

El convenio regulador del divorcio en el Código Civil y Comercial

María Victoria Pellegrini*

Pub. PELLEGRINI, María Victoria, “El convenio regulador del divorcio en el Código Civil y Comercial”, KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída y HERRERA, Marisa (directoras), Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación. Familia 2014 (diciembre), 04/12/2014, p. 75 y ss. Cita Online: AR/DOC/4323/2014).

1. 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.¹

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)².

* Abogada especialista en Derecho de Familia; Profesora Titular Ordinaria de Derecho de Familia y Sucesiones del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur (UNS); Docente-investigadora Categoría III otorgada por el Programa de Incentivos a docentes-investigadores conforme Resolución Conjunta de la Secretaría de Políticas Universitarias N° 1 y SACT N° 1 del 12/01/09 de la CONEAU Categorización 2009; integrante de uno de los equipos de trabajo en derecho de familia de la Comisión de Reformas del Código Civil.

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 que la libertad pueda ser desarrollada, las personas debemos contar con opciones reales que muchas veces no podemos tener sin la ayuda del*

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*”.³

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)⁴.

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*

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 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, compulsar 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, Nº 8271, Sección Tribuna, 14 Mar. 2014, Año XXXV, Ref. D-84, Editorial LA LEY, España, LA LEY 1181/2014

*informan esta materia suscitan dudas sobre la posibilidad de admitir el arbitraje*⁵.

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.

2. 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 otro⁶; en los acuerdos de reconocimiento de la calificación de bienes; como así también en el ámbito

⁵ MESA MARRERO, "Arbitraje y familia. *El modelo canadiense y su posible proyección en el Derecho español*", Actualidad Civil, Nº 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 decisión 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).

extra patrimonial: acordar la modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental; la elección del apellido familiar; etc.

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 divorcio⁷ 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.⁸

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

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 (Universidad Nacional del Sur), se ha propuesto como tema de la Comisión de Derecho de Daños: Daños en las relaciones de familia (www.jndcbahia blanca2015.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.

efectos que tal decisión provoca en las relaciones familiares⁹. 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 divorcio¹⁰, 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.

3. 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, 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.

3.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

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)

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 certeros 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 mismo tiempo que privilegia la disolución del vínculo conyugal (la cual instauro un nuevo estado de nupcialidad) por sobre la figura de la separación personal”*¹¹ –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

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 Nº: 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.

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, 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%—.”¹²

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 específicos) 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

¹² TÓFALO Ariel, “El divorcio en Argentina desde un enfoque socio-jurídico...” op. Cit.

forma de contribución— es una práctica que solamente se advierte en los expedientes relevados en la ciudad de Buenos Aires (en adelante, CABA).”¹³

“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.”¹⁴

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 indelegable—; es decir, se pondrán todas las cuestiones “sobre la mesa” y serán sometidos a negociación, en aras de un “divorcio limpio” y completo¹⁵.

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.

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 el 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.

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 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.¹⁶

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.

3.b. Alcance del contenido del convenio regulador

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.

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” 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—.”¹⁷

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 petitionó el divorcio a dar cumplimiento a la carga impuesta por el mencionado artículo?

Algunos autores, por ejemplo Giraudo Esquivo 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

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

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 Hollweck¹⁸, 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.”¹⁹

Siguiendo esta línea interpretativa, podemos agregar algún otro argumento, proveniente de un análisis sistemático de las cuestiones implicadas.²⁰

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 aceptada 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 petitionar 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

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.

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 económicas²¹ 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 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 petitionar 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”²². 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?

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.

²² ARTÍCULO 496.- Derecho de pedirla. Disuelta la comunidad, la partición puede ser solicitada en todo tiempo, excepto disposición legal en contrario.

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.

3.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. 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”*.²³

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)

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 solucionar²⁴.

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 hijos

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

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".²⁵

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 modalidad 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.

²⁵ TÓFALO Ariel "El divorcio en Argentina desde un enfoque socio-jurídico..." op. Cit.

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.”*²⁶

- 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?”*²⁷.

Entiendo que la cuestión se resuelve analizando sistemáticamente la regulación. En efecto, en el marco del nuevo Código Civil y Comercial, no 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 CCC²⁸ fija el momento desde el cual se produce la extinción del régimen patrimonial, manteniendo para el supuesto del divorcio, el

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.

²⁸ **ARTICULO 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

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 cónyuges²⁹ 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 CCC³⁰ 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*

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 **ARTICULO 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.

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”³¹

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).

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).

3.d. Efectos en relación a los hijos

Respecto a la responsabilidad parental, el nuevo Código Civil y Comercial introduce profundos e importantes cambios³². 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

³¹ KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída “Protección jurídica de la vivienda familiar”, Buenos Aires, 1995, Editorial Hammurabi, pág. 225.

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 LEY2013-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.

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 todas 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).

4. 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 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.”*³³

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