

Título: **Deberes del matrimonio y consecuencias del divorcio incausado en el Código Civil y Comercial. Convenio regulador y compensación económica**

Autor: **Ugarte, Luis A.**

Publicado en: **LA LEY 08/06/2015, 08/06/2015, 1 - LA LEY2015-C, 992 - DFyP 2015 (agosto), 20/08/2015, 3**

Cita Online: **AR/DOC/1878/2015**

Sumario: I. Introducción. — II. Deberes en el matrimonio. — III. El divorcio incausado. — IV. Los efectos del divorcio. — V. El convenio regulador. — VI. La compensación económica. — VII. Conclusiones.

El divorcio incausado permite disolver el matrimonio por voluntad unilateral o bilateral sin expresar las causas, pero esto no justifica tener por derogados los deberes conyugales o considerar que el matrimonio es solamente un acto formal desprovisto de cualquier compromiso. La evaluación de conductas puede ingresar en la consideración de la regulación de los efectos del divorcio y en particular de la fijación judicial de la compensación económica.

#### I. Introducción

El Código Civil y Comercial aprobado por ley 26.994 y cuya vigencia anticipa la ley 27.077 al 1° de agosto de 2015 presenta, como toda obra humana, aciertos y errores, que deben promover el debate respetuoso en el obrar académico y universitario.

Una obra de tales características, además, genera dudas en el ejercicio profesional, que se irán disipando con el tiempo y la labor de la doctrina y la jurisprudencia.

Por eso, todas las interpretaciones de las nuevas normas y las apreciaciones preliminares deben ser bienvenidas, en tanto denoten un trabajo de investigación y busquen proteger a las familias, dentro de los valores que se consideren aceptados y aceptables [\(1\)](#).

Según los fundamentos del anteproyecto que da origen al nuevo Código, la democratización de la familia hace compartir el matrimonio heterosexual clásico con otros núcleos sociales que también constituyen familias. Aquel criterio clásico fue abandonado en la ley 26.618, al admitir el matrimonio entre personas de igual sexo, pero sigue siendo ampliamente mayoritario y aceptado en la sociedad argentina. Por lo tanto, la regulación de las nuevas formas familiares puede enriquecer las fuentes del derecho sin necesariamente afectar principios enraizados en nuestra comunidad.

Nos proponemos analizar cómo impacta el divorcio incausado en las consecuencias que genera la disolución del vínculo, ante la falta de una clara enunciación de los deberes derivados del matrimonio en el Código Civil y Comercial de la Nación, con especial referencia a la doctrina y jurisprudencia de España, fuente expresa de nuestra reforma en esta materia.

#### II. Deberes en el matrimonio

En el Código Civil de España, los cónyuges son iguales en derechos y deberes (Artículo 66, texto conforme ley 13/2005), deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia (artículo 67, íd.), están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo (art. 68, texto conforme ley 15/2005). Se presume, salvo prueba en contrario, que los cónyuges viven juntos (art. 69). Los cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal y, en caso de discrepancia, resolverá el juez, teniendo en cuenta el interés de la familia (art. 70) [\(2\)](#).

Como vemos, en España, donde existe únicamente divorcio o separación personal sin causa, se reconocen con toda claridad los deberes personales del matrimonio.

En el Código Civil de Vélez Sarsfield, con las reformas de la ley 23.515, los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos (art.198), deben convivir en una misma casa, a menos que por circunstancias excepcionales se vean obligados a mantener transitoriamente residencias separadas. Podrán ser relevados judicialmente del deber de convivencia cuando ésta ponga en peligro cierto la vida, o la integridad física, psíquica o espiritual de uno de ellos, de ambos o de los hijos. Cualquiera de los cónyuges podrá requerir judicialmente se intime al otro a reanudar la convivencia interrumpida sin causa justificada bajo apercibimiento de negarle alimentos (art.199). Los esposos fijarán de común acuerdo el lugar de residencia de la familia (art. 200).

En el Anteproyecto base del Código aprobado por ley 26.994, el capítulo 7 se refería a los derechos y deberes de los cónyuges. El artículo 431 indicaba solamente que los cónyuges se deben asistencia recíproca. El siguiente que los cónyuges se deben alimentos entre sí durante la convivencia y la separación de hecho. Con posterioridad al divorcio, la prestación alimentaria sólo se debe en los supuestos previstos, o por convención de

las partes. Los arts. 433 y 434 regulan las pautas para fijar alimentos y su procedencia excepcional posterior al divorcio.

Si bien se mantuvo en lo sustancial la regulación del Anteproyecto, luego de sucesivas críticas, reformas impuestas en el Ministerio de Justicia y a instancias de la Cámara de Senadores, el artículo 431 aprobado finalmente dispone "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" (3).

Se mantuvo el orden de enunciación del título del capítulo 7 —derechos y deberes de los cónyuges—, lo que no creo que haya sido un descuido, dando preferencia a los derechos sobre los deberes de los contrayentes del matrimonio. En cambio, cuando se regula la responsabilidad parental, la indicación es inversa, enfatizando reiteradamente los deberes de los progenitores (4). Es decir que el matrimonio parece que otorga a los cónyuges más derechos que deberes en la nueva regulación.

Para alguna doctrina, el efecto práctico del agregado al art. 431 CCCN es nulo, justamente por la recepción del divorcio incausado, opinión con la que disintimos y trataremos de fundar en el presente (5).

No nos parece que una modificación sancionada legalmente como la del art. 431 CCCN se deba tener por no escrita, sino que se debe considerar incorporada al precepto con algún sentido, con algún fundamento y con consecuencias en la sistemática de la regulación del matrimonio, su disolución y sus efectos.

Empiezo por citar a una de las integrantes de la Comisión encargada del Anteproyecto que inició su labor el 2/3/2011, Aída Kemelmajer de Carlucci, cuando expresa: "El trabajo de la comisión redactora se fue mostrando al mundo académico mientras se iba realizando; en cientos de jornadas, reuniones, congresos, se discutieron ideas y textos, de modo que antes de presentar el Anteproyecto, muchos artículos en los que se habían deslizado errores fueron modificados. Esa tarea de corrección no cesó en ningún momento, prolongándose, incluso, durante el tratamiento por parte de la bicameral" (6).

Admitida la permanente tarea de corrección en todo el trámite de sanción legislativa, al primitivo reconocimiento único del deber de asistencia moral y material deben considerarse agregados algunos otros deberes que el ordenamiento español regula expresamente y en el nuestro aparecen incluidos dentro del compromiso de desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad (art. 431 CCCN).

Para contraer matrimonio se exige que ambos cónyuges presten su consentimiento ante el oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas, pero también que carezcan de impedimentos para su celebración. El consentimiento de ambos contrayentes y la presencia de la autoridad competente son requisitos de existencia (art. 406 CCCN). Los impedimentos dirimentes y los vicios del consentimiento matrimonial darán lugar a un régimen especial de nulidades matrimoniales (403, 424, 425 CCCN), con rasgos característicos en materia de legitimación, caducidad y efectos.

Los contrayentes llegan a celebrar un acto cumpliendo cantidad de requisitos con un fin determinado, que va más allá de la formalidad del acto, ya que pretenden sellar un compromiso con estabilidad, llevar adelante un determinado modo de vida y constituir una familia matrimonial.

Es difícil que alguien se case para no ser fiel o no cohabitar, pero al liberar de estos deberes a la sola voluntad de un contrayente sin motivo para obtener el divorcio, aparecen como superfluos. Se diluye el compromiso legal del matrimonio y se facilita su disolución en cualquier tiempo, sin plazos de reflexión y sin invocar causas.

Como explicó Graciela Medina, el trato digno es exigido en el contrato de consumo (art. 1097 CCCN) pero no se establece como un deber del matrimonio.

Contraer matrimonio siempre ha traído consecuencias que involucran efectos personales y patrimoniales. En el texto legal aprobado implica el compromiso de desarrollar un proyecto de vida común que se basa en deberes tradicionalmente aceptados y ese compromiso debe traer consecuencias jurídicas.

Podrá facilitarse su disolución y es ciertamente aconsejable evitar el divorcio destructivo, que afecta más a los hijos, pero en una situación de crisis y de separación los deberes conyugales, en tanto específicamente enumerados, permitirían verificar con mayor claridad las consecuencias de su alteración. La ley pudo facilitar el divorcio incausado sin omitir consignar los deberes matrimoniales.

Una separación supone la previa convivencia, que cesa, más allá de la frecuencia o asiduidad con que fuera desarrollada, y afecta los restantes deberes, de fidelidad (calificado en la nueva norma como deber moral) y de cooperación en las responsabilidades domésticas, salvo en cuanto a los descendientes.

El deber de contribuir al propio sostenimiento y del hogar según sus recursos (art. 455 CCCN) se verá

impactado por el cese de la convivencia, desde el momento que la atribución de uso de la vivienda familiar (arts. 443 y 444 CCCN), por ejemplo, incidirá en alguno de los cónyuges en procurarse una nueva, afectando su economía y la familiar.

Se ha dicho que el nuevo derecho matrimonial de familia privilegia la autonomía de la voluntad —con límites— teniendo en cuenta la libertad como un principio rector (7).

Pero estos límites no se han previsto en la ley para la disolución del matrimonio, que puede ser pedido unilateralmente con una propuesta regulatoria de sus efectos, cuyo desacuerdo no suspende el dictado de la sentencia de divorcio (art. 438 CCCN).

Sostengo que el divorcio, al fin y al cabo comporta una ineficacia sobreviniente que provoca la disolución del matrimonio y por ende los límites a la autonomía de la voluntad deben aplicarse no necesariamente a esa disolución pero sí, en cambio, regular las consecuencias del divorcio, obligatoriamente y sin remitir a la aplicación de las normas del derecho de daños.

Creo que no hay ninguna necesidad social en incentivar la promoción de acciones resarcitorias, si algunas conductas y consecuencias pueden tener adecuado cauce de juzgamiento ante el juez de familia que analice los efectos del divorcio.

La libertad de casarse o no casarse permite regular las relaciones familiares dentro de cada matrimonio y privilegia el proyecto de vida autorreferencial sobre el institucional. Pero esta mayor amplitud de decisión de los cónyuges dentro del matrimonio, no significa que ya no existan los deberes conyugales tradicionalmente aceptados en sociedades como la nuestra. Los límites los fijarán los jueces, de acuerdo con las pautas que la ley autorice.

Azpíri indica que pueden existir dos especies de matrimonio, aquel en el que los cónyuges convivan y otro en los que hayan decidido no compartir una vivienda. El matrimonio sin convivencia no ha merecido consideración expresa manteniéndose toda la regulación como si continuara existiendo el deber de cohabitación, vaticinando que existirán dificultades interpretativas a partir de la nueva realidad (8).

Podrá considerarse a la convivencia como un deber relativizado o atenuado, al aceptar que existan matrimonios sin compartir la misma vivienda. Es parte del proyecto de vida asumido y la jurisprudencia ya había admitido analizar las circunstancias que en cada caso mediaron en la supresión de la convivencia (9). En ocasiones se indicó que el cese de la convivencia fundado en la crisis previa era atendible y así no cuestionó, por ejemplo, los convenios privados de separaciones transitorias frente a la crisis conyugal o por cualquier causa justificada. También consideró que la permanencia de los cónyuges bajo un mismo techo carecía de significación para la ley cuando no existía una vocación por la comunidad de vida (10). Y señaló que no existía abandono voluntario y malicioso salvo "que de las actuaciones se desprenda sin hesitación que el retiro del hogar por el cónyuge aparezca a todas luces como irrazonable; por ejemplo, cuando el quiebre de la convivencia se produzca de un modo totalmente inesperado, injustificado e intempestivo; es decir, acontecido cuando la pareja se desenvolvía en un ambiente de plena armonía conyugal" (11).

Pero el deber de convivencia subsiste en el compromiso previo o en el deber de desarrollar un proyecto de vida en común (art. 431 CCCN) y por eso el Código alude en muchas disposiciones a la separación de hecho, que no es otra cosa que el cese de la convivencia sin acudir a los tribunales para dirimir el conflicto. El conflicto es la causa del divorcio, para la conocida tesis del divorcio como remedio, única que admite la nueva regulación. Nada impide la evaluación de conductas al momento de regular los efectos no convenidos entre las partes, sin que ello se asemeje a analizar las causas del conflicto conyugal como causa del divorcio.

A veces, la separación de hecho está calificada con un aditamento subjetivo, como ocurre en el art. 2437 CCCN que indica que el divorcio, 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 (12).

En otras disposiciones del ordenamiento se presume la convivencia, y así por ejemplo se regulan los alimentos durante la vida en común y la separación de hecho. Puede decirse que la vida en común no implica necesariamente convivencia, pero la separación de hecho sí implica que ha cesado esa convivencia de modo unilateral o bilateral, convenida, consentida, o impuesta.

El deber de convivencia hace a la esencia del matrimonio, da sentido a la protección a la vivienda familiar, a la determinación de la competencia judicial por el lugar donde se ubica la vivienda o la determinación del derecho aplicable en el ámbito del derecho internacional privado (13).

Los cónyuges separados de hecho son quienes han dejado de convivir sin acudir a la justicia, los que han dejado de lado ese proyecto en común sin divorciarse.

La asistencia y la cooperación se facilitan con la convivencia y esta convivencia se relaciona con la colaboración familiar y el proyecto de vida en común.

También el deber de cooperación incluido en el proyecto de vida en común a desarrollar (art. 431 CCCN) se vincula estrechamente con el deber de asistencia, único reconocido inicialmente en el anteproyecto y que da el título a la norma en cita.

La asistencia material tiene expresas consecuencias alimentarias entre los cónyuges y sanciones por incumplimiento (arts. 432 a 434). Cada uno de ellos debe contribuir a su propio sostenimiento en proporción a sus recursos bajo apercibimiento de ser demandado a que lo haga, expresa entre otras circunstancias el art. 455 CCCN. Esta norma, incluida en las disposiciones comunes de todos los regímenes patrimoniales matrimoniales, trasciende la regulación económica del matrimonio para proyectarse en una directiva necesariamente vinculada con la asistencia, la cooperación y la solidaridad familiar.

La asistencia espiritual está expresamente admitida en el art. 431 CCCN, pero en cambio se duda de la inclusión de la convivencia o la fidelidad. Mientras el incumplimiento al propio sostenimiento genera la posibilidad de demandar para hacerlo (art. 455 CCCN), no ocurre lo mismo con la asistencia moral.

Si la fidelidad ha dejado de ser un deber jurídico no se explica su inclusión en el Código. Al incluirlo, debe generar algún efecto, ya que a veces la regla moral incumplida genera consecuencias jurídicas (v gr. art. 10 CCCN).

Hasta la sanción del CCCN se admitió que los deberes de convivencia y fidelidad estaban ligados al proyecto de vida en común, de manera que cesada esa convivencia se atenuaba la fidelidad y se extinguía al cesar la voluntad de unión.

En el art. 431 CCCN la fidelidad se menciona solamente como deber moral, pero sin embargo es el fundamento de la filiación matrimonial, pues si se presume, salvo prueba en contrario, hijos del cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la separación de hecho, entre otras posibilidades (art. 566 CCCN), es sobre la base del tradicional matrimonio monogámico heterosexual y a la exclusividad sexual entre cónyuges provenientes de ese deber. Deber moral, que trasciende al plano jurídico más allá de la enunciación del art. 431 citado, en tales supuestos.

Dice Mazzinghi que el sentido común y la conciencia general del pueblo entiende que, cuando dos personas se casan, se comprometen a ser fieles, se entregan uno a otro, recortan voluntariamente su libertad, sujetándose a la persona que eligen y que quieren, a la que le prometen un cariño exclusivo. En la nueva definición del matrimonio, las cosas varían sustancialmente. La fidelidad es una ideal moral, pero ya no constituye un deber estrictamente matrimonial, y es dudoso que su inobservancia o violación genere consecuencias jurídicas. Agrega en la nota que no es muy claro si la transgresión del deber moral de fidelidad matrimonial puede dar lugar a que el cónyuge víctima de la infidelidad le reclame al responsable el resarcimiento del daño moral. El art. 1737 del Código Civil y Comercial establece que hay daño "cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico", y la fidelidad no es un interés reprobado por el derecho. Además, el art. 1738 del Código Civil y Comercial considera incluidas en la indemnización las consecuencias de "la interferencia en su proyecto de vida", y es innegable que la víctima de la infidelidad tiene razones importantes para aducir que el otro cónyuge ha interferido en el proyecto de vida matrimonial [\(14\)](#).

Coincido con estas apreciaciones y agrego que es costumbre aceptada, incluso antes del matrimonio, que ya desde el noviazgo los futuros contrayentes se prometan fidelidad, y que el deber moral expresado en el ordenamiento, en principio reservado al ámbito privado e íntimo, cuando trascienda, no impedirá evaluarlo jurídicamente al tiempo de ponderar las consecuencias de disolver el matrimonio y conforme a la circunstancias del caso.

Y esto no significa atentar contra el pluralismo o que la fidelidad pueda resultar de un acuerdo de cada pareja. El matrimonio presupone los mismos intereses y afinidades y no desconozco las posibilidades de los arts. 19 de la Constitución Nacional, art. 11 de la Convención Americana o art. 17 del Pacto Derechos Civiles y Políticos, que establecen, según se ha dicho, protección de la intimidad. En tanto las modalidades de su intimidad resulte de un plan de vida aceptado por dos adultos y no ocasionen daños ni lesionen otros derechos, no permitirán la intromisión estatal: cada persona tiene un ámbito o esfera de desarrollo de su plan de vida, que no puede ser interferido o desconocido por el Estado y los particulares. El único límite es la consumación de un daño directo, concreto e inmediato a los derechos fundamentales de otras personas, en cuyo caso tendremos una colisión de derechos fundamentales que se resolverá (conforme a los condicionamientos fácticos que envuelvan la controversia suscitada) con la prevalencia de aquel que tenga mayor peso [\(15\)](#).

Por esto mismo, creo que relegar el valor de la fidelidad a una regla moral no impedirá apreciar en cada

caso, las deslealtades o victimizaciones vinculadas con aquél según las circunstancias de cada caso, personalidad, educación y antecedentes de los cónyuges.

Una posibilidad que se ensayó es considerar que el deber de vida en común incluye en sí mismo en la práctica todos los deberes que históricamente se incluían en el matrimonio (fidelidad, cohabitación, asistencia recíproca, alimentos) (16).

Pero aun sin esta generalización, establecer a rajatabla que la autonomía de la voluntad prevalece sobre la regla moral puede afectar los principios generales del derecho. Uno de los caracteres peculiares del derecho de familia ha sido siempre la influencia de ideas morales y religiosas en las soluciones legislativas (17) y pretender que la autonomía de la voluntad tenga preeminencia sobre principios aceptados de las relaciones familiares, puede generar un ejercicio de abusivo de derecho por contrariar reglas de la moral y buenas costumbres, imponiendo al juez ordenar lo necesario para evitar ese abuso e incluso fijar una indemnización (arg. art. 10 CCCN).

Por otra parte, el incumplimiento al deber moral de fidelidad o el cese intempestivo de la convivencia pueden ser considerados injuria o lesión al honor, encuadrando en causas de ingratitud y de indignidad (arts. 1571 y 2281 CCCN). La asistencia material cesa en tales casos (art. 434 íd.), pero nada dice de la asistencia moral, al parecer derivando la cuestión a la responsabilidad por daños. Si consideramos esos hechos como afectación a la dignidad (art. 52, íd.) se cae en antijuridicidad, si no está justificada (art. 1717) y genera la obligación de reparar el daño (arts. 1716 y 1737, íd.). Los factores subjetivos y valoraciones de conductas de los arts. 1724 y 1725, permitirán ponderar tales conductas dentro de las consecuencias del divorcio.

Si cesa la asistencia material entre ex cónyuges divorciados en los casos excepcionales en que se mantiene (art. 434) también cesará la asistencia moral.

En otro orden de ideas, se prevé la posibilidad de atribución del uso de la vivienda familiar, presuponiendo una convivencia que concluye sin consenso para decidir el problema habitacional (arts. 443 y 721 inc. a) CCCN), cuyos efectos pueden trascender al divorcio (art. 444). Y el art. 445 hace cesar el uso de la vivienda familiar por las mismas causas de indignidad en materia sucesoria. Me pregunto si, por ejemplo, la mujer a quien se le atribuyó provisionalmente la casa del marido y decide alojar en ella a su amante, incurrirá en la causal de indignidad o será indiferente esta conducta, por el solo hecho de existir el divorcio incausado y no existir más que un deber moral de fidelidad (arts. 445 inc. c), 2281 inc. i) y 1571 inc. b), CCCN).

La regulación actual debilita la estructura del matrimonio, al no saber las consecuencias que sobrevendrán a su celebración respecto de los cónyuges (18).

### III. El divorcio incausado

La mayor autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad se presentan como justificación del divorcio incausado, facilitando la disolución del vínculo.

Se reconoce mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge y basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin expresión de causas y el juez deba decretarlo (19).

Hemos tomado posición, con otros colegas, sobre la preferencia por el sistema francés de divorcio (20), que mantiene a la par de las causales objetivas una causa única de divorcio por falta grave o reiterada a los deberes del matrimonio (21), frente al español, siempre incausado para la separación y el divorcio, que sigue la reforma y que ha sido mencionado como fuente expresa.

En la reforma se sigue a la ley española en cuanto al divorcio incausado y la compensación económica (pensión compensatoria, en España) pero no la acompañamos con toda claridad en cuanto a la regulación de los deberes del matrimonio, como vimos y a la existencia de un plazo mínimo de reflexión antes de pedir el divorcio (tres meses, en España, salvo excepciones), por ejemplo.

El divorcio incausado permite disolver el matrimonio por voluntad unilateral o bilateral sin expresar las causas, pero esto no justifica tener por derogados los deberes conyugales o considerar que el matrimonio es solamente un acto formal desprovisto de cualquier compromiso.

Estos compromisos pueden estar alcanzados o afectados por la autonomía de la voluntad y cada matrimonio fijará los límites de los deberes conyugales, es decir que todo dependerá de su aceptación a lo convenido y de su comportamiento matrimonial.

Puede ocurrir que, la convivencia ya no suponga el deber permanente de vivir en el mismo domicilio. A lo mejor pueden compartir una vivienda unos días, en feriados, viajes o vacaciones, respetando un espacio diferente al tradicional por las razones que tengan, como si existen hijos de uniones anteriores y pretenden evitar

generar conflictos [\(22\)](#).

Pero los cónyuges partirán de un proyecto común aceptado que si varía, llevará a la ineficacia del matrimonio por una causa sobreviviente, como lo es el fracaso de la unidad de vida y el criterio que aceptaron. La convivencia puede tener matices o suspensiones, pero es parte del proyecto común conversado e institucionalizado al casarse.

Orlandi afirma que 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 de convivencia (art. 431 CCyC), el deber moral de fidelidad (art. 431 CCyC), asistencia mutua (art. 431 CCyC), el de alimentos (arts. 432 a 434 CCyC), el de contribución (art. 455 CCyC), indicando que son deberes mínimos, recíprocos, incoercibles salvo el de contribución y alimentos que tienen contenido patrimonial. Y más adelante agrega que los deberes y derechos estrictamente jurídicos, son aquellos cuyo incumplimiento genera consecuencias legales [\(23\)](#). Considera dicha autora 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 y tampoco podría filtrarse la culpa como elemento determinante de la fijación de compensaciones por la naturaleza particular de dicho instituto [\(24\)](#).

No creo que los deberes jurídicos incorporados al art. 431 CCCN, salvo los nombrados de asistencia material y propio sostenimiento, sean incoercibles, según se vio.

Los cónyuges se deben asistencia entendida como estar presentes, socorrerse y ayudarse, no solamente en lo material sino en lo espiritual [\(25\)](#). Pero si el juez tampoco puede basarse en la falta de ayuda y socorro para ponderar la compensación económica, esta asistencia espiritual también pasaría a ser otro deber moral y no jurídico, como se reconoce.

No hay razón para elevar el rango de protección al deber de alimentos y disminuir a los restantes. En el matrimonio y durante la separación de hecho se reconoce la asistencia material, y después del divorcio excepcionalmente (arts. 432 a 434 CCCN). En la unión convivencial, no está claro su alcance (arts. 519 y 520 CCCN) pero sí que cesa al extinguirse (art. 519 cit.). Si se trata de un progenitor afín, cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente (art. 672) debe colaborar o cooperar con la crianza y educación (art.673) y debe alimentos a los hijos del otro de manera subsidiaria (art. 676), hasta la disolución del vínculo o ruptura de la convivencia. Vemos pues que la convivencia en este caso tiene consecuencias jurídicas.

El divorcio es en el nuevo Código incausado pero esto no significa que sus consecuencias sean ajenas a los deberes comúnmente aceptados.

#### IV. Los efectos del divorcio

Belluscio ha dicho que la eliminación de sanciones por conducta y la invocación de la autonomía de la voluntad para quitar todo recaudo al divorcio no implica ya la introducción del individualismo sino del más crudo egoísmo [\(26\)](#).

Y por su parte Zannoni, sostuvo que "no es indiferente —no debe serlo— que un matrimonio se disuelva o no, y si se disuelve por causas realmente imputables a uno de los cónyuges no debe ser indiferente para el derecho la situación gravosa que sufre quien no dio causa al conflicto, porque eso sería atentar contra un principio general del derecho, el *næminen lædere*. Esto trasciende, obviamente, no en cuanto a que el divorcio se decrete, sino en los efectos que produzca, respecto de cada uno de los cónyuges" [\(27\)](#).

Siguiendo tales enseñanzas, creo que quien abandona, injuria o es infiel a su cónyuge en el matrimonio monogámico comprometido como proyecto de vida en común, no parece haber brindado adecuada dedicación a su familia y a la crianza y educación de los hijos. Y nada lo impide, por el contrario, es un mandato para los jueces, fijar los límites y evaluar las conductas respectivas (art. 442 inc. b, CCCN)

No hay razón para priorizar los deberes de contenido patrimonial sobre los otros, que no pueden considerarse de menor rango ni desprovistos de consecuencias jurídicas. Tampoco veo una razón suficiente para priorizar la asistencia sobre la convivencia o sobre la cooperación.

Si un matrimonio no convive por haberlo así decidido al casarse, no va a ser obligado a hacerlo ni tendrá sanción, en tanto sea lo decidido de consuno.

En caso contrario, podremos evaluar la conducta de quien se comprometió a hacerlo y no lo hizo, al fijar, por ejemplo, la compensación económica del art. 442 CCCN (o pensión compensatoria, según el art. 719 CCCN).

El cese de la convivencia produce importantes efectos patrimoniales. Si medió separación de hecho previa al

divorcio o anulación el matrimonio la sentencia que extingue la comunidad se retrotrae al día de esa separación, pero el juez puede modificar la extensión del efecto retroactivo fundándose en la existencia de fraude o abuso del derecho (art. 480).

Como dice Azpiri, resulta atinado que si ha habido fraude de uno de los esposos en perjuicio del otro o si se ha pretendido ejercer un derecho en forma abusiva, el juez pueda, además de declarar la inoponibilidad del acto fraudulento (art. 473) evitar los efectos del ejercicio abusivo procurando la reposición al estado anterior al hecho, adecuar el efecto retroactivo de la sentencia y fijar una indemnización (ar. 10 CCCN) o modificar el efecto retroactivo de la disolución para que uno de los cónyuges no resulte perjudicado (28).

Es decir que en el aspecto patrimonial los actos otorgados por uno de ellos con abuso o dentro de los límites de sus facultades pero con el propósito de defraudar al otro cónyuge serán inoponibles y el juez podrá declarar disuelta la sociedad conyugal en fecha anterior a su realización, si medió cese de la convivencia.

Pero en el aspecto personal de los esposos no aparecen iguales posibilidades, y si uno de los cónyuges fue defraudado en su proyecto de vida en común, las sanciones se diluyen o resultan inexistentes, pretendiendo así hacer permanecer al juez como un mero espectador de las inconductas, no parece aceptable.

La posibilidad de moldear los deberes conyugales al proyecto de cada quien no autoriza a pensar que los efectos del divorcio sean similares en todos los casos.

Y cito nuevamente a Azpiri cuando expresa: "... puede suceder que un cónyuge violento, no trabajador, vicioso y como tal artífice de la ruptura matrimonial, pero que queda en situación más perjudicada con relación al otro cónyuge, pretendiera una compensación económica. Por supuesto que, en tal caso, queda siempre abierta la posibilidad de que uno de los cónyuges, frente a la pretensión del otro de requerir una compensación económica, plantee el ejercicio abusivo del derecho porque excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres, tal como autoriza el art. 10 y con ello se juzgará el comportamiento asumido por cada cónyuge, desvirtuándose el carácter objetivo del divorcio y de la presente compensación" (29).

Coincido y agreego que no se desvirtúa el divorcio incausado, que como tal se decretará, sino que se evaluarán las conductas y los deberes matrimoniales incumplidos, dentro del marco de la fijación judicial de la compensación económica, es decir dentro de los efectos de la disolución del matrimonio.

O dicho de otro modo, que el divorcio sea incausado no significa que los efectos no convenidos sino dirimidos judicialmente queden fuera de toda evaluación de las conductas.

Dicen los fundamentos del anteproyecto que 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 una situación conflictiva matrimonial de la manera menos dolorosa posible. De este modo, y siguiéndose la línea legislativa que adoptan varios países en sus reformas más recientes, se prevé un único sistema de divorcio remedio. 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 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.

La buena fe, moral y buenas costumbres constituye un límite para el ejercicio de los derechos, y esto también se aplica en el derecho de familia. El derecho de familia no puede ser ajeno a la moral y buenas costumbres, nunca lo ha sido y por consiguiente el ejercicio de los derechos familiares no puede carecer de estos límites, so color de afectar la noción de pluralidad aceptada.

Aceptar la pluralidad de familias no implica desproteger la familia matrimonial y por eso creo que se puede avanzar más en este camino.

Si aceptamos la existencia de deberes conyugales incorporados en el art. 431 CCCN, la sanción jurídica la tenemos en las pautas para admitir la procedencia y fijación judicial de la compensación económica del art. 442 CCCN.

La dedicación brindada a la familia del art. 442 inc. b) es un concepto tan amplio que permite introducir la discusión del incumplimiento de los deberes del matrimonio, que dejan entonces de ser incoercibles para tener una aplicación legal expresa destinada a otro fin distinto que el de establecer culpabilidad o inocencia en el divorcio.

La finalidad de evaluar una conducta de desapego de deberes conyugales y por ende familiares, hace innecesario ingresar al derecho de daños o imponer el ejercicio de acciones resarcitorias.

Bastará que el juez apunte a evaluar la protección de la familia como pauta trascendente de fijación y determinación de la compensación económica, a resguardo de que los deberes conyugales aún existen y generan consecuencias jurídicas frente a su incumplimiento.

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 en sí mismo ni en los deberes que de él emanan, pero sin evaluar esta antijuricidad como base indemnizatoria, puede cotejarse la infracción de los deberes matrimoniales.

Ya vemos, entonces, que no quedan sin efecto las sanciones específicas del derecho de familia, sino que cobran nueva vitalidad a partir del agregado al art. 431 y de lo dispuesto en el art. 442 CCCN.

Es real el péndulo legislativo de nuestra historia del divorcio en Argentina, que demuestra que se comenzó por admitir el divorcio (limitado) únicamente por causas subjetivas (art. 67, ley 2.393); luego coexistieron causas subjetivas y objetivas (art. 67 bis, ley 2.393, incorporado por ley 17.711, y arts. 202 a 205, 214 y 215 Cód. Civil. t.o. ley 23.515, para la separación personal y divorcio vincular) y en el Código aprobado por ley 26.994 solamente se acepta el divorcio vincular objetivo e incausado, unilateral o bilateral.

En el Código nuevo no se pueden juzgar conductas de los cónyuges durante el matrimonio para declarar el divorcio. Pero esto no significa que no se pueda —o no se deban— evaluar conductas previas y posteriores a la separación para determinar la compensación económica, como efecto del divorcio y con total independencia a la aplicación del derecho de daños.

Concordamos que el concepto de familia es cultural y no natural, que existen nuevas formas de familias, que esta multiplicidad exigía que el legislador se ocupase de problemas reales como las uniones de personas del mismo sexo, uniones convivenciales, familias ensambladas y monoparentales. Aceptamos también que es preferible [\(30\)](#) el divorcio no contencioso, evitando la destrucción y el desgaste emocional de los cónyuges y sus familias. Apoyamos la iniciativa que pretenda contribuir a la pacificación de las relaciones sociales en la ruptura. Adherimos también a la necesaria regulación de la familia no matrimonial y la unión convivencial, pues siguiendo a 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" [\(31\)](#).

Ahora bien, cuando analizamos estas radicales consecuencias jurídicas, personales y patrimoniales del matrimonio, encontramos una regulación poco precisa, menos clara y diluida que genera problemas de interpretación y aplicación práctica. El divorcio incausado, sin claros deberes, sin plazo de reflexión no parece robustecer el matrimonio.

Pues al lado del derecho a no casarse, también existe un derecho a casarse y entonces, al no tener regulados más que en forma directa y precisa los deberes de asistencia material, lo primero que uno se pregunta es cuáles serán estas radicales consecuencias jurídicas, personales y patrimoniales que no fueron precisadas.

Y si preguntamos a los más jóvenes por qué se casan, seguramente podrán dar distintos pareceres, que van más allá del acto formal o de la fiesta, porque en todos los supuestos pretenden un compromiso duradero. Nadie se casa para divorciarse al día siguiente sino persiguiendo un compromiso mutuo con miras a la estabilidad conyugal.

Pastor Vita sostuvo que si nadie puede ser obligado a contraer matrimonio contra su voluntad, aun menos podrá ser obligado a permanecer en dicho estado contra su voluntad [\(32\)](#).

La mayor autonomía de la voluntad justifica que uno solo de los esposos pida el divorcio, o ambos y el juez deba declararlo.

Pero esto no convierte al juez en un espectador de lo decidido por las partes, que son quienes están en mejores condiciones para regular los efectos de su crisis, sino que le da una mayor responsabilidad, que justifica su mayor intervención y análisis, sobre todo en los aspectos conexos que tienen que ver con efectos personales y los hijos comunes o de uno de ellos (art. 438 y 709 CCCN).

Las facultades judiciales se acrecientan en cuanto al análisis del convenio regulador y a la determinación de la compensación económica, en caso de desacuerdo.

#### V. El convenio regulador

La sentencia de divorcio pone fin al proceso pero muchas veces no al conflicto, máxime si hay hijos comunes.

La ley concede a los cónyuges, como actores del conflicto, mayor libertad para regular las consecuencias de su crisis conyugal [\(33\)](#).



Ellos son quienes tienen el mejor conocimiento de los antecedentes y la situación de cada uno, de sus posibilidades económicas y demás circunstancias como para regular una ruptura civilizada y consensuada.

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. Pueden incluirse otras cuestiones de interés de los cónyuges (art. 439 CCCN).

Como se ha dicho, con la crisis matrimonial el matrimonio se disuelve, pero la familia perdura y es el convenio regulador el marco jurídico dentro del cual debe desarrollarse la nueva relación. Cuanto más claro sea, cuanto mejor se deslindan derechos y obligaciones, menos problemas existirán en su cumplimiento, lo que contribuirá a la paz de la familia y a la paz social [\(34\)](#).

El convenio regulador homologado tendrá fuerza ejecutiva, pero la aprobación es condición de eficacia, no de validez. O sea que si el convenio hubiese sido privado y no fue presentado en el proceso, esto le privaría de eficacia procesal, pero no la perdería como negocio jurídico bilateral, aceptado y reconocido por las partes, pues media consentimiento, objeto y causa y no hay obstáculo para su eficacia, es decir, que resulta obligatorio para las partes. Es decir, que sería una manifestación de voluntad que obliga a sus firmantes [\(35\)](#).

Pero en caso de incumplimiento no podría pedirse su ejecución directamente, como si estuviera homologado, sino hacerlo valer en un proceso ordinario.

Se ha destacado que en el procedimiento de formación del convenio regulador no debe hablarse de partes sino de solicitantes, por no mediar contradictorio sino interesados en su formulación [\(36\)](#).

El convenio contiene regulaciones personales, referidas a los hijos y al ejercicio de la responsabilidad parental, que incluye deberes y derechos respecto de su cuidado personal, de comunicación con el progenitor no custodio y los abuelos, de información y obligación de alimentos.

Las cláusulas patrimoniales contendrán lo relativo a la atribución del uso de la vivienda, la contribución en las cargas del matrimonio y alimentos, actualización y garantías, la liquidación de los bienes comunes según el régimen patrimonial de los esposos y la pensión compensatoria, en su caso.

Los acuerdos no deben lesionar la igualdad de los cónyuges ni el interés de los hijos menores o incapaces o con capacidad restringida (art. 32 Cód. Civ. y Com.)

Respecto de los bienes existe una mayor libertad para acordar entre los esposos que con relación a los hijos. Las funciones de la responsabilidad parental podrán ser reordenadas, pero no se extinguen con la separación y sus deberes son indisponibles con sustento en la autonomía de la voluntad.

Si por el artículo 440 CCCN el juez puede requerir garantías reales o personales para aprobar el convenio y por el art. 439 se deben evaluar las propuestas y convocar a una audiencia, esta ponderación apunta a evitar daños a los hijos o graves perjuicios a uno de los cónyuges o que exista violación de normas imperativas en su contenido.

Más allá de contemplar los aspectos que obligatoriamente debe contener, la falta de alguno de ellos no obsta al dictado del divorcio, en todo caso, se considerará como una propuesta y no un convenio y ello habilitará la procedencia de la acción y el diferimiento de las cuestiones pendientes.

Es que podrían los esposos conjuntamente, pedir el divorcio y decir que en lo demás no están de acuerdo, siendo ésta su propuesta. Este acuerdo sobre el desacuerdo, no impide dictar la sentencia y por tanto, la propuesta incompleta tampoco.

Hollweck sigue este criterio, aconsejando empero una intimación previa a completar los puntos faltantes [\(37\)](#).

El artículo 440 prevé la revisión del convenio homologado o de la decisión judicial si la situación se ha modificado sustancialmente.

Este es un concepto jurídico indeterminado, pues no indica qué debe entenderse por alteración sustancial de circunstancias.

La ventaja de tal omisión radica en que cualquier hecho puede subsumirse en esa premisa. En España se entendió que la exigencia supone que las bases personales o económicas que sirvieron para articular el sistema de convivencia, relación y asistencia de cada uno de progenitores entre sí y para con los hijos hayan sufrido un cambio tan relevante y estable que, por afectar de modo sustancial a la justicia, equidad o suficiencia de aquellas medidas, justifiquen su alteración, en más o en menos, o sus sustitución por otras de naturaleza diversa [\(38\)](#).

Si la modificación afecta a los hijos menores, habrá que atender el interés preponderante de éstos, en orden a

su desarrollo personal y satisfacción de sus derechos por encima del de sus progenitores, es decir a su protección integral (39).

La modificación del convenio supone la invocación de hechos nuevos, inexistentes al tiempo de aprobarse el convenio, no los existentes pero ignorados o de los que se tenía conocimiento erróneo que pueden posibilitar impugnar la validez del convenio por vicio de consentimiento. No es menester que alcancen la categoría de insólitos, extraordinarios o imprevisibles, pero sí sustanciales.

Estas nuevas circunstancias no pueden ser semillero de pleitos ni fundarse en situaciones ocasionales o transitorias que sitúen a uno u otro en una situación de mayor o menor desahogo económico (40). Deben tener suficiente entidad como para que, de mantenerse lo acordado, se derive de ellos grave perjuicio para alguna de las partes con relación a la situación de equilibrio configurada al convenir.

No son circunstancias que las partes tuvieron en cuenta o que pudieron contemplar para dar su consentimiento; ni es preciso que se trate de hechos ajenos a la voluntad del obligado, pero deben estar desprovistos de mala fe o ánimo defraudatorio y las nuevas cargas del obligado no pueden menoscabar el cumplimiento de las anteriores.

Coincidimos con Veloso cuando afirma que no todo convenio homologado ni toda decisión judicial puede ser revisada. Sólo podrá efectivizarse tal revisión en los casos donde existe real modificación de la situación que se tuvo en miras al resolver o acordar de tal o cual forma, que amerite una nueva tutela. Es decir cuando afecte seriamente la situación familiar o la de los hijos menores, o, en materia alimentaria, si varían sustancialmente la situación del alimentante o la del alimentado. De lo contrario la revisión no será procedente (41).

El nacimiento de nuevos hijos ha presentado en España resoluciones contradictorias. En Navarra, debe tenerse en cuenta, pues integra el derecho de toda persona de rehacer su vida después de una crisis matrimonial, pero debe conjugarse con los derechos y obligaciones para con los hijos anteriores, que no pueden quedar desamparados o desatendidos discriminatoriamente por la nueva familia formada. El compaginar ambos derechos debe ser fruto de la responsabilidad del progenitor que adquiere nuevas cargas y teniendo previas, y luego de los tribunales si las partes no alcanzan una solución equitativa y respetuosa con los citados derechos y obligaciones (42). En Valencia se negó que la constitución de la segunda familia con el nacimiento del nuevo hijo pueda considerarse alteración sustancial de las circunstancias, porque la nueva familia tiene un origen voluntario y es necesario respetar los compromisos asumidos en el primer matrimonio (43).

#### VI. La compensación económica

Se ha resuelto en el derecho español que tiene carácter predominantemente indemnizatorio y esto también demuestra que subyace la violación de deberes jurídicos.

Con ella se intenta restablecer el equilibrio. El anteproyecto indica su 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.

El objetivo de reparar el equilibrio roto por el divorcio no implica una milimétrica equiparación ni la carga de sostener al otro, sino que intenta reparar el sacrificio de uno de ellos, poniéndolo en situación de reiniciar su vida con las expectativas que se le habrían abierto de no haber contraído el matrimonio (44).

Esta figura presenta alguna semejanza con otras instituciones del derecho civil, como los alimentos, la indemnización por daños y perjuicios, o el enriquecimiento sin causa, pero su especificidad exige diferenciarla de ellas.

Dicen los fundamentos que se aleja de todo contenido asistencial y de la noción de culpa/inocencia como elemento determinante de su asignación. No importa cómo se llegó al divorcio, sino cuáles son las consecuencias objetivas que el divorcio provoca. Por estas razones se fija un plazo de caducidad para reclamarlas (seis meses computados desde el divorcio).

Sin embargo, y más allá de la importancia de los fundamentos, debe estarse a la ley sancionada. La caducidad tiene que ver con la estabilidad familiar y no con la culpa o la prescindencia de evaluar conductas.

Planteado el reclamo de la compensación, nada impide calificar conductas para fijar la cuantía, dentro de la pautas que la ley otorga, entre las que está la dedicación a la familia.

El art. 441 prevé que 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. Esta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente por plazo indeterminado. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez.

Se ha discutido si se debe preferir la pensión temporaria, por tiempo indefinido o una prestación única compensatoria por vía de entrega de un capital en bienes o en dinero.

Al parecer la norma prefiere esto último, por acuerdo de partes o por fijación judicial, lo que lo acerca a la indemnización.

Con esta compensación se intenta superar una pérdida injusta que provocará el divorcio en uno de los cónyuges, por lo que se le debe reconocer carácter indemnizatorio, de fuente legal por un daño objetivo (45).

Así se reconoce en la jurisprudencia española, recordando que se admitió por ley 30/81, diferenciándola de los alimentos y de la órbita puramente indemnizatoria. Pero en la doctrina del Superior Tribunal del 10/2/05 y 26/2/06 es predominantemente indemnizatoria; sin que por ello se acerque a perpetuar un modo de vida previo o a nivelar los patrimonios (46).

Exige el efectivo desequilibrio económico producido por la separación, en uno de los cónyuges que implique un empeoramiento de la situación existente durante el matrimonio.

Desde otra perspectiva y con fundamento en el principio de solidaridad familiar, se la reconoce por el desequilibrio manifiesto que importa un empeoramiento de la situación patrimonial, ocasionada por el quiebre del matrimonio (47).

Tiene una finalidad que apunta a reequilibrar las condiciones de cada uno, considerando la situación previa y posterior al divorcio.

Conforme lo venimos sosteniendo, la fijación judicial de esta compensación económica podrá permitir considerar circunstancias previas y posteriores al divorcio y evaluar, en sentido lato y por la dedicación que cada cónyuge brindó a su familia, algunos de los incumplimientos a los tradicionales deberes del matrimonio, que no están explicitados como tales pero que resultan implícitos e inescindibles al emplazamiento conyugal, aunque tengan solamente referencias indirectas o se prevean solo algunas consecuencias reguladas.

También se podría oponer a aquél que menoscaba el deber moral de fidelidad el abuso del derecho a reclamar la compensación económica, por contrariar los fines tenidos en miras por la ley o excediendo los límites impuestos por la buena fe, moral y buenas costumbres (arts. 10, 431 y 442 CCCN) si fue su propia conducta la que llevó a esta ruptura.

El deber moral de fidelidad, a la luz del art. 10 CCCN deja de serlo y tiene consecuencias jurídicas, maguer la doctrina que intenta privar de todo efecto a las incorporaciones efectuadas al proyecto en la Cámara de Senadores de la Nación (48).

Como dice Veloso, si esta herramienta está destinada a lograr un equilibrio patrimonial, debe realizarse un análisis comparativo de la situación patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio del matrimonio y al momento de producirse el divorcio, para poder evaluar si hubo eventualmente un desequilibrio que necesite ser recompuesto y su relación causal con el divorcio; lo que está en poder de los cónyuges y del juez, debiendo ser utilizado con extremada responsabilidad, justicia y equidad, para impedir el abuso del derecho, dado que su redacción permite un sinnúmero de posibilidades, y otorga a su vez un final abierto, y no del todo previsible. Concluye indicando que la compensación debe ser apreciada con extrema cautela, de modo excepcional, y sólo cuando exista para el titular del derecho un verdadero sacrificio desigual, que no tiene la obligación de tolerar (49).

Se ampara al cónyuge desfavorecido por la ruptura matrimonial, con esta compensación que intenta resarcir un daño objetivo. Por eso sostengo que si en España el Tribunal Supremo le ha dado a esta compensación un fundamento primordialmente resarcitorio o indemnizatorio, subyacen deberes implícitos en el matrimonio que vulnerados le dan su razón de ser.

Concordantemente, se decidió en Madrid negar la pensión compensatoria entre personas de alta cualificación profesional que ejercían hasta el mismo momento del proceso matrimonial (50) y unánimemente se niega si existe equilibrio económico o ambos cónyuges resultan perjudicados económicamente (51).

En cuanto a la forma de cumplirla, si la prestación es única, las semejanzas con una indemnización dineraria son mayores.

Si excepcionalmente se pagase mediante una renta por tiempo indeterminado, parece que se acercaría más a una pensión alimentaria, ya que la compensación periódica e indefinida en el tiempo tendiente a conjurar el desequilibrio se asemeja en su naturaleza a los alimentos (52).

Puede establecerse en un pago periódico a plazo cierto o incierto, y también un usufructo convencional, ya que en ningún caso el juez puede constituir un usufructo o imponer su constitución (art. 2133 CCCN). También puede concertarse de otro modo que acuerden las partes o decida el juez.

El art. 442 da algunas pautas —meramente enunciativas— si no hay acuerdo de los cónyuges en el convenio regulador para fijarla:

- a) el estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización de la vida matrimonial;
- b) la dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con posterioridad al divorcio;
- c) la edad y el estado de salud de los cónyuges y de los hijos;
- d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación económica;
- e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge;
- f) la atribución de la vivienda familiar, y si recae sobre un bien ganancial, un bien propio, o un inmueble arrendado. En este último caso, quién abona el canon locativo.

La procedencia de la compensación exige acreditar la situación previa y posterior, el desequilibrio y la causa en la ruptura del matrimonio, de acuerdo con la naturaleza que se le asigne.

Inciso a): Sostiene Blanca Sillero Crovetto, en el derecho español, que a la hora de ponderar la existencia del desequilibrio económico resulta indiferente el régimen económico por el que se haya regido el matrimonio, comunidad o separación. Se apoya en la STS 3066/2012 que indicó que el régimen no es determinante del desequilibrio sino que constituye uno de los factores a tener en cuenta, y por ello cabe la pensión compensatoria tanto en un régimen de comunidad como de separación de bienes. Ni la economía regida por la separación de bienes ni la disolución del régimen de gananciales son incompatibles con la generación de desequilibrio. Puede ocurrir que la esposa haya recibido la mitad de los gananciales pero no se compensó el desequilibrio por la ruptura, por haber dedicado largos años (29, en el caso, STS 1639/2009) a su familia y a subvenir con su dedicación los éxitos económicos y empresariales del esposo. Por el hecho de separarse, su falta de experiencia, formación, edad, la sitúan en desventaja frente al marido, al no tener otro patrimonio que el recibido pero con dificultad de administrarlo adecuadamente o de incrementarlo con su trabajo [\(53\)](#).

Es claro que la situación patrimonial al momento de casarse y de la ruptura, entonces, pueden incidir en su determinación, más allá de haberse dejado constancia o no, en una convención matrimonial, de la designación y avalúo de los bienes que cada uno lleve al matrimonio (art. 446 inc. a, CCCN).

Inciso b): La amplitud de esta causa permite a mi entender cotejar conductas durante la convivencia que escapan a la noción puramente objetiva e incausada del divorcio introducido e incluso posteriores a la separación.

Azpiri sostuvo que frente a la pretensión de un cónyuge de requerir la compensación, el otro puede plantear el ejercicio abusivo del derecho por exceder los límites de la buena fe, moral y buenas costumbres (art. 10 CCCN).

Nos parece que no solamente esto es así como defensa o forma de resistir una pretensión abusiva del artífice de la ruptura, sino también como posibilidad cierta y que da la ley para verificar lo ocurrido durante el desarrollo del proyecto de vida en común comprometido al contraer el matrimonio (arg. art. 431 CCCN).

Dijimos que cuando de prestaciones compensatorias se habla, aparece el elemento indemnizatorio. Aun cuando se haga hincapié en el desequilibrio objetivo de uno de los cónyuges, aparece evidente que aquel que nunca atendió las obligaciones emanadas de la comunidad de vida, o produjo con su actitud la ruptura matrimonial, no podría ser acreedor de estas compensaciones y que el juez debería rechazar la petición. Y recordamos el art. 1579 del Código Civil alemán, que adopta también el divorcio sin causa, pero que introducen causales subjetivas para reglamentar las consecuencias económicas del divorcio y por ejemplo tienen en consideración si el beneficio es unilateralmente responsable de inconducta evidentemente grave contra el obligado [\(54\)](#).

Como claramente expresa Lidia B. Hernández, cuando el matrimonio se disuelve por causas realmente imputables a uno de los cónyuges, no debe ser indiferente para el derecho la situación gravosa que sufre quien no dió causa al conflicto, porque eso sería atentar contra un principio general del derecho, el *næminen lædere* [\(55\)](#).

La dedicación a la familia es lo opuesto a la falta de dedicación y las conductas reprobables en el orden familiar pueden ingresar en el estudio de los magistrados, sin perjuicio de las acciones resarcitorias que se promoviesen siguiendo normas genéricas de responsabilidad civil, independientes del vínculo matrimonial (arts. 1716, 1717, 1724, 1726, 1737 y ccs. CCCN).

Incisos c), d) y e): El desequilibrio que implica empeoramiento económico por la ruptura resulta de confrontar las condiciones económicas de cada esposo antes y después de la crisis. Por eso y a diferencia de la pensión alimenticia, en la compensatoria no hay que probar la existencia de la necesidad. El más desfavorecido en la ruptura puede ser acreedor aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo. Pero debe probarse el empeoramiento de la situación económica en relación a la que disfrutaba durante el matrimonio y respecto de la posición que disfrutaba el otro cónyuge (56).

La edad de los cónyuges, su estado de salud (de los cónyuges y de los hijos), la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación económica, parten del presupuesto de considerar aspectos demostrativos del desequilibrio que produce la ruptura y el empeoramiento de la situación comparativa de ambos cónyuges.

La colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge, en cambio, me parece que hace al proyecto de vida común, a la convivencia, al plan de desarrollo de la propia economía familiar.

Coincido con que uno de los esposos puede haberse beneficiado con el aporte del otro, sin retribución o con una retribución insuficiente, que debe ponderarse y compensarse a la ruptura (57).

Inciso f): Es otro de los elementos a considerar por el juez para determinar la compensación económica, la atribución de la vivienda familiar, y si recae sobre un bien ganancial, un bien propio, o un inmueble arrendado. En este último caso, quién abona el canon locativo.

Las pautas de atribución de este uso, el plazo de duración, las consecuencias sobre la liquidación o partición y causas de cese están contempladas en los arts. 443a 445 CCCN, sin que exista remisión expresa de estas alternativas en cuanto a la procedencia o cuantificación de la compensación económica.

La parte final del art. 442 CCCN prevé que la acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse dictado la sentencia de divorcio.

Como explica el Tribunal Supremo español, el derecho subjetivo reconocido a una pensión compensatoria es un derecho subjetivo sujeto a principios generales de la justicia rogada y del principio dispositivo formal, por lo que es susceptible de renuncia por su beneficiario, con la consecuencia de que la renuncia a la pensión hecha por ambos cónyuges de común acuerdo en convenio regulador o la ausencia de petición expresa por la parte interesada impiden su estimación por el Tribunal (58).

Del mismo modo, entonces, podrá caducar el derecho a solicitar la compensación económica con el solo transcurso del plazo fijado de seis meses de haberse dictado la sentencia de divorcio, que aunque el art. 442 CCCN habla de una caducidad de la acción, en realidad se pierde el derecho a formular esta reclamación.

Esta caducidad es independiente de los plazos de prescripción liberatoria de las acciones de daños indicados en los arts. 2560 y 2561 CCCN, manteniéndose el criterio actual en materia de suspensión del curso de la prescripción entre cónyuges (art. 2543 CCCN).

En cuanto a la cuantía de esta compensación, Carlos Pizarro Wilson (59) recuerda el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile que fijó la compensación económica reclamada, habiéndose acreditado por la cónyuge requirente que se dedicó al cuidado de sus tres hijos y al hogar en común sin ejecutar actividad remunerada desde la época del matrimonio en el año 1966 hasta el cese efectivo de la convivencia ocurrida en el año 1990. Con posterioridad, a partir del año 1995, comenzó a trabajar como secretaria manteniendo su trabajo hasta la fecha del juicio de divorcio. Se sostuvo que no basta con mirar hacia el pasado buscando establecer la medida del empobrecimiento, sino que es menester examinar también otros aspectos que permiten evaluar la proyección o consecuencia de ese menoscabo en la vida futura del cónyuge solicitante (art. 62 de la nueva Ley de Matrimonio Civil de Chile): la duración del matrimonio, 40 años; la convivencia efectiva, 24 años; la edad y estado de salud de la mujer, 61 años de edad, actualmente sana, pero con un antecedente de cáncer mamario tratado, que le significa controles médicos semestrales para prevenir nuevas manifestaciones de la enfermedad; la situación patrimonial del cónyuge demandante, que la solicitante presta servicios con honorarios en el Hospital Clínico de la Universidad Católica, desempeñando labores de secretaria, es propietaria de un departamento en el cual vive en la actualidad, no constando si mantiene deuda con el sistema financiero por este concepto; la situación previsional, que no está afiliada a ningún sistema previsional que la habilite para obtener una jubilación y que en materia de salud, hasta la fecha ha sido carga del demandante principal en su plan de salud, situación que hacia el futuro dependerá de la voluntad del solicitante; los ingresos por pensión alimenticia: a partir de la separación de hecho, el demandado reconventional le ha entregado a la actora una pensión de alimentos de aproximadamente \$400.000 mensuales; el régimen patrimonial del matrimonio, que los cónyuges se separaron de bienes y liquidaron la sociedad conyugal de común acuerdo, conforme lo autoriza el

artículo 1723 del Código Civil, por escritura pública de 20 de diciembre de 1982, adjudicándose cada cual, bienes por un valor cercano a los dos millones y medio de pesos de la época; la situación económica del cónyuge demandado, quien se trata de un médico cirujano de vasta trayectoria y reconocido prestigio, que se ha desempeñado ininterrumpidamente como ginecólogo por espacio de 40 años, salvo esporádicos viajes de perfeccionamiento al extranjero. Recibe en la actualidad una suma mensual aproximada de \$1.800.000; que paralelamente ha tenido oportunidad de ejercer con éxito su profesión en forma privada a través de una sociedad. Era propietario de un departamento ubicado en Santiago, hasta marzo de 2004, por el cual percibía una renta de arrendamiento que entregaba a su cónyuge, hasta poco después de iniciado el presente juicio. La aplicación de los criterios precedentes hicieron concluir al tribunal sobre la existencia del menoscabo, pero lo más notable lo constituye el considerando 11° que explica la cuantía y que a continuación transcribo: "11°. Que para determinar la cuantía de la compensación se tomará como referente una suma similar a lo que en la actualidad percibe la solicitante mensualmente, esto es, de \$400.000, menos cotizaciones previsionales que para estos efectos estimaremos sólo en un 13%, lo que arroja un monto de \$348.000. Lo anterior, por entender que si la actora puede generar ingresos por ese valor, en la actualidad, a los 61 años y sin ninguna capacitación especial, es perfectamente razonable suponer que habría estado en condiciones de producir, a lo menos, ese mismo ingreso, durante los 24 años de convivencia. Por otra parte, si ello hubiera sido así, la solicitante habría tenido oportunidad de cotizar en el sistema previsional, acumulando a esta fecha un capital sobre la base del cual se calcularía su pensión de vejez. En consecuencia, a lo anterior se agregará la cantidad que resulte de calcular el 13% de \$400.000 (tasa de cotización estimada) durante el período de 24 años. Se tiene presente, en todo caso, que el matrimonio estaba casado bajo el régimen de sociedad conyugal, por lo que el trabajo de la mujer habría dado lugar a un patrimonio reservado (artículo 150 del Código Civil), que podemos estimar debió colacionarse al haber social al momento de la liquidación de la sociedad conyugal, verificada en 1982, toda vez que la situación económica del matrimonio a esa fecha no habría ameritado, razonablemente, que la cónyuge hubiera renunciado a sus ganancias. Así las cosas, los cálculos anteriores dan el siguiente resultado: a) Ganancias que podría haber generado la solicitante entre los años 1966 y 1982 (fecha en que se liquidó la sociedad conyugal) resultan de multiplicar \$348.000 por 192 meses: \$66.816.000; b) Liquidación de la sociedad conyugal en el año 1982, supone que dichas ganancias se dividen en mitades, correspondiéndole a cada cónyuge una suma de \$33.408.000; c) Ingresos posteriores a 1982 y hasta 1990, debieron quedar íntegramente en el patrimonio de la solicitante, al comenzar a regir la separación de bienes como régimen matrimonial, lo que significa \$348.000 por 96 meses: \$33.408.000; d) Cotización estimada de 13% sobre una remuneración de \$400.000, por espacio de 288 meses: \$14.976.000. En consecuencia, los cálculos anteriores permiten estimar, prudencialmente, el monto de la compensación económica solicitada, en una suma de \$81.792.000. 12°. Que considerando que la solicitante es dueña del inmueble donde vive y no habiéndose hecho constar que tenga alguna deuda con el sistema financiero que la obligue a pagar un dividendo mensual por esa propiedad, se deducirá prudencialmente del monto anterior, un 10%, lo que arroja un monto final de \$73.612.800, que el demandado reconvenional deberá pagar a la demandante por concepto de compensación económica, más el interés corriente desde que la presente sentencia quede ejecutoriada, hasta la fecha de su pago efectivo". Concluye el autor en cita que esta sentencia constituye el intento más serio hasta ahora para justificar la cuantía de la compensación económica. No existe una discrecionalidad absoluta, ni tampoco el tribunal a partir de la regla de la sana crítica en materia procesal provee una sentencia sin fundamento. Aquí el juez otorga una relevancia significativa a la mirada hacia el pasado, aunque como lo indica no en forma exclusiva. Es esa mirada lo que justifica la compensación y magnitud del menoscabo económico. Es cierto que este no debe considerarse el caso paradigmático para el cálculo de la compensación económica. El juez despliega un análisis sobre la situación del cónyuge requirente considerando las circunstancias enumeradas en el artículo 62, como un elemento de dirección y orientación del cálculo de la compensación [\(60\)](#).

La transcripción del considerando del fallo chileno puede servir de ejemplo de la magnitud que puede tomar esta compensación, equivalente a más de cuarenta sueldos del marido, en el caso.

## VII. Conclusiones

El Código sancionado debió incluir con mayor claridad los deberes derivados del matrimonio, pues facilitar la disolución sin plazos ni causas no puede significar desnaturalización de la unión matrimonial.

La evaluación de conductas puede ingresar en la consideración de la regulación de los efectos del divorcio y en particular de la fijación judicial de la compensación económica.

El inc. b) del art. 442 CCCN indica que el juez debe determinar la procedencia y el monto de la compensación económica, sobre la base, entre otras circunstancias de la dedicación a la familia, y esta dedicación puede incluir la evaluación de conductas desleales en cuanto al proyecto de vida en común.

Si el juez puede modificar la fecha de disolución de la comunidad en caso de separación de hecho y divorcio

ulterior, si hubo fraude o abuso del derecho (art. 480 CCCN), podrá también a analizar la ruptura al proyecto de vida en común, al tiempo de evaluar las ventajas y sacrificios de ambos en su unión y los hechos posteriores al cese de la convivencia.

(1) Advertimos al lector desde el inicio, que desde el punto de vista de la política legislativa nos inclinamos más por el sistema francés regulatorio de la ruptura conyugal, ver Hernández, Lidia B., Ocampo, Carlos G. y Ugarte, Luis A., Matrimonio y divorcio en el anteproyecto de Código Civil y comercial, LL2012-C, rev. LL 30.5.12, p. 1 y ss. y también coincidimos con las apreciaciones de Lidia B. Hernández, El vaciamiento de la culpa en materia matrimonial en la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, en RDFyP, Año VI, Número 10, Noviembre 2014, p. 37 y ss. De todos modos, este trabajo no apunta a un análisis de lege ferenda sino a analizar las posibilidades de interpretación que brinda el nuevo código.

(2) Por su parte, el artículo 81 (conf. la Ley 15/2005) del CCiv. de España prevé: "Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio: 1.º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código. 2.º A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio. A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación. Y el artículo 86 (conf. Ley 15/2005) dispone: "Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, la petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81".

(3) Los tres artículos siguientes, contemplan el deber de alimentos entre cónyuges, durante la vida en común y la separación de hecho (art. 432), indican las pautas para su fijación (art. 433) y prevén los casos de procedencia de los alimentos posteriores al divorcio, por resolución judicial o convenio (art.434).

(4) Título 7, Responsabilidad parental: Capítulo 3, Deberes y derechos de los progenitores. Reglas generales (arts. 646 y 647 CCCN), Capítulo 4, Deberes y derechos sobre el cuidado de los hijos (arts. 648 a 657), Capítulo 5, Deberes y derechos de los progenitores. Obligación de alimentos (arts.658 a 670), Capítulo 7, Deberes y derechos de los progenitores e hijos afines (arts. 672 a 676)

(5) HERRERA, Marisa, "El régimen de divorcio incausado en el Código Civil y Comercial de la Nación", Suplemento especial La Ley, diciembre 2014, p. 53 y ss, esp. p. 55, quien califica de "fundamentalistas" a los que "defienden la institución matrimonial con ribetes de perpetuidad y no menos hipocresía, con un dejo de autoritarismo y verticalidad".

(6) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014", en LL 2014-E, rev. LL del 8-10-14, p. 1 y ss.

(7) ORLANDI, Olga E., "Los principales cambios en el derecho sancionado", Suplemento especial La Ley, diciembre 2014, p. 1 y ss, esp. p. 3.

(8) AZPIRI, Jorge O., "El matrimonio sin convivencia y sus peculiaridades", RDF 66-115.

(9) Tribunal Superior de Córdoba, sala Civil y Comercial, 20/2/1996, LLC 1996-1227, voto de la Dra. Kaller de Orchansky

(10) C. Nac. Civ., sala J, del 10/10/2002

(11) C. Nac. Civ., sala B, 04/12/2006, C., M. H. v. V., A. E, Citar Lexis N° 35010179, voto del Dr. Mauricio Mizrahi.

(12) Si un cónyuge se va a cursar un doctorado al exterior y en el interín su cónyuge muere, en mi opinión carece de falta de voluntad de unirse, y sin duda, hereda. En contra, Herrera, Marisa, El régimen de divorcio incausado... cit., suplemento LL Suplemento especial La Ley, diciembre 2014, p. 53 y ss, esp. p. 56.

(13) 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 C. Rivera, Coordinador: Graciela Medina, Abeledo Perrot, 2012, p. 289.

(14) MAZZINGHI, Jorge A. M., "El Código Civil y Comercial y las relaciones de familia", LA LEY 24/04/2015, 1, Cita Online: AR/DOC/1266/2015

(15) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "Cuando de swingers se trata la Constitución es la que manda", en L.L.

2003-E-501

(16) BASSET, Úrsula Cristina, "El proyecto de vida en común como deber englobante en el Código Civil y Comercial de la Nación", en RDFP, año VI, noviembre 2014, N° 10, p. 83 y ss, esp. p.89.

(17) BELLUSCIO, Augusto C., "Manual de Derecho de Familia", p. 31, n° 11, 10a ed., ed. Abeledo perrot, Bs.As., 2011

(18) AZPIRI, Jorge O, "Incidencias ...", p. 58.

(19) Fundamentos del Proyecto, con cita de la reforma española de 2005.

(20) El art. 229 del Código civil francés enumera cuatro casos de divorcio: por consentimiento mutuo, por aceptación del principio de ruptura del matrimonio, por alteración definitiva del vínculo conyugal y por culpa, v. Belluscio, Augusto C., La nueva ley de divorcio francesa, LL 2004-E, rev. LL 6-8-04, p. 1 y ss.

(21) Hernández, Lidia B., Ocampo, Carlos G. y Ugarte, Luis A., Matrimonio y divorcio en el anteproyecto de Código Civil y Comercial, LL 2012-C, rev. del 30.5.12, p. 1 y ss.

(22) AZPIRI, Jorge O., "El matrimonio sin convivencia", RDF 66-115.

(23) ORLANDI, Olga E., "Los principales cambios en el derecho sancionado", Suplemento especial La Ley, diciembre 2014, p. 1 y ss, esp. p. 10.

(24) ORLANDI, Olga E., "Los principales cambios en el derecho sancionado", Suplemento especial La Ley, diciembre 2014, p. 1 y ss, esp. p. 11 y nota 36.

(25) ORLANDI, Olga, "Matrimonio: los principales cambios ...", cit., p. 12

(26) BELLUSCIO, Augusto C., "El matrimonio en el proyecto de reformas. Revista de Derecho privado y comunitario", I-2012-2, cit. por HERNANDEZ Lidia B., "El vaciamiento de la culpa en materia matrimonial en la reforma del Código Civil y comercial de la nación", en RDFyP, Año VI, N° 10, noviembre de 2014, p. 37 y nota 1.

(27) ZANNONI, Eduardo A., "El divorcio en Argentina", p. 71, citado en CNCiv., sala K, 27-6-08, Expediente 67.092/2.005, "D'A., C.A. c/L., A.N. s/Divorcio art. 214, inc. 2° del Código Civil. Proceso especial".

(28) AZPIRI, Jorge O. "Incidencias", cit. ..., p. 110, n)

(29) AZPIRI, Jorge O., "Incidencias del Código Civil y Comercial, Derecho de Familia", p. 76, ed. Hamurabi, Bs.As., 2015.

(30) Esta preferencia pudo también dejar a salvo la excepcionalidad del divorcio culpable del derecho francés, pues hoy se obliga a no discutir culpas en el divorcio, privando de la posibilidad de hacerlo.

(31) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Las nuevas realidades familiares", cit.

(32) PASTOR VITA, J., "Algunas consideraciones sobre la Ley de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio, Revista de Derecho de Familia 2005", pp. 32 y ss., citado por TORRERO MUÑOZ, Magda, "Cuestiones generales en torno al convenio regulador de los efectos de la separación y del divorcio", p. 21 y nota 3, en LLOPIS GINER, Juan Manuel (coordinador), "El Contenido del convenio regulador, sus diferentes aspectos", ed. Fundación registral, Madrid, 2006.

(33) Audiencia provincial de Barcelona, 20.3.02, RJ 2002/151791, cit. por Torrero Muñoz, ob. cit., p. 24.

(34) LLOPIS GINER, Juan Manuel (coordinador) "El contenido del convenio regulador. Sus diferentes aspectos", p. 18, ed. Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.

(35) Audiencia Provincial de Barcelona, 10.9.99, AC 1999/2052, cit. por Torrero Muñoz, p. 35.

(36) ESPARZA OLCINA, Carlos, "Elementos personales intervinientes en el convenio regulador", en Llopis Giner, J.M. (coordinador), ob.cit., p. 56.

(37) HOLLWECK, Mariana, "Divorcio vincular, interpretación de los arts. 437 y 438 del proyecto", en DFyP, julio de 2012, p 73.

(38) Audiencia Provincial de Valencia, 15.5.95., AC 1995/961, Torrero Muñoz ob cit., p. 35 nota 18.

(39) Audiencia Provincial de Murcia, 17.3.05, (JUR 2005/115586), Torrero Muñoz ob cit., p. 38.

(40) Audiencia Provincial de Guizpúzcoa, 1.2.00, (JUR 2000/219127), Torrero Muñoz ob cit., p. 39, nota 19.



- (41) VELOSO, Sandra F., en Medina-Rivera, "Código citado", com. art. 440.
- (42) Audiencia Provincial de Navarra, 29.7.97, (AC 1997/1593), Torrero Muñoz ob cit., p. 40.
- (43) Audiencia Provincial de Valencia, 30.6.04 (JUR 2005/1781), Torrero Muñoz ob cit., p. 41.
- (44) SEOANE PRADO, J., ob. cit., p.435, citado por CARRIÓN OLMOS, S., ob. cit., p. 336, nota 199.
- (45) ROCA TRÍAS, Encarna, "Comentario al art. 90 en Comentarios a las Reformas de derecho de familia", t. I, p. 557, Madrid, 1984. En igual sentido, SEOANE PRADO, J., "Prestaciones económicas, derecho de alimentos y pensión compensatoria, Tratado. Derecho de Familia", coordinación de Pedro González Poveda y Pilar González Vicente, p.431, SEPIN, Madrid, 2005.
- (46) SSTs, 10.2. y 26.2.05, Carrión Olmos, ob. cit., p. 335, nota 196.
- (47) VELOSO, Sandra F., en Medina-Rivera, "Código comentado", cit., com. art. 441.
- (48) HERRERA, Marisa, El régimen de divorcio incausado en el Código Civil y Comercial de la Nación, en suplemento especial La Ley, diciembre de 2014, p. 53 y ss., ed. La Ley.
- (49) VELOSO, Sandra, F., en Medina y Rivera, "Código comentado", cit., comentario art. 441.
- (50) SAP Madrid, 22.1.04, JUR 2004/261307, cit. por Carrión Olmos, ob. cit., p. 341/2.
- (51) PÉREZ MARTÍN, cit. por Carrión Olmos, ob. cit., p. 344, nota 219.
- (52) AZPIRI, J.O., "Incidencias del Código Civil y Comercial", cit., p. 76.
- (53) SILLERO CROVETTO, Blanca, en García Presas, Inmaculada, "Las crisis matrimoniales, nulidad, separación y divorcio", p. 174 y citas de jurisprudencia de Sentencias del Tribunal Supremo de España; ed. Juruá, Lisboa, Portugal, 2014.
- (54) HERNÁNDEZ, Lidia B.; OCAMPO, Carlos G.; UGARTE, Luis A., "Matrimonio y divorcio en el anteproyecto de Código Civil y comercial", LL2012-C, rev. LL 30.5.12, p. 1 y ss.
- (55) HERNÁNDEZ, Lidia B., "El vaciamiento de la culpa en materia matrimonial en la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación", en RDFyP, Año VI, Número 10, Noviembre 2014, p. 37 y ss.
- (56) SILLERO CROVETTO, Blanca, en García Presas, Inmaculada, "Las crisis matrimoniales", cit., p. 178
- (57) AZPIRI, Jorge O., "Incidencias", cit., p. 78.
- (58) SST 9174/1987, 9649/1998, 417/2009, 4821/2009 y 526/2010, cit por SILLERO CROVETTO, Blanca, en García Presas, I., "Las crisis matrimoniales", cit., p. 179.
- (59) Pizarro Wilson, Carlos, La cuantía de la compensación económica, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Revista de Derecho (Valdivia) - Vol. XXII - N° 1 - Julio 2009, Páginas 35-54.[http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502009000100002&script=sci\\_arttext](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09502009000100002&script=sci_arttext)
- (60) Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de enero de 2007, N° ingreso 676-2006.