

PREEVALUATIVO INTENSIVO DE INVIERNO

Derecho de Familia – Cátedra III

DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO

- La disolución del matrimonio produce la extinción del vínculo jurídico por la concurrencia de causales sobrevinientes a su celebración. Esto indica que el vínculo disuelto reconoce como antecedente un matrimonio existente y válido.
- El encuadre precedente permite distinguir la disolución de la nulidad del matrimonio. Un matrimonio será declarado nulo cuando se constate que adolece de un vicio existente al momento de su celebración, situación que impide el nacimiento del vínculo.

□ Causales de disolución

El matrimonio se disuelve por:

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

DIVORCIO

- Recordemos que en nuestro derecho interno el divorcio se introduce con la ley 23.515. A partir de esta norma, queda comprendido entre las causales de disolución del matrimonio, pero conservando en paralelo la separación personal como acción de estado que ponía fin a la comunidad de vida, sin recobrar la pareja la aptitud nupcial. En los supuestos en que se hubiera recurrido a la separación personal, se podía recobrar la aptitud nupcial peticionando la conversión de la sentencia de separación personal en divorcio vincular.
- Esta doble alternativa desaparece con el nuevo Código, al prever sólo el divorcio como acción de estado que permite en vida de los cónyuges sumar, a la finalización del proyecto de vida común, la disolución del vínculo matrimonial. Es por ello que se suprime el término "vincular" y se enuncia esta causal como "divorcio declarado judicialmente".

DIVORCIO

□ **Derecho a peticionar el divorcio. Nulidad de la renuncia**

El art. 436 del CCyCN establece: Es nula toda renuncia de cualquiera de los cónyuges a la facultad de pedir el divorcio; el pacto o cláusula que restrinja la facultad de solicitarlo se tiene por no escrito.

Atento a que el régimen de divorcio se inserta dentro de un sistema que orienta su contenido a la protección de la persona y sus derechos, resulta comprensible que se establezca esta sanción para prevenir posibles convenios que se celebren con este objeto, comprometiendo el derecho a la libertad, el principio de autonomía de la voluntad (art. 19, CN) y el derecho a casarse (art. 20, CN).

Además, el enunciado debe ser vinculado con los artículos 446 y 447 del CCyCN, los cuales refieren al objeto de las convenciones matrimoniales. El primero dispone: Antes de la celebración del matrimonio los futuros cónyuges pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes: a. la designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio; b. la enunciación de las deudas; c. las donaciones que se hagan entre ellos; d. la opción que hagan por alguno de los regímenes patrimoniales previstos en este Código. El enunciado anterior debe vincularse con lo dispuesto en el art. 447: Toda convención entre los futuros cónyuges sobre cualquier otro objeto relativo a su patrimonio es de ningún valor.

DIVORCIO

▣ La petición de divorcio como materialización del divorcio sin expresión de causa

De forma simple y directa, el art. 437 del CCyCN dice lo siguiente: "El divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges".

Con este enunciado se introduce un cambio sustancial, al pasar de un régimen de divorcio con expresión de causa en el CCiv. derogado a un régimen sin expresión de causa en el CCyCN.

El empleo del término "petición" indica que el divorcio deja de asimilarse a una contienda o controversia para convertirse en un trámite abreviado, que sólo condiciona su procedencia a la presentación de una propuesta reguladora de efectos. Como se afirma en los Fundamentos de lo que fuera en sus inicios el Anteproyecto del Código Civil y Comercial:

[...] El respeto por la libertad y autonomía de la persona humana y su proyecto de vida impone la obligación de evitar forzar a un sujeto a continuar con un matrimonio que ya no se desea. La protección integral de la familia de tipo matrimonial no implica desconocer los derechos fundamentales de cada uno de sus integrantes, quienes no pueden ver conculcados sus derechos a costa o por fuerza del matrimonio [...].

DIVORCIO

□ La petición de divorcio como materialización del divorcio sin expresión de causa

Otro cambio importante refiere a la supresión de la separación personal, conservándose sólo el divorcio declarado judicialmente como camino que pone fin al proyecto de vida común, actuando al mismo tiempo como causal de disolución del vínculo matrimonial en vida de los esposos.

Respecto del juez competente, el art. 717, capítulo 3 ("Reglas de competencia") del título III ("Proceso de familia"), del CCyCN dispone: En las acciones de divorcio o nulidad, las conexas con ellas y las que versan sobre los efectos de la sentencia, es competente el juez del último domicilio conyugal o el del demandado a elección del actor, o el de cualquiera de los cónyuges si la presentación es conjunta [...].

Para completar el encuadre y resaltar los cambios trascendentes que se introducen con el nuevo régimen, pasamos a enunciar sus notas típicas:

- 1) Se suprime la separación personal

DIVORCIO

▣ La petición de divorcio como materialización del divorcio sin expresión de causa

2) La única vía válida para lograr el divorcio es la judicial. De esta forma, el derecho interno no recepta el divorcio por vía notarial o administrativa.

3) No se fija plazo de espera. En el CCiv. anterior no se exigía un plazo de espera para las causales subjetivas, mientras que las causales objetivas de separación de hecho y presentación conjunta sólo procedían cuando se encontrase cumplido el plazo de espera dispuesto por ley.

4) El divorcio judicial procede ante la petición bilateral o petición unilateral, sin expresar causal.

Se deja atrás un sistema con expresión de causa para ingresar a un sistema sin expresión de causa. El cambio muestra el predominio de la autonomía de la voluntad por sobre el orden público familiar en este aspecto, sin perjuicio de que, en lo que refiere a los efectos, se establezcan requisitos mínimos que, con fundamento en el principio de solidaridad familiar, apuntan a la protección de los derechos de cada cónyuge.

DIVORCIO

▣ La petición de divorcio como materialización del divorcio sin expresión de causa

Al tratarse de un divorcio sin expresión de causa, se suprimen las causales subjetivas y objetivas, simplificándose el proceso de divorcio a un pedido unilateral o bilateral, que impide al juez indagar acerca de los motivos que precipitaron el interés de poner fin al proyecto de vida común.

5) Trátese de petición unilateral o bilateral, debe acompañarse una propuesta reguladora de los efectos. De ésta depende la admisión de la petición. A través de esta exigencia se presigue resguardar los efectos que nacen con el estado de divorciados y que alcanzan tanto a los cónyuges como a los hijos, si los hubiera.

Si bien, como dijimos, predomina en el divorcio el principio de autonomía, el régimen proyectado prevé limitaciones que tienen sustento en el principio de solidaridad. Así, cuando se trate de efectos que involucren de forma directa derechos humanos, como atribución de la vivienda y alimentos en supuestos excepcionales y la compensación económica. Asimismo, cuando existieren hijos, resultarán de aplicación las normas propias del instituto de la responsabilidad parental.

6) Si se acompaña la propuesta reguladora de efectos, el juez tiene el deber de decretar el divorcio. El deber del juez de ajustarse al querer de ambos o de uno de los cónyuges denota el predominio de la libertad y autonomía en el divorcio.

DIVORCIO

▣ Procedimiento

El procedimiento del divorcio contenido en el art. 438 del CCyCN reconoce como fuente los artículos 81, 86 y 90 de la ley española 15/2005. De una lectura de los enunciados citados surge que el Código recoge la misma línea al regular el divorcio dentro del nuevo sistema, pero sin exigir un plazo de espera previo, como lo establece el régimen español, según el cual se admite la petición unilateral o bilateral de divorcio después de haber transcurrido un mínimo de tres meses de casados, salvo "[...] cuando se acredite 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".

La norma, cuando se ocupa de regular el procedimiento, distingue la petición unilateral de la petición bilateral, en vinculación con la propuesta reguladora de efectos. En este marco, pueden presentarse distintas situaciones:

- a) Petición bilateral con presentación de propuesta única, por estar de acuerdo los cónyuges con todos los puntos que hacen a su contenido.
- b) Petición bilateral con presentación de una propuesta que sólo comprende aspectos consensuados por la pareja, trasladando a sede judicial los puntos de desencuentro.

DIVORCIO

▮ Procedimiento

- c) Petición unilateral con presentación de propuesta aceptada por el otro cónyuge en todos sus términos.
- d) Petición unilateral con presentación de propuesta no aceptada por el otro cónyuge, quien presenta otra propuesta.
- e) Petición unilateral con presentación de propuesta aceptada parcialmente por el otro cónyuge y presentación de otra propuesta comprensiva de los puntos de desencuentro.

Cuando se trate de una petición unilateral que se acompañe con una propuesta reguladora, el juez deberá correr traslado a la otra parte para que exprese su conformidad a la propuesta o acompañe una contrapropuesta. El cónyuge demandado en ningún caso podrá oponerse al pedido de divorcio. Esto último indica que será deber del juez decretar el divorcio si la propuesta fue presentada, sin perjuicio de que la propuesta deba sustanciarse por haber presentado el cónyuge que no petitionó el divorcio otra propuesta o por existir un desacuerdo relativo a la propuesta en el marco de una petición bilateral de divorcio: "[...] En ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio [...]" (art. 438, CCyCN).

DIVORCIO

▣ Procedimiento

Cuando mediaren desacuerdos entre los cónyuges respecto de la propuesta total o respecto de ciertos puntos de la misma, el juez deberá convocar una audiencia para evaluar los contenidos de la propuesta o las propuestas. Con este fin, las partes deberán acompañar los elementos que sirvan de fundamento a la propuesta, sin perjuicio de que el juez, si lo estima conveniente, ordene sumar otros elementos.

En todos los casos, será deber del juez acercar a las partes para que ellas arriben a un acuerdo que garantice la efectividad de sus derechos.

Cuando se trate de supuestos de petición bilateral con presentación de propuesta consensuada, el juez rápidamente podrá resolver las dos cuestiones comprendidas en el proceso: decretará el divorcio y homologará la propuesta reguladora de efectos.

Con respecto al contenido de la propuesta, a modo enunciativo, comprende el art. 439 del CCyCN: atribución de la vivienda, distribución de los bienes, compensaciones económicas, ejercicio de la responsabilidad parental, alimentos a los hijos y otras cuestiones de interés.

EFECTOS DEL DIVORCIO

- La presentación de la propuesta reguladora de efectos se establece como una condición de procedencia de la petición unilateral o bilateral de divorcio.
- La obligatoriedad de la presentación de la propuesta tiene como fin delegar en los cónyuges la definición de los efectos personales y patrimoniales que nacen con el estado de divorciado. De esta forma, se busca hacer efectivo el principio de autonomía de la voluntad.
- El art. 439 del CCyCN contiene un enunciado de los aspectos que puede comprender la propuesta: 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.

EFFECTOS DEL DIVORCIO

- Del texto surge que se trata de un listado meramente enunciativo y no taxativo. Por lo tanto, el o los cónyuges considerarán todos los efectos contemplados o alguno de ellos, y tendrán la posibilidad de sumar otras cuestiones de interés. En suma, tienen libertad para definir el contenido de la propuesta, la cual se ajustará a la realidad propia de cada familia.
- *Matrimonios sin cuestiones a resolver.* Si se tratara de un matrimonio sin hijos, sin bienes o que los cónyuges consideren que no hay otros efectos a regular, ¿deben acompañar con la petición de divorcio una propuesta sin efectos a regular? La norma, por su alcance general, no se ocupa de discriminar situaciones diversas, como la que presentamos. Nos inclinamos a pensar que en este caso, para evitar la declaración de inadmisibilidad de la petición, corresponderá dejar constancia expresa y fundada de la ausencia de efectos a regular en el escrito de pedido de divorcio.

EFECTOS DEL DIVORCIO

- *Comprensión en la propuesta de una regulación de los efectos con un alcance mayor al que otorga la norma cuando regula ciertos efectos comprendidos dentro del piso mínimo de protección.* Pensemos en los alimentos posteriores al divorcio. El art. 434 del CCyCN sólo reconoce una prestación de alimentos "[...] a. A favor de quien padece una enfermedad preexistente al divorcio que le impide autosustentarse [...] b. a favor de quien no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos [...]". Como las partes tienen libertad para negociar los efectos, sin que esto implique dejar a uno de ellos en una situación de debilidad jurídica, resulta totalmente válido que acuerden pactar una prestación a favor de cualquiera de ellos, sin considerar los límites que se desprenden del art. 434. A estas razones, se suma la referencia que contiene la norma de los alimentos de fuente convencional: "[...] Si el convenio regulador del divorcio se refiere a los alimentos, rigen las pautas convenidas" (art. 434, *in fine*, CCyCN).

EFECTOS DEL DIVORCIO

- La misma reflexión se extiende para la *compensación económica*, la cual está prevista como aspecto susceptible de integrar la propuesta reguladora, como así también, cuando no se la incluya, podrá ser reclamada bajo los parámetros dispuestos en la norma, por ser parte de los efectos que integran el piso mínimo de protección.
- Podrá incluirse en la propuesta o convenio regulador la *distribución de los bienes habidos durante el matrimonio*. En el supuesto de matrimonios cuyas relaciones patrimoniales estuvieron regidas durante el desarrollo del proyecto de vida común por el régimen de comunidad, podrá incluirse en la propuesta la distribución de los bienes gananciales, las deudas, las cargas y las recompensas. En cambio, si se tratase de un régimen de separación de bienes, podría definirse en la propuesta las contribuciones que recíprocamente se puedan reclamar en virtud de las deudas solidarias comprendidas en el régimen primario (arts. 455 y 461, CCyCN).

EFFECTOS DEL DIVORCIO

- ▮ *Atribución de la vivienda familiar.* La definición de esta cuestión alcanza a la pareja casada con y sin hijos. Si bien la presencia de éstos será un elemento fundamental a considerar, no será óbice para el reconocimiento de atribución de la vivienda en función de la situación de necesidad que atraviese la persona de cualquiera de los cónyuges, con prescindencia de la existencia de hijos (art. 443, CCyCN). Desde esta perspectiva, uno de los cónyuges podrá proponer o ambos convenir cuál de ellos permanecerá en el uso de la vivienda, duración en el tiempo, efectos y causas de extinción. En el supuesto de contar con más de un inmueble habitable que se ajuste a las necesidades a cubrir, podrá definirse en la propuesta cuál de ellos será atribuido.
- ▮ Una mención especial merece la inclusión de cuestiones que, al formar parte del instituto de la *responsabilidad parental*, comprende a la persona y derechos de los hijos. En estos casos, será deber del juez evaluar si los derechos comprometidos se encuentran debidamente resguardados. Si así no lo fuera, las decisiones que libremente acuerden o disponga el cónyuge peticionante serán objeto de revisión y adecuación en la justicia. La advertencia que se expone tiene que ser siempre tenida en consideración por el abogado que patrocine a cada cónyuge.

EFECTOS DEL DIVORCIO

- Como guía a considerar, las partes podrán recurrir a lo dispuesto en el art. 656 del CCyCN con respecto al plan de parentalidad: Los progenitores pueden presentar un plan de parentalidad relativo al cuidado del hijo, que contenga: a. lugar y tiempo en que el hijo permanece con cada progenitor; b. responsabilidades que cada uno asume; c. régimen de vacaciones, días festivos y otras fechas significativas para la familia; d. régimen de relación y comunicación con el hijo cuando éste reside con el otro progenitor. El plan de parentalidad propuesto puede ser modificado por los progenitores en función de las necesidades del grupo familiar y del hijo en sus diferentes etapas. Los progenitores deben procurar la participación del hijo en el plan de parentalidad y en su modificación.
- Lo sustantivo a rescatar de este enunciado es la mención que se refiere al deber de los progenitores de garantizar la participación de los hijos en el diseño de la propuesta reguladora y en sus modificaciones futuras en todo aquello que los involucre, participación que se medirá en función de su autonomía progresiva.

EFECTOS DEL DIVORCIO

- Si en la propuesta reguladora nada se dice respecto del cuidado de los hijos, el juez definirá la cuestión conforme a lo dispuesto en el art. 656 del CCyCN: [E]l juez debe fijar el régimen de cuidado de los hijos y priorizar la modalidad compartida indistinta, excepto que por razones fundadas resulte más beneficioso el cuidado unipersonal o alternado. Cualquier decisión en materia de cuidado personal del hijo debe basarse en conductas concretas del progenitor que puedan lesionar el bienestar del niño o adolescente no siendo admisibles discriminaciones fundadas en el sexo u orientación sexual, la religión, las preferencias políticas o ideológicas o cualquier otra condición.
- Otro tema sensible son los alimentos derivados de la responsabilidad parental.

EFECTOS DEL DIVORCIO

- En primer término, se tendrá que tener en cuenta que los alimentos a los hijos tienen un contenido amplio, para garantizar la satisfacción integral de sus necesidades (art. 659, CCyCN), advirtiendo que, cuando en la propuesta se disponga el cuidado personal compartido, deberán seguirse los parámetros contenidos en el art. 666 del CCyCN: [S]i ambos progenitores cuentan con recursos equivalentes, cada uno debe hacerse cargo de la manutención cuando el hijo permanece bajo su cuidado; si los recursos de los progenitores no son equivalentes, aquel que cuenta con mayores ingresos debe pasar una cuota alimentaria al otro para que el hijo goce del mismo nivel de vida en ambos hogares. Los gastos comunes deben ser solventados por ambos progenitores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 658.
- Además, cabe tener presente que los alimentos a favor de los hijos se extienden hasta los veintiún años, "[...] excepto que el obligado acredite que el hijo mayor de edad cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo" (658, CCyCN). También podrá incluirse en la propuesta los alimentos al hijo mayor de edad que se capacita, teniendo en consideración el límite de vigencia de la prestación de alimentos hasta la edad de veinticinco años (art. 663, CCyCN).
- Si se tratara de un matrimonio que petitiona el divorcio en el que la mujer cursa un embarazo, podrá incluirse en la propuesta una prestación de alimentos a favor de ésta (art. 665, CCyCN).

EFECTOS DEL DIVORCIO

▣ Homologación

La propuesta o convenio regulador debe ser homologado por el juez, después de que éste realice una evaluación de sus términos y estime que se ajustan a un criterio de equidad, el cual se medirá en función de la protección de los derechos de los ex cónyuges.

EFECTOS DEL DIVORCIO

- ▣ **Los efectos comprendidos en el piso mínimo de protección**
- ▣ **Alimentos posteriores a la petición judicial de divorcio**

Prevé excepcionalmente la subsistencia del derecho a reclamar alimentos a favor del excónyuge que se encuentre comprendido en alguno de los dos extremos reconocidos en la norma: "[...] a) a favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio que le impide autosustentarse. Si el alimentante fallece, la obligación se transmite a los herederos; b) a favor de quien no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos [...]" (art. 434, CCyCN). Los dos supuestos enunciados se hacen operativos si concurren los extremos dispuestos en la norma, puesto que al consagrarse un divorcio sin expresión de causa se entiende que, en principio, quienes fueron cónyuges y dejaron de serlo quedaron liberados recíprocamente del deber derecho de alimentos en el nuevo proyecto de vida que cada uno emprende a futuro. En suma, este deber derecho subsistirá cuando las partes pacten una prestación de alimentos en la propuesta reguladora de efectos o lo reclame uno de ellos por encontrarse comprendido en cualquiera de los dos supuestos previstos en el art. 434.

EFECTOS DEL DIVORCIO

- ▣ **Los efectos comprendidos en el piso mínimo de protección**
- ▣ **Alimentos posteriores a la petición judicial de divorcio**

Prevé excepcionalmente la subsistencia del derecho a reclamar alimentos a favor del excónyuge que se encuentre comprendido en alguno de los dos extremos reconocidos en la norma: "[...] a) a favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio que le impide autosustentarse. Si el alimentante fallece, la obligación se transmite a los herederos; b) a favor de quien no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos [...]" (art. 434, CCyCN). Los dos supuestos enunciados se hacen operativos si concurren los extremos dispuestos en la norma, puesto que al consagrarse un divorcio sin expresión de causa se entiende que, en principio, quienes fueron cónyuges y dejaron de serlo quedaron liberados recíprocamente del deber derecho de alimentos en el nuevo proyecto de vida que cada uno emprende a futuro. En suma, este deber derecho subsistirá cuando las partes pacten una prestación de alimentos en la propuesta reguladora de efectos o lo reclame uno de ellos por encontrarse comprendido en cualquiera de los dos supuestos previstos en el art. 434.

EFECTOS DEL DIVORCIO

- **Los efectos comprendidos en el piso mínimo de protección**
- **Alimentos posteriores a la petición judicial de divorcio**
- ▮ ***Pautas para su determinación***

Para la determinación de la prestación de alimentos, el art. 434 del CCyCN remite a las pautas previstas en los incisos b), c), y e) del art. 433 del CCyCN: "[...] b) la edad y el estado de salud de ambos cónyuges; c) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo de quien solicita alimentos; [...] e) la atribución judicial o fáctica de la vivienda familiar [...]".

La remisión a las pautas mencionadas tiene como fin brindarle al juez elementos que colaboren, junto con otras particularidades del caso, para así llegar al establecimiento de una prestación que responda a un criterio de equidad.

En cuanto al alcance del *quantum* a fijar, se limitará a lo necesario para la subsistencia. Al momento de su determinación, el juez tendrá que evaluar la capacidad económica del alimentante, evitando el establecimiento de una cuota que le pueda significar un perjuicio en su propio bienestar. En suma, en todos los casos se buscará un equilibrio que al alimentado y al alimentante les garantice una calidad de vida digna.

EFECTOS DEL DIVORCIO

- ▣ **Los efectos comprendidos en el piso mínimo de protección**
- ▣ **Alimentos posteriores a la petición judicial de divorcio**
- ▣ ***Pautas para su determinación***

Por último, cabe destacar que la norma establece un plazo de vigencia de la prestación de alimentos de extrema necesidad, al decir que la "[...] prestación no puede tener una duración superior al número de años que duró el matrimonio y no procede a favor del que recibe la compensación económica del art. 441".

Al tratarse de alimentos que se conceden excepcionalmente, la norma fija un límite en el tiempo.

Asimismo, su carácter excepcional actúa como límite a su procedencia cuando quien pretende alimentos recibió una compensación económica. Si la compensación económica permite sanear el perjuicio económico que por el divorcio sufrió el que la recibe, resulta comprensible que, paralelamente, no se encuentre legitimado para reclamar una prestación de alimentos.

EFECTOS DEL DIVORCIO

- ▣ Los efectos comprendidos en el piso mínimo de protección
- ▣ Alimentos posteriores a la petición judicial de divorcio
- ▣ *Cese de la prestación de alimentos*

El art. 434, último párrafo, del CCyCN, dispone: [...] En los dos supuestos previstos en este artículo, la obligación cesa si: desaparece la causa que la motivó, o si la persona beneficiada contrae matrimonio o vive en unión convivencial, o cuando el alimentado incurre en alguna de las causales de indignidad [...].

EFECTOS DEL DIVORCIO

▣ La compensación económica

Esta figura que también integra el piso mínimo de protección en divorcio, se proyecta también a unión convivencial y nulidad de matrimonio.

A través de un enunciado preciso y completo en sus alcances, el art. 441 del CCyCN dispone: *Compensación económica*. 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. Ésta 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.

EFECTOS DEL DIVORCIO

▣ La compensación económica

Complementado el encuadre que precede, el art. 442, CCyCN, comprende, con carácter enunciativo, ciertas pautas a considerar para su determinación, en lo que refiere a su procedencia y cuantía: *Fijación judicial de la compensación económica. Caducidad.* A falta de acuerdo de los cónyuges en el convenio regulador, el juez debe determinar la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras: a) el estado patrimonial de cada uno de los 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 [...].

EFECTOS DEL DIVORCIO

▣ La compensación económica

Finaliza el artículo precisando el plazo de caducidad de la acción: La acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse dictado la sentencia de divorcio.

De la lectura de los artículos, pueden rescatarse las condiciones que deben reunirse para que resulte viable el reclamo de la compensación económica:

- a) que se constate un desequilibrio manifiesto en un cónyuge respecto del otro;
- b) que el desequilibrio origine un empeoramiento de la situación patrimonial;
- c) que tenga por causa adecuada el matrimonio y su ruptura por el camino del divorcio.

Como puede observarse, esta figura no funciona como consecuencia del fin del proyecto de vida común, sino sólo en los supuestos en que la ruptura por divorcio esté acompañada de los supuestos fácticos que se enuncian.

Por último, adelantamos que en la cuarta parte de esta obra se destinará un espacio al estudio de la compensación económica como efecto comprendido en la propuesta reguladora de efectos en el divorcio.

EFFECTOS DEL DIVORCIO

▣ La atribución de la vivienda familiar

Tratándose el derecho de acceso a la vivienda de un derecho humano que le corresponde a toda persona por su condición de tal, resulta comprensible que la atribución de la vivienda familiar con posterioridad al divorcio esté comprendida entre los efectos que integran el piso mínimo de protección. Como dijo Kemelmajer de Carlucci, [d]eterminar a cuál de los cónyuges corresponde el uso de la vivienda familiar y resolver la inevitable tensión entre 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.

La particularidad que ofrece el sistema vigente, y que se traduce en un valioso avance en comparación con el sistema anterior, es regular la vivienda como un derecho que se le reconoce a toda persona, sin importar su pertenencia a una determinada familia.

EFECTOS DEL DIVORCIO

□ La atribución de la vivienda familiar

Desde este marco general, dentro del Libro Segundo ("Relaciones de familia"), el CCyCN regula distintas situaciones que atraviesan a la vivienda familiar, entre las que cabe citar las siguientes: a) el asentimiento para todo acto de disposición de la vivienda familiar o de los bienes muebles que forman parte de ella, limitación que alcanza a los matrimonios y a las uniones convivenciales (arts. 456, 457, 458, 522, CCyCN); b) la atribución del uso de la vivienda familiar en el matrimonio (art. 443, CCyCN) y en la unión convivencial (art. 526, CCyCN), y c) el derecho real de habitación del cónyuge supérstite (art. 2383, CCyCN) y del conviviente supérstite (art. 527, CCyCN).

- El art. 443 del CCyCN establece: Uno de los cónyuges puede pedir la atribución de la vivienda familiar, sea el inmueble propio de cualquiera de los cónyuges o ganancial [...].
- La norma prevé el supuesto de la pareja casada cuyas relaciones patrimoniales se ajustaron al régimen de comunidad. Distingue entre bien propio o ganancial, siendo viable la atribución cualquiera que sea el carácter del bien. Esto se extiende, cuando se defina la atribución de uso del inmueble de titularidad particular de cualquiera de ellos, cuando hubieran optado por el régimen de separación de bienes.

EFECTOS DEL DIVORCIO

▣ La atribución de la vivienda familiar

Desde este marco general, dentro del Libro Segundo ("Relaciones de familia"), el CCyCN regula distintas situaciones que atraviesan a la vivienda familiar, entre las que cabe citar las siguientes: a) el asentimiento para todo acto de disposición de la vivienda familiar o de los bienes muebles que forman parte de ella, limitación que alcanza a los matrimonios y a las uniones convivenciales (arts. 456, 457, 458, 522, CCyCN); b) la atribución del uso de la vivienda familiar en el matrimonio (art. 443, CCyCN) y en la unión convivencial (art. 526, CCyCN), y c) el derecho real de habitación del cónyuge supérstite (art. 2383, CCyCN) y del conviviente supérstite (art. 527, CCyCN).

- ▣ El art. 443 del CCyCN establece: Uno de los cónyuges puede pedir la atribución de la vivienda familiar, sea el inmueble propio de cualquiera de los cónyuges o ganancial [...].
- ▣ La norma prevé el supuesto de la pareja casada cuyas relaciones patrimoniales se ajustaron al régimen de comunidad. Distingue entre bien propio o ganancial, siendo viable la atribución cualquiera que sea el carácter del bien. Esto se extiende, cuando se defina la atribución de uso del inmueble de titularidad particular de cualquiera de ellos, cuando hubieran optado por el régimen de separación de bienes.

EFECTOS DEL DIVORCIO

▣ La atribución de la vivienda familiar

▣ *Pautas para definir la atribución*

Al momento de evaluar las circunstancias que concurran en el caso a resolver, el juez tendrá que definir, frente a la realidad concreta que llega a su conocimiento, el uso de la vivienda a favor de quien se encuentre atravesando una situación de real perjuicio. En este menester, un elemento importante del cual partir es la situación patrimonial de cada cónyuge, que se podrá dimensionar en función de: a) los bienes atribuidos a cada cónyuge si hubieran estado sujetos a un régimen de comunidad; b) los bienes que integran el patrimonio de cada cónyuge; c) si se determina o no una compensación económica; d) la situación laboral o profesional de cada uno, y e) si se establece una prestación de alimentos, bajo los límites dispuestos en el art. 434 del CCyCN. A estos elementos se sumarán otras variables, como la edad y salud.

Si a estas variables se adiciona la existencia de hijos menores de edad, entendemos que el juez deberá definir conjuntamente el uso de la vivienda y el cuidado de los hijos, por tratarse de dos cuestiones dependientes una de otra.

EFECTOS DEL DIVORCIO

▣ La atribución de la vivienda familiar

▣ *Efectos*

El art. 444 del CCyCN dispone: A petición de parte interesada, el juez puede establecer: una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del cónyuge a quien no se atribuye la vivienda; que el inmueble no sea enajenado sin el acuerdo expreso de ambos; que el inmueble ganancial o propio en condominio de los cónyuges no sea partido ni liquidado. La decisión produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral. Si se trata de un inmueble alquilado, el cónyuge no locatario tiene derecho a continuar en la locación hasta el vencimiento del contrato, manteniéndose el obligado al pago y las garantías que primitivamente se constituyeron en el contrato.

La atribución de uso de la vivienda familiar origina una restricción al derecho de dominio que encuentra razón de ser en el principio de solidaridad familiar y en el derecho humano de acceso a la vivienda. Tratándose el derecho de uso de la vivienda familiar de una restricción al derecho de dominio, para ser oponible a los terceros debe trasladarse al plano registral y, así, alcanzar la debida publicidad.

EFECTOS DEL DIVORCIO

▣ La atribución de la vivienda familiar

▣ Cese

El art. 445 del CCyCN enuncia las causales de cese: El derecho de atribución del uso de la vivienda familiar cesa: a. por cumplimiento del plazo fijado por el juez; b. por cambio de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su fijación; c. por las mismas causas de indignidad previstas en materia sucesoria.

El derecho de uso de la vivienda familiar tiene un límite en el tiempo para, así, evitar que la situación se convierta en una conducta abusiva. Si el juez, al definir la atribución de la vivienda a favor de uno de los excónyuges, hubiera precisado con la debida fundamentación el tiempo de duración del derecho, éste cesará con el solo vencimiento del plazo. Reiteramos que, por su trascendencia sobre la persona, el juez, al fijar un plazo determinado o determinable por el acaecimiento de circunstancias previsibles, tendrá que justificar las razones de su decisión.

Esta previsión no impedirá al excónyuge en uso de la vivienda anticiparse al vencimiento del plazo y solicitar fundadamente una extensión del mismo.

EFECTOS DEL DIVORCIO

▣ La atribución de la vivienda familiar

▣ Cese

Con un criterio más amplio al dispuesto en el art. 211 del CCiv. anterior, el art. 445 del CCyCN comprende que el excónyuge haya incurrido en algunas de las causales de indignidad para suceder. Se sigue, en este ámbito, la misma solución dispuesta en el art. 434 del CCyCN, que refiere al cese de la prestación de alimentos.

El enunciado de las causales de indignidad que fueron enunciadas al referir al cese de la prestación alimentaria pone de relieve que se trata de actos que, al afectar a la persona y los derechos del cónyuge titular del inmueble, hacen razonable su inclusión entre las causales de cese de este derecho. Advertimos que el análisis de las causales de indignidad se encuentra contenido en la tercera parte de esta obra.