. 420), operándose de esta forma la necesaria publicidad para la oponibilidad a terceros.

### c) Capacidad para celebrar convenciones matrimoniales. Antecedentes

El Código Civil se apartó de las reglas generales de la capacidad para realizar actos jurídicos<sup>(57)</sup>, y exigía a los contrayentes menores de 21 años, la concurrencia al acto de otorgamiento de quienes debían dar su asentimiento para el matrimonio (art. 1221 CC). La doctrina interpretó que la convención realizada sin ese asentimiento era nula, de nulidad relativa, y por consiguiente solamente podía ser invocada por el *menor*, quien estaba facultado para ratificar el acto al llegar a la mayoría de edad. Si para contraer matrimonio se hubiera requerido la venia judicial, la convención podía celebrarse con la intervención del curador es-

trimonio, y sólo producen efectos a partir de esa celebración y en tanto el matrimonio no sea invalidado. Pueden ser modificadas antes del matrimonio, mediante un acto otorgado también por escritura pública.” (Proyecto 1998).

(56) VAZ FERREIRA, Eduardo; Tratado de la Sociedad Conyugal; T. I, 3ª Edición actualizada, Buenos Aires, Astrea, 1979, p. 168.

(57) FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel, ROVEDA, Eduardo, El régimen de bienes del matrimonio en el derecho argentino; Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 31.

pecial designado por el juez <sup>(58)</sup>. Esta solución se mantuvo aún después de la reforma de la mayoría de edad mediante la ley 26.579, que implicó la equiparación de la edad núbil —cualquiera sea el sexo de los contrayentes <sup>(59)</sup>— con la edad para contratar.

El Código Civil y Comercial suprime el requisito del asentimiento de los representantes legales de las personas menores de edad, pero como contrapartida, niega a los adolescentes la posibilidad de celebrar pactos por los cuales efectúen donaciones o elijan el régimen patrimonial del matrimonio.

La solución es acertada. Antes de los 18 años no parece apropiado permitirles tomar decisiones económicas de entidad tal que requieran una deliberación propia del mayor de edad. Máxime cuando el sometimiento al régimen de comunidad no afecta su interés, en tanto es el que mejor protege a las personas en situación de vulnerabilidad.

La norma se refiere específicamente a las personas menores de edad. No comprende el caso del matrimonio celebrado con dispensa por falta de salud mental (conf. art. 405). En estos supuestos podrían aplicarse los mismos argumentos, sin perjuicio de remitirse a los términos de la sentencia de dispensa, y eventualmente, de la resolución que se haya pronunciado sobre la restricción de la capacidad de la persona que contrae matrimonio.

#### *d) Condicionalidad a la celebración del matrimonio*

Las convenciones prematrimoniales son condicionales, su validez depende de la celebración del matrimonio y de la validez de éste <sup>(60)</sup>. Solo producen efectos a partir de las nupcias, caso contrario la convención caduca porque este proyecto en común no se ha concretado y han desaparecido los presupuestos para su aplicación. Si

(58) HERNANDEZ, Lidia, Comentario al artículo 1222 en BUERES (Dir), HIGHTON (Coord.), Código Civil y normas complementarias 3-C, Buenos Aires, Hammurabi, 2005 p. 97.

(59) Poco tiempo antes, la ley 26.446 del 3/12/2008 equiparó la edad núbil del hombre y la mujer a los 18 años.

(60) HERNANDEZ, Lidia, Comentario al artículo 1222 en BUERES (Dir). HIGHTON (Coord.), Código Civil y normas complementarias 3-C, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, p. 90.

el matrimonio es anulado, también se produce la caducidad de la convención, tal como lo expresa el artículo 430.

El Código Civil y Comercial no estipula un plazo para la celebración del matrimonio como sí lo hacen otros cuerpos normativos <sup>(61)</sup>. De este modo, si los futuros esposos desean dejar sin efecto la convención, ambos deben manifestarlo expresamente, con las mismas formalidades exigidas para su realización, de lo contrario, los pactos conservan su fuerza cualquiera sea el tiempo transcurrido entre ellos y la celebración del matrimonio <sup>(62)</sup>.

#### *B. Convenciones matrimoniales. Mutabilidad del régimen*

Otra de las novedades más significativas, es la autorización para cambiar el régimen patrimonial vigente <sup>(63)</sup> siempre y cuando exista acuerdo de ambos cónyuges (ya que el cambio se realiza mediante una nueva convención matrimonial).

La solución parece apropiada porque en la actualidad no existen razones sociológicas ni jurídicas que obliguen a los esposos a permanecer con un estatuto económico invariable durante toda la vigencia de su matrimonio. Contrariamente, hay argumentos de peso a favor de autorizar el cambio: las transformaciones sociales, la extensión de la expectativa de vida, la irrupción de la mujer en el mundo del trabajo, las fluctuaciones económicas personales y generales, las diferentes necesidades y posibilidades de los miembros del matrimonio en las distintas épocas de la vida, la existencia de legítimas aspiraciones de protección patrimonial de uno de los cónyuges frente a los actos del otro, etc. <sup>(64)</sup>.

(61) Por ejemplo, el Código de Familia del Salvador, en su artículo 87 exige la celebración del matrimonio dentro del plazo de seis meses contados a partir de la fecha de su otorgamiento.

(62) Ampliar en VAZ FERREIRA, Eduardo; Tratado de la Sociedad Conyugal; 3ª Edición actualizada, Buenos Aires, Astrea, 1979 p. 212.

(63) Alguna doctrina, enrolada en los beneficios del orden público en esta materia, ha cuestionado la solución que este artículo brinda, por entender que resulta disfuncional a la vida matrimonial (Ampliar en ROVEDA, Eduardo, El régimen patrimonial del matrimonio en RIVERA (Dir.) Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 303).

(64) Conf. SEOANE SPIELBERG, José, "La protección del acreedor en la sociedad legal de gananciales" AAVV,

*a) Plazo*

Se establece como requisito para el cambio, el transcurso de un plazo de vigencia del régimen anterior, pues la mutación solo puede concretarse después de un año de la aplicación del régimen patrimonial antes elegido (sea convencional o legal). La solución reduce el plazo fijado por los proyectos antecedentes a la mitad. El mantenimiento de este mínimo de tiempo responde a la necesidad de garantizar a los cónyuges la puesta en marcha del sistema dentro del marco de una cierta estabilidad, para que puedan detectar adecuadamente los beneficios o perjuicios de su funcionamiento, y evitar ciertas complicaciones prácticas que la implementación del nuevo régimen puede generar. No se fija límite cuantitativo para el cambio de régimen, por lo que puede realizarse tantas veces como lo decidan los cónyuges.

La modificación debe realizarse mediante escritura pública y no requiere homologación judicial.

*b) Protección de los terceros*

Los derechos de terceros se dejan a salvo por medio de los mecanismos de publicidad, consistentes en la inscripción marginal en el acta de matrimonio, que causa oponibilidad<sup>(65)</sup>, sin perjuicio que entre los esposos la convención produce efectos desde su celebración<sup>(66)</sup>.

Además, el artículo establece que los acreedores anteriores al cambio de régimen que sufran perjuicios por tal motivo, pueden hacerlo declarar inoponible. Se trata de una facultad que la ley confiere a los acreedores perjudicados, quienes pueden accionar para obtener la declaración de inoponibilidad del cambio, siempre y cuando acrediten los perjuicios sufridos. La acción para reclamarla caduca al año de haber conocido la modificación operada.

Se ha sostenido que la norma será aplicable exclusivamente a los acreedores de los cónyuges bajo el régimen de comunidad que pasan al de separación y exclusivamente para las deudas reguladas en el artículo 467 del Código Civil y Comercial (conservación y reparación de los bienes comunes), ya que éste sería el caso donde el perjuicio puede eventualmente producirse<sup>(67)</sup>.

**VI. Síntesis**

A modo de síntesis, las semejanzas y diferencias entre las convenciones pre-matrimoniales y las matrimoniales pueden visualizarse en el siguiente cuadro:

	CONVENCION PRE-MATRIMONIAL	CONVENCION MATRIMONIAL
<b>FORMA</b>	Escritura Pública (art. 448) Manifestación en el acta de matrimonio (art. 420).	Escritura Pública (art. 449).
<b>PLAZO</b>	Hasta la celebración del matrimonio (art. 448).	Un año desde la vigencia del régimen patrimonial (art. 449).
<b>VALIDEZ</b>	Desde la celebración del matrimonio	Desde la celebración de la convención.

Temas de actualidad en derecho de familia. Madrid, Dykinson, 2006 p. 256; ver también Simó Santoja, Vicente, Compendio de regímenes matrimoniales, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2005, p. 26 y ss.

(65) Conf. BASSET, Úrsula, Modificaciones al régimen económico del matrimonio en el Proyecto; Rev. Derecho Privado y Comunitario, 2012 - 2 Proyecto de Código Civil y Comercial, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni 2012, T. II p. 517.

(66) MEDINA, Graciela, Elección del régimen de bienes en el matrimonio. Límites y proyecto de reforma del Código Civil LL 1999-E, 1050.

(67) ROVEDA Eduardo, El régimen patrimonial del matrimonio en RIVERA (Dir.) Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Abeledo Perrot, 2012, p. 303.

<b>OPONIBILIDAD A TERCEROS</b>	Inscripción en el acta de matrimonio (art. 420).	Anotación marginal en el acta de matrimonio (art. 449).
<b>PROTECCION A TERCEROS</b>	Fraude (Art. 487).	Solicitar la inoponibilidad si les causa perjuicio.  Plazo: Un año desde que conocieron el cambio de régimen.

**VII. Contratos entre cónyuges**

Otra manifestación de la autonomía personal en cuestiones económicas es la posibilidad para realizar contratos entre cónyuges.

Aquí debe hacerse una aclaración: El texto presentado por la Comisión redactora del Código Civil y Comercial suprimió las prohibiciones para contratar entre cónyuges previstas en la regulación de los contratos especiales del Código Civil. No replicó las normas dispuestas para la compraventa ni para las donaciones, y las únicas disposiciones que se referían específicamente a los contratos entre cónyuges eran el art. 459 (mandato entre cónyuges) y la modificación al art. 27 de la Ley de Sociedades Comerciales que dice: *“Los cónyuges pueden integrar entre sí sociedades de cualquier tipo y las reguladas en la sección IV”* (68). En consecuencia, en la propuesta originaria no existían restricciones para contratar fundadas en la condición de cónyuges, sino que resultaban aplicables los principios y normas relativas a la capacidad genérica para la celebración de este tipo de actos jurídicos.

La visión constitucional del derecho familiar y el reconocimiento de la autonomía personal de los cónyuges coadyuvaron a que ninguno de los argumentos esgrimidos en favor de las viejas restricciones (la incapacidad civil de la mujer casada, la necesidad de evitar vicios de la voluntad y la protección de terceros) puedan ser sostenidos. Era incongruente mantener un sistema que por un lado reconozca a cada uno de los esposos la libre administración y disposición de sus bienes y por el otro limite la posibilidad celebrar contratos entre sí (69), argumento que se potencia, además, desde la perspectiva del matrimonio de

personas del mismo sexo. En consecuencia, aunque no se había incorporado una regla expresa al estilo del Código Civil español (art. 1321 (70)), la supresión de las prohibiciones en los contratos especiales debía entenderse como la superación de toda limitación para contratar fundada en la condición de cónyuge.

El sistema así pensado, sufrió una importante modificación poco antes de ser aprobado por la Cámara de Senadores que afecta su coherencia interna, y resulta de difícil interpretación, más allá del viejo prejuicio de presumir la mala fe de los cónyuges y sus intenciones de defraudar a los terceros. En efecto, el artículo 1002, que regula las inhabilidades especiales para contratar en interés propio, incorporó en el *inc. d) la prohibición de contratar a los cónyuges casados bajo el régimen de comunidad*.

Este agregado es desafortunado. Ignora los principios troncales de autonomía e igualdad que sustentan la nueva formulación e implica un notable retroceso legislativo en tanto sustituye el principio de libertad contractual hoy reconocido, por el de incapacidad. Nótese que no sería posible realizar ni siquiera contratos que actualmente se consideran permitidos (depósito, comodato, mutuo, fianza, etc.). Por otra parte, la solución legal es contradictoria con la facultad de realizar todo tipo de sociedades, y probablemente tenga un efecto indeseado: forzar a aquellos esposos que necesiten o pretendan realizar contratos entre sí, a optar por el régimen de separación de bienes en el que sí les está permitido contratar.

**VIII. Conclusiones**

A diferencia del resto del Libro de las relaciones familiares, el derecho patrimonial matrimonial siguió mucho más de cerca a los anteriores

(68) Artículo 2.14 Anexo II de la ley de aprobación y derogaciones que sustituye el artículo 27 de la ley 19.550.

(69) Conf. GIMÉNEZ, Jorge Osvaldo, Cuestiones patrimoniales del matrimonio, 3ª ed. actualizada; Bahía Blanca, IP Induvio Editora, 2009, p. 36.

(70) El art. 1321 CC Español dice: “podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos”.

proyectos de unificación, especialmente el de 1998.

Sin dudas, la posibilidad de optar por el régimen de separación de bienes es la mejor respuesta para muchas familias argentinas, en las que la comunidad de ganancias imperativa resulta contraria a su funcionamiento e intereses. Más allá

de la lamentable restricción a la capacidad contractual, la nueva ley representa un avance importante. Es un primer paso hacia el respeto por las decisiones libremente asumidas por quienes contraen matrimonio en materia patrimonial, y abre un nuevo camino para que la sociedad contemporánea comience a transitar por él. ◆

---

# DISOLUCIÓN DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO. INDIVISIÓN POSTCOMUNITARIA. LIQUIDACIÓN Y RECOMPENSAS EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

POR CARLOS A. ARIANNA Y ADRIANA S. BERTINI

## I. Causas de extinción

En el régimen del código civil la llamada sociedad conyugal sólo concluye por las causas enumeradas por la ley, no existe la disolución fundada en el acuerdo de los cónyuges. Las causales que determinan su disolución no reconocen otra fuente que la voluntad legislativa.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en adelante el nuevo código o el código civil y comercial, concede un mayor grado de autonomía de la voluntad a los cónyuges quienes podrán optar por alguno de los dos regímenes que prevé (art. 446 inc. d), es decir por el régimen de comunidad o por el de separación de bienes. A falta de opción los cónyuges quedan sometidos al régimen de comunidad de ganancias (art. 463).

A su vez, después de la celebración del matrimonio el régimen patrimonial puede modificarse por convención de los cónyuges, otorgada mediante escritura pública y habiendo transcurrido al menos un año de aplicación del régimen patrimonial anterior.

Al analizar las causales de disolución en el nuevo código podemos establecer un nuevo criterio de clasificación a los ya reseñados por la doctrina <sup>(1)</sup>. Así podemos distinguir las causales de disolución del régimen de comunidad previstas en el art. 475 del nuevo código y las causales de disolución del régimen de sepa-

ración de bienes que establece el art. 507 del mismo ordenamiento legal.

A su vez, existen causas comunes de extinción en ambos regímenes. En rigor todas las causas que hacen cesar el régimen de separación de bienes son también causas que extinguen el régimen de comunidad; en cambio las causales de separación judicial de bienes (art. 477) son exclusivas del régimen de comunidad.

El art. 475 establece que la comunidad se extingue por:

- a) la muerte comprobada o presunta de uno de los cónyuges;*
- b) la anulación del matrimonio putativo;*
- c) el divorcio;*
- d) la separación judicial de bienes;*
- e) la modificación del régimen matrimonial convenido.*

Por su parte, el art. 507 menciona como causas que hacen cesar la separación de bienes:

- a) la disolución del matrimonio;*
- b) la modificación del Régimen convenido.*

En cuanto a la primera de estas causales cabe acotar que conforme el art. 435 el matrimonio se disuelve por:

- a) muerte de uno de los cónyuges;*
- b) sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento;*
- c) divorcio declarado judicialmente.*

---

(1) Sobre los criterios para clasificar las causas que provocan la disolución de la sociedad conyugal en el Código de Vélez ver: ARIANNA, Carlos A.; "La extinción de los regímenes patrimoniales en el Proyecto de Código Civil y Comercial"; en Revista de Derecho de Familia N° 64 Mayo 2014, Abeledo Perrot, pág. 49.

Es decir que la causal de disolución del matrimonio que menciona el art. 507 inc. a) comprende a los incisos a y c del art. 475.

Por otra parte, la anulación del matrimonio putativo también se incluye en las causales de disolución del régimen de separación de bienes a tenor de lo dispuesto en el art. 428 segundo párrafo en tanto señala que la sentencia firme disuelve el régimen matrimonial convencional o legal supletorio, aunque en rigor, como luego veremos, la disolución surte efecto desde la notificación de la demanda.

La modificación del régimen constituye una causal común a ambos regímenes, en tanto disuelve el vigente y establece el otro régimen posible.

También es posible clasificar las causales, según impliquen la extinción del matrimonio, y por tanto de cualquier régimen patrimonial, y aquellas que implican sólo el cambio de régimen.

Así, extinguen el matrimonio, y por tanto cualquier régimen de bienes: la muerte, la anulación del matrimonio putativo y el divorcio vincular. Por el contrario implicarían un cambio de régimen, las causales de separación de bienes (enumeradas en el art. 477) que llevarían a pasar de un régimen de comunidad a un régimen de separación y la modificación del régimen convenido entre los cónyuges (arts. 475 inc. e, y 507).

#### *A. Causales comunes a ambos regímenes*

Abordaremos el análisis de las causas comunes a ambos regímenes según las causas operen de pleno derecho o a petición de los cónyuges, ciñendonos a las diferencias que presentan con el régimen actual.

##### *A.1. Causales que operan de pleno derecho*

*a. La muerte comprobada o presunta de uno de los cónyuges.* En orden a la muerte comprobada no hay diferencia con el régimen vigente. La extinción del régimen de comunidad se produce el día del fallecimiento, tanto entre el cónyuge sobreviviente cuanto para los terceros. La liquidación de la comunidad se hará de acuerdo a las normas que rigen la división de la herencia (arts. 2363 y siguientes).

El art. 498 dispone que si la división se produce por muerte de uno de los cónyuges, los

herederos reciben su parte sobre la mitad de los gananciales que hubiese correspondido al causante. Al igual que en el régimen del código aún vigente el cónyuge al concurrir con descendientes no hereda sobre los bienes gananciales del otro cónyuge (art. 2433) y si concurre con ascendientes recibe la mitad de la herencia participando de ese modo en los gananciales que correspondían al otro cónyuge (art. 2434).

Resulta de aplicación al nuevo código la doctrina elaborada en el código actual, en no admitir la continuidad de la comunidad. Vélez siguió la solución del Código Francés, que suprimió la institución denominada "*comunidad continuada*", vigente en el antiguo derecho francés <sup>(2)</sup>.

La prohibición de convenir la continuidad de la comunidad no impide que en ciertos supuestos la ley faculte al testador, a los herederos, o al cónyuge supérstite a establecer la indivisión forzosa de la herencia o parte de ella por el plazo de 10 años (arts. 2330, 2331 y 2332). Estas disposiciones no constituyen aspectos parciales de una comunidad continuada, sino una indivisión temporal y por ende una excepción al principio de división forzosa que el nuevo código consagra de modo más atenuado que el código civil de Vélez, en el art. 2365. Prueba elocuente de que no hay continuidad es que el activo y el pasivo hereditario quedan fijados al día de fallecimiento.

Respecto de la muerte presunta, el nuevo código mejora la regulación de la ausencia con presunción de fallecimiento, en orden a la disolución del vínculo matrimonial y por consecuencia como causal de disolución del régimen patrimonial; fijando como fecha de extinción el día presuntivo de fallecimiento (art. 476), que será establecido por el juez al declarar el fallecimiento presunto con arreglo a lo dispuesto por el art. 90.

En el código actual, la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento no disuelve el vínculo matrimonial. El art. 213 inc. 2° del Cód. Civil establece que la extinción del

(2) Las costumbres de París, entre otras, admitían que la comunidad se continuase entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del otro, pero si aquel no realizaba el inventario de la comunidad los herederos podían exigir que la partición incluyese todas las adquisiciones póstumas del sobreviviente hasta el día de la demanda de partición. JOSSERAND; "Derecho Civil" T° VI p. 166.

vínculo se produce con el nuevo matrimonio que contrajere el cónyuge del ausente, creando una ficción de que el cónyuge de una persona presuntamente muerta es casado hasta que contrae nueva nupcias.

El régimen del código de Vélez a la luz de esa suposición ha generado un debate doctrinario acerca del impacto de la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento. ¿Provoca la disolución de la sociedad conyugal?, y en su caso, ¿opera de pleno derecho o requiere petición de parte?, y a su vez, ¿ambos cónyuges están legitimados? Las respuestas a estos interrogantes han enfrentado a la doctrina, al confrontar las disposiciones de los arts. 1307 a 1311 del Cód. Civil con las de la ley 14.394, que modificó todo el régimen de la ausencia con presunción de fallecimiento regulado en los arts. 110 a 125 del Cód. Civil<sup>(3)</sup>.

El nuevo código pone fin a esa discusión al establecer en el art. 435 inc. b) que la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento extingue el vínculo matrimonial y a la vez produce la disolución de la comunidad con efecto retroactivo al día presuntivo fijado en la sentencia. Extingue asimismo el régimen de separación de bienes de conformidad con lo dispuesto en el art. 508.

*b. El divorcio.* El código civil y comercial reproduce la solución del código civil de Vélez modificado por ley 23.515. La sentencia

(3) Una síntesis de las distintas posturas puede verse en BELLUSCIO, Augusto César; "Manual de Derecho de Familia" T° 2 p. 155 y sgtes.; ZANNONI Eduardo; "Derecho Civil - Derecho de Familia", Bs. As., Editorial Astrea, 5ª Edición, T° I p. 605. Resumiendo las distintas posiciones doctrinarias, la disolución de la sociedad conyugal dependerá de que se admita o no la subsistencia de los arts. 1307 o 1311 del Cód. Civil. En el primer caso se producirá: 1°) cuando expire el período de prenotación de los bienes (art. 30, ley 14.394); 2°) cuando la mujer contrajera nuevas nupcias, y 3°) cuando la mujer optare por la disolución. Huelga destacar que para quienes consideran subsistentes estos artículos deberían extenderse al hombre los derechos otorgados a la mujer, y por otra parte conforme lo previsto en el art. 42 de la ley 26.618 los derechos se harían extensivos para cualquiera de los cónyuges en el matrimonio de personas del mismo sexo. En definitiva la disolución se operaría en los apartados segundo y tercero sin discriminar entre los cónyuges de acuerdo a su sexo. En el segundo caso la disolución de la sociedad conyugal operaría de pleno derecho el día presuntivo de fallecimiento.

de divorcio disuelve el vínculo matrimonial y provoca, sin necesidad de petición expresa, la extinción del régimen patrimonial con efecto retroactivo a la fecha de notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges (art. 480). La retroactividad constituye una excepción a los efectos de las sentencias constitutivas que crean o modifican el estado de familia *ex novo*.

El nuevo código adopta un sistema de divorcio judicial, sin expresión de causas y a petición de uno o ambos cónyuges, lo que redundará, presumiblemente, en un plazo más breve entre la presentación y el dictado de la sentencia, y por lo tanto mitigará la incertidumbre que genera la retroactividad en orden a la extinción del régimen patrimonial, sobre todo en cuanto al régimen de comunidad.

En este régimen la extinción de la ganancia- lidad a partir de la notificación de la demanda importará que las medidas precautorias no puedan afectar bienes que cualquiera de los cónyuges hubiese adquirido con posterioridad.

*c. La anulación del matrimonio putativo.* La fórmula que emplea el nuevo código es más precisa que la del código civil que utiliza la expresión "declararse nulo el matrimonio", (art. 1291), pues no en todas las hipótesis se produce el efecto que enuncia dicha disposición.

En principio, como la nulidad del matrimonio significa que el matrimonio no ha llegado nunca a existir, más que tratarse de una comunidad disuelta debería considerarse una comunidad inexistente. Esta regla queda descartada por el favor que el ordenamiento jurídico concede al matrimonio putativo por haber procedido uno o ambos cónyuges de buena fe; es entonces que en puridad podemos apreciar en la nulidad una causa de disolución del régimen patrimonial.

Si bien el nuevo código no reproduce la disposición del art. 1312 del código civil, texto según ley 23.515, que en caso de anulación del matrimonio manda observar, en cuanto a la disolución de la sociedad conyugal, lo que está dispuesto en aquella materia (arts. 221, 222, y 223), no cabe duda que debe seguirse igual criterio, pues el silencio del legislador conduce necesariamente a aplicar las reglas específicas de la anulación del matrimonio.

En consecuencia, del mismo modo que en el sistema actual, deben discriminarse los efectos en función de la buena fe de uno o de ambos cónyuges. Adelantamos que el proyecto mantiene en sus líneas fundamentales el régimen del código civil.

1. Buena fe de ambos cónyuges: Si ambos esposos han contraído matrimonio de buena fe, la anulación no produce efectos sino en el porvenir; las nupcias han de considerarse válidas hasta el día de la sentencia. Así lo consagra el art. 428 del nuevo código que, en lo aquí interestre prescribe: *“Efectos de la buena fe de ambos cónyuges. Si el matrimonio anulado ha sido contraído de buena fe por ambos cónyuges produce todos los efectos del matrimonio válido hasta el día en que se declare su nulidad. La sentencia firme disuelve el régimen matrimonial convencional o legal supletorio.”*

Según parece desprenderse del último párrafo, la disolución del régimen patrimonial ocurriría el día que la sentencia de nulidad quede firme, retomando la solución de la derogada ley 2393 (art. 87). No obstante dicho efecto se produce el día de notificación de la demanda o la petición conjunta de los cónyuges, en tanto el nuevo código unifica en el art. 480 el momento en que se produce la extinción del régimen patrimonial para todas las causales, con excepción de la muerte comprobada y presunta.

2. Buena fe de uno de los cónyuges: Los efectos del matrimonio putativo sólo se conceden al cónyuge de buena fe, para el de mala fe la sentencia de nulidad tiene efecto retroactivo al día de celebración del matrimonio, careciendo de efectos para él (art. 429).

Respecto del régimen patrimonial distingue según los cónyuges se hallen sometidos al régimen de comunidad o de separación de bienes. En el primer caso el art. 429 establece *“Si los cónyuges hubieran estado sometidos al régimen de comunidad, el de buena fe puede optar:*

*i) por considerar que el matrimonio ha estado regido por el régimen de separación de bienes;*

*ii) por liquidar los bienes mediante la aplicación de las normas del régimen de comuni-*

*dad; iii) por exigir la demostración de los aportes de cada cónyuge a efectos de dividir los bienes en proporción a ellos como si se tratase de una sociedad no constituida regularmente<sup>(4)</sup>.*

El nuevo código mantiene la solución que consagró la ley 23.515, aunque ha mejorado su redacción, eliminando la inexactitud que contiene el inciso 3° del art. 223 cuando alude a *los bienes adquiridos o producidos antes o después del matrimonio*, pues las adquisiciones anteriores al matrimonio en ningún supuesto pueden ser aprovechadas por el otro cónyuge.

Resulta evidente que si los cónyuges hubieran estado sometidos al régimen de separación de bienes no existen bienes que dividir. No obstante, conforme el art. 426 del nuevo código, la nulidad de matrimonio y la buena o mala fe de los cónyuges no puede perjudicar los derechos adquiridos por terceros que de buena fe hayan contratado con los cónyuges, disposición que se aplica cualquiera sea el régimen patrimonial. En este sentido, con arreglo a lo dispuesto en el art. 461, ambos cónyuges responden en forma solidaria por las obligaciones contraídas para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos, conforme la remisión que efectúa el art. 505 segundo párrafo.

3. Mala fe de ambos cónyuges: En caso de mala fe de ambos contrayentes no hay efectos civiles para ninguno de ellos; por lo tanto, no hay régimen patrimonial que disolver, lo cual no es óbice para que la vida en común haya generado una comunidad de bienes que deba liquidarse.

Dispone el art. 430 del nuevo código: *“El matrimonio anulado contraído de mala fe por ambos cónyuges no produce efecto alguno. Las*

(4) La opción para el cónyuge de buena fe resulta clara, en dos supuestos: 1) cuando él hubiera producido mayor cantidad de bienes, y 2) cuando las ganancias las hubiera acumulado el de mala fe. En el primer caso elegirá la primera opción que le permitirá retener sus ganancias y adquisiciones, en el segundo optará por la comunidad, reclamando la mitad de los bienes adquiridos por el otro. En cambio, más dificultoso es determinar en qué casos le resulta más ventajoso liquidar los bienes como si se tratara de una sociedad no constituida regularmente. Pareciera que esta opción queda en gran parte absorbida por la primera, su utilidad podría quedar reducida a aquellos casos en que del título de los bienes no sugiera el mayor aporte efectivo del cónyuge de buena fe.

*convenciones matrimoniales quedan sin efecto, sin perjuicio de los derechos de terceros. Los bienes adquiridos hasta la nulidad se distribuyen, si se acreditan los aportes, como si fuese una sociedad no constituida regularmente.”*

Para probar la sociedad habrá que acreditar aportes sea en bienes y/o servicios.

El segundo párrafo de la disposición protege a los terceros de buena fe que hubiesen contratado con los supuestos cónyuges.

#### *A.2. Causales que operan a petición de ambas partes*

De un régimen único e inmutable que establece el código civil de Vélez, el nuevo código pasa la regla opuesta, permite, por un lado optar, mediante convención matrimonial por uno de los dos regímenes autorizado, comunidad o separación de bienes (art. 446 inc. d) y por otro admite la mutabilidad del régimen con cierta limitación temporal, así lo atestigua la primera parte del art. 449: *“Después de celebrado el matrimonio el régimen patrimonial puede modificarse por convención de los cónyuges”*.

No fija límite alguno en cuanto a la cantidad de veces que deseen mutarlo. El cambio deberá hacerse mediante convención matrimonial, pero a diferencia de la celebrada antes de matrimonio no está sujeta a ninguna *“condictio iuris”*, y requiere también su inscripción en el registro civil como requisito de oponibilidad a terceros.

Cuando la convención tenga por objeto el cambio del régimen de comunidad al de separación de bienes, importará un supuesto de extinción de aquella (art. 475 inc. e), y deberá procederse a su liquidación.

Si por el contrario tiene por objeto el cambio del régimen de separación de bienes al de comunidad nacerá para cada uno de los cónyuges la participación en las ganancias que en adelante el otro genere; participación que se hará efectiva al disolverse la comunidad.

#### *B. Causales propias del régimen de comunidad*

El nuevo código introduce algunas modificaciones en materia de extinción de la sociedad conyugal, que, con mayor propiedad denomina “Régimen de Comunidad”.

Por lo pronto, en tanto elimina la separación personal como institución que aborda el con-

flicto conyugal y sólo admite el divorcio, aquella ha sido suprimida como causal de extinción del régimen.

También introduce algunas modificaciones en materia de separación judicial de bienes.

En cuanto al momento en que se produce la disolución del régimen por la causal de separación de bienes, conforme surge del art. 480 se establece el día de notificación de la demanda. Recordemos que el Código de Vélez nada estableció al respecto en el art. 1294, omisión que sustentó diversas posturas acerca de la fecha en que debe considerarse disuelta la sociedad conyugal: el día de interposición de la demanda, el día de la notificación, el día que quede firme la sentencia que declara la separación de bienes, y en el caso de abandono el momento en que se verificó.

A partir de la modificación que estableció la ley 23.515 al art. 1306, y por aplicación analógica de la solución allí dispuesta, entendemos que la solución en el código de Vélez es la misma que ha adoptado el nuevo código.

#### *B.1. Enumeración y análisis*

Las causales exclusivas del régimen de comunidad derivan de la ley, y operan a petición de parte, en tanto producen la extinción del régimen de modo facultativo, como resultado de una sentencia dictada a petición de uno de los cónyuges fundada en alguno de los supuestos establecidos en la ley.

En el código de Vélez se hallan contempladas en los arts. 1290 y 1294. El nuevo código las agrupa en el art. 477, que dice: *“Separación judicial de bienes. La separación judicial de bienes puede ser solicitada por uno de los cónyuges:*

*a) si la mala administración del otro le acarrea el peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales;*

*b) si se declara el concurso preventivo o la quiebra del otro cónyuge;*

*c) si los cónyuges están separados de hecho sin voluntad de unirse;*

*d) si por incapacidad o excusa de uno de los cónyuges, se designa curador del otro a un tercero.”*

*a. Mala administración.* Se mantiene la redacción del código civil, por lo tanto será de

utilidad la doctrina autoral y jurisprudencial elaborada en torno a aquél.

El concepto “mala administración” plantea algunos interrogantes en orden a su conceptualización, pues participa de las dificultades propias del acto jurídico de administración, que incide en los alcances de la norma.

La ley no define el acto de administración, señalándose que tal omisión se debe a que se está frente a un criterio económico y no jurídico. Contraponiendo los actos de administración con los de disposición, se ha señalado que los primeros tienen por finalidad la conservación del patrimonio o la obtención de rentas, en tanto los segundos provocan una alteración sustancial del capital del patrimonio.

La doctrina se ha encargado de otorgarle una significación acorde con la finalidad protectora de la norma en la economía del régimen patrimonial. En ese orden de ideas el término se emplea en un sentido amplio, comprensivo de los actos propiamente de gestión y los de disposición que hagan peligrar el eventual derecho sobre los bienes gananciales del otro cónyuge<sup>(5)</sup>.

Las diversas definiciones que se han elaborado desde la doctrina y la jurisprudencia, participan de un dato común, abarcan situaciones que constituyen una amenaza para el interés económico del otro cónyuge. En ese sentido, la mala administración consiste “*en la gestión ineficiente de los bienes gananciales y/o propios, causada por falta de aptitudes o de diligencias del administrador o por el ánimo de perjudicar al cónyuge*”<sup>(6)</sup>.

La jurisprudencia ha entendido que los hechos acreditados para solicitar la separación de bienes “*configuran una conducta del cónyuge al menos desaprensiva o inepta en lo que hace a la administración de los bienes gananciales, que genera el peligro para los derechos de la esposa en los términos del art. 1294 citado (texto según Ley 23.515)*”<sup>(7)</sup>.

(5) GROSMAN, Cecilia; “La mala administración de un cónyuge como causal de separación de bienes”, *Revista Tribunales*, año II, n° 8, p. 79.

(6) MENDEZ COSTA, María Josefa, XII Jornadas de Derecho Civil, Comisión N° 5.

(7) (7) CNCiv, Sala E “V.M.M. c/V.E.M. s/Disolución de Sociedad Conyugal” 7/02/89.

El concepto conjuga tanto los hechos externos que constituyen la evidencia del manejo irregular —disminución del patrimonio, endeudamiento excesivo, disipación de rentas— como la responsabilidad que cabe al cónyuge en su resultado, de modo que queda fuera de la norma aquellas situaciones en que, pese a que se verifica un resultado negocial disvalioso, se halla ausente el factor de imputabilidad<sup>(8)</sup>.

Si bien no todo acto de mala administración configura un acto fraudulento, si lo será cuando mediante dolo específico uno de los cónyuges pretenda defraudar al otro en el derecho sobre los gananciales. En tal caso podrán acumularse ambas acciones. Destacamos que el nuevo código recoge de modo expreso la acción de fraude en el art. 473, aún cuando el cónyuge actúe dentro de los límites de sus facultades de administración, pero con el propósito de defraudarlo.

La consecuencia de la acción de fraude es que hará inoponible el acto al otro cónyuge.

Ha de considerarse que la gestión impropia puede recaer no sólo sobre los bienes gananciales sino también sobre los propios, en tanto los frutos son comunes, y además estos constituyen la garantía que por recompensas tuviera el otro cónyuge.

(8) En las Jornadas Nacionales de Derecho Civil Universidad de Comahue, 1989 la Comisión N° 5 “Derecho de Familia. Disolución de la sociedad conyugal por las causales de mala administración y de abandono”, concluyó: De lege lata: I. RESPECTO A LA CAUSA DE MALA ADMINISTRACION (por unanimidad) Iro.) Concepto: La “mala administración” a que se refiere el artículo 1294 Código Civil implica un elemento objetivo — gestión inepta —, trátase de bienes propios o gananciales, evidenciada por gastos excesivos, disipación, insolvencia, etc. — y un elemento subjetivo — falta de aptitud, negligencia o dolo en la gestión de los bienes. Ello exigirá valorar la administración en su conjunto, no en base a un acto aislado, salvo que éste, por su magnitud o entidad, aparezca el peligro que la ley tiende a evitar. 2do.) Fundamento: La separación de bienes en razón de esta causa se funda en el propio régimen de la sociedad conyugal, ante el peligro serio y efectivo de que la gestión inepta de uno de los cónyuges impida o frustre el derecho del otro a compartir los gananciales de aquél, o no satisfaga las necesidades económicas de la familia. En consecuencia el artículo 1294 no protege sólo un derecho en expectativa, sino un derecho actual que se manifiesta en la facultad de controlar la gestión del otro cónyuge durante la vigencia de la sociedad conyugal.

El precepto protege tanto el derecho eventual a participar en los bienes gananciales a la extinción del régimen, como un derecho actual, cual es controlar la gestión del otro cónyuge durante su vigencia.

*b. Concurso preventivo o quiebra de uno de los cónyuges.* La insolvencia de uno o de ambos cónyuges suscita la incumbencia del régimen concursal y del patrimonial matrimonial. Como toda cuestión donde confluyen distintas áreas del derecho que apuntan a fines diversos, exige una labor interpretativa de integración de ambas disciplinas, ya que resulta dificultoso resolver el problema desde la óptica exclusivamente concursal o familiar.

El interés del cónyuge *in bonis* y el de los acreedores concursales sobre los gananciales constituye, sin duda, el aspecto más importante de la falencia del cónyuge, por cuanto el derecho a participar por mitades de los bienes comunes aparece seriamente comprometido.

No nos ocuparemos en estas reflexiones del impacto que produce el concurso o la quiebra sobre el régimen de administración de la comunidad y otras cuestiones que vinculan a ambos sistemas, sino de la facultad del cónyuge *in bonis* de pedir la extinción del régimen de comunidad de ganancias en el caso de concurso o quiebra del otro.

Por lo pronto, el nuevo código precisa mejor el tipo que autoriza a demandar la disolución. En el código de Vélez el art. 1294 establece que uno de los cónyuges puede pedir la separación de bienes cuando el concurso le acarree peligro de perder su eventual derecho sobre los gananciales. Frente a los formas originarias del juicio concursal: el concurso preventivo y la quiebra, hay consenso en que la causal comprende la declaración de quiebra, pero la doctrina discrepa si también la acción de separación de bienes procede ante concurso preventivo<sup>(9)</sup>.

El nuevo código pone fin a la discusión habilitando la acción ante ambos procesos concursales.

El ejercicio de esta facultad por el cónyuge *in bonis* no implicará que puede anteponer su derecho de participación sobre los gananciales del concursado.

En primer lugar, debe tenerse presente la fecha en que se produce la disolución de la sociedad conyugal. El artículo 480 reputa disuelta la comunidad al momento de notificación de la demanda de separación de bienes.

Lo único que debe probar el cónyuge *in bonis* es la apertura del concurso preventivo o la declaración de quiebra.

Ello nos alerta que a la fecha de disolución los bienes del concursado o fallido, sean propios o gananciales, ya están afectados al resultado del concurso o quiebra.

En efecto, la separación de deudas y de administración de los gananciales, que el proyecto mantiene (arts. 467 y 470), importará que el patrimonio del concursado, integrado por los bienes comunes de su titularidad y propios, constituyen la garantía de sus acreedores. Además, el estado de quiebra abarca la totalidad de los bienes, derechos y acciones del fallido, incluidos los que adquiere mientras continúe en esa situación, hasta su rehabilitación.

Si el cónyuge no concursado apelara a la separación de bienes, la extinción de la comunidad que sobrevendrá, importara la liquidación de los gananciales de ambos cónyuges, con lo cual el no concursado no podrá hacer efectivo su eventual derecho sobre los gananciales del otro, que serán absorbidos por el concurso (salvo que quede un remanente) y deberá partir los gananciales de su administración, beneficiando a la masa.

Manteniéndose en definitiva la causal en el nuevo código, aunque con una mayor precisión en su redacción, resulta aplicable en consecuencia lo señalado por la doctrina y jurisprudencia respecto a la causal en el código de Vélez: *“La disolución de la sociedad conyugal posterior al concurso de uno de los cónyuges no beneficia al otro, porque no le es posible sustraer gananciales de la masa ni obtener las recompensas debidas a su favor con preferencia al pago de los acreedores del concurso (art. 1259 del Código Civil). Igualmente la normativa actual del art. 1294 no permite concluir que el cónyuge no fallido que obtiene la separación de bienes por quiebra del otro pueda lograr la mitad de los gananciales antes que se desinterese a los*

(9) MENDEZ COSTA, María J. en “La mala administración y el concurso o quiebra de uno de los cónyuges como causales de disolución de la sociedad conyugal”, Revista del Notariado, n° 744, p. 1895 se expide por la negativa; en cambio FASSI-BOSSERT en “Sociedad Conyugal”, t° II, p. 143 se pronuncia por la afirmativa.

*acreedores del fallido, pues ello implicaría convertir al cónyuge "in bonis" en una suerte de titular de un derecho a la separación, o en un acreedor preferido a todos los demás. Esto último no es posible ya que el reconocimiento de tal jerarquía preferencial exige la existencia de una norma clara y concreta, que en el caso no concurre, pues los privilegios no pueden crearse por analogía y, ante la duda, debe estarse en contra de su existencia, al ser éstos una excepción a la universalidad concursal ya la noción del patrimonio como garantía de todos los acreedores.*<sup>(10)</sup>

El único supuesto en que el cónyuge no concursado podrá obtener alguna ventaja es cuando carezca de bienes gananciales y en el futuro, tenga perspectivas de adquirirlos, los cuales administrará sin las limitaciones del artículo del art. 470.

*c. La separación de hecho sin voluntad de unirse.* El nuevo código sustituye el abandono por la separación de hecho sin voluntad de unirse, lo cual resulta coherente con el sistema de divorcio que establece. Como señalamos supra el nuevo código, al adoptar un sistema de divorcio sin expresión de causas, elimina el divorcio fundado en la culpa de uno o ambos cónyuges, que ningún beneficio individual o social produce, e instaura un régimen sin expresión de causas a petición de uno o ambos cónyuges.

El art. 1294 del código civil de Vélez según texto de la ley 23.515, habilita la separación bienes cuando uno de los cónyuges hubiere hecho abandono de la convivencia.

El supuesto que contempla el código de Vélez obliga a distinguir el abandono de la convivencia de la mera separación de hecho. El abandono, conceptualizado por la doctrina como una separación calificada, trasunta un obrar culpable incompatible con los deberes emergentes del vínculo matrimonial. El factor de imputabilidad es el que permite distinguirlo de la separación de hecho, que si bien tiene en común con el abandonado el dato objetivo del cese de la convivencia, la nota distintiva se halla en el acuerdo de los cónyuges que deciden separarse<sup>(11)</sup>.

(10) CNCiv. Sala G, "M., M.B. c/ M.O. s/Liquidación de la sociedad conyugal" 23/12/02 Sumario N° 15196 de la Base de datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil).

(11) FASSI, Santiago; "La separación de hecho, el abandono de hecho y la disolución de la sociedad

Tal criterio, sin embargo, no es pacífico; algunos autores sostienen que si ambos cónyuges resolvieron separarse de mutuo acuerdo, los dos son culpables en cuanto a los efectos jurídicos de dicha separación, por cuanto la voluntad de las partes es inoperante para dispensarse de los deberes matrimoniales que son de orden público<sup>(12)</sup>.

Siguiendo esa línea de pensamiento, la norma también sería aplicable cuando ha mediado mutuo acuerdo para concluir la convivencia, pues en tal caso habría abandono recíproco, estando legitimado cualquiera de los cónyuges para demandar la separación de bienes.

Entendemos que teniendo en cuenta los antecedentes que informa el art. 1294, la norma ha dejado fuera de su alcance la separación de hecho pactada, limitándose al abandono.

Esta cuestión incide en la legitimación activa para articular la acción, pues en el concepto de abandono al cual adherimos sólo el abandonante estará legitimado, en cambio para quienes admitan el llamado "abandono de hecho recíproco" cualquiera de los cónyuges estará habilitado para promover la acción.

La causal del nuevo código resulta, como dijimos, congruente con el sistema de divorcio adoptado, que suprime las causales subjetivas de divorcio, y con los fundamentos de la ganancialidad, es decir la convivencia y colaboración entre cónyuges.

Por otra parte, conforme el art. 2437 la separación de hecho sin voluntad de unirse y la decisión judicial de cualquier tipo que implica cese de la convivencia, excluyen el derecho hereditario entre cónyuges.

*d. Incapacidad o excusa de uno de los cónyuges.* En el régimen vigente se trata del supuesto previsto en los arts. 1289 y 1290 del código civil de Vélez. Luego de la reforma de la ley 17711, la incapacidad de cualquiera de los cónyuges no incide en las facultades de gestión del otro. Por lo tanto sólo en el caso que se designe curador a un tercero, el cónyuge puede pedir la separación bienes. Se pretende

conyugal", LL 91-977; CAPPARELLI, JULIO; "La mutación del régimen patrimonial matrimonial en el art. 1294 del Código Civil", LL 1988-B, Sección doctrina.

(12) BARBERO, Omar; "Separación judicial de bienes entre los cónyuges" Doctrina Judicial, año IV N° 14.

con ello evitar que la administración de los bienes del cónyuge sano quede sometida al control del curador o en su caso a la autorización judicial.

En el nuevo código se mantiene la causal con la misma redacción, aunque hubiera sido más acertado comprender tanto a la persona con incapacidad como a la persona con capacidad restringida, conforme el régimen previsto en los arts. 32 y siguientes.

Quedará fuera de la causal el supuesto de inhabilitación que en el proyecto queda reservada para los pródigos (art. 48), pues el curador sólo cumple funciones de asistencia en el otorgamiento de los actos.

### *B.2. Acción por los acreedores*

El nuevo código establece en el art. 478 que la acción de separación de bienes no puede ser promovida por los acreedores del cónyuge mediante la acción subrogatoria. Recoge el criterio predominante en la doctrina, que entiende que si bien en esta acción se halla comprometido el aspecto patrimonial existe una inherencia a la persona por lo que no parece conveniente dejar en manos de terceros la extinción de la comunidad.

### *C. Separación de hecho preexistente*

Establece el segundo y tercer párrafo del art. 480 *“Si la separación de hecho sin voluntad de unirse precedió a la anulación del matrimonio o al divorcio, la sentencia tiene efectos retroactivo al día de esa separación. El juez puede modificar la extensión del efecto retroactivo fundándose en la existencia de fraude o abuso del derecho”*.

La disposición reemplaza el último párrafo del art. 1306 del código de Vélez, que en el contexto de un sistema de divorcio en que coexisten causales subjetivas y objetivas, priva al culpable de participar de los gananciales que con posterioridad a la separación aumentaron el patrimonio del no culpable, en cambio el inocente conserva ese derecho. Solución que la jurisprudencia y doctrina mayoritaria extendió a los supuestos de mutua culpabilidad y de divorcio sin atribución de culpas<sup>(13)</sup>.

La solución del nuevo código resulta aquí también congruente con el sistema de divorcio que adopta y con el fundamento de la ganancialidad, que queda enervada con el cese de la convivencia.

Llama la atención que se omita extender la retroactividad al supuesto previsto en inciso c) del art. 477, en tanto concurren los mismos fundamentos.

No hay diferencias si la separación de hecho precedió al divorcio o nulidad del matrimonio, o si precedió a la separación de bienes fundada precisamente en ese dato fáctico.

El proyecto introduce una excepción a la retroactividad cuando exista fraude o abuso del derecho.

Entendemos que ni el ejercicio abusivo de los derechos ni el fraude pueden derivarse de las razones que llevaron a uno de los cónyuges a poner fin a la convivencia, pues ello se halla dentro del margen de libertad concedido por el ordenamiento. Habrá que acreditar el propósito de defraudar al otro en el caso de fraude o bien los extremos del art. 10 en el supuesto de abuso del derecho. Bien entendido que en este último caso no cabe reputar contrario a la buena fe, la moral y las buenas costumbres el hecho de abdicar unilateralmente de la convivencia, habida cuenta del modo en que se regulan los deberes matrimoniales.

### *D. Protección de los terceros*

Conforme el cuarto párrafo del art. 480 los terceros de buena fe se hallan protegidos ante la fecha de disolución. La buena fe consiste en el desconocimiento de la causal que extingue la comunidad y se vincula con la caracterización de la indivisión postcomunitaria y con la publicidad de las mutaciones del régimen patrimonial.

En principio para los terceros la oponibilidad regirá hasta que se haga efectiva la partición de los bienes.

La protección sólo alcanza a los terceros que sean adquirentes a título oneroso.

(13) C.N.Civ., Sala C 29/4/1982, ED 99-629; C.N.Civ. en pleno 29/9/1999, LL 1999-F-3.

*E. Cuadro comparativo de las causales de extinción*

<b>Causas de disolución</b>	<b>Código nuevo</b>	<b>Código de Vélez</b>	<b>Aplicables al régimen de comunidad o al de separación de bienes</b>	<b>Extinguen el vínculo matrimonial o implican sólo un cambio de régimen</b>	<b>Operan de pleno derecho o a petición de parte</b>
Muerte comprobada	arts. 475 inc a y 507	art. 1291	Ambos regímenes	Extingue el vínculo matrimonial	De pleno derecho
Muerte presunta	arts. 475 inc. a y 507	Ley 14.394 y arts. 1307 a 1311 C.C.	Ambos regímenes	Extingue el vínculo matrimonial	De pleno derecho
Anulación (matrimonio putativo)	arts. 475 inc. b y 428	arts. 1291, 1312 y remisión	Ambos regímenes	Anula el vínculo matrimonial	De pleno derecho
Divorcio	arts. 475 inc c y 507	art 1306	Ambos regímenes	Extingue el vínculo matrimonial	De pleno derecho
Separación personal	Se elimina	art. 1306	-----	No extingüía el vínculo matrimonial	Operaba de pleno derecho
Separación de Bienes. Causas: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Mala Administración</li> <li>•</li> <li>• Concurso o quiebra</li> <li>•</li> <li>• Separación de hecho</li> <li>•</li> <li>• Incapacidad (si se nombra un curador distinto del cónyuge)</li> </ul>	art 477 inc a  art 477 inc b  art. 477 inc c  art 477 inc. d	art. 1294  art. 1294  Concurso (abarca concurso preventivo y quiebra)  art. 1294  La causa era el abandono de hecho  art. 1290	Sólo en régimen de comunidad	No extingue el matrimonio.  Implica sólo un cambio de régimen pasando del de comunidad al de separación de bienes	Todas las causales de separación de Bienes operan a petición de parte.
Modificación de régimen	art. 475 inc. e y 507	-----	Ambos regímenes	No extingue el matrimonio  Implica sólo un cambio de régimen	Petición de Parte

## II. Indivisión postcomunitaria

El código de Vélez no contempla esta situación que nace a raíz de la disolución de la sociedad conyugal y se extiende hasta que concluye el procedimiento de liquidación de la sociedad conyugal.

Por otra parte esta indivisión postcomunitaria puede coexistir con la indivisión hereditaria cuando la disolución se produce por muerte o muerte presunta.

Todo ello ha llevado a innumerables debates doctrinarios y a soluciones jurisprudenciales dispares, en orden a la administración y disposición de los bienes, y al régimen de responsabilidad por las deudas durante dicho período, como así también cuestiones concernientes a la utilización de los bienes indivisos.

El nuevo código ha regulado la indivisión postcomunitaria en la sección sexta del capítulo segundo referente al régimen de comunidad

Así establece en el artículo 481 que si se extingue el régimen por muerte de uno de los cónyuges se aplicarán al período de indivisión postcomunitaria las reglas de la indivisión hereditaria. Por el contrario si la comunidad se extingue en vida de ambos cónyuges, la indivisión se rige por los artículos que surgen de la misma sección.

### A. Administración y disposición

Cuando la comunidad se extingue en vida de ambos cónyuges, se faculta a los cónyuges a acordar reglas de administración y disposición de los bienes indivisos, otorgando un mayor margen de autonomía de la voluntad (art. 482).

Para el caso que los cónyuges no acuerden dichas reglas persisten las relativas al régimen de comunidad cuando éste todavía se encontraba vigente.

Recoge, con matices, la tesis de Zannoni quien entiende, respecto al código de Vélez, que continúan subsistentes las normas de administración vigentes durante la sociedad conyugal, en tanto la indivisión no trasciende como cotitular dad frente a terceros.

Por lo tanto, si no se acuerdan las reglas, serán de aplicación las disposiciones de los arts. 470 y 471 del código civil y comercial, con la salvedad que cada uno de los copartícipes debe informar al otro, con antelación razonable, su intención de otorgar actos que excedan la administración ordinaria; pudiendo el otro cónyuge formular

oposición cuando el acto proyectado vulnera sus derechos referentes al régimen de comunidad (art. 482, párrafo segundo).

En el supuesto de disolución por muerte, en virtud de la remisión que efectúa el art. 481 primera parte, la administración se regirá por las disposiciones de los arts. 2324 y 2325, si no hay administrador judicial designado. En tal caso los actos conservatorios puede ser ejecutados por cualquiera de los herederos; los de administración y disposición requieren del consentimiento de todos los herederos quienes pueden dar a uno o varios de ellos o a terceros un mandato general de administración. Se admite el mandato tácito si uno de los herederos toma a su cargo la administración con conocimiento de los otros y sin oposición de éstos.

Si se hubiese designado administrador judicial, los actos meramente conservatorios se imponen a éste, incluyendo los de disposición de cosas muebles perecederas, que se deprecien rápidamente o cuya conservación resulte manifiestamente onerosa.

En cambio para la enajenación de otra clase de bienes, el administrador judicial requiere del acuerdo unánime de los herederos o en su defecto autorización judicial (art. 2353).

En esta materia, la solución del nuevo código innova respecto del código de Vélez. En efecto, en éste, en función del *ius prohibendi*, los actos de disposición de bienes del acervo hereditario deben ser otorgados por la unanimidad de los herederos. Si falta tal unanimidad el acto no podrá ser otorgado ni aún con autorización judicial (art. 3451 del Cód. Civ.).

También ha innovado respecto de los créditos, que integraran la indivisión hereditaria al igual que el resto de los bienes (art. 2376), a diferencia del régimen actual que se dividen de pleno derecho desde la muerte del autor de la sucesión (arts. 3485 y concordantes del Cód. Civ.).

### B. Uso y goce de los bienes indivisos

Se regula en el art. 484 del nuevo código el uso y goce de bienes indivisos, conforme los principios elaborados por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria durante la vigencia del código de Vélez.

Cualquiera de los cónyuges podrá utilizar los bienes indivisos y a falta de acuerdo decide el juez.

Frente a la oposición de uno de los cónyuges, al uso y goce de un bien indiviso por parte del otro, podrá establecerse una indemnización a favor del oponente, y a partir que éste exteriorice en forma fehaciente su oposición.

La misma solución se aplica en el supuesto de disolución por muerte (art. 2328).

Se trata de una compensación por la utilización exclusiva del bien ganancial, a la cual habrán de aplicarse los criterios doctrinarios y jurisprudenciales mayoritariamente admitidos.

Así si se tratara de la utilización exclusiva de un inmueble, a fin de que la indemnización que se establezca constituya una justa compensación, deberá estarse al valor locativo del mismo, entendiendo que cuando uno de los ex cónyuges hace uso exclusivo de un bien ganancial deberá abonar el 50% del valor locativo desde la oposición por parte del otro. Y como ya dijimos este valor debe ser retribuido desde que es reclamado, así también lo ha entendido la jurisprudencia ante la ausencia de normativa en el código de Vélez; interpretando la falta de reclamo como consentimiento tácito con la ocupación gratuita <sup>(14)</sup>.

### C. Frutos y rentas

Los frutos y rentas de los bienes indivisos acrecen a la indivisión (art. 485). El nuevo código sigue el criterio de la doctrina, que sin norma expresa, sostiene que los frutos y rentas de los bienes gananciales acrecen la indivisión, dado su carácter accesorio. Si bien el art. 485 no menciona los productos, entendemos que debe aplicarse el mismo criterio que a los frutos, en función de lo dispuesto por el art. 465 inc. g) <sup>(15)</sup>.

(14) CNCiv “C.R. c/G., N.J. s/Fijación de valor locativo”, 4/7/00 R213395; CNCiv Sala F 18/02/11, Sumario N° 21394 de la Base de datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil) entre otros.

(15) “Siendo a partir de la disolución de la sociedad conyugal que los cónyuges actualizan su derecho al eventual 50% de la masa ganancial conforme art. 1315 del C. Civil, corresponde establecer cuáles han sido los frutos percibidos por cada cónyuge de la administración de los bienes gananciales como consecuencia de haber continuado administrando en los términos del art. 1276 Cód. Civil. El activo de la indivisión postcomunitaria está integrado por los bienes gananciales existentes en el momento de la disolución de la sociedad conyugal, los adquiridos después por título o causa anterior a la disolución, los que los sustituyeron por subrogación real, así como todos los frutos, rentas y productos de los bienes gananciales, como consecuencia de haber continuado de

### D. Responsabilidad frente a terceros

Establece el nuevo código, en su artículo 486, que durante la indivisión postcomunitaria en las relaciones con terceros se aplican las normas de los artículos 461, 462 (llamado régimen primario o común) que fija la responsabilidad solidaria de ambos cónyuges, por las obligaciones contraídas para solventar las necesidades del hogar y la educación de los hijos; y el art. 467, aplicable sólo al régimen de comunidad, que establece la responsabilidad separada, salvo que la deuda hubiese sido contraída para reparar o conservar bienes gananciales, en cuyo se extiende al cónyuge que no contrajo la deuda, quien responde con sus bienes gananciales.

En línea con la doctrina autoral y jurisprudencial, el nuevo código concede, de modo expreso, a los acreedores el derecho de subrogarse en los derechos de su deudor para solicitar la partición de la masa común (art. 486 in fine).

Por su parte el art. 487 agrega que la disolución del régimen no puede perjudicar los derechos de los acreedores anteriores sobre la integralidad del patrimonio de su deudor.

Recientemente, la jurisprudencia ha invocado los principios que emergen del nuevo código frente al tema que estamos tratando: “*Si bien la disolución de la sociedad conyugal por muerte de uno o ambos cónyuges provoca una disminución en cuanto al régimen de gestión separada de bienes, dicha alteración no puede importar un menoscabo de los derechos del acreedor. Es decir, no se lo puede colocar en una situación peor a la que se configuraría si, al vencimiento de la obligación, no hubiese tenido lugar la disolución por causa de muerte. Por ende la responsabilidad ante terceros sigue comprometiendo todo el caudal de la administración que al causante le correspondía, manteniendo toda su vigencia el régimen establecido por los arts. 5 y 6 de la ley 11.357. A mayor abundamiento, no puede perderse de vista que el artículo 487 del proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación adopta la postura mencionada*”<sup>(16)</sup>.

hecho el esposo como administrador de la sociedad conyugal no liquidada ( art. 1315 Código Civil”). CNCiv, Sala B febrero 22-1983 y Tribunal de Menores N° 1 de Mar del Plata del 5/5/2006 CITA ON LINE: AR/JUR/3881/2006.

(16) CNCiv Sala H “Warner Music S.A. C/ herederos de Muñiz Abel s/ Ejecución” del 16/08/12; Sumario N°

El nuevo código ha tomado una postura que viene a disipar, en parte al menos, como veremos, las dudas existentes en el régimen actual, en torno a si resultaban aplicables los arts. 5 y 6 de la ley 11.357 después de la disolución del régimen de comunidad.

Así resulta clara la regulación de la responsabilidad de los cónyuges frente a terceros cuando la disolución se ha operado en vida de ambos cónyuges.

Pero, a nuestro juicio, la solución no es tan clara cuando la comunidad se extingue por muerte comprobada o presunta.

Arduamente se ha discutido en el código de Vélez el problema que suscita el pasivo en la indivisión postcomunitaria sobre todo cuando ésta coexiste con la indivisión hereditaria.

Para Zannoni, si la comunidad concluye por muerte o muerte presunta, las deudas del difunto deberán satisfacerse con imputación al acervo y serán ejecutables sobre la masa, compuesta por los propios y gananciales de cualquier titularidad, con arreglo a lo dispuesto por los arts. 3431, 3490, 3474 y 3475 del cód. civil. En cuanto a las contraídas por el supérstite, sus acreedores quedan emplazados como acreedores del heredero (aunque el cónyuge no herede); en consecuencia podrán cobrarse de los bienes propios, y sobre la cuota de gananciales que le corresponde en la partición, pudiendo activarla si el cónyuge fuese remiso<sup>(17)</sup>.

En este sentido, recogemos el siguiente fallo: *“Por el fallecimiento del cónyuge opera la transmisión hereditaria del cónyuge pre fallecido sin lapso alguno, de manera que coexisten la indivisión postcomunitaria, entre el supérstite y los herederos, y la comunidad hereditaria entre herederos exclusivamente, por lo cual los acreedores del causante no pueden ejecutar un bien ganancial que aún cuando continúa inscripto a nombre de su deudor, pasó a formar parte de la universalidad sucesoria, por lo que el tratamiento de las deudas ha de seguirse conforme a los principios generales determinados por las relaciones de comunidad que la disolución y simultánea transmisión hereditaria producen.”*<sup>(18)</sup>.

22125 de la Base de datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil).

(17) ZANNONI, Eduardo ob. cit. pág. 719.

(18) Cám. 1ª de Apelaciones Civil y Comercial de San Nicolás “Álvarez Francisco José con Doval Raúl y otro”

Méndez Costa, Fassi-Bossert y Kemelmajer de Carlucci, en cambio, se inclinan por la subsistencia de la responsabilidad separada, aún en la disolución por muerte. Incluso esta última autora ha introducido un nuevo matiz a la cuestión, al considerar relevante el momento en que se ha contraído la deuda. Señala que los arts. 5º y 6º de la ley 11.357 subsisten aún en la disolución por muerte *si la deuda fue contraída por el supérstite con anterioridad a la muerte del causante*; en cambio, si la deuda nació con posterioridad les será oponible la indivisión y por lo tanto, respecto de los bienes gananciales, les queda el recurso de propiciar la partición y adjudicación de los bienes indivisos<sup>(19)</sup>.

Reflejo de la inacabada polémica son las conclusiones de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en San Miguel de Tucumán en el año 2011, que se limitó a declarar: *“Se constatan numerosas interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales que se consignan en las fundadas ponencias presentadas, sin que haya sido posible arribar a líneas de coincidencia útiles”*. En cambio de *lege ferenda*, la mayoría sostuvo *“En el período de indivisión postcomunitaria, cualquiera fuere la causa de disolución de la sociedad conyugal, en las relaciones de los cónyuges con terceros acreedores deben aplicarse las disposiciones previstas durante la vigencia del régimen (arg. art. 5 ley 11.357, vigente al 2011). Fundamos esta posición, además de las reglas sucesorias, en los principios de buena fe, seguridad jurídica y publicidad registral”*.

El nuevo código parece resolver el problema al remitir expresamente a las reglas de la indivisión hereditaria. Ello indicaría que ha tomado partido por la tesis que no subsiste la limitación de responsabilidad, y en consecuencia los acreedores del causante podrán agredir, además de los propios, toda la masa ganancial incluidos los adquiridos por el cónyuge sobreviviente.

Pero ocurre que el art. 497 referente a la partición de la comunidad dispone que la masa partible se integra con la suma de los activos ga-

23/04/2009. Cita on Line AR/JUR/8848/2009. SUMARIO.

(19) MÉNDEZ COSTA; María Josefa “Las deudas de los Cónyuges”, pág. 123 N° 51; FASSI, Santiago, BOSSERT Gustavo, “Sociedad Conyugal”, T° 2, Pág. 237. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída ver sus votos en fallos SCMendoza, Sala I sept.- 17-1984, en autos “Unión Soc. Cooperativa de Crédito Limitada c/ Lobiondo, José y otro” en JA 1985-I-496 y SCMendoza Sala I, nov-10-1992, en autos “de la Rosa de Gaviola en Gaviola Alberto Sucesión”, LL 1993.C-244.

nanciales líquidos de cada uno de los cónyuges. Si cada masa soporta su propio pasivo, parecería indicar que la responsabilidad se mantiene separada. A menos que se interprete que dicha disposición sólo es aplicable en los supuestos de partición en vida de ambos cónyuges.

En definitiva, nos parece que la regulación del nuevo código no resuelve de modo definitivo las disputas doctrinarias en torno al pasivo durante este período de la comunidad.

Habrà que tener en cuenta que en el nuevo código la indivisión hereditaria comprende también las deudas (art. 2376), a diferencia del código actual en que se dividen de pleno derecho desde la muerte del causante (arts. 3490 y concordantes del cód. de Vélez).

### *E. Medidas cautelares o protectorias*

#### *E.1. Distintos supuestos*

Las medidas cautelares, precautorias o protectorias, como las denomina el nuevo código (art. 483), dictadas dentro de un proceso que lleve a la disolución de la sociedad conyugal o régimen de comunidad revisten características especiales en tanto se otorgan como modo de cautelar el derecho en expectativa que abrigan los cónyuges con motivo de la disolución del régimen comunitario.

*“La existencia del matrimonio y del conflicto que la acción judicial de las que son accesorias suponen, les otorgan una particularidad que las distingue de las cautelares que se dictan en otros juicios tendientes a proteger el interés de los acreedores.”<sup>(20)</sup>*

Lo que se persigue con estas medidas es garantizar o salvaguardar la integridad del patrimonio de la comunidad y, por extensión, la del cónyuge que las solicita— con miras en la recuperación de sus bienes propios, su cuota en los gananciales y la percepción de lo que corresponde por sus créditos— no para la satisfacción de un crédito singular, sino para hacer efectiva la participación en la totalidad de los bienes que componen la sociedad conyugal, de modo semejante al que se verifica en los procesos concursales, y en la medida que ello resulte necesario<sup>(21)</sup>.

(20) HERNÁNDEZ, Lidia Beatriz; “Medidas cautelares respecto de los bienes en el juicio de divorcio”, en Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia N° 16, Abeledo Perrot, Bs. As., 2000, pág. 95 y ss.

(21) KIELMANOVICH, Jorge A.; “Las medidas cautelares en la liquidación de la sociedad conyugal”, en Re-

Vélez Sarsfield previó las mismas en el capítulo de la disolución de la sociedad conyugal, art. 1295. Dicho artículo alude a las medidas precautorias que puede pedir la mujer, en el contexto original del código en que el marido era el administrador de todos los bienes de la sociedad conyugal e incluso de los propios de la mujer.

En la actualidad, a partir de la sanción de las leyes 11.357 y 17.711, y más recientemente de la ley 26.618, la prerrogativa de solicitar medidas precautorias se otorga a ambos cónyuges, que gozan de similares facultades de gestión. Asimismo, se entiende que las medidas establecidas en el art. 1295 no resultan exclusivas de la acción de separación de bienes, como parecería colegirse de la letra de la norma, siendo extensivas a los casos de separación personal y divorcio vincular.

Con la sanción de la ley 23.515 se incorporó al Código Civil el art. 233 que supera la solución del 1295, también vigente, al extender expresamente la legitimación a ambos cónyuges y disponer no sólo la posibilidad de trabar embargo sino “*las medidas de seguridad idóneas*”, e incluso solicitar medidas para indagar la existencia y cuantía de los bienes gananciales.

Ambas normas permiten solicitar medidas cautelares aún antes de la promoción de la demanda de separación de bienes, separación personal o divorcio vincular en caso de urgencia, como señala el art. 233 o si existiera peligro en la demora, en los términos del artículo 1295; es decir, en estos casos, la ley muestra mayor estrictez requiriendo la prueba del peligro en la demora o la urgencia<sup>(22)</sup>. Con más razón, dichas medidas podrán ser pedidas una vez disuelta la sociedad conyugal, durante el estado de indivisión postcomunitaria caso en el cual resultará innecesario acreditar la urgencia.

El nuevo código prevé en su art. 483 dentro del capítulo referente a la indivisión postcomunitaria: “*En caso que vean afectado sus intereses los partícipes pueden solicitar además de las medidas que prevean los procedimientos locales las siguientes:*

*a) autorización para realizar por sí solo un acto para el que sería necesario el consentimiento del otro, si la negativa es injustificada*

vista de Derecho Privado y Comunitario, 2008 I. Sociedad conyugal I. Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 315 y ss.

(22) HERNÁNDEZ, Lidia Beatriz, “Medidas...”ob. cit. pág. 103.

*b) Su designación o la de un tercero como administrador de la masa del otro, su desempeño se rige por las facultades y obligaciones de la administración de la herencia."*

En cuanto a las medidas previstas en los ordenamientos locales, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece una serie de medidas, cuya enumeración no resulta taxativa a tenor de lo dispuesto por el art. 232.

Así se han dispuesto medidas que en rigor están enderezadas a conocer el patrimonio ganancial, tales como pedidos de informe, inventario, informes periciales, compulsas de libros comerciales, etc.; y otras que pueden resultar más gravosas, por ejemplo el nombramiento de interventores informantes o recaudadores, intervención de sociedades o de fondos de comercio.

El artículo 479 del nuevo código establece por otra parte que las medidas cautelares que otorga el artículo 483 pueden solicitarse en la acción judicial de separación de bienes.

Respecto a las medidas establecidas en los ordenamientos procesales ya se ha expedido largamente la doctrina y la jurisprudencia sobre ellas. Nos detendremos en el análisis de las medidas que se regulan expresamente en el nuevo código.

*a) Autorización para realizar por sí solo un acto para el que sería necesario el consentimiento del otro, si la negativa es injustificada.*

Ahora bien al establecer que el cónyuge podrá solicitar autorización para aquellos actos que requieran "consentimiento" del otro cónyuge, parecería situarse en que durante este período disponen ambos cónyuges respecto de los gananciales de cualquier titularidad. Pero ocurre que el código establece que subsisten las reglas relativas al régimen de comunidad, salvo pacto en contrario, y el deber de informar al otro cónyuge la intención de otorgar actos que excedan la administración ordinaria de los bienes indivisos (art. 482).

Durante la vigencia del régimen de comunidad la administración y disposición de los bienes gananciales es separada, y se exige el "asentimiento"; y no el "consentimiento" para enajenar o gravar determinados bienes y derechos (art. 470). Sólo es necesario el consentimiento respecto de los bienes adquiridos conjuntamente (art. 471).

Pero interpretar que el inc. a) del art. 483 comprende exclusivamente los bienes gananciales adquiridos conjuntamente, conduce a un resul-

tado disvalioso, pues si el juez puede autorizar el acto, supliendo el consentimiento del renuente, con mayor razón podrá suplir el asentimiento del no titular del bien ganancial.

Por lo tanto interpretamos que el juez podrá autorizar tanto los actos que requieren consentimiento como asentimiento del otro, si la negativa es injustificada.

*b) Designación de un cónyuge o de un tercero como administrador de la masa del otro:* esta medida se encontraba prevista en el art. 74 de la ley 2.393, en cuanto a la remoción del marido quien resultaba administrador de la sociedad conyugal pero no fue recogida por la Ley 23.515. No obstante se ha entendido que la misma podrá ser ordenada a tenor de lo dispuesto en el art. 233 del Código Civil.

Pero la doctrina discrepa en cuanto a su procedencia requiriendo en general una mayor prudencia en su aplicación.

Así, Vidal Taquini ha señalado: "No se debe olvidar que el art. 1277 ha eliminado casi todos los riesgos respecto a los actos de disposición, por lo cual, si no se advierten con claridad los peligros en la administración de los bienes, se torna innecesaria la aplicación de los preceptos a los que nos referimos, que deben limitarse en su aplicación a lo indispensable para resguardar los intereses de los cónyuges, sin causar perjuicio ni entorpecer el desarrollo de los negocios del cónyuge a quien se agrade, ni afectar los derechos de terceros"<sup>(23)</sup>.

Por su parte, Belluscio sostiene que si bien no se encuentra prevista, puede ser dispuesta si se suministra prueba, aunque fuese sumaria, que la conducta del administrador hace temer enajenaciones fraudulentas o disipación de los bienes de la sociedad conyugal; siendo aceptada en caso de conducta malévolas, no sólo imprudente y fundada en la prueba de hechos graves; tratándose en ese caso de una medida de seguridad idónea para evitar el perjuicio del otro cónyuge<sup>(24)</sup>.

Zannoni también se inclina por su aceptación, entendiendo que bajo el régimen de gestión separada de los bienes cada cónyuge puede obtener medidas precautorias sobre los bienes administrados por el otro, y de esa manera garantizar su derecho. "No obstante podrá sustituirse a uno de

(23) VIDAL TAQUINI, Carlos; "Régimen Patrimonial del Matrimonio"; pág. 398.

(24) BELLUSCIO, César Augusto; ob. cit, 10ª Edición pág. 665.

*los cónyuges como administrador de sociedades comerciales que él preside. Ello a fin de evitar que a través de su administración pudiese afectarse la intangibilidad del patrimonio ganancial.*<sup>(25)</sup>.

Di Lella por su parte, la acepta con fundamento en el art. 233 del código de Vélez modificado por ley 23.515, y señala al respecto: *“Muchas veces se olvida que la ley no siempre coincide con la realidad. Legalmente hay dos masas pero en la práctica frecuentemente uno de los cónyuges es el generador o proveedor de los bienes y la otra masa permanecerá vacía, por lo que la administración de los gananciales se transforma, al tiempo de la disolución, en un único administrador de los gananciales.”*<sup>(26)</sup>.

El nuevo código la contempla expresamente por lo que no cabrá ya discutir acerca de su procedencia.

No obstante, entendemos que subsisten las razones para considerar que la misma reviste carácter excepcional atento su gravedad.

A la luz de lo previsto en el art. 483 inc. b), la designación del cónyuge o de un tercero como administrador de la masa del otro podría comprender la participación de éste en sociedades comerciales.

En ese orden, se ha dispuesto la adopción de medidas sobre sociedades comerciales, en el supuesto que los derechos patrimoniales del cónyuge no titular corran peligro; y en la medida que no entorpezcan la marcha y administración de los negocios de la sociedad.

Si el cónyuge sobre cuyo patrimonio ganancial se solicita la medida tiene facultades de administración y gestión de la sociedad comercial, la medida debe revestir carácter excepcional, resultando viable si el cónyuge es titular de la mayoría de capital social de modo que pueda formar con su exclusiva voluntad la decisión social; es que en principio no correspondería poner la decisión social en manos de quien es ajeno a la sociedad<sup>(27)</sup>.

(25) ZANNONI, Eduardo; ob. cit., Tomo I, pág. 741.

(26) DI LELLA, Pedro; “Medidas cautelares en juicios de disolución y liquidación de la sociedad conyugal”; en Revista de Derecho Privado y Comunitario. T<sup>a</sup>, pág. 250.

(27) “Poner la administración en manos de un tercero con el que los otros socios ni formaron la sociedad, ni le confiaron la administración, es un exceso de protección al cónyuge en desmedro de los derechos de dichos terceros, que son ajenos a los conflictos matrimoniales” DI LELLA, Pedro; “Medidas cautelares...” ob. cit., pág. 254.

La jurisprudencia ha adoptado un criterio prudente en la materia sosteniendo que *“prevaleciendo en principio la existencia formal de la persona jurídica, debe acreditarse prima facie, que la sociedad ha servido o sirve al propósito de ocultar, sustraer o hacer inciertos los bienes de la sociedad conyugal”*. Así se revocó el nombramiento de un interventor informante en tanto estos extremos no habían sido acreditados. Se entendió que la intervención judicial es una medida de excepción, a la que se puede recurrir agotadas todas las posibles instancias para conjurar el peligro potencial que provendría de acciones y u omisiones; ya que la intervención judicial no puede importar una injustificada intromisión o interferencia en los negocios de la sociedad para no provocar un daño mayor del que se quiere evitar<sup>(28)</sup>.

Igual criterio deberá aplicarse a los fondos de comercio de administración de uno de los cónyuges.

En cuanto al desempeño del cónyuge o de un tercero como administrador de la masa ganancial del otro se aplicarán las reglas de la administración de la herencia.

#### *E.2. Bienes sobre los que pueden recaer las medidas precautorias*

Será de utilidad la doctrina y jurisprudencia elaborada en torno al código actual, que establece que en principio recaerán sobre los bienes gananciales que se encuentran bajo la administración del cónyuge no peticionante. No obstante *“resulta procedente que la medida cautelar recaiga sobre un bien propio cuando los gananciales resultan insuficientes para cubrir los créditos existentes a la fecha de la liquidación de la sociedad conyugal provenientes de recompensas, habiéndose sostenido que resulta una medida excepcional para cubrir parte de gananciales que hubieran desaparecido del patrimonio en forma fraudulenta o para garantizar créditos de carácter propio.”*<sup>(29)</sup>.

No resulta admisible trabar embargo sobre los frutos de los bienes propios percibidos después de la notificación de la demanda, ni sobre los sueldos, honorarios o remuneraciones devengados también después de esa notificación, pues no se encuentran

(28) CNciv. Sala B “De Biase, María Teresa c/Lemesoff, Néstor Mario s/ art. 250 CPC - Incidente familia del 28/05/2003, publicado en www.microjuris.com, 6/08/2003.

(29) HERNÁNDEZ, Lidia Beatriz, “Medidas...” ob.cit. pág. 107 y jurisprudencia allí citada.

incluidos dentro de la liquidación, por lo que el cónyuge que los solicitaba carecía de interés<sup>(30)</sup>.

En el caso de peticionarse embargo sobre sumas de dinero, depósitos, honorarios, rentas o frutos de bienes gananciales el mismo será precedente sobre el 50% de aquéllos, salvo reclamos de recompensas u ocultación fraudulenta.

### III. Liquidación de la Comunidad

Extinguida la comunidad se procederá a su liquidación. Una vez “producida la disolución de la sociedad conyugal se actualiza entre los cónyuges o sus herederos la expectativa de participación en el conjunto de bienes, adquiridos durante la unión”<sup>(31)</sup>.

Esta participación, tanto en el código de Vélez como en el nuevo código, es por partes iguales entre ambos cónyuges o sus herederos (art. 1315 y 498 respectivamente). Si se produce por muerte de uno de los cónyuges los herederos reciben su parte sobre la mitad de gananciales que hubiesen correspondido al causante.

Ahora bien, antes de proceder a la partición deben realizarse una serie de operaciones a fin de establecer la masa a dividir.

En efecto resulta necesario determinar el carácter de los bienes, tasarlos, hacer frente al pasivo ganancial y establecer la recompensas entre la comunidad y los cónyuges; todo ello a fin de poder arribar a la masa partible.

Dentro de las operaciones que deben efectuarse para liquidar el régimen de comunidad, reviste fundamental importancia el análisis de las recompensas que el nuevo código regula en la sección séptima del capítulo correspondiente al régimen de comunidad.

#### A) *Recompensas*

La extensión de la recompensas entre la llamada sociedad conyugal y uno de los cónyuges, oportunidad para su reclamo, valuación e intereses, constituyen aspectos que el Código de Vélez no regula, por lo menos, de modo sistemático. Incluso no utiliza el vocablo recompensa, pero de su articulado se desprende la existencia del instituto de manera indubitable. Así lo atestiguan los arts. 1259, 1260, 1266, 1272, 1306, y 1316 bis.

(30) HERNÁNDEZ, Lidia Beatriz, “Medidas...” ob. cit., pág. 107.

(31) ZANNONI, Eduardo; ob.cit., Tomo I, pág. 727.

Las modificaciones que propone el nuevo código receptan, en general, los criterios mayoritarios de la doctrina autoral y jurisprudencial, y mejora sensiblemente la regulación del régimen de recompensas.

Los puntos más relevantes de la regulación proyectada son los siguientes:

1. *Oportunidad.* Aunque el código de Vélez no lo dice expresamente, es doctrina recibida que el crédito por recompensa se origina a partir de la disolución de la sociedad conyugal, durante su vigencia no es exigible. El nuevo código recoge esta regla en el art. 488 “*Extinguida la comunidad, se procede a su liquidación. A tal fin, se establece la cuenta de la recompensas que la comunidad debe a cada cónyuge y la que cada uno debe a la comunidad, según las reglas de los artículos siguientes.*”

Las recompensas constituyen una de las operaciones de la liquidación de la comunidad para arribar a la masa partible.

2. *Extensión.* Si bien la admisión de las recompensas no ofrece reparos, su ámbito de aplicación ha motivado dos corrientes de interpretación. Una tesis amplia y mayoritaria en la doctrina autoral y jurisprudencial que propugna su procedencia no sólo en los casos explícitamente contemplados en el código, sino siempre que se vulnere la intangibilidad de las distintas masas; y una restrictiva que las admite sólo en los casos en que el código las recepte de modo expreso.

El nuevo código se pronuncia por la primera tesis al establecer, en el art. 491 primer párrafo, como principio general de procedencia de las recompensas, lo siguiente “*La comunidad debe recompensa la cónyuge si se ha beneficiado en detrimento del patrimonio propio, y el cónyuge a la comunidad si se ha beneficiado en detrimento del haber de la comunidad.*”

3. *Prueba.* El nuevo código recoge el criterio de la doctrina nacional, que carga con la prueba a quien invoca el derecho a recompensa, sin limitación respecto de los medios probatorios (art. 492).

4. *Monto y valuación de la recompensa:* Dispone el art. 493 de la nueva legislación: “*El monto de la recompensa es igual al menor de los valores que representan la erogación y el provecho subsistente para el cónyuge o para la comunidad, al día de su extinción, apreciados*

*en valores constantes. Si de la erogación no derivó ningún beneficio, se toma en cuenta el valor de aquella.*"<sup>(32)</sup>.

Ahora bien, si no hay provecho subsistente para la comunidad o para el cónyuge, según el caso, se toma el monto de la erogación. Tal situación se verificaría en el supuesto que se realizan mejoras en un inmueble propio con fondos gananciales, y al momento de la disolución el bien se ha destruido; aunque el beneficio no perdure para el cónyuge titular del bien propio mejorado hubo un empobrecimiento de la comunidad. Idéntica solución se aplica al supuesto de un bien común mejorado con inversión de dinero propio. Además, las cosas crecen y perecen para su dueño. Otro ejemplo sería la donación de gananciales para quienes admiten su procedencia, en el cual el donante no obtiene ningún beneficio.

La disposición alude a "valores constantes" con lo cual corrige las distorsiones derivadas de la depreciación o revalorización de la moneda.

El nuevo código abandona la solución del art. 1316 bis del código civil que toma como pauta para la determinación del monto de la recompensa la fecha en que se hizo la inversión y demás circunstancias del caso, concediendo un amplio margen a la discrecionalidad judicial.

En punto a la valuación el art. 494 establece "*Los bienes que originan recompensas se valúan según su estado al día de la disolución del régimen y según su valor al tiempo de la liquidación.*"

Con ello se evita la distorsión que conllevaría valorar el bien que da lugar a la recompensa al momento de la extinción del régimen y el resto de los bienes al tiempo de la partición. La situación es similar a lo que ocurre con el cálculo del valor colacionable (art. 3477 del código civil).

**5. Liquidación.** En cuanto al modo de liquidar la recompensa establece el art. 495 "*Efectuado el balance de las recompensas adeudadas por cada uno de los cónyuges a la comunidad y por ésta a aquél, el saldo en favor de la comunidad debe colacionarlo a la masa común, y el saldo en favor*

*del cónyuge le debe ser atribuido a éste sobre la masa común. En caso de insuficiencia de la masa ganancial, en la partición se atribuye un crédito a un cónyuge contra el otro.*"

El artículo dispone que las recompensas se liquiden mediante una operación contable. Efectuado el balance, si la comunidad resulta acreedora el monto se adiciona a la masa común y se imputa a la porción del cónyuge deudor, si lo es el cónyuge su monto se le atribuye en su hijuela, debitándose del haber común.

Sólo se resuelve en un pago de un cónyuge al otro ante la insuficiencia del activo ganancial.

**6. Prescripción.** En tanto el derecho a reclamar recompensa no tiene establecido un plazo de prescripción especial en el nuevo código, se encuentra sujeto al plazo genérico de cinco años (art. 2560).

Así se ha entendido que al no tener plazo específico la acción para reclamar recompensas se rige por el plazo genérico, que en el código de Vélez es de diez años (art. 4023)<sup>(33)</sup>.

El nuevo código al igual que el código de Vélez establece que el curso de la prescripción se suspende entre cónyuges durante el matrimonio (art. 2453 inc. a).

Ahora bien, dado que existen causas que determinan la disolución del régimen hasta allí vigente (como ser el caso de cambio de régimen o separación de bienes) sin que se extinga el vínculo matrimonial, entendemos que el cónyuge que pasa de un régimen de comunidad a uno de separación de bienes no deberá esperar a que se disuelva el matrimonio para plantear su crédito por recompensa.

Por lo tanto, el crédito por recompensa prescribe a los cinco años desde que se extinguió la comunidad.

**7. Supuestos específicos de recompensas.** El nuevo código ha ampliado y precisado minuciosamente los bienes propios y gananciales (arts. 464 y 465), estableciendo en cada caso el derecho a recompensa.

Al calificar tanto bienes propios como gananciales (arts. 464 y 465) el nuevo código establece las siguientes recompensas:

(32) Adopta el criterio del código francés (art. 1469) tomado del enriquecimiento sin causa, que se atiende al menor de los valores entre la erogación y el beneficio subsistente al día de la disolución de la régimen de comunidad.

(33) CSJ de Mendoza, Sala I 06/07/2005. Causa 81699.

<b>BIEN PROPIO</b>  <b>RECOMPENSA A FAVOR DE LA COMUNIDAD</b>	<b>BIEN GANANCIAL</b>  <b>RECOMPENSA A FAVOR DEL CÓNYUGE</b>
Adquiridos por herencia legado o donación. Recompensa en caso que la comunidad deba soportar cargos; art. 464 inc. b, primer párrafo.	Donación remuneratoria por servicio prestado durante la comunidad. Recompensa al donatario por el exceso si el valor donado excede una equitativa remuneración; art. 464 inc. b, cuarto párrafo.
Adquirido por permuta, inversión de fondos propios o reinversión de bienes propios. Recompensa a la comunidad si hay un saldo soportado por ésta; art. 464 inc. c, primer párrafo.	Adquirido por permuta, inversión de fondos propios o reinversión de bienes propios, si el saldo que se paga con fondos gananciales supera el aporte propio. Derecho de recompensa debida al propietario; art. 464 inc. c 2° párrafo.
	Ganado propio, si se mejora la calidad del ganado las crías son gananciales. Comunidad debe al cónyuge propietario recompensa por el valor del ganado propio aportado; art. 464 inc. f.
Bienes incorporados por accesión a cosas propias. Recompensa debida a la comunidad por el valor de las mejoras o adquisiciones hechas con dinero de ella; art. 464 inc. j.	Bienes incorporados por accesión a cosas gananciales. Recompensa debida al cónyuge por el valor de las mejoras o adquisiciones hechas con sus bienes propios; art. 465 inc. m.
Adquisición de nuevas partes indivisas de un bien del cual el cónyuge era propietario de una porción propia. Recompensa a la comunidad en caso de haberse invertido bienes de ésta para la adquisición; art. 464 inc. k.	Adquisición de nuevas partes indivisas de un bien del cual el cónyuge era propietario de una porción ganancial. Recompensa al cónyuge en caso de haberse invertido bienes propios de éste para la adquisición; art. 465 inc. n.
Acrecimiento de otros valores mobiliarios propios. Recompensa a la comunidad en caso de haberse invertido bienes de ésta para la adquisición; art. 464 inc. k.	
Plena propiedad de bienes cuya nuda propiedad se adquirió antes del comienzo de la comunidad, si el usufructo se extingue durante ella, y bienes gravados con otros derechos reales que se extinguen durante la comunidad. Recompensa a favor de la comunidad si para extinguir el usufructo o los otros derechos reales se emplean bienes gananciales; art 464 inc. l.	Plena propiedad de bienes cuya nuda propiedad se adquirió a título oneroso durante la comunidad, si el usufructo se consolida después de su extinción, y bienes gravados con derechos reales que se extinguen después de la comunidad. Recompensa a favor del cónyuge si para extinguir el usufructo o los otros derechos reales se emplean bienes propios; art 465 inc. ñ.
Ropas y objetos de uso personal. Recompensa a la comunidad si son de gran valor y se adquirieron con bienes de ésta; art 464 inc. m.	
Objetos para el ejercicio del trabajo o profesión. Recompensa a la comunidad si fueron adquiridos con bienes gananciales; art. 464 inc. m.	
Adquirido por permuta, inversión de fondos gananciales o reinversión de bienes gananciales si el saldo que se paga con fondos propios supera el aporte ganancial. Derecho de recompensa debida a la comunidad; art. 465 inc. f.	Adquirido después de la extinción de la comunidad por permuta, inversión de fondos gananciales o reinversión de bienes gananciales. Recompensa a favor del cónyuge si hay un saldo soportado por su patrimonio propio. art 465 inc. f.
Indemnizaciones percibidas por la muerte del otro cónyuge. Recompensa debida a la comunidad, si provienen de un contrato de seguro, por las primas pagadas con dinero de ésta; art. 465 inc ñ 2° párrafo.	

Nos detendremos, ahora, en algunos supuestos de recompensas que importan o bien una novedad sobre el régimen aún vigente, o bien resuelven supuestos controvertidos.

*a. Crías de ganados.* En el régimen todavía vigente la calificación de las crías de ganados propios de uno de los cónyuges ha suscitado dificultades ante la ausencia de norma expresa. La jurisprudencia ha admitido la solución del código civil de Uruguay (art. 1963) que reputa gananciales las cabezas que excedan las aportadas. Solución que no contempla la mejora de la calidad del ganado que pudo haberse verificado durante la vigencia de la sociedad conyugal.

Esta solución no es unánime. Recientemente, se ha resuelto: *“En el caso del ganado el transcurso del tiempo producirá, ya sea por la muerte o desaparición o por la ganancialidad de las crías, la conversión del lote propio en ganancial. Ello será así salvo que el titular cuide de acreditar la subrogación real por venta y recompra para asegurar la preservación de su capital, lo que será mucho más fácil de lograr respecto de otros bienes muebles como alhajas, obras de arte o valores cuya identificación por inventario bastará para producir tal efecto. En consecuencia si no existe prueba fehaciente que acredite la cantidad, calidad y especies del ganado aportado como propio a la sociedad conyugal corresponde que sea considerado como ganancial”*<sup>(34)</sup>.

El nuevo código resuelve el problema del siguiente modo: *Son bienes propios de cada uno de los cónyuges: inc. f) las crías de los ganados propios que reemplazan en el plantel a los animales que faltan por cualquier causa. Sin embargo, si se ha mejorado la calidad del ganado originario, las crías son gananciales y la comunidad debe al cónyuge propietario recompensa por el valor del ganado propio aportado (art. 464)*. Es decir, si se ha mejorado la calidad del plantel aportado por el cónyuge la regla se invierte, reputando a las crías como gananciales y fijando una recompensa a favor del cónyuge por el plantel original.

En caso inverso, en el art. 465 inc. i reputa gananciales a las crías de los ganados gananciales que reemplazan en el plantel a los animales que faltan por cualquier causa. Entendemos que allí

existe un error de técnica legislativa en tanto las crías de los ganados gananciales siempre son gananciales, sea que reemplacen al plantel ganancial original, lo incrementen o disminuyan.

Serán también gananciales las crías del ganado propio que excedan el plantel original.

*b. Carácter del mayor valor adquirido por las participaciones societarias de carácter propio.* El nuevo código trae un nuevo supuesto de recompensa vinculado con el mayor valor que puedan adquirir las acciones propias a raíz de la capitalización de utilidades. Dispone el último párrafo del art. 491 *“Si la participación en una sociedad comercial de carácter propio de uno de los cónyuges ha adquirido un mayor valor a causa de la capitalización de utilidades durante la comunidad, el cónyuge socio debe recompensa a la comunidad. Esta solución se aplica a los fondos de comercio.*

La cuestión que resuelve el nuevo código es sin duda, un tema complejo, como otros en que se superponen la comunidad conyugal y las sociedades comerciales, tales como el momento en que se deben considerar devengados los dividendos, acciones suscriptas en ejercicio del derecho de preferencia de acciones propias, acciones que provienen de la capitalización de reservas, y dividendos distribuidos mediante la emisión de acciones.

El mayor valor que durante la vigencia de la comunidad han adquirido las acciones propias, es también propio, solución que deriva del principio que las cosas perecen y acrecen para su dueño; y que se encuentran reafirmado en el art. 464 inc. k en cuanto establece que revisten el carácter de propios *“los valores nuevos y otros acrecimientos de los valores mobiliarios propios...”*

El precepto en análisis, es decir el art. 491 del nuevo código, sigue ese criterio, pero en caso que ese mayor valor derive de la capitalización de utilidades durante la comunidad, el cónyuge titular de la participación propia debe recompensa a la comunidad por ese mayor valor.

La solución es discutible porque el mayor valor adquirido no se originó en el empleo de fondos gananciales. La utilidad que se capitaliza es de la sociedad comercial y no del cónyuge socio, pues no media en la especie ningún desembolso del socio accionista.

El nuevo código reputaría ganancial lo “distribuido” no distribuido, tal las utilidades capitalizadas para fundar el derecho a recompensa.

(34) CNCiv Sala H. J., J.J. y J.P. y otros s/Incidente Civil y J., C.E. S/ INC. Calificación de bienes” 31/03/13 Sumario N° 23141 de la Base de Datos de la Secretaría de Documentación y Jurisprudencia de la Cámara Civil.

Si las utilidades se hubieran distribuido y el cónyuge titular de la participación propia en la sociedad retira dividendos en efectivo como beneficio líquido y realizado de la sociedad, tales dividendos revestirían el carácter de ganancias en tanto se hubieran devengado durante la vigencia de la comunidad de conformidad con lo establecido en el art. 465 inc. d.

La cuestión se torna discutible si los dividendos se distribuyeran mediante la emisión de nuevas acciones, en tanto no se encuentra resuelto en el nuevo código por lo que habrá de remitirse a las posiciones doctrinarias expuestas hasta el presente frente al silencio guardado por el código de Vélez en la materia <sup>(35)</sup>.

En cuanto al mayor valor que adquieran las acciones propias por el revalúo de bienes del activo entendemos que de acuerdo a lo establecido en el art. 464 inc. k (acrecimiento de los valores mobiliarios propios) los mismos resultan de carácter propio.

Respecto a la inversión de bienes gananciales para la adquisición de valores nuevos y otros acrecimientos de los valores mobiliarios propios, que serán calificados también como propios, de conformidad con el mismo artículo antes citado, generará recompensa a favor de la comunidad.

*c. Pago de deudas:* También el nuevo código lo contempla de modo expreso mediante una disposición de carácter general; establece el art. 468 “El cónyuge cuya deuda personal fue solventada con fondos gananciales, debe recompensa a la comunidad; y ésta debe recompensa al cónyuge que solventó con fondos propios deudas de la comunidad”.

Para determinar la procedencia de la recompensa habrá de estarse a la enunciación de las

(35) Así si la sociedad en vez de distribuir las utilidades las transformara en acciones para parte de la doctrina, en tanto la adquisición se funda en un derecho apoyado en otro que es propio del adjudicatario, las acciones serán propias; sin perjuicio del derecho a recompensa de la sociedad, en tanto se pagan con ganancias o frutos materiales de bienes propios (FASSI Santiago, BOSSERT Gustavo “Sociedad Conyugal” T<sup>a</sup> 1 pág. 252). Para otra parte de la doctrina si la emisión de acciones responde a capitalización de ganancias, las nuevas acciones emitidas revisten carácter de ganancial (conf. ZANNONI, E, ob. cit. pág. 559; BELLUSCIO, Augusto C. ob. cit 10<sup>a</sup> Edición, pág. 448).

deudas comunes, tradicionalmente denominadas cargas de la comunidad, que efectúa el art. 489, y las personales que detalla el art. 490.

*d. Enajenación de bienes propios sin reinversión.* Dispone el art. 491 tercer párrafo “Si durante la comunidad uno de los cónyuges ha enajenado bienes propios a título oneroso sin reinvertir su precio se presume, excepto prueba en contrario, que lo percibido ha beneficiado a la comunidad”. En consecuencia nacería un crédito contra la comunidad y a favor de la masa propia del cónyuge por el total del valor consumido.

Recoge así el criterio mayoritario de la jurisprudencia que establece que el dinero obtenido por la enajenación se presume gastado en cargas de la comunidad, sujeto a prueba en contrario.

En este sentido se ha dicho: “Al cónyuge que reclama el derecho a recompensa por el producido de la venta de bienes propios le basta acreditar el carácter del bien, su venta y que recibió los fondos correspondientes; en cambio quien se opone a la recompensa negando que el dinero haya sido empleado en beneficio de la sociedad conyugal — sea por haberse donado u ocultado— no puede contentarse con la simple negativa debiendo acreditar alguno de dichos extremos.”<sup>(36)</sup>

“Si bien es cierto que hay quienes sostienen que se encuentra a cargo del cónyuge enajenante la prueba de que el dinero se invirtió en beneficio de la comunidad para hacer procedente el derecho a recompensa (Borda, G. A. “Tratado de Derecho Civil —Familia—” 9a. ed. t. I, pág. 387 y sgtes., núm. 473, apart. a, nota 817; Mazzinghi, J. A., 3<sup>a</sup> ed. T. 2, pág. 628 y sgtes., núm. 453; Guastavino, E. P. “El sistema de indemnizaciones o recompensas de la sociedad conyugal”, en Rev. de Ciencias Jurídicas y Sociales de Santa Fe, n° 32), este Tribunal participa del criterio opuesto, o sea, del que es sostenido por la mayoría de nuestra doctrina y jurisprudencia, la cual ha entendido que es suficiente que aquél acredite la venta y la recepción del precio —extremo éste que aquí no se discute— para que se presuma “iuris tantum” que éste de no subsistir se aplicó a la satisfacción de gastos que se encuentran a cargo de la sociedad conyugal, correspondiendo, en consecuencia, al otro cónyuge, justificar que los fondos no fueron realmente empleados en beneficio de aquélla, sea

(36) Cám. de Apelaciones Civil y Comercial de San Isidro sala I del 19/11/02 citando el fallo de S.C.B.A. del 17/11/1987.

porque se reinvertieron en la compra de otro bien propio, o se gastaron en beneficio exclusivo del enajenante, o bien, se destinaron a actos extraños a la comunidad (conf.: Belluscio, A. C.-Zannoni, E. A. en "Código Civil y leyes complementarias", 2a. ed. T. 6, coment. art. 1299, pág. 248, núm. 19; Belluscio, "Manual de Derecho de Familia", t. 2 págs. 205, núm. 412; Méndez Costa, M. J. "Las deudas de los cónyuges", n° 102 y sgtes.; Fassi, S. C.-Bossert, G. A. "Sociedad Conyugal", coment. art. 1299, pág. 267 y sgtes., núm. 80; Hernández, L. en Bueres, A.-Higthon, E. "Código Civil y normas complementarias", t. 3-C, coment. art. 1299, pág. 223 y sgte., núm. 3; Guaglianone, A. H. "Disolución y liquidación de la sociedad conyugal", pág. 281 y sgte., núm. 289; Zannoni, E. A. "Derecho de Familia", 5ª ed., t. 1 pág. 780 y sgte., núm. 600; CNCiv. Sala "C" en E.D. 63-364 y LA LEY, 1977-D, 620; CNCiv. Sala "D" en E.D. 6-799; CNCiv. Sala "F" en causa R n° 8.545 del 28/12/1984; CNCiv. Sala "I" del en E.D. 186-280, entre otras). En esa inteligencia, como bien lo destaca Zannoni en su obra, si hubiese existido dilapidación por parte de cónyuge enajenante, lo perdido por su causa también carga sobre la sociedad conyugal en función de lo prescripto por el art. 1275, inciso 5° del Código Civil. Sin embargo, será a cargo del cónyuge demandado la prueba de aquella, y no de quien pretende la recompensa, demostrar que no despilfarró o agotó en satisfacciones personales los valores obtenidos. Por aplicación de la presunción de ganancialidad, se presume que los valores propios no reinvertidos han beneficiado a la comunidad, salvo prueba en contrario<sup>(37)</sup>.

(37) CNCiv, sala F, 30/05/2006. Cita on line: AR/JUR/2736/2006.

#### IV. Régimen de separación de bienes

Sobre las causas de disolución del régimen patrimonial de separación de bienes ya nos hemos explayado al analizar las causas de extinción comunes a ambos regímenes, a las que nos remitimos.

Si bien este régimen se caracteriza porque cada cónyuge tiene su propio patrimonio, y no hay expectativas de un cónyuge sobre los bienes adquiridos por el otro en tanto no existe una masa partible común al momento de la disolución, ello no impide la existencia de bienes indivisos. El nuevo código establece una presunción "iuris tantum": "Los bienes cuya propiedad exclusiva no se pueda demostrar, se presume que pertenecen a ambos cónyuges por mitades" (art. 506).

En tal supuesto, a falta de acuerdo, deberá procederse a la partición de acuerdo a lo establecido en materia de partición de herencia (art. 508).

Amén de la división de los bienes en común, también podrá surgir un crédito de un cónyuge con el otro, cuando uno de ellos ha pagado íntegramente una deuda común, que son las enunciadas en el art. 455.

Claro que ello dependerá de los recursos de cada uno, y de la dedicación total o parcial a las tareas del hogar, en tanto es computable como contribución a las cargas (art. 455 segundo párrafo). ♦

# EL RÉGIMEN DE DIVORCIO INCAUSADO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

POR MARISA HERRERA (\*)

## I. Palabras introductorias

Este trabajo tiene por finalidad destacar las principales modificaciones que observa el régimen de divorcio en el nuevo Código Civil y Comercial.

Si bien cuando se alude al régimen de divorcio involucra, tanto las causales, como el proceso y sus efectos; en esta oportunidad, se focaliza en los dos primeros aspectos mencionados, siendo que en otros trabajos se profundizará sobre los efectos, tanto patrimoniales, personales como mixtos <sup>(1)</sup>.

Como las modificaciones han sido varias y de gran envergadura, por razones de extensión se omite ahondar sobre los fundamentos del pasaje de un régimen de divorcio causado a uno incausado. Sólo es dable señalar —como acontece en todo el nuevo ordenamiento civil y comercial— la base se asienta sobre la obligada “constitucionalización del derecho privado” que en el campo del derecho de familia se la observa con mayor precisión o facilidad a la luz de ciertos principios básicos como ser el de igualdad y no discriminación, como así también el principio de libertad

y autonomía personal previsto en el art. 19 de la Constitución Nacional.

Si se trata de ser sintético en esta primera parte introductoria, basta con recordar algunas de las tantas afirmaciones que se esgrimen en los Fundamentos del Anteproyecto que dieron lugar al nuevo Código Civil y Comercial, hábiles para desentrañar los pilares sobre los cuáles se ha edificado la nueva pieza civil y comercial. Así aquí se explicita: *“Otra modificación sustancial es la supresión de las causales subjetivas de divorcio. La experiencia judicial ha demostrado el alto nivel de destrucción y desgaste emocional al que se someten los cónyuges y sus familias cuando se opta por el divorcio contencioso. El valor pedagógico de la ley es conocido; el Anteproyecto pretende contribuir a la pacificación de las relaciones sociales en la ruptura matrimonial. La eliminación de las causales subjetivas es una manera de colaborar a superar la ruptura matrimonial de la manera menos dolorosa posible. De este modo, y de conformidad con la línea legislativa que adoptan varios países en sus reformas más recientes, se prevé un único sistema de divorcio remedio”*.

Específicamente, una consecuencia ineludible de la derogación del sistema causado subjetivo o culpable es otra *“modificación importante se vincula a los derechos y deberes que derivan de la celebración del matrimonio. Se establece el compromiso de los cónyuges de llevar adelante un proyecto de vida, elemento tradicional del matrimonio, basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad. Este punto de partida reconoce el alto valor axiológico de los deberes de fidelidad y cohabitación, pero al receptarse un régimen incausado de divorcio, su incumplimiento no genera consecuencias jurídicas”*.

El Código Civil aún vigente recepta un doble régimen legal a modo de respuesta jurídica ante la crisis matrimonial: 1) dos figuras: la separación personal y el divorcio vincular y 2) dos sistemas: subjetivo, sancionatorio o basado en la cul-

---

(\*) Este trabajo sigue la lógica de las ideas ya expuestas en otras oportunidades, en especial en Herrera, Marisa, “El lugar de la justicia en la ruptura matrimonial según la legislación que se avecina. Bases para leer el régimen de divorcio incausado” en Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea, Marisa Graham y Marisa Herrera (directoras), Infojus - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 2014, p. 275 y ss.

(1) Esta distinción la hemos elaborado con Cecilia Grosman en alguna oportunidad con relación a otra forma de organización familiar como son las uniones convivenciales utilizando la denominación que recepta el Código Civil y Comercial (ver “Aspectos patrimoniales de las convivencias de pareja: Algunas propuestas en consonancia con el desarrollo del derecho comparado” en coautoría con Cecilia P. Grosman en Gherzi, Carlos (director), La prueba en el Derecho de Daños, Nova Tesis, 2009, Rosario, p. 661 y ss).

pa, y remedio fundado en razones objetivas que demuestran el desquicio matrimonial (exponer conjuntamente razones que hacen moralmente imposible la vida en común, siempre que se haya cumplido un lapso temporal mínimo de matrimonio, o un plazo de separación de hecho). De este modo, el Código Civil regula un régimen de divorcio causado, ya sea que las causas sean de índole culpables o subjetivas, u objetivas.

¿Que deba existir una “causa” —no importa si subjetiva u objetiva— para divorciarse, constituye una postura legislativa a tono con el principio que recepta el art. 19 de la Constitución Nacional cuando en su primera oración dice: “*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados*”? La respuesta negativa se impone, justamente, porque atenta con el principio de libertad y autonomía que la propia Carta Magna protege y además, como se explicita en los Fundamentos, plantear una causal subjetiva y abrir así un proceso contencioso con todo lo que ello significa, o tener que esperar un determinado tiempo, pueden ser situaciones que agraven, profundicen o consoliden odios y disputadas familiares a modo de caldo de cultivo para otros conflictos jurídicos como ser violencia familiar, impedimento de contacto, debate sobre el cuidado de los hijos (mal llamada “tenencia”) o resistencias e incumplimientos en la obligación alimentaria. En este contexto, fácilmente se advierte que el saldo del divorcio causado es totalmente negativo; posibles rupturas y heridos, ninguna “salvación”.

Así como fondo y forma van de la mano y por ello, la propia regulación en materia de divorcio del nuevo Código Civil y Comercial sienta algunas bases de índole procedimental, también siguen la misma dinámica interactiva la dupla entre Derecho y Realidad. Si el divorcio causado no está al servicio de las personas, es evidente que no puede ser mantenido en una nueva legislación que se estructura sobre la base de la mencionada “constitucionalización del derecho civil” y el ser un “código multicultural”.

## II. Divorcio incausado y deberes matrimoniales laicos

### II.1. Algunas consideraciones básicas

Uno de los artículos referidos al divorcio que mayor debate ha generado en el campo doctrina-

rio— académico, ha sido el art. 431 que regula los derechos— deberes matrimoniales.

Cabe destacar que el Código Civil aún vigente se preocupa de este tema en los arts. 198, 199 y 200 que enumera los diferentes derechos y deberes que se derivan del matrimonio: fidelidad, asistencia y alimentos (art. 198), convivir en una misma casa (con algunas excepciones que prevé el mismo art. 199), fijando los cónyuges de manera conjunta el domicilio (art. 200).

El nuevo Código Civil y Comercial lo hace del siguiente modo en el art. 431: “*Asistencia. Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua*”. Si bien la síntesis o título de este articulado con el cual se inaugura el capítulo 7 sobre “Derechos y deberes de los cónyuges” en el Título I del Libro Segundo dedicado a las “Relaciones de Familia” se focaliza en la “Asistencia” —principal y único como se verá, deber jurídico que se deriva del matrimonio— lo cierto es que dos deberes han generado controversias en el campo doctrinario y lo podría ser en el judicial si no se llevan adelante algunas aclaraciones necesarias. Nos referimos al deber de convivencia y al deber de fidelidad. En este orden ascendente de términos de intensidad en el debate, pasamos a esgrimir algunas consideraciones básicas que, en definitiva, son una muestra clara de las fuertes dificultades por lograr un texto civil laico en un campo como el derecho de familia impregnado de “moral” y “buenas costumbres”, es decir, de una mirada religiosa de la cual parecería ser difícil salir aunque mucho se ha logrado en este sentido. Como prueba, bastan las leyes 26.618 y 26.743, además del nuevo Código Civil y Comercial en una gran cantidad de regulaciones, entre ellas el divorcio.

### II.2. El deber de convivencia sin contenido jurídico: un deber fuera de la autoridad de los magistrados

Una afirmación sociojurídica evidente: el deber jurídico de convivencia es incompatible con un régimen de divorcio incausado. ¿Por qué? En primer lugar, porque si un matrimonio no convive carece de sanción jurídica, ergo, el deber jurídico no tiene entidad de tal.

En el texto del Anteproyecto como también cuando se convirtió en proyecto al ser presentado al Congreso de la Nación, la convivencia

estaba fuera del art. 431. El regreso como deber jurídico lo ha sido en la Cámara de Senadores. La pregunta clave es cuál es el efecto práctico de tal reincorporación. Y la respuesta es ninguno.

Como bien se ha sostenido en otro lugar, el perjuicio de mencionar al deber de convivencia en el art. 431 dedicado a los derechos y deberes matrimoniales sólo reside en una resistencia simbólica o moral: no admitir que ya hay parejas que por aplicación de un principio más fuerte o superior como lo es el de libertad y autonomía, deciden casarse porque comparten un proyecto de vida en común pero en casas separadas. Nos referimos a las llamadas en el derecho anglosajón de parejas “LAT” (siglas en inglés: “living apart together” traducido como parejas sin domesticidad común); aquellas parejas —matrimoniales o no— con un proyecto en común, pero que deciden no convivir o no compartir el mismo domicilio conyugal <sup>(2)</sup>.

Desde la obligada perspectiva constitucional-convencional, cuál sería un fundamento válido para restringir la figura del matrimonio a las parejas que viven separadas de techo por decisión mutua y plenamente consensuada. ¿Acaso al derecho le importa más el cumplimiento de ciertos requisitos legales o el afecto, en este caso, el aspecto subjetivo de llevar adelante y compartir un proyecto de vida en común? <sup>(3)</sup>

Se trata de segundas o terceras uniones cuyos integrantes tienen ya una cotidianeidad armada y quieren que el nuevo proyecto de vida impacte lo menos posible en la vida diaria por lo cual, si alguno tuviera que mudarse para convivir con el otro, algunos elementos centrales de tal cotidianeidad se verían trastocados.

¿Acaso extender la regulación a estas formas de organización familiar no se condice con la noción de pluralidad que constituye otro de los pilares sobre los cuáles se ha estructurado el nuevo régimen legal en las relaciones de familia? No

---

(2) Para profundizar sobre este tema ver Ortiz Diego, “Las nuevas parejas LAT (‘living apart together’) en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, *Microjuris*, 29/11/2012, Cita: MJ-DOC-6088-AR | MJJD6088.

(3) HERRERA, Marisa, “La noción de socioafectividad como elemento “rupturista” del derecho de familia contemporáneo”, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia*, nro. 66, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 75.

hay razones jurídicas para la reincorporación del deber de convivencia como deber jurídico en el nuevo Código Civil y Comercial. Entonces, cabe preguntarse cuál es el fundamento partiéndose de la base que si no hay un justificativo jurídico, todo el que se pueda esgrimir sería extrajurídico y caería en el amplio campo de la libertad que promueve y defiende a la vez, el citado art. 19 de la Constitución Nacional.

Una respuesta plausible gira en torno a la resistencia al cambio y la consecuente apertura, flexibilidad y pluralidad que ostentan las relaciones de familia en el nuevo Código Civil y Comercial auspiciadas por voces fundamentalistas que defienden la institución matrimonial con ribetes de perpetuidad y no menos hipocresías, con un dejo de autoritarismo y verticalidad. La otra respuesta viable consiste en caer en la falsa afirmación de que la convivencia está presente en las uniones convivenciales y ausente en el matrimonio como si fuera una diferencia discriminatoria sin base o fundamento objetivo alguno. Este es un error bastante común pero no por ello real.

Justamente, una de las grandes diferencias entre el matrimonio y las uniones convivenciales gira en torno a la formalidad. El matrimonio es un acto formal; en cambio la unión convivencial es por esencia de carácter informal, a tal punto que una de las denominaciones más comunes y que recepta por ejemplo la ley 24.417 de protección contra la violencia familiar es la de ser una “unión de hecho”, como contraposición a ser una unión de “derecho”. ¿Cuándo una relación de pareja es lo suficientemente “fuerte” para que el Derecho no le pueda dar la espalda y debe reconocer ciertos o determinados efectos legales? O sea, que una unión de hecho pase a ser de derecho. Ello acontece, según lo dispone el nuevo Código Civil y Comercial, cuando se está ante una “unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo” (art. 509); entendiéndose que se dan esos requisitos fáctico-afectivos cuando transcurre un tiempo mínimo determinado, dos años (art. 510). Como se puede observar, la convivencia sí es un elemento sine qua non o central para la existencia de una unión convivencial, lo que no acontece en el matrimonio cuya configuración depende del cumplimiento de ciertas formalidades que giran en torno a un acto de celebración con determinados requisitos, sea la

modalidad ordinaria (arts. 416 a 420) o extraordinaria (arts. 421 y 422).

Es más, al establecer el art. 431 que la convivencia es un deber jurídico empeora considerablemente el régimen matrimonial vigente hasta el 31/12/2015. Sucede que en el actual al menos, el art. 199 prevé algunos supuestos de excepción al deber de cohabitación, como ser cuestiones de trabajo, estudio u otras razones que habilitan el cese de la cohabitación de manera transitoria que no afectan el verdadero sentido y finalidad del matrimonio: el proyecto de vida en común. En el texto que ha quedado en el Código Civil y Comercial no se establece ninguna excepción al deber de convivir, por lo cual, esto obligará a llevar adelante una ardua tarea interpretativa con los riesgos que ello lleva implícito. ¿Qué sucedería si un cónyuge se va a cursar un doctorado al exterior y en el interín, su pareja fallece? ¿Se trataría de un supuesto de exclusión de la vocación hereditaria por el cese de la convivencia? Es claro que la intención del matrimonio era seguir adelante con su proyecto de vida marital, por lo cual, es esperable que el juez que intervenga en el proceso sucesorio tenga la habilidad de hacer llevar adelante un análisis integral de la normativa proyectada y a la vez, tenga en cuenta que este cambio que ha sufrido el art. 431 responde más a presiones irrazonables que a una modificación a tono o coherente con el todo el régimen proyectado y por lo tanto, la verdadera naturaleza del deber de convivencia es, al igual que la fidelidad, un deber moral quedando fuera también de la “autoridad de los magistrados” como lo dispone el art. 19 de la Constitución Nacional. Esta es la interpretación correcta del deber de convivencia, el no ser considerado como un deber jurídico sino como la fidelidad o el débito conyugal (para quienes se trata de un derecho deber autónomo en el marco del Código Civil según la ley 23.515), un deber moral. En otras palabras, que la convivencia lo único de jurídico que tiene es la denominación o el estar enumerado en el art. 431 porque nada de ello lo tiene en el plano de lo real, el de los efectos o consecuencias legales.

### II.3. El deber moral de fidelidad

El otro derecho deber que ha sido interpelado por algunas voces doctrinarias conservadoras ha sido el deber de fidelidad<sup>(4)</sup>.

El Anteproyecto de reforma nació con esta alusión expresa al deber moral de fidelidad. ¿Cuál ha sido la razón? ¿Una concesión a la Iglesia Católica entre tanta reforma de carácter laica? Esta podría ser una respuesta también plausible. Lo cierto es que a los fines operativos o estrictamente jurídicos, la consecuencia es la misma: la fidelidad no es un deber jurídico sino moral y ello tiene un valor jurídico y simbólico muy importante; más que la posible concesión.

Por otra parte, y con el objetivo de reafirmar el carácter moral, de manera expresa en los Fundamentos de Anteproyecto se afirma que *“Los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema general de la responsabilidad civil son aquellos que no tienen su causa en el vínculo matrimonial*

puede resultar difícil pero que siempre es posible, noble y meritoria; nadie puede negarlo. La fidelidad no sólo es connatural al matrimonio sino también manantial de felicidad profunda y duradera. Es, por fin, un amor fecundo, que no se agota en la comunión entre los esposos, sino que está destinado a prolongarse suscitando nuevas vidas. El matrimonio y el amor conyugal están ordenados por su propia naturaleza a la procreación y la educación de la prole. Los hijos son, sin duda, el don más excelente del matrimonio y contribuyen sobremedida al bien de los propios padres” (PERRINO, Jorge O., “Matrimonio en el Proyecto de Código Civil”, en JA 2012-IV, fasc. 12 (19/12/2012)), y otros autores que siguen esta línea —de manera expresa o solapada— auspiciada por una mirada canónica de las relaciones de familia, entre otros, HERNÁNDEZ, Lidia B., El vaciamiento de la culpa en materia matrimonial en la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, Revista de Derecho de Familia y de las Persona 2014 (noviembre), La Ley, Buenos Aires, p. 37 y ss.; ÁLVAREZ, Osvaldo O., El divorcio vincular incausado en el proyecto de Código Civil y Comercial unificado, Revista de Derecho de Familia y de las Persona 2014 (julio), La Ley, Buenos Aires, p. 24 y ss.; BASSET, Úrsula Cristina, Incidencia en el derecho de familia del proyecto de Código con media sanción, LA LEY 2013-F, 1056; MILLÁN, Liliana Luján, STARÓPOLI, María del Carmen, El ocaso del matrimonio y la impronta del concubinato, Revista de Derecho de Familia y de las Persona 2013 (junio), La Ley, Buenos Aires, p. 6 y ss.; Borda (h.), GUILLERMO J., “Las relaciones de familia en el anteproyecto del Código Civil y Comercial unificado (Entre la ideología del reformador y la tradición de los argentinos)”, Revista Derecho de Familia y Persona 2012 (julio), La Ley, Buenos Aires, p. 32 y ss.; BASSET, Úrsula, “El matrimonio en el Proyecto de Código”, LA LEY 2012-E, 912; LÓPEZ DEL CARRIL, Luis María, “El divorcio en el proyecto de Código”, LA LEY 2012-E, 136; BURGUEÑO IBARGUREN, Manuel G., “Deber moral causado por el adulterio del cónyuge”, Microjuris, Buenos Aires, 2012, cita online: MJ-DOC-6099-AR | MJD 6099.

(4) Se ha llegado a citar a Pablo VI en la Encíclica *Humanae vitae* para señalar que la “Fidelidad que a veces

*en sí mismo ni en los deberes que de él emanan, sino en la condición de persona. Se separa, así, lo relativo al vínculo matrimonial del derecho de daños.* ¿Cuáles podrían ser entonces, los temas que se pretenderán abordar en la comisión de daños de las próximas Jornadas Nacionales de Derecho Civil a realizarse los días 2, 3, y 4 de octubre del 2015 en la ciudad de Bahía Blanca? ¿Acaso siendo las primeras jornadas post nuevo Código Civil y Comercial no habría otros temas más interesantes a profundizar en lo que respecta al derecho de daños? Es posible que aquella resistencia al cambio a favor del divorcio incausado siga presente intentándose el ingreso de la culpa en el divorcio por la ventana de los daños cuando se le ha dado un cierre preciso y contundente en el nuevo texto civil y comercial. Esta imposibilidad de entender las implicancias o consecuencias del divorcio incausado se lo observa claramente cuando un autor, de manera errada, afirma: *“La misma posibilidad de lograr el resarcimiento del daño moral ocasionado por el adulterio es viable en el proyecto de reforma del Código Civil del año 2012. El proyecto permitiría, incluso, que se deba reparar el daño moral del conviviente que sufre la infidelidad del compañero”*. Esto no es así y se lo expresa de manera clara y precisa en los Fundamentos del Anteproyecto, antecedente más directo del nuevo Código Civil y Comercial <sup>(5)</sup>.

En definitiva, en el Código Civil y Comercial el único derecho deber jurídico es el de asistencia, que es aquél que se condice con dos principios básicos muy presente en la regulación de las relaciones de familia: 1) el principio de solidaridad familiar y 2) el principio de responsabilidad. La fidelidad como la convivencia han pasado a otro campo, al de las acciones privadas que muy bien se regulan en el art. 19 de la Constitución Nacional; y esta es la consecuencia jurídica ineludible de receptor, defender y confiar en el divorcio incausado como mejor sistema legal para la pacificación de las relaciones de familia.

### III. El proceso de divorcio

#### III.1. Consideraciones generales

El Código Civil y Comercial mantiene el divorcio judicial y no da el salto cualitativo hacia el divorcio administrativo. Las razones son de índole, básicamente, práctica. Sucede que cuando hay hijos menores de edad siempre debe intervenir el asesor o defensor de menores (conf. art. 103

del Código Civil y Comercial), como así también, cuando se arriban a acuerdos sobre los efectos del divorcio —sea en forma total como parcial— deben ser “visadas” por la justicia para analizar si tal decisión conjunta es perjudicial o compromete de *“modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar”* (art. 438, último párrafo). Por lo tanto, serían muy escasos los supuestos en los cuales la petición de divorcio no debería tramitar ante un juez y además, si se tiene en cuenta la sencillez del trámite, lo cierto es que en definitiva, la balanza se inclinó en favor de mantener los procesos de divorcio en el ámbito jurisdiccional.

Aclarado esto que también ha generado alguna crítica en la doctrina nacional <sup>(6)</sup>, el mencionado art. 438 establece los requisitos mínimos de carácter procedimental que estructuran el proceso de divorcio incausado, diferenciando si se trata de una petición unilateral o bilateral, tal como se expondrá en los próximos apartados. Ahora bien, sí regula dos cuestiones comunes o iguales para ambas tipologías.

La primera cuestión novedosa que ya algunos autores han criticado <sup>(7)</sup>, gira en torno a la necesi-

(6) Dicen ROVEDA, SASSO y ROBBIA: “Cabe señalar que el proyecto ha optado por regular el divorcio sólo por declaración judicial, dejando a un lado los divorcios administrativos, que en países, como por ejemplo, España, se encuentran contemplados” (ROVEDA, Eduardo G., SASSO, Marcela Lorena y ROBBIA, Mercedes, “El divorcio en Proyecto de Código Civil y Comercial”, El divorcio en Proyecto de Código Civil y Comercial, DFyP 2012 (julio), 36). Una crítica más clara es la que adopta Solari (siguiéndose la misma línea que ha adoptado en la gran mayoría de las cuestiones referidas a las relaciones de familia en el nuevo Código Civil y Comercial) cuando dice: “En la lógica del divorcio incausado, el procedimiento contemplado adolece del sentido práctico que implica regularizar la situación de hecho cuando la comunidad de vida, por distintas razones, ha cesado. En esta línea, en algunas legislaciones se contempla el denominado divorcio administrativo, previéndose un mecanismo extrajudicial para obtener al divorcio vincular. En la proyectada reforma se mantiene la exigencia del juicio de divorcio, por más que ya no se exijan causas. Esto es, resulta imprescindible para acceder al estado de familia de divorciado la tramitación de un juicio de divorcio para que el juez, mediante una sentencia, declare el divorcio vincular de las partes” (Solari, Néstor E., “El convenio regulador en el juicio de divorcio proyectado”, DFyP 2013 (junio), 01/06/2013, 3. Cita Online: AR/DOC/1721/2013).

(7) Dice SOLARI: “El procedimiento instaurado obliga a los litigantes, al momento de la presentación judicial, introducir propuestas que regulen los efectos derivados del matrimonio. De modo que si la presentación

(5) BURGUEÑO IBARGUREN, Manuel G., ya citado.

dad de que se presente una propuesta. ¿Ello que significa? Para poder comprender con mayor exactitud lo que se pretende alcanzar con esta previsión, debe recordarse el alto valor pedagógico de la ley. En este contexto, la necesidad de que se presente una propuesta implica que los cónyuges deben pensarse —conjuntamente con su letrado— cómo se ve como divorciado. Cabe recordar que a la regulación proyectada le interesa las consecuencias jurídicas del divorcio, es decir, el futuro, cómo será la dinámica familiar tras la ruptura del vínculo matrimonial. A los fines de tener mayor previsibilidad y evitar —prevenir— la mayor cantidad de conflictos, la ley exige la presentación de una, dos propuestas o un convenio según el grado de acuerdo que se logre. Este es el modo que ha encontrado la reforma para colaborar en esta especial etapa de la vida familiar, reafirmando la idea de “justicia de acompañamiento” uno de los tantos aportes del recordado maestro Morello <sup>(8)</sup>.

Sea la petición unilateral o bilateral, esta debe ser acompañada de una propuesta (si es unilateral) o si es bilateral, puede ser de dos propuestas (una de cada una) o un convenio regulador si los cónyuges han arribado a un acuerdo total o parcial sobre los efectos del divorcio. Sucede que las posibilidades que se pueden presentar son varias. Además de la propuesta si es unilateral o el convenio si es bilateral, puede darse el supuesto —excepcional por cierto— de que la petición sea conjunta pero como los cónyuges no arribaron a un acuerdo, cada uno acompañe en la misma

---

es unilateral o de común acuerdo deberán presentar en el escrito inicial los aspectos personales y patrimoniales que involucran a ese matrimonio. Con tal exigencia queda “atado” el pedido del divorcio a las demás cuestiones. En realidad, si las partes, en forma unilateral o de común acuerdo, deciden divorciarse, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, no sería razonable que para regularizar esa situación de dicho, el ordenamiento jurídico les imponga que presenten propuestas o acuerdos sobre las cuestiones que involucran a dicho matrimonio” (Solari, Néstor E., *El convenio regulador en el juicio de divorcio proyectado*, DFyP 2013 (junio), 01/06/2013, 3. Cita Online: AR/DOC/1721/2013).

(8) MORELLO, Augusto M., “Un nuevo modelo de justicia”, LL 1986-C-800; PETTIGIANI, Eduardo J., “Familia y justicia (hacia una realización del derecho judicial material en el derecho de familia)”, RDF 1999-14-51; CÁRDENAS, Eduardo J., “La familia y el sistema judicial - Una experiencia innovadora”, Emecé, Buenos Aires, 1988; BERIZÓNCE, Roberto, “Tribunales y proceso de familia”, Platense, La Plata, 2001.

petición o escrito su propia propuesta sobre los efectos que se derivan de la ruptura matrimonial.

Otras de las consideraciones generales que deben ser resaltadas es la expresa previsión de que el desacuerdo sobre todos o algunos de los efectos derivados del divorcio no entorpecen, retrasan ni perjudican el dictado de la sentencia de divorcio (art. 438 anteúltimo párrafo).

### III.2. Divorcio bilateral

Cuando la petición es conjunta aparece en escena la figura del convenio regulador al cual el nuevo Código Civil y Comercial le otorga un lugar de privilegio o central en la regulación del divorcio. Sucede que en total consonancia con el principio de autonomía y libertad, es sabido que nadie mejor que los propios protagonistas de la historia matrimonial sean quienes también tengan un papel fundamental en su cierre o culminación; y esto acontece o se plasma en el convenio regulador. En este sentido, el Código Civil y Comercial reconoce que son los futuros ex cónyuges quiénes están en mejores condiciones para fijar las pautas y el modo en que, en adelante, vivirán como tales y todas las decisiones que se deben adoptar al respecto como ser la distribución de los bienes, qué sucede con la vivienda u hogar conyugal, la cuestión relativa a los hijos, etc.; sabiéndose que se puede estar de acuerdo de manera general sobre todos los efectos que se derivan del divorcio o sobre algunos de ellos (acuerdo total o parcial).

Como se ha adelantado, el Código Civil y Comercial prevé dos modos de dar comienzo a un proceso de divorcio: de manera conjunta o bilateral o por iniciativa de uno solo de los cónyuges o unilateral.

Con respecto al primero que es el que mejor responde a la necesidad de tender a la pacificación de las relaciones familiares —en este caso de pareja—, el divorcio bilateral cuenta con la gran ventaja que existe una decisión conjunta en la ruptura del vínculo matrimonial, más allá de quien haya sido el primero en plantear la cuestión en la intimidad y que son decisiones que, justamente, quedan en el ámbito de la privacidad (conf. art. 19 de la Constitución Nacional). Y si esa decisión conjunta de divorciarse va acompañada de un convenio regulador mejor aún, porque significa que los cónyuges (futuros ex cónyuges) y sus letrados han llevado adelante un muy buen trabajo para consensuar las conse-

cuencias jurídicas que se derivan de toda ruptura matrimonial; dejándose el menor lugar posible para cualquier tipo de contienda que deba resolver un juez.

El Código Civil y Comercial reconoce que los jueces son personas ajenas a las desavenencias matrimoniales y que cuentan con pocas o ninguna herramienta para “reconciliarlas” (como pretendía el derogado art. 236 del Código Civil), como así para proponer soluciones acordes con la realidad familiar del matrimonio. En este sentido, la justicia adopta un papel secundario y los propios protagonistas debidamente asesorados por abogados formados y con espíritu dialoguista y no confrontativo, un rol primordial. En otras palabras, a los jueces les cabe una función

de control acerca de la validez o pertinencia de los acuerdos que se arriben o las propuestas que se presenten, en beneficio de todo el grupo familiar. En este sentido, es posible que un juez rechace la homologación de un convenio regulador en su totalidad o de alguna de sus cláusulas si ellas contrarían principios constitucionales-convencionales o principios generales del derecho privado como los regulados en los arts. 9, 10 y 12 del Código Civil y Comercial referidos a los principios de buena fe, abuso del derecho y orden público.

De manera sintética, las diferentes posibilidades procedimentales que se pueden observar en el marco de un divorcio bilateral son las siguientes:



### III.3. Divorcio unilateral

Cuando el proceso se inicia por petición de uno de los cónyuges, es decir, de manera unilateral, quien insta el divorcio debe presentar su propuesta en torno a los efectos que derivan del divorcio y así explicitar cómo cree o derecho a qué cree que tiene debido a la ruptura del ma-

trimonio y dársele traslado de estas consideraciones al otro cónyuge para que las analice y presente su propia propuesta. El cónyuge requerido puede compartir todas, algunas o ninguna de las propuestas esgrimidas por el cónyuge peticionante. Como se puede observar, todo el trámite gira, principalmente, en torno a las consecuencias jurídicas del divorcio, nada se puede decir ni

pretender revisar relativo a las causas o razones por las cuales se divorcian o en este caso, uno de ellos tiene la clara intención de divorciarse.

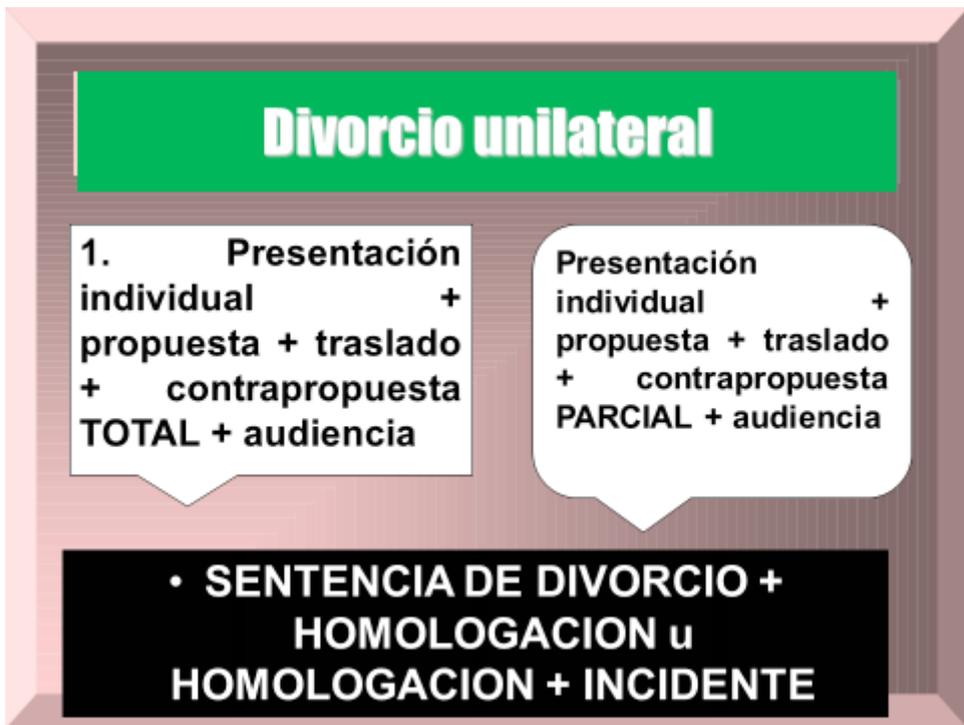
Todas las diferencias o incluso las concordancias sobre los efectos, son analizadas por el juez en una audiencia que deberá señalar al efecto para llevar adelante una intervención conciliadora. Para tal fin, el Código Civil y Comercial permite que los cónyuges, además de presentar sus propuestas, acompañen toda la documentación respaldatoria para que el juez tenga a su alcance la mayor información posible para llevar adelante este rol conciliador o en su defecto, y según el tipo de conflicto o discordancia que sea, resuelva en el proceso que corresponda.

Estos elementos que los cónyuges pueden acompañar para fundar sus propuestas pueden

ser, además, ordenados de oficio si el juez observa que habría algunos elementos que no fueron acompañados o que serían hábiles para desenrañar o conocer con mayor exactitud el conflicto que se plantea.

En el proceso unilateral de divorcio si también se logra un acuerdo sobre la totalidad o algunos —parcial— de los efectos jurídicos procede a homologar en lo que sea pertinente. Por los efectos sobre los que aún hay discordancia o todos si el desacuerdo es total, ellos deben tramitar por la vía que corresponda “*de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local*” (conf. art. 438), que por lo general, es la vía incidental.

De manera gráfica y general, el proceso de divorcio unilateral estaría estructurado del siguiente modo:



Como se puede observar, el proceso de divorcio que regula el Código Civil y Comercial —sea bilateral o unilateral— se focaliza en las consecuencias jurídicas del divorcio, intentando que los cónyuges arriben a un acuerdo o en su defecto, que se puedan dirimir cada uno de ellos según el procedimiento que corresponda. Es de-

cir, se adopta una postura legislativa tendiente a “limpiar” el camino para que se arribe al mejor divorcio posible, con la menor cantidad de odios y disputas que en definitiva, perjudica a todo el grupo familiar, en especial, a los más vulnerables como son los hijos.

#### IV. Una cuestión de interés pasajero: la etapa de transición

##### IV.1 De la separación personal al divorcio

En total consonancia con la derogación de la figura de la separación personal, el Código Civil y Comercial resuelve de manera expresa en la parte referida a las “Normas complementarias”, qué acontece en todos aquellos —ya pocos— casos en los cuales se ha dictado la separación personal y aún no se había apelado a la conversión en divorcio vincular.

Veamos, el art. 8 dispone: *“En los supuestos en los que al momento de entrada en vigencia de esta ley se hubiese decretado la separación personal, cualquiera de los que fueron cónyuges puede solicitar la conversión de la sentencia de separación personal en divorcio vincular. Si la conversión se solicita de común acuerdo, es competente el juez que intervino en la separación o el del domicilio de cualquiera de los que peticionan, a su opción; se resuelve, sin trámite alguno, con la homologación de la petición. Si se solicita unilateralmente, es competente el juez que intervino en la separación o el del domicilio del ex cónyuge que no peticiona la conversión; el juez decide previa vista por tres días. La resolución de conversión debe anotarse en el registro que tomó nota de la separación.”*

El Código Civil y Comercial prevé, de manera excepcional y sólo en forma transitoria, un proceso judicial de conversión en el que se pueda peticionar conjunta o unilateralmente, que la sentencia de separación personal dictada bajo el régimen anterior pueda ser convertida en divorcio.

Se regula un proceso judicial expeditivo, sencillo y flexible, el que no necesita el paso de un tiempo determinado para que los cónyuges separados personalmente puedan peticionar la conversión de una institución que deroga el nuevo Código Civil y Comercial a una en la que se introducen varios cambios y que queda como única institución ante la ruptura del proyecto de vida en común.

Más allá de ser un trámite judicial sin ninguna complejidad, lo cierto es que se diferencia si se trata de petición de conversión conjunta o unilateral. Para el supuesto de ser conjunta, simplemente el juez debe sin más trámite —así lo señala el texto— dictar la pertinente homologación del pedido de conversión y librarse el

correspondiente oficio para su inscripción en el registro civil.

En cambio, si es unilateral se le debe dar traslado al otro cónyuge para que el juez decrete en un plazo breve —de tres días— la conversión. Aunque la petición sea unilateral, no puede controvertirse o el otro cónyuge impedir la conversión por aplicación del principio de libertad y el derecho a readquirir la aptitud nupcial que implica, de por sí, el derecho a contraer matrimonio con otra persona cuando así lo desee. Por lo tanto, sea la petición conjunta o unilateral, no se puede obstaculizar de ningún modo la correspondiente declaración judicial de conversión.

##### IV.2. Del divorcio subjetivo al divorcio incausado

Uno de los interrogantes que mayor presencia tendrá en la etapa transicional del código “viejo” al código “nuevo”, se refiere al tratamiento de los procesos en trámite. En particular, aquellos que tramitan en el marco de un divorcio contencioso y en el interín entra en vigencia el Código Civil y Comercial.

No se debe tener temor ante la falta de una disposición especial —también transitoria— que enuncie cómo se resuelven todos los procesos civiles y comerciales que estarían en pleno desarrollo durante la entrada de la nueva legislación<sup>(9)</sup>. A todos ellos le cabe la aplicación del mismo principio general previsto en el art. 7 del Código Civil y Comercial: se debe aplicar la nueva ley a todas “las consecuencias de las relaciones y situaciones existentes”, es decir, a las pendientes de resolución porque aún no había recaído sentencia firme y por lo tanto, actor o demandado carecían de un derecho adquirido.

Por lo tanto, si en pleno desarrollo de un divorcio contradictorio el no dictó sentencia o ésta estaba apelada y no se había expedido la Alzada, quien debe resolver está obligado a expedirse sobre la base de la nueva normativa. Siguiéndose esta misma línea argumental, para quienes se encuentren analizando qué estrategia legal llevar adelante, no tendría mucho sentido plantear un divorcio controvertido ya que

(9) Es por ello que se considera que las críticas o miedos expresados por Medina son infundados (ver Medina, Graciela, “Efectos de la ley con relación al tiempo en el Proyecto de Código”, LL, 2012-E, 1302).

los tiempos que insume un proceso de estas características no va a poder ser resuelto y quedar firme bajo el Código Civil aún vigente hasta el 31/12/2015. En otras palabras, la operatividad o al menos la tésis del nuevo Código Civil y Comercial en lo relativo al divorcio y su modo de encararlo —más conciliador y reparador que sancionador y represivo— se deberá poner en práctica antes de la entrada en vigencia que dispone la ley 26.994.

### **V. Un ejemplo de procedimiento compatible con el Código Civil y Comercial: el Código Procesal de Familia Modelo a modo de cierre**

En este último apartado de un trabajo que pretende ser una síntesis de los principales cambios del régimen del divorcio en todos aquellos aspectos que no incluyen sus efectos o consecuencias jurídicas, nos parece de interés compartir un nuevo proyecto que se ha elaborado en el campo del derecho procesal de familia. Nos referimos al Código Procesal de Familia modelo ideado para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y que podría ser replicado en los diferentes ámbitos locales; justamente, por tratarse de un proyecto que diseña un modelo sujeto a las readaptaciones que debe sufrir para ser aplicable en las distintas provincias.

Además, de este modo se pretenden aclarar algunas dudas procedimentales que el nuevo Código Civil y Comercial no podría haberlo hecho por las limitaciones en las competencias que está llamada a regular; por lo cual, esta experiencia cumpla una doble finalidad: compartir otra práctica legislativa y a la vez, servir de parámetro o ejemplo para profundizar sobre cómo debería ser el proceso de divorcio para estar a tono con los principios y lineamientos generales que regula el Código Civil y Comercial en la materia.

El capítulo dedicado al proceso especial de divorcio del proyecto que aquí se comparte, comienza su articulado refiriéndose a los “Caracteres” de la acción de divorcio. Al respecto se afirma: *“La acción para petitionar el divorcio es personal e imprescriptible. Sólo puede intentarse en vida de ambos cónyuges. El cumplimiento de la etapa previa no es exigible para petitionar el divorcio”* (art. 583).

Tras ello, y siguiéndose al nuevo Código Civil y Comercial (art. 437), se dispone en el art. 584 que *“Están legitimados para iniciar el proceso*

*de divorcio sólo los cónyuges, de manera conjunta o unilateral”*.

El art. 585 se dedica a explicitar los requisitos de la petición en total consonancia con las indicaciones que brinda el Código Civil y Comercial. Al respecto, se dice que *“Toda petición de divorcio, bilateral o unilateral, debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de éste. La omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición”*. Además y como regla general se reitera que *“El desacuerdo sobre alguno o todos los efectos del divorcio no suspende el dictado de la sentencia de divorcio”*.

Tal como lo impone el Código Civil y Comercial, el divorcio puede ser bilateral o unilateral. Siguiéndose esta manda, el código modelo regula en el art. 587 el proceso de divorcio bilateral con las siguientes consideraciones, requisitos y/o etapas: a) petición de divorcio en un mismo escrito; b) adjuntar convenio regulador sobre los efectos del divorcio o, en su defecto, la propuesta unilateral de cada uno; c) el escrito debe estar firmado por un abogado para cada parte, manteniéndose la regulación de la Ciudad de Buenos Aires/Capital Federal; d) recibida la petición, el juez dicta sentencia de divorcio y homologa los efectos acordados y e) si no hubiere acuerdo total, el juez dicta sentencia de divorcio y convoca a una audiencia en el plazo de diez días. En este caso, se podrían dar dos supuestos diferentes: a) acuerdo total o parcial o b) falta de acuerdo. En el primer supuesto, se dispone que las partes comparezcan a la audiencia en forma personal con sus respectivos abogados, siendo la finalidad del juez *“intentar la solución consensuada de aquellos aspectos relativos a los efectos del divorcio que no hayan sido previamente acordados”*. Si el acuerdo se logra, el juez lo homologa en la misma audiencia aclarándose que *“Si es parcial, lo homologa en esa extensión”*. Sea que se arribe a un acuerdo total o parcial: *“En ambos casos, el juez puede rechazar los acuerdos que afecten gravemente los intereses de los integrantes del grupo familiar”*. Si no hay acuerdo —total o parcial— *“puede remitir las actuaciones al consejero de familia o a un mediador para que intente ese acuerdo sobre las cuestiones pendientes. Si lo hace, concluida esta etapa sin haberse obtenido el acuerdo, queda abierta la vía jurisdiccional para petitionar sobre las cuestiones pendientes, según las reglas de este código”*.

Cuando se trata de un divorcio unilateral, las reglas o etapas que lo rigen son bien diferentes. Al respecto, el art. 588 establece los siguientes requisitos y/o pasos a cumplirse: a) cualquiera de los cónyuges puede petitionar el divorcio acompañando una propuesta sobre sus efectos; b) la demanda con su correspondiente patrocinio letrado, debe correrse traslado por diez días al otro cónyuge para que presente su propia propuesta; c) con esta propuesta, se corre traslado al actor por el plazo de cinco días; d) el juez fija una audiencia dentro de los diez días con el objeto de intentar acuerdos sobre los efectos del divorcio. Nuevamente se abren dos posibilidades: 1) acuerdo total o parcial y 2) falta de acuerdo. En el primer caso, el juez lo homologa en la misma audiencia y se mantiene la misma regulación que para el divorcio bilateral afirmándose que *“Si es parcial, lo homologa en esa extensión. En ambos casos, el juez puede rechazar los acuerdos que afecten gravemente los intereses de los integrantes del grupo familiar”*. Y si no hay acuerdo total o parcial: *“puede remitir las actuaciones al consejero de familia o a un mediador para que intente ese acuerdo sobre las cuestiones pendientes. Si lo hace, concluida esta etapa sin haberse obtenido el acuerdo, queda abierta la vía jurisdiccional para petitionar sobre las cuestiones pendientes, según las reglas de este código”*.

Como todo proceso que puede involucrar cuestiones conflictivas, se regula de manera expresa lo relativo a la prueba sobre los efectos del divorcio. Así, el art. 589 dispone: *“A pedido de los cónyuges o de oficio, no habiéndose arribado a un acuerdo, el juez ordena la apertura a prueba por un plazo de quince días, con posibilidad de una prórroga por igual término, para resolver los planteos de los cónyuges relativos a los efectos derivados del divorcio que no hubiesen sido objeto de acuerdo. A los fines previstos en esta disposición, se admite todo tipo de prueba”*.

Tratándose de una pieza de suma relevancia en el marco del divorcio tal como surge de lo normado en el art. 439 del Código Civil y Comercial, el código modelo regula en el art. 590 todo lo relativo al convenio regulador en el siguiente sentido: *“En cualquier etapa del procedimiento los cónyuges pueden acordar, a través del convenio regulador, sobre todos o algunos de los efectos derivados del divorcio como la atribución de la vivienda, la distribución de*

*los bienes, eventuales compensaciones económicas, ejercicio de la responsabilidad parental y prestación alimentaria, entre otros. El juez, a pedido de parte interesada o de oficio, puede objetar una o más estipulaciones del convenio regulador, siempre que afectaren gravemente los intereses de los integrantes del grupo familiar”*.

Por último y a modo de cierre de este proceso especial de divorcio y como debe ser al tratarse de una cuestión que involucra el estado civil de las personas con todo lo que ello significa, el art. 591 impone de manera precisa que *“La sentencia extingue el vínculo matrimonial y se inscribe en el Registro Civil y Capacidad de las Personas”*.

## **VI. Desarrollo jurisprudencial contemporáneo**

Como es sabido, el régimen de divorcio incausado no aterriza en breve en el derecho argentino de la nada, sino que es producto de un gran desarrollo doctrinario y jurisprudencial en contra de las causales culpables de divorcio y a la vez, la puesta en crisis de los plazos en el sistema de divorcio vigente hasta el 31/12/2015.

A continuación, se presenta una síntesis de los fallos que han colocado en crisis el régimen de divorcio causado en lo que respecta a los plazos, estudio más sencillo de llevar adelante que revisar todos los fallos en los que se han planteado un divorcio culpable y ello fue rechazado o se declaró a ambos culpables como un modo de “equiparar” culpas y que en el fondo, muchas veces encierra una mirada contraria al divorcio contradictorio al compensar o perjudicar por igual y salirse de la lógica de ganador (inocente)-perdedor (culpable).

Así, desde el primer fallo en el que se declaró la inconstitucionalidad del art. 236 en lo referido a la necesidad de celebrarse la segunda audiencia y los arts. 214 inciso 2 en primer lugar y el art. 215 en segundo término, se han dictado una gran cantidad de precedentes en todos estos sentidos. A continuación destacamos algunos de estos precedentes, pero antes de ello y en primer término, nos parece de interés traer a colación varios precedentes que citan de manera expresa, el régimen de divorcio incausado que estructura el Código Civil y Comercial como argumento de peso para defender una

mirada más flexible y/o crítica sobre el régimen vigente hasta el 31/12/2015.

1. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala II del 06/08/2012 <sup>(10)</sup>, en el que se rechaza la reconvencción incoada fundada en la violación del deber de fidelidad en el que se sostuvo:

*“La tendencia actual en nuestro medio se estaría alejando del concepto de divorcio sanción o divorcio causado, para dar paso a una institución que, renunciando a ciertos aspectos publicísticos, giraría en torno a la voluntad individual. En tal sentido es de traer a colación, al solo efecto ilustrativo, que el proyecto de Código Civil y Comercial que en éstos días trata el Congreso de la Nación solo dejaría como obligación matrimonial la de asistencia recíproca entre los cónyuges. El deber de fidelidad ha pasado a ser una mera obligación moral. Y ninguna de las obligaciones conyugales tiene como contrafigura una causal de divorcio, ya que éstas han desaparecido del texto legal propuesto: para que éste se produzca bastaría con la voluntad de uno de los contrayentes. En un régimen de tal naturaleza, no se concebiría que haya espacio para reparaciones pecuniarias de daño moral ligadas a la disolución del lazo matrimonial, en la medida que tampoco habrían de poder encuadrarse en un hecho ilícito las conductas que desplieguen los esposos, salvo que incurrieran en delito del derecho criminal. Pero en éste último supuesto, la fuente obligacional de reparación del daño tendrá al matrimonio no como causa sino como circunstancia o condición no necesaria”.*

2. C. Familia de Mendoza, del 26/09/2012 <sup>(11)</sup> sobre convenciones matrimoniales, se expuso:

*“El moderno derecho que regulará seguramente a corto plazo este tipo de convenciones entre cónyuges, se ha plasmado en el Proyecto de Código Civil y de Comercio, recogiendo a la doctrina que se ha desarrollado al respecto”. Las normas proyectadas establecen “.. principios rectores contenidos en las legislaciones extranjeras y convenciones internacionales, como lo*

*son el de la autonomía de la voluntad, la libre contratación, la protección de los más vulnerables, la garantía de una efectividad plena de los derechos de los justiciables, la prevención, el afianzamiento de las obligaciones, la provisionalidad de las convenciones. Estos principios están dotados de mecanismos expeditivos, que permiten, a las partes y a falta de convención al Juez, una dilucidación rápida y con escaso margen de duda de las cuestiones conflictivas.”*

3. Juzgado de Familia N° 1, Mendoza, de fecha 09/10/2012, en el que se rechaza el pedido de cuota alimentaria a favor de la ex cónyuge, se destacó:

*“La respuesta se puede encontrar no sólo en el sentido común sino también en la propia legislación proyectada que dice en su art. 434.— Alimentos posteriores al divorcio. Las prestaciones alimentarias pueden ser fijadas aun después del divorcio: a) ...b) ... La obligación no puede tener una duración superior al número de años que duró el matrimonio y no procede a favor del que recibe la prestación compensatoria del artículo 441. Asimismo se engarza con otra institución de la legislación proyectada, pero, acaso relacionada con el objeto del incidente en análisis, cual es la prestación compensatoria (arts. 441 y 442). El proyecto recepta una figura que tiene aceptación en varias legislaciones del derecho comparado, y que es coherente con el régimen incausado de divorcio; en efecto, con fundamento en el principio de solidaridad familiar y en que el matrimonio no sea causa fuente de enriquecimiento o empobrecimiento económico de un cónyuge a costa del otro, se prevé la posibilidad de que los cónyuges acuerden o el juez establezca pensiones compensatorias”.*

4. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala I en fecha 26/02/2013 <sup>(12)</sup> declaró la inconstitucionalidad del art. 236 del Código Civil fundado, entre otros argumentos:

*“El tema de la autonomía de la voluntad es un punto clave en el ámbito del Derecho de Familia. Así, el Anteproyecto expone en sus fundamentos, “..el avance de la autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia no es ajena al ámbito del derecho matrimonial. Precisamente en este campo en el cual la jurisprudencia*

(10) CNApel., Civ. y Com., Mercedes, sala II, 06/08/2012, F., D. O. v. M., N. A., Citar ABELEDO PERROT N°: AP/JUR/2136/2012.

(11) Cámara de Familia, Mendoza, “Jalil, Jorge C., contra Yerkin, Liliana Gabriela s/ divorcio vincular contencioso, 26/09/2012, inédito.

(12) Capel., Civ. y Com. Azul, sala I, 26/02/2013, S., M. V. y O., Citar ABELEDO PERROT N°: AP/JUR/463/2013.

*cia y doctrina nacional comparada muestra un desarrollo exponencial del principio previsto en el art. 19 de la Constitución Nacional; prueba de ello son diversas sentencias que declaran la inconstitucionalidad de algunos artículos del Código Civil por atacar el principio de libertad de los cónyuges en la construcción, vida y ruptura matrimonial. El Anteproyecto amplía la aptitud de decisión de los integrantes del matrimonio. La mirada rígida sobre las relaciones humanas familiares, bajo la excusa de considerar todo de orden público, contraría la noción del pluralismo que pregona la doctrina internacional de los derechos humanos. En efecto, existe un derecho a la vida familiar y consecuentemente, la injerencia estatal tiene límites...” El mismo, suprime las causales subjetivas de divorcio, como también se eliminan los plazos de espera, introduciéndose reformas procedimentales, que resultan compatibles con la vigencia y goce de los derechos humanos fundamentales, poniendo de resalto el respeto de la autonomía de la voluntad de las partes, pacificando las relaciones, evitando tensiones que desgasten a las personas frente a procedimientos que atentan contra sus convicciones y libres decisiones, invadiendo su privacidad.*

5. Cámara Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala Tercera en un fallo del 23/04/2013, se decretó la inconstitucionalidad del art. 215 fundado en:

*“No olvidemos que ‘la calidad de los derechos en juego, exige que las situaciones tutelables no se frustren nada más que por razones formales’, en el caso, el plazo para solicitar el divorcio vincular es una cuestión a la que hasta hoy el legislador no ha dado respuesta. (Del voto de la Dra. Nélide I. Zampini)”*

6. Juzgado de Familia N° 7 de Viedma, “D. Z. y V., C. A. s/ divorcio por presentación conjunta” del 31/07/2013, nuevamente se apeló a la declaración de inconstitucionalidad del art. 215 al afirmarse:

*Que “el artículo 215 del C. Civ, en cuanto impone el plazo de tres años de matrimonio para peticionar el divorcio por presentación conjunta, obliga a dos personas plenamente capaces, que ya no desean seguir casados, decisión que ha sido tomada en un acuerdo adulto y pacífico, a convenir la alegación de causales de adulterio o injurias graves, que en verdad no han sucedido, sólo para sortear plazos procesales,*

*rompiendo la paz y produciendo más desquicio al matrimonio. Por otra parte, obligarlos a seguir casados, en un matrimonio aparente y ficticio, implica lastimar sus más íntimos sentimientos, haciendo más complejo y doloroso, el ya de por sí tortuoso, proceso de divorcio”.*

7. Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza en fecha 20/08/2013, también se declaró la inconstitucionalidad del art. 215 aseverándose que:

*“La normativa proyectada se hace eco del impacto de la constitucionalización del derecho civil y de los derechos humanos en el campo del derecho de familia. Por lo tanto, se abre a los nuevos principios fundados en la democratización de la familia. La noción de pluralismo contenida en la doctrina internacional de los derechos humanos inspira esta normativa. En particular, regula el matrimonio sobre la base de los principios de igualdad, libertad y solidaridad. El art. 402, que sienta las bases de interpretación y aplicación establece: “ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de los derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo. Busca, además, un equilibrio entre autonomía y orden público”. En esta tesitura, otorga mayor protagonismo a los integrantes del matrimonio al momento de tomar decisiones y, como contrapartida, limita la injerencia del Estado en la esfera privada de la familia. En este sentido, en los fundamentos que acompañan al anteproyecto se afirma: “El matrimonio se celebra y se sostiene por la voluntad coincidente de los contrayentes y, por ende, cuando la voluntad de uno de ellos o de ambos desaparece, el matrimonio no tiene razón de ser y no puede ser continuado, habilitándose por este simple y elemental fundamento, que uno a ambos puedan solicitar su divorcio. Este cambio de paradigma se evidencia, especialmente, en la forma de regulación del divorcio. El art. 437 establece que el divorcio se decreta judicialmente a pedido de ambos cónyuges o de uno solo. En consecuencia, se eliminan los plazos de espera, entre otros motivos, para evitar la intromisión estatal en la intimidad de los cónyuges, flexibilizando el proceso; si el proyecto se aprueba, entonces, ya no serán necesarios los tres años de matrimonio que exige el actual art. 215 del Cód. Civil”.*

8. Juz. Civ. n° 82, M., A. V. c. R., A. E. s/ Divorcio (art. 214 inc. 2do Código Civil), del 12/02/2014 <sup>(13)</sup>, que se declara la inconstitucionalidad de los plazos (tanto del art. 214 inc. 2do como 215 y 236) sosteniéndose:

*“Sin lugar a dudas a partir del debate del proyecto de unificación de los códigos civil y comercial se ha colectado un amplio consenso respecto a la modificación del régimen de disolución del matrimonio. Aún aquellos que sostienen la necesidad de mantener causales subjetivas, conceden la necesidad de modificar el régimen de plazos para las presentaciones no contenciosas. El tratamiento del proyecto no se encuentra exento de avatares políticos que demoran su tratamiento y sanción, peligrando así, como sucedió en otros intentos, encontrar soluciones actualizadas a las necesidades de la población.”*

9. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza en fecha 07/05/2014 <sup>(14)</sup>, se apartó de la doctrina mayoritaria en el plenario de la Cámara Nacional en lo Civil de la Nación en los autos “M.I.L. contra O.J.O.” del 28/10/2010, declarando la inconstitucionalidad del plazo previsto por el art. 214 inciso 2 del Código Civil al no encontrarse probadas las causas de injurias graves alegadas. Para tal fin se sostuvo, entre otros argumentos, que:

*“En cuanto al interés social de mantenimiento del vínculo, la evolución de la sociedad, captada por doctrina y jurisprudencia, y legislativamente en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, ha llevado a dejar de lado el interés y función social del matrimonio en pos de la autonomía de la voluntad del individuo para elegir el modo que mejor se adapte a sus proyectos personales. No obstante lo cual, la pauta de interpretación estatuida por el inciso 5° del mentado artículo 302 que impone al Juez el deber de ejercer sus facultades en miras de la protección de los hijos del matrimonio, resulta plenamente vigente y no puede soslayarse en el caso concreto.”*

*Resolver de otro modo, manteniendo la pervivencia del vínculo conyugal, implicaría desa-*

*tender la realidad concreta del núcleo familiar involucrado, y llevaría a las partes a interponer una nueva demanda de divorcio, aletargando de este modo una situación de conflicto extendida por casi catorce años, y un proceso judicial iniciado hace siete. Por otro lado, la solución que propugno se enrola en la tendencia jurisprudencial y legislativa, tanto en nuestro país como en el derecho comparado, que ha sido receptada por el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, que se encuentra en tratamiento legislativo.”*

En estos precedentes se alude de manera expresa al nuevo texto civil y comercial, sin embargo, cabe destacar que en una gran cantidad de oportunidades —más allá de no citarse este texto— se ha colocado en crisis por diferentes fundamentos el régimen de divorcio vigente hasta el 31/12/2015. Veamos.

1. Tribunal Colegiado de Familia Nro. 5 de Rosario de fecha 14/11/2006, siendo el primer fallo que declara la inconstitucionalidad del art. 214, inc. 2do. <sup>(15)</sup>

2. Tribunal Colegiado de Instancia Única del Fuero de Familia Nro. 2 de Mar del Plata, en fecha 03/09/2008 <sup>(16)</sup>, primer fallo en el que se declara la inconstitucionalidad del art. 215.

3. Juzgado de 1ª Instancia de Familia de Río Gallegos N° 2 del 22/06/2010 <sup>(17)</sup>, en el que se declara la inconstitucionalidad de los arts. 215 y 236.

4. Tribunal Colegiado de Familia Nro. 7 de Rosario del 07/03/2012 <sup>(18)</sup>, F., M. Y L., S. s/divorcio presentación conjunta, en el que también se decretó la inconstitucionalidad del art. 215.

5. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Dolores del 10/04/2012 <sup>(19)</sup> en el que

(15) Tribunal Colegiado de Familia Nro. 5, Rosario, “M., D. G. c. G., F. A.”, 14/11/2006, LL, Cita online: AR/JUR/7462/2006.

(16) Tribunal Colegiado de Instancia Única del Fuero de Familia Nro. 2 de Mar del Plata, 03/09/2008, M., M. G., Citar ABELEDO PERROT N°: 70055102.

(17) Juzgado de 1ª Instancia de Familia de Río Gallegos N° 2, 22/06/2010, O. N. E. y P. J. L., LL Cita online: AR/JUR/51456/2010.

(18) Tribunal Colegiado de Familia Nro. 7 de Rosario, 07/03/2012, F., M. Y L., S. s/divorcio presentación conjunta, LL Cita online: AR/JUR/6082/2012.

(19) Capel., Civ. y Com., Dolores, G., E. D. y otro/a, 10/04/2012, LL Cita online: AR/JUR/6594/2012.

(13) Juz. Civ. n° 82, M., A. V. c. R., A. E. s/ Divorcio (art. 214 inc. 2do Código Civil), 12/02/2014, inédito.

(14) SC, Mendoza, 07/05/2014, C. M. B. Estado Nacional J° 1.209-7-1F /24.823 ‘C. M. B. c/ G. R. s/ apelación s/ inc.’, Microjuris online Cita: MJ-JU-M-85804-AR | MJJ85804.

se declaró la inconstitucionalidad de los arts. 215 y 236.

6. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II del 05/06/2012<sup>(20)</sup>, que declaró la inconstitucionalidad del art. 214, inc. 2do.

7. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala I, del 09/04/2013<sup>(21)</sup>, que también se declaró la inconstitucionalidad del art. 214, inc. 2do.

Si de síntesis jurisprudencial se trata, cabe destacar la mirada restrictiva por parte del Poder Judicial de la Nación a la luz de la resistencia a declarar la inconstitucionalidad de los plazos mínimos o de espera que impone el Código Civil vigente hasta fines del 2015; incluso por parte de aquellos magistrados como Mizrahi que defiende de manera contundente el divorcio incausado. Como ejemplo alistamos los siguientes fallos:

1. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, del 05/11/2008<sup>(22)</sup> que rechazó el planteo de inconstitucionalidad del art. 205

*“(…) Ahora bien, hay materias en que está involucrado el orden público, como es el matrimonio. Si bien no hay una definición precisa, el orden público está ligado al interés general, colectivo. Su acatamiento garantiza el bienestar general y la conservación de la organización social establecida. Difiere así del interés particular de la persona. A su vez, puede variar en la medida en que se modifiquen las realidades socioculturales existentes en una sociedad determinada. En definitiva, el espíritu de esa norma es que tanto el matrimonio como la separación o el divorcio no se traduzcan en un mero “trámite”, asimilable a una sociedad comercial como sostienen los interesados en su demanda; se trata de un acto que por trascender el interés particular de los contrayentes, se encuentra sujeto a determinados requisitos, entre otros temporales, no disponibles por los cónyuges ni*

*dispensables por los jueces. Porque el plazo establecido por la ley no es susceptible de renuncia por parte de los cónyuges, dado que no es un lapso establecido en su favor o en su contra, sino de un requisito legal para el derecho a divorciarse por dicha causal”.*

2. Tribunal Colegiado de Familia de Rosario Nro. 7 del 01/02/2012<sup>(23)</sup> en el que también se rechaza la declaración de inconstitucionalidad del art. 215 al advertirse:

*“Teniéndose en cuenta entonces, que “la finalidad y voluntad del legislador plasmada en los arts.205 y 215 del Código Civil fue la de aventar, evitar e inhibir decisiones poco meditadas, previendo el transcurso de un tiempo mínimo de espera desde la celebración del matrimonio como requisito para plantear la separación personal o el divorcio vincular, pues se valoró que sin la madurez o reflexión necesaria cualquier matrimonio joven podría sin más recurrir al tribunal solicitando el divorcio ante las primeras desavenencias conyugales”. “Sentado ello, y sin perjuicio de poder considerarse que la exigencia normativa del plazo establecida otrora por el legislador ha devenido desacompasado respecto de la realidad social actual y el nuevo paradigma del Derecho Constitucional de Familia, esto no constituye una injusticia o irrazonabilidad tal que amerite fulminar la norma con su declaración de inconstitucionalidad.” (...) “En igual sentido expresan Famá, Herrera y Revsin al decir que “la revisión o modificación de estos extremos no debiera fundarse en una inconstitucionalidad inexistente, sino ser fruto de una ley emanada del órgano pertinente —el Congreso de la Nación— que, mediante los mecanismos establecidos, modifique el sistema vigente.” (...) “Efectivamente, resulta insoslayable la imperatividad de la norma aplicable al caso, aún cuando se considere al orden público familiar como mutante dentro de un contexto social y cuando actualmente ha ganado terreno la autonomía de la voluntad en el ya referido Derecho Constitucional de Familia, todo como resultado del examen razonado de la ley frente a la Constitución en este caso concreto y así planteado conforme las argumentaciones jurídicas expuestas. (...) Por otra parte, precisamente se da por cumplimentado el plazo de*

(20) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II, Z. S. S. c. P. E. H. s/ divorcio vincular, 05/06/2012, LL Cita online: AR/JUR/27099/2012.

(21) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala I, T., R.M. c. G., J.M. s/divorcio contradictorio, 09/04/2013, LL Cita online: AR/JUR/8163/2013.

(22) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, “P. K., M. E. v. D., G.”, 05/11/2008, Citar ABELEDO PE-RRROT N°: 70052190.

(23) Tribunal Colegiado de Familia de Rosario Nro. 7, B. O. L. y M. J. R. s/divorcio por presentación conjunta, 01/02/2012, Cita: MJ-JU-M-70659-AR | MJJ70659.

dos años que exige la norma contenida en el art. 205 del Código Civil, es decir que las partes se encuentran perfectamente habilitadas por la ley para obtener sentencia de separación personal y, en consecuencia, de dispensarse de la mayor parte de los deberes maritales atendiendo a las argumentaciones por las mismas esgrimidas<sup>(24)</sup>.

3. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, del 03/12/2012<sup>(25)</sup> que rechaza la inconstitucionalidad del art. 215 y defiende una postura muy apegada al texto del Código Civil cuando uno de sus integrantes, Mizrahi, justamente se ha destacado por incorporar una necesaria perspectiva crítica del régimen de divorcio causado. Como se verá a la luz de los fundamentos esgrimidos para rechazar la tacha de inconstitucional, esa mirada ha sido de gran importancia en la doctrina nacional para diseñar un régimen de divorcio incausado y sin embargo, a la hora de colocar en tensión la cuestión del plazo parecería que ello —con las restricciones a la libertad que involucra— sería una postura constitucional y convencionalmente válida. Aquí se observaría una fuerte contradicción que merece ser destacada.

*“Vale decir, que no descartamos que la duración del plazo elegido por el legislador para estos casos pueda resultar excesiva; no ignorando incluso que esta solución podría conducir tal vez a los cónyuges a la indeseable práctica de promover ficticiamente un divorcio contradictorio con el oculto acuerdo de ambos. Sin embargo, el aludido posicionamiento —repetimos, sólo de lege ferenda— no conlleva automáticamente a declarar la inconstitucionalidad de preceptos que en la actualidad quizás*

*sean desacertados. (...) [l]a atribución dada al Congreso de la Nación para dictar el Código Civil comprende la de regular la institución del matrimonio civil, sus efectos personales y patrimoniales, así como los modos de disolución y sus condiciones; ordenamiento legal al que se sometieron voluntariamente las partes en oportunidad de celebrar su matrimonio. En la especie, lejos se está con los plazos establecidos de alcanzar aquella gravedad deformante. Es que, a nuestro juicio, no es más que una cuestión opinable y, por tanto, ajena al control de constitucionalidad; más allá, se reitera, que en una ley futura podría ser quizás conveniente la eliminación de los plazos de espera. (...) No es posible sostener la conculcación de derechos constitucionales por la vía de su mera enunciación abstracta, como pretenden los cónyuges de autos. Más aún, prima facie no se advierte que un plazo de tres años de matrimonio, o la espera de un máximo de tres meses entre una y otra audiencia, pueda significar una lesión de tanta magnitud como para habilitar la declaración de inconstitucionalidad. (...) Por ello, sólo excepcionalmente, ante una evidente e insostenible omisión en realizar el adecuamiento legislativo pertinente frente al arraigo y profundización de nuevas convicciones en la sociedad, quedaría habilitada la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de normas que se han vuelto irremediablemente caducas. Y parece claro que esta hipótesis todavía no se presenta en el caso bajo examen, habida cuenta de que la materia que se debate en autos ha sido objeto de tratamiento en el marco del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, actualmente sometido a profusa difusión y debate<sup>(26)</sup>.*

4. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, del 12/07/2013<sup>(27)</sup> que rechaza la inconstitucionalidad de los arts. 215 y 236 al afirmarse:

*“Sentado ello, ha de señalarse que las normas que rigen el estado de familia y la disolución del vínculo conyugal han sido dictadas más en vista del orden público que en miras al interés particular de las personas. En el derecho de familia, el orden público domina nu-*

(24) En lo que a quien suscribe respuesta, sabemos que la inconstitucionalidad de una norma puede ser originaria o derivada, es decir, de una disposición que en su momento podía ser considerada constitucional o que integraba el campo de las decisiones u opciones legislativas válidas, pero que con el paso del tiempo y el cambio en la realidad social (en este caso, en las relaciones de pareja), sí puedan ser tildadas en el tiempo de inconstitucionales. Esto es lo que ha sucedido con los plazos en el divorcio, siendo que en el fallo en análisis se cita en el año 2012 una afirmación vertida en el 2006, la cual habría sufrido los embates —en buena hora— de la consolidación de la perspectiva constitucional-convencional.

(25) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, “D., M. S. v. C., J. I.”, 03/12/2012, Citar ABELEDO PERROT N°: AP/JUR/4490/2012.

(26) El destacado nos pertenece.

(27) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, “C. P., M. c/ D., M. F. s/ Divorcio artículo 215, Código Civil”, 12/07/2013, inédito.

*meras disposiciones; así, las que regulan las relaciones personales entre los cónyuges. Ello se debe a que el interés que la ley reconoce no es un mero interés individual, egoísta del titular, sino un interés que está en función de fines familiares. (...) De allí, que la autonomía de la voluntad en las relaciones personales entre los cónyuges, debe estar en unión con las normas que regulan el matrimonio. Si las partes eligieron legitimar su unión a través de la celebración del acto jurídico matrimonial, no pueden eximirse de las normas de orden público que lo regulan”.*

5. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mercedes en fecha 04/02/2014<sup>(28)</sup>, se rechazó la inconstitucionalidad el art. 236 que había sido decretada de oficio por el magistrado de la instancia anterior al entender que:

*“En el caso de autos, ambos peticionantes del divorcio no sólo no atacaron de inconstitucional el art. 236 del C.C. por vulnerar su autodeterminación personal ni por atentar contra su derecho a resguardar su intimidad, sino que expresamente pidieron que se fijaran las audiencias previstas por dicha norma y oportunamente se decretara el divorcio vincular. Posteriormente, al conferírseles traslado del memorial del representante del Ministerio Público, no lo contestaron. O sea, no defendieron la tesitura adoptada de oficio por la jueza. Los peticionantes de autos no han manifestado, entonces, que sienten afectada su autonomía personal o su derecho a la intimidad por tener que explicar en audiencia privada a la jueza los motivos que los llevan a divorciarse. Tampoco se sienten afectados por el hecho de que la ley los obligue a esperar dos meses antes de que se celebre la segunda audiencia a fin de ratificar o no su decisión. En estas condiciones que la juzgadora sustituya su voluntad declarando la inconstitucionalidad de la norma que regula el procedimiento —y además sin vista previa al Ministerio Público (pese a la ley 14.442)— implica una intromisión en sus ámbitos autónomos de decisión. Resta señalar que lo propuesto en el Proyecto de Código Civil y Comercial en tratamiento en el Congreso no cambia en nada lo aquí resuelto, dado que, obviamente, si el trámite allí previsto para el*

*divorcio por mutuo consentimiento se convirtiera en ley, no estaríamos hablando de declaración o no de oficio de la constitucionalidad de norma alguna”<sup>(29)</sup>.*

6. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, en fecha 01/04/2014<sup>(30)</sup> puso de resalto que no se hace lugar a la declaración de inconstitucionalidad planteada:

*“Esta Sala se ha pronunciado en un sentido coincidente al de la ilustrada sentencia del magistrado de primera instancia, en un caso en que se habían impugnado los plazos legales requeridos para la separación personal (expte. 19.114/2008 “P.K, M.E c/ D., G. s/ separación personal del art. 205 del Código Civil” de fecha 5/11/2008). En efecto, no está cuestionado que los celebrantes realizaron un acto voluntario, es decir con discernimiento, intención y libertad (arts. 897 y 944 del Código Civil) de manera que comprendían sus consecuencias jurídicas —entre ellas las que ahora cuestionan— ya que las leyes se presumen conocidas (art.20 del Código Civil). (...) En torno al divorcio, el legislador consideró prudente que los esposos actuaran con la madurez y reflexión necesaria para llegar a esa instancia y fijó para ello un plazo mínimo de tres años. En definitiva, se trata de un acto que por trascender el interés particular de los contrayentes, se encuentra sujeto a determinados requisitos, algunos de ellos temporales, no disponibles por los cónyuges ni dispensables por los jueces. Entre los recaudos aludidos se encuentra el plazo entre la celebración del matrimonio y la pretensión de divorcio, que no es susceptible de renuncia por parte de los cónyuges, dado que no es un lapso establecido en su favor o en su contra, sino un requisito legal para divorciarse por vía de una presentación conjunta. (...) Esta sala no desconoce la existencia de precedentes judiciales en sentido contrario. (...) No obstante, este colegiado no comparte esa doctrina pues entiende que esa solución soslaya que en las sociedades democráticas es central el papel de la ley. Al sistema jurídico no le interesan las opiniones personales de quienes actúan como jueces, sino sólo su capacidad para expresar las normas que la sociedad se ha dado a sí misma y*

(29) El destacado nos pertenece.

(28) Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mercedes, “O. M. V. Y G. J. M. S/ DIVORCIO (ART. 215 C.C.)”, 04/02/2014, Infojus id: SUB0957095.

(30) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, “B. M. G. c/ L. V. A. s/ divorcio art. 215 CCiv.”, 01/04/2014, Cita: MJ-JU-M-85742-AR | MJJ85742.

*para hacerlas llegar a su efectividad última, lo que les impone operar necesariamente con sus principios —los de la ley— depurando y afinando su alcance. (...) Si se produce en una comunidad un cambio de valores, —como afirman los apelantes que ha sucedido lo atinado y correcto— es que esas nuevas concepciones sean receptadas por una ley emanada del órgano legislativo”.*

7. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, en fallo del 07/08/2014 <sup>(31)</sup>, por mayoría, rechazó el planteo de inconstitucionalidad del art. 236.

*La mayoría sostuvo: “Al respecto, este tribunal ha resuelto que la citada norma no es inconstitucional, puesto que resulta una atribución exclusiva del Poder Legislativo, como ejercicio propio de su función específica, el dictar, modificar o derogar leyes y sólo a él le pertenece la decisión acerca de la oportunidad de hacerlo; y que por otra parte, la cuestión constitucional planteada respecto a las dos audiencias previstas en el artículo 236 del Código Civil, no constituye un gravamen que habilite la declaración de inconstitucionalidad de la citada normativa. (...) Por ser ello así, y sin desconocer la conveniencia de una modificación de la legislación en la materia a los fines de la simplificación de los procesos como el presente, entiende el tribunal que no pueden los litigantes “disponer” de una norma procesal, contenida en el código de fondo, considerada de “orden público”, máxime cuando las mismas partes “se han sometido voluntariamente al régimen de divorcio por presentación conjunta”.*

*En disidencia, el magistrado Picasso dijo: “Cabe agregar, a mayor abundamiento, que la actividad tribunalicia en los tribunales de familia muestra que es muy poco probable que quienes han solicitado en presentación conjunta que se decrete su divorcio vincular, por existir razones que tornan moralmente imposible la vida en común, declinen su petición para continuar una vida en común. En este contexto, entiendo que el procedimiento de doble audiencia establecido en el art. 236 del Código Civil afecta el derecho de los cónyuges a decidir libremente dar por concluida*

*su relación marital. En este sentido, se ha resuelto que es inconstitucional el mencionado art.236 del Código Civil, en cuanto establece la celebración de audiencias como requisito de procedencia de la demanda de divorcio por presentación conjunta, dado que vulnera el derecho a la igualdad y a la no discriminación respecto de quienes invocan causales subjetivas, y obliga a los esposos a “reflexionar” sobre una decisión que atañe exclusivamente a su proyecto de vida”.*

Como se puede concluir, todo este panorama jurisprudencial de los últimos años marcan el comienzo y consolidación de una perspectiva bien diferente en materia de divorcio. Mirada que se funda en una consideración más benigna y mucho menos peyorativa acerca del divorcio y a la par, de cómo juega el tema de las restricciones a la libertad y el art. 19 de la Constitución Nacional cuando se trata de decisiones que hacen al ámbito privado e íntimo de las personas. Todo este avance jurisprudencial, acompañado de varias voces doctrinarias, han cumplido un rol fundamental como base o plataforma crítica desde la cual observa el sistema legal hasta ahora vigente en divorcio y a la vez, la necesidad de edificar un régimen totalmente diferente y que desde ya, evite toda discrecionalidad como cuestión sumamente presente en el ordenamiento vigente, siendo que una pareja hoy puede divorciarse o no antes del plazo que establece una norma según la formación legalista o constitucional/convencional que tenga el juez interviniente. Fácil se advierte que un sistema así es imposible que se pueda sostener y defender con argumentos de peso. En este contexto, el sistema de divorcio incausado era el que mejor respondía a todas estas inquietudes y contradicciones.

## VII. Cuadro comparativo: el hoy y el mañana<sup>(32)</sup> ◆

(32) Como en otro trabajo de este mismo suplemento especial se dedicará a los cambios en el régimen patrimonial, se omite toda referencia a este campo temático. Asimismo, como en otro suplemento especial se abordarán las cuestiones relativas a los hijos, todo el tema referido a los efectos en la relación padres e hijos tras el divorcio también son dejadas de lado en esta oportunidad.

(31) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, “K. O. N. c/ B. P. E. s/ divorcio art. 215 CCiv”, 07/08/2014, Cita: MJ-J.U.-M-87595-AR | MJJ87595.

DIVORCIO	CÓDIGO CIVIL	CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL
<b>Sobre el vínculo matrimonial</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Separación Personal (201 a 212 CC): Subsiste el vínculo matrimonial</li> <li>• Divorcio Vincular (214 a 218 CC): Se extingue el vínculo matrimonial</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Divorcio a secas: Se extingue el vínculo matrimonial (arts. 436 a 438)</li> <li>• Se deroga la figura de la separación personal</li> </ul>
<b>Sistema/Régimen</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Divorcio vincular y separación personal CAUSADO (sanción y remedio o subjetivo y objetivo).</li> <li>• DOBLE SISTEMA</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Divorcio INCAUSADO o sin expresión de causa</li> <li>• SISTEMA UNICO</li> </ul>
<b>Proceso</b>	<p>-Judicial.</p> <p>- Proceso contencioso (causales culpables o por aplicación de las reglas generales en los supuestos de la causal objetiva separación de hecho sin voluntad de unirse, más allá de las flexibilizaciones que fueron introduciéndose desde la práctica).</p> <p>- Proceso especial en los supuestos de presentación conjunta (art. 205 y 215) de conformidad con las reglas previstas en el art. 236.</p>	<p>-Judicial.</p> <p>- Proceso único que difiere si es unilateral o bilateral</p> <p>- Planteo de una propuesta como requisito de admisibilidad.</p> <p>- En ningún caso cualquier tipo de desacuerdo suspende el dictado de la sentencia de divorcio. (art. 438)</p> <p>- Reglas procedimentales según cada ámbito local, siempre teniéndose en cuenta la tésesis del sistema de divorcio incausado.</p>
<b>Convenio</b>	<p>En los casos de presentación conjunta (art. 205 y 215 CC) está expresamente previsto y se ha extendido por vía jurisprudencial al supuesto de separación de hecho sin voluntad de unirse. Este convenio puede versar sobre:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) Tenencia y Régimen de visitas</li> <li>b) Atribución del hogar conyugal</li> <li>c) Régimen de alimentos para los cónyuges e hijos menores o incapaces, incluyendo modos de actualización</li> <li>d) Sobre los bienes de la sociedad conyugal</li> </ul> <p>A falta de acuerdo, la liquidación se tramitará por vía sumaria. (art. 236)</p>	<p>El convenio regulador puede ser versar sobre:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) Atribución de la vivienda</li> <li>b) Distribución de los bienes</li> <li>c) Eventuales Compensaciones económicas</li> <li>d) Ejercicio de la Responsabilidad Parental (prestación alimentaria) (arts. 439 y 440)</li> </ul>

<p><b>Apellido</b></p>	<p>- Separación Personal (Objetiva y Culpable):</p> <p>Optativo para la mujer mantenerlo, salvo oposición del marido.</p> <p>- Divorcio Vincular (objetivo y culpable):</p> <p>Pierde el apellido, salvo que los cónyuges acuerden lo contrario.</p> <p>Por aplicación del principio de igualdad, mismo régimen cabe para los matrimonio del mismo sexo que pueden adicionarse el apellido del otro mutuamente.</p>	<p>- Divorcio:</p> <p>Se pierde el apellido.</p> <p>Excepción: que por motivos razonables, el juez autorice a conservarlo (art. 67).</p>
<p><b>Alimentos</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Incide la culpabilidad.</li> <li>• Separación Personal y Divorcio Vincular Culpable: el cónyuge inocente tiene derecho a alimentos para mantener el nivel de vida que tenía (art. 207) y el cónyuge culpable: alimentos de extrema necesidad (art. 209).</li> <li>• Separación Personal por causal del cónyuge enfermo: derecho alimentarios amplísimos (tratamiento, rehabilitación y carga de la sucesión, art. 208).</li> <li>• Separación Personal y divorcio vincular objetivo: alimentos de extrema necesidad (art. 209 CC).</li> </ul> <p><b>Cese de los alimentos:</b></p> <p>Separación Personal: concubinato e injurias graves.</p> <p>Divorcio vincular: nuevo matrimonio, concubinato e injurias graves.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Incide la vulnerabilidad.</li> <li>• A favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio que le impide auto sustentarse; adicionándose que en el caso de que el alimentante fallezca, la obligación se transmite a sus herederos (art. 434 )</li> <li>• A favor de quien no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos (art. 434).</li> </ul> <p><b>Cese de los alimentos:</b> si desaparece la causa que los motivó, si la persona beneficiada contrae nuevo matrimonio, si vive en unión convivencial o si el alimentado incurre en causal de indignidad.</p>

<p><b>Vivienda</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Separación Personal y Divorcio Vincular Culpable:</li> </ul> <p>Cónyuge inocente puede continuar ocupando la vivienda (art. 211)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Separación Personal y Divorcio Vincular Objetivo:</li> </ul> <p>Sólo el cónyuge enfermo puede continuar la vivienda.</p>	<p>Cualquiera de los cónyuges puede pedir la atribución de la vivienda familiar, sea el inmueble propio de cualquiera de los cónyuges o ganancial.</p> <p>La atribución se determinará conforme:</p> <p>a) la persona a quien se atribuye el cuidado de los hijos;</p> <p>b) la persona que está en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios;</p> <p>c) el estado de salud y edad de los cónyuges;</p> <p>d) los intereses de otras personas que integran el grupo familiar. (art. 443)</p>
<p><b>Compensación económica</b></p>	<p>No se regula este efecto en el régimen del Código Civil</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Se incorpora esta figura.</li> </ul> <p>Fundamento: compensar el desequilibrio económico. "El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación".</p> <p>Modalidad:</p> <p>a) una prestación única,</p> <p>b) una renta por tiempo determinado o,</p> <p>c) excepcionalmente, renta por plazo indeterminado. (art. 441)</p>
<p><b>Disolución del régimen de bienes</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Separación Personal y Divorcio Vincular culpable, causal de cónyuge enfermo y causal de separación de hecho sin voluntad de unirse:</li> </ul> <p>Se disuelve retroactivamente a la notificación de la demanda</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Separación Personal y Divorcio Vincular por presentación conjunta:</li> </ul> <p>Se disuelve retroactivamente a la fecha de la presentación conjunta.</p> <p>(art. 1306)</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Divorcio:</li> </ul> <p>La extinción de la comunidad se produce con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges. (art. 480)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Separación de hecho:</li> </ul> <p>Si la separación de hecho sin voluntad de unirse precedió a la anulación del matrimonio o al divorcio, la sentencia tiene efectos retroactivos al día de esa separación. (art. 480)</p>

<p><b>Derecho hereditario</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Separación Personal Culpable:</li> </ul> <p>Cónyuge culpable pierde la vocación hereditaria.</p> <p>Cónyuge inocente mantiene la vocación hereditaria (art. 3574)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Separación Personal objetiva:</li> </ul> <p>Ambos cónyuges pierden la vocación hereditaria.</p> <p>Cónyuge enfermo mantiene vocación hereditaria y el cónyuge sano lo pierde.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Divorcio Vincular Objetivo y Culpable:</li> </ul> <p>Se pierde la vocación hereditaria.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• La separación de hecho es causal de exclusión de la vocación hereditaria (art. 3575)</li> </ul>	<p>El divorcio como la separación de hecho son causales de exclusión de la vocación hereditaria. (art. 2437)</p>
<p><b>Daños</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Separación Personal y Divorcio Vincular Culpable:</li> </ul> <p>Es posible a favor del cónyuge inocente por decisión jurisprudencial, aunque en la actualidad se observa una mirada restrictiva.</p>	<p>No procede.</p> <p>En los Fundamentos del Anteproyecto se expone:</p> <p><i>“Los <b>daños</b> que pueden ser indemnizados a través del sistema general de la responsabilidad civil son aquellos que <b>no tienen su causa en el vínculo matrimonial en sí mismo ni en los deberes que de él emanan</b>, sino en la condición de persona”.</i></p>

# EL CONVENIO REGULADOR DEL DIVORCIO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

POR MARÍA VICTORIA PELLEGRINI

## I. Breve introducción

Sin dudas uno de los grandes logros del nuevo Código Civil y Comercial argentino radica en la adecuación del ordenamiento jurídico interno a los postulados provenientes del derecho convencional, y así, finalmente, ofrecer un derecho privado constitucionalizado. Ello es más que evidente en el ámbito de las relaciones familiares, reconociendo el paso de una familia institucionalizada a aquella constitucionalizada; de un derecho de familia rígido y enclavado en el orden público, al reconocimiento del derecho de las personas a la vida familiar <sup>(1)</sup>.

Así, la norma recientemente sancionada se asienta en básicos principios provenientes de los derechos humanos, pues la circunstancia de conformar una familia no implica un menoscabo en el goce y disfrute de los mismos. Es posible entonces visualizar tres principios constitucionales que estructuran la ingeniería normativa respecto a las relaciones familiares: la autonomía de la voluntad (como expresión de la libertad), la igualdad (expresión del trato no discriminatorio) y la responsabilidad (limitante a la libertad, en función de la solidaridad familiar) <sup>(2)</sup>.

---

(1) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída “La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino” Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea, directoras Marisa Graham y Marisa Herrera, 1ª. edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, julio 2014, pág. 3.

(2) Si bien tradicionalmente se ha planteado el contrapunto “orden público vs. autonomía de la voluntad” las limitaciones que la legislación impone a la autonomía de la voluntad pueden también funcionar como un elemento “potenciador”, de efectiva concreción de las elecciones individuales. Mucho más claro: “La autonomía personal es la capacidad que tenemos los seres humanos de decidir qué queremos hacer con nuestras vidas, de diseñar y poner en marcha nuestro propio plan vital, tal como los sostenía Emmanuel Kant. Sin embargo, para que esa autonomía pueda ser efectiva, para

Ciertamente, el mayor despliegue permitido a la autonomía de la voluntad y con ello a la capacidad de auto regulación de las relaciones familiares, ha dado lugar a una marcada tendencia a la “contractualización del derecho de familia”, con el consecuente reconocimiento “*cada vez mayor a los acuerdos de voluntad en la organización de las relaciones familiares*”<sup>(3)</sup>.

En el derecho comunitario europeo, por ejemplo, la potencialidad de la autonomía de la voluntad alcanza cuestiones que parecían inaccesibles para el acuerdo de partes, como por ejemplo el reconocimiento de la llamada “autonomía de la voluntad conflictual” —conf. Reglamento de la Unión Europea (UE) núm. 1259/2010 (Roma III)— con el fin de que los cónyuges elijan, en igualdad, la ley estatal aplicable al divorcio o la separación judicial, cuando se presenta algún elemento internacional (y con algunas limitaciones: sólo se aplica a determinadas materias —de disolución del vínculo matrimonial— y sobre algunos aspectos de esas materias) <sup>(4)</sup>.

---

que la libertad pueda ser desarrollada, las personas debemos contar con opciones reales que muchas veces no podemos tener sin la ayuda del Estado”. NINO, Carlos. “Ética y derechos humanos”, Ed. Astrea, 1989, citado por KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, “La autonomía...” Op.cit.

(3) Para analizar el estado de la cuestión en derecho comparado, compulsar KEMELMAJER de CARLUCCI Aída “La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino” op. cit.

(4) La génesis del Reglamento deriva, entre otras cosas, de: “El aumento de litigios internacionales en esta materia sirvió también de argumento a la Comisión de la Unión Europea para presentar en el año 2005 un Libro Verde sobre unificación de normas de conflicto en materia de disolución del vínculo matrimonial, que ha culminado en el Regl. (UE) 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 (LA LEY 26577/2010) por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (DO de 29 de diciembre de 2010, serie L 343), con aplicación desde

En el derecho español, a su vez, se plantea la incorporación de la figura del arbitraje para la resolución de conflictos en el ámbito familiar: *“En efecto, la libertad de autorregulación que el ordenamiento reconoce a los particulares en sus relaciones jurídicas permite que las partes acuerden que una determinada controversia se resuelva mediante arbitraje. La manifestación de voluntad de las partes en ese sentido se recoge en el convenio arbitral, en el que también quedan delimitados los aspectos concretos sobre los que debe decidir el árbitro. Pues bien, teniendo presente que la libertad y la autonomía privada constituyen los pilares esenciales del arbitraje, el objetivo del presente trabajo es analizar si este medio de solución de conflictos que se viene utilizando en el ámbito comercial y contractual podría aplicarse también en el campo del Derecho de familia. Se trata de una cuestión polémica, ya que la naturaleza de las normas que regulan las relaciones jurídico-familiares y los principios que informan esta materia suscitan dudas sobre la posibilidad de admitir el arbitraje”*<sup>(5)</sup>.

el 21 de junio de 2012”. Y el ámbito de aplicación lo conforma los siguientes Estados miembros: Bélgica, Bulgaria, Alemania, España, Francia, Italia, Letonia, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumanía, Eslovenia y Lituania. Para un estudio pormenorizado, compulsa MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, Ana, “La autonomía de la voluntad en el Reglamento europeo sobre la ley aplicable al divorcio y la separación judicial”, Diario La Ley, N° 8271, Sección Tribuna, 14 Mar. 2014, Año XXXV, Ref. D-84, Editorial La Ley, España, LA LEY 1181/2014.

(5) MESA MARRERO, “Arbitraje y familia. El modelo canadiense y su posible proyección en el Derecho español”, Actualidad Civil, N° 6, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 31 Mar, 2012, pág. 559, tomo 1, Editorial La Ley, España, LA LEY 2153/2012. Es preciso señalar que cualquier proceso de resolución de conflictos que las partes pudieran acordar deben respetar los principios básicos y esenciales provenientes de la doctrina de los derechos humanos. Se hace esta salvedad, porque la autora mencionada señala las dificultades surgidas en Canadá: la iniciativa de regular el arbitraje familiar surge ante la preocupación social porque algunos grupos religiosos relevantes en determinados sectores de la población utilizaban el arbitraje para resolver controversias familiares. El principal problema era que estos procedimientos arbitrales seguían criterios religiosos que podían vulnerar principios esenciales del ordenamiento jurídico como el principio de igualdad, provocando graves situaciones de discriminación para las mujeres. A todo ello se añadían las dudas sobre la posible falta de transparencia en el procedimiento de arbitraje, y respecto a las garantías de libertad e información de las partes al tomar la deci-

En definitiva, es evidente el marcado retroceso de las imposiciones estatales a las relaciones familiares y el mayor respeto a la multiplicidad de opciones para desarrollar el plan de vida familiar elegido. Incluso con posterioridad al divorcio.

Ante la decisión de la finalización de la vida matrimonial, se despliegan las alternativas de negociación y consenso respecto a los efectos que la misma provocará en los miembros de la familia. Y en reconocimiento a la capacidad de negociación de los cónyuges, el convenio regulador se erige en la opción más ventajosa para establecer las alternativas más ajustadas a sus relaciones familiares posteriores al divorcio.

Entonces, a lo largo de este trabajo realizaré un recorrido por las diversas alternativas de acuerdo que ofrece el nuevo Código Civil y Comercial, en el marco de un cambio paradigmático respecto a la forma de resolver la crisis matrimonial, una de las tantas crisis vitales por las que pueden atravesar las personas en el ejercicio de su derecho a la vida familiar.

## II. La autonomía de la voluntad en el matrimonio y divorcio del nuevo Código Civil y Comercial

La expansión de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares en el nuevo Código Civil y Comercial argentino se constata no sólo al momento del quiebre de la vida matrimonial, sino también durante su desarrollo. Por ejemplo, en la posibilidad de optar entre dos regímenes normativamente predispuestos para regular las relaciones patrimoniales del matrimonio, incluso la posibilidad de modificar la elección y pasar de un régimen a otro <sup>(6)</sup>; en los acuerdos de reconocimiento de la calificación de bienes; como así también en el ámbito extra patrimonial: acordar la modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental; la elección del apellido familiar; etc.

sión de optar por un Tribunal de carácter religioso para dirimir sus problemas familiares”.

(6) Pero no pueden pactar que su matrimonio no genere régimen alguno (art. 447 CCC); ni tendrá validez un pacto que contradiga las “disposiciones comunes” o régimen básico o piso mínimo obligatorio impuesto por el art. 454 a 462 CCC (art. 454 CCC).

Párrafo especial merece la cuestión de los deberes matrimoniales en el nuevo Código Civil y Comercial. En un contexto como el que venimos desarrollando, en el cual es más que evidente el espacio reconocido a la autonomía de la voluntad y a la contractualización del derecho de familia, su incidencia en los deberes matrimoniales de claro contenido moral —como la cooperación, convivencia y fidelidad— es verdaderamente enorme: probablemente no haya un ámbito en el cual reconocer el mayor despliegue posible a la autonomía de la voluntad que los deberes matrimoniales de fuerte contenido moral (dejo fuera el deber alimentario, pues su finalidad y carácter tuitivo requiere de una mayor intervención estatal). Por lo tanto, los acuerdos respecto a la modalidad de realización de la vida matrimonial —y por ende la forma de cumplir los deberes matrimoniales de contenido moral— configuran la verdadera regulación de la vida matrimonial, ya que ante el abandono del divorcio causado, nada podría “obtener” quien pretendiera “acusar” el incumplimiento del contenido íntimo del proyecto matrimonial. Un total y real abandono de la noción de culpa en el divorcio <sup>(7)</sup> impone necesariamente el mayor reconocimiento a la autonomía de la voluntad de los cónyuges en la elección y concreción de la vida matrimonial. Lo demás, sería forzar la estructura sistémica del nuevo Código Civil y Comercial en materia de derecho familiar <sup>(8)</sup>.

(7) Máxime ante el abandono de todo tipo de causas —incluso objetivas— para arribar al divorcio, cuestión que ha merecido un mayoritario respaldo en la doctrina argentina. Por ejemplo, en los siguientes términos: “La Reforma tiene todos los méritos que una reforma debe tener: Se condice con la realidad social, se basa en la mala experiencia del régimen que deroga, establece un sistema ético compartido por la mayoría del plexo social, se adapta a las reformas que se fueron produciendo durante los últimos tiempos y que dejaban en una obsolescencia absurda la sistémica normativa vigente. Concluyendo: La sociedad tendrá al momento de aprobarse el Proyecto, en este punto, una razón para celebrar: Nadie será más esclavo de su decisión de casarse, nadie será más ultrajado en su privacidad, nadie estará en boca de extraños, nadie será víctima de criterios éticos obsoletos, nadie seguirá casado porque ‘no hay mejor cárcel que no tener adónde ir’” López del Carril, Luis María, “El divorcio en el Proyecto de reforma”, Columna de Opinión, en Diario La ley, 12/09/2012, p. 5.

(8) Realizo estas observaciones teniendo presente que en las próximas XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (y primeras jornadas nacionales con nuevo Código Civil y Comercial), a realizarse en Bahía Blanca

Pero aquello que más nos interesa y tema al cual dedicamos este trabajo, son los acuerdos o convenios que se celebren ante el divorcio, pues el convenio regulador en el divorcio es uno de los personajes estelares del nuevo Código.

En efecto, el paso de quitar importancia legal a los motivos que llevaron a los cónyuges a decidir su divorcio, abandonando el análisis de sus causas, a un sistema de divorcio incausado, favoreció una mayor concentración en los efectos que tal decisión provoca en las relaciones familiares <sup>(9)</sup>. La actividad judicial se centra, entonces, no en realizar tareas de “arqueología” de la vida matrimonial, sino en las consecuencias que el divorcio genera en la vida familiar. Es por ello que se impone, como requisito de procedencia de la petición de divorcio <sup>(10)</sup>, la obligación de efectuar una propuesta (si se trata de una petición unilateral) o un convenio (si fuera bilateral) respecto a sus efectos (art. 438 CCC). Dejaré de lado las cuestiones procedimentales del divorcio, para concentrarme en el contenido del convenio regulador.

### III. El convenio regulador en el divorcio

Metodológicamente, el Capítulo 8 Disolución del vínculo matrimonial, del Título I Matrimonio del Libro Segundo De las relaciones familiares,

(Universidad Nacional del Sur), se ha propuesto como tema de la Comisión de Derecho de Daños: Daños en las relaciones de familia ([www.jndcbahiablanca2015.com](http://www.jndcbahiablanca2015.com)). Tal vez se insista en instalar los daños y perjuicios derivados del divorcio, como ya algunos autores lo vienen sosteniendo en el contexto del nuevo Código Civil.

(9) Algunos autores han criticado esta decisión de política legislativa, propiciando un ejercicio ilimitado de la autonomía de la voluntad en el divorcio, en los siguientes términos: “Ahora bien, si se mantiene la exigencia del juicio de divorcio, propiamente dicho, entonces debió estructurarse un procedimiento que no necesariamente involucre otras cuestiones referentes al matrimonio. Al menos, en forma obligatoria. Dicho de otra manera, una cosa es el divorcio vincular y otra las consecuencias y las cuestiones atinentes al vínculo. Si las partes en forma unilateral o de común acuerdo quieren divorciarse, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, no sería razonable que para regularizar esa situación de hecho, el ordenamiento jurídico les imponga que presenten propuestas o acuerdos sobre las cuestiones que involucran a dicho matrimonio”, SOLARI Néstor El convenio regulador en el juicio de divorcio proyectado, DFyP 2013 (junio), 01/06/2013, 3.

(10) Ya que su omisión impide dar trámite a la petición de divorcio (art. 438 CCC).

destina tres secciones para organizar diversas cuestiones relativas a la finalización del vínculo matrimonial, y destina la Sección 3 a los efectos del divorcio. Si bien pueda resultar engorrosa la referencia a la ubicación metodológica de las normas, entiendo que resulta útil fundamentalmente en esta primera etapa de adaptación a un nuevo Código.

Inaugura la Sección 3ra, que regula los Efectos del divorcio, justamente el convenio regulador. El art. 439 CCC dispone:

**ARTÍCULO 439.- Convenio regulador. Contenido.** 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; al ejercicio de la responsabilidad parental, en especial, la prestación alimentaria; todo siempre que se den los presupuestos fácticos contemplados en esta Sección, en consonancia con lo establecido en este Título y en el Título VII de este Libro. Lo dispuesto en el párrafo anterior no impide que se propongan otras cuestiones de interés de los cónyuges.

### III.a. Consideraciones generales

Una directa aplicación del principio de la autonomía de la voluntad en el divorcio es, efectivamente, la regulación expresa del convenio regulador: son los cónyuges quienes se encuentran en la mejor posición para diseñar el alcance de los efectos jurídicos del divorcio. En otras palabras, son los cónyuges —próximos ex cónyuges— los protagonistas de las propias reglas que regirán sus relaciones familiares posteriores al divorcio.

Si bien en el marco del viejo Código Civil cualquier operador jurídico podría intuitivamente sostener que en una importante cantidad de divorcios, estos acuerdos respecto a los efectos del divorcio se alcanzan con la intervención de los abogados, podemos recurrir a datos más ciertos que la mera intuición. En un interesante estudio socio jurídico, se efectuó un relevamiento de expedientes de divorcio vincular y separación personal, por todas las causales admitidas en el viejo Código Civil, arribando a importantes conclusiones respecto a las modalidades utilizadas por las personas para poner fin al vínculo matrimonial. Por ejemplo, fue posible concluir, empíricamente, que *“la sociedad argentina opta cada vez más por los procesos no contenciosos como forma legal de poner fin al matrimonio, al mis-*

*mo tiempo que privilegia la disolución del vínculo conyugal (la cual instauro un nuevo estado de nupcialidad) por sobre la figura de la separación personal”*<sup>(11)</sup> —dando así respaldo a la decisión de eliminar la separación personal en el nuevo Código Civil y Comercial, máxime al eliminar todo plazo de espera, cuestión que provocaba en muchos casos la elección de la separación personal por sobre el divorcio vincular.

Pero en lo que aquí nos interesa, respecto a los acuerdos arribados respecto a los efectos de contenido económico que produce el divorcio en las relaciones familiares, podemos señalar:

*“El reparto de bienes, la atribución de la vivienda conyugal y la fijación de un canon por alimentos entre cónyuges son aspectos centrales en las relaciones patrimoniales entre quienes se divorcian. Según los datos relevados, es prácticamente nula la práctica de establecer una cuota alimentaria para la manutención de alguno de los cónyuges: sólo en un 2% de los procesos se observó esta asignación, siempre a favor de la mujer, ya que en ningún caso el beneficiario fue el marido. Si bien es un valor muy poco significativo, cabe mencionar que esta proporción se triplica entre los divorcios efectuados por la vía contenciosa, alcanzando el 6%. En relación con los bienes de la sociedad conyugal, solamente el 19% de los expedientes analizados reveló que hubo separación y reparto de los bienes. Esta cifra, a su vez, se compone de un 15% de casos en que los cónyuges acordaron en la misma instancia judicial qué bienes se repartían (en la mayoría de los casos, inmuebles, automóviles, dinero en efectivo y mobiliario) y un 4% de expedientes en que se dejó constancia de que el acuerdo se llevaría a cabo en forma privada. Sólo en una pequeña porción de los expedientes relevados las partes expresaron ausencia de bienes para repartir —4%— y se trata, en general, de procesos sustentados en la previa separación de hecho de los cónyuges. En lo tocante a la atribución de la vivienda conyugal —en aquellos expedientes en que pudo constatarse— se ha efectuado,*

(11) Para un análisis pormenorizado ver TÓFALO Ariel, “El divorcio en Argentina desde un enfoque socio-jurídico. Prácticas sociales y judiciales. Segunda parte, RDF 55-317, 02.07.2012, Citar Abeledo Perrot N°: AP/DOC/2176/2012. Se trata de un estudio de campo, realizado en dos jurisdicciones: Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Salta. Para mayor información respecto a modalidad, ámbito, método y demás respecto al estudio, la primera parte del mismo se publicó en la RDF 53.

en la mayoría de los casos, a favor de la mujer —78%—. Es importante señalar que esta tendencia debe considerarse juntamente con la presencia o no de hijos y con la condición de minoridad de éstos. Como puede observarse en el gráfico siguiente, los valores de atribución de vivienda a favor de la mujer se elevan cuando hay menores implicados —84%— y disminuyen cuando los hijos son mayores de edad —74%—. Asimismo, en los casos en que no ha habido descendencia, la probabilidad de que la mujer se quede en posesión de la vivienda conyugal presenta niveles mucho menores —54%—.<sup>(12)</sup>

Al igual que respecto a la forma de cumplimiento de la obligación alimentaria propia del vínculo filial y el ejercicio de la responsabilidad parental:

*“Como se señaló en el párrafo anterior, la guarda de los hijos menores suele quedar a cargo de la madre, razón por la cual la responsabilidad del aporte económico en concepto de alimentos recae mayoritariamente en el padre. Es importante a su vez anticipar que la muestra de expedientes a analizar en este aspecto es menor al total de casos, ya que sólo contempla los matrimonios con hijos —302 casos— y, entre éstos, aquellos que al momento de divorciarse tenían al menos un hijo menor de edad, dando como resultado un conjunto de 261 casos analizables. Los resultados del análisis sobre esta submuestra de expedientes reflejan que en 177 casos se ha acordado fijar una cuota alimentaria para los hijos, es decir, el 68% del total. La modalidad más habitual para cuantificar el aporte es la determinación de un monto de dinero, el cual puede ser fijado en moneda o pautarse como porcentaje del ingreso del progenitor: entre ambas formas suman dos tercios del total de observaciones, siendo claramente mayoritaria la determinación de una suma fija de dinero —59%—. También se han relevado casos en los cuales la cuota se realiza en especies, no obstante este tipo de aporte suele ser complementario de las formas anteriores —dinero—, ya que en muy pocos casos se determinó una cuota alimentaria completamente basada en especies. Los rubros más habituales en que se encuadran estos aportes son educación (cuota del colegio, ayuda escolar anual, uniformes, transporte escolar), salud (cobertura médica prepaga u obra social, terapia psicológica, medicamentos espe-*

*cíficos) y esparcimiento (actividades deportivas, cuota del club, salidas). Como puede observarse en el cuadro siguiente, la modalidad de cuota alimentaria en especies —sea ésta un complemento del aporte monetario o bien como única forma de contribución— es una práctica que solamente se advierte en los expedientes relevados en la ciudad de Buenos Aires (en adelante, CABA)”<sup>(13)</sup>.*

*“Además de la regulación de los aspectos patrimoniales o de contenido económico derivados de la disolución del vínculo conyugal, en los divorcios que implican matrimonios con hijos menores de edad también debe analizarse la cuestión relativa al régimen de tenencia, esto es, a cuál de los dos progenitores se encomendará la guarda del o los niños menores de edad y la modalidad de comunicación entre el progenitor no guardador y éstos. Como veremos a continuación, la solución habitual —y con habitual queremos significar la más frecuente— otorga a las madres la tenencia de los hijos menores y aplica a los padres un régimen de visitas que regula, al menos en el plano temporal, el modo en que éstos se relacionan con sus hijos. Nuevamente, el total de casos analizables es menor que la muestra total, ya que se basa en los 261 casos en que se registraron hijos menores de edad. Dentro de esta submuestra se pudieron relevar finalmente 222 expedientes en que las partes habían acordado la tenencia de los niños menores, lo que equivale al 85% del total de casos analizables”<sup>(14)</sup>.*

En definitiva, la práctica de celebrar acuerdos respecto a los efectos del divorcio está instalada en la modalidad de acceder al divorcio. Cuestión que no sólo recoge la reforma, sino que además enfatiza. ¿Cómo? Imponiendo como requisito de procedencia de la petición del divorcio la exigencia de plantear de qué manera se desarrollarán los vínculos familiares con posterioridad al divorcio. Si bien no se ha avanzado a imponer la exigibilidad de arribar a un convenio, es decir a acordar todos los aspectos, para poder obtener el dictado de una sentencia de divorcio; lo cierto es que la exigencia de presentar una propuesta —o en el mejor de los casos un convenio— implica que todos los temas o efectos serán sometidos a análisis y debate al menos en una audiencia a celebrar por el juez —en forma personal e indele-

(12) TÓFALO Ariel, “El divorcio en Argentina desde un enfoque socio-jurídico...” op. cit.

(13) TÓFALO Ariel “El divorcio en Argentina desde un enfoque socio-jurídico...” op. cit.

(14) TÓFALO Ariel “El divorcio en Argentina desde un enfoque socio-jurídico...” op. cit.

gable-; es decir, se pondrán todas las cuestiones “sobre la mesa” y serán sometidos a negociación, en aras de un “divorcio limpio” y completo <sup>(15)</sup>.

Los beneficios de la postura reformadora son varios, pero por cuestiones de espacio sólo señalaré dos: 1) se pretende evitar el desgaste emocional, económico y judicial que implican los litigios de familia, provocando y estimulando a los cónyuges a ser artífices de su propio estatuto familiar; y 2) se favorece el cumplimiento de aquellas pautas consensuadas, pues la autocomposición brinda mayores garantías de cumplimiento de lo acordado.

Se reformula entonces la función judicial, la cual abandona el rol que artificialmente le asignaba el derogado Código Civil, sea en los intentos de reconciliación de los cónyuges (derogado art. 236 CC) o en la valoración de pruebas que poca luz podían arrojar sobre la intimidad familiar (a los fines de constatar la configuración de las causales de divorcio).

Así, se fortalece la actividad judicial hacia las cuestiones verdaderamente importantes: los efectos que el quiebre matrimonial produce en los miembros de una familia. ¿De qué modo? Sea a través de la convocatoria a audiencia a los fines de acordar las consecuencias del divorcio, en los supuestos en los cuales las propuestas acompañadas no configuran convenio (art. 438 párrafo 3 CCC); o al ejercer el control sobre el contenido del convenio regulador (art. 438 párrafo 5 CCC); o exigir garantías de cumplimiento de lo acordado, como condición de aprobación del convenio

(15) Esta decisión ha sido criticada por algunos autores: “Por más que la sentencia de divorcio no quede paralizada o condicionada por la falta de acuerdo, lo cierto es que, entonces, debemos preguntarnos cuál es el sentido lógico y práctico por la cual la ley obliga a presentar propuestas o convenios cuando los cónyuges piden el divorcio vincular. Si el desacuerdo de los cónyuges no suspende el dictado de la sentencia ningún sentido tiene obligar a los litigantes a introducir dichas cuestiones en el juicio de divorcio. Lo lógico sería admitir que si las partes no han presentado un acuerdo o convenio es porque hay desacuerdo. Luego, si el procedimiento judicial no queda condicionado a que lleguen a un acuerdo —como surge claramente de la última parte del art. 438— la exigencia deviene irrazonable.” (SOLARI Néstor “El convenio regulador en el divorcio proyectado...” Op.cit). Pero justamente, si bien la sentencia de divorcio igualmente se dictará, la exigencia de presentar un plan de regulación de los efectos impone a los cónyuges la obligación de discutir o plantear los diversos efectos.

regulador (art. 440 CCC). Pues para que el convenio regulador produzca efectos, se requiere de su aprobación judicial (arts. 438 y 440 CCC); pero para el dictado de la sentencia de divorcio, no es necesario lograr un convenio (art. 438 CCC), en aras de focalizar el litigio en las consecuencias derivadas del divorcio, pero no la decisión de divorciarse <sup>(16)</sup>.

Y como la vida es dinámica y compleja, ante la modificación fáctica, el convenio regulador homologado o las decisiones judiciales impuestas ante la falta de acuerdo, son modificables (art. 440 última parte CCC). La modificación de los convenios es indiscutible cuando se refiere a las cuestiones relacionadas a los hijos, pero el tema genera mayor dificultad en aquellos acuerdos que reconocen efectos, extensión, cese, etc de efectos entre los cónyuges. La respuesta surge de la última parte del art. 440 CCC: “*si la situación se ha modificado sustancialmente*” que no es otra cosa que la aplicación de la teoría de la imprevisión o de la tradicional cláusula *rebus sic stantibus*.

Veamos ahora a qué se refiere el convenio regulador.

### III.b. Alcance del contenido del convenio regulador

De la lectura del art. 439 CCC transcripto más arriba, podemos diferenciar dos tipos de efectos que puede producir el divorcio: a) entre los cónyuges y b) respecto a los hijos. Ello, porque es posible distinguir los dos planos de relaciones que se establecen en el ámbito familiar, pues por un lado el divorcio produce efectos estrictamente relacionados a los adultos entre sí (los cónyuges), y por el otro repercute en el ejercicio y alcance de la responsabilidad parental respecto a los hijos. Y a su vez, los efectos pueden ser de carácter patrimonial o extra patrimonial.

Previo a analizar específicamente los efectos concretos, entiendo necesario realizar la siguiente precisión. El texto de la norma comienza con “*El convenio regulador debe contener las cuestiones relativas ...*” y la utilización del verbo “debe”

(16) En una clara toma de posición, el nuevo Código Civil reconoce que el matrimonio se decide y se mantiene con el consentimiento de sus dos integrantes: basta con que uno solo ya no desee mantener el vínculo matrimonial para que se disuelva el vínculo. En forma expresa se manifiesta en los Fundamentos que acompañaron al Proyecto de Reforma.

ha generado ya algunas interpretaciones interesantes.

En efecto, en el análisis de la norma se ha señalado:

*“Autorizada doctrina ha venido analizando esta modificación, sosteniendo que la mentada propuesta reguladora, sea presentada por uno de los cónyuges o por ambos, debe inexorablemente contener puntos relativos no sólo a los aspectos personales —ejercicio de la responsabilidad parental, régimen comunicacional con los hijos, prestación alimentaria— sino también a los aspectos patrimoniales —atribución del hogar conyugal, división de bienes, compensaciones económicas—.”<sup>(17)</sup>*

Es que la mayor complejidad en la interpretación reside en definir si es obligatorio o no incorporar a la propuesta o al convenio regulador las cuestiones relacionadas a la determinación y distribución de los bienes en comunidad, si tal fuera el régimen patrimonial en el cual se desarrolló el matrimonio cuyo divorcio se trate. En concreto: si la propuesta o el convenio regulador no contiene, por ejemplo, pautas relacionadas a la distribución de los bienes comunes ¿el juez debe rechazar la petición de divorcio por incumplimiento de lo dispuesto en el art. 439 CCC?, ¿debe intimar a quien peticionó el divorcio a dar cumplimiento a la carga impuesta por el mencionado artículo?

Algunos autores, por ejemplo Giraudo Esquivó y Simian, toman posición y realizan una distinción respecto a la intensidad del “debe” de la norma: la obligatoriedad se circunscribe a las cuestiones personales y referidas a los hijos, pero es facultativa respecto a aquellas de contenido patrimonial. Fundan su posición en los siguientes argumentos: a) autonomía de la voluntad y mayor garantía de cumplimiento en la determinación del modo de ejercer la responsabilidad parental; b) carácter de principio rector de la autonomía de la voluntad en toda la reforma que se conculcaría al imponer la obligatoriedad de la distribución de bienes ante el elevado costo económico que ello implica —pago de tasa de justicia, impuestos, honorarios de abogados, etc.; c) referencias al derecho comparado en cuanto

a la exigibilidad de propuestas o convenios relacionados sólo a los aspectos personales pero no patrimoniales.

A su vez, citan en su apoyo a otra autora, Mariana Hollweck <sup>(18)</sup>, quien sostiene que si bien una primera lectura de la norma pareciera indicar que ante la insuficiencia de la propuesta o convenio el juez debería al menos intimar a las partes a acompañar las cuestiones faltantes bajo apercibimiento de rechazar la petición, concluye que una propuesta incompleta no debe provocar tal situación ya que la falta de acuerdo no impide el dictado de la sentencia de divorcio, tal como surge del art. 438 CCC. Y teniendo en cuenta la finalidad de la reforma, Hollweck explica:

*“Si lo que se intenta con este proyecto legislativo —conforme surge de sus fundamentos— es que las crisis conyugales sean más pacíficas, estimulando el valor de la autocomposición de los conflictos que aquellas traen aparejados, ordenar el rechazo de la demanda por la falta de una propuesta integral nos parece a todas luces incompatible con la intención del legislador. Insistir con la presentación de una propuesta integral como recaudo necesario para la obtención de su divorcio, llevará a que en muchos casos se efectúen propuestas sin un compromiso adecuado con el sólo objeto de acceder a la sentencia, frustrándose de esta manera la finalidad perseguida.”<sup>(19)</sup>*

Siguiendo esta línea interpretativa, podemos agregar algún otro argumento, proveniente de un análisis sistemático de las cuestiones implicadas.<sup>(20)</sup>

En primer lugar, creo necesario insistir en diferenciar claramente “propuesta” de “convenio regulador”, pues la superposición conceptual de ambos complica la interpretación. Como el divorcio puede ser solicitado en forma unilateral, el art. 438 CCC impone la exigencia de presentar una *propuesta*, la cual en caso de ser acepta-

(18) HOLLWECK, Mariana, “Divorcio vincular. Interpretación de los arts. 437 y 438 del Proyecto”, DFyP, julio de 2012, p. 73. Cita Online: AR/DOC/3094/2012.

(19) HOLLWECK, Mariana, “Divorcio vincular. Interpretación de los arts. 437 y 438 del Proyecto”, op. cit.

(20) También expuestos en PELLEGRINI María Victoria Del divorcio causado al divorcio sin expresión de causa, Revista de Derecho Privado, Año II nro. 6, Reforma del Código Civil V, Familia y Sucesiones, Dir. Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso, ISSN 2250-8015, Infojus, septiembre 2013.

(17) GIRAUDO ESQUIVO, Nicolás; SIMIAN, María Julia, “El convenio regulador en el divorcio incausado: un abordaje diferente. Su necesidad.” Publicado: RDF 67-41, 06.11.2014.

da por el/la otro/a cónyuge se transformará en *convenio regulador*. De lo contrario, podrá ser presentada una contrapropuesta y el/la juez/a intentará arribar a un convenio regulador a través de la audiencia prevista únicamente a tales fines. Incluso podría darse el supuesto que ambos cónyuges estuvieran de acuerdo en peticionar su divorcio y así lo hagan, pero no están de acuerdo respecto a la procedencia y/o extensión de los efectos de tal decisión y entonces aún con una petición conjunta de divorcio ambos presenten sus propias e individuales propuestas. Reitero: lo que le importa al nuevo Código Civil y Comercial son los efectos del divorcio, no sus causas.

Por su parte, el art. 439 CCC establece cuál debe ser el contenido de la propuesta o del convenio regulador: precisa en su inicio algunas de las materias (“...cuestiones relativas a la atribución de la vivienda, la distribución de los bienes, y las eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges; al ejercicio de la responsabilidad parental, en especial, la prestación alimentaria...”), y luego deja abierta la posibilidad de incorporar otras cuestiones (“...Lo dispuesto en el párrafo anterior no impide que se propongan otras cuestiones de interés de los cónyuges”).

Ahora bien, los efectos propios del divorcio, como la atribución de la vivienda o las compensaciones económicas<sup>(21)</sup> son esencialmente derechos disponibles para los cónyuges, pues se mantienen en la esfera de su poder dispositivo: son los cónyuges (ambos o cualquiera de ellos) quienes deciden ejercer o no el derecho que les es reconocido. En otras palabras, son efectos jurídicos del divorcio pero que sólo “funcionan” a petición de parte (principio de rogación): o son acordados o son reclamados. Pero no son impuestos de oficio. Si a pesar de contar con el derecho y la acción para reclamar que se fijen judicialmente estos efectos, ninguno de los cónyuges lo reclama, no incumbe al/la juez/a su imposición forzada, pues permanece en el ámbito de

(21) La procedencia e imposición judicial de ambos efectos, la atribución de la vivienda familiar y la compensación económica, requieren la concurrencia de determinadas condiciones fácticas (conf. arts. 441, 442, 443 y 444 CCC). Sin embargo, estos efectos jurídicos pueden ser convenidos por los cónyuges aún cuando no se presenten tales elementos, pues en tal caso su fuente deriva del carácter convencional, del ejercicio de la autonomía de la voluntad de los cónyuges.

la autonomía de la voluntad de los cónyuges el ejercicio o no del derecho. Por lo tanto, resultaría una contradicción exigir que integren el contenido de la propuesta o el convenio regulador bajo la sanción de no dictarse la sentencia de divorcio, evidenciando por tanto que no es obligatorio peticionar o convenir alguno de estos efectos del divorcio.

Respecto a la distribución de los bienes comunes, es preciso tener en cuenta que el art. 496 CCC dispone que cualquiera de los cónyuges pueda solicitar la partición de los bienes indivisos “en todo tiempo”<sup>(22)</sup>. Es decir, disuelto el régimen de comunidad por las causales establecidas (arts. 475 y ccs. CCC), entre ellas el divorcio, cualquiera de los cónyuges podrá tramitar la partición del haber común en cualquier momento, sin limitación temporal alguna ¿Cuál sería el sentido de esta norma si se efectuara una interpretación rígida y aislada del verbo “debe” utilizado en el art. 439 CC?

Por lo tanto, mediante una interpretación sistematizada e integral, podemos concluir que si la propuesta o el convenio regulador de los efectos jurídicos que el divorcio provocará en las relaciones familiares no contiene todos los temas enunciados en el art. 439 CCC no implica que deba rechazarse la petición de divorcio, ni tampoco intimar a su complemento bajo apercibimiento de no dar curso a la petición de divorcio. Aquello exigido es que se presente una propuesta o convenio regulador de los efectos, con especial énfasis los relacionados con la responsabilidad parental, aunque no necesariamente deban incorporarse también los efectos inter cónyuges. Cualquiera de los cónyuges puede incorporar estos temas, pero no es exigible de oficio que lo haga.

Analicemos entonces cuáles son los efectos jurídicos que pueden integrar la propuesta o el convenio regulador.

### *III.c. Efectos del divorcio entre cónyuges:*

Respecto a los cónyuges, los efectos propios del divorcio vincular son tres: la eventual procedencia de la fijación de una compensación económica (arts. 441 y 442 CCC); la eventual atribución del uso de la vivienda familiar (arts.

(22) ARTÍCULO 496.- Derecho de pedirla. Disuelta la comunidad, la partición puede ser solicitada en todo tiempo, excepto disposición legal en contrario.

443 y 444 CCC) y, con carácter excepcional, la fijación de cuota alimentaria (art. 434 CCC). Con relación al régimen patrimonial, provoca el cese del régimen que resultara vigente en cada matrimonio, que si se trata del de comunidad, resultará procedente su liquidación. Todas estas cuestiones pueden integrar el convenio regulador, incluso, en el caso de la compensación, la atribución de la vivienda y los alimentos entre cónyuges, aunque no se configuren sus requisitos, pues si son acordadas su fuente es convencional.

Sólo unas pocas palabras respecto a los efectos, temas que requieren de un desarrollo mucho más extenso que lo que resta a este artículo

#### \* Compensación económica

En términos muy básicos y a modo de aproximación, se trata de una institución jurídica que pretende facilitar la superación de la injusta pérdida patrimonial que pudiera provocar el divorcio en uno de los cónyuges. Es una medida para recomponer el desequilibrio que el divorcio provoca en un cónyuge en relación al otro y a causa del matrimonio y del divorcio. Pero cuidado: *“No se trata de establecer una especie de derecho adquirido a mantener la posición económica que se obtuvo durante el matrimonio a costa del otro cónyuge, sino más bien se trata de compensar de alguna manera las ganancias que uno de los cónyuges dejó de tener por dedicarse a determinadas tareas familiares”*<sup>(23)</sup>.

En concreto, es un mecanismo que se pone en marcha ante el quiebre del proyecto de vida en común —porque también está previsto ante el cese de una unión convivencial— que tiene por finalidad compensar el desequilibrio económico que dicho quiebre pudiera producir entre quienes compartían una trayectoria familiar común, sea matrimonial o no. Propicia la superación de la pérdida económica que la finalización de tal proyecto familiar puede provocar en alguno de sus miembros, especialmente cuando la convivencia haya producido una desigualdad entre las capacidades de ambos de obtener ingresos; cuestión que en la mayoría de las oportunidades —en el marco de un matrimonio bajo el régimen

de comunidad— el régimen económico matrimonial resulta incapaz de solucionar <sup>(24)</sup>.

Si bien no se trata de una medida expresamente destinada a favorecer al género femenino —pues su configuración no exige que se refiera exclusivamente a “mujeres” y máxime en una legislación como la argentina que reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo— se configura como una herramienta legal que favorece la superación de ciertas diferencias de género estructurales. En términos estadísticos, en el estudio de campo anteriormente señalado, Tófaló concluye:

*“Es importante señalar en este punto un aspecto que fue destacado al comienzo del trabajo y que ahora puede ser leído nuevamente a la luz de los datos obtenidos y de las reflexiones vertidas en este apartado. Como tuvimos oportunidad de observar, el balance de género del colectivo de personas divorciadas mostraba una sobrerrepresentación femenina, es decir, había en nuestro país más mujeres divorciadas que hombres con ese mismo estado civil. Decíamos entonces que este dato podía estar indicando una mayor predisposición por parte de los varones para contraer nuevas nupcias, abandonando su condición de divorciados por su nuevo estado civil de casados. Esta hipótesis se ve ahora reforzada, toda vez que se advierte que las prácticas judiciales en materia de procesos de divorcio siguen el patrón tradicional de reafirmar el compromiso con el trabajo reproductivo en las mujeres, mejorando al mismo tiempo las posibilidades de los hombres de rehacer su vida matrimonial. Como contracara, la responsabilidad que implica para las madres el hecho de mantener la tenencia de los hijos menores dificulta la formación de nuevas parejas estables y convivientes, al menos hasta que los hijos hayan crecido lo suficiente para liberarlas de su cuidado cotidiano. En este sentido, Torrado señala que “la propensión a reincidir en el matrimonio es más intensa entre los hombres que entre las mujeres” debido a que “los*

(23) ORTELLI Ana, Las convenciones matrimoniales y los convenios reguladores de crisis matrimoniales en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Año XV - N° 3551, 11.07.2012, www.eldial.com (compulsado 14.11.2014).

(24) Para un análisis más detallado ver PELLEGRINI María Victoria La compensación económica en el proyecto de reforma del Código Civil, Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea; Dir. Marisa Graham y Marisa Herrera, ISBN 978-987-3720-05-5, Infojus, junio 2014; MOLINA de JUAN Mariel F Compensaciones económicas en el divorcio. Una herramienta jurídica con perspectiva de género, RDF 57-187, Citar ABELEDO PERROT N°: AP/DOC/4234/2012.

*hijos de una pareja divorciada casi siempre quedan a cargo de la madre, por lo que las mujeres aportan a la nueva unión una carga diferente de la que aportan los varones”, razón por la cual concluye que “los hombres quedan menos ‘marcados’ que las mujeres por su pasado nupcial”<sup>(25)</sup>.*

La compensación económica configura una herramienta legal útil para “corregir” los desequilibrios que la elección de un plan de vida más “tradicional” o ligado a los roles clásicos (hombre proveedor/mujer cuidado); al igual que las diferentes modalidades de cuidado personal de los hijos que introduce el nuevo Código Civil y Comercial.

Para cerrar, en la propuesta podrá plantearse el reclamo de fijación de compensación económica —por aquel cónyuge que estime le corresponde— o en el convenio regulador ambos cónyuges podrán acordar tanto la procedencia, como la cuantía, modalidad de pago (al contado o renta), su durabilidad o limitación temporal, las causas de cese, e incluso las posibles modificaciones. Todas las cuestiones relacionadas a la compensación económica son materia fértil del acuerdo entre cónyuges en el convenio regulador. Y, como tal, una vez homologado, de cumplimiento obligado.

#### \* Alimentos entre cónyuges

La obligación alimentaria entre cónyuges es regulada en el nuevo Código Civil diferenciando los diversos supuestos en los cuales resulta procedente: durante la convivencia, durante la separación de hecho y en forma posterior al divorcio. La sistematización de los alimentos durante la separación de hecho logra superar todas las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales que se desarrollaron durante la vigencia del viejo Código Civil, pues la falta de regulación sistematizada de la incidencia de la separación de hecho en la relación matrimonial provocó que se interpretara de diferente manera las fuentes legales —y con ello la extensión y duración— de la obligación alimentaria entre cónyuges durante tal período.

Respecto a los alimentos posteriores al divorcio, el art. 434 CCC establece que los mismos son procedentes en dos supuestos puntuales: a) a favor de quien padece una enfermedad grave y preexistente al divorcio; y b) a favor de quien

carece de los recursos suficientes para su subsistencia, ni medios para procurárselos. Pero la última parte de la norma reconoce la fuente convencional de los alimentos; pudiendo los cónyuges pactar aquello que consideren más conveniente respecto a la procedencia, cuantía, forma de pago, duración, causas de cese, su concurrencia o no con la compensación económica; en fin, todos los aspectos relacionados a la obligación alimentaria entre cónyuges.

Por lo tanto: *“Dado que la regla general del Código Civil y Comercial es la inexistencia de obligaciones alimentarias legales entre los cónyuges luego del divorcio, al parecer, los acuerdos entre cónyuges fuera de los casos de excepción deben entenderse típicamente contractuales. Este carácter no implica que los acuerdos pactados entre los ex cónyuges no puedan ser modificados si varían las circunstancias tenidas en cuenta al pactar, dado que, como se adelantó, el art. 440 CCyC establece expresamente que el convenio homologado podrá ser revisado si la situación se ha modificado sustancialmente. La norma deja abierta las causales que puedan haber provocado ese cambio significativo.”<sup>(26)</sup>.*

#### \* Distribución de bienes comunes

Tal como lo manifestamos más arriba, los cónyuges podrán presentar también un proyecto de liquidación del régimen patrimonial que hubiera regido durante su matrimonio. Si fuera el de comunidad, comprenderá las recompensas por cargas, deudas o bienes que pudieran haberse devengado, como así también la división de los bienes comunes y de las deudas existentes. En cambio, tratándose del régimen de separación de bienes, las posibles recompensas por pagos de deudas, conforme las pautas comunes a todos los regímenes y expresamente al art. 461 CCC.

Ahora bien, Ana Ortelli se cuestiona: *“¿qué hacer de las ganancias o los gastos que sobrevienen una vez firmado el convenio y antes de la sentencia?”<sup>(27)</sup>.*

Entiendo que la cuestión se resuelve analizando sistemáticamente la regulación. En efecto, en el marco del nuevo Código Civil y Comercial, no

(26) KEMELMAJER de CARLUCCI Aída “La autonomía de la voluntad...” op.cit.

(27) ORTELLI, Ana “Las convenciones matrimoniales y los convenios reguladores de crisis matrimoniales en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, op. cit.

(25) TÓFALO Ariel “El divorcio en Argentina desde un enfoque socio-jurídico...” op. cit.

será necesario que transcurra demasiado tiempo entre la petición de divorcio y la sentencia, mucho menos si se logra presentar un convenio, en cuyo caso deviene innecesaria la fijación de audiencia: la sentencia se podrá dictar en forma inmediata a la presentación de la petición y convenio.

Por otra parte, el art. 480 CCC <sup>(28)</sup> fija el momento desde el cual se produce la extinción del régimen patrimonial, manteniendo para el supuesto del divorcio, el carácter retroactivo del cese al momento de la notificación de la demanda (más precisamente, petición del divorcio) o petición conjunta; e incluso previendo también la retroactividad para el supuesto de una separación de hecho precedente al divorcio (resuelve así una ardua discusión doctrinaria y jurisprudencial que generó este tema en el contexto del viejo Código Civil). Y, a todo evento, los arts. 481 a 487 CCC regulan los diversos aspectos relacionados con la indivisión postcomunitaria, producida en vida de ambos cónyuges.

Por último, un tema recurrente en la doctrina y jurisprudencia argentina, en el marco del viejo Código Civil, ha sido precisar las funciones judiciales frente a los convenios de liquidación: ¿qué debe hacer un juez/a frente a un convenio de liquidación libremente acordado por los cónyuges <sup>(29)</sup> y presentado para su homologación? El art. 438 CCC otorga al juez/a funciones de revisión de lo acordado: *“o si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses de los*

*integrantes del grupo familiar las cuestiones pendientes deben ser resueltas por el juez...”*; pero es necesario diferenciar ello de la eventual partición por mitades. Es decir, ciertamente que el convenio regulador requiere de revisión y aprobación judicial, pero respecto a la división de los bienes comunes el art. 498 CCC <sup>(30)</sup> reconoce el carácter vinculante de los acuerdos, independientemente de las porciones convenidas, tema en el cual retroceden las funciones judiciales revisoras.

#### \* Atribución de la vivienda familiar

Por último, este efecto del divorcio que se relaciona fuertemente con aquellos referidos a los hijos pero que también puede producirse frente al divorcio de un matrimonio sin hijos (es un efecto “compartido” en la caprichosa distinción que vengo realizando).

Hace ya varios años, en una obra jurídica fundamental, Aída Kemelmajer de Carlucci decía: *“En otros términos, el problema de la vivienda se agudiza durante las crisis familiares (nulidad, divorcio, separación). Determinar a cuál de los cónyuges corresponde el uso de la vivienda familiar y resolver la inevitable tensión ente los bienes (regidos por los principios de los derechos reales y personales), y las exigencias familiares (dominadas por el derecho de familia) representa uno de los puntos cruciales a la hora de analizar las consecuencias de estas graves vicisitudes matrimoniales”*<sup>(31)</sup>.

La existencia de hijos comunes incide fuertemente y funciona como una pauta legal específica para determinar su procedencia, pero no la única, ya que el nuevo Código Civil y Comercial reconoce el derecho de atribución de la vivienda familiar aún sin hijos, a aquel cónyuge cuyas circunstancias personales evidencian una mayor necesidad de protección respecto al otro cónyuge (conf. art. 443 CCC).

(28) Artículo 480.- Momento de la extinción. La anulación del matrimonio, el divorcio o la separación de bienes producen la extinción de la comunidad con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges. Si la separación de hecho sin voluntad de unirse precedió a la anulación del matrimonio o al divorcio, la sentencia tiene efectos retroactivos al día de esa separación. El juez puede modificar la extensión del efecto retroactivo fundándose en la existencia de fraude o abuso del derecho. En todos los casos, quedan a salvo los derechos de los terceros de buena fe que no sean adquirentes a título gratuito. En el caso de separación judicial de bienes, los cónyuges quedan sometidos al régimen establecido en los artículos 505, 506, 507 y 508.

(29) Como todo negocio jurídico familiar, un convenio de liquidación es pasible de nulidad tanto por vicios en el consentimiento (no siendo por tanto “libremente acordado”) o por vicios propios del acto jurídico (el más habitual en los anales jurisprudenciales lo configura el vicio de lesión).

(30) Artículo 498.- División. La masa común se divide por partes iguales entre los cónyuges, sin consideración al monto de los bienes propios ni a la contribución de cada uno a la adquisición de los gananciales. Si se produce por muerte de uno de los cónyuges, los herederos reciben su parte sobre la mitad de gananciales que hubiese correspondido al causante. Si todos los interesados son plenamente capaces, se aplica el convenio libremente acordado.

(31) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída “Protección jurídica de la vivienda familiar”, Buenos Aires, 1995, Editorial Hammurabi, pág. 225.

Independientemente a ello, ambos cónyuges pueden convenir la procedencia de esta atribución, sus efectos, duración, causales de extinción y toda otra cuestión, como por ejemplo precisar cuál es la “vivienda familiar” (ante la existencia de diversos inmuebles o aún si decidieron vivir en forma separada, a pesar del “deber” de convivencia impuesto).

#### *III.d. Efectos en relación a los hijos*

Respecto a la responsabilidad parental, el nuevo Código Civil y Comercial introduce profundos e importantes cambios <sup>(32)</sup>. Me limitaré aquí a señalar las principales cuestiones que pueden ser objeto de acuerdo: las modalidades respecto al ejercicio de la responsabilidad parental y la forma de cumplimiento de la obligación alimentaria.

#### *\* Ejercicio de la responsabilidad parental*

Si bien el art. 641 CCC sienta como principio general que también en el caso de divorcio corresponde a ambos progenitores, ambos podrán pactar su ejercicio unilateral, o establecer distintas modalidades (por ejemplo, asignar algunas de las funciones a uno de los progenitores y otras al otro, imponiendo la necesidad de decisiones comunes aún en materias en las que el Código no lo impone, etc).

A su vez, podrán acordar quién de los progenitores ejercerá el cuidado personal del niño/a (art. 649 CCC) y su modalidad (art. 650 CCC). En definitiva, a través del plan de parentalidad (art. 655 CCC) los progenitores pueden convenir to-

das aquellas cuestiones relacionadas a la forma de desarrollar y ejercer la responsabilidad parental, adecuándose a las necesidades y elecciones de cada grupo familiar, teniendo en cuenta los principios generales sobre los cuales se edifica la regulación respecto a la responsabilidad parental (arts. 638 y 639 CCC), contemplando también de qué modo se garantizará el derecho-deber de contacto con otros parientes (con los abuelos, por ejemplo) o posibles delegaciones del ejercicio en terceras personas (art. 643 CCC) o previsiones ante la muerte (como la designación de tutor, art. 106 CCC).

#### *\* Alimentos*

La obligación alimentaria es una de las específicas responsabilidades de los progenitores respecto a sus hijos y uno de las cuestiones más importantes a resolver en las crisis matrimoniales, atento que involucra directamente derechos humanos de niños, niñas y adolescentes tan básicos como son la alimentación, vestimenta, salud, educación, etc.

En el nuevo Código Civil y Comercial podemos distinguir tres grandes grupos de beneficiarios, tratándose de hijos comunes: a) hijo/as menores de 18 años; b) hijo/as entre 18 a 21 años sin recursos suficientes (art. 662 CCC) y c) hijo/as mayores de 25 años que se capacitan y por ello no pueden procurarse su sustento (art. 663 CCC). En los tres casos se otorga legitimación para efectuar su reclamo o convenirlos al progenitor conviviente. A su vez, al regular los deberes y derechos de los progenitores afines (art. 672 CCC) se impone obligación alimentaria subsidiaria y excepcionalmente con durabilidad incluso luego del cese del matrimonio, en aquellos supuestos que la modificación del status quo pudiera provocar perjuicios al niño/a o adolescente (art. 676 CCC).

En definitiva, éste es uno de los ámbitos de mayor importancia para la concreción de acuerdos y, en virtud de la finalidad tuitiva respecto a niños, niñas y adolescentes, sobre los cuales corresponde exigir que la propuesta o convenio lo incluya (especial énfasis del art. 439 CCC).

#### **IV. A modo de (esperanzador) cierre**

La expresa intencionalidad de la Comisión de reformas al Código Civil, reflejada en los Fundamentos que acompañaron el Anteproyecto presentado al Poder Ejecutivo Nacional, de lograr la adecuación de la normativa clave en materia

(32) Para un análisis más profundo de los cambios en responsabilidad parental ver, entre otros: HERRERA Marisa “Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar”, Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre), 17/11/2014, 39, Cita Online: AR/DOC/3846/2014; MIZRAHI, Mauricio Luis, “La responsabilidad parental. Comparación entre el régimen actual y el del Proyecto de Código, La Ley 18/03/2013, 18/03/2013, 1 y del mismo autor “El cuidado personal del hijo en el Proyecto de Código”, La Ley 20/05/2013, 20/05/2013, 1 - La Ley 2013-C, 925 Cita Online: AR/DOC/1222/2013; NOTRICA Federico y RODRIGUEZ ITURBURU Mariana “Responsabilidad parental. Algunos aspectos trascendentales a la luz del Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación. Saldando viejas deudas”; Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea, directoras Marisa Graham y Marisa Herrera, 1ª. edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, julio 2014, pág. 133.

de derecho privado a los postulados constitucionales es evidente, enfática y precisa en el ámbito de las relaciones familiares. En otras palabras, el Libro II del Código Civil y Comercial argentino organiza la vida familiar de los argentinos en función de principios constitucionales que funcionan como pilares de una estructura constitucional-convencional.

Señala Marisa Herrera, con su franca pluma: *“Si bien era acertado lo que dijo el recordado constitucionalista Bidart Campos acerca de que “La ley no es el techo del ordenamiento jurídico”, lo cierto es que si la propia ley recepta y está en total consonancia con los principios que sostienen la doctrina internacional de los Derechos Humanos, la interpretación y aplicación de la ley se vuelve más sencilla y en definitiva, previsible y*

*operativa, con la consecuente seguridad jurídica que se deriva de todas estas virtudes, todo en beneficio de los principales destinatarios de las normas: las personas”*<sup>(33)</sup>.

Resta entonces que al momento de la plena vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, la interpretación y aplicación de la ley esté a la altura de las circunstancias, *“en beneficio de los principales destinatarios de las normas: las personas.”* ♦

---

(33) HERRERA Marisa “Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar”, Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre), 17/11/2014, 39, Cita Online: AR/DOC/3846/2014.

# LA UNIÓN CONVIVENCIAL EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL: LA REGULACIÓN INTEGRAL DE OTRA FORMA DE VIVIR EN FAMILIA

POR NATALIA DE LA TORRE

## 1. La antesala de la regulación: el marco histórico

El Código napoleónico de 1804 adoptó una actitud abstencionista respecto a la regulación de las relaciones de familia surgidas de una unión de hecho, ejerciendo una fuerte influencia sobre las codificaciones americanas y europeas decimonónicas que lo precedieron y tomaron como antecedente.

Como es sabido, el Código Civil redactado por Vélez Sarsfield se inscribió en esta línea del Código Civil Francés, negándole reconocimiento de efectos jurídicos a las relaciones afectivas de parejas sin base matrimonial, posición sintetizada comúnmente con el adagio *“como los concubinos ignoran la ley, la ley debe ignorarlos”*.

Sin embargo, esta posición abstencionista originaria fue virando con el tiempo por fuerza de la realidad. De esta forma, sucesivas reformas parciales al Código Civil (leyes 17.711, 23.264, 20.798 y 23.515) y la sanción de distintas leyes especiales de claro cariz asistencial (leyes 20.744, 23.091, 24.193, 24.417, entre otras) abrieron paso a un modelo regulatorio caracterizado por un proteccionismo mínimo y parcial basado, fundamentalmente, en el reconocimiento de derechos de los convivientes frente a terceros (el empleador, la aseguradora de trabajo, el Estado a través de su organismo de Seguridad Social, el locador de la vivienda, etc.).

Reconstruiremos en el siguiente cuadro, a modo de síntesis, esta evolución legislativa en

materia de reconocimiento legal <sup>(1)</sup> de las convivencias de pareja como antesala de lo que veremos luego; la regulación integral de esta forma de organización familiar en el nuevo Código Civil y Comercial:

*Ver cuadro en pág. sigte*

---

(1) La ley 23.515 también ha visibilizado esta forma de organización familiar pero, en este caso, negando ciertos efectos jurídicos ante la ocurrencia de una posterior unión convivencial. Veamos. A la hora de regular uno de los efectos del divorcio vincular y de la separación personal, el derecho alimentario post ruptura de la vida matrimonial (arts. 207, 208 y 209 del Código Civil vigente), se establece que la vida en concubinato con un tercero por parte del alimentado es causal de cese del derecho a percibir alimentos (conf. arts. 210 para el caso de la separación personal y 218 para el caso del divorcio vincular, Código Civil vigente). Asimismo, la misma ley 23.515 también ha introducido modificaciones sobre la regulación del derecho sucesorio, estableciendo que aquellas personas separadas personalmente, sobre las cuales subsiste la vocación hereditaria —el declarado inocente o el cónyuge enfermo— la pierden si viviesen en concubinato, de conformidad con lo dispuesto en el art. 3574 del Código Civil. Por último, el concubinato también es causa de pérdida de otro derecho; el derecho real de habitación vitalicio y gratuito del cónyuge supérstite receptado e incorporado al Código Civil vigente por el artículo 3573 bis en el año 1974 conforme Ley 20.798. Para profundizar, ver AZPIRI, Jorge O., Uniones de hecho, 2° edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

LEGISLACIÓN	TEMA	ARTICULADO
Ley 17.711 (año 1968)	Matrimonio in extremis. Derecho Sucesorio	Art. 3573 CC.: “La sucesión deferida al viudo o viuda en los tres artículos anteriores, no tendrá lugar cuando hallándose enfermo uno de los cónyuges al celebrarse el matrimonio, muriese de esa enfermedad dentro de los treinta días siguientes, <b>salvo que el matrimonio se hubiere celebrado para regularizar una situación de hecho</b> ”.
Ley 23.264 (año 1985)	Filiación. Acción de reclamación de estado. Prueba	Art. 257 CC. “ <b>El concubinato</b> de la madre con el presunto padre durante la época de la concepción hará presumir su paternidad, salvo prueba en contrario”.
Ley 20.774	Indemnización por muerte del trabajador	Art. 248. —Indemnización por antigüedad. Monto. Beneficiarios.  En caso de muerte del trabajador, las personas enumeradas en el artículo 38 del Decreto-ley 18.037/69 tendrán derecho, mediante la sola acreditación del vínculo, en el orden y prelación allí establecido, a percibir una indemnización igual a la prevista en el artículo 247 de esta ley.  <b>A los efectos indicados, queda equiparada a la viuda, para cuando el trabajador fallecido fuere soltero o viudo, la mujer que hubiese vivido públicamente con el mismo, en aparente matrimonio, durante un mínimo de dos (2) años anteriores al fallecimiento.</b>  <b>Tratándose de un trabajador casado y presentándose la situación antes contemplada, igual derecho tendrá la mujer del trabajador cuando la esposa por su culpa o culpa de ambos estuviere divorciada o separada de hecho al momento de la muerte del causante, siempre que esta situación se hubiere mantenido durante los cinco (5) años anteriores al fallecimiento.</b>
Ley 23.091	Locaciones Urbanas	<ul style="list-style-type: none"> <li>ARTICULO 9º — Continuos del locatario. En caso de abandono de la locación o fallecimiento del locatario, el arrendamiento podrá ser continuado en las condiciones pactadas, y hasta el vencimiento del plazo contractual, por quienes acrediten <b>haber convivido y recibido del mismo ostensible trato familiar</b>.</li> </ul>
Ley 24.193	Trasplante de Órganos	Artículo 15: Sólo estará permitida la ablación de órganos o tejidos en vida con fines de trasplante sobre una persona capaz mayor de dieciocho (18) años, quien podrá autorizarla <b>únicamente en caso de que el receptor sea su pariente consanguíneo o por adopción hasta el cuarto grado, o su cónyuge, o una persona que, sin ser su cónyuge, conviva con el donante en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres (3) años, en forma inmediata, continua e ininterrumpida.</b>  <b>Este lapso se reducirá a dos (2) años si de dicha relación hubieren nacido hijos.</b>
Ley 24.241	Derecho a pensión	Artículo 53.— En caso de muerte del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad, gozarán de pensión los siguientes parientes del causante:  a) La viuda, b) El viudo, c) La conviviente, d) <b>El conviviente (...)</b>  <ul style="list-style-type: none"> <li>En los supuestos de los incisos c) y d) se requerirá que el o la causante se hallase separado de hecho o legalmente, o haya sido soltero, viudo o divorciado y <b>hubiera convivido públicamente en aparente matrimonio durante por lo menos cinco (5) años inmediatamente anteriores al fallecimiento. El plazo de convivencia se reducirá a dos (2) años cuando exista descendencia reconocida por ambos convivientes.</b></li> <li><b>El o la conviviente excluirá al cónyuge superstite cuando éste hubiere sido declarado culpable de la separación personal o del divorcio. En caso contrario, y cuando el o</b></li> </ul>

LEGISLACIÓN	TEMA	ARTICULADO
Ley 24.241	Derecho a pensión	<p><i>la causante hubiere estado contribuyendo al pago de alimentos o éstos hubieran sido demandados judicialmente, o el o la causante hubiera dado causa a la separación personal o al divorcio, la prestación se otorgará al cónyuge y al conviviente por partes iguales.</i></p> <p><i>Resolución del ANSES 671/2008:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <i>Art 1: “Declárese a los convivientes del mismo sexo incluidos en los alcances del art 53 de la ley 24.241, como parientes con derecho a la pensión por fallecimiento de jubilado...”</i></li> </ul>
Ley 24.374 (año 1994)	Inmuebles. Régimen de regularización dominial	<b>Art. 2.</b> <i>“...las personas que, sin ser sucesores, hubieran convivido con el ocupante originario, recibiendo trato familiar, por un lapso no menor de 2 años (...) y que hayan ocupado el inmueble”</i>
Ley 24.417	Violencia Familiar	<i>Art. 1: Toda persona que sufre lesiones o maltrato físico o psíquico por parte de algunos de los integrantes del grupo familiar podrá denunciar esos hechos (...). A los efectos de esta ley se entiende por “grupo familiar” al originado en el matrimonio o en las “uniones de hecho”</i>
Ley 26.529	Derechos del Paciente	<p><i>Art. 4. “En el supuesto de incapacidad del paciente o imposibilidad de comprender la información a causa de su estado físico o psíquico, la misma será brindada a su representante legal o, en su defecto, al cónyuge que conviva con el paciente, o la persona que, sin ser su cónyuge, conviva o esté a cargo de la asistencia o cuidado del mismo y los familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad”.</i></p> <p><i>Art. 19. “Establécese que se encuentran legitimados para solicitar la historia clínica:... b) <b>El cónyuge o la persona que conviva con el paciente en unión de hecho, sea o no de distinto sexo</b> según acreditación que determine la reglamentación y los herederos forzosos, en su caso, con la autorización del paciente, salvo que éste se encuentre imposibilitado de darla”.</i></p>
Ley 26.862	Acceso a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida	<b>Art. 8.</b> <i>“...incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, <b>con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación.</b> Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual <b>no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios”</b></i>

El reconocimiento de ciertos efectos jurídicos a las uniones convivenciales también fue receptado a partir de la sanción de leyes locales sancionadas en algunas jurisdicciones de nuestro país. Legislaciones que, dada la acotada competencia legislativa que ostentan, ya que la regulación de derechos de fondo le corresponde al Congreso de la Nación, significaron más un reconocimien-

to simbólico que un verdadero plexo de derechos sustantivos a los convivientes. Sobre todo, porque antes de la sanción de la Ley 26.618 que eliminó el requisito de diversidad sexual para la celebración del matrimonio, estas leyes locales visibilizaron por primera vez, a las parejas del mismo sexo, otorgándole los mismos —pocos— derechos que a las parejas de distinto sexo.

En este marco, se destaca la Ley 1004 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sancionada en el año 2002, que en su artículo 1 define qué ha de entenderse por Unión Civil: “*se entiende por Unión Civil: a) a la unión conformada libremente por dos personas con independencia de su sexo u orientación sexual, b) que hayan convivido en una relación de afectividad estable y pública por un período mínimo de dos años, salvo que entre los integrantes haya descendencia en común, c) los integrantes deben tener domicilio legal en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, inscripto con por lo menos dos años de anterioridad a la fecha en la que solicita la inscripción y d) inscribir la unión en el Registro Público de Uniones Civiles.*” A los efectos de esta ley, el art. 4 equipara a las uniones civiles registradas con los matrimonios, “*para el ejercicio de los derechos, obligaciones y beneficios que emanan de toda la normativa dictada por la Ciudad, los integrantes de la unión civil tendrán un tratamiento similar al de los cónyuges.*” ¿Qué derechos? La extensión de la cobertura de obra social o prepaga para la pareja, licencia por enfermedad de la pareja, derecho a pedir vacaciones o licencias durante el mismo período, derecho a pensión por fallecimiento del otro, acceso a subsidios o pensiones otorgadas por la Ciudad, participar de planes oficiales de vivienda y la gestión de créditos en conjunto, entre otros.<sup>(2)</sup>

Al poco tiempo de sancionada la ley 1004, la provincia de Río Negro también sancionó su Ley 3736 titulada de “Convivencia Homosexual”, sancionada en abril de 2003. Esta normativa local, colocó en pie de igualdad a las parejas de diverso y mismo sexo. Permitiéndoles a estas últimas, “efectuar una declaración jurada que certifique su convivencia ante la autoridad competente” (art. 1) ante la presencia de dos testigos (art. 2).

Por último, caben destacar dos iniciativas a nivel municipal en la Provincia de Córdoba: a) las ordenanzas 279 y 344 del año 2009 del municipio de Río Cuarto que definen a la unión civil en los siguientes términos, “*se entiende por Unión Civil a la unión conformada libremente por dos personas mayores de edad y capaces, que expresan su consentimiento*

*ante autoridad competente y que conviven en una relación de afectividad estable y pública, con independencia de su género*” (art. 2, ordenanza 344), exigiendo para su reconocimiento la convivencia estable por un período mínimo de un año, excepto que haya descendencia en común (art. 4, ordenanza 344) y b) la carta orgánica del municipio de Villa Carlos Paz, del año 2007, que en su artículo 55 establece que, “*El municipio reconoce la Unión Civil entre personas de igual o distinto sexo que acrediten residencia en la Ciudad no menor a cinco años, organizándose a tal efecto un Registro que certifique el hecho, reglamentándose con ordenanza que se dicte a tal efecto.*”

Asimismo, este movimiento legislativo protectorio se vio reforzado, tras la reforma constitucional del año 1994, a través del reconocimiento jurisprudencial de ciertos derechos fundados en la obligada perspectiva de derechos humanos y la constitucionalización del derecho de familia<sup>(3)</sup> o de las familias en plural.

Así, en el año 1995, la Cámara Nacional Civil en pleno<sup>(4)</sup> ha reconocido el daño material por la muerte del conviviente y, con menor grado de recepción, la jurisprudencia ha declarado en algunos precedentes la inconstitucionalidad del art. 1078 CC<sup>(5)</sup>, concediendo también el daño

(3) Para profundizar sobre el concepto de constitucionalización del derecho de familia se recomienda compulsar, entre otros tantos: KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, “El derecho de familia en la República Argentina en los inicios del siglo XXI. Su inexorable proceso de constitucionalización y adecuación a los tratados internacionales de derechos humanos”, en Revista de Derecho Comparado. Derecho de Familia II, n° 10, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2005, p. 7 y ss.; GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS; FAMÁ, MARÍA VICTORIA y HERRERA, MARISA, Derecho Constitucional de Familia, Bs. As., Ediar, 2006; LLOVERAS, NORA y SALOMÓN, MARCELO, El derecho de familia desde la Constitución Nacional, Bs. As., Editorial Universidad, 2009; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA (dir.) y HERRERA, MARISA (coord.), La familia en el nuevo derecho, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009; y HERRERA, MARISA (dir.), CULACIATI, MARTÍN y RODRÍGUEZ ITURBURU (coords.), Teoría y práctica del derecho de familia de hoy, Bs. As., Edudeba, 2012, capítulo I, “Derecho de Familia y Derechos Humanos”, p. 9 y ss.

(4) CNCiv., en pleno, 04/04/1995, “Fernández, María C. y otro vs. El Puente S.A.”, en JA 1995-II-201.

(5) Ver entre otros tantos: Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chacho, 23/10/2007, “C., S. R. y otros c. Moreno, Eduardo y/u otros”, La Ley online: AR/JUR/9178/2007; Superior Tribunal de la Provincia de Río Negro, 28/11/2007, “M., E. G. c/. Edersa S.A.”, LLPatagonia

(2) Las uniones civiles en la Ciudad de Buenos Aires, Noviembre 2013, Informe de Resultados 605, Dirección General de Estadísticas y Censos, Ministerio de Hacienda, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Disponible en [http://www.buenosaires.gob.ar/areas/hacienda/sis\\_estadistico/ir\\_2013\\_605.pdf](http://www.buenosaires.gob.ar/areas/hacienda/sis_estadistico/ir_2013_605.pdf), compulsada el 15/11/2014.

moral. Por su parte, en protección de los hijos de las personas no casadas, y por aplicación del principio de igualdad entre hijos matrimoniales y no matrimoniales, se ha hecho uso de la aplicación analógica del art. 1277 CC <sup>(6)</sup>. Asimismo, se ha concedido el derecho de protección a la vivienda, extendiendo la aplicación de la regulación del bien de familia en caso de existencia de hijos <sup>(7)</sup> y en una sentencia reciente, 16/05/2014, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil también extendió la protección de la vivienda a convivientes sin hijos <sup>(8)</sup>. Cabe aclarar, en este caso, que lo que comenzó como un reconocimiento jurisprudencial en el ámbito del Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad de Buenos Aires, por ejemplo, alcanzó nivel reglamentario ante existencia de hijos. También podemos mencionar el reconocimiento jurisprudencial de la adopción conjunta, previa declaración de inconstitucionalidad del art. 312 CC <sup>(9)</sup>.

Se trata de concesiones que reflejan la misma impronta: el reconocimiento como realidad fa-

2009 (abril), 745, con nota de María Belén Delucchi; Richar F. Gallego; La ley online: AR/JUR/13439/2007; Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, 7/9/2010, "Zonca Roberto A. C/ Cesar Rodriguez Ruiz y Coop. de Seguros P/ D. Y P. S/ CAS", causa n°: 98.009, <http://www.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php>.

(6) Ver entre otros: Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil N° 33, 15/03/2005, "M., G. F. v. S., C. M.", en Abeledo Perrot online N° 35001405; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 31/05/2006, "V. S. S. c. A. N. del V", en LA LEY 2006-D, 603 con nota de María Victoria Famá.

(7) Ver entre otros: CNCiv., sala L, 12/06/2002, "P., E. c. Registro de la Propiedad Inmueble", en La Ley 2003-A, 42; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 28/05/2010, "Máximo Vittorio Marchetti y Adriana Lidia Vázquez", en LA LEY 2010-D, 561; Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán, 12/04/2010, "V.S.E. y otro c. Provincia de Tucumán", en LLNOA 2010 (octubre), 808 con nota de Ricardo Alberto Grisetti; Alejandra Grisetti.

(8) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, 16/05/2014, "Ceber, Juana c. Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal s/ recurso directo a Cámara", en LA LEY 2014-E, 176.

(9) Ver entre otros: Tribunal Colegiado del Fuero de Familia Nro. 2 de La Plata, 13/04/2010, "G., C. B.", en ABELEDO PERROT N°: 70062562; Juzgado de Familia de Esquel, 01/02/2010, "G., P. A. y otro", en ABELEDO PERROT N°: 70058468; Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 21/03/2012, "N., M. D. y otra s/adopción plena", en LA LEY 2012-D, 184.

miliar se ha llevado a cabo mayormente en pos del resguardo de los convivientes frente a terceros (como en el caso del daño, por ejemplo), o en resguardo de terceros (como en el caso de la aplicación del principio de igualdad y no discriminación entre hijos matrimoniales e hijos extramatrimoniales), y no se han reconocido efectos jurídicos entre las personas adultas que conforman la unión convivencial, salvo aisladas excepciones.

## II. Los fundamentos de la regulación integral de esta forma de vivir en familia<sup>(10)</sup> en el nuevo Código Civil y Comercial: ¿por qué regular?<sup>(11)</sup>

La respuesta a este interrogante no puede darse de modo indiviso: deviene de un análisis conjunto de distintas concausas que han de explicar la necesidad de regular integralmente esta forma de vivir en familia en los albores del siglo XXI en Argentina.

En este sentido, podemos mencionar tres de los que consideramos principales fundamentos o razones en pos de la incorporación de las uniones convivenciales: a) la existencia de una evolu-

(10) Para profundizar sobre los distintos aspectos de la regulación de las uniones convivenciales se recomienda compulsar entre otros: Tallano, Laura S.; Negretti, Carola I., "El estado de familia y la unión convivencial: ¿se enlazan jurídicamente?", en RDF 67-7; Berardi, Fabiana B., "Condóminos y convivientes. ¿Por qué no respetar los acuerdos cuando se divide el condominio?", en RDF-2014-V-79; Pellegrini, María Victoria, "Convivencia con papeles o ¿sin derechos?", RDF 2014-V-254; Monjo, Sebastián, "La unión convivencial y la sociedad de hecho", en RDF 2014-V-208; Peracca, Ana G., "Los hijos y la acreditación de existencia de la unión (convivencial) de hecho", en RDF 2014-IV-8; Rossi, Julia, "Los alimentos en las uniones convivenciales", en RDF 60-111; Pellegrini, María Victoria, "Las uniones convivenciales en el Anteproyecto de Código Civil", en SJA 2012/06/20-3, JA 2012-II-125; Molina de Juan, Mariel, "Las uniones convivenciales en el Proyecto de Reforma del Código Civil. No será lo mismo casarse que no casarse", en elDial.com DC1B15; ; LLOVERAS, NORA, "Libertad con responsabilidad y solidaridad. La regulación de las uniones convivenciales", en Revista de Derecho Privado, año II, n° 6, setiembre de 2013, Ediciones Infojus, p. 147 y ss.

(11) Parte de este apartado ha sido desarrollado en otro trabajo anterior: DE LA TORRE, Natalia, "Algunas Consideraciones entorno a la regulación proyectada en las uniones convivenciales", en Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea", Marisa Graham y Marisa Herrera (directoras), 1 ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2014, p. 332 y ss.

ción legislativa de claro tinte asistencial y un tibio reconocimiento jurisprudencial de algunos derechos a los convivientes, que hemos analizado y desarrollado ut supra; b) el principio de realidad y c) la constitucionalización del derecho privado.

### II.1. Principio de realidad

En los Fundamentos que acompañaron al Anteproyecto se dice: *“En materia de familia se han adoptado decisiones importantes a fin de dar un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no se pueden ignorar”* y se agrega *“se regulan las uniones convivenciales, fenómeno social cada vez más frecuente en la Argentina”*.

Tan frecuente que, de acuerdo a los datos que arroja el último Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2010, en la Argentina casi 4 de 10 personas que viven en pareja lo hacen en una convivencia no matrimonial (38%). Se trata de un número que aumenta conforme dos fenómenos socioculturales que la Reforma tampoco podía desoír a la hora de regular: i) la población más joven que cohabita antes de casarse, muchas veces a “modo de prueba” y ii) la población de sectores sociales vulnerables en términos de derechos económicos, sociales y culturales que, en muchos casos, no tiene acceso a un registro civil o que, debido a esa situación de vulnerabilidad, poco es lo que pueden verdaderamente elegir en términos de autodeterminación del plan de vida, incluido el familiar.

Ilustrando el primer grupo, si tomamos la franja etaria de total país que va entre los 14 y los 29 años conforme los datos del Censo 2010, casi 8 de diez personas que viven en pareja lo hacen por fuera del matrimonio (77%).

En el segundo grupo, si tomamos a los sectores menos favorecidos económica y culturalmente, los números también se acrecientan en favor de las uniones convivenciales. Así, en una provincia como la de Formosa, observamos que conforme al último censo, 5 de 10 personas de 14 años o más que viven en pareja lo hacen por fuera del matrimonio (54,50%).

La realidad es insoslayable, la regulación integral se tornaba imperante. El derecho debía iluminar estas zonas “sin ley”, dejar de silenciar a gran parte de la sociedad y cumplir con la manda constitucional convencional de protección integral de las familias en plural.

### II.2. La constitucionalización del derecho privado

La constitucionalización del derecho privado ha venido a significar, en términos generales, un cambio de paradigma respecto al modo de entender las relaciones entre el derecho público y el derecho privado. De una división tajante entre lo público y lo privado, pasamos a una relación de comunidad, donde la doctrina internacional de derechos humanos se ha vuelto el vaso comunicante entre el orden constitucional y el infra constitucional. Nuevamente, los Fundamentos que acompañaron al Anteproyecto son claros en este punto al decir que “[se] establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina”.

Como es sabido, en el caso de nuestro país, este nuevo plafón irradia su luz a partir de la reforma constitucional de 1994 que incorpora con jerarquía constitucional distintos tratados de derechos humanos conformando lo que se conoce como bloque constitucional federal (art. 75, inc. 22, CN). Desde este bloque —teniendo en cuenta el texto del art. 14 bis CN y los tratados que la nación ha suscripto que hacen referencia a la familia, conforme la interpretación de sus órganos máximos— no se identifica la familia con un modelo único, en otros términos, no existe identidad entre familia y matrimonio, pues familia desde la obligada mirada de los derechos humanos se enuncia en plural.

Tan en plural debe enunciarse —so pena de cercenar y violar un derecho humano básico como el derecho a vivir en familia— que, a nivel regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile” del 24/02/2012<sup>(12)</sup> ha expresado:

“La Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni muchos menos se protege sólo un modelo ‘tradicional’ de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio” (parágrafo 142).

(12) CIDH, 24/02/2012, “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, resumen de la sentencia [en línea], [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen\\_239\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_239_esp.pdf)

Si el bloque de constitucionalidad federal no circunscribe el vocablo “familia” a la familia matrimonial y manda a proteger a las familias en términos de pluralidad, fácil se advierte la necesidad de compatibilizar y reformar un ordenamiento jurídico infraconstitucional —en este caso, el Código Civil aún vigente— que, pese a las reformas parciales que ha sufrido, sigue enraizado en un modelo monista, arquetípico y exclusivo de familia matrimonial, colocando fuera del amparo del derecho a otras formas de familias tan válidas como la matrimonial desde la obligada mirada constitucional-convencional.

### III. La regulación de las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial: constitución, prueba y cese de la unión

#### III.1. Requisitos constitutivos

El Código Civil y Comercial en el Libro Segundo sobre las “Relaciones de Familia” se dedica de manera específica y autónoma en el Título III a las “Uniones convivenciales”, destinando veinte artículos a regular esta forma de organización familiar.

Para desentrañar la estructura de este Título III cabe apelar a lo que se explicita en los Fundamentos que acompañaron al Anteproyecto: *“En la tensión entre autonomía de la voluntad (la libertad de optar entre casarse y no casarse, cualquiera sea la orientación sexual de la pareja) y orden público (el respeto por valores mínimos de solidaridad consustanciales a la vida familiar) el proyecto adopta una postura intermedia, al reconocer efectos jurídicos a la convivencia de pareja, pero de manera limitada. Mantiene diferencias entre dos formas de organización familiar: la matrimonial y la convivencial, distinciones que se fundan en aceptar que, en respeto del artículo 16 de la Constitución Nacional es posible brindar tratamiento diferenciado a modelos distintos de familia”*.

Autonomía en toda su extensión pero con responsabilidad por el proyecto familiar asumido: solidaridad entre personas adultas a las que las une o las unió un fuerte vínculo afectivo y un proyecto de vida familiar común.

Teniendo en cuenta estas consideraciones y las razones que determinan el por qué regular esta realidad familiar ya analizadas, el Código Civil y Comercial —en el capítulo I, del título III— reconoce la unión estable, pública, notoria y permanente de dos personas de igual o distinto sexo que comparten un proyecto de vida en común basado

en el afecto (art. 509 CCyC) como una forma de vivir en familia, alternativa al matrimonio.

Asimismo, exige una serie de requisitos a ser cumplidos para que proceda el reconocimiento de ciertos efectos jurídicos previstos en los capítulos III y IV del título III: mayoría de edad, no estar unidos por vínculos de parentesco, no estar casados o en otra unión convivencial y mantener la convivencia por un mínimo de dos años (art. 510 CCyC).

Cobra especial interés el último de los requisitos mencionados, más teniendo en cuenta que el nuevo código en pos de no dejar nuevamente fuera del derecho a un grupo amplio de personas, sobre todo a aquellas más vulnerables, no exige la registración de la unión como modo de constitución. Es decir, la registración es posible y se prevé pero solo a los fines de facilitar la prueba de la unión (arts. 511 y 512 del CCyC) aunque las parejas registradas tengan un plus de reconocimiento frente a terceros respecto de la protección de la vivienda familiar<sup>(13)</sup>. Pero decíamos: el factor tiempo es determinante en este tipo de uniones pues, a diferencia del matrimonio que se constituye a partir de un hecho formal de celebración —momento de máxima expresión de autonomía en la forma familiar matrimonial—, aquí falta tal elemento y la pregunta surge sola: ¿cuándo una relación de pareja amerita ser considerada un proyecto familiar en común como para reconocerle ciertos derechos?

El tiempo exigido —dos años— es una cuestión de política legislativa, los criterios en el derecho comparado son variados (solo a modo de ejemplo, Paraguay exige 4 años de convivencia, Uruguay, 5 años, etc.) y, en este punto, existen en nuestro medio leyes locales antecesoras, como la ley 1004 de la Ciudad de Buenos Aires, que establecen también dos años como piso mínimo para el reconocimiento de ciertos efectos jurídicos. La

(13) ARTÍCULO 522 del CCyC- Si la unión convivencial ha sido inscripta, ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de la vivienda. El juez puede autorizar la disposición del bien si es prescindible y el interés familiar no resulta comprometido. Si no media esa autorización, el que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, y siempre que continuase la convivencia. La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial, excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

finalidad de establecer un plazo de convivencia estable, pública y notoria está expresada con elocuencia en los Fundamentos: *“La determinación de un plazo busca resguardar la seguridad jurídica y evitar la arbitrariedad que puede derivarse de la indeterminación”*.

### III.2. Registración y prueba de la unión

Como adelantamos, el Código Civil y Comercial prevé la registración de las uniones convivenciales pero sólo con fines probatorios. *“La existencia de la unión convivencial, su extinción y los pactos que los integrantes de la pareja hayan celebrado, se inscriben en el registro que corresponda a la jurisdicción local, sólo a los fines probatorios. No procede una nueva inscripción de una unión convivencial sin la previa cancelación de la preexistente. La registración de la existencia de la unión convivencial debe ser solicitada por ambos integrantes”* (art 511 CCyC).

No obstante la facilidad probatoria para aquellas parejas que se registren —el registro hace plena prueba de la unión convivencial— el Código Civil y Comercial prevé para las uniones no inscriptas la prueba por cualquier medio (art. 512 CCyC).

### III.3. Cese de la unión convivencial

Conforme lo establece el art. 523 del Código Civil y Comercial, la unión convivencial cesa: a) por la muerte de uno de los convivientes; b) por la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento de uno de los convivientes; c) por matrimonio o nueva unión convivencial de uno de sus miembros; d) por el matrimonio de los convivientes; e) por mutuo acuerdo; f) por voluntad unilateral de alguno de los convivientes notificada fehacientemente al otro y g) por el cese de la convivencia mantenida. La interrupción de la convivencia no implica su cese si obedece a motivos laborales u otros similares, siempre que permanezca la voluntad de vida en común.

Asimismo, el capítulo IV, del título III, prevé los efectos una vez cesada la unión convivencial, debiendo dejar en claro que estos efectos sólo se aplican en caso de inexistencia de pacto en contrario, y por lo tanto, no conforman lo que se dio en llamar piso mínimo inderogable (asistencia durante la convivencia, art. 519 CCyC; contribución a los gastos del hogar, art. 520 CCyC; responsabilidad solidaria por las deudas frente a terceros, art. 521 CCyC). Con esta aclaración, los efectos una vez cesada la convivencia son los siguientes: a) compensación económica, arts. 524

y 525, b) atribución de la vivienda familiar, art. 526 y c) atribución de la vivienda por fallecimiento de uno de los convivientes, art. 527.

## IV. El reconocimiento de otros derechos a las uniones convivenciales por fuera del Título III, Libro II

### IV.1. Adopción

El Código Civil y Comercial introduce una modificación de suma relevancia respecto al aún vigente art. 312 del C.C.; permite que personas que conforman una unión convivencial puedan adoptar a niños y adolescentes en forma conjunta. Sucede que las directrices de este Código Civil y Comercial —la constitucionalización del derecho de familia, el principio de realidad y el reconocimiento de distintas formas de vivir en familia— obligan a colocar en pie de igualdad a las familias surgidas de un matrimonio y a las familias surgidas de una unión convivencial a los fines de ser considerados como pretensos adoptantes.

El nuevo código recepta las críticas que habían sido esgrimidas en doctrina<sup>(14)</sup> y jurisprudencia<sup>(15)</sup> en torno al valladar de acceso a la adopción para aquellas parejas que no habían pasado por el Registro Civil, entendiendo que el derogado art. 312 del C.C y el art. 337 inc. d) eran normas inconstitucionales a la luz de bloque constitucional federal.

En este sentido, la ley 24.779 aún vigente, establece una serie de requisitos que deben cum-

(14) Ver entre otros: Famá, María Victoria, “Adopción conjunta de convivientes: de la dogmática jurídica hacia el reconocimiento de los derechos fundamentales”, JA 2005-IV-49; Fortunato, Mariela A., “Legitimación activa de parejas convivientes para adoptar de manera conjunta. Su análisis desde el derecho comparado de Argentina y España”, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Derecho de Familia, Abeledo Perrot, N° 56, p. 105 yss.; Grosman, Cecilia P., “¿Debe regularse a las convivencias de pareja?”, 1998, JA 80° Aniversario 1998-240; Donato, María Alicia, “La adopción simultánea en las uniones convivenciales”, en APBA N° 11, año 2011, p. 1241 y ss.; Herrera, Marisa, “Adopción y ¿homo-parentalidad u homofobia? Cuando el principio de igualdad manda”, SJA 22/9/2010; Kemelmajer de Carlucci, Aída, “De los llamados requisitos “rígidos” de la adopción y el interés superior del niño. Breve paralelo de la jurisprudencia italiana y argentina”, JA-1998-III-, p. 972 y ss.

(15) Ver además de los ya citados: Tribunal Colegiado del Fuero de Familia Nro. 2 de La Plata, 13/04/2010, “G., C. B.”, Abeledo Perrot online N°: 70062562; Tribunal Colegiado de Familia Nro. 5 de Rosario, 15/11/2006, “O., A. y otro”, en LLLitoral 2007 (febrero), p. 103 y ss.

plir las personas que pretenden adoptar niños en Argentina que son modificados en su mayoría por el Código Civil y Comercial. Dado el tema que nos convoca, el cruce entre adopción

y uniones convivenciales, sintetizamos en el siguiente cuadro los requisitos para ser pretendidos adoptantes y las diferencias entre una y otra normativa:

REQUISITOS	LEY 24.779	Nuevo Código Civil y Comercial
Regla de la Adopción conjunta	Sólo pueden y deben adoptar en forma conjunta las parejas casadas. (art. 312 CC).	Principio: Las personas casadas o en unión convivencial pueden adoptar sólo si lo hacen conjuntamente. (art. 602 CCyC).
1° Excepción a la regla de Adopción Conjunta	Las personas casadas sólo podrán adoptar si lo hacen conjuntamente, <u>excepto</u> en los siguientes casos: a) Cuando medie sentencia de separación personal; b) Cuando el cónyuge haya sido declarado insano, en cuyo caso deberá oírse al curador y al Ministerio Público de Menores; c) Cuando se declare judicialmente la ausencia simple, la ausencia con presunción de fallecimiento o la desaparición forzada del otro cónyuge.	La adopción por personas casadas o en unión convivencial <u>puede ser unipersonal si</u> : a) el cónyuge o conviviente ha sido declarado persona incapaz o de capacidad restringida, y la sentencia le impide prestar consentimiento válido para este acto. En este caso debe oírse al Ministerio Público y al curador o apoyo y, si es el pretense adoptante, se debe designar un curador o apoyo ad litem; b) los cónyuges están separados de hecho. (art. 603 CCyC).
2° Excepción a la regla de Adopción Conjunta	Supuesto no previsto.	Las personas que durante el matrimonio o la unión convivencial mantuvieron estado de madre o padre con una persona menor de edad, pueden adoptarla conjuntamente aún después del divorcio o cesada la unión. El juez debe valorar especialmente la incidencia de la ruptura al ponderar el interés superior del niño. (Art. 604 CCyC).

Por último, cabe destacar otra novedad en materia de adopción y convivencias. En total consonancia con la flexibilidad que recepta el nuevo código respecto de quiénes pueden ser adoptantes, se incorpora la adopción de integración del hijo del conviviente. En este sentido, el art. 630 expresa: *“La adopción de integración siempre mantiene el vínculo filiatorio y todos sus efectos entre el adoptado y su progenitor de origen, cónyuge o conviviente del adoptante”*. Asimismo, en el artículo 631 se agrega que *“la adopción de integración produce los siguientes efectos entre el adoptado y el adoptante: a) si el adoptado tiene un solo vínculo filial de origen, se inserta en la familia del adoptante con los efectos de la adopción plena; las reglas relativas a la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental se aplican a las relaciones entre el progenitor de origen, el adoptante y el adoptado; b) si el adoptado tiene doble vínculo filial de origen se aplica lo dispuesto en el art. 621”*. En este punto, cabe remarcar una diferencia, mientras que para la adopción conjunta el nuevo código exige que se esté en presencia de una unión convivencial, en

el caso de la adopción de integración la flexibilización es mayor, requiriendo sólo la convivencia, no siendo necesario que se cumplan los requisitos constitutivos previstos en el art. 510 del CCyC.

#### IV.2. La ampliación de legitimados para reclamar el daño extrapatrimonial<sup>(16)</sup>

Dado el avance doctrinario y jurisprudencial en pos del reconocimiento del derecho a reclamar

(16) Ver entre otros: TANZI, Silvia, “Cuantificación de los daños a las personas. Su tratamiento en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, en RCyS 2014-VIII, 10; ITURBIDE, Gabriela A., “Breve análisis sobre los alcances de la responsabilidad civil en el Proyecto de Código”, en RCyS 2014-VI, 34; IRLARTE, Alejandro, “Legitimación activa para reclamar daño moral”, en LA LEY 2014-A, 569; GALDOS, Jorge Mario, “La responsabilidad civil (parte general) en el Anteproyecto”, en LA LEY 2012-C, 1254; CALVO COSTA, Carlos, “El daño resarcible en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en SJA 2012/12/26-42 ; JA 2012-IV; PICASSO, Sebastián, “La Reforma del Derecho de Daños”, en SJA 2012/12/26-3; JA 2012-IV.

mar por el daño moral al/la conviviente <sup>(17)</sup>, en tanto las uniones convivenciales, al igual que el matrimonio, representan una forma familiar merecedora de tutela y reconocimiento legal, el Código Civil y Comercial reconoce este derecho en forma expresa y amplia.

En los fundamentos del anteproyecto se expresa, *“El Anteproyecto amplía la legitimación para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales teniendo en cuenta los precedentes jurisprudenciales que acogen la visión constitucional del acceso a la reparación y la protección de la familia. Por esta razón, si del hecho resulta la muerte o una gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascen-*

*dientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con él recibiendo trato familiar ostensible”.*

El artículo 1741 del Código Civil y Comercial establece que está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales, daño moral, el damnificado directo y, si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad, también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible. Agregando que la acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste y que el monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas.

*IV.3. La Protección de la vivienda como derecho humano*

El Código Civil y Comercial también innova en materia de protección de la vivienda, sustituyendo y ampliando el régimen del bien de familia de la ley 14.394.

Sintetizaremos en el siguiente cuadro las principales diferencias entre uno y otro régimen en la materia que nos convoca, uniones convivenciales:

(17) En trabajos anteriores hemos profundizado sobre este tópico: Herrera, Marisa y de la Torre, Natalia, “Daños en las relaciones de familia a la luz del desarrollo de la jurisprudencia constitucional”, en Ricardo LORENZETTI, Máximos precedentes: responsabilidad civil, Ricardo Luis LORENZETTI director, 1 edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley 2013, volumen IV, pp. 147-428, (ISBN 978-987-03-2633-5) y de la Torre, Natalia; Melón Pablo, “Los convivientes y el reclamo por daño moral ante el fallecimiento de su compañero/a en la Jurisprudencia de la CSJN y los Tribunales Superiores de Provincia”, en Aída Kemelmajer de Carlucci, Aída- Herrera, Marisa y Lloveras, Nora (directoras); Máximos precedentes: Derecho de Familia, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley 2014, en prensa.

Protección de la vivienda	Ley 14.394	Nuevo Código Civil y Comercial
Constitución del bien de familia a favor del titular del dominio sin familia	No se prevé	Se regula
Constitución del bien de familia por condóminos convivientes	No se prevé El artículo 43 exige que los condóminos sean entre sí: cónyuges, descendientes o ascendientes o hijos adoptivos; parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad que convivieren con el constituyente.” (art. 36)	Se regula “La afectación puede ser solicitada por el titular registral; si el inmueble está en condominio, deben solicitarla todos los cotitulares conjuntamente.” (art. 245)
Constitución del bien de familia a favor del conviviente	No se prevé Art. 36. “A los fines de esta ley, se entiende por familia la constituida por el propietario y su cónyuge, sus descendientes o ascendientes o hijos adoptivos; o en defecto de ellos, sus parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad que convivieren con el constituyente.”	Se regula Art. 246. “Son beneficiarios de la afectación: a) el propietario constituyente, su cónyuge, <b>su conviviente</b> , sus ascendientes o descendientes; b) en defecto de ellos, sus parientes colaterales dentro del tercer grado que convivan con el constituyente.

#### IV.4. Salud Mental, el sistema de apoyos y la legitimación activa del conviviente

En el Libro I, Título I, Sección Tercera del Código Civil y Comercial —del artículo 31 al 50— se regula todo lo relativo al sistema de salud mental, siguiendo los lineamientos de la ley 26.657 y los criterios adoptados en el ámbito internacional de los derechos humanos, en especial, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad<sup>(18)</sup>.

Desde este prisma, el artículo 31 del CCyC establece los criterios para la restricción al ejercicio de la capacidad jurídica: a) la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial; b) las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona; c) la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial; d) la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión; e) la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios; f) deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades.

El cruce entre familias en plural y salud mental se observa en la extensión de los legitimados para requerir al juez la declaración de incapacidad y de capacidad restringida. El artículo 31 del CCyC, a diferencia del vigente art. 470 que solo legitima al juez, al ministerio de menores y todos

los parientes del incapaz, legitima a: a) el propio interesado; b) el cónyuge no separado de hecho y *el conviviente mientras la convivencia no haya cesado*<sup>(19)</sup>; c) los parientes dentro del cuarto grado; si fueran por afinidad, dentro del segundo grado; d) el Ministerio Público.

Asimismo, el conviviente puede ser nombrado como figura de apoyo de la persona con capacidad restringida. En este sentido, el artículo 43 del CCyC establece *“el interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo*<sup>(20)</sup>. *El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas”*.

Por último, a diferencia del actual sistema que sólo prevé como curador legítimo al cónyuge (art. 472 del C.C) del incapaz, el artículo 139 del CCyC incluye dentro de las personas que pueden ser curadores al conviviente: *“La persona capaz puede designar, mediante una directiva anticipada, a quien ha de ejercer su curatela... A falta de estas previsiones el juez puede nombrar al cónyuge no separado de hecho, al conviviente, a los hijos, padres o hermanos de la persona a proteger según quien tenga mayor aptitud. Se debe tener en cuenta la idoneidad moral y económica”*.

#### V. Palabras de cierre

Como se observa, muchas son las novedades en materia de regulación de las convivencias de pareja que trae consigo la reciente sanción del Código Civil y Comercial, algunas han sido bosquejadas en estas líneas, otras serán analizadas en otro trabajo de este Suplemento Especial dedicado a estudiar y profundizar el impacto del nuevo código en el derecho de familia o, a tono con la axiología y fundamentos del nuevo texto civil, de las familias en plural. ♦

(18) Para profundizar sobre estos estándares, se recomienda compulsar, entre otros: Guahnon, Silvia V., “La protección judicial de las personas con padecimientos mentales en la actualidad y algunos de sus lineamientos en el proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación de 2012”, en RDF 56-1; Patiño Aráoz, M. Josefina; Queirolo, M. Cecilia, “Insania. Actuación de curador definitivo. Designación de un curador provisorio”, en RDF 2013-III-73; Pinto Kramer, Pilar María, “Aplicación concreta del modelo social de la discapacidad: fondo y forma”, en RDF 2014-IV-236 y Benavente, María Isabel, “La reglamentación de la ley de la Salud Mental”, en RDF 64-15.

(19) El destacado nos pertenece.

(20) El destacado nos pertenece.

# UNIONES CONVIVENCIALES: EFECTOS PERSONALES Y PATRIMONIALES DURANTE Y TRAS LA RUPTURA

POR NORA LLOVERAS

## 1. Las uniones convivenciales: las consecuencias jurídicas de una nueva forma familiar prevista en la ley

El Código Civil y Comercial (en adelante CCivCom.), consecuente con los principios constitucionales que lo presiden, regula en el área de las relaciones de pareja —entre otras— una forma familiar “nueva”: la novedad consiste en la recepción legislativa de las uniones convivenciales, lo que configura un salto cualitativo en la protección de los ciudadanos y ciudadanas que deciden asumir esta conformación familiar.

Las nuevas organizaciones familiares no son nuevas; nuevo es el registro de lo que existía omitido, silenciado o negado. Se expresa que “nuevas son las tecnologías que facilitan la aparición de vinculaciones sociales y familiares y de identidades y subjetividades ligadas a tales tecnologías”<sup>(1)</sup>.

Como se afirma en general <sup>(2)</sup> y en la doctrina cubana en particular <sup>(3)</sup>, la conformación, funciones y modalidades de la organización familiar

“resultan en su mayor parte de circunstancias previas o ajenas a su regulación por el ordenamiento jurídico, de carácter cultural, económico-productivo, ético y religioso, antes que legal. Debido a esto la familia puede estructurarse internamente de formas disímiles y ser más o menos extensa”.

En el presente del derecho argentino plasmado en el CCiv. y leyes complementarias, estas uniones convivenciales solo reciben respuestas parciales, segmentadas, a veces coyunturales —por las exigencias sociales—, en algunos temas o conflictos que pueden presentarse.

Uniones convivenciales (U C) en CCiv y en CCivCom (un sistema a nuevo)	
CCiv	CCivCom
<p>No hay regulación sistemática</p> <p>Solo en leyes singulares y alguna norma da respuestas a situaciones coyunturales o particulares</p> <p>(por ej. pensiones, presunción de paternidad, etc.)</p>	<p>Hay una regulación específica para U C</p> <p>Prevé efectos durante convivencia y a la ruptura</p>

(1) Cfr.: GIBERTI, Eva, La diversidad en las organizaciones familiares. ¿Cómo se conjuga con la bioética?, ps. 159 y ss. En: Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Directoras: Cecilia P. Grosman; Aída Kemelmajer de Carlucci; Lloveras, Nora; Julio 2012, N° 55, Bioética y Derecho de Familia I, Abeledo Perrot, Bs. As., 2012.

(2) Cfr.: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. La Familia en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en el último trienio (2007/2009). Véase el punto 4.: Algunas líneas generales en torno al concepto de “vida familiar” en la jurisprudencia del TEDH. En: El derecho de familia en Latinoamérica. Los Derechos Humanos en las relaciones familiares. Nuevo Enfoque Jurídico. Córdoba. 2010, Argentina. T. 1., p. 33 y ss.

(3) Conf.: GARCÍA CAPOTE, Jennifer; LARA SANABRIA, Ada de la C., “Uniones no formalizadas: un debate no zanjado por la normativa cubana”, En: El derecho de familia en Latinoamérica. Los Derechos Humanos en las

En Argentina, la unión convivencial no ha tenido hasta el CCivCom sancionado una recepción normativa sistemática, ni en otras leyes, pero tales uniones fácticas sí se contemplan en numerosas hipótesis de regulaciones parciales o de algún efecto singular de la unión de pareja estable.

relaciones familiares. Nuevo Enfoque Jurídico. Córdoba. 2010, Argentina. T. 1., p. 343 y ss.

Las leyes hasta el CCivCom al regular una institución —por ejemplo la presunción de paternidad en la filiación—, norma esa presunción de paternidad en el concubinato <sup>(4)</sup>, pero no puede afirmarse que por contemplar y regular uno o varios efectos de las uniones de pareja estable, regulen dichas uniones de manera global.

Más claro: la intención del legislador no ha sido hasta el presente regular la unión convivencial, sino que al legislar una materia como la laboral, no puede desconocer secuelas o consecuencias de las uniones de hecho, que se plantean cotidianamente, y a las que atiende dentro del marco general que se encuentra regulando —por ejemplo, la percepción de la indemnización por el compañero o compañera, en caso de muerte del trabajador o trabajadora, en ocasión del empleo—.

A pesar de la ausencia de regulación global de las uniones convivenciales, se les han reconocido en la Argentina —como apuntamos— algunos efectos jurídicos <sup>(5)</sup>.

Entre las consecuencias de las uniones convivenciales —nominadas de hecho—, que algunas leyes les reconocen aisladamente, destacamos las siguientes.

La Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 <sup>(6)</sup>, en que el art. 158 inc. c) otorga al trabajador licencia por “fallecimiento de cónyuge o de la persona con la que estuviere unido en aparente matrimonio”; y el art. 248 le confiere el derecho de percibir la indemnización por muerte del trabajador, a la mujer que hubiese vivido públicamente con el mismo, en aparente matrimonio, durante un mínimo de dos años anteriores al fallecimiento.

En la Ley de Locaciones Urbanas N° 23.091 <sup>(7)</sup> el art. 9 posibilita continuar la locación a aquellas

personas que “acrediten haber convivido” con el locatario y “recibido del mismo ostensible trato familiar”.

La Ley de Obras Sociales N° 23.660 <sup>(8)</sup> en el art. 9 incluye como beneficiarios a “las personas que convivan con el afiliado titular y reciban del mismo ostensible trato familiar, según la acreditación que determine la regla”.

La Ley de Jubilaciones y Pensiones N° 24.241 <sup>(9)</sup>, en el art. 53 incluye entre los derechohabientes a la pensión por fallecimiento, al o la conviviente del titular fallecido.

Especial mención merece la Resolución 671/2008 de la Administración Nacional de la Seguridad Social, en la estatuye: “Declárase a los convivientes del mismo sexo incluidos en los alcances del art. 53 de la Ley 24.241, como parientes con derecho a la pensión por fallecimiento del jubilado, del beneficiario del retiro por invalidez o del afiliado en actividad del Régimen Previsional Público o del Régimen de Capitalización.”

Tal normativa importa un avance en relación a las uniones convivenciales de idéntico sexo.

La Ley de Violencia Familiar N° 24.417 <sup>(10)</sup>, en el art. 1° a los efectos de la misma, equipara al grupo familiar <sup>(11)</sup> originado en el matrimonio o en las uniones de hecho <sup>(12)</sup>. Esta ley n° 24.417 <sup>(13)</sup>, Protección contra la violencia familiar, regula claramen-

(8) Ley de Obras Sociales N° 23.660, B.O. 20/01/1989 y sus modificatorias.

(9) Ley de Jubilaciones y Pensiones N° 24.241, B.O. 18/10/1993 y sus modificatorias.

(10) Ley de Protección contra la Violencia Familiar N° 24.417, B.O. 03/01/1995 (Sanc. 7.12.94; prom. 28-12.1994).

(11) LLOVERAS, Nora; CANTORE, Laura, La Violencia Intra Familiar como un asunto de reingeniería organizacional del Estado, Revista Lexis Nexis 2006-III (Fascículo 4) Doctrina, p. 3 y ss. Bs. As. 2006.

(12) GROSMAN, Cecilia P.; MESTERMAN, Silvia; ADAMO, María T., Violencia en la familia, Universidad, Bs. As. 1989, p. 6 y ss.; GROSMAN, Cecilia P.; MESTERMAN, Silvia. Maltrato al menor. El lado oculto de la escena familiar. Universidad. Bs. As. 1992, p. 27 y ss.

(13) LLOVERAS, Nora; CANTORE, Laura Mónica. Libro Homenaje a la Profesora Dra. Olga Mesa Castillo “Un comentario a la ley argentina 24.417 de Protección de Violencia Familiar”. En: Nuevos Perfiles del derecho de Familia. Coordinadores: Kemelmajer de Carlucci, Aída; Leonardo B. Pérez Gallardo. Edit. Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 2006. p. 389.

(4) El art. 257 CCiv- que regirá hasta el 1.1.2016-, preceptúa que “El concubinato de la madre con el presunto padre durante la época de la concepción hará presumir su paternidad, salvo prueba en contrario”.

(5) Puede leerse una decisión del 2014 sobre el tema: CSJN, “Z., J. J. c. Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba s/ plena jurisdicción”, 20/08/2014, Abeledo Perrot, Newsletter Diario, 19.11.2014, <http://www.abeledoperrotonline2.com/>

(6) Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 (T.O. Decreto 390/76), B.O. 21.05.76 y sus modificatorias.

(7) Ley de Locaciones Urbanas N° 23.091, B.O. 16.10.1984, y sus modificatorias.

te en pie de igualdad las diversas formas familiares en sus diferentes configuraciones<sup>(14)</sup>.

La Ley de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, n° 26.485 del 2009<sup>(15)</sup>, dentro del capítulo III, relativo al procedimiento judicial, establece en el art. 26, enumera dentro de las medidas preventivas urgentes, que puede de oficio a pedido de parte adoptar el juez, la de “Prohibir al presunto agresor enajenar, disponer, destruir, ocultar o trasladar bienes gananciales de la sociedad conyugal o los comunes de la pareja conviviente”.

La Ley de Transplantes de Órganos y Materiales Anatómicos N° 24.193<sup>(16)</sup>, prevé en el art. 21 inc. a) que “la persona que, sin ser su cónyuge, convivía con el fallecido en relación de tipo conyugal no menos de tres años, en forma inmediata, continua e ininterrumpida” se expida respecto a la donación de los órganos del difunto, ante la ausencia de la voluntad expresa del fallecido.

En ese mismo orden, consignamos la Ley de Régimen de Regularización Dominial N° 24.374<sup>(17)</sup>, la Ley de Derecho de Pensión del Conviviente en aparente matrimonio N° 23.570<sup>(18)</sup>, la Ley Desaparición Forzada de Personas N° 24.411<sup>(19)</sup>, etc.

Expresa la doctrina argentina ante la realidad social, biológica, psicológica y cultural, las representaciones imaginarias hegemónicas en torno al concepto monolítico de familia sobre el cual se fundó el derecho civil se encuentran hoy en crisis. “Nos enfrentamos a representaciones alternativas de modelos y estructuras familiares que deben ser contemplados por el discurso jurídico frente al modelo tradicional de la familia conyugal patriarcal. El modelo “único” y “absoluto” de familia

conyugal nuclear perdura hoy en nuestro discurso jurídico, donde poco espacio se abre para la regulación de otro tipo de organizaciones familiares. Es indispensable resignificar el antiguo concepto de familia a partir de la relativización de los valores tradicionales, como así también redefinir y reconocer las nuevas identidades de sus miembros, sus derechos constitucionales, y los nuevos roles y relaciones de interacción que surgen en torno del paradigma de la familia democrática”<sup>(20)</sup>.

Está claro que hablar de la familia hoy no es igual que referirnos a la familia de siglos anteriores, o aun del S. XX<sup>(21)</sup>.

La familia ha asumido o ha dejado de asumir las funciones que le correspondían<sup>(22)</sup> o ha rediseñado su funcionamiento<sup>(23)</sup>, en un determinado ámbito social e histórico, demostrando los cambios que han operado en la sociedad e impactado en la familia<sup>(24)</sup>.

Aun percibiendo la transformación de la familia, debemos recuperar decididamente una de las funciones relevantes dirigida a un objetivo nominado interno: la protección psico-social de sus miembros, que debido a las dificultades transicionales ha alcanzado más importancia que nunca<sup>(25)</sup>.

En la actualidad, la función más importante<sup>(26)</sup> es que “la familia es un medio de socialización del individuo”, vehículo de transmisión de pautas de comportamiento, de tradiciones, de hábitos, de usos y creencias<sup>(27)</sup>.

(20) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ, María Victoria; HERRERA, Marisa, Derecho Constitucional de Familia, T I, Ediar, Bs. As. 2006, ps. 2010 y ss.

(21) Véase: GUIBOURG, Ricardo A. , Familia, LL 22/05/2008, 1.

(22) MEDINA, Graciela, “Las diez grandes reformas al derecho de familia”, DFyP 2012 (febrero), 01/07/2012, p. 11 y ss. Cita Online: AR/DOC/3061/2012.

(23) SOLARI, Néstor E., “Los modelos familiares en el Proyecto de Código”, DFyP 2013 (julio), 01/07/2013, p. 35 y ss. Cita Online: AR/DOC/2249/2013.

(24) LLOVERAS, Nora; SALOMÓN, Marcelo J., El derecho de familia desde la Constitución Nacional, Universidad, Bs. As., 2009. p. 343 y ss.

(25) Cfr.: DE LA CRUZ, Ana Cristina; LOSTALÓ, Juan Carlos. Clínica familiar sistémica. Introducción a la teoría y técnica sistémica, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Psicología, 1996, p. 78 y ss.

(26) Conf. DÍEZ — PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio, Sistema de Derecho Civil, Tecnos, Madrid, 2006, 10 edic., Vol. IV, p. 36.

(27) Conf. DÍEZ — PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio, Sistema de Derecho Civil, Tecnos, Madrid, 2006, 10 edic., Vol. IV, p. 35.

(14) Cfr.: GRAMARI, Cintia Elisa; GODOY, Norberto Eduardo, Comentario al art. 1 de la ley 24417, En: Protección contra la Violencia Familiar, Directora Aída Kemelmajer de Carlucci, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 13 y ss.

(15) Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales N° 26.485, B.O. 14/04/2009.

(16) Ley de Transplantes de Órganos y Materiales Anatómicos N° 24.193, B.O. 26/04/1993 y sus modificatorias.

(17) Ley de Régimen de Regularización Dominial N° 24.374, B.O. 27/09/1994 y sus modificatorias.

(18) Ley de Derecho de Pensión del Conviviente en aparente matrimonio N° 23.570, B.O. 12/06/1987.

(19) Ley Desaparición Forzada de Personas N° 24.411 20, B.O. 03/01/1995.

Desde esta mirada, el CCivCom, en el Libro Segundo destinado a las relaciones de familia (arts. 401 á 723), aborda en el Título III <sup>(28)</sup> las Uniones Convivenciales (arts. 509 á 528) —que abreviamos en algunas circunstancias con las letras U C—.

Al regular esta conformación familiar <sup>(29)</sup>, además de sentar sus principios, exigencias, condiciones, entre otros elementos, la ley prevé los efectos que generan estas uniones, tanto durante la permanencia de ambos miembros en la unión como las secuelas después de la ruptura de esta unión.

El diseño legislativo de la familia convivencial transita desde el origen y prueba, recorre los pactos posibles en estas uniones, diseñando los efectos durante la convivencia y frente a la extinción o cese de la unión convivencial.

El cuadro de presentación de las Uniones convivenciales (Tit III, Uniones convivenciales, Libro Segundo), es el que se consigna seguidamente.

Examinamos seguidamente el Código sancionado frente a la unión convivencial, en general, para luego consignar los efectos o secuelas de estas uniones, durante la convivencia y ante el cese de la unión.

Libro Segundo: Relaciones de Familia	
Título III: Uniones convivenciales (U C)	
Capítulo 1	Constitución y prueba (509 á 512)
Capítulo 2	Pactos de convivencia (513 á 517)
Capítulo 3	Efectos de las U C durante la convivencia (518 á 522)
Capítulo 4	Cese de la convivencia. Efectos (523 á 528)

(28) Cfr. MERA SALGUERO Ana Laura, La letra chica de la reforma de los Códigos Civil y Comercial. La unión hace la fuerza, no los papeles, Diario Judicial16.11.12, <http://www.diariojudicial.com/noticias/La-union-hace-la-fuerza-no-los-papeles-20121116-0005.html>

(29) PELLEGRINI, María Victoria, “Convivencia sin papeles o ¿sin derechos?”, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, 2014-V, octubre 2014, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 254 y ss.

### 1.1. El CCivCom y las uniones convivenciales: una clara estructura

El título III del Libro Segundo del CCivCom que estatuye sobre la unión convivencial, se conforma con normas nuevas, que no tienen antecedente —en general— en el Código Civil que se deroga.

Por eso, la estructura y la conformación del título III, se esboza a continuación, para la mejor lectura de una regulación “a nuevo”.

Las innovaciones destacables del CCivCom se consignan seguidamente, en los cuatro Capítulos que las componen.

#### Capítulo 1. Constitución y prueba

##### a. Configuración de la unión convivencial

Se incorporan las uniones convivenciales al derecho positivo, que son definidas en el art. 509 CCivCom, como la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente entre dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida en común, sean del mismo de distinto sexo.

##### b. Requisitos exigidos

Los requisitos para que actúen los efectos jurídicos previstos en la ley para las uniones convivenciales, en el art. 510 CCivCom son: a) los miembros de la unión deben ser mayores de edad; b) no pueden estar unidos por el vínculo de parentesco en línea recta en todos los grados, y en línea colateral hasta el segundo grado; c) no estar unidos por el vínculo de parentesco por afinidad en línea recta; d) no tener impedimentos de ligamen, ni estar registrada otra convivencia de manera simultánea; e) mantener la convivencia por un período no inferior a dos años.

Requisitos exigidos para la conformación de la U C (510)	
Edad	Mayoría de edad
Inexistencia de parentesco	En línea recta en todos los grados, En línea colateral hasta el segundo grado Por afinidad en línea recta
Impedimento de ligamen	Inexistencia de impedimentos de ligamen
Registración de otra U C	Ausencia de registración de otra unión convivencial simultánea
Plazo de estabilidad	Período de convivencia no inferior a 2 años

### *c. Registración*

La existencia, la extinción de la U C y los pactos que los miembros de la unión convivencial hayan celebrado, pueden o no inscribirse.

La inscripción de la U C en el registro que corresponda a la jurisdicción local, no es obligatoria, pero la inscripción de la U C opera solo a los fines probatorios.

*c.1.* La inscripción debe ser solicitada por ambos integrantes de la pareja

*c.2.* No procede inscripción de una U C, sin cancelación de la inscripción de otra U C preexistente, que involucre a uno o ambos convivientes.

### *d. Prueba*

El art. 512, estatuye que la U C se acredita por cualquier medio de prueba.

La inscripción en el Registro de uniones convivenciales es prueba suficiente de su existencia.

## **Capítulo 2. Pactos de convivencia**

### *a. Autonomía de la voluntad* (art. 513)

Las uniones convivenciales permiten ejercer la autonomía de la voluntad de sus miembros. Por consiguiente los convivientes pueden celebrar pactos o pueden omitir hacerlo.

Si celebran pactos, la unión se rige por ese convenio.

El pacto de convivencia debe ser efectuado por escrito, y no puede dejar sin efecto lo que se dispone en los arts. 519, 520, 521 y 522 que se destinan a: asistencia; contribución a los gastos del hogar; responsabilidad por las deudas frente a terceros; y protección de la vivienda familiar.

### *b. El pacto de convivencia* (art. 514)

Los pactos de convivencia pueden regular, entre otras cuestiones: a) la contribución a las cargas del hogar durante la vida en común; b) la atribución del hogar común, en caso de ruptura; c) la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común, en caso de ruptura de la convivencia.

### *c. Límites del pacto de convivencia* (art. 515)

Los pactos de convivencia no pueden ser contrarios: a) al orden público; b) ni al principio de igualdad de los convivientes; c) ni afectar los derechos fundamentales de cualquiera de los integrantes de la unión convivencial.

Si bien se genera un ámbito de ejercicio de la autonomía personal por los convivientes, se marca un límite constitucional, en virtud de los derechos en juego (arts. 14 bis, 19 y cc. CN).

### *d. Modificación, rescisión y extinción* (art. 516)

Los pactos de convivencia pueden ser modificados y rescindidos por acuerdo de ambos convivientes.

El cese de la convivencia extingue los pactos de pleno derecho hacia el futuro.

### *e. Momentos a partir de los cuales se producen efectos respecto de los terceros* (art. 517)

Los pactos, su modificación y rescisión son oponibles a los terceros desde su inscripción en el registro previsto en el artículo que corresponda a la jurisdicción local (art. 511) y en los registros que correspondan a los bienes incluidos en estos pactos.

Los efectos extintivos del cese de la convivencia son oponibles a terceros desde que se inscribió en esos registros cualquier instrumento que constate la ruptura.

## **Capítulo 3. Efectos de las uniones convivenciales durante la convivencia**

### *a. Relaciones patrimoniales* (art. 518)

Estas relaciones en la convivencia se rigen por el pacto, si ha sido suscripto. Si no se ha suscripto pacto convivencial, cada integrante ejerce libremente las facultades de administración y disposición de los bienes de su titularidad, con la restricción referida a la vivienda familiar y a los muebles indispensables que se encuentren en ella. (522).

### *b. Piso mínimo obligatorio en las uniones convivenciales* —arts. 519, 520, 521 y 522—

#### *b.1. Asistencia* (art. 519)

Se prevé la asistencia que se deben los convivientes.

#### *b.2. Deber de contribución* (art. 520)

Se estipula la obligación de contribuir a los gastos domésticos, conforme al art. 455 que refiere el propio sostenimiento de cada conviviente, el del hogar, el de los hijos comunes; se extiende a las necesidades de los hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de los convivientes que conviven con ellos. Se prevé la demanda por incumplimiento de estos deberes.

*b.3. Responsabilidad por las deudas frente a terceros (art. 521, y remisión al art. 461 y 455)*

Se estatuye la solidaridad de los convivientes por las deudas que uno de ellos hubiere contraído con terceros, para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos —por remisión al art. 461—, conforme a lo dispuesto para el régimen matrimonial en el art. 455, es decir para solventar el propio sostenimiento de cada conviviente, el del hogar, el de los hijos comunes; obligación que se extiende a las necesidades de los hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de los convivientes que conviven con ellos.

*b.4. Protección de la vivienda familiar (art. 522)*

Se establece la protección de la vivienda familiar para las uniones convivenciales.

En el supuesto de la unión convivencial inscripta, ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de la vivienda.

El juez puede autorizar la disposición del bien si es prescindible y el interés familiar no resulta comprometido; si esta autorización es omitida, el otro que no ha prestado su asentimiento puede exigir la nulidad del acto dentro de un plazo de caducidad de seis meses, si continua la convivencia.

Se prohíbe la ejecución de la vivienda familiar, por deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial, salvo que se hayan contraído por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

**Capítulo 4. Cese de la convivencia. Efectos**

*a. Causas del cese de la unión convivencial (art. 523)*

La unión convivencial cesa: a) por la muerte de uno de los convivientes; b) por la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento de uno de los convivientes; c) por matrimonio o nueva unión convivencial de uno de sus miembros; d) por el matrimonio de los convivientes; e) por mutuo acuerdo; f) por voluntad unilateral de alguno de los convivientes notificada fehacientemente al otro; g) por el cese de la convivencia

mantenida. La interrupción de la convivencia no implica su cese si obedece a motivos laborales u otros similares, siempre que permanezca la voluntad de vida en común.

*b. Compensación económica (art. 524)*

Frente al cese de la convivencia, el conviviente que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en la convivencia y su ruptura, tiene derecho a una compensación.

La compensación económica puede expresarse en una prestación única o en una renta por un tiempo determinado que no puede ser mayor a la duración de la unión convivencial.

Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o en su defecto decida el juez.

*b.1. Pautas de la fijación judicial de la compensación económica. Caducidad (art. 525)*

El juez determina la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras: a) el estado patrimonial de cada uno de los convivientes al inicio y a la finalización de la unión; b) la dedicación que cada conviviente brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos y la que debe prestar con posterioridad al cese; c) la edad y el estado de salud de los convivientes y de los hijos; d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del conviviente que solicita la compensación económica; e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro conviviente; f) la atribución de la vivienda familiar.

La acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse producido cualquiera de las causas de finalización de la convivencia enumeradas en el artículo 523.

*c. Atribución del uso de la vivienda familiar (art. 526)*

*c.1. Atribución de la vivienda frente al cese de la convivencia en vida de los miembros de la unión*

El uso del inmueble que fue sede de la unión convivencial puede ser atribuido a uno de los convivientes en los siguientes supuestos: a) si tiene a su cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapa-

ciudad; b) si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata.

El juez debe fijar el plazo de la atribución, el que no puede exceder de dos años a contarse desde el momento en que se produjo el cese de la convivencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 523 sobre las causas del cese de la unión convivencial.

A petición de parte interesada, el juez puede establecer: una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del conviviente a quien no se atribuye la vivienda; que el inmueble no sea enajenado durante el plazo previsto sin el acuerdo expreso de ambos; que el inmueble en condominio de los convivientes no sea partido ni liquidado. La decisión produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral.

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

El derecho de atribución cesa en los mismos supuestos previstos en el artículo 445.

### *c.2. Atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes (art. 527)*

El conviviente supérstite que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de dos años sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas.

Este derecho es inoponible a los acreedores del causante.

Se extingue si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio, o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a ésta.

### *d. Distribución de los bienes (528)*

A falta de pacto, los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron, sin perjuicio de la aplicación de los principios generales relativos al enriquecimiento sin causa, la interposición de personas y otros que puedan corresponder.

Examinamos por separado los efectos de las uniones convivenciales en la armonía cuanto en el cese o crisis de la unión

## **2. Efectos personales y patrimoniales durante la convivencia**

La unión convivencial genera consecuencias de distinto tenor, que podemos llamar personales y patrimoniales, a pesar de que la distinción siempre genera dudas.

Esta unión, apareja preferentemente algunas consecuencias personales, y preferentemente algunas secuelas patrimoniales, que estudiamos por separado, por razones de precisión.

Cabe distinguir los efectos durante la convivencia previstos expresamente en el Título III, de los comprendidos a lo largo de los seis libros del CCivCom.

Hasta la sanción del nuevo código para el derecho argentino la relación de pareja fuera del matrimonio carecía en general de efectos legales <sup>(30)</sup>.

Si bien la unión convivencial no configura un estado de familia, tampoco puede referírsele como “inexistente jurídicamente”, pues su inclusión al sistema jurídico argentino en el Título III que se analiza le otorga efectos específicos de índole personal y frente a terceros, aún cuando sean menos profundos o amplios que los previstos en el matrimonio <sup>(31)</sup>.

En el actual CCivCom las uniones convivenciales aparecen en el sistema jurídico como una realidad palpable de una nueva forma familiar merecedora de reconocimiento y eficacia, pero con notas distintivas y diferenciadoras del matrimonio que permiten la disquisición en orden a

(30) Cfr. Cám. Nac. Civ., sala E, 11/03/1998, “F., C.E v. C., B.A., JA, 1999-III-87. Se expresa en el pronunciamiento que el vínculo que se crea entre los concubinos no es de familia, por cuanto no hay entre ellos sino tan sólo algunos efectos reconocidos por las leyes especiales, motivo por el cual ese estado aparente no puede recibir un tratamiento semejante al matrimonio pues equivaldría a colocarlo en un plano de igualdad, siendo que los concubinos no han asumido ninguna obligación.

(31) Las uniones convivenciales se estima que no generan estado civil que sí genera el matrimonio. El estado civil de soltero, casado, divorciado y viudo, se reitera. Así, el padre del conviviente no es el suegro, ni la madre la suegra o el conviviente de un hijo el yerno o la nuera. Estas uniones convivenciales no generan parentesco por afinidad.

la posibilidad de atribución de un estado de familia.

La connotación fáctica que impregna la existencia de las uniones convivenciales da lugar a que no reciban un tratamiento análogo al matrimonio, sin que ello implique o signifique demérito alguno, sino el reconocimiento de otra forma familiar con singularidades innatas que no permiten concederle estado de familia en paridad de condiciones con el vínculo jurídico derivado del matrimonio, pero no por ello ausente de los vínculos afectivos y jurídicos que acoplan a los convivientes y derivan en un conjunto de derechos y deberes correlativos.

### 2.1. En Título III, Libro Segundo, CCivCom

Analizamos las relaciones personales y patrimoniales durante la convivencia en el Título III previsto para las uniones convivenciales<sup>(32)</sup>.

#### 2.1.a. Las relaciones personales en la unión convivencial

Hemos ya señalado que se configura la unión convivencial<sup>(33)</sup> —nominada de diferentes modos en otros países—, a través de dos indicadores en esta nueva forma de relación afectiva o de pareja regulada específicamente en el CCivCom: a) es una unión apoyada en un proyecto de vida en común, y 2) la convivencia, como plataforma fáctica de la que emergen otras exigencias<sup>(34)</sup>.

Desde el derecho constitucional, se ha apuntado que a la luz de nuestro ordenamiento constitucional una familia resulta digna de protección y promoción por parte del Estado cuando es posible verificar la existencia de un vínculo afectivo perdurable que diseña un proyecto biográfico conjunto en los aspectos personales y materiales<sup>(35)</sup>.

Puede advertirse en la jurisprudencia que se ordena a una obra social a admitir como afiliado adherente al hijo menor de edad de la mujer con la cual el afiliado titular ha celebrado una unión civil, ya que una solución diversa implicaría arbitrariamente del grupo familiar que integra y desconoce su derecho a la salud y a la igualdad, en violación a la ley 23.660 y a los arts.16 de la Constitución Nacional y 11 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires<sup>(36)</sup>.

Las relaciones personales, en estas uniones convivenciales, emergen de estos sindicadores preconsignados, y tratan de llenar un vacío legal existente<sup>(37)</sup>.

El CCivCom consagra totalmente decisiones y efectos sobre los siguientes puntos.

- a) El principio de igualdad entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales
- b) Supera la desprotección de las personas más vulnerables
- c) Asume respuestas frente a los conflictos que pueden ocurrir tras la ruptura de la unión o cuando uno de los miembros de la unión fallece
- d) Intenta impedir que se conculquen derechos humanos de la persona más débil
- e) A la par del principio de igualdad, el de no discriminación, se expresa en diversas normas que conforman el nuevo sistema.

Los efectos de las convivencias de pareja o uniones convivenciales, exigen precisar que deben asignarse o negarse derechos, observando el proyecto desplegado por la unión, y diseñar una configuración familiar que no sea igual al matrimonio, sino diferente, y donde la autonomía personal juegue un rol preponderante.

(32) Cfr.: PELLEGRINI, María V., Las uniones convivenciales en el anteproyecto, ps. 3 y ss. En: J.A., Numero Especial, El Derecho de Familia en el Anteproyecto de Código Civil, Coordinadoras: Aída Kemelmajer de Carlucci; Marisa Herrera, Abeledo Perrot, 2012-II, 20/06/2012, Bs.As.

(33) No se han regulado en el CCivCom, lo que se conoce como “uniones asistenciales”.

(34) Cfr.: Giovannetti Patricia S.; Roveda, Eduardo G., Las Uniones Convivenciales en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil, *eldial.express*, 5.06.2012, Año XV - N° 3527, <http://www.eldial.com/nuevo/archivo-doctrina-detalle.asp?base=50&id=6336&t=d&numingr=3&usr=20988328>

(35) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, El concepto Constitucional de familia, en Revista Interdisciplinaria

de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, nro. 15, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 31 y ss.

(36) Juzg.ContAdmyTrib Nro. 14, CABA, “D.G.F. c. OSBA s/ amparo”, 17/02/2014, Abeledo Perrot On Line, Newsletter de Derecho de Familia, <http://www.abeledoperrotonline2.com/>

(37) Cfr. BURGOS, Osvaldo R., La regulación de las uniones convivenciales en el Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado de la República Argentina: el deber jurídico de garantizar la posibilidad de un proyecto de vida, *eldial.express*, 16.10.13, Año XVI - N° 3859, [http://www.eldial.com/nuevo/archivo-doctrinadetalle.asp?base=50&fecha=16/10/2013&id\\_publicar=40598&numero\\_edicion=3859&titulo\\_rojo=Doctrina&id=7094&vengode=suple&fecha\\_publicar=16/10/2013&suple=Santafe](http://www.eldial.com/nuevo/archivo-doctrinadetalle.asp?base=50&fecha=16/10/2013&id_publicar=40598&numero_edicion=3859&titulo_rojo=Doctrina&id=7094&vengode=suple&fecha_publicar=16/10/2013&suple=Santafe)

Hemos afirmado antes que “el resguardo constitucional que avala la existencia de las uniones de hecho como una de las formas familiares que deben ser admitidas en el derecho infraconstitucional es el respeto por el proyecto de vida auto-referencial, el derecho a la intimidad, la igualdad, la no discriminación y la solidaridad familiar”<sup>(38)</sup>.

f) Se instala el equilibrio entre el principio de autonomía de la voluntad y el orden público. La unión convivencial es una forma familiar distinta a la matrimonial, aunque se protejan en todas las formas familiares los derechos fundamentales.

Específicamente anotamos como efectos personales, si bien con notas que no dejan de aludir en cierto modo —como dijimos antes— a la faz económica, los siguientes.

a) Facultad común o compartida de inscribir o registrar la unión convivencial (art. 511, in fine, CCivCom); uno solo de los convivientes no podrá proceder a la registración

b) Ejercicio de la autonomía personal de los miembros de la unión

Los pactos de convivencia pueden contener diversas cuestiones. El límite que soportan es la eventual lesión a los derechos fundamentales que titularizan u ocasionar un perjuicio a legítimos intereses de terceros.

Pueden establecer variadas cláusulas que coadyuven a su proyecto de vida y si nada prevén, rigen las normas del Título III.

Recordamos que el pacto convivencial no puede soslayar el piso mínimo obligatorio de los arts. 519 á 522 CCivCom.

El art. 513 CCivCom dispone que los pactos que hagan los convivientes deben ser hechos por escrito y no pueden dejar sin efecto lo estipulado en los artículos 519, 520, 521 y 522 de este Código.

En consecuencia, no puede concretarse un pacto convivencial que no respete: i) el deber de asistencia, ii) el deber de contribución a los gastos del hogar en proporción a sus recursos (si pueden disponer la manera de contribuir cada uno, o los recursos con los que contribuirá, etc); iii) la responsabilidad solidaria frente a terceros por las deudas que hubiera contraído el otro con-

viviente para solventar gastos del hogar o de la educación de los hijos; y iv) la protección de la vivienda familiar: la necesidad de asentimiento del otro conviviente para disponer del inmueble y la inejecutabilidad de la vivienda por deudas contraídas por uno solo de los convivientes después de la inscripción registral.

c) Respeto a la igualdad de los miembros de la unión y sus derechos fundamentales

El art. 515 CCivCom establece que los pactos no pueden ser contrarios al orden público, debiendo respetar el principio de igualdad de los integrantes de la unión convivencial y los derechos fundamentales de ambos.

d) Deber de asistencia

El art. 519 CCivCom estatuye que los convivientes se deben asistencia en forma recíproca sólo durante la convivencia —en el tiempo que dure la unión—.

Señalamos que se comprenden las dos áreas: la asistencia moral —apoyo mutuo que se funda en el proyecto de vida en común- y la asistencia material-alimentos-.

e) La solidaridad familiar en diversas expresiones

En normas diferentes, surge claramente el fundamento de las decisiones del nuevo Código CivCom respecto a las relaciones en las uniones convivenciales, en el principio de solidaridad familiar.

Es que la responsabilidad que implica transitar un proyecto de vida en común no solo en su faceta espiritual, sino también en el ámbito patrimonial, exige respuestas. Por ejemplo: la obligación de contribuir a los gastos del hogar es un segmento importante del bloque de deberes que los miembros de la unión asumen, mientras dure esa unión.

f) El derecho de acceso a la vivienda familiar

Este derecho humano a la vivienda tiene una consideración “superlativa” en el CCivCom. y se reitera la protección en las uniones convivenciales.

*2.1.b. Las relaciones patrimoniales en la unión convivencial*

Los efectos económicos durante la convivencia, expresan las relaciones patrimoniales entre los miembros de la unión<sup>(39)</sup>.

(38) Conf: LLOVERAS, Nora y SALOMÓN, Marcelo, El derecho de familia desde la Constitución Nacional, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2009, p. 393.

(39) Cfr.: en general: SOJO, Agustín, Efectos de la pretendida regulación de las uniones convivenciales, *eldial*. *express*, 10.07.2012, Año XV - N° 3550 <http://www.eldial.com>

El principio rector es que los miembros de la unión pueden celebrar un pacto de convivencia <sup>(40)</sup>.

No están obligados a suscribir tal pacto, y si no los suscriben, sus relaciones se rigen por las normas del título III del CCivCom.

El Código posibilita una opción a los convivientes: regular las relaciones económicas celebrando un pacto de convivencia; o no celebrar pacto, en cuyo caso los convivientes ejercen libremente las facultades de administración y disposición de sus bienes (art. 518).

Relaciones patrimoniales U C - 518	
Union Convivencial con pacto de convivencia	Se rigen por el pacto  No pueden dejar sin efecto el piso mínimo obligatorio (519 á 522)
Union Convivencial sin pacto de convivencia	Libre administración y disposición de los bienes de que es titular (salvo vivienda familiar y muebles indispensables del 522)

Esta libertad para administrar y disponer de sus bienes —si no hay pacto— ostenta límites destinados, específicamente a la protección de la vivienda familiar y a los muebles indispensables de ella (art. 522).

Claramente registró el pacto de convivencia entre los miembros de la unión, si lo han celebrado, y en ausencia de pacto cada conviviente ostenta facultades para ejercer la administración y disposición de los bienes de su patrimonio con libertad, estableciéndose la restricción ya mencionada —vivienda y muebles—.

#### 2.1.b.1. *Facultad de celebrar pactos convivenciales*

El art. 513 del CCivCom regula la posibilidad de realizar pactos de convivencia destinados a regir las cuestiones relativas a la unión.

La característica esencial de las uniones convivenciales es el mayor despliegue y presencia de la autonomía de la voluntad en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas propias de la unión, tanto durante su existencia como con posterioridad a ella.

De allí que los convivientes cuentan con la posibilidad de diseñar su propio estatuto legal, con todas sus ventajas y desventajas, y con ciertas limitaciones legalmente impuestas <sup>(41)</sup>.

El contenido del pacto convivencial pueden regular la contribución a las cargas, la atribución del hogar en caso de ruptura, la división de los bienes, entre otras cuestiones (art. 514).

Estos pactos de convivencia no pueden contrariar el orden público, ni el principio de igualdad de los convivientes, ni afectar los derechos fundamentales de cualquiera de los integrantes de la unión convivencial (515).

Los pactos de convivencia están sujetos a las variaciones propias de la unión, y es posible que los mismos sean modificados de común acuerdo por los convivientes o rescindidos (516).

Los pactos de convivencia, su modificación y su rescisión producen efecto o son oponibles a los terceros a partir de su inscripción en el registro de uniones convivenciales y en los registros relacionados a los bienes incluidos en tales pactos (517).

#### 2.1.b.2. *Observancia obligatoria y no disponibilidad de algunos derechos —Piso mínimo obligatorio—*

Se prevé que la autonomía de la voluntad de los convivientes no puede dejar sin efectos el deber de asistencia (519), la obligación de contribuir a los gastos domésticos (520), la responsabilidad solidaria por las deudas contraídas frente a terceros por el sostenimiento del hogar y de los hijos comunes —obligación que se extiende

com/nuevo/archivo-doctrinadetalle.asp?base=50&id=6389&t=d&numingr=5&usr=20988328

(40) Cfr: MOLINA DE JUAN, Mariel F. Las uniones convivenciales en el Proyecto de Reforma del Código Civil. No será lo mismo casarse que no casarse, *eldial.express*, 16.08.2013, Año XVI - N° 3818 [http://www.eldial.com/nuevo/archivo-doctrina\\_nuevo.asp?base=50&id=6992&t=d](http://www.eldial.com/nuevo/archivo-doctrina_nuevo.asp?base=50&id=6992&t=d)

(41)Cfr. PELLEGRINI, María V., Las uniones convivenciales en el Anteproyecto de Código Civil, SJA-2012/06/20-3, JA-2012-II, Abeledo Perrot N°: AP/DOC/2159/2012. Sostiene la autora que la posibilidad otorgada a los convivientes en el marco de la autonomía de la voluntad de reglar las cuestiones que atañen a la unión, constituye la principal y fundamental diferencia con el matrimonio, dado que quienes opten por conformar su familia bajo la forma matrimonial eligen someter sus relaciones jurídicas familiares a la regulación propia del matrimonio.

a otros según art. 455— (521) y la protección de la vivienda familiar y de los muebles indispensables de esta (522).

Este bloque compuesto por los arts. 519, 520, 521 y 522 se ha nominado piso mínimo obligatorio: corresponde a derechos fundamentales como la asistencia, la contribución a los gastos, la responsabilidad por dudas y la protección de la vivienda, respecto a los que el pacto que pueden celebrar los convivientes no pueden dejar sin efecto.

Piso mínimo obligatorio U C	
Deber de asistencia	Artículo 519
Obligación de contribuir a los gastos domésticos	Artículo 520
Responsabilidad solidaria por las deudas contraídas frente a terceros por el sostenimiento del hogar y de los hijos comunes - obligación que se extiende a otros según art. 455 -	Artículo 521
Protección vivienda familiar y muebles indispensables	Artículo 522

Este piso mínimo inderogable conforma la mécula de tutela de los derechos en la unión convivencial, de manera semejante a la regulación que se introdujera en el régimen patrimonial matrimonial bajo el título “Disposiciones comunes a todos los regímenes” (454 a 462 CCivCom) en que se resguardan también el deber de contribución, la vivienda familiar, la responsabilidad por las obligaciones frente a terceros, entre otros.

El piso mínimo de protección establecido en este artículo, constituye una auténtica tutela jurídica de las personas que deciden vivir en una unión convivencial, garantizando la efectiva protección de sus derechos de un modo compatible con la garantía constitucional de la protección integral de la familia.

*2.1.b.2.1. Deber de asistencia*

Los miembros de la unión convivencial, se deben asistencia durante la convivencia, de modo recíproco.

Este deber de asistencia se expande en los dos ámbitos clásicos: la asistencia moral, como sostén solidario que corresponde al proyecto de vida en común y la asistencia material que se expresa en los alimentos <sup>(42)</sup>.

(42) Cfr. en general: OTERO, Mariano C., Los alimentos en el proyecto, LL 17/07/2012, 17/07/2012, 1.

Es la única norma que alude a este deber entre los convivientes, que solo rige durante la unión <sup>(43)</sup>.

Siendo la asistencia un derecho humano básico, obligatorio para ambos convivientes, no pueden en un pacto convivencial convenir la exclusión de este deber. Si suprimieran la asistencia, esta clausula no tiene valor según lo previsto expresamente en el art. 513 del CCivCom.

Si un juez debiera resolver sobre este deber de asistencia en el ámbito alimentario, tiene que acudir a las reglas genéricas a tal fin, pues las pautas no se encuentran expresamente previstas en el Código. Así podrá tener en cuenta la igualdad de ambos convivientes, la solidaridad familiar, la proporcionalidad a los recursos en la prestación de esta ayuda <sup>(44)</sup>.

El art. 719 del CCivCom prevé que en las acciones por alimentos entre convivientes es competente el juez del último domicilio convivencial. Recuérdese que los alimentos en las uniones convivenciales solo se deben durante la unión.

Este deber de asistencia, así regulado, en la unión convivencial prueba la diferencia que el legislador ha adjudicado a las diversas formas familiares. Así, en el matrimonio los alimentos se deben durante la separación de hecho (art. 433 CCivCom).

Se conjugan en esta previsión legislativa novedosa que es la unión convivencial, diferentes principios que atañen en primer lugar a a constitucionalizacion del derecho privado, y a la par el principio de realidad, la igualdad, y no discriminación, que se completa con el multiculturalismo.

*2.1.b.2.2. Deber de contribuir a los gastos del hogar*

En el desarrollo de la vida convivencial, los convivientes tienen obligación de contribuir a los gastos domésticos: al propio sostenimiento, al sostenimiento del hogar, al sostenimiento de los hijos comunes.

(43) A diferencia del art. 519 del CCivCom, en el matrimonio los arts. 431 y 432 regulan por separado la asistencia y los alimentos de los cónyuges, estableciéndose las pautas para su fijación.

(44) En otras materias previstas por ejemplo en los arts. 520 y 521, se ha efectuado una remisión a las normas sobre matrimonio, lo que no acontece con la asistencia en las uniones convivenciales.

Este deber de contribuir a los gastos del hogar se amplía a las necesidades de los hijos no comunes, menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad (art. 32 del CCivCom) que sean de uno de los convivientes pero que convivan con ellos.

Esta obligación de contribuir de cada uno de los convivientes es proporcional a sus recursos.

En este caso la norma del art. 520 del CCivCom que alude a las uniones convivenciales remite expresamente al art. 455 del mismo cuerpo legal en que se estatuye sobre el deber de contribución en el matrimonio. Tanto la unión convivencial como el matrimonio exigen el deber de contribuir a los gastos del hogar, ya que están comprometidos los derechos humanos que aluden a la vida familiar cotidiana.

Y el conviviente que no cumpla con esta obligación puede ser demandado por el otro para que lo haga, reputándose el trabajo en el hogar una contribución a tales cargas (arts. 520, 455 y cc.).

Esta obligación de aportar a los gastos del hogar forma parte de los deberes que todo miembro de una unión convivencial asume mientras ella en vigencia, y no puede ser dejada sin efecto en los pactos que se realicen (art. 513).

Cabe aclarar que el pacto convivencial, a tenor del art. 514 que prevé el contenido del convenio, regula como una eventual cláusula “la contribución a las cargas del hogar durante la vida en común” (inc. a).

No existe ni surge contradicción alguna: a) el deber de contribuir las cargas no puede ser suprimido ni excluido en el acto convivencial (art. 513); b) el pacto de convivencia puede incluir como cláusula la contribución a las cargas del hogar, como por ejemplo el modo en que cada conviviente aportará durante la unión a esos conceptos, o con que fuentes o recursos afrontará tales cargas.

Así, el deber de contribuir las cargas integra el piso mínimo obligatorio que no puede ser dejado sin efecto en el pacto de convivencia; y a la par, en sintonía, el pacto de convivencia puede comprender las modalidades de cumplir con la obligación de contribuir a las cargas durante la vida en común u otros aspectos posibles de ser pactados (arts. 513, 514 inc. a, 520 CCivCom).

Puede destacarse que ya la doctrina y la jurisprudencia entendían que los gastos para el sostenimiento de los hijos comunes estaban inmersos en el principio de igualdad que instaura de modo definitivo la Ley 23264 del año 1985, que igualó las filiaciones. Sin embargo, resulta ampliamente positivo que se incluya en el texto de la ley como cargas del hogar, la contribución en el sostenimiento del otro conviviente, del hogar y de los hijos de uno de los convivientes que conviva con ellos, en las condiciones que fija la ley, sobre lo que no existía un pensamiento unívoco.

Esta categorización del contenido de las cargas del hogar o deber de contribuir los gastos del hogar o domésticos, refuerza el salto cualitativo en la normativa de las uniones convivenciales, particularmente en el día a día de estas familias que exigen un resguardo legal importante.

Esta categorización del contenido de las cargas del hogar o deber de contribuir los gastos del hogar o domésticos, refuerza el salto cualitativo en la normativa de las uniones convivenciales, particularmente en el día a día de estas familias que exigen un resguardo legal importante.

#### *2.1.b.2.3. Responsabilidad solidaria por las deudas contraídas frente a terceros*

El art. 521 del CCivCom observa la relación de los convivientes con los terceros acreedores.

Remite el art. 521 al art. 461 del mismo cuerpo legal; esta art. 461 alude a la responsabilidad solidaria de los cónyuges por las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos, ostentando también un reenvío al art. 455.

Se sienta el principio general de la responsabilidad solidaria<sup>(45)</sup> de los dos convivientes por las deudas que uno de ellos hubiere contraído para solventar los gastos ordinarios del hogar o sostenimiento y la educación de los hijos. A ello debe sumarse las deudas contraídas por uno para la contribución a los gastos de los hijos no comunes en las condiciones que fija el art. 455 al que remite el art. 520 CCivCom.

Ningún pacto convivencial puede dejar sin efecto esta responsabilidad por deudas frente a terceros estatuida por la ley (art. 513 CCivCom).

Se trata de una reforma relevante en cuanto a la responsabilidad por deuda frente a terceros en la unión convivencial, que remite a la solución prevista para la unión matrimonial en el mismo tema (arts. 461 CCivCom).

(45) CCivCom. Libro Tercero. Derechos Personales. Título I. Obligaciones en general. Capítulo 3. Clase de Obligaciones. Sección 7ª. Obligaciones de sujeto plural. Párrafo 2º. Obligaciones solidarias. Arts. 827, 828. Párrafo 3º. Solidaria Pasiva. Art. 833 y cc.

Para esta responsabilidad frente a terceros en el matrimonio, el art. 6 de la ley 11.357 preveía el cónyuge que no había contraído la deuda respondía sólo con los frutos de sus bienes propios y gananciales ante tres hipótesis: obligaciones contraídas para solventar las necesidades del hogar, la educación de los hijos o la conservación de los bienes gananciales.

El CCivCom innova radicalmente en la materia: se establece la responsabilidad solidaria como regla para las cargas del hogar, y ninguno responderá por las obligaciones del otro fuera de los casos especialmente previstos: necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y educación de los hijos.

No queda comprendido el supuesto de conservación de los bienes gananciales, ya que se instaura la opción del régimen patrimonial matrimonial, que regirá para los matrimonios que vivan bajo ese sistema económico de comunidad de ganancias<sup>(46)</sup>.

En la unión convivencial los acreedores pueden exigir el cumplimiento total de la deuda a ambos convivientes simultánea o sucesivamente, siempre que hayan sido contraídas por alguno de los miembros de la unión, para afrontar los gastos del hogar o la educación y sostenimiento de los hijos comunes.

El acreedor que reclame la satisfacción de la deuda al conviviente que no la contrajo, deberá probar que se trata de uno de los supuestos en que el CCivCom establece la responsabilidad solidaria de ambos convivientes.

Son gastos para satisfacer las necesidades ordinarias del hogar, el pago del alquiler del inmueble en que se asienta el hogar convivencial; la satisfacción de las deudas contraídas para reparar o efectuar arreglos en la vivienda que sean necesarios; adquirir algunos bienes muebles indispensables para la vida cotidiana, etc.

Son gastos para satisfacer las necesidades y sostenimiento y educación de los hijos, los alimentos adquiridos, la vestimenta utilizable razonablemente, la recreación, las cuotas de colegio, los materiales de estudio y los útiles, etc.

(46) La conservación y reparación de los bienes gananciales responde también el cónyuge que no contrajo la deuda pero solo con sus bienes gananciales: en este caso la responsabilidad del otro cónyuge se extiende hasta la concurrencia de los bienes gananciales de que es titular, art. 467 CCivCom).

El cambio es profundo: la solidaridad familiar exige que la responsabilidad del conviviente que contrajo una deuda para solventar los gastos necesarios para el mantenimiento del hogar y el de sus hijos comunes —y en los supuestos excepcionales de los no comunes, art. 455— se extienda al otro conviviente que no contrajo la deuda, en tanto ella responde a necesidades que aluden a la responsabilidad familiar, que no puede dejar de ser compartida.

#### 2.1.b.2.4. Protección de la vivienda familiar

El art. 522 se destina específicamente a la protección de la vivienda familiar en las uniones convivenciales inscriptas (art. 511 CCivCom).

Por consiguiente es una decisión de los convivientes inscribir a o no la unión convivencial (art. 511, in fine, CCivCom), y en consecuencia de esta resolución de los miembros de la unión, dependerá en gran medida la protección de este derecho fundamental a la vivienda familiar.

Esta protección se estructura en las normas sobre algunos ejes: i. la disposición de los derechos sobre la vivienda familiar y los muebles de ésta exigen el asentimiento del otro —se incluye también el transporte fuera de la vivienda—; ii. la declaración de nulidad del acto dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, sino medió la autorización judicial para disponer del bien, peticionada por quien no ha dado su asentimiento; iii. la inejecutabilidad de la vivienda familiar por deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial, salvo que hayan sido contraídas por ambos o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

En la línea de la Constitución Nacional (art. 14 bis.) y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos<sup>(47)</sup>, se protege la vivienda en general (art. 244 y ss. CCivCom), sin perjuicio de consideraciones en algunas instituciones particulares previstas en el nuevo Código, que se suman a esta tutela de la vivienda, desde la óptica de los derechos humanos.

En las uniones convivenciales se estipula la exigencia de inscripción de la unión en el registro respectivo, lo que expresa o intenta expresar desde cuando se comienza a otorgar la protección, pues no se cuenta con un indicador formal y so-

(47) Entre otros: Convención de los Derechos del Niño, art. 27.1; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 11.

cial que aluda a la configuración de la unión, lo que explica la exigencia de registración para dar una base cierta a la protección de la vivienda: si la unión está registrada, el efecto tutelar de la vivienda, en todos sus planos, opera con plenitud.

La vivienda constituye un derecho humano básico y la protección que se dispense, es una manda constitucional, y en el caso de las uniones convivenciales en que pueden presentarse conflictos con otros derechos de terceros, la ley exige una valoración aprecie los derechos contrapuestos, observando el juicio de razonabilidad que requiere toda limitación.

El Código prevé, en el artículo 522, como requisito insoslayable de operatividad de la protección prevista para la vivienda familiar, la necesidad de registración de la unión convivencial.

#### *2.1.b.2.4.1. Restricción al poder de disposición del o los titulares*

El derogado artículo 1277 CCiv, dispone en su segundo párrafo la necesidad de contar con el asentimiento (dice “consentimiento”) para disponer del inmueble sede del hogar conyugal siempre que hubiere hijos o incapaces.

De este modo, queda fuera del sistema de protección, conforme a la letra de la ley, toda otra familia distinta a la matrimonial. Esta rigidez del sistema fue superado lentamente por la jurisprudencia argentina que dispuso aplicar por analogía el art. 1277 CCiv. a las uniones convivenciales con hijos, fundada principalmente en el principio de igualdad de las filiaciones (art. 240 del CCiv., CDN, art. 2, entre otros).

El CCiv y Com profundiza la decisión, otorgando la protección de la vivienda familiar, con independencia o no de hijos tanto a la familia matrimonial como a la familia convivencial.

También se amplía la protección en tanto devienen relevantes tanto los derechos sobre la vivienda familiar como el ajuar indispensable para la familia: los muebles indispensables del hogar o el transporte de ellos no puede ser dispuesto con el asentimiento del otro, o eventualmente con la autorización judicial.

La hipótesis de la negativa del otro conviviente a prestar el asentimiento que exige el art. 522, se resuelve facultando al juez a autorizar la disposición —o el transporte según se trate— siempre que el bien sea prescindible y el interés familiar no se vea comprometido. Esta clausula del inte-

rés familiar y el parámetro de la prescindibilidad del bien de que se trate, están ya presentes en el derecho anterior y son capitalizados por el CCiv y Com, como en otras tantas materias en que se aprovechan todos los consensos y normas ya existentes en el derecho privado argentino.

Si el bien o el mobiliario de la vivienda se han dispuesto sin el asentimiento del otro o sin la autorización del juez, el conviviente que no prestó el asentimiento está en condiciones de demandar la nulidad del acto. El requerimiento de nulidad sufre un plazo de caducidad de seis meses a contar desde que el acto fue conocido y siempre que continúe la convivencia.

#### *2.1.b.2.4.2. Inejecutabilidad de la vivienda familiar por deudas contraídas después de la inscripción*

El art. 522 del CCiv y Com, 3er. párrafo, establece como principio la inejecutabilidad de la vivienda familiar por deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial.

La excepción a este principio es que podrá ser ejecutada la vivienda por deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial, por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

Este dispositivo es una excepción al sistema de acciones y garantía común de los acreedores <sup>(48)</sup> previsto en el art. 743 CCiv y Com que establece que el acreedor puede exigir la venta judicial de los bienes del deudor para satisfacer su crédito.

#### *2.1.b.2.4.3. La unión convivencial y la protección de la vivienda en una familia diferente*

El CCiv y Com avanza claramente para proteger la vivienda de la familia, se trate de a familia tradición matrimonial o de la familia convivencial.

En tanto la vivienda, o un derecho fundamental, se dispensa una protección inicial genérica en el Libro Primero (arts. 244 á 256) en el Capítulo destinado a la vivienda dentro de los bienes, sin distinguir posteriormente la configuración familiar de que se trate: se protege la vivienda familiar durante el matrimonio (art. 456) y en las uniones convivenciales (art. 522).

(48) Libro Tercero. Derechos Personales. Título I. Obligaciones en general. Capítulo 2. Acciones y garantía común de los acreedores. Sección 3ª. Garantía común de los acreedores. Art. 743. Bienes que constituyen la garantía.

El art. 246 del CCivCom establece los beneficiarios del régimen de afectación de inmuebles destinados a vivienda, incluyendo claramente al propietario constituyente, su cónyuge, su conviviente, sus ascendientes o descendientes<sup>(49)</sup>.

## 2.2. En el Código Civil y Comercial, en general

Sin perjuicio de la regulación específica de las uniones convivenciales en el Título III del Libro Segundo, surgen diferentes normas dispersas en el articulado total del CCivCom respecto a estas uniones, seleccionando entre ellas las que configuran efectos relevantes de esta nueva forma familiar legislada expresamente.

### 2.2.a. Facultades de los convivientes

El CCivCom les reconoce a los convivientes la legitimación para interponer acciones o para ejercer ciertos derechos.

#### 2.2.a.1. Facultad para solicitar la incapacidad del conviviente y ser el curador

El art. 33 inc. b, CCivCom habilita al conviviente a solicitar la declaración de incapacidad o de capacidad restringida por discapacidad mental, del otro, en tanto la convivencia no haya cesado.

La misma norma en el inc. b legitima al cónyuge para igual petición.

El CCivCom equipara en un todo al cónyuge y al conviviente para efectuar la petición consignada en el art. 33<sup>(50)</sup>.

#### 2.2.a.1.1. La curatela y los convivientes

Una vez más, las reglas de la tutela se aplican supletoriamente a la curatela en la medida en que sean compatibles (art. 138).

Han operado reformas relevantes en materia de incapacidad y capacidad restringida de las personas humanas afectadas en su funcionalidad mental.

Conforme al CCivCom expresamente las uniones del curador se destinan a cuidar la persona y los bienes de la persona incapaz, con una meta que es intentar recuperar la salud, destinándose las rentas de su patrimonio a este objetivo.

Pueden ser curadores, entre otros a persona que ha sido designada por el interesado a través de una directiva interesada, o el juez designar al cónyuge no separado de hecho, al conviviente, los hijos, padres o hermanos de la persona a proteger según quien tenga mayor aptitud a tenor del art. 139<sup>(51)</sup>.

Si la persona protegida tiene hijos, el art. 140 del CCivCom establece que el curador de la persona incapaz o con capacidad restringida, es tutor de los hijos menores de éste.

Esta regla no impide que el juez tome otra decisión: otorgar la guarda del hijo menor de edad a un tercero, designándolo tutor para que lo represente en las cuestiones patrimoniales. Por esta vía pueden coexistir la tutela del hijo menor a los fines económicos y la curatela del padre.

Queda así habilitado el conviviente para ejercer la curatela, y como es de rigor, siempre el juez deberá considerar la persona que tenga más aptitud, en función de los parámetros generales.

#### 2.2.a.2. Facultad para requerir la prodigalidad del conviviente

Dentro de las restricciones a la capacidad, se regula la inhabilitación por prodigalidad.

Esta declaración se debe fundar en que la gestión de los bienes exponga al cónyuge, conviviente o a los hijos menores de edad o con discapacidad, a la pérdida del patrimonio.

El art. 48, in fine, CCivCom menciona entre los legitimados activos para accionar por esta declaración de prodigalidad, al conviviente<sup>(52)</sup>.

(49) El artículo 36 de la ley 14.394 tenía en consideración solamente a la familia matrimonial.

(50) Art. 33 CCivCom. Legitimados. Están legitimados para solicitar la declaración de incapacidad y de capacidad restringida: a) el propio interesado; b) el cónyuge no separado de hecho y el conviviente mientras la convivencia no haya cesado; c) los parientes dentro del cuarto grado; si fueran por afinidad, dentro del segundo grado; d) el Ministerio Público.

(51) Art. 139 CCivCom. La persona capaz puede designar, mediante una directiva anticipada, a quien ha de ejercer su curatela. Los padres pueden nombrar curadores de sus hijos incapaces o con capacidad restringida, en los casos y con las formas en que pueden designarles tutores. Cualquiera de estas designaciones debe ser aprobada judicialmente. A falta de estas previsiones el juez puede nombrar al cónyuge no separado de hecho, al conviviente, a los hijos, padres o hermanos de la persona a proteger según quien tenga mayor aptitud. Se debe tener en cuenta la idoneidad moral y económica.

(52) Art. 48. CCivCom. Pródigos. Pueden ser inhabilitados quienes por la prodigalidad en la gestión de sus

*2.2.a.3. La decisión del conviviente sobre las exequias cuando no ha sido expresada por el fallecido*

En el área de los derechos y actos personalísimos, se reconoce a la persona capaz, disponer el modo y circunstancias de sus exequias e inhumación, tanto como la dación de todo o parte del cadáver con fines terapéuticos, científicos, pedagógicos o de índole similar.

En la hipótesis que la persona fallecida no haya expresado su voluntad sobre sus exequias e inhumación, así como la dación de todo o parte del cadáver con fines terapéuticos, científicos, pedagógicos o de índole similar, dicha decisión se reconoce al conviviente —entre otros—<sup>(53)</sup>.

*2.2.a.4. La legitimación del conviviente y las acciones de protección del nombre cuando el interesado ha fallecido*

Al regular el nombre, el CCivCom, prevé en el art. 71, las acciones de protección del nombre.

En las distintas hipótesis, a quien le es desconocido el uso de su nombre, o cuando el nombre es indebidamente usado por otro, y a aquel cuyo nombre es usado para la designación de cosas o personajes de fantasía, si ello le causa perjuicio material o moral (incs. a, b y c).

Estas acciones pueden ser ejercidas solo por el interesado; sin embargo, si ha fallecido, queda legitimado —entre otros— el conviviente<sup>(54)</sup>.

bienes expongan a su cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio. A estos fines, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral. La acción sólo corresponde al cónyuge, conviviente y a los ascendientes y descendientes.

(53) Art. 61 CCivCom. Exequias. La persona plenamente capaz puede disponer, por cualquier forma, el modo y circunstancias de sus exequias e inhumación, así como la dación de todo o parte del cadáver con fines terapéuticos, científicos, pedagógicos o de índole similar. Si la voluntad del fallecido no ha sido expresada, o ésta no es presumida, la decisión corresponde al cónyuge, al conviviente y en su defecto a los parientes según el orden sucesorio, quienes no pueden dar al cadáver un destino diferente al que habría dado el difunto de haber podido expresar su voluntad.

(54) Art. 71. CCivCom.- Acciones de protección del nombre. Puede ejercer acciones en defensa de su nombre: a) aquel a quien le es desconocido el uso de su nombre, para

*2.2.a.5. Legitimación para demandar el daño material y los efectos no patrimoniales a terceros en razón de la muerte del conviviente*

Se ha discutido largamente la posibilidad de que el miembro de la unión convivencial pueda demandar o no el daño material que le causa la muerte del otro conviviente, contra el autor del daño, y en segundo lugar, si puede demandar el agravio moral que le genera la muerte de su conviviente<sup>(55)</sup>.

Quienes responden negativamente a la posibilidad de que el compañero o conviviente demande daños contra terceros, entienden que no luce presente un vínculo jurídico del que derive un derecho subjetivo entre los convivientes, que de sustento al reclamo.

que le sea reconocido y se prohíba toda futura impugnación por quien lo niega; se debe ordenar la publicación de la sentencia a costa del demandado; b) aquel cuyo nombre es indebidamente usado por otro, para que cese en ese uso; c) aquel cuyo nombre es usado para la designación de cosas o personajes de fantasía, si ello le causa perjuicio material o moral, para que cese el uso. En todos los casos puede demandarse la reparación de los daños y el juez puede disponer la publicación de la sentencia. Las acciones pueden ser ejercidas exclusivamente por el interesado; si ha fallecido, por sus descendientes, cónyuge o conviviente, y a falta de éstos, por los ascendientes o hermanos.

(55) Entre otros, véase: ARIANNA, Carlos A., Concubinato. Legitimación activa del concubino ante la muerte del otro. RDF 1999-14-305. KEMELMAJER de Carlucci, Aída, Decisiones judiciales de la última década concernientes a algunos efectos patrimoniales entre convivientes de hecho heterosexuales en Relaciones patrimoniales en el matrimonio y en la convivencia de pareja. Ed. Nuevo enfoque jurídico. Córdoba. 2011. BACIGALUPO DE GIRARD, María, ¿El art. 1078, CCiv., quita legitimación activa al conviviente para reclamar el daño moral por la muerte de su pareja? RDF 2005-II-83 (JA). BIDART CAMPOS, Germán, “La base constitucional del derecho indemnizatorio de la concubina por la muerte del compañero en un accidente de tránsito”, nota al fallo. ED, 147-258. FORMARO, Juan J.; Legitimación activa frente al daño moral. Derecho de los integrantes de la unión convivencial. Fallo Comentado: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala V- 2012-02-15 - Umaña Navarro, Carmen p/sí y en rep. de su hija menor S. F. U. c. M y G Construcciones S.R.L. y otro. LA LEY 04/06/2012, 9. KREBS, María G., Derecho a una reparación integral. Cuando “la falta de derecho” cede ante el afecto. RDF 2010-III-60 (JA). JUNYENT BAS, Francisco - FLORES, Fernando M. A propósito del reclamo indemnizatorio por daño moral sufrido por la muerte del concubino. El art. 1078 CCiv. y una limitación... ¿irrazonable?. SJA 24/8/2005 - JA 2005-III-1058. BENAVENTE, María L.; Daño moral y damnificados indirectos. ¿La limitación del art. 1078 CCiv. es inconstitucional?. JA 2005-IV-288.

Los que entienden que la sola violación de un interés legítimo funda la reclamación del conviviente supérstite, funda la legitimación del reclamante, que debe acreditar la existencia del daño cierto, como centro probatorio, en tanto recibía asistencia del causante. Esta es la decisión que adopta el CCivCom<sup>(56)</sup> Esta es la posición que adopta el Código.

#### 2.2.a.6. *Requerimiento por las consecuencias patrimoniales por muerte del otro conviviente*

Basta la violación de un interés legítimo para poder reclamar los daños, en relación al “concubino” —hoy conviviente—, solución que ya recibiera la jurisprudencia respecto al daño material<sup>(57)</sup>, siguiendo el plenario del año 1995 de la Cámara Nacional Civil<sup>(58)</sup>.

Se configuraba la prueba, según las exigencias de la jurisprudencia, acreditando que se trataba de una relación estable y que el peticionante recibía apoyo patrimonial de algún modo o medio, por parte de la víctima<sup>(59)</sup>.

Dice el CCivCom., que “hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva” (art. 1737 CCivCom).

Por su parte, puntualiza el art. 1745, inc. b CCivCom: “en caso de muerte, la indemnización debe consistir en... inc. b) lo necesario para alimentos del cónyuge, *del conviviente*, de los hijos menores de veintinueve años de edad con derecho alimentario, de los hijos incapaces o con capacidad restringida, aunque no hayan sido declarados tales judicialmente; esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado indirecto; el juez, para fijar la reparación, debe tener en cuenta el tiempo probable de vida de la víctima, sus condiciones personales y las de los reclamantes”

(56) Cam. Nac. Civ., Sala A, 14/09/2005, LL, 2006-A, 513.

(57) ED, 162-651. SCBA, 27/10/2004, LLBA, 2005-44. CS de Santa Fe, 30/11/2009, LL Litoral, 2010 — 310. SCBA, 11/6/2008, LLBA, 2008-863.

(58) Cam. Nac. Civ., en pleno, 4/4/1995. “Se encuentran legitimados los concubinarios para reclamar la indemnización del daño patrimonial ocasionado por la muerte de uno de ellos como consecuencia de un hecho ilícito, en tanto no medie impedimento de ligamen”.

(59) Cam. Nac. Civ., Sala K, 23/10/2009, Rev. Resp. Civil y Seguros, Año XII, N° 5, mayo de 2010, pag. 135.

El conviviente, entonces, está legitimado para reclamar las consecuencias patrimoniales por muerte del otro conviviente.

#### 2.2.a.7. *Requerimiento por las consecuencias no patrimoniales del damnificado*

El reclamo por el daño moral, se enturbiaba en el CCiv, en atención al art. 1078 de dicho cuerpo legal, que decía: “La acción por indemnización del daño moral solo competará al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de a víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos”.

El conviviente no es un heredero forzoso.

A pesar de no contarse entre los legitimarios, los jueces venían abriendo senderos al reconocimiento de legitimación del conviviente supérstite para reclamar daño moral; incluso, se declaró en algunos casos la inconstitucionalidad del art. 1078 CCiv.

En este sentido, en el año 2014 un tribunal de apelaciones bonaerense reconoció la legitimación activa a la conviviente frente a la muerte posterior de su compañero derivada de la intervención quirúrgica, entendiendo que debe declararse la inconstitucionalidad del art. 1078 del CC en cuanto limita la acción resarcitoria por daño moral a los damnificados directos de la víctima<sup>(60)</sup>.

Se expresa que “es inconstitucional el art. 1078 del CCiv. en cuanto impide a la concubina de quien perdiera la vida en un accidente de trabajo reclamar una indemnización en concepto de daño moral”, “ya que negar de pleno el derecho a obtener una reparación, aún cuando se pueda un perjuicio espiritual, serio, grave y relevante, viola el principio de igualdad ante la ley y solo parece reposar en una concepción sacralizada de la institución matrimonial que no condice con los parámetros valorativos de la sociedad del tiempo que nos toca vivir”<sup>(61)</sup>.

Esta posición es la acogida en el art. 1741 CCivCom.

En relación a la indemnización de las consecuencias no patrimoniales se apunta en el dis-

(60) CámApelCivCom, Pergamino, Bs.As., “M., A. K. E. C/ Clínica Pergamino S. A. y Otros s/ daños y perj. del. cuas. (exc. uso aut. y Estado)”, 06/06/2014, eldial.express, 20.08.2014, Año XVI - N° 4061, <http://www.eldial.com/>

(61) ST de Río Negro, 28/11/2007, LL Patagonia, Año 6, N° 2, abril de 2009, pag. 744.

positivo preconsignado: “Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible. La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste. El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas” (art. 1741 CCivCom).

El conviviente se considera claramente incluido en la mención “quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible”, del art. 1741 CCivCom.

Este art. 1741 CCivCom faculta al conviviente a reclamar las consecuencias no patrimoniales por muerte del otro conviviente a diferencia de lo regulado por el art. 1078 del CCiv.

La legitimación comprende a todo conviviente que ha tenido un trato familiar ostensible para requerir la indemnización de las consecuencias no patrimoniales del damnificado.

#### *2.2.a.8. Afectación y desafectación de la vivienda familiar*

El CCivCom dedica un Capítulo especial para la vivienda que por esta vía reemplaza al sistema del bien de familia previsto en la ley 14.394. (Capítulo 3: Vivienda arts. 244 á 256 CCivCom).

Las modificaciones son importantes, en cuanto a: a) se autoriza la constitución del bien de familia a favor del titular del dominio sin familia, se permite que el bien de familia sea constituido por todos los condóminos; b) la afectación también puede ser decidida por el juez, a petición de parte, en la resolución que atribuye la vivienda en el juicio de divorcio o en el que resuelve las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia, si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida; c) se amplía la lista de los beneficiarios al conviviente; d) se prevé expresamente la subrogación real, que permite adquirir una nueva vivienda y mantener la afectación, así como extender la protección a la indemnización que provenga del seguro o de la expropiación; e) se resuelven problemas discutidos en la doctrina, los cuales son: la situación de la quiebra, adoptándose el criterio según el cual el activo li-

quidado pertenece sólo a los acreedores anteriores a la afectación, y si hay remanente se entrega al propietario; la admisión de la retroprioridad registral, en tanto se remite a las normas de la ley registral que así lo autorizan; la inoponibilidad a los créditos por expensas en la propiedad horizontal y a los créditos alimentarios.

#### *a) Afectación*

El art. 244 CCivCom especifica que inmuebles pueden ser afectados.

La afectación a este régimen puede ser decidida por el Juez —a petición de parte— en las eventuales acciones derivadas de la conclusión de la convivencia, siempre y cuando entre los beneficiarios existan niños o personas con capacidad restringida o con discapacidad (art. 245 último párrafo, CCivCom).

#### *b) Legitimación*

La afectación puede ser solicitada por el titular registral; si el inmueble está en condominio, deben solicitarla todos los cotitulares conjuntamente.

Puede disponerse por actos de última voluntad; en este caso, el juez debe ordenar la inscripción a pedido de cualquiera de los beneficiarios, o del Ministerio Público, o de oficio si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida.

Puede también ser decidida por el juez, a petición de parte, en la resolución que atribuye la vivienda en el juicio de divorcio o en el que resuelve las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia, si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida (art. 245 CCivCom).

#### *c) El conviviente puede ser beneficiario*

El propietario constituyente, su cónyuge, su conviviente, sus ascendientes o descendientes, son beneficiarios de la afectación —entre otros— (art. 246, inc. a CCivCom).

#### *d) Transmisión de la vivienda afectada*

Si la unión convivencial está inscripta, el inmueble afectado no puede ser transmitido o gravado sin la conformidad del conviviente, si éste se opone, falta, es incapaz o tiene capacidad restringida, la transmisión o gravamen deben ser autorizados judicialmente (art. 250 CCivCom)<sup>(62)</sup>.

(62) Art. 250 CCivCom. Transmisión de la vivienda afectada. El inmueble afectado no puede ser objeto

### e) Desafectación

La desafectación es procedente siempre que medie asentimiento del conviviente (art. 255, inc. a, CCivCom). También puede expresar su disconformidad cuando la constitución se impuso por testamento y los herederos peticionan la desafectación (art. 255, inc. b CCivCom). Para ambos casos se requiere que la unión se encuentre inscrita <sup>(63)</sup>.

La protección de la vivienda familiar en las uniones convivenciales responde a la clara idea de que es considerada como un derecho humano fundamental.

Se protege tanto en la regulación específica del Libro Segundo, Título III de las uniones convivenciales, y como en el capítulo especial que tutela la vivienda familiar, en el Libro Primero.

#### 2.2.a.9. Legitimación para solicitar el derecho de comunicación

En el Libro Segundo, Título IV: Del parentesco, Capítulo 2; Sección 2ª se contempla el “derecho de comunicación”.

Sustituir la voz “visitas” ya importa un salto cualitativo, y el derecho de comunicación expresa más precisamente la idea de que dos personas involucradas en un vínculo, se comunican, y por esta vía, ahondan la relación afectiva que los une, especialmente en el vínculo del parentesco.

El derecho de comunicación alude a los que justifiquen un interés afectivo legítimo, en línea

con el Proyecto de 1998 y con la noción de “referentes afectivos”, a que alude el artículo 7º del decreto 415/2006 que reglamenta la ley 26.061 de protección de niños, niñas y adolescentes.

El art. 376 bis del CCiv, se introdujo por la ley 21.040 de 1975, y aludía para fundar esta comunicación a las personas a la obligación alimentaria <sup>(64)</sup>.

La tendencia de la doctrina y de la jurisprudencia se enderezaba a superar la sujeción del derecho de comunicación al deber o a la prestación alimentaria, entendiendo comprendidos en ese derecho comunicacional otras personas que acrediten un interés legítimo y en el caso de niños niñas y adolescentes con aquellas personas que sean significativas en su vida, sean o no parientes.

La redacción del art. 555 CCivCom <sup>(65)</sup>, supera la del anterior art. 376 bis CCiv.

Deben permitir la comunicación los que tienen a su cargo el cuidado de personas menores de edad, con capacidad restringida, o enfermas o imposibilitadas, con sus ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad en primer grado.

En caso de deducirse oposición, en eventuales perjuicios a la salud moral o física de los interesados, el juez debe resolver lo que corresponda por el procedimiento más breve que prevea la ley local y establecer, en su caso, el régimen de

de legados o mejoras testamentarias, excepto que favorezcan a los beneficiarios de la afectación prevista en este Capítulo. Si el constituyente está casado o vive en unión convivencial inscrita, el inmueble no puede ser transmitido ni gravado sin la conformidad del cónyuge o del conviviente; si éste se opone, falta, es incapaz o tiene capacidad restringida, la transmisión o gravamen deben ser autorizados judicialmente.

(63) Art. 255 CCivCom.- Desafectación y cancelación de la inscripción. La desafectación y la cancelación de la inscripción proceden:a) a solicitud del constituyente; si está casado o vive en unión convivencial inscrita se requiere el asentimiento del cónyuge o del conviviente; si éste se opone, falta, es incapaz o tiene capacidad restringida, la desafectación debe ser autorizada judicialmente;b) a solicitud de la mayoría de los herederos, si la constitución se dispuso por acto de última voluntad, excepto que medie disconformidad del cónyuge superviviente, del conviviente inscripto, o existan beneficiarios incapaces o con capacidad restringida, caso en el cual el juez debe resolver lo que sea más conveniente para el interés de éstos.

(64) Sobre el art. 376 bis del CCiv. referimos entre otros: MOLINARIO Alberto, “Estudio del art. 376 bis del Cciv.”, LL 1976 — D — 851; GUASTAVINO, Elías P. “Régimen de visitas en el derecho de familia”, JA, 1976 — I — 654; ÁLVAREZ, Osvaldo, “Derecho de visitas de los abuelos y una breve reflexión al art. 376 bis del CCiv.”, ED, 170 — 238; KRASNOW, Adriana N. “El derecho de comunicación derivado del parentesco” en Régimen de comunicación derivado del parentesco. Visión jurisprudencial. Ed. Nuevo enfoque Jurídico. P. 4.3 y ss.

(65) Art. 555 CCivCom.- Legitimados. Oposición. Los que tienen a su cargo el cuidado de personas menores de edad, con capacidad restringida, o enfermas o imposibilitadas, deben permitir la comunicación de estos con sus ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad en primer grado. Si se deduce oposición fundada en posibles perjuicios a la salud moral o física de los interesados, el juez debe resolver lo que corresponda por el procedimiento más breve que prevea la ley local y establecer, en su caso, el régimen de comunicación más conveniente de acuerdo a las circunstancias.

comunicación más conveniente de acuerdo a las circunstancias.

El derecho a comunicación entre quienes conformaron dicha familia está contemplado implícitamente en el art. 556 CCivCom,<sup>(66)</sup> dado que los convivientes podrán justificar en muchos casos un interés afectivo legítimo sobre los hijos o miembros de la familia de su conviviente.

El régimen de comunicación entre los miembros de una familia, que era integrada por *convivientes* a la ruptura de dicha unión, queda visualizado en esta norma.

#### 2.2.a.10. *Convivientes y responsabilidad parental*

En caso de convivencia con ambos progenitores, estén casados o unidos en convivencia, el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde a ambos como principio general (art. 641 inc. a, CCivCom).

La norma establece una presunción: los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con excepciones —los actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores y en casos de oposición, arts. 645, 642 CCivCom—.

Este principio general —ejercicio por ambos progenitores convivientes—, se mantiene en la hipótesis de cese de la convivencia, en que por voluntad de los progenitores o por decisión judicial, en interés del hijo, el ejercicio se puede atribuir a sólo uno de ellos, o establecerse distintas modalidades (art. 641 inc. b, CCivCom).

En caso de hijo extramatrimonial con doble vínculo filial, si uno se estableció por declaración judicial, el ejercicio corresponde al otro progenitor. En interés del hijo, los progenitores de común acuerdo o el juez pueden decidir el ejercicio conjunto o establecer distintas modalidades (art. 641, inc. e, CCivCom).

Los deberes y derechos regulados por la ley en la responsabilidad parental, no difieren en el caso de hijos matrimoniales o extramatrimoniales.

El conviviente ostenta un derecho-deber de colaboración sobre el cuidado de los hijos del otro conviviente (art. 653, inc d, CCivCom).

(66) Art. 556 CCivCom.- Otros beneficiarios. Las disposiciones del artículo anterior se aplican en favor de quienes justifiquen un interés afectivo legítimo.

Cuando los progenitores no conviven, el cuidado personal del hijo puede ser asumido por un progenitor o por ambos (art. 649 CCivCom).

La modalidad del cuidado personal compartido, contempla que los progenitores que cesen su convivencia pueden ejercer el cuidado personal alternado o indistinto.

En el cuidado alternado, el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia. En el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado (art. 650 CCivCom).

A pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, el juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo (art. 651 CCivCom). En el supuesto de cuidado atribuido a uno de los progenitores, el otro tiene el derecho y el deber de fluida comunicación con el hijo (art. 652 CCivCom).

Los progenitores pueden presentar un plan de parentalidad relativo al cuidado del hijo (art. 655 CCivCom).

Los progenitores afines se contemplan en los arts. 672 á 676 CCivCom y se regula una situación familiar que hasta el momento no se encontraba en el ordenamiento: son los llamados progenitores e hijos afines. Se denomina progenitor afín al cónyuge o al conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente (art. 672 CCivCom).

Estos progenitores afines tienen diferentes derechos y obligaciones como cooperar a la crianza y educación de los hijos del otro conviviente. También se le otorga una obligación alimentaria de carácter subsidiario (art. 676 CCivCom).

#### 2.2.a.11. *Responsabilidad por los daños de los hijos*

Los padres son solidariamente responsables por los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su responsabilidad parental y que habitan con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad personal y concurrente que pueda caber a los hijos (art. 1754 CCivCom).

Así, dice la norma, la responsabilidad de los padres es objetiva, y cesa si el hijo menor de edad

es puesto bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente.

Los padres no se liberan, aunque el hijo menor de edad no conviva con ellos, si esta circunstancia deriva de una causa que les es atribuible (art. 1755 CCivCom).

#### *2.2.a.12. Continuación de la locación a favor del conviviente del locatario*

El CCivCom regula el contrato de locación en el Libro Tercero Derechos personales, Título IV Contratos en Particular, Capítulo 4, Locación (arts. 1187 á 1226).

El art. 1190 CCivCom habilita a la continuación de la locación por parte del conviviente estableciendo las condiciones y alcances de este derecho<sup>(67)</sup>.

#### *2.2.a.13. Prohibiciones e incompatibilidades entre convivientes*

En diversas normas se fijan incompatibilidades y prohibiciones para los convivientes.

##### *2.2.a.13.1. Asociaciones civiles y prohibición de integración relativa*

El art. 173 CCivCom<sup>(68)</sup> aborda la integración del Órgano de fiscalización de las Asociaciones civiles, cuyos miembros no pueden ser al mismo tiempo integrantes de la comisión, ni certificantes de los estados contables de la asociación. A renglón seguido, la norma extiende la incompatibilidad a los convivientes —entre otros—.

##### *2.2.a.13.2. Prohibición del juez de conferir la tutela dativa a su conviviente*

La tutela dativa se otorga por el juez ante la ausencia de designación paterna de tutor o tutores o ante la excusación, rechazo o imposibilidad de ejercicio de aquellos designados (art. 107 CCivCom).

(67) El art. 1190 del CCivCom dice: “Si la cosa locada es inmueble, o parte material de un inmueble, destinado a habitación, en caso de abandono o fallecimiento del locatario, la locación puede ser continuada en las mismas condiciones pactadas, y hasta el vencimiento del plazo contractual, por quien lo habite y acredite haber recibido del locatario ostensible trato familiar durante el año previo al abandono o fallecimiento. El derecho del continuador en la locación prevalece sobre el del heredero del locatario”

(68) CCivCom, Libro Primero Parte General, Título II Persona Jurídica, Cap. 2 Asociaciones Civiles (arts. 168 a 192).

El juez debe otorgar la tutela a la persona que sea más idónea para brindar protección al niño, niña o adolescente, debiendo fundar razonablemente los motivos que justifican dicha idoneidad.

El código establece expresamente que el juez no puede conferir la tutela dativa —entre otros— a su conviviente<sup>(69)</sup>.

#### *2.2.a.13.3. Prohibición de los convivientes a autorizar o ser testigos en instrumentos públicos*

El art. 291 CCivCom estatuye que “es de ningún valor el instrumento autorizado por un funcionario público en asunto en que él, su cónyuge, su conviviente, o un pariente suyo dentro del cuarto grado o segundo de afinidad, sean personalmente interesados”.

Por su parte el art. 295 CCivCom prohíbe ser testigo en los instrumentos públicos —entre otros— al conviviente del oficial público.

#### *2.2.a.13.4. Prohibición de los convivientes y el derecho sucesorio*

##### *a) Ser testigos en testamento por acto público*

No pueden ser testigos en un testamento otorgado por acto público, el conviviente del escribano interviniente y el conviviente del testador (arts. 295, 2481 y cc CCivCom).

El fin perseguido por tal prohibición es la transparencia del acto testamentario, esbozando la norma que el testigo sea independiente del escribano que otorga validez pública al instrumento, y al otorgante del acto, en tanto el acto define la transmisión de un patrimonio.

##### *b) Disposiciones testamentarias hechas a favor de personas interpuestas*

Las disposiciones testamentarias a favor de personas que no pueden suceder por testamento (art. 2482 CCivCom) son de ningún valor, aun cuando se hagan a nombre de personas interpuestas.

(69) El art. 108, incs. a, b, c, e, CCivCom impide a los jueces conferir la tutela dativa a sus parientes dentro del segundo grado por afinidad (inc. a); a las personas con quienes mantiene amistad íntima ni a los parientes dentro del cuarto grado, o segundo por afinidad (inc. b) ni a los integrantes de los tribunales nacionales o provinciales que ejerzan sus funciones en el lugar del nombramiento; ni a los que tengan con ellos intereses comunes, ni a sus amigos íntimos o los parientes de éstos, dentro del cuarto grado, o segundo por afinidad (inc. e).

La sanción se prevé en el artículo siguiente: se reputan tales, sin admitir prueba en contrario, los ascendientes, los descendientes, y el cónyuge o conviviente de la persona impedida de suceder (art. 2483 CCivCom).

*c) Los convivientes en las causales de indignidad*

El art. 2281 CCivCom<sup>(70)</sup> al legislar las causales de indignidad hace referencia a los convivientes.

Así al regular quienes son indignos de suceder, en el inc. a) establece que “los autores, cómplices o partícipes de delito doloso contra la persona, el honor, la integridad sexual, la libertad o la propiedad del causante, o de sus descendientes, ascendientes, cónyuge, conviviente o hermanos. Esta causa de indignidad no se cubre por la extinción de la acción penal ni por la de la pena”.

En el inc. c) incluye en las causales de indignidad a “los que hayan acusado o denunciado al causante por un delito penado con prisión o reclusión, excepto que la víctima del delito sea el acusador, su cónyuge o conviviente, su descendiente, ascendiente o hermano, o haya obrado en cumplimiento de un deber legal”.

*d) Los pactos entre convivientes y pactos de herencia futura*

No se otorgan derechos hereditarios a los convivientes, en el CCivCom, pero se autoriza a los miembros de la unión a celebrar pactos convivenciales (art. 513 CCivCom). Pero estos pactos convivenciales tienen los límites establecidos en el art. 515 CCivCom.

Si el cese de la unión convivencial opera por muerte (art. 523, inc. a, CCivCom), tendrán su límite en que lo pactado no afecte la legítima (art. 2444 y ss.) de los herederos forzosos<sup>(71)</sup>.

Tampoco dichos pactos convivenciales pueden incluir contratos ni derechos hereditarios eventuales, a tenor de lo fijado en el art. 1010 CCivCom —que regula la herencia futura—<sup>(72)</sup>.

(70) CCivCom, Libro Quinto, Transmisión de derechos por causa de muerte, Título I Sucesiones, Cap. 2 Indignidad (arts. 2281 á 2285).

(71) CCivCom, Libro Quinto, Transmisión de derechos por causa de muerte, Título X Porción Legítima (arts. 2444 á 2461).

(72) CCivCom, art. 1010. Herencia futura. La herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre

### 3. Efectos tras la ruptura de la unión convivencial

La unión convivencial genera, al cese de la misma, consecuencias de distinto tenor, que estimamos preponderantemente patrimoniales.

El art. 523 CCivCom establece las causas del cese de la unión convivencial<sup>(73)</sup>.

Este fin de la unión apareja preferentemente algunas secuelas patrimoniales, que estudiamos por separado, por razones de precisión.

#### 3.1. En Título III, Libro Segundo, CCivCom

El Capítulo 4 del Título III regula los efectos del cese de la convivencia.

Se destacan fundamentalmente tres consecuencias relevantes: a) la compensación económica y su fijación judicial (art. 524 y 525); b) la atribución del uso de la vivienda familiar en vida de ambos o en caso de muerte de uno de los convivientes (art. 526 y 527); c) la distribución de los bienes (art. 528).

Analizamos estos efectos seguidamente.

##### 3.1.1. Compensación económica

Frente al cese de la unión convivencial, se legisla la compensación económica.

Esta figura se reguló antes al tratar los efectos del divorcio en el art. 441 del CCivCom.

objetos particulares, excepto lo dispuesto en el párrafo siguiente u otra disposición legal expresa. Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros.

(73) El art. 523 CCivCom estatuye. La unión convivencial cesa: a) por la muerte de uno de los convivientes; b) por la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento de uno de los convivientes; c) por matrimonio o nueva unión convivencial de uno de sus miembros; d) por el matrimonio de los convivientes; e) por mutuo acuerdo; f) por voluntad unilateral de alguno de los convivientes notificada fehacientemente al otro; g) por el cese de la convivencia. La interrupción de la convivencia no implica su cese si obedece a motivos laborales u otros similares, siempre que permanezca la voluntad de vida en común.

Se trata de una prestación cuya característica es distinta a los alimentos, que se fija a favor del conviviente a quien el cese de la unión le genera un desequilibrio manifiesto, y un empeoramiento de su situación económica, en tanto dicha situación halle causa adecuada en la ruptura de la convivencia preexistente (art. 524).

Entendemos que esta compensación en la unión convivencial no comporta la continuidad de los alimentos reconocidos en las uniones convivenciales durante la convivencia (art. 519). Y, estimamos que tampoco esta compensación refiere la reparación de un daño injusto ante el cese de la unión, aunque algunos sectores del pensamiento así lo aprecien<sup>(74)</sup>.

Esta compensación tiende a atenuar la situación que produce el cese de la convivencia, ante el cambio del nivel de vida, que dicha ruptura puede provocar a alguno de los convivientes. La regulan también el Código Civil español<sup>(75)</sup> y la Ley de Matrimonio Civil chileno<sup>(76)</sup>.

La compensación económica no es una indemnización, pues lo que se compensa es el desequilibrio económico de uno de los convivientes con relación al otro, por causa de la convivencia y su cese. Puede observarse que este desequilibrio económico no alude a un hecho antijurídico o a factores de atribución atinentes al dolo o a la culpa, sino a una valoración objetiva de la variación económica de uno de los compañeros.

La fijación del monto de la compensación puede haberse realizado al suscribirse el pacto convivencial, en cuyo caso habrá que atenerse a dicho pacto. Si no existe pacto, la compensación puede ser fijada judicialmente expresando la ley las circunstancias a tener en cuenta.

La compensación puede consistir en una prestación única o en una renta por un tiempo determinado que no podrá ser mayor a la duración de la unión convivencial, a diferencia de la compensación en el matrimonio (441).

(74) Cfr. FANZOLATO, Eduardo Alimentos y reparaciones en la separación y en el divorcio. Depalma, Bs. As, 1991, p. 27 y ss. ver sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, 1/10/98, en relación a la pensión compensatoria reconocida en el art. 97 del Código.

(75) Código Civil español, art. 97.

(76) Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil., art. 61 al 63. Véase: ETCHEBERRY COURT, Leonor, Derecho de familia, sucesorio y regímenes matrimoniales, Revista Chilena de Derecho Privado, No 18, ps. 205 y ss.

La compensación económica puede pagarse en dinero, en especie o con el usufructo de determinados bienes propios del conviviente o de cualquier otro modo que acuerden las partes, o en su defecto decide el juez.

Evaluada la procedencia de la compensación de cara al cese de la unión convivencial, es necesario determinar su monto en función de los parámetros que fija el art. 525 del CCivCom.

Estas pautas que proporciona la ley miran hacia el pasado u observan la historia patrimonial de cada conviviente computando el inicio de la unión, la dedicación a la familia y a los hijos, la edad y salud de los convivientes y de los hijos, la capacitación laboral adquirida, la colaboración que prestó a las actividades profesionales o laborales de su conviviente; otros parámetros fijan la mirada en el futuro, como el estado patrimonial individual a la finalización de la unión, la dedicación que cada conviviente debe brindar a la crianza y educación de los hijos después del cese, la edad, estado de salud de cada conviviente y de los hijos, la posibilidad de acceder a un empleo por parte del solicitante, la atribución de la vivienda familiar.

Se fija un plazo de caducidad para ejercer la acción relativa a la fijación de la compensación económica, el que se fija en seis meses a contar desde el cese de la convivencia, plazo que por su brevedad intenta que no se instalen litigios permanentes y a veces abusivos, a la quiebra de estas uniones.

Las pautas de fijación de la compensación económica en las uniones convivenciales (art. 525), son análogas a las pautas para la fijación de tal compensación en el matrimonio (art. 442).

### 3.1.2. Atribución del uso de la vivienda familiar

El derecho de permanecer en la vivienda al cese de la convivencia, es también un derecho humano, que reconoce el CCivCom al cese de la unión convivencial.

Esta tutela especial de la vivienda se estructura en dos normas que prevén el cese de la unión convivencial en vida de los convivientes (art. 526) y el cese de la unión convivencial por muerte de uno de ellos (art. 527).

El inmueble que ha sido sede de la familia convivencial, puede ser atribuido a uno de los convivientes, normalmente al más débil, verbigracia

el conviviente que se queda a cargo de los hijos, que acredita extrema necesidad de una vivienda o la imposibilidad de procurársela.

Si el inmueble sede de la unión convivencial fue- se alquilado, se autoriza al conviviente no locatario a continuar en la locación hasta su vencimiento. También se prevé que la atribución del uso de la vivienda implica su indisponibilidad durante el plazo que se fije y que esta protección es oponible a terceros desde la inscripción registral de la decisión judicial que la establece. (art. 526 CCivCom).

En el caso de muerte de uno de los convivientes <sup>(77)</sup>, si el supérstite carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que le aseguren el acceso a una vivienda, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por el plazo máximo de dos años sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encuentre en condominio con terceros. Este derecho se extingue si el supérstite constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio o adquiere una vivienda habitable o bienes suficientes para acceder a ella (art. 527 CCivCom).

Se trata de una adquisición legal que se regula también en el 1894 CCivCom: “se adquieren por mero efecto de la ley, los condominios con indivisión forzosa perdurable de accesorios indispensables al uso común de varios inmuebles y de muros, cercos y fosos cuando el cerramiento es forzoso, y el que se origina en la accesión de cosas muebles inseparables; la habitación del cónyuge y del conviviente supérstite, y los derechos de los adquirentes y subadquirentes de buena fe”.

El conviviente tiene protegida la vivienda, pero esta tutela es más endeble que el derecho real de habitación viudal que titulariza el cónyuge supérstite (art. 2383 CCivCom).

### 3.1.3. Distribución de los bienes

La norma que cierra el Título III, y el Capítulo 4to, del Libro Segundo, alude al problema de la distribución de bienes, al cese de la unión convivencial.

Reiteramos que si los convivientes hubieren efectuado un pacto convivencial, que incluya el

tema de distribución de los bienes, regirá dicho pacto. Y si no hubieren celebrado pacto convivencial alguno, rige la norma específica del art. 528 CCivCom.

En primer lugar, entonces, se visualiza la autonomía de la voluntad que hace posible los pactos. Y si no se ejerció esta autonomía por los miembros de la unión, el principio que rige es la permanencia de los bienes en el patrimonio al cual pertenecen según su titularidad, más allá de eventuales acciones que puedan entablarse como la de enriquecimiento sin causa, interposición de personas, entre otras.

Es en el cese de la convivencia, donde se producen los mayores problemas o conflictos entre los miembros de la unión.

Esta previsión del art. 528 del CCivCom en orden a eventuales acciones, es un tema que se resuelve permanentemente por los tribunales del país, particularmente al cese de la unión convivencial. Verbigracia un tribunal de apelaciones de La Pampa en el año 2014 resuelve no tener por acreditada una sociedad de hecho entre los convivientes a pesar de que se prueba que construyeron la vivienda común, aunque no se acreditó que realizaron aportes o trabajos comunes con el propósito de obtener una utilidad apreciable en dinero, por lo que el propio tribunal induce a las partes a la acción de reivindicación basada en el enriquecimiento sin causa pero no la de liquidación de la sociedad <sup>(78)</sup>.

El destino y división de los bienes, se rige por el principio de superioridad de la autonomía de la voluntad de los convivientes.

No existe como en el régimen patrimonial matrimonial, un sistema subsidiario frente a la ausencia de pactos convivenciales

Justamente, uno de los contenidos del Pacto de Convivencia que los miembros de la unión pudieron suscribir, conforme al art. 514 inc d) es la previsión acerca de “la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común, en caso de ruptura de la convivencia”.

Esta autonomía durante la vida en común luce también al cese de la unión, actualizándose la autocomposición como mecanismo preferente

(77) Cfr.: SOLARI, Néstor E., Derecho real de habitación del conviviente supérstite en el Proyecto de Código Civil y Comercial, LL 29/04/2014, 29/04/2014, 1. Cita Online: AR/DOC/1100/2014.

(78) CámApelGralPico, La Pampa, “T C/ B S/ Disolución de Sociedad”, 03/02/2014, eldial.express, 22.04.2014, Año XVI - N° 3980 <http://www.eldial.com/nuevo/>

por sobre la determinación legal supletoria que formula el artículo en comentario.

La respuesta legal prevista en el art. 528 CCivCom, aporta seguridad a los reclamos posibles: los bienes adquiridos durante la convivencia se rigen por el pacto de convivencia y a falta de pacto, como instrumento dirigido a aportar seguridad jurídica frente a los diversos reclamos relacionados con esta cuestión, la norma dispone que los bienes se mantienen en el patrimonio al que ingresaron.

Por consiguiente aparece perfilado el principio de superioridad o jerarquía de la autonomía personal, para la distribución de bienes, que se debe concretar en un pacto de convivencia; y en segundo lugar —de no existir pacto—, el principio de permanencia en el patrimonio al que ingresaron los bienes.

#### 4. A modo de conclusiones

A manera de conclusiones, consignamos las siguientes afirmaciones, como primeras lecturas del nuevo Código civil y Comercial, en la materia.

##### *a. La omisión en el CCiv y la regulación en el CCivCom: uniones convivenciales*

En Argentina, la unión convivencial no ha tenido hasta el CCivCom sancionado una recepción normativa sistemática, ni en otras leyes, pero tales uniones fácticas sí se contemplan en numerosas hipótesis de regulaciones parciales o de algún efecto singular de la unión de pareja estable.

##### *b. El CCivCom: un sistema normativo sobre las uniones convivenciales*

El CCivCom, en el Libro Segundo destinado a las relaciones de familia (arts. 401 á 723), aborda en el Título III las Uniones Convivenciales (arts. 509 á 528). Al regular esta conformación familiar, además de sentar sus principios, exigencias, condiciones, entre otros elementos, la ley prevé los efectos que generan estas uniones, tanto durante la permanencia de ambos miembros en la unión como las secuelas después de la ruptura de esta unión.

##### *c. Efectos personales y patrimoniales durante la convivencia*

La unión apareja preferentemente algunas consecuencias personales, y preferentemente algunas secuelas patrimoniales, que hemos estudiado por separado, por razones de precisión.

##### *c.1. En el Título III, del Libro Segundo y CCivCom.*

Se han contemplado para su mejor estudio, los efectos de las uniones convivenciales durante la convivencia previstos expresamente en el Título III, y otras consecuencias de esa unión comprendidas a lo largo de los seis libros del CCivCom.

##### *c.2. Las relaciones patrimoniales en la unión convivencial y el Título III*

Los efectos económicos durante la convivencia, expresan las relaciones patrimoniales entre los miembros de la unión,

##### *c.2.1. El pacto convivencial o la ausencia de pacto*

El CCivCom posibilita una opción a los convivientes: regular las relaciones económicas celebrando un pacto de convivencia; o no celebrar pacto, en cuyo caso los convivientes ejercen libremente las facultades de administración y disposición de sus bienes (art. 518).

##### *c.2.2. Piso Mínimo Obligatorio*

Se prevé que la autonomía de la voluntad de los convivientes no puede dejar sin efectos el deber de asistencia (519), la obligación de contribuir a los gastos domésticos (520), la responsabilidad solidaria por las deudas contraídas frente a terceros por el sostenimiento del hogar y de los hijos comunes —obligación que se extiende a otros según art. 455— (521) y la protección de la vivienda familiar y de los muebles indispensables de esta (522).

##### *c.3. El CCivCom en general y las uniones convivenciales*

Se establecen facultades de los convivientes, en los diversos libros del CCivCom, como la de solicitar la incapacidad del conviviente y ser el curador; la de requerir la prodigalidad del conviviente; la decisión del conviviente sobre las exequias cuando no ha sido expresada por el fallecido; la legitimación del conviviente y las acciones de protección del nombre cuando el interesado ha fallecido; la legitimación para demandar el daño material y los efectos no patrimoniales a terceros en razón de la muerte del conviviente; el requerimiento por las consecuencias patrimoniales por muerte del otro conviviente; la petición por las consecuencias no patrimoniales del damnificado; la afectación y desafectación de la

vivienda familiar; el derecho a solicitar la comunicación; entre otras numerosas disposiciones.

*d. Efectos tras la ruptura de la unión convivencial*

La unión convivencial genera, al cese de la misma, consecuencias de distinto tenor, que estimamos preponderantemente patrimoniales.

*d.1. Consecuencias patrimoniales de cara al cese de la unión*

El Capítulo 4 del Título III regula los efectos del cese de la convivencia.

Se destacan fundamentalmente tres consecuencias relevantes: a) la compensación económica y su fijación judicial (art. 524 y 525); b) la atribución del uso de la vivienda familiar en vida de ambos o en caso de muerte de uno de los convivientes (art. 526 y 527); c) la distribución de los bienes (art. 528).

*d.1.1. Compensación económica*

Se trata de una prestación cuya característica es distinta a los alimentos, que se fija a favor del conviviente a quien el cese de la unión le genera un desequilibrio manifiesto, y un empeoramiento de su situación económica, en tanto dicha situación halle causa adecuada en la ruptura de la convivencia preexistente (art. 524).

*d.1.2. Atribución del uso de la vivienda familiar*

El derecho de permanecer en la vivienda al cese de la convivencia, es también un derecho humano, que reconoce el CCivCom al cese de la unión convivencial.

Esta tutela especial de la vivienda se estructura en dos normas que prevén el cese de la unión convivencial en vida de los convivientes (art. 526) y el cese de la unión convivencial por muerte de uno de ellos (art. 527).

*d.1.3. Distribución de los bienes*

Si los convivientes hubieren efectuado un pacto convivencial, que incluya el tema de distribución de los bienes, regirá dicho pacto. Y si no hubieren celebrado pacto convivencial alguno, rige la norma específica del art. 528 CCivCom.

*d.1.4. El principio de autonomía personal y su contracara: el principio de permanencia de los bienes*

Se visualiza la autonomía de la voluntad que hace posible los pactos. Y si no se ejerció esta autonomía por los miembros de la unión, el principio que rige es la permanencia de los bienes en el patrimonio al cual pertenecen según su titularidad, más allá de eventuales acciones que puedan entablarse como la de enriquecimiento sin causa, interposición de personas, entre otras. ♦

---

# CUESTIONES PROCESALES A LA LUZ DEL CÓDIGO PROCESAL MODELO DE FAMILIA (QUE RESPONDE AL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL)

POR MABEL ALICIA DE LOS SANTOS

## I. El nuevo Código Civil y Comercial y su incidencia en las legislaciones procesales

El recientemente sancionado Código Civil y Comercial de la Nación consagra una reforma integral del derecho privado, con el objeto de ajustar la normativa sustancial al nuevo bloque de constitucionalidad. El nuevo Código deja de lado la tajante división entre derecho público y derecho privado y regula los institutos del derecho civil y comercial de conformidad con los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad.

Considero que una de las garantías más relevantes del proceso, que incorporó la reforma constitucional de 1994 (art. 75, inc. 22 C.N.), es la que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, que establecen los arts. 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos, 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8º de la Declaración Universal de Derechos Humanos. La consagración de este derecho fundamental como garantía ha puesto sobre el tapete la necesidad de adecuar los textos procesales y aún la organización y la gestión judicial, con el objeto de asegurar la tutela efectiva de los derechos, en tanto dicha condición integra el concepto de debido proceso constitucional, con igual jerarquía que la imparcialidad e independencia de los jueces y la garantía de la defensa.

Es cierto que, atendiendo a la fuerza normativa de los textos constitucionales, la jurisprudencia y la doctrina nacional fueron generando nuevas interpretaciones normativas a la luz del bloque de constitucionalidad incorporado en 1994 y ello fue gestando reformas necesarias para asegurar la tutela efectiva y oportuna de los derechos. Así existe hoy consenso sobre la necesidad de una mayor oralidad en todos los procesos —especialmente en los de familia— y se han perfilado nuevos institutos como la tutela anticipada, la medida autosatisfactiva, la doctrina de las cargas proce-

batorias dinámicas, la flexibilización de la congruencia y la reposición “*in extremis*”, algunos de los cuales fueron incorporados en textos legales provinciales. Se trata de institutos que persiguen adecuar el proceso civil a las nuevas exigencias constitucionales de tutela judicial, que debe ser oportuna (tutela anticipada y autosatisfactiva), distinguir lo diferente como modo de asegurar la igualdad real (cargas dinámicas) o evitar excesos rituales en detrimento de la efectividad de la tutela judicial (flexibilización de la congruencia y reposición “*in extremis*”). Todos son institutos inexistentes en los códigos procesales del siglo pasado, que también fueron incorporándose a los procesos de familia.

El nuevo Código Civil y Comercial cumple con la necesaria adecuación del derecho privado al bloque de constitucionalidad y para asegurar la operatividad de sus normas consagra normas procesales mínimas. Así establece principios y reglas aplicables a los “Procesos de familia”, como título VIII del Libro Segundo, que regula las denominadas “Relaciones de Familia”, a los que deberán adecuarse los regímenes procesales de todo el país.

La inclusión de normas procesales en un código de fondo debe entenderse en el contexto de un país federal, donde las provincias se han reservado la organización de la justicia y el dictado de las normas procesales (cfr. arts. 5º y 121 de la Constitución Nacional), lo que hace necesario dar un mínimo de homogeneidad a regulaciones procesales dispares. La necesidad de incluir estas normas para asegurar la eficaz aplicación de las disposiciones sustanciales, deriva del carácter esencialmente instrumental del proceso respecto del derecho sustancial. Así es que en nuestro país las normas de procedimiento no se encuentran ubicadas exclusivamente en los códigos procesales y en las leyes de organización y competencia de los órganos judiciales, sino que

también las hay en los códigos de fondo a que se refiere el art. 67 inc. 11 de la Constitución Nacional y en diversas leyes nacionales (vgr. la ley 24.522 de Concursos y Quiebras).

Aun cuando, de conformidad con el sistema federal adoptado por la Constitución, la atribución de regular los procesos corresponde a las legislaturas provinciales en virtud del texto de los arts. 5º y 121 CN, las facultades de las provincias para legislar en materia procesal deben ser entendidas sin perjuicio de las normas de ese carácter que puede dictar el Congreso a los fines de asegurar la efectividad del ejercicio de los derechos que consagra la legislación de fondo.

Conforme tales premisas, la circunstancia de que el Código Civil y Comercial incluya regulaciones procesales mínimas para uniformar la aplicación de la ley sustancial y asegurar su eficacia no debe entenderse como un avance sobre las autonomías provinciales, pues el poder de las provincias no es absoluto y el Congreso Nacional cuenta con facultades para dictar normas procesales cuando sea pertinente asegurar la eficacia de las instituciones reguladas por los códigos de fondo y evitar el riesgo de desnaturalizar instituciones propias del derecho material. Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que *“si bien las provincias tienen la facultad constitucional de darse sus propias instituciones locales y, por ende, para legislar sobre procedimiento, ello es sin perjuicio de las disposiciones reglamentarias que dicte el congreso cuando considere del caso prescribir formalidades especiales para el ejercicio de determinados derechos estableciéndolas en los códigos fundamentales que le incumbe dictar”* <sup>(1)</sup>.

La inclusión de reglas procesales en un código de fondo es trascendente pues opera como elemento unificador para el tratamiento de las cuestiones de familia en todo el país. Máxime cuando las provincias tienen dispares sistemas procesales para dirimir los conflictos familiares: algunas cuentan con tribunales especializados y otras no, algunas tienen procesos orales y otras provincias han regulado procesos preponderantemente escritos, aplicables a toda clase de juicio. Tal situación hace imprescindible la adecuación de los sistemas procesales pues la

tramitación de estas causas se rige por principios y reglas diferentes de las que son propias del resto del proceso civil.

La incorporación sistematizada de normas adjetivas es ajena al Código de Vélez Sarsfield, con las pocas excepciones relativas a la definición y alcances de la cosa juzgada y del valor probatorio de los instrumentos públicos y privados. <sup>(2)</sup> El texto encuentra su antecedente más próximo en el Proyecto de Código unificado de 1998; aunque este último limitaba la regulación procesal a los caracteres específicos de las acciones de estado y de los efectos de las sentencias (Libro III, Título X, arts. 665 a 669).

El Código Civil y Comercial sienta así las bases que han de regir el proceso de familia y que serán aplicables en todo el territorio de la Nación. De conformidad con el criterio metodológico adoptado para todo el cuerpo, inicia el tratamiento de la materia en su Libro Segundo, Título VIII con la enunciación de los principios y reglas generales (Capítulo I); se ocupa de las acciones de estado (Capítulo II); de las reglas de competencia (Capítulo III) y de las medidas provisionales (Capítulo IV).

## II. El Código Procesal Modelo para la Justicia de Familia

El Código Procesal Modelo para la Justicia de Familia fue elaborado a requerimiento de la Unidad de Implementación y Seguimiento de las Políticas de Transferencia de Competencias del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires, cuyo presidente, el doctor Julio De Giovanni, encomendó dicha labor a las doctoras Ángeles Burundarena, Marisa Herrera y Mabel De los Santos. La revisión general del texto estuvo a cargo de la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci, a la sazón integrante de la Comisión designada por el dec. 191/2011 del Poder Ejecutivo Nacional, que tuvo a su cargo la elaboración del Código Civil y Comercial.

El texto proyectado es un código procesal que regula en todos sus aspectos el trámite del proceso de familia, pensado para la Ciudad de Buenos Aires y, por consiguiente, adecuado a la legislación local (vgr. en materia de recursos extraordinarios ante el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad), pero que pretende servir también de modelo para la necesaria compatibilización

(1) Fallos 138:157; 136:154, entre otros.

(2) Arts. 151, 850 y 1102 CC y arts. 993, 1026 a 1028 CC, respectivamente.

de los textos procesales locales con el régimen que establece el Código Civil y Comercial de la Nación. Se trata de un cuerpo normativo que se basta a sí mismo, sin recurrir a las habituales remisiones que contienen las leyes de proceso de familia o las normas especiales dictadas para la materia, insertas en algunos códigos procesales civiles, que reenvían “en lo pertinente” al proceso civil. Se consideró que era necesario proyectar un código que fuera autosuficiente, decisión que obedeció a que se trata de un sistema procesal regido por nuevos principios y reglas.

El Código proyectado consta de un Título Preliminar y tres Libros. El Título Preliminar enuncia los principios y el sistema procesal adoptado para el trámite de las cuestiones de familia y tiene por finalidad servir de pauta interpretativa y de integración de normas, siguiendo el sistema del Código Civil y Comercial de la Nación.<sup>(3)</sup>

El Libro I, titulado Parte General, regula los institutos procesales aplicables a todo proceso de familia, adoptando el sistema de proceso por audiencias.<sup>(4)</sup> El Libro II o Parte Especial establece el trámite de tres tipos de proceso: ordinario, extraordinario y urgente, siguiendo la moderna tendencia de que sea el juez quien determine el trámite aplicable a cada asunto<sup>(5)</sup>, excepto en el caso de los procesos especiales regulados en el Libro III. A tal fin el juez es quien resuelve, por decisión inapelable, la vía por la que tramitará el proceso dentro de alguno de los tres tipos previstos y puede aún adaptar el trámite mediante resolución fundada durante su transcurso. También se prevé expresamente dicha adaptación en materia de procesos urgentes, incorporando lo que

Morello<sup>(6)</sup> denominó “cláusula llave” y que permite al tribunal adaptar fases sobre la marcha del trámite —de oficio, pero respetando siempre la bilateralidad y paridad de trato—, de manera que su desarrollo sea funcional y guiado por criterios finalistas y pragmáticos, gobernados por la inmediación. El texto proyectado por Morello y Arazi<sup>(7)</sup> ha sido recibido, textualmente, en la regulación del proceso urgente en el Código Modelo.

El Libro III está dedicado a los Procesos especiales (autorizaciones judiciales, alimentos, divorcio, filiación, sistema de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes, adopción, violencia familiar, restitución internacional de menores y restricción a la capacidad e incapacidad e información sumaria), los que siguen rigurosamente la normativa relativa a las Relaciones de Familia del Código Civil y Comercial de la Nación.

El código proyectado, en su conjunto, se ajusta no sólo a los textos constitucionales, sino también a los principios y disposiciones establecidos en el Libro Segundo del Código Civil y Comercial de la Nación. Regula un sistema procesal que combina el dispositivo con un fuerte activismo judicial en cuanto hace a la conducción del proceso, a la determinación de la verdad de los hechos, la tutela de los vulnerables y la ejecución de los mandatos judiciales, que es aplicable a todas las cuestiones de familia, patrimoniales y no patrimoniales. Dicho activismo se acentúa en materia extra-patrimonial, en tanto se consagra allí el impulso oficioso del proceso y la disposición, también oficiosa, de medidas provisionales.

El cuerpo normativo enuncia como principio la resolución consensuada de los conflictos a través de la conciliación, la transacción, la mediación y toda otra vía de solución no contenciosa (art. 6º, CPMF). Asimismo favorece las soluciones consensuadas con la regulación de la etapa previa ante un consejero de familia (art. 450 CPMF), sin perjuicio de contemplar también la conciliación ante el juez, tanto en la audiencia preliminar como en la de prueba (arts. 500 y 504 CPMF). El art. 5º, CPMF destaca como principio hermenéutico en todo proceso en que estén in-

(3) DE LOS SANTOS, Mabel, “Los procesos de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, en *Revista de Derecho Privado*, Año II, nro. 6, Infojus, pág. 13.

(4) El Código Modelo de Proceso Civil para Iberoamérica, elaborado por el Instituto iberoamericano de Derecho Procesal y aprobado en las XI Jornadas de 1988 en Río de Janeiro, Brasil, adopta el proceso por audiencias para el proceso civil y de familia, en el que la etapa de postulación es por escrito, la probatoria se desarrolla a través de dos audiencias (preliminar y de prueba) y se vuelve a la escritura para las etapas decisoria y recursiva. Ver al respecto DE LOS SANTOS, Mabel, “El Código Modelo y su influencia en la República Argentina” en *J.A.* 2004-III-890.

(5) CADIET, Loïc, “Las nuevas tendencias del procedimiento civil en Francia”, en la obra colectiva dirigida por OTEIZA, Eduardo, *Reforma procesal civil*, Rubinzal-Culzoni, 2010, p. 108.

(6) MORELLO, Augusto M., “Qué entendemos, en el presente, por tutelas diferenciadas”, pp. 15-19, en *Revista Argentina de Derecho Procesal, Tutelas diferenciadas I*, 2008-2, Rubinzal-Culzoni, 2008.

(7) MORELLO, Augusto y ARAZI, Roland, “Procesos urgentes”, *JA* 2005-I, pp. 1348-1352.

volucrados niños, niñas o adolescentes, tomar en cuenta el interés superior de esas personas, consagrado en el art. 3 de la Convención sobre Derechos del Niño, en concordancia con lo dispuesto por el art. 706 CCiv.yCom.

Se establece la especialización necesaria de los jueces de familia y la integración multidisciplinaria de los juzgados a su cargo (art. 4º CPMF). La regulación prevé la moderna oralidad de los llamados “procesos por audiencia”, que implica oralidad en la etapa probatoria (Título III, arts. 470/513 CPMF), con filmación de la audiencia de prueba y aún de las entrevistas del juez con menores y personas con restricciones a la capacidad (art. 115 CPMF). El texto consagra como principio el acceso limitado al expediente a las partes, sus representantes y letrados y a los auxiliares designados, lo que debe complementarse con un adecuado sistema informático que prevea la inclusión de los archivos fílmicos y los debidos resguardos para preservar la intimidad de los involucrados (art. 11 CPMF). Asimismo, de conformidad con la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se estructura el proceso en dos instancias: una primera instancia unipersonal y la segunda instancia revisora, que debe ser colegiada.

En materia de recursos el Código Procesal Modelo adopta la regla del trámite diferido para las apelaciones contra las decisiones dictadas por el juez en la audiencia preliminar con el objeto de evitar dilaciones y por su mayor compatibilidad con el proceso por audiencias. Con el objeto de propender a la mayor celeridad, también incorpora la reposición “*in extremis*” o excepcional.

Esbozado así el contenido del Código Procesal Modelo de Familia, analizaremos algunas de sus regulaciones en concordancia con el texto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

### III. Principios y reglas generales del proceso de familia en el C. Civ. y Com.

El Libro Segundo, el título VIII, en sus arts. 705 a 711 del CCiv.yCom. regula los principios que deben regir los procesos de familia. Señala, en primer lugar, la necesidad de diseñar los procesos de modo que aseguren el acceso a la justicia, en especial de los más vulnerables. Se hace efectivo así el mandato del art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional, del art. 3º y 4º de la Convención sobre los Derechos del Niño y de las 100 reglas de Brasilia que lo propician.

El art. 706 CCiv.yCom. destaca especialmente los siguientes principios regulatorios de los procesos de familia: tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente. Asimismo señala que las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables y la resolución pacífica de los conflictos. Se establece que los jueces deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario y que las decisiones que involucren a niños, niñas o adolescentes deben estar presididas por la consideración del interés superior de estas personas.

Todos estos aspectos han sido incorporados en el Código Procesal Modelo y exigirían un análisis que excede lo que puede abarcar este trabajo. Por tal razón centraré el mismo en los principios de tutela judicial efectiva e intermediación, consagrados en el nuevo Código como rectores del proceso de familia, su concordancia interna con otras disposiciones del mismo Código y su aplicación en el Código Procesal Modelo de Familia.

#### a) La tutela judicial efectiva

Se trata del primer y más relevante principio que se enuncia, de jerarquía constitucional, el que presenta contenidos plurales que se desenvuelven desde el acceso a la jurisdicción, se manifiestan a lo largo del proceso de declaración del derecho y se extienden aún a la etapa de ejecución del mandato judicial. En efecto, la tutela judicial efectiva abarca en su enunciación no sólo el acceso a la justicia, sino que se complementa con el derecho a los proveimientos adecuados y a los medios ejecutorios capaces de dar efectividad al derecho sustancial.<sup>(8)</sup>

Asimismo tal efectividad debe ser, además, oportuna y, en algunos casos, debe tener la posibilidad de ser preventiva, ante la mera amenaza a un derecho y para impedir su violación. No es concebible hablar de derechos inviolables sin

(8) DE LOS SANTOS, Mabel, “Las garantías constitucionales del proceso civil” en MANILI, Pablo y otros, Tratado de Derecho Procesal Constitucional, Ed. La Ley, 2012, T. I, p. 551, con citas de MARINONI, Luiz Guilherme, Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, pág. 220, ed. Palestra, Lima, 2007 y GARBERÍ LLOBREGAT, José, El Derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, p. 27, Ed. Bosch, Barcelona, 2008.

conferir a la jurisdicción un derecho a la inhibición del ilícito y a la prevención del daño. Se analizarán seguidamente cada uno de estos aspectos que hacen a la garantía de la tutela efectiva en materia de familia.

### *a.1. Acceso a la Justicia*

La cuestión involucra la especial consideración de las personas vulnerables para asegurar su igualdad real en el proceso, la gratuidad para el acceso en determinados casos, el saneamiento y la reconducción de postulaciones.

Las Reglas de Brasilia establecen pautas específicas para asegurar el acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad, siendo sus beneficiarios aquéllos que por su edad, género, estado físico o mental o circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud sus derechos ante el sistema de justicia. Se alude así a la asistencia legal y defensa pública, con controles de la calidad técnica de dicha asistencia, a la gratuidad en la asistencia de quienes no puedan afrontar los gastos con sus propios recursos y condiciones, al derecho a intérprete para los extranjeros que no conozcan la lengua y a la simplificación y divulgación de los requisitos exigidos para la práctica de determinados actos y la utilización de formulario para determinadas acciones que no exigen de patrocinio letrado.

El Código Procesal Modelo incorpora la aludida descripción de personas vulnerables y establece pautas de interpretación teleológica de las normas, imponiendo al juez el deber de evitar que la desigualdad por razones de vulnerabilidad afecte el desarrollo o resultado del proceso (v. art. 3º).<sup>(9)</sup>

(9) Art. 3º CPMF. "Acceso a la justicia de personas en situación de vulnerabilidad. Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas en situación de vulnerabilidad. Se consideran personas en situación de vulnerabilidad aquellas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante la justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Los jueces de familia deben evitar que la desigualdad entre las personas por razones de vulnerabilidad afecte el desarrollo o resultado del proceso".

Como he señalado en trabajos anteriores<sup>(10)</sup>, corresponde consagrar también el principio de gratuidad en los procesos de familia carentes de contenido económico declarándolos exentos, como regla, del pago de la tasa de justicia, tal como establece el art. 13, inc. i) de la ley 23.898 de Tasas Judiciales (ADLA L-D, 3751), enunciado que no siempre es observado en ese contexto en otras leyes provinciales (v.gr. en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires). De la cuestión se ocupa expresamente el art. el Código Procesal Modelo en el art 10<sup>(11)</sup> y más específicamente al regular el beneficio de litigar sin gastos, distinguiendo los casos que gozan del beneficio de gratuidad automático —art. 244 CPMF<sup>(12)</sup>—, del que pueden obtener por resolución judicial quienes promuevan acciones de contenido patrimonial y acrediten carecer de recursos (arts. 245 a 252 CPMF).

Asimismo, para mejorar el acceso a la justicia, debe incorporarse legislativamente el instituto procesal de la reconducción de postulaciones (también llamado "*iura novit curia*" procesal)<sup>(13)</sup> que impone a los magistrados una interpretación amplia de los escritos de postulación, para evitar excesos rituales o la denegación de derechos por cuestiones meramente formales.

El Código Procesal Modelo de Familia establece a esos fines, como deber del juez, observar el principio de saneamiento (art. 8º), que consiste en disponer que se subsane o integre una postulación en lugar de rechazarla "*in limine*" y también consagra el deber de reconducir preten-

(10) DE LOS SANTOS, M., op. cit., p. 18, con cita de KIELMANOVICH, Jorge, "El proceso de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación" en Revista Jurídica La Ley, 2012-D, 1390.

(11) Art. 10 CPMF: "Gratuidad. Los procesos de familia carentes de contenido económico son gratuitos y, en consecuencia, están exentos del pago de cualquier tipo de tributo o carga".

(12) Art. 244 CPMF. "Procesos con beneficio de gratuidad. Los procesos de familia atinentes al estado y capacidad de las personas, que carecen de contenido económico, gozan del beneficio de gratuidad, sin necesidad de solicitar el beneficio de litigar sin gastos. También gozan del beneficio de gratuidad las actuaciones procesales de un niño, niña y adolescente con edad y grado de madurez suficiente, o de una persona con capacidad restringida, que intervenga con abogado propio".

(13) PEYRANO, Jorge W., "Iura novit curia procesal: la reconducción de postulaciones" en Procedimiento Civil y Comercial, Santa Fe, Juris, 2002, T. 1, p. 99, entre otros.

siones y flexibilizar la congruencia objetiva y fáctica <sup>(14)</sup> en las decisiones y sentencias que se dicten en el proceso de familia, con debido resguardo de la defensa, evitando así excesos rituales y dilaciones incompatibles con la garantía de la tutela efectiva. <sup>(15)</sup>

### *a.2. Proveimientos adecuados, celeridad y verdad en el proceso*

La garantía de la tutela judicial efectiva involucra el principio de economía procesal y sus derivados de celeridad, concentración, saneamiento y eventualidad pues exige obtener el mayor rendimiento de la actuación judicial en el lapso más breve posible. En ese orden de ideas, el Código Civil y Comercial contiene novedosas provisiones sustanciales para hacer efectivos esos principios, a saber: la alusión al procedimiento más breve que prevean las leyes locales para tramitar el proceso de alimentos —arts. 543 y 554 <sup>(16)</sup>— y la oposición a la celebración del matrimonio —art. 414 <sup>(17)</sup>—, normas que encuentran fundamento

(14) Art. 14 CPMF: “Flexibilidad de las formas. Para evitar excesos rituales, el juez puede adaptar las formas sin conculcar el debido proceso. El pedido y la causa de la petición pueden ser interpretados extensivamente.”

(15) DE LOS SANTOS, Mabel, “Principio de congruencia” en PEYRANO y otros, Principios procesales, T. I, p. pág. 199/238, Rubinzal-Culzoni, 2011 y v. “Los valores en el proceso civil actual y la consecuente necesidad de reformular los principios procesales”, JA 2000-I-752 (Capítulo: Flexibilización de la congruencia: pág. 757); “Los hechos en el proceso y la flexibilización del principio de congruencia” en MORELLO, Augusto M. y otros, “Los hechos en el proceso civil”, La Ley, Bs. As., 2003, pág. 59/70; “Condiciones para la admisibilidad del hecho sobreveniente en el proceso civil”, La Ley 2003-F, 1309; “Postulación y flexibilización de la congruencia. Su análisis con relación al Código Procesal Civil peruano”, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal n° 6, año 2004, pág. 239, “La flexibilización de la congruencia” en Cuestiones Procesales modernas, supl. esp. La Ley, octubre 2005, pág. 80 y “Flexibilización de la congruencia. Muestreo jurisprudencial”, L.L. 2007-F, pág. 1278 y sgtes.

(16) Art. 543 CCiv.yCom. “Proceso. La petición de alimentos tramita por el proceso más breve que establezca la ley local, y no se acumula a otra pretensión”. Art. 554 CCiv.yCom. “Cese de la obligación alimentaria. Cesa la obligación alimentaria: a) si el alimentado incurre en alguna causal de indignidad; b) por la muerte del obligado o del alimentado; c) cuando desaparecen los presupuestos de la obligación. La pretensión de cese, aumento o reducción de los alimentos tramita por el procedimiento más breve que prevea la ley local”.

(17) Art. 414 CCiv.yCom. Procedimiento de la oposición. Deducida la oposición el oficial público la hace

en el principio de celeridad que rige los procesos de familia.

La concentración y eventualidad se halla implícita en la posibilidad que consagra el Código Civil y Comercial en el art. 546 <sup>(18)</sup> de involucrar en la condena al demandado y a otros obligados de grado más próximo o que concurren con el accionado y de acumular las acciones de filiación y de impugnación de la filiación anterior establecida, que establece el art. 578. <sup>(19)</sup>

Por su parte, el Código Procesal Modelo establece como deber del juez en el art. 8º, párr. 2º, que “*El trámite debe conducirse observando los principios de celeridad, concentración, saneamiento y eventualidad*”, derivados del principio de economía procesal.

También se vincula con la necesidad de asegurar proveimientos adecuados el efectivo ejercicio del “*iura novit curia*” por parte de los jueces y el deber de dirigir los procedimientos para alcanzar la verdad de los hechos controvertidos. Al respecto ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fallos recientes, aplicables en rigor a todo proceso civil, que el ejercicio del “*iura novit curia*” constituye un deber del órgano jurisdiccional vinculado a la prestación de tutela judicial efectiva. Allí estableció que “*es deber*

conocer a los contrayentes. Si alguno de ellos o ambos admite la existencia del impedimento legal, el oficial público lo hace constar en acta y no celebra el matrimonio. Si los contrayentes no lo reconocen, deben expresarlo ante el oficial público dentro de los tres -3- días siguientes al de la notificación; éste levanta un acta, remite al juez competente copia autorizada de todo lo actuado con los documentos presentados y suspende la celebración del matrimonio. El juez competente debe sustanciar y decidir la oposición por el procedimiento más breve que prevea la ley local. Recibida la oposición, da vista por tres -3- días al Ministerio Público. Resuelta la cuestión, el juez remite copia de la sentencia al oficial público.

(18) Art. 546 CCiv.yCom. “Existencia de otros obligados. Incumbe al demandado la carga de probar que existe otro pariente de grado más próximo o de igual grado en condición de prestarlos, a fin de ser desplazado o concurrir con él en la prestación. Si se reclama a varios obligados, el demandado puede citar a juicio a todos o parte de los restantes, a fin de que la condena los alcance”.

(19) Art. 578 CCiv.yCom. “Consecuencia de la regla general de doble vínculo filial. Si se reclama una filiación que importa dejar sin efecto una anteriormente establecida, debe previa o simultáneamente, ejercerse la correspondiente acción de impugnación”.

*de los jueces discurrir los conflictos y dirimirlos según el derecho aplicable, calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas aplicables, con independencia de los fundamentos invocados, máxime cuando se encuentran involucrados derechos alimentarios y el interés superior del niño*<sup>(20)</sup>.

En cuanto a la búsqueda de la verdad por parte del juzgador, la exigencia es indiscutible en el marco de un proceso que consagra la oficiosidad en materia probatoria. Ello importa que se dirijan los procedimientos hacia la determinación de la verdad de los hechos, constituyendo la función epistémica fundamental que compete al juzgador. Es que no se concibe que pueda obtenerse una sentencia justa, si ésta no se basa en una determinación verdadera de los hechos de la causa.<sup>(21)</sup>

El Código Procesal Modelo ha adoptado, siguiendo lo normado por el Código Civil y Comercial, la regla de oficiosidad en materia probatoria —art. 9º CPMF<sup>(22)</sup>— y ha establecido, como principios relativos a la prueba los de libertad, amplitud y flexibilidad —art. 15 CPMF<sup>(23)</sup>—. Asimismo, en la Sección Ira. (Reglas generales) del capítulo 9 (Prueba) del Libro I, se consagra el principio de colaboración en su producción —art. 151 CPMF<sup>(24)</sup>—, en concordancia con el Código Civil y Comercial que establece que la carga de la prueba recae en quien está en mejores condiciones de probar (art. 710 CCiv.yCom.). También se consagra en el Código Modelo la potestad del

juez de disponer de oficio, en cualquier etapa del proceso, diligencias para conocer la verdad de los hechos, respetando el derecho de defensa de las partes —art. 152 CPMF<sup>(25)</sup>—.

### *a.3. Medidas ejecutorias eficaces*

En cuanto a la ejecución de las resoluciones judiciales, el nuevo Código Civil y Comercial contempla diversos dispositivos legales para asegurar el efectivo cumplimiento de las sentencias. Así se consagra la responsabilidad solidaria del pago de la deuda alimentaria de quien no cumple la orden judicial de depositar la suma que debió descontar a su dependiente o a cualquier otro acreedor —art. 551 CCiv.yCom.<sup>(26)</sup>—. Si bien es cierto que en el ámbito nacional, a igual solución podía arribarse a través del juego armónico de lo normado por los arts. 553, CPCCN y 736 Cód. Civil aún vigente; lo cierto es que el art. 551 del nuevo Código lo consagra expresa y claramente y con vigencia en todo el territorio de la República.

También se autoriza al juez a imponer al responsable del incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria “medidas razonables” para asegurar la eficacia de la sentencia (art. 553 CCiv.yCom.) y para asegurar el régimen de comunicación establecido por ley o por convenio homologado (art. 557 CCiv.yCom.).

El Código Procesal Modelo de Familia en el Título VI del Libro I, que regula la “Ejecución de resoluciones judiciales”, consagra el deber genérico del juez de dirigir el proceso con autoridad y adoptar todas las medidas necesarias para el cumplimiento específico de sus decisiones<sup>(27)</sup>.

(20) CSJN, “Guerrero, E. M. por sí y sus hijos menores c. Insegna, R. L.”, La Ley online, AR/JUR/17/12/2011.

(21) DE LOS SANTOS, Mabel, “El debido proceso ante los nuevos paradigmas”, La Ley 2012-B, 1062.

(22) Art. 9º CPMF: “Oficiosidad. El impulso procesal está a cargo del juez, quien puede ordenar pruebas oficiosamente y disponer medidas provisionales y cautelares no patrimoniales. El impulso oficioso no procede en los asuntos de naturaleza exclusivamente económica en los que las partes sean personas plenamente capaces”.

(23) Art. 15 CPMF: “Principios relativos a la prueba. Los procesos de familia se rigen por los principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba”.

(24) Art. 151 CPMF: “Principio de colaboración. Las partes tienen el deber de prestar colaboración para la efectiva y adecuada producción de la prueba. Cualquier incumplimiento injustificado de este deber genera una presunción en su contra, sin perjuicio de lo previsto respecto de cada medio probatorio. El deber de colaboración alcanza a los terceros y su incumplimiento tiene las consecuencias previstas en cada caso”.

(25) Art. 152 CPMF. “Facultades judiciales: El juez puede disponer de oficio, en cualquier etapa del proceso, diligencias tendientes a conocer la verdad de los hechos, respetando el derecho de defensa de las partes. Las medidas para mejor proveer son inapelables. Por decisión fundada, de oficio o a pedido de parte, el juez puede desestimar la prueba inadmisibles, impertinente, manifiestamente innecesaria o inconducente”.

(26) Art. 551 CCiv.yCom. “Incumplimiento de órdenes judiciales. Es solidariamente responsable del pago de la deuda alimentaria quien no cumple la orden judicial de depositar la suma que debió descontar a su dependiente o a cualquier otro acreedor”.

(27) Art. 361 CPMF. “Facultades del tribunal y de las partes. La etapa de ejecución se circunscribe a la realización o cumplimiento concreto de lo establecido en la resolución dictada por el tribunal. El juez debe dirigir el proceso con autoridad y adoptar todas las medidas nece-

Prevé no sólo la ejecución definitiva de la sentencia sino también la ejecución provisoria, vale decir, la ejecución de la sentencia sujeta a recurso, bajo fianza, en casos de urgencia, instituto reclamado por la doctrina procesal para los casos de urgencia y evidencia del derecho.<sup>(28)</sup> El Código Modelo también regula la ejecución parcial de la sentencia en el art. 363 CPMF.<sup>(29)</sup>

A los fines de contribuir a la eficacia de la ejecución se regulan también medidas conminatorias pecuniarias y no pecuniarias en los arts. 366 a 368<sup>(30)</sup>, que tienen por objeto vencer la resis-

---

sarias para el cumplimiento específico de sus decisiones. La ejecución subrogada o la sustitución por indemnización procede sólo cuando se han agotado las medidas de compulsión para obtener el cumplimiento efectivo de los mandatos. El juez puede ordenar que las decisiones relativas a exclusión del hogar, re-vinculación parental, cumplimiento del régimen de comunicación u otras medidas análogas se cumplan con el auxilio de personas que integran el equipo técnico multidisciplinario del juzgado u otros profesionales que se estimen necesarios para otorgar eficacia plena a la resolución”.

(28) DE LÁZZARI, Eduardo, “La ejecución provisoria de la sentencia como tutela de urgencia y evidencia”, Revista La Ley del 28/10/2013 Y DE LOS SANTOS, Mabel, “La ejecución provisoria de la sentencia civil”, DJ, 2008-II, 1466.

(29) Art. 363 CPMF: “Normas generales. La ejecución provisoria y la definitiva se realizan conforme los mismos procedimientos. Cuando sea pertinente, el trámite incidental de liquidación precede a ambos. Las cuestiones decididas en la sentencia que no han sido objeto de recurso son susceptibles de ejecución parcial definitiva”.

(30) Art. 366 CPMF. “Conminaciones económicas y personales. En cualquier etapa del proceso y para el cumplimiento de sus resoluciones, el juez, de oficio o a pedido de parte, puede disponer las medidas de conminación necesarias, cualquiera sea el sujeto a quien se impongan”. Art. 367 CPMF “Sanciones conminatorias pecuniarias. Las conminaciones económicas o astreintes se fijan por el juzgado en una cantidad de dinero a pagar por cada día que demore el cumplimiento, teniendo en cuenta la naturaleza del asunto y las posibilidades económicas del obligado, de modo que signifiquen una efectiva constricción al cumplimiento. El juez puede, en cualquier momento, de oficio o a pedido de parte, aumentar, moderar o suprimir la sanción pecuniaria fijada. Una vez liquidada y firme es ejecutable contra el obligado. El destino de las sanciones pecuniarias compulsivas es establecido por el juez, por resolución fundada, a favor de la contraparte o de algún organismo estatal de protección de la niñez y adolescencia. En cualquier caso, la sanción es independiente del derecho a obtener el resarcimiento del daño causado por el incumplimiento”. Art. 368 CPMF.

tencia del condenado y persuadirlo a cumplir la orden judicial en tiempo razonable.

#### *a.4. Tutela preventiva*

Se ha señalado reiteradamente que para ser verdaderamente efectiva, la tutela judicial debe ser en ocasiones preventiva, función preventiva de daños contemplada también como parte integrante del sistema de responsabilidad civil en el nuevo Código Civil y Comercial (arts. 1710 a 1715 CCiv.yCom.).

Al regular las Relaciones de Familia el nuevo Código prevé que el juzgador pueda ordenar las medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona en los procesos de restricción de la capacidad (art. 34 CCiv.yCom.). También prevé la prestación de alimentos provisorios, típica tutela anticipada, tanto en los juicios de alimentos (art. 544 CCiv.yCom.), como en las acciones de reclamación de filiación (art. 586 CCiv.yCom.). Asimismo, en el art. 721 se regulan diversas medidas provisionales que pueden ser ordenadas durante los juicios de divorcio y nulidad de matrimonio y aún antes de promovidos éstos, en casos de urgencia, las que son aplicables, en lo pertinente, a los conflictos derivados de la ruptura de uniones convivenciales. Se trata de medidas provisionales relativas a las personas, que consisten en tutelas anticipadas de urgencia y de evidencia, que actúan el derecho material de manera provisoria y que pueden ordenarse tanto a pedido de parte como de oficio. Por otra parte, en el art. 722 se regulan específicas medidas cautelares de contenido patrimonial, sólo disponibles a pedido de parte, dirigidas a asegurar la efectividad de las sentencias que se dicten en los juicios de divorcio, nulidad de matrimonio y en el proceso de liquidación de la sociedad conyugal. Tanto las provisionales de naturaleza personal, como las cautelares, de aseguramiento de bienes, son aplicables, en lo pertinente, a los conflictos derivados de la ruptura de uniones convivenciales (art. 723 CCiv.yCom.).

El Código Procesal Modelo de Familia ha regulado tanto las medidas cautelares, como las tutelas anticipadas (provisionales), incorporando

---

“Sanciones conminatorias no pecuniarias. El juez puede imponer al responsable del incumplimiento de las decisiones judiciales las medidas más idóneas para persuadirlo a cumplir la orden judicial en tiempo razonable. Estas medidas no deben lesionar los derechos de las personas vulnerables involucradas”.

para las primeras el principio de bilateralidad, excepto cuando ello afecte la eficacia de la medida o cuando exista extrema urgencia<sup>(31)</sup> y contemplando las peculiaridades de la contracautela en los asuntos de familia.<sup>(32)</sup>

También, no obstante que el art. 593 del Código Modelo establece el deber del juez de fijar el plazo de duración de las medidas cautelares patrimoniales en el juicio de divorcio y nulidad de matrimonio, el art. 284 —que integra la regulación general de las medidas cautelares—, establece que *“la caducidad de las medidas hechas efectivas antes de iniciar la demanda no se aplica en los procesos de divorcio y nulidad de matrimonio ni a los conflictos derivados de las uniones convivenciales, en lo pertinente”*, con lo que ha quedado superado el debate sobre la caducidad de estas medidas, generado con la legislación anterior<sup>(33)</sup>.

Asimismo, sin perjuicio de la regulación específica de las medidas provisionales y anticipadas de naturaleza personal en el ámbito del proceso especial de divorcio (arts. 583 a 595 CPMF), se ha previsto la tutela jurisdiccional anticipada de

modo genérico, permitiendo que se formulen peticiones anticipadas no establecidas expresamente en la legislación, en tanto cumplan los requisitos para su concesión (arts. 308 y 309)<sup>(34)</sup>.

También se ha regulado el proceso urgente autosatisfactivo, idóneo para la tutela preventiva, ya sea inhibitoria o de remoción del ilícito, bajo la denominación de *“Proceso de satisfacción inmediata de pretensión urgente”* en los arts. 511 a 513 del Código Procesal Modelo de Familia<sup>(35)</sup>.

(34) Art. 308 CPMF. “Requisitos. Sin que configure pre-juzgamiento, el juez puede, a requerimiento fundado de parte y de manera excepcional, anticipar parcial o totalmente los efectos de lo pretendido en la demanda o en la reconvencción, cuando concurren los siguientes extremos: a) Convicción suficiente sobre la probabilidad cierta del derecho que la sustenta. b) Urgencia de la medida en tal grado que de no ser adoptada de inmediato cause al peticionante la frustración del derecho o un daño irreparable equivalente. c) Carencia de efectos irreversibles de la anticipación sobre la sentencia definitiva. d) Otorgamiento de caución suficiente si pueden estar afectados derechos de terceros. e) Otorgamiento de contracautela si la tutela jurisdiccional anticipada importa un desplazamiento provisorio de derechos patrimoniales.” Art. 309 CPMF. “Procedimiento. Modificación. Recursos. Efectos. Solicitada la medida anticipatoria, el juez debe disponer una audiencia con carácter urgente, a la que deben ser citadas las partes interesadas, celebrándose con quienes comparecen. Concluida la audiencia, el juez resuelve sin otra sustanciación. Si el afectado consiente la medida, ésta se torna definitiva y hace cosa juzgada. La medida anticipada puede ser revocada o modificada al tiempo de la sentencia, o por vía de incidente durante la tramitación del proceso si cambian las circunstancias tenidas en cuenta para disponerla. A tal efecto, también se toman en consideración las actitudes procesales posteriores de las partes que muestran indicios de abuso del derecho de defensa o manifiesto propósito dilatorio. Si el juez considera que la medida fue obtenida sin derecho o con abuso de derecho, debe declarar la responsabilidad del requirente, condenándolo a indemnizar los daños y perjuicios si la otra parte lo solicita. La determinación del monto se sustancia conforme lo dispuesto en el último párrafo del art. 205 de este código. El régimen de cumplimiento y de recursos se rige por lo establecido para las medidas cautelares. Concedida o no la medida, excepto en lo que haya sido consentida, el proceso prosigue hasta su finalización. Si la sentencia es favorable a quien obtuvo la tutela anticipada, lo percibido provisoriamente es descontado, si procede, del importe de la condena definitiva.”

(31) Art. 276 CPMF. “Trámite, cumplimiento y recursos. Las medidas cautelares se decretan, como regla general, previa audiencia de la contraparte, a quien se le corre traslado por cinco -5- días o se convoca a las partes a una audiencia en un plazo no mayor de diez -10- días, según lo decida el juez, cuya resolución al respecto es inapelable. Cuando la audiencia previa pueda frustrar la eficacia de la medida o en casos de extrema urgencia, puede resolverse la petición cautelar sin escuchar a la contraria. Una vez decretada la medida, ningún incidente planteado por el destinatario puede detener su cumplimiento. Si el afectado no tomó conocimiento previo o con motivo de la ejecución de la medida, quien la obtuvo debe notificarlo personalmente o por cédula dentro de los tres días desde que se hace efectiva. Quien obtenga la medida es responsable de los daños que irroque la demora. La providencia que admite o deniega una medida cautelar es recurrible por vía de reposición; también es admisible la apelación, subsidiaria o directa. El recurso de apelación, en caso de admitirse la medida, se concede sin efecto suspensivo.”

(32) Art. 277 CPMF. “Caución. Una caución para asegurar los daños debe ser requerida sólo si la medida dispuesta es susceptible de afectar derechos de personas ajenas a las relación familiar en conflicto...”

(33) DE LOS SANTOS, Mabel, “Las medidas provisionales de los procesos de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado”, Revista de Derecho Procesal, 2013-1, Proyecto de Código Civil y Comercial, Aspectos procesales, pág. 190/2.

(35) Art. 511 CPMF. Presupuestos. Para la procedencia del proceso urgente de satisfacción inmediata deben cumplirse los siguientes presupuestos: a) Existencia de la necesidad de satisfacer una obligación incondicionada impuesta por ley, o de hacer cesar de inmediato con-

### *b. Inmediación y oralidad filmada*

El principio de intermediación importa asegurar que el juzgador tenga el mayor contacto personal con los sujetos y la prueba de la causa durante el trámite y a los fines de la mejor resolución del conflicto.

El principio de intermediación enunciado en el art. 706 del nuevo Código de modo genérico se exterioriza en diversas normas del mismo cuerpo normativo que exigen su efectiva vigencia, tales como el deber del juzgador de oír de manera personal, según las circunstancias del caso, a los niños, niñas y adolescentes con edad y grado de madurez suficiente para formarse un juicio propio y a personas mayores con capacidad restringida (art. 707 CCiv.yCom.). Así lo consagra también el texto legal al imponer la entrevista personal en materia de discapacidad mental —art. 35<sup>(36)</sup>—.

ductas o vías de hecho, producidas o inminentes, contrarias a derecho según la legislación de fondo. b) Petición limitada a obtener una solución de urgencia no cautelar, que no involucre la declaración judicial de derechos conexos o afines, y que la protección de su interés jurídico no requiera de la ulterior promoción de un proceso de conocimiento. Art. 512. CPMF Trámite. Excepcionalmente, el juez puede admitir el trámite del presente proceso urgente, cumplidos los siguientes actos: a) El peticionante debe prestar garantía suficiente, de conformidad con las particularidades del caso. b) La contraparte debe ser oída por el juez, en una breve sustanciación, aplicando en lo pertinente las normas sobre incidentes o citando a una audiencia. Si el derecho es evidente o la urgencia es extrema, puede ordenar la medida de modo inmediato, posponiendo la sustanciación para cuando lo ordenado se haya cumplido. En todos los casos la resolución debe ser notificada personalmente o por cédula. Si no ha mediado traslado previo, con la notificación de la resolución se cita a la contraria a ejercer su derecho de defensa, haciéndole saber que debe cumplir la medida ordenada aunque formule oposición a la pretensión. Art. 513 CPMF Oposición. El legitimado que se haya opuesto a la pretensión urgente, puede impugnar la resolución, mediante recurso de apelación sin efecto suspensivo o mediante juicio declarativo de oposición, que tramita por las normas del proceso de conocimiento extraordinario. El referido juicio de oposición debe tramitar ante el juez que dictó la resolución urgente.

(36) Art. 35. Entrevista personal. El juez debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso y entrevistarlo personalmente antes de dictar resolución alguna, asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a la situación de aquél. El Ministerio Público y, al menos, un letrado que preste asistencia al interesado, deben estar presentes en las audiencias.

En la actualidad se habla también de una nueva forma de intermediación, aplicable a las audiencias de prueba, que acompaña y complementa a la intermediación física<sup>(37)</sup> Me refiero a la intermediación virtual o sensorial que resulta de la filmación de las audiencias de prueba y que regulan textos procesales de nuestro país y de España y Alemania.<sup>(38)</sup> El registro fílmico de las audiencias permite al juzgador preservar gran parte de los beneficios de la intermediación en la prueba —vale decir, el mensaje gestual de los testigos—, aunque el juez que recibió la prueba no sea el que dicte la sentencia, como exigía la doctrina procesal clásica<sup>(39)</sup> Por otra parte, ello permite también una adecuada valoración de las pruebas recibidas en audiencia por parte del tribunal de alzada, teniendo en cuenta que se trata de procesos que deben estar estructurados en dos instancias.<sup>(40)</sup>

La filmación de las audiencias de prueba no afecta el derecho a la intimidad de las personas involucradas, pues rige en los procesos de familia el principio de acceso limitado al expediente y dicha reserva puede asegurarse respecto de las filmaciones de audiencia incluyendo la imagen en el soporte informático del expediente a través de un software que garantice su inalterabilidad. También su utilización en las entrevistas con menores o personas con capacidad restringida, en un esquema procesal estructurado en dos instancias, evita la re-victimización de dichas personas. Por tal razón así ha sido contemplado en el Código Procesal Modelo de Familia.

Las que preceden son sólo algunas líneas generales que permiten perfilar los contornos del texto procesal elaborado para responder a las exigencias del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. ◆

(37) PEYRANO, Jorge W., “La prueba entre la oralidad y la escritura” en *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Universitat de Valencia, 2008, p. 164 y AMRANI-MEKKI, Soraya, “El impacto de las nuevas tecnologías sobre la forma del proceso civil” en *Oralidad y escritura...* cit., p. 93.

(38) V. art. 125 del Código Procesal Civil y comercial de la Provincia de Río Negro [2007] y Ley de Enjuiciamiento Civil española (art. 147) y ZPO alemana (art. 160 a.1).

(39) DÍAZ, Clemente, *Instituciones de Derecho Procesal*, T. I, p. 384: “La regla (o máxima de la intermediación procesal) tiene pues, como caracteres fundamentales: ...c) la identidad física entre el juez que tuvo contacto con las partes y el que dictará la sentencia”.

(40) Conf. Opinión consultiva nro. 17/2002 del 28/8/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

# RELACIONES DE FAMILIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

POR MARCELO D. IÑIGUEZ

## I. Vida familiar y sus vínculos internacionales

La vida familiar se relaciona con los Derechos humanos ya que la construcción de la subjetividad de la persona precisa de un sistema de derecho que patrocine los actos y hechos que realiza un sujeto. Además, cuando esos actos o hechos se producen en un lugar, lo importante es que sean capaces de producir efectos en otro territorio. Esas condiciones vinculan jurídicamente a dos Estados y por ende a dos sistemas jurídicos; de allí que las relaciones jurídicas que se despliegan internacionalmente deben recibir un trato especial. El hombre transita el mundo y produce vínculos internacionales.

Las situaciones familiares internacionales han de albergar respeto en cada Estado nacional, porque el sistema internacional consagra como inherente a la humanidad el sistema de protección del derecho para la persona. La Corte Internacional de Justicia de las Naciones Unidas, tiene dicho que la comunidad internacional protege los derechos esenciales de los sujetos, siendo ese rasgo el que justifica que todos los Estados tengan un interés jurídico en su cumplimiento<sup>(1)</sup>. Es una obligación erga omnes, locución que significa “frente a todos”. Cada Estado está obligado a reconocer relaciones de derechos producidas en Estados extranjeros pues, los derechos, son cualidades esenciales para la persona. El Derecho internacional privado acompaña al sujeto cuando crea vínculos en

un territorio, le brinda carta de identidad a sus derechos como categoría para que su cultura y existencia le sean reconocidas.

## II. Relaciones de familias internacionales

El concepto de familia no se basa sólo en el matrimonio sino en una noción más amplia<sup>(2)</sup>. Ese ensanchamiento, según lo enseña Aída Kemelmajer de Carlucci, se debe a que “la familia puede tener origen en un hecho biológico (por

---

(2) Puede consultarse: GIL DOMINGUEZ, Andrés - FAMA, María Victoria - HERRERA, Marisa. Derecho Constitucional de Familia. Editorial Ediar, Buenos Aires, 2006, Tomo I, pp. 70/204. KEMELMAJER de CARLUCCI, Aida. El Nuevo Derecho de Familia. Editorial. Pontificia Universidad Javeriana. Grupo Editor Ibañez. Bogotá, Colombia, 2010, pp. 33/51. DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia. Volumen IV, Tomo I. Editorial Tecnos, Madrid, 11ª edición, 2012, pp. 30/37. KEMELMAJER de CARLUCCI, Aida - HERRERA, Marisa - LAMM, Eleonora. Filiación derivada de la reproducción humana asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico. LA LEY 2012-E, 1257. SOLARI, Néstor E. Los modelos familiares en el Proyecto de Código. DFyP 2013 (julio), 35. GONZÁLEZ MARTIN, Nuria. Modelos familiares ante el nuevo orden jurídico: Una aproximación casuística. DFyP 2012 (junio), 01/06/2012, 55. ZANNONI, Eduardo A. Matrimonio entre personas del mismo sexo. Ideología de género y derecho de familia. La Ley 2011-B, 742. MEDINA, Graciela. La corte italiana declara la inconstitucionalidad de las normas que impiden el casamiento a las personas del mismo sexo. DFyP 2010 (julio), 53. GALLEGO, Richar F y DELUCCHI, María Belén. El daño moral y la legitimación de la concubina. LLPatagonia 2009 (abril), 745. DIEZ-PICAZO y PONCE de LEÓN, Luis. Las nuevas fronteras y la crisis del concepto de familia. Notas para un debate posible. LA LEY 2000-A, 1242. En doctrina opuesta, que califica a la familia como una Institución del derecho natural, fundada en el matrimonio, vivificada por el amor y esencialmente es una Institución, puede consultarse, entre otros: PERRINO, Jorge Oscar. Derecho. Derecho de Familia. Editorial LexisNexis, Buenos Aires, 2006, Tomo I, pp. 23/32. También la fundada en el matrimonio de uniones monoparentales: MENDEZ COSTA, María Josefa. Los Principios Jurídicos en las Relaciones de Familia. Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006, pp. 42/44.

---

(1) La Corte Internacional de Justicia, el 5 de febrero de 1970 resolvió el diferendo entre las Repúblicas de Bélgica y España y allí dijo que los Estados deben respetar los derechos subjetivos sin sujeto activo determinado, porque los Derechos humanos son obligaciones erga omnes que todos los Estado tienen un interés jurídico en que sean respetados. Me remito a: MIAJA de la MUELA, Adolfo. Aportaciones de la sentencia del Tribunal de la Haya en el caso Barcelona Traction (5 de febrero de 1970) a la jurisprudencia internacional. Editorial Caja de Ahorros y monte de piedad de la ciudad de Vitoria. Universidad de Valladolid, España 1970, p.73.

ej., lazos que unen a un niño con su progenitor) pero los vínculos jurídicos están condicionados por la cultura de cada sociedad. Por eso, el concepto jurídico de familia, al igual que el de filiación y el de matrimonio no está atado a “la naturaleza”; depende de las poblaciones, las políticas, las creencias religiosas, los modos de vida, etc. En otras palabras, aunque distintas formas familiares han existido y existen en todos los pueblos y en todas las épocas, el concepto de familia, como el de matrimonio y el de filiación, es una creación “cultural”, no “natural” o “esencial” y, por lo tanto, cambiante<sup>(3)</sup>.

Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Javier Carrasco González<sup>(4)</sup>, explican que en el concepto de familia pugnan dos tesis. La que denominan clásica, defendida por el antropólogo estructuralista Levi-Strauss, quien sitúa a la familia como institución natural, basada en el matrimonio, que posibilita el nacimiento y desarrollo de personas e integración en la sociedad y la que designan como tesis moderna, validada por Radhika Coomaraswamy, donde la familia es una institución contingente, un concepto cultural, no está basada solamente en el matrimonio y no está ligada a la procreación. Su función es potenciar una mayor realización de los derechos fundamentales de los particulares y, en especial el libre desarrollo de la personalidad (L. Díez-Picazo, E. Roca I Trias).

Se comprenderá entonces, que el Derecho internacional privado está necesitado de afrontar ambas tesis, ya que tiene a su cargo reconocer relaciones vinculadas con Estados/Derechos extranjeros y resguardar las relaciones familiares internacionales o la multiculturalidad de los matrimonios y parejas formadas por efecto de migraciones.

### III. Matrimonio de personas con domicilio en Estados diferentes

El Código Civil y Comercial [en adelante CCC], en los artículos 416 y 418, faculta celebrar matrimonios no obstante uno de los contrayentes tenga domicilio en el extranjero; lo que exige es

que por lo menos uno debe tener domicilio en Argentina y ubicado en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas donde se efectúe el acto.

Las provincias siguen esa directiva legal, con excepción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Provincia de Buenos Aires, Santa Fe y Tierra del Fuego e Islas del Atlántico Sur, principalmente con respecto al matrimonio igualitario. La primera dictó una norma especial<sup>(5)</sup> por la que establece como requisito que los sujetos tengan residencia transitoria en la ciudad. Por lo tanto, la conexión que habilita la celebración no sólo es el domicilio sino la residencia para el caso que ambos contrayentes se domicilien en el extranjero.

Considero adecuada dicha solución legal. La Constitución Nacional en su artículo 20, concede a los extranjeros los mismos derechos civiles del ciudadano y entre ellos casarse conforme a las leyes [estaba dirigido a la libertad de hacerlo sin que fuera un sacramento religioso] por lo tanto es válido el ejercicio del derecho a casarse en el país aunque falte domicilio, ya que por propósi-

(5) Resolución N° 99, establece la posibilidad que los residentes transitorios puedan contraer nupcias en las nuevas condiciones está basada en los artículos 14 y 20 de la Constitución Nacional, en las leyes 25.871 (Migraciones) y 26.618 (Matrimonio Civil) y en los decretos 660/11 y 23/12. La resolución señala: Artículo 1°.- Instruir a la Dirección General del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, para que en lo sucesivo proceda a admitir en el marco de la solicitudes de matrimonio, sin ningún tipo de discriminación o diferencia respecto de cualquier solicitante, las peticiones de extranjeros no residentes en los términos de su condición jurídica establecida por los Artículos 20 y 24 de la Ley N° 25.871. Artículo 2°.- Disponer que en lo sucesivo se admitirá como prueba de residencia transitoria la fotocopia certificada notarialmente del pasaporte y/o documento migratorio oficial, que deberá contener domicilio de referencia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y plazo de estadía mínima y/o permanencia. Artículo 3°.- Instruir en lo sucesivo, que la Dirección General del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas arbitrará todos los medios necesarios para facilitar los turnos pertinentes a las solicitudes descriptas en el Artículo 1°, con la finalidad de no frustrar el espíritu y la efectivización de la voluntad de los requisitos a cuyos efectos no podrá, bajo ningún aspecto, otorgar turnos con un plazo superior a los 5 (cinco) días. Artículo 4°.- Instruir, que la documentación y los certificados emitidos como consecuencia de esta disposición, no podrán ser discriminatorios, ni contener ninguna pauta que limite de hecho el principio de igualdad ante la ley.

(3) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aida. Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014. LA LEY 2014-E, 1267.

(4) CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. Derecho Internacional Privado. Editorial COMARES. Volumen II, décimo segunda edición, 2011/2012, Granada, pp. 78.

to constitucional se deben reducir impedimentos para ejercer derechos fundamentales<sup>(6)</sup>. Con esa directiva, se recurre a la conexión residencia, ya que el CCC en el artículo 2613, considera a la residencia habitual de la persona humana como conexión no acumulativa, condicional, subsidiaria. En tal sentido el CCC califica al domicilio y residencia, como:

a) domicilio es el lugar donde se reside con intención de establecerse, y

b) residencia habitual es donde se vive y establecen vínculos durables por un tiempo prolongado.

La disposición citada, también establece que “la persona humana no puede tener varios domicilios al mismo tiempo. En caso de no tener domicilio conocido, se considera que lo tiene donde está su residencia habitual o en su defecto, su simple residencia”.

En relaciones de familia, la residencia habitual o simple residencia, funciona como punto de conexión subsidiario. Por ejemplo, los efectos personales del matrimonio, se regulan por el derecho del domicilio conyugal efectivo, que implica el derecho donde los cónyuges conviven (art. 2624 CCC); de igual modo, en los acuerdos alimentarios las partes tienen la opción de someterse a la ley de la residencia habitual de cualquiera de ellas (art. 2630 segunda parte CCC) o en alimentos entre cónyuges por el derecho de la última convivencia efectiva (art. 2630 tercer parte CCC).

En suma: las personas humanas con domicilio en el extranjero pueden celebrar matrimonio en el país, porque en el derecho internacional privado argentino la residencia habitual o simple residencia reemplaza la ausencia de domicilio nacional.

#### IV. Matrimonio en artículo de muerte

La regla del domicilio o residencia para celebrar el matrimonio en el país, no se aplica en el supuesto de una enfermedad grave y en peligro de muerte de uno de los contrayentes. Es una modalidad extraordinaria de celebración<sup>(7)</sup>, que

se incorpora en el artículo 421 del CCC y expresa “El oficial público puede celebrar matrimonio con prescindencia de todas o de alguna de las formalidades previstas en la sección anterior, cuando se justifica que alguno de los contrayentes se encuentra en peligro de muerte, con el certificado de un médico y, donde no lo hay, con la declaración de dos personas.

En caso de no poder hallarse al oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, el matrimonio en artículo de muerte puede celebrarse ante cualquier juez o funcionario judicial, quien debe levantar acta de la celebración, haciendo constar las circunstancias mencionadas en el artículo 420 con excepción del inciso f) y remitirla al oficial público para que la protocolice”.

#### V. Calificación del matrimonio

El derecho a casarse es un derecho esencial de la persona humana y como tal no debe ser restringido ni obstaculizado su ejercicio<sup>(8)</sup>. Sin embargo, el CCC dispone que ciertos matrimonios no se reconozcan en la República por razones de orden público. Por medio de una norma internacionalmente imperativa [también llamada de policía] el sistema de Derecho internacional privado argentino no reconoce matrimonios celebrados en el extranjero cuando median impedimentos dirimentes. En esos casos, no hay extraterritorialidad del derecho extranjero<sup>(9)</sup>. En

(8) RUBAJA, Nieve. Derecho Internacional Privado de Familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino. Prólogo de María Susana Najurieta. Editorial AbeledoPerrot. Buenos Aires, 2012, pp. 186/190 enseña como los textos internacionales relativos a los derechos humanos inciden en cuestiones atinentes al derecho matrimonial.

(9) El derecho internacional privado se nutre de tres tipos de normas: (a) directa o material [contenidas en Tratados o normas especiales nacionales que contienen el elemento extranjero y brindan solución sin recurrir a otras disposiciones jurídicas]; (b) internacionalmente imperativa o de policía [excluyen la aplicación y funcionamiento del derecho extranjero. Se funda en que hay materias que por razones y motivos esenciales se excluyen del sistema de Derecho internacional privado de cada Estado. La norma de policía atrae en su tipo legal un elemento extranjero que lo somete al derecho nacional. La regla se justifica en áreas fundamentales en las que es conveniente que la situación privada internacional no sea regulada por un Derecho extranjero] y, (c) indirecta o de conflicto [cuyo punto de conexión puede causar la extraterritorialidad del derecho extranjero como consecuencia jurídica. Sin

(6) MIDON, Mario A.R, en SABSAY, Daniel A (dirección) MANILI, Pablo L. Constitución de la Nación Argentina. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2009, tomo 1, p. 949.

(7) Prevista en el Derecho Canónico [Canon 1116§ 1] y en el Derecho español [artículo 52].

cambio, en otros pueden presentarse dudas sobre la existencia del vínculo. En esos supuestos resulta necesario recurrir a calificar el acto celebrado. Ahora bien, ¿cuál es el derecho que califica? En su respuesta pugnan tres tesis. Victoria Basz y Elisabet Campanella<sup>(10)</sup> lo explican así:

(a) por el derecho privado vigente en el país donde el matrimonio se celebra [Werner Goldschmidt, Berta Kaller de Orchansky, entre otros];

(b) por el derecho internacional privado vigente en el Estado donde el matrimonio se celebró [Antonio Boggiano] y

(c) por la ley del lugar donde el matrimonio se pretenda hacer valer; en nuestro caso por la ley nacional [Alberto Pardo].

El CCC guarda silencio en materia de calificación porque prefiere dejar librada esa tarea a la doctrina (judicial y autoral)<sup>(11)</sup>. Por ello, pienso que el problema debe ser resuelto con el derecho que surge de la “Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios”<sup>(12)</sup> [fecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1962]<sup>(13)</sup> y por el artículo 2622 del CCC que fija como derecho aplicable el del lugar de el de celebración del matrimonio. Es decir, sugiero que el matrimonio sea calificado de conformidad con el derecho internacional privado vigente en el Estado donde el matrimonio se celebró [tesis de Boggiano].

## VI. Matrimonio a distancia

El modo de celebrar el matrimonio a distancia se incorporó en el Código Civil por la Ley N° 23.515 del año 1987, en los artículos 173 y 174. Se armonizó el derecho interno con las disposiciones de la “Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimo-

embargo es posible que la conexión no sea con el derecho foráneo si no con el nacional. Por ese motivo, la norma indirecta o de conflicto, según el sistema jurídico que designa, se clasifica en: (a) unilateral o cierta y (b) bilateral o problemática (GOLDSCHMIDT. Werner. Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia. Basado en la teoría trialista del mundo jurídico. Décima edición actualizada por Alicia M. PERUGINI ZANETTI. Editorial AbeledoPerrot, pp. 170/1. KALLER de ORCHANSKY, Berta. Nuevo Manual de derecho internacional privado. Editorial Plus Ultra, p. 86. MONROY CABRA, Marco Gerardo. Tratado de Derecho Internacional Privado. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1995, pp. 62). La unilateral se presenta cuando el punto de conexión designa como consecuencia jurídica el derecho nacional del juez. En ese caso, la situación privada será resuelta en el ámbito del derecho nacional y por esa razón es una norma que no presenta dificultad [cierta] porque es el derecho que el juez conoce, del que está familiarizado, capacitado. José Antonio Tomás Ortiz de la Torre, explica que la norma unilateral se abstiene de designar aplicable la ley extranjera y sólo define las hipótesis de solución por la ley del foro (ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio Tomás. Derecho Internacional Privado. Editorial Universidad Complutense Madrid, 1992, volumen I, p. 178). En cambio, la norma bilateral elige como consecuencia jurídica el derecho extranjero (problemática). Pues bien, en esos supuestos ese derecho conectado puede tener expresiones o categorías jurídicas que no coinciden con las del derecho nacional. Por el problema suscitado se torna necesario calificar, que es básicamente definir y establecer qué derecho es el autorizado para hacerlo. El ordenamiento jurídico extranjero contiene términos que describen situaciones privadas que no coinciden con el significado de nuestro sistema legal. Puede que exista coincidencia en el instituto (por ejemplo adopción) pero con un alcance distinto en cuanto a los titulares de los derechos o sus efectos. Esas diferencias llevan a la necesidad de definir los términos que utiliza la norma indirecta, y conocer su alcance para poder encuadrarlos en una institución del derecho aplicable.

(10) BASZ, Victoria y CAMPANELLA, Elisabet. Derecho Internacional Privado. Editorial Rubinzal Culzoni, Sata Fe, 1999, p. 133.

(11) UZAL, María Elsa. Breve Panorama de la Reforma del Derecho Internacional Privado, en RIVERA, Julio César (director) MEDINA, Graciela (coordinadora). Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012. Editorial AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012, p. 1238.

(12) Dispone la Convención: Artículo I. 1. No podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por éstos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos, de acuerdo con la ley. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, no será necesario que una de las partes esté presente cuando la autoridad competente esté convencida de que las circunstancias son excepcionales y de que tal parte, ante una autoridad competente y del modo prescrito por la ley, ha expresado su consentimiento, sin haberlo retirado posteriormente. Artículo 2: Los Estados parte en la presente Convención adoptarán las medidas legislativas necesarias para determinar la edad mínima para contraer matrimonio. No podrán contraer legalmente matrimonio las personas que no hayan cumplido esa edad, salvo que la autoridad competente, por causas justificadas y en interés de los contrayentes, dispense el requisito de la edad. Artículo 3: Todo matrimonio deberá ser inscripto por la autoridad competente en un registro oficial destinado al efecto.

(13) Ley N° 18.444 (13/11/1969).

nios". Esa convención, proporciona la solución cuando uno de los contrayentes no está presente por razones excepcionales y la autoridad competente está convencida que su consentimiento se expresó ante otra autoridad.

El CCC, en dos normas materiales [también denominadas directas] mantiene esa modalidad de celebración, aunque lo hace con una ligera modificación con respecto a la solución actual contemplada en el artículo 174 del Código Civil. En efecto, en primer lugar el CCC en el artículo 422, con una calificación autárquica, define al matrimonio a distancia como "aquel en el cual el contrayente ausente expresa su consentimiento personalmente, en el lugar en que se encuentra, ante la autoridad competente para celebrar matrimonios, según lo previsto en este Código en las normas de derecho internacional privado". El artículo 2623 del CCC, por su parte, dispone: "...aquél en el cual el contrayente ausente expresa su consentimiento, personalmente, ante la autoridad competente para autorizar matrimonios del lugar en que se encuentra".

"La documentación que acredite el consentimiento del ausente sólo podrá ser ofrecida dentro de los noventa días de la fecha de su otorgamiento".

"El matrimonio a distancia se reputará celebrado en el lugar donde se preste el consentimiento que perfecciona el acto. La autoridad competente para celebrar el matrimonio deberá verificar que los contrayentes no están afectados por impedimentos legales y decidirá sobre las causas alegadas para justificar la ausencia".

El CCC excluye la última parte del artículo 174 que contempla el supuesto de negativa del oficial público a celebrar el matrimonio, facultando a quien pretendía contraerlo [con el ausente] a recurrir ante el juez competente. Se deja librado ese caso al Registro Civil y Capacidad de las Personas por su función de autoridad competente, ya que por medio de la Ley 26413 [DJA LEY E-3079] <sup>(14)</sup> además de crear un libro o registro de "Recepción de Consentimiento para Matrimo-

nio a Distancia", se establece los requisitos que debe contener dicha inscripción. La ley citada, instituye que el oficial público debe controlar la "inexistencia de impedimentos de ligamen y falta permanente o transitoria de salud mental que le impide tener discernimiento para el acto" dando al interesado constancia, en caso de negativa de recibir el consentimiento, para recurrir al juez competente. Es decir, por medio de dos normas materiales o directas, el CCC ofrece una redacción más sencilla y excluye el supuesto de la negativa del oficial público para valorar las circunstancias excepcionales, situación que será resuelta por la autoridad competente para la celebración del matrimonio en el supuesto de presentarse impedimentos dirimentes.

### **VII. Derecho regulador de la capacidad, consentimiento y forma matrimonial.**

La validez del matrimonio presupone la capacidad de los cónyuges, su consentimiento, y que se haya celebrado de una determinada forma <sup>(15)</sup>. En el CCC esos presupuestos están captados por la norma indirecta del artículo 2622, que dispone: "La capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto, su existencia y validez, se rigen por el derecho del lugar de la celebración, aunque los contrayentes hayan dejado su domicilio para no sujetarse a las normas que en él rigen".

La norma bajo estudio conserva como derecho regulador del matrimonio el del lugar de celebración <sup>(16)</sup>. Las fuentes tenidas en consideración fueron los artículos 159, 160 y 166 del Código Civil; los artículos 103 y 106 del Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de Argentina, del año 2003 <sup>(17)</sup> y los artículos 11 y 13

(15) GARCIAMARTÍN ALFÉREZ, Francisco. Derecho Internacional Privado. Editorial Thomson Reuters - Editorial Aranzadi SL. Pamplona, 2012, p. 4243.

(16) Este punto de conexión se mantiene desde el art. 159 del Código Civil en la redacción de Vélez Sarsfield, pues decía: "La validez del matrimonio, no habiendo poligamia o incesto, es regida por la ley del lugar en que se ha celebrado, aunque los contrayentes hayan dejado su domicilio por no sujetarse a las formas y leyes que en él rigen". Consultar: FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. Derecho Internacional Privado. Parte Especial. Capítulo sobre Régimen Internacional del Matrimonio. Editorial Universidad. Buenos Aires, Argentina, 2000.

(17) Los integrantes de la Comisión que elaboró el Proyecto y que fuera presentado al Ministerio de Justicia en mayo de 2003, son: Miguel Ángel Ciuro Caldani; Eduardo Leopoldo Fermé; Berta Kaller de Orchansky;

(14) Ley 26413, de Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Con función de inscribir todos los actos o hechos que den origen, alteren o modifiquen el estado civil y la capacidad de las personas correspondientes a registros de las provincias, de la Nación y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires [Sancionada: Septiembre, 10 de 2008. Promulgada de Hecho: Octubre, 1 de 2008].

de los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y 1940 respectivamente. Sujetar esas cuestiones esenciales y formales al derecho de la autoridad que celebra el acto, “obedece al principio del favor matrimonio, el que también inspira el último párrafo; se anhela de este modo obtener matrimonios válidos y no claudicantes. Sólo la intervención del orden público internacional argentino [...] puede acarrear el desconocimiento de la validez del matrimonio. La validez intrínseca alude a la capacidad de los contrayentes, a la ausencia de impedimentos, y al consentimiento. La validez extrínseca se refiere a las formas matrimoniales exigidas”<sup>(18)</sup>.

Que la capacidad matrimonial sea determinada por el derecho del lugar de celebración, es una excepción al derecho que estipula la capacidad general de la persona que se establece por el derecho del domicilio del sujeto [cfr. artículo 2616 CCC]<sup>(19)</sup>. La conveniencia de mantener esa conexión [lugar de celebración] surge, no sólo porque se trata de un derecho consolidado en el ámbito nacional, sino también porque en este instituto “familiar” es común el fraccionamiento autónomo de conexiones (se presenta para reglar la capacidad, los efectos personales, patrimoniales y de disolución del vínculo). Es decir, se propicia que una pluralidad de leyes acompañen las relaciones familiares de las personas ya que estamos ante un modelo de convivencia cultural y social. Por esa razón, favorecer conexiones autónomas en cada acto que se celebre, es viabilizar los usos

Rafael Manóvil; María Blanca Noodt Taquela; Beatriz Pallarés; Alicia Perugini Zanetti; Horacio Piombo; Julio Rivera; Inés Weinberg de Roca; Amalia Uriondo de Martinoli y Alfredo Mario Soto.

(18) KALLER de ORCHANSKY, Berta. De los Derechos Personales en las Relaciones de Familia. Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 1995, tomo 1, p. En sentido similar: GOLDSCHMIDT, Werner. Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia. Basado en la teoría pluralista del mundo jurídico. Décima edición actualizada por Alicia M. PERUGINI ZANETTI, ob. cit., p. 430. PALLARÉS, Beatriz. Matrimonio y uniones no matrimoniales. Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur. Editorial Zavalia, Buenos Aires, 2003, pp. 703/6.

(19) Ver al respecto: SCOTTI, Luciana Beatriz. Las nuevas normas sobre mayoría de edad y el derecho internacional privado argentino. Suplemento Especial. Mayoría de edad 2009 (diciembre) 01/01/2009, 48.

y costumbres que son relevantes en la vida familiar<sup>(20)</sup>.

El consentimiento debe ser pleno y libre por ambos contrayentes y es constitutivo para la celebración del matrimonio. La Convención de New York referida al consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraerlo y su registro [Ley 18444] prohíbe a los estados celebrar matrimonios sin un consentimiento libre y pleno<sup>(21)</sup>. Entonces, si bien la ley del lugar de celebración regula el contenido del consentimiento, sus eventuales vicios, el plazo del ejercicio de acciones para deducirlos y los legitimados activos, ese derecho está sujeto a la compatibilidad con dicha Convención y nuestro orden público argentino.

La finalidad de esa directiva, es evitar matrimonios de conveniencia o arreglados por los padres de los contrayentes, donde está viciada la voluntad para elaborar y expresar el consentimiento. Se trata de matrimonios celebrados con el propósito de facilitar la entrada y radicación de una persona en el país, o por temor reverencial, o jerarquizando prácticas culturales por sobre la autonomía del sujeto. Esas uniones son viciosas y por ende nulas.

La prueba deberá ser estricta y frente a la duda mantenerse el vínculo matrimonial, pero ciertos indicios deben ser ponderados, tales como la diferencia de edad; el desconocimiento de la historia personal entre ellos; la residencia de los contrayentes en Estados diferentes y una corta relación previa a celebración; entre otras circunstancias.

Finalmente, la forma de celebración del matrimonio está sujeta a la del lugar de realización. La norma no contempla ningún requisito específico, derivación del principio “locus regit actum”, previsto con carácter general en el artículo 2649 del CCC.

(20) KALLER de ORCHANSKY, Berta. De los Derechos Personales en las Relaciones de Familia, obra citada, p. 806, enseña que al utilizar la expresión “derecho del lugar de celebración”, en lugar de la ley, se incluyen los usos y costumbres extranjeros.

(21) Dispone la Convención: Artículo I. 1. “No podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por éstos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos, de acuerdo con la ley...”

### VIII. Norma internacionalmente imperativa [de policía] para reconocimiento de matrimonios celebrados en el extranjero<sup>(22)</sup>

El artículo 2622 segunda parte del CCC, contiene una norma de policía que dispone: “No

(22) Son las normas nacionales que prevalecen sobre el Derecho extranjero. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Méndez Valles, Fernando c. Pescio S.C.A. s/ ejecución de alquileres” (del 26/12/95) sostuvo que “...para la determinación de la ley aplicable a un contrato con elementos multinacionales o un aspecto de él, corresponde en primer lugar indagar si las partes han ejercido la facultad de elegir el Derecho nacional aplicable al contrato o de incorporar al contrato materiales derogatorias de las normas coactivas de Derecho Privado rector del negocio sin perjuicio del orden público del Derecho Internacional Privado del juez con jurisdicción o de las normas de policía, que no pueden ser desplazados por la autonomía referida (arg. art. 19 de la Constitución Nacional, art. 1197 del Cód. Civil y Fallos: 236:404 y 290:458)...” [...] “...Cabe agregar a lo expuesto, que el Derecho extranjero tampoco puede ser aplicado si una “norma de policía” remite a la aplicación exclusiva y excluyente del Derecho argentino sobre la materia”. Werner Goldschmidt denominaba estas disposiciones como normas rígidas expresas. Berta Kaller de Orchansky como leyes de una naturaleza positiva rigurosamente obligatoria. Inés Weinberg como normas imperativas de aplicación inmediata. Raúl Alberto Ramayo como norma indirecta unilateral específica y en España, Alfonso Luís Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González como normas de extensión. Lo importante no es como se la llame, sino que la característica distintiva es que su contenido materializa una cuestión importante, sustancial, trascendental para la Nación y por esa razón el Estado sólo admite su propia regulación y evita la aplicación del derecho extranjero. En el CCC, se las denomina norma internacionalmente imperativa. El artículo 2599 del CCC la define del siguiente modo: “Las normas internacionalmente imperativas o de aplicación inmediata del derecho argentino, se imponen por sobre el ejercicio de la autonomía de la voluntad y excluyen la aplicación del derecho extranjero elegido por las normas de conflicto o por las partes. Cuando resulte aplicable un derecho extranjero, también serán aplicables sus disposiciones internacionalmente imperativas y cuando intereses legítimos lo exijan, podrán reconocerse los efectos de disposiciones internacionalmente imperativas de terceros Estados que presenten vínculos estrechos y manifiestamente preponderantes con el caso”. Las Fuentes del artículo son: Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, Argentina, 2003, art.15; Código de Derecho Internacional Privado, Bélgica, art.20; Ley Federal sobre Derecho Internacional Privado, Suiza, arts.18 y 19; Código Civil de Quebec, Libro X, arts.3076 y 3079; Ley Italiana de Derecho Internacional Privado, 1995, art.17; Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado, Uruguay, art.6; Ley de Derecho Internacional Privado, Venezuela, 1998, art.10°; Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), art.9.

se reconoce ningún matrimonio celebrado en un país extranjero si media alguno de los impedimentos previstos en los arts. 575, segundo párrafo y 403 incisos a, b, c, d y e”. Se trata de impedimentos dirimentes: (i) “cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena” [art. 575]; (ii) “parentesco en línea recta en todos los grados, cualquiera que sea el origen del vínculo” [art. 403 inciso a)]; (iii) “parentesco entre hermanos bilaterales y unilaterales, cualquiera que sea el origen del vínculo [art. 403 inciso b)]; (iv) “afinidad en línea recta en todos los grados” [art. 403 inciso c)]; (v) matrimonio anterior, mientras subsista [art. 403 inciso d)] y (vi) “haber sido condenado como autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges” [art. 403 inciso e)].

El CCC en el artículo 2622 segunda parte, mantiene la norma de policía del artículo 160 del Código Civil. El que presenta particularidades es el impedimento de ligamen, ya que nos enfrenta a la bigamia internacional como conducta fraudulenta de alguno o ambos contrayentes o el fenómeno derivado de la migración, con la aparición de distintas formas de familia, entre ellas, la islámica, los denominados “fang” [consuetudinarios, que producen plenos efectos en su país, poligámicos, que no necesitan inscripción]<sup>(23)</sup> o simplemente consensual<sup>(24)</sup>.

Dicha norma de policía impide reconocer segundos matrimonios o dos uniones convivenciales. La jurisprudencia ha sido unánime en decretar la nulidad<sup>(25)</sup> de la segunda unión

(23) ARABACA JUNCO, Ana Paloma (directora). GÓMEZ JENE, Miguel. GUZMÁN ZAPATER, Mónica. HERRANZ BALLESTEROS, Mónica. MIRALLES SANGRO, Pedro Pablo. PÉREZ VERA, Elisa. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina. Derecho Internacional Privado. Volumen II. Editorial UNED. Madrid 2010, pp.115/6.

(24) En Brasil no es una práctica extraña. Hasta en una telenovela de gran éxito [Avenida Brasil] uno de los personajes mantenía tres convivientes, hasta que por falta de recursos para mantenerlas las tres se mudaron con otro compañero que las conquistó con promesas de un mejor pasar económico, pero finalmente el amor al primero las hizo regresar sin importar los mayores recursos del tercero.

(25) CSJN, 12/11/1996, LA LEY, 1997-E, 1032; CSJN, 16/8/2005, LA LEY, 2005-E, 260; STJ Corrientes,

matrimonial o su invalidez por falta de eficacia extraterritorial <sup>(26)</sup>.

Distinto es el supuesto en que mediaba divorcio —separación por aplicación de la Ley 2393— y posterior celebración de un matrimonio extranjero en donde el “vínculo disolutorio” estaba pendiente. En esos casos, la jurisprudencia fue aplicando desde un orden público atenuando, hasta considerar que el orden jurídico argentino carece de “interés actual” en reaccionar frente a un matrimonio celebrado en el extranjero con impedimento de ligamen.

La Corte federal coincidió con la Procuradora Fiscal subrogante y declaró que “La modificación introducida por la ley 23.515 a los principios que informan la legislación matrimonial argentina, al admitir la disolución del vínculo por divorcio, permite concluir que, de acuerdo al criterio de actualidad del orden público internacional, el orden jurídico argentino carece de interés actual en reaccionar frente a un matrimonio celebrado en el extranjero con impedimento de ligamen y que es invocado en el foro en

virtud de los derechos sucesorios de la cónyuge supérstite <sup>(27)</sup>.

En síntesis, la validez de los matrimonios celebrados en el extranjero se rige por el derecho del lugar de celebración, pero su reconocimiento está condicionado por la inexistencia de impedimentos enumerados en el art. 2622 segunda parte del CCC.

### IX. Prueba del matrimonio celebrado en el extranjero

La última parte del artículo 2622 del CCC, establece que “El derecho del lugar de celebración rige la prueba de la existencia del matrimonio”. Lo regular es que el matrimonio se acredite con la inscripción del acto en algún registro o partida si se trata de una ceremonia religiosa. Sólo en el supuesto de no poder contar con esos elementos, por ejemplo, porque se hayan destruido o hayan desaparecido, se podrá recurrir a otros medios que lo acrediten y que sean admitidos por el derecho del lugar de celebración, [lex causae] ya que la celebración y la prueba se sujetan a aquél <sup>(28)</sup>.

### X. Efectos personales del matrimonio. Jurisdicción

En el Derecho nacional, por relaciones o efectos personales del matrimonio, se comprende a la asistencia recíproca entre los esposos para desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, el deber moral de fidelidad y el de alimentos entre sí durante la convivencia y la separación de hecho [cfr. arts. 431 y 432 CCC]. En otros derechos, no se incluyen obligaciones de naturaleza económica y se limitan al deber de respeto mutuo y fidelidad <sup>(29)</sup>.

(27) Corte Suprema de Justicia de la Nación, 10/04/2007. U., A. s/suc. DJ 2007-II, 247 - LA LEY 2007-D, 132, nota de Lilia María Calderón Vico de Della Savia. LA LEY 2007-F, 247, nota de Néstor E. Solari. En igual sentido: “S., J. V. s/ suc.”, 12/11/1996, LA LEY 1997-E, 1032 - CS Fallos 319:2779 - Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Internacional Privado y de la Integración - Director: Sara L. Feldstein de Cárdenas, Editorial LA LEY, 2004, 96, con nota de Sara L. Feldstein de Cárdenas.

(28) Cfr. KALLER de ORCHANSKY, Berta. De los Derechos Personales en las Relaciones de Familia, obra citada, p. 806. ARABACA JUNCO, Ana Paloma (directora). GÓMEZ JENE, Miguel. GUZMÁN ZAPATER, Mónica. HERRANZ BALLESTEROS, Mónica. MIRALLES SANGRO, Pedro Pablo. PÉREZ VERA, Elisa. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina. Derecho Internacional Privado, ob. cit., p. 135.

(29) Cfr. CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRAS-COSA GONZÁLEZ, Javier. Derecho Internacional Pri-

12/10/2006, La Ley Online. CNCiv, Sala M, 11/08/2006. C., G. A. c. G., G. M. LA LEY 2007-A, 311 - DJ 2007-I, 28 - LA LEY 24/05/2007, 5, nota de Néstor E. Solari; La Ley 2007-C, 492. SOLARI, Néstor E. Matrimonio: celebración, impedimentos y nulidades. Editorial La Ley. Buenos Aires, 2005, p. 111 y ss. VIDAL TAQUINI, Carlos H. Matrimonio civil. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1991, p. 16.

(26) CNCiv., sala B, 13/12/1957, “R., P., suc.”; La Ley, 92-520, voto del doctor Argentino G. Barraquero. CSJN, 12/05/69, “Rosa de Egea, Manuela c. Instituto Nac. de Previsión Social”, LA LEY, 135-624. CNCiv., sala F, 17/06/98, LA LEY, 1999-A-180; CNCiv., sala G, 21/09/2001, LA LEY, 2002-A, 630; CNCiv., sala H, 06/11/2003, La Ley, 2004-B, 1004; CNCiv., sala K, 15/12/95, LA LEY, 1996-B, 173 y en DJ, 1996-1-1009; CNCiv., sala K, 27/04/2000, LA LEY, 2000-D, 498; Cám. Apel. Civ. y Com. San Isidro, sala II, 240/6/2003, LLBA 2004-444. CSJN, 24/12/85, LA LEY, 1986-B, 368 y ED, 117-557. Cám. Apel. en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala II, 24/6/2003, LLBA, 2004-444 y en DJ, 2004-2-429. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Pergamino, 28/05/2009. C., A. M. c. R., O. J., DFyP 2010 (marzo), 49 con nota de Milton C. FEUILLADE. La Ley Online. ZANNONI, Eduardo A. Derecho de familia. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1998, t. 1, p. 338. BELLUSCIO, Augusto C. Manual de derecho de familia. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2006, t. 1, p. 562. PALLARÉS, Beatriz. Revista de Derecho de Familia N° 30. Dir. GROSMAN, Cecilia. Editorial Lexis Nexis, p. 107.

El CCC, en el artículo 2624 incluye una norma indirecta que reconoce al derecho del domicilio conyugal efectivo para regir las relaciones personales de los cónyuges. La ley tiene su fuente en el artículo 162 primera parte del Código Civil y la conexión es una de las admitidas en el derecho comparado. Según el sistema jurídico, varía entre la ley nacional común, como ley personal, o de la residencia habitual común.

La novedad es que el CCC excluye la conexión “última residencia” que contiene el art. 162 del Código Civil, ya que es suficientemente claro que el domicilio conyugal efectivo es el lugar donde los cónyuges conviven o han convivido juntos, por lo tanto, la ausencia de otro punto de conexión subsidiario evita la discusión o controversia sobre las relaciones personales matrimoniales<sup>(30)</sup>.

### XI. Efectos patrimoniales del matrimonio

Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges se han modificado en el CCC y se lo ha hecho por el nuevo paradigma que “admite, con limitaciones, el principio de la autonomía de la voluntad en el régimen patrimonial del matrimonio, y otorga a los contrayentes la opción de elegir entre dos regímenes de bienes: comunidad y separación de bienes”<sup>(31)</sup>. Siguiendo ese sentido, el artículo 2625 del CCC, dispone: “Las convenciones matrimoniales rigen las relaciones de los esposos respecto de los bienes. Las convenciones celebradas con anterioridad al matrimonio se rigen por el derecho del primer domicilio conyugal; las posteriores se rigen por el derecho del domicilio conyugal al momento de su celebración”.

“En defecto de convenciones matrimoniales, el régimen de bienes se rige por el derecho del primer domicilio conyugal. Todo ello, excepto en lo que, siendo de estricto carácter real, está prohibido por la ley del lugar de situación de los bienes”.

vado, obra citada, p. 136. GARCIAMARTÍN ALFÉREZ, Francisco. Derecho Internacional Privado, obra citada, p. 430. PALLARÉS, Beatriz. Matrimonio y uniones no matrimoniales. Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur, pp. 737/9.

(30) Ampliar en: RUBAJA, Nieve. Derecho Internacional Privado de Familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino, ob. cit., p. 230.

(31) Cfr. Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial.

“En el supuesto de cambio de domicilio a la República, los cónyuges pueden hacer constar en instrumento público su opción por la aplicación del derecho argentino. El ejercicio de esta facultad no debe afectar los derechos de terceros”.

Las fuentes que se han tenido en cuenta para esta norma indirecta, es el art. 163 primer párrafo del Código Civil, el artículo 16 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940<sup>(32)</sup> y el artículo 109 del Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, Argentina, de 2003<sup>(33)</sup>.

La perspectiva de la ley, es que los futuros esposos puedan ajustar sus relaciones económicas mediante convenciones matrimoniales y lo realicen con autonomía material o conflictual de elección de la ley estatal aplicable.

Ahora bien, esos pactos sólo serán válidos si son admitidos:

(a) en el derecho del primer domicilio conyugal, y

(b) en el supuesto de inmuebles o muebles registrables, en tanto no estén prohibidos por la ley del lugar de situación de los bienes<sup>(34)</sup>.

Es decir, existe un mecanismo legal de flexibilización, pero limitado a la aceptación de la ley

(32) El Tratado de Montevideo 1940, en su artículo 16 establece que “Las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos con respecto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de la situación de los bienes”.

(33) Artículo 109. Régimen de bienes. El régimen de bienes en el matrimonio se rige por las convenciones matrimoniales. Las convenciones y sus modificaciones anteriores al matrimonio y lo que en ellas no hubiera sido previsto se rigen por el derecho del lugar donde fueron celebradas. Las convenciones posteriores al matrimonio y lo que en ellas no hubiera sido previsto se rigen por el derecho del domicilio conyugal al momento de su celebración. En defecto de convenciones matrimoniales, el régimen de bienes se rige por el derecho del primer domicilio conyugal. En el supuesto de cambio de domicilio a la República los cónyuges podrán hacer constar en instrumento público su opción por la aplicación del derecho argentino. El ejercicio de esta facultad no afectará los derechos de terceros.

(34) Ampliar en: DREYZIN de KLOR, Adriana. SARACHO CORNET, Teresita. Las convenciones matrimoniales en el derecho internacional privado - Un importante precedente jurisprudencial. LA LEY 1998-C, 1125.

personal común y la real de situación de los bienes<sup>(35)</sup>. Lo relevante para el derecho internacional privado argentino es que la norma permite la elección del ámbito material y del conflictual.

Ahora bien, en el supuesto que no se ejerza la autonomía convencional, el régimen económico se regula por el derecho del primer domicilio conyugal, que es la solución actual contemplada en el artículo 163 Código Civil, cuyo ordenamiento jurídico decidirá la calificación del patrimonio conyugal; por ejemplo, el carácter ganancial o personal<sup>(36)</sup>.

Finalmente, se contempla la mutabilidad del derecho al régimen de bienes, lo que alude a la posibilidad de cambiar la ley aplicable<sup>(37)</sup>. La condición o presupuesto de validez es que el matrimonio con domicilio o residencia habitual en el extranjero realice un cambio de domicilio a la República. En esos supuestos se requiere que se lo materialice por medio de un instrumento público, ya que no opera automáticamente, pues se trata de una opción, un derecho potestativo de los cónyuges, que pueden o no optar por la aplicación del derecho argentino.

Esa facultad no debe afectar los derechos de terceros, y la forma requerida es para brindar seguridad jurídica y autenticidad ante las eventuales convenciones matrimoniales que pudieron haber celebrado en el extranjero.

## **XII. Acciones para disolución del matrimonio**

Las crisis matrimoniales se resuelven por la declaración de nulidad o divorcio. La primera se refiere a los vicios en la celebración, de lo cual la nulidad es su efecto. El divorcio se origina en la ausencia de un proyecto de vida en común o en dificultades que ponen fin a la convivencia.

(35) Es la directiva tradicional de Argentina. El artículo 10 del Código Civil es un ejemplo de ello. Puede consultarse en derecho judicial: Cám. Apelaciones en lo Civil y Comercial de Pergamino, 7/12/2012, G., H. A.. APBA 2013-5-681; RDF 2013-III-83; APBA 2013-8-1019.

(36) KALLER de ORCHANSKY, Berta. De los Derechos Personales en las Relaciones de Familia, obra citada, pp. 81/2. RUBAJA, Nieve. Derecho Internacional Privado de Familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino, ob. cit., pp. 271/9. PALLARÉS, Beatriz. Efectos patrimoniales del matrimonio. Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur, pp. 769/774.

(37) PALLARÉS, Beatriz. Efectos patrimoniales del matrimonio. Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur, p. 773.

En esas situaciones, el CCC establece la competencia judicial internacional y el derecho aplicable para la disolución del matrimonio. La jurisdicción es regulada en el artículo 2621 que dispone: "Las acciones de validez, nulidad y disolución del matrimonio, así como las referentes a los efectos del matrimonio, deben interponerse ante los jueces del último domicilio conyugal efectivo o ante el domicilio del cónyuge demandado".

"Se entiende por domicilio conyugal efectivo el lugar de efectiva e indiscutida convivencia de los cónyuges".

La norma mantiene el derecho judicial del caso "Vlasof", fallado por la Corte federal<sup>(38)</sup>. La solución adoptada estableció como doctrina "que son competentes para conocer en el juicio de divorcio los jueces del último domicilio conyugal anterior a la separación de los esposos. Se trata del último lugar de efectiva convivencia indiscutida de los cónyuges, sin que importe a los fines de la competencia, la calificación de su separación y, menos aún, la oportunidad en que sobrevino a ella el quebrantamiento definitivo de la armonía conyugal" [tesis diferencial del domicilio]. A esa conexión, se agrega la del domicilio del demandado que es una directiva común en todas las legislaciones y que más protege y garantiza la defensa en juicio de la persona y sus derechos.

Las fuentes inspiradoras fueron los artículos 227 y 162 del Código Civil; artículo 35 del Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, año 2003 y el artículo 8 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940.

## **XIII. Derecho aplicable para la disolución del matrimonio**

El CCC ha conservado la norma indirecta del último domicilio conyugal como elemento para determinar el derecho aplicable, ya contemplado en el artículo 164 del Código Civil y previsto en el artículo 111 del Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado del año 2003.

(38) C. de V., E. c. V., A, sentencia del 25/03/1960, en La Ley 98-287, anotado por Werner Goldschmidt bajo el título: La Jurisdicción Internacional Argentina en materia matrimonial y las Naciones Unidas. Esa doctrina judicial se ha mantenido en: Cano, Antonio F. - Corte Suprema de Justicia de la Nación - 2002-02-12 - Fallos: 325:157.

En efecto, el artículo 2626 dice: “Divorcio y otras causales de disolución del matrimonio. El divorcio y las otras causales de disolución del matrimonio se rigen por el derecho del último domicilio de los cónyuges”.

Esa ley regulará los presupuestos para la nulidad o divorcio y sus efectos sobre el vínculo; pero también, la disolución tiene efectos sobre otras relaciones que gozan de conexión autónoma<sup>(39)</sup>. Por ejemplo, la responsabilidad parental, que por el cese de convivencia corresponde se disponga a cargo de quién estará su ejercicio [artículo 641 inciso b)]. Todo lo atinente a la responsabilidad parental es regulado por el derecho de la residencia habitual del hijo al momento del conflicto entre los padres, que seguramente coincide con el último domicilio de convivencia efectiva e indiscutida de éstos. De igual modo con respecto a la liquidación del patrimonio del matrimonio, que se hará de conformidad a la convención matrimonial o ante la falta de acuerdo, por el derecho del primer domicilio conyugal [artículo 2625 CCC]. Finalmente, también será el derecho aplicable para las cargas de la comunidad, obligaciones personales, recompensas y alimentos [artículos 2624, 2625 y 2630 última parte del CCC.

#### **XIV. Uniones convivenciales. Jurisdicción**

A partir del Capítulo 3 de la parte especial, Sección Tercera<sup>(40)</sup>, el CCC presenta la novedad que en cada institución reglamentada trata en primer lugar la jurisdicción internacional y luego el derecho aplicable<sup>(41)</sup>. El método seguido tiene por finalidad simplificar al operador jurídico la

(39) Cfr. GARCIA MARTÍN ALFÉREZ, Francisco. *Derecho Internacional Privado*, obra citada, p. 436.

(40) Las normas de derecho internacional privado están contenidas en el LIBRO SEXTO. Disposiciones comunes a los Derechos Personales y Reales - Título IV - que contiene Capítulo 1: Disposiciones generales - Capítulo 2: Jurisdicción internacional y Capítulo 3 Parte especial, que está dividida en 16 Secciones.

(41) Determinar la jurisdicción internacional, es un problema previo a precisar el Derecho aplicable que reglamentará la situación privada internacional [CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Derecho Internacional Privado*. Editorial Comares, Granada, 2005, sexta edición, p. 46]. En forma previa debe saberse qué Estado tiene aptitud para juzgar esos casos, luego, establecer la competencia interna, porque cada Estado organiza la administración de justicia de diferentes modos [por la materia, grado, territorio, calidad de las personas, valor del juicio, etcétera]. El juez

búsqueda de las normas aplicables a la situación privada internacional regulada<sup>(42)</sup>.

El artículo 2627, dispone que “Las acciones que surjan como consecuencia de la unión convivencial deben presentarse ante el juez del domicilio efectivo común de las personas que la constituyen o del domicilio o residencia habitual del demandado”.

La solución es igual que para el resto de las cuestiones sobre las relaciones de familia, lo que no puede ser de otro modo ya que el CCC incorpora el “afecto” como elemento fundador e integrante de “familias”. Como lo enseña Aída Kemelmajer de Carlucci, “existe un derecho a no contraer matrimonio; o sea, al lado de la libertad positiva (casarse) se ubica la libertad negativa, de manera que contraer matrimonio no es un deber u obligación. La libertad matrimonial exige que ninguna persona deba asumir el estado civil de casado ni las radicales consecuencias jurídicas, personales y patrimoniales que éste conlleva contra su voluntad. En otras palabras, el ordenamiento no puede imponer a los particulares la celebración de un matrimonio, del mismo modo que no puede prohibirlo”<sup>(43)</sup>.

Entonces, el CCC dispone un foro especial, que es el “domicilio efectivo común de las personas que la constituyen o del domicilio o residencia habitual quedel demandado”; este último, es un concepto fáctico que indica el lugar donde se localiza en “el que vive y establece vínculos durables por un tiempo prolongado” [cfr. artículo 2613 inciso b) CCC].

#### **XV. Uniones convivenciales. Derecho aplicable**

El CCC incorpora una norma de conflicto sobre el derecho aplicable en las uniones convi-

establecido, es quien declarará el derecho internacional privado que regulará la situación privada internacional.

(42) El método tiene su fuente en la “Ley Federal sobre Derecho Internacional Privado” de Suiza, del 18 de diciembre de 1987.

(43) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída. Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014. LA LEY 2014-E, 1267. En igual sentido: ARABACA JUNCO, Ana Paloma (directora). GÓMEZ JENE, Miguel. GUZMÁN ZAPATER, Mónica. HERRANZ BALLESTEROS, Mónica. MIRALLES SANGRO, Pedro Pablo. PÉREZ VERA, Elisa. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina. *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., p. 112.

venciales. Se trata de una protección especial, porque tal como lo precisan sus fundamentos “la familia con base en el matrimonio heterosexual clásica debe compartir el espacio con otros núcleos sociales que también constituyen familias, como por ejemplo, las fundadas a partir de una unión convivencial, las que se generan tras la ruptura de una unión anterior, habiendo o no hijos (conformación familiar que se conoce en doctrina —y en menor medida, en la jurisprudencia— como “familia ensamblada”).”

El legislador no desconoce en la regulación que realiza en el CCC, que deben conjugarse y contemplarse la pluralidad de concepciones de familia en el ámbito del derecho comparado. Cada Estado mantiene diferencias en “las dos formas de organización familiar (la matrimonial y la convivencial)”.

Por esa razón, el artículo 2628 sujeta el Derecho aplicable “por el derecho del Estado en donde se pretenda hacer valer”. Ese derecho designado rige la capacidad de las personas para constituir, la necesidad o no de forma, su eventual inscripción, la existencia, tiempo de convivencia y los efectos de esas uniones.

Como categoría autónoma [la unión convivencial] reconoce soluciones divergentes y que el sistema jurídico rector donde se haga valer la pretensión brinde la solución o el alcance del efecto jurídico del instituto.

La fuente inspiradora fue el artículo 3090, numerales 1 y 2 del Código Civil de Quebec y el artículo 27.2 del Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado de la República Orienta de Uruguay.

#### **XVI. Alimentos. Jurisdicción**

María Elsa Uzal, enseña que se ha seguido la tendencia más moderna de dar a la obligación alimentaria la jerarquía de una categoría autónoma, que encuentra su fundamento en el derecho de la persona humana a la satisfacción de las necesidades más elementales<sup>(44)</sup>. Esas directivas surgen claramente con respecto a la jurisdicción internacional, ya que el CCC en su regulación, amplía conexiones más allá de las tradicionales relacionadas con la filiación y el matrimonio; puede sostenerse que se contempla una amplia

(44) UZAL, María Elsa. Breve Panorama de la Reforma del Derecho Internacional Privado, ob. cit., p. 1243.

pluralidad de opciones en favor del acreedor alimentario<sup>(45)</sup>.

En tal sentido el artículo 2629 del CCC, establece “Las acciones sobre la prestación alimentaria deben interponerse, a elección de quien la requiera, ante los jueces de su domicilio, de su residencia habitual, o ante los del domicilio o residencia habitual del demandado. Además, si fuese razonable según las circunstancias del caso, pueden interponerse ante los jueces del lugar donde el demandado tenga bienes”.

“Las acciones de alimentos entre cónyuges o convivientes deben deducirse ante el juez del último domicilio conyugal o convivencial, ante el domicilio o residencia habitual del demandado, o ante el juez que haya entendido en la disolución del vínculo”.

“Si se hubiere celebrado un convenio, a opción del actor, las acciones pueden también interponerse ante el juez del lugar de cumplimiento de la obligación o el del lugar de la celebración de dicho convenio si coincide con la residencia del demandado”.

En concreto, es un régimen amplio con cinco foros de competencia [incluyendo el foro del patrimonio] con respecto a filiación y cuatro foros en acciones de alimentos entre cónyuges o convivientes; todos ellos con la finalidad de favorecer al acceso a una tutela efectiva de justicia.

Las Fuentes inspiradoras fueron el artículo 228 del Código Civil, el artículo 8 de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias (CIDIP IV)<sup>(46)</sup>, OEA y el artículo 31 del Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, año 2003.

#### **XVII. Alimentos. Derecho aplicable**

La obligación alimentaria se aplica a todo paradigma de relaciones de familia: parentesco, matrimonio, afinidad, unión convivencial y en general a las nuevas formas familiares<sup>(47)</sup>. Comprende presta-

(45) RUBAJA, Nieve. Derecho Internacional Privado de Familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino, ob. cit., p. 538, enseña que la obligación alimentaria es una categoría independiente de la relación jurídica generante [...] desvinculada del resto de las categorías del derecho de familia.

(46) Nos vincula con: Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

(47) LAMM, Eleonora y MOLINA de JUAN, Mariel F. Alimentos en las nuevas formas familiares. Alimentos.

ciones para satisfacer necesidades socio económicas del sujeto a partir de una relación de familia <sup>(48)</sup>.

El CCC en el artículo 2630, como norma indirecta, dispone: “El derecho a alimentos se rige por el derecho del domicilio del acreedor o del deudor alimentario, el que a juicio de la autoridad competente resulte más favorable al interés del acreedor alimentario”.

“Los acuerdos alimentarios se rigen, a elección de las partes, por el derecho del domicilio o de la residencia habitual de cualquiera de ellas al tiempo de la celebración del acuerdo. En su defecto, se aplica la ley que rige el derecho a alimentos”.

“El derecho a alimentos entre cónyuges o convivientes se rige por el derecho del último domicilio conyugal, de la última convivencia efectiva o del país cuyo derecho es aplicable a la disolución o nulidad del vínculo”.

La existencia de una relación de familia, es una cuestión previa que queda sometida al derecho internacional privado de cada Estado, salvo los casos en que los sujetos celebraran un convenio de obligación alimentaria. En ese caso no se requiere calificar el vínculo toda vez que la relación surge producto del ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Como Fuentes inspiradoras, se encuentran el artículo 6 de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias (CIDIP IV), OEA; artículo 75 del Código de Derecho Internacional Privado, Bélgica; artículo 18 del Acta Introductoria del Código Civil Alemán, año 2009; Libro X, art.3096 del Código Civil de Quebec y artículo 29 del Proyecto de Ley Modelo de Derecho Internacional Privado de México.

### **XVIII. Filiación**

El CCC equipara las filiaciones y afirma su relación estrecha con los Derechos humanos <sup>(49)</sup>. El artículo 558 CCC da prueba de ese aserto ya

que ordena por igual a la filiación por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida o adopción. Todas ellas surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones del Código <sup>(50)</sup>.

Esta institución carecía en el Código de Vélez Sarsfield normas de derecho internacional privado, aplicándose por analogía las disposiciones de los artículos 20 a 22 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo, pero sólo con relación a la filiación biológica. En el sistema actual, en cambio, se abordan con normas indirectas de derecho internacional privado las dos especies de filiación, saldando la laguna legal de fuente interna.

### **XIX. Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida. Jurisdicción**

El artículo 2631 del CCC, fija la competencia internacional: “las acciones relativas a la determinación e impugnación de la filiación deben interponerse, a elección del actor, ante los jueces del domicilio de quien reclama el emplazamiento filial o ante los jueces del domicilio del progenitor o pretendido progenitor”.

“En caso de reconocimiento son competentes los jueces del domicilio de la persona que efectúa el reconocimiento, los del domicilio del hijo o los del lugar de su nacimiento”.

La competencia internacional comprende la denominada dimensión activa como dimensión negativa. Es decir, para afirmar o negar una situación de paternidad, cualquiera sea su fundamento material <sup>(51)</sup>. Los foros contemplados son amplios [jueces del domicilio de los involucrados y, para reconocimiento, también los del nacimiento del niño]. La conexión domicilio del progenitor o pretendido progenitor, no excluye a la residencia habitual del sujeto [art. 2608 CCC] ya que por tratarse de una acción personal funciona como foro alternativo, para alcanzar soluciones flexibles y con el fin de dotar de mayor protección de los de-

Adiá KEMELMAJER de CARLUCCI y MOLINA de JUAN, Mariel F. (Directoras). Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, pp. 347/389.

(48) GARCIAMARTÍN ALFÉREZ, Francisco. Derecho Internacional Privado, obra citada, p. 452.

(49) Ampliar en: FAMÁ, María Victoria. La Filiación. Régimen Constitucional, Civil y Procesal. Editorial AbeledoPerrot. Buenos Aires, 2009, p.7/12. También, ver desarrollo principio pro homine como elemento nuclear de los Derechos fundamentales, en: LLOVERAS, Nora y SALOMON, Marcelo. El Derecho desde Familia. Desde

la Constitución Nacional. Editorial Universidad. Buenos Aires, 2009, pp. 137/148.

(50) En esta materia se recibió la colaboración y participación de las Dras. Cecilia Grossman, Marisa Herrera, Eleonora Lamm y Nelly Minyersky en la elaboración de proyectos de artículos y sugerencias elevados a la Comisión de Reformas.

(51) GARCIA MARTÍN ALFÉREZ, Francisco. Derecho Internacional Privado, obra citada, p. 138.

rechos fundamentales del hijo.

La fuente inspiradora fue el artículo 37 del Proyecto Código de Derecho Internacional Privado, Argentina, año 2003.

## **XX. Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida. Derecho aplicable**

El derecho aplicable a la filiación está regulado por dos normas especiales. La norma indirecta del artículo 2632 que contempla las filiaciones producidas durante el matrimonio y el artículo 2633 referida a la filiación sin matrimonio. La primera de ellas dispone: “El establecimiento y la impugnación de la filiación se rigen por el derecho del domicilio del hijo al tiempo de su nacimiento o por el derecho del domicilio del progenitor o pretendido progenitor de que se trate al tiempo del nacimiento del hijo o por el derecho del lugar de celebración del matrimonio, el que tenga soluciones más satisfactorias a los derechos fundamentales del hijo”.

“El derecho aplicable en razón de esta norma determina la legitimación activa y pasiva para el ejercicio de las acciones, el plazo para interponer la demanda, así como los requisitos y efectos de la posesión de estado”.

La segunda está contenida en el artículo 2633 y dice: “Las condiciones del reconocimiento se rigen por el derecho del domicilio del hijo al momento del nacimiento o al tiempo del acto o por el derecho del domicilio del autor del reconocimiento al momento del acto”.

“La capacidad del autor del reconocimiento se rige por el derecho de su domicilio”.

“La forma del reconocimiento se rige por el derecho del lugar del acto o por el derecho que lo rige en cuanto al fondo”.

La particularidad de las disposiciones, es que ordenan analíticamente cada reconocimiento o impugnación, su derecho aplicable, la capacidad para el ejercicio del autor del acto y su forma. La conveniencia del método [bajo el principio del favor filii] surge si se repara que el fin tuitivo de la norma es proteger el derecho a la identidad de un menor de edad que carece de un emplazamiento filial verdadero, o le es inexistente. Por lo tanto, mayores conexiones persiguen evitar que se discrimine al niño. Elegir el derecho del niño en diversos momentos de tiempo, evitan el problema del conflicto móvil de la ley aplicable ya

que será al momento del nacimiento o del acto. Es decir, a lo largo de la vida del niño siempre podrá invocarse el derecho que le sea más favorable.

La capacidad se regula por la ley del domicilio del autor del reconocimiento [artículo 2616 del CCC] y en la forma del acto, no se distingue entre el derecho que lo impone y el derecho que lo reglamenta. Una vez más se aprecia la flexibilidad en soluciones en pos del derecho a la identidad del infante.

La Fuente inspiradora, surge del artículo 35 de la Ley Italiana de Derecho Internacional Privado, 1995<sup>(52)</sup>.

## **XXI. Reconocimiento de emplazamiento filial constituido en el extranjero**

El artículo 2634 del CCC contempla el emplazamiento filial producido en el extranjero. Son supuestos especiales, generalmente niños nacidos por gestación por sustitución, donde debe aplicarse el principio del interés superior del niño, interpretado como máxima satisfacción de goce de derechos humanos en favor de la infancia.

La norma indirecta [art. 2.634] expresa: “Todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño”.

“Los principios que regulan las normas sobre filiación por técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público y deben ser ponderados por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. En todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño”.

La directiva es que todo emplazamiento cons-

(52) Dispone el artículo 35: 1. Las condiciones para el reconocimiento del hijo natural se rigen por la ley nacional del hijo al momento del nacimiento o, si ello es más favorable, por la ley nacional del autor del reconocimiento al momento en que éste acontece. 2.- La capacidad del padre que hace el reconocimiento se rige por su ley nacional. 3.- La forma del reconocimiento se rige por la ley del Estado en el cual éste se realiza, o por la ley que rige el fondo del asunto.

tituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios de orden público argentino. En tal caso, el certificado registral de nacimiento que da cuenta de una filiación en favor de una pareja heterosexual o de dos progenitores del mismo sexo, no ofende ni conculca el orden público argentino ya que prevalece el interés superior del niño. Es indudable que el interés en favor de la infancia es inscribir la filiación para dotarlo de una familia<sup>(53)</sup>.

El CCC innova en esta institución, pues hasta la fecha no existía regulación legal, tan sólo algunas decisiones jurisprudenciales que amparan al niño. Como lo enseña la mejor doctrina "...de conformidad con los estudios analizados, se puede afirmar que la gestación por sustitución no conculca ni viola el principio del mejor interés del niño; por el contrario, lo satisface. Las investigaciones empíricas referidas arrojan resultados positivos en la interacción entre padres y niños nacidos por gestación por sustitución en los primeros años de vida. Una posible explicación es que los niños nacidos como resultado de la gestación por sustitución son extremadamente queridos y, consecuentemente, son criados por padres muy comprometidos y amorosos"<sup>(54)</sup>.

(53) Ver: CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRAS-COSA GONZÁLEZ, Javier. *Derecho Internacional Privado*, obra citada, pp. 286/7. Los autores citan numerosa jurisprudencia al respecto de España; California y New York, USA; Francia, etc.

(54) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída. LAMM, Eleonora. HERRERA, Marisa. *Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional*. LA LEY 2013-D, 195. Fallo comentado: Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil Nro. 86, 2013-06-18. N.N. o DGMB M s/ inscripción de nacimiento. Consultar además de mismas autoras: *Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional*. LA LEY 2013-D, 195 [Juzgado de Familia de Gualeguay, 19/11/2013. B.M.A. c. F.C.C.R. s/ ordinario. LLLitoral 2014 (abril), 324]. HERRERA, Marisa - LAMMM, Eleonora. Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar. LA LEY 2014-D, 1165. BERGER, Sabrina M. *Maternidad subrogada: fallo argentino a favor*. DFyP 2013 (noviembre), 86. BASSET, Úrsula Cristina - SALAVERRI, Milagros. *Maternidad subrogada en el extranjero: el derecho y la filiación de un niño*. DFyP 2014 (julio), 97. Tribunal Supremo de España, sala de lo Civil, pleno, 06/02/2014. D. Ramón y D. César c. Administración General del Estado. LA LEY 23/04/2014, 4. El Tribunal declaró que: "La decisión de la autoridad registral de California - Estados Unidos al

En suma: debe optarse por el criterio de mayores derechos al niño y, cuando el emplazamiento filial, fue constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República, ya que el derecho a la vida familiar satisface los principios de orden público argentino.

## XXII. Adopción. Jurisdicción

La profesora María Susana Najurieta<sup>(55)</sup>, enseña que cuando los domicilios o residencias del adoptante y adoptado se encuentran en diferentes países al tiempo de la adopción y ésta se otorga en el extranjero, o cuando es otorgada en un país para luego desplazar al adoptado al extranjero estamos ante adopción internacional o sencillamente extranjera.

Este instituto de importancia social e individual para niños en situación de adaptabilidad, estaba contemplado de manera insuficiente en la ley. Para subsanar esa situación, en materia de jurisdicción, el CCC innova pues en el Derecho interno no se encuentran normas de competencia internacional con respecto a la adopción. Tampoco en el ámbito convencional ya que el convenio del MERCOSUR concerniente a jurisdicción internacional de protección de menores de edad (Resolución 5/2004 de Ministros de Justicia y 6/2004 para Ecuador y Chile) excluye expresamente a la adopción de su ámbito, por lo tanto antes del CCC se carecen de normas especiales de competencia internacional.

El artículo 2635 hace cesar esa laguna normativa y en tal sentido ordena: "En caso de niños con domicilio en la República, los jueces argenti-

atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho Estado es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, y de la filiación, inspiradas en valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia".

(55) NAJURIETA, María Susana. *La adopción en Derecho Internacional Privado*. Prudentia Juris XIV, diciembre 1988. Rev. de la Facultad. de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Argentina. Ídem: *Academia Nacional de Derecho*. Córdoba. Premio sobresaliente año 2004. Coordinación de Ordenamientos Jurídicos en materia de Adopción Internacional. Una mirada sobre la adopción internacional. *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de DyJ, Familia y Derecho Internacional Privado*. Directora: Cecilia GROSMAN. LexisNexis, nro. 30, marzo-abril 2005, p. 79.

nos son exclusivamente competentes para la decisión de la guarda con fines de adopción y para el otorgamiento de una adopción”.

“Para la anulación o revocación de una adopción son competentes los jueces del lugar del otorgamiento o los del domicilio del adoptado”.

Esa norma es unilateral <sup>(56)</sup>, ya que sólo indica cuando el juez argentino tiene competencia y además determina una jurisdicción exclusiva <sup>(57)</sup>. Al tratarse la adopción de un proceso de fuerte contenido de orden público no se tiene en consideración foros personales [domicilio o residencia habitual o autonomía de la voluntad]. En cambio, para anular o revocar una adopción se sigue un criterio flexible, tal como lo contempla el artículo 16 de la Convención Interamericana Sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores (CIDIP III), OEA, que expresa: “Serán competentes para decidir sobre anulación o revocación de la adopción los jueces del Estado de la residencia habitual del adoptado al momento del otorgamiento de la adopción...”

### XXIII. Adopción. Derecho aplicable

El CCC en el artículo 2636 dispone que “Los requisitos y efectos de la adopción se rigen por el derecho del domicilio del adoptado al tiempo de otorgarse la adopción”. “La anulación o revocación de la adopción se rige por el derecho de su otorgamiento o por el derecho del domicilio del adoptado”.

La norma indirecta tiene fuente en el artículo 339 del Código Civil y artículo 14 de la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores (CIDIP III), OEA. La redacción está mejorada con respecto al artículo 339 ya que se limita a establecer “requisitos y efectos” de la adopción, excluyendo la terminología de “condiciones de validez”<sup>(58)</sup>, ya

que lo importante es quiénes pueden adoptar [matrimonios, solteros, uniones convivenciales, edad de adoptante y adoptado, etcétera] y la forma que debe revestir el acto [judicial, instrumento público]. Entonces más que condiciones de validez se trata de requisitos. Los efectos, se vinculan con el alcance del vínculo, como un simple acogimiento de quien adopta al niño o con la finalidad de constituir una filiación plena y generar iguales vínculos que una filiación por naturaleza <sup>(59)</sup>.

Otro aspecto esencial refiere al reconocimiento de la adopción constituida en el extranjero. Así el artículo 2637, expresa: “Una adopción constituida en el extranjero debe ser reconocida en la República cuando haya sido otorgada por los jueces del país del domicilio del adoptado al tiempo de su otorgamiento. También se deben reconocer adopciones conferidas en el país del domicilio del adoptante cuando esa adopción sea susceptible de ser reconocida en el país del domicilio del adoptado”.

“A los efectos del control del orden público se tiene en cuenta el interés superior del niño y los vínculos estrechos del caso con la República”.

La regla en análisis [norma indirecta] contiene una cláusula de escape, ya que permite reconocer adopciones conferidas en el país del domicilio del adoptante cuando esa adopción sea susceptible de ser reconocida en el país del domicilio del adoptado. La finalidad de regular con otro derecho distinto que el del adoptado, es para favorecer al niño y buscar la posibilidad de no entorpecerle el derecho fundamental a la vida familiar. Los Estados tienen la obligación de reconocer adopciones constituidas en el extranjero, salvo que se advierta que se está en presencia de tráfico de menores de edad o supuestos de explotación o violaciones al interés superior del niño.

Nieves Rubaja enseña: “En definitiva, de

(56) Puede consultarse la mejor obra en esta materia: NAJURIETA, María Susana. Academia Nacional de Derecho. Córdoba. Premio sobresaliente año 2004. Coordinación de Ordenamientos Jurídicos en materia de Adopción Internacional. Primera Parte p.153.

(57) La totalidad de países de América Latina y la mayoría de los europeos, establecen jurisdicción exclusiva para conferir la adopción de niños de residencia habitual en un Estado. Ver: LIMA MÁRQUES, Claudia. Filiación en obra colectiva: Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur, obra citada, p. 683.

(58) Cfr. GOLDSCHMIDT, Werner. Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia.

Editorial AbeledoPerrot. Décima edición actualidad por Alicia M. PERUGINI ZANETTI, obra citada, p. 535. WEIMBERG. Inés. Derecho Internacional Privado. LexisNexis, Buenos Aires, 2004, p. 185 [los denomina requisitos de fondo]. RAPALLINI, Liliana Etel. La niñez en el Derecho Internacional Privado. Editorial Lex, La Plata, 2004, pp. 75/6.

(59) Ver: HERRERA; Marisa. El Derecho a la identidad en la adopción. Editorial Universidad. Buenos Aires, 2008.

plantearse este supuesto ante un juez argentino, éste tendrá como interés prioritario restablecer el vínculo familiar de origen afectado por la comisión de ese hecho ilícito. Para ello deberá analizar las particularidades de cada caso, el otorgamiento de los consentimientos necesarios y el estado de adoptabilidad del niño, niña o adolescente de que se trate, evaluando siempre su interés superior, intentando así hacer efectivos sus derechos fundamentales”<sup>(60)</sup>.

La adopción constituida en el extranjero, según el artículo 2638 podrá ser convertida en adopción plena cumplimentado ciertos requisitos. Se trata de una norma material [directa] y expresa: “La adopción otorgada en el extranjero de conformidad con la ley del domicilio del adoptado puede ser transformada en adopción plena si:

a) se reúnen los requisitos establecidos por el derecho argentino para la adopción plena;

b) prestan su consentimiento adoptante y adoptado. Si éste es persona menor de edad debe intervenir el Ministerio Público.

En todos los casos, el juez debe apreciar la conveniencia de mantener el vínculo jurídico con la familia de origen”.

La fuente inspiradora de la regla, es el artículo 340 del Código Civil y 27 de la Convención sobre protección de niños y cooperación en materia de adopción internacional, La Haya, 1993. Esa regla internacional establece: 1. Si una adopción realizada en el Estado de origen no tiene por efecto la ruptura del vínculo de filiación preexistente, en el Estado de recepción que reconozca la adopción conforme al Convenio dicha adopción podrá ser convertida en un adopción que produzca tal efecto, si a) la ley del Estado de recepción lo permite; y b) los consentimientos exigidos en el artículo 4, apartados c) y d), han sido o son otorgados para tal adopción”.

Finalmente, el CCC incorpora una disposición, en materia de cooperación internacional que es fundamental para que la persona domiciliada en el país pueda requerir el certificado de idoneidad. Se trata del instrumento donde se considere apto para adoptar al solicitante. Los

(60) RUBAJA, Nieves. Adopción internacional. Los procesos de adopción con elementos extranjeros.

requisitos para su emisión implican acreditar entrevistas psicológicas, socio-ambientales y ausencia de antecedentes penales.

Esther Gómez Campelo, define la idoneidad como “la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la patria potestad a fin de poder subvenir a las necesidades de los niños adoptados, y para asumir consecuencias y responsabilidades que conllevan la adopción internacional”<sup>(61)</sup>.

En países como la Argentina, que no integran el Convenio de La Haya, el certificado de idoneidad es un requisito de forma y de fondo, ya que en el extranjero será la base para evaluar las aptitudes o cualidades personales de adoptante. Este documento corresponde sea extendido por el Poder Judicial previa información sumaria, donde se acredite el informe psicosocial de los solicitantes de adopción <sup>(62)</sup>.

En el CCC, el certificado puede ser obtenido por una norma de cooperación internacional [material o directa]. En efecto, ordena el artículo 2611: “Sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, los jueces argentinos deben brindar amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial y laboral”<sup>(63)</sup>.

Esa disposición, cumplimenta un principio de derecho internacional referido al compromiso de los Estado a prestarse asistencia mutua y cooperación jurisdiccional.

#### **XXIV. Responsabilidad parental e instituciones de protección**

El CCC, también contiene disposiciones de responsabilidad parental. El artículo 2639 dice: “Todo lo atinente a la responsabilidad parental se rige por el derecho de la residencia habitual del hijo al momento en que se suscita el conflicto. No obstante, en la medida en que el interés superior del niño lo requiera se puede tomar en consideración el derecho de otro Estado con el

(61) GÓMEZ CAMPELO, Esther. Familia y Derecho., La Ley 54/2007 de adopción internacional: Un texto para el debate, obra citada, p. 49.

(62) PANCHON IGLESIAS, Carme y HERAS TRIAS, Pilar. Adopciones sin recetas. Editorial Grqao. Barcelona 2009, p. 127.

(63) Fuente: Protocolo de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa, Las Leñas, art.1.

cual la situación tenga vínculos relevantes.

La ley de residencia habitual del niño es la regla general que sigue el derecho comparado. El CCC la observa y específicamente la tuvo en cuenta. En efecto, sigue esa conexión de conformidad a los artículos 35.1., de la Ley de Derecho Internacional Privado de Bélgica y artículos 5 y 15 de la Convención relativa a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y de cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, La Haya, 1996. La residencia habitual como derecho regulador, incluye la competencia judicial como administrativa; ya que la vida cotidiana del niño transcurre donde habita. Como lo enseña María Elsa Uzal “aparece clara la preferencia por la elección de un derecho estrechamente relacionado con la facticidad propia del supuesto captado”<sup>(64)</sup>.

Ahora bien, el CCC flexibiliza el derecho aplicable a favor del derecho de otro Estado si presenta vínculos relevantes y son más protectores para la infancia. Es decir, en la medida que la protección de la persona o de los bienes del niño lo requiera, pueden excepcionalmente aplicar o tomar en consideración otra ley de otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho <sup>(65)</sup>.

El artículo 2597 del CCC, prevé esa situación y la denomina “cláusula de excepción”. Dicha norma expresa: “Excepcionalmente, el derecho designado por una norma de conflicto no debe ser aplicado cuando, en razón del conjunto de las circunstancias de hecho del caso, resulta manifiesto que la situación tiene lazos poco relevantes con ese derecho y, en cambio, presenta vínculos muy estrechos con el derecho de otro Estado, cuya aplicación resulta previsible y bajo cuyas reglas la relación se ha establecido válidamente”.

“Esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso”.

También el CCC regula la situación de aquellos sujetos que no están protegidos por responsabilidad parental y que necesitan de protec-

ción. Lo hace en el 2640 y menciona: “La tutela, curatela y demás instituciones de protección de la persona incapaz o con capacidad restringida, se rigen por el derecho del domicilio de la persona de cuya protección se trate al momento de los hechos que den lugar a la determinación del tutor o curador”.

“Otros institutos de protección de niños y adolescentes regularmente constituidos según el derecho extranjero aplicable, son reconocidos y despliegan sus efectos en el país, siempre que sean compatibles con los derechos fundamentales del niño”<sup>(66)</sup>.

La conexión domicilio no es única ya que ante su falta se debe someter al derecho de la residencia habitual. Lo que ocurre es que se trata de supuestos donde el sujeto ya tenía establecido un domicilio pues la vulnerabilidad le aparece por pérdida de sus progenitores o salud mental y social. Entonces para evitar que un posterior desplazamiento lo excluya del derecho del lugar donde tiene establecida y registrada su residencia, la conexión principal es la del domicilio.

Finalmente, el CCC contempla situaciones de necesidad de la persona vulnerable y, lo hace en el artículo 2641 que dice: “La autoridad competente debe aplicar su derecho interno para adoptar las medidas urgentes de protección que resulten necesarias respecto de las personas menores de edad o mayores incapaces o con capacidad restringida, o de sus bienes, cuando se encuentren en su territorio, sin perjuicio de la obligación de poner el hecho en conocimiento del Ministerio Público y, en su caso, de las autoridades competentes del domicilio o de la nacionalidad de la persona afectada, excepto lo dispuesto en materia de protección internacional de refugiados”.

Como se comprenderá, aplicar el derecho interno material para adoptar medidas urgentes de protección, es la solución que pretende ser más efectiva y eficiente. Los sujetos con capaces diferentes deben recibir protección permanente en cuanto a su persona o bienes. Esa disposición es una norma unilateral porque sólo resulta aplicable cuando la persona se encuentre territorio

(64) UZAL, María Elsa. Breve Panorama de la Reforma del Derecho Internacional Privado, ob. cit., p. 1248.

(65) Compulsar en. SOTO, Alfredo M. Temas Estructurales del Derecho Internacional Privado. Editorial Estudio. Buenos Aires, 2009, pp. 270/1.

(66) La norma tiene como fuente el artículo 117 del Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, Argentina, año 2003.

nacional.

### **XXV. Restitución internacional de niños**

El CCC contempla las medidas que deben adoptarse en casos que un menor de edad hay sido sustraído o retenido de su residencia habitual o se entorpezca el efectivo ejercicio del derecho de visita. En tal sentido la norma material del artículo 2642 establece: “En materia de desplazamientos, retenciones o sustracción de menores de edad que den lugar a pedidos de localización y restitución internacional, rigen las convenciones vigentes <sup>(67)</sup> y, fuera de su ámbito de aplicación, los jueces argentinos deben procurar adaptar al caso los principios contenidos en tales convenios, asegurando el interés superior del niño”.

“El juez competente para decidir la restitución de una persona menor de edad debe supervisar el regreso seguro del niño o adolescente, fomentando las soluciones que conduzcan al cumplimiento voluntario de la decisión”.

“A petición de parte legitimada o a requerimiento de autoridad competente extranjera, el juez argentino que toma conocimiento del inminente ingreso al país de un niño o adolescente cuyos derechos puedan verse amenazados, puede disponer medidas anticipadas a fin de asegurar su protección, como así también, si correspondiera, la del adulto que acompaña al niño o adolescente”.

La disposición en análisis es una adaptación de los documentos de la Conferencia de La Haya sobre “Ejecución de órdenes fundadas en el Convenio de La Haya de 1980-Hacia principios de buenas prácticas”, del año 2006, puntos 1.3, 4, 5 y 6 <sup>(68)</sup>. Esas directivas, fijan el contenido y las condiciones de aplicación por parte del Estado requerido en casos de restitución internacional de niños; por ejemplo: lo-

calizar al niño por mecanismos rápidos y efectivos, una vez localizado darle protección evitándose que se lo oculte, preparar al niño para su regreso al país de su residencia habitual, evitar medidas coercitivas, agilizar procedimientos y tratamientos de recursos, procurar arreglos prácticos y promover el cumplimiento voluntario.

La norma material también ordena al juez que debe supervisar el regreso del niño a su lugar de residencia habitual, y es una directiva que persigue darle prioridad a la situación de esa persona en desarrollo y que el magistrado no se desentienda de sus decisiones.

Finalmente, una acertada previsión. A pedido de parte quien debe exhibir legitimación activa o a requerimiento de autoridad competente extranjera, el juez argentino ante un inminente ingreso al país de un niño o adolescente cuyos derechos puedan verse amenazados, puede disponer medidas anticipadas a fin de asegurar su protección, como así también, si correspondiera, la del adulto que acompaña al niño o adolescente. De este modo, se busca prevenir situaciones de traslado que se concluyan el derecho de custodia atribuido a una persona sobre un menor de edad y dar medios para evitar que sea sustraído un niño del medio en el que habita y está integrado efectivamente <sup>(69)</sup>. ♦

(67) En sentido similar el artículo 2594 del CCC dispone: Normas aplicables. Las normas jurídicas aplicables a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales se determinan por los tratados y las convenciones internacionales vigentes de aplicación en el caso y, en defecto de normas de fuente internacional, se aplican las normas del derecho internacional privado argentino de fuente interna.

(68) Puede consultarse en Conferencia de La Haya en sección: “Protección internacional del niño”.

(69) Cfr. FELDSTEIN de CARDENAS. Restitución internacional de menores. Editorial ASTREA. Buenos Aires, 2002, p. 3. PERUGINI ZANETTI, Alicia. M. La Restitución internacional de menores. El Derecho Procesal Internacional y el Derecho Internacional Privado. Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani. Editorial La Ley, 2005, pp. 509/535. En esa obra: URIONDO de MARTINOLI, Amalia. Incidencia de los Tratados Internacionales en el Derecho de Familia, pp. 537/548. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires Sup. Corte Bs. As., 30/03/2010. A., G. D. v. B., Z. M.. SJA 9/6/2010. SCBuenos Aires, 16/04/2014. P., C. c. S. B. d. P., M. s/ exhortos y oficios. LA LEY 06/08/2014, 6, con nota de Gabriel G. Rolleri. LA LEY 2014-D, 465. TS Cordoba, Sala Civil y Com, voto de la Dra. Berta Kaller de Orchansky, 23/07/2003. G., S. A.. LEY 2004-D, 760, con nota de Jacqueline E. Brizzio. SCBuenos Aires, 30/05/2012. S., D. v. R., L. M.. la ley online.

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LA 1RA QUINCENA DE DICIEMBRE DE 2014  
EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE "LA LEY S.A.E. e I." - BERNARDINO RIVADAVIA 130  
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPÚBLICA ARGENTINA