

2019



“Impacto de la reforma del Nuevo Código Civil Y Comercial de la Nación Argentina en el derecho pensionario de los cónyuges divorciados, Ley 17.562 e instituto de la compensación”

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN APLICADA

CECILIA LOURDES SAVINA

-ABOGACÍA-

TRABAJO FINAL DE GRADO



Resumen

A partir de la Ley 26.994, se derogó el sistema de divorcio tradicional, y con él la figura de la culpa en el divorcio o en la separación de hecho. Como consecuencia de ello, se genera la eventual hipótesis de una implícita derogación de la Ley 17.562 y 24.241, al quedar vacía de contenido con la nueva sanción del Código Civil y Comercial. Máxime, cuando la nueva legislación solo contempla la figura de la compensación económica a favor de uno de los cónyuges basado solo en factores de atribución objetiva, no prevista en el derecho previsional argentino. Asimismo, el eventual reconocimiento de alimento de uno de los cónyuges, por las causales objetivas que el código prevé, está limitado temporalmente a la cantidad de años que duró el matrimonio. Siendo oportuno analizar dichos aspectos por cuanto la pensión alimentaria vigente en el ámbito previsional tiene carácter vitalicio.

En tal sentido, el presente trabajo analizará los cambios mencionados, que resultan de suma importancia en materia previsional teniendo en cuenta las modificaciones introducidas por el nuevo plexo normativo. Para ello, se abordará la legislación vigente, se la comparará con la legislación derogada, y se analizará lo establecido por la doctrina y la jurisprudencia respecto de la temática analizada. Ello a los fines de confirmar o descartar que el carácter vitalicio de la pensión no subsista a la muerte del cónyuge con el nuevo Código Civil y Comercial.

Palabras claves: divorcio incausado – Código Civil y Comercial – pensión del cónyuge supérstite – compensación económica entre cónyuges

Abstract

As of Law 26.994, the traditional divorce system was repealed, and with it the figure of guilt in divorce or de facto separation. As a consequence, the eventual hypothesis of an implicit repeal of Law 17.562 and 24.241 is generated, being empty of content with the new sanction of the Civil and Commercial Code. Especially when the new legislation only contemplates the figure of the economic compensation in favour of one of the spouses based only on factors of objective attribution, not foreseen in Argentine social security law. Likewise, the possible recognition of food of one of the spouses, for the objective reasons that the code foresees, is limited temporarily to the amount of years that the marriage lasted. It is opportune to analyse these aspects inasmuch as the current maintenance in the pension sector is lifelong.

In this sense, the present work will analyse the mentioned changes, which are of the utmost importance in social security, taking into account the changes introduced by the new

normative plexus. To do so, the current legislation will be addressed, compared with the repealed legislation, and will analyse what established by the doctrine and jurisprudence regarding the subject analysed. This in order to confirm or discard that the life of the pension does not survive the death of the spouse with the new Civil and Commercial Code.

Keywords: divorce without cause – Civil and Commercial Code - superstitious spouse's pension - economic compensation between spouses

Índice

Introducción	6
Capítulo 1: Divorcio Incausado. Aspectos generales	9
Introducción	9
1.1. Breve reseña histórica del Divorcio en la República Argentina.....	10
1.2. Grandes rasgos del nuevo régimen de divorcio según el Código Civil y Comercial .	11
1.3. Efectos de la eliminación de “la culpa” en la nueva modalidad de divorcio.....	14
1.4. Situación Jurídica de los Divorcios en curso antes de la promulgación del nuevo Código Civil y Comercial.....	16
1.5. Caso "L. M. D. L .A. c/ B. A. s/divorcio (Art. 214 inc. 2 C.C.)"	17
1.6. Trámite de Divorcio en los nuevos términos del Código Civil y Comercial	18
Conclusión.....	21
Capítulo 2: El Código Civil y Comercial, transformaciones paradigmáticas en la obligación alimentaria nacida del divorcio sin expresión de causa	22
Introducción	22
2.1. Cambios en la obligación alimentaria a partir de la promulgación del CCyC	23
2.2. Autonomía de la voluntad y Convenio regulador.....	25
2.3. Cuestiones en Debate.....	27
2.4. Tesis diversas.....	30
Conclusión.....	36
Capítulo 3: La compensación económica en el divorcio. Regulaciones asentadas en el Código Civil y Comercial de la Nación. Relación con el derecho pensionario de los cónyuges divorciados o separados.	38
Introducción	38
3.1. La compensación económica en el divorcio.....	39
3.1.1. Generalidades sobre la compensación económica.....	39
3.1.2. Naturaleza jurídica de las compensaciones económicas.....	41
3.1.3. Finalidad y función de las compensaciones económicas.....	43
3.1.4. Fundamentos de las prestaciones compensatorias	44
3.2. El divorcio incausado. Incidencias sobre las compensaciones económicas	46
3.3. Compensación económica y pensión por fallecimiento en el caso de los cónyuges divorciados o separados.....	48

Conclusión.....	51
Capítulo 4: La pensión del cónyuge supérstite	54
Introducción	54
4.1. Derecho a pensión del cónyuge o conviviente separado inocente.....	54
4.2. El caso de los cónyuges	55
4.3. El caso de los convivientes	58
4.4. El derecho a la pensión luego de la separación, según lo establecido en la ley 17.562 y la ley 24.241	60
4.5. El divorcio	62
4.6. La Separación de Hecho	63
4.7. La influencia del CCyC en la seguridad social.....	64
4.8. ¿Qué sucede con la culpa y la inocencia, que fueron erradicadas del CCyC?	66
4.9. ¿Se tendría que limitar el tiempo que puede percibirse la pensión (esto podría ser una solución)?.....	68
Conclusión.....	69
Conclusiones finales	71
Anexo.....	78
Bibliografía	79
Doctrina.....	79
Jurisprudencia.....	81
Legislación	82

Introducción

Respecto del cónyuge divorciado supérstite, las leyes prevén el derecho a pensión en función de la culpabilidad o inocencia del mismo, dichos extremos encuentran su correlato en lo regulado en el Código Civil de Vélez Sarsfield, los que deben ser analizados en los términos de la nueva legislación, que elimina la figura del cónyuge culpable/inocente, como así mismo incorpora la figura de la compensación económica. A partir de la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se introducen importantes cambios en materia de alimentos entre los cónyuges. El artículo 434 instituye a favor de quién pueden ser establecidas las prestaciones alimentarias y lo novedoso, es que dicha obligación no es vitalicia, sino que estipula un plazo no mayor a lo que duró el matrimonio.

La cuestión que se presenta en materia previsional y que se considerará, es establecer si corresponde reconocer un derecho mayor al que tendría la viuda si el causante divorciado estuviera vivo, es decir, si corresponde que la pensión sea vitalicia, siendo que el derecho alimentario tiene un plazo determinado. También se estudiará la compensación económica del artículo 441, la cual no se determina en función a la culpa o la inocencia, sino en razón del detrimento sufrido por uno de los cónyuges por no haber podido desarrollar actividades remunerativas y dedicarse al cuidado del hogar.

Lo que se pretende en este trabajo, es analizar los cambios, que deberían traer aparejados en materia previsional, las modificaciones introducidas por el Nuevo Código con respecto al derecho pensionario. Además de esto, si los derechos de alimentos suprimidos por culpabilidad bajo el Código anterior pueden rehabilitarse con la entrada del Nuevo Código o bien esto constituiría un accionar retroactivo de la ley. Por otro lado, debería considerarse si los alimentos otorgados pueden suspenderse en función de cumplido el plazo a partir de lo que entiende el Nuevo Código Civil y Comercial.

Al respecto, la pregunta de investigación apuntará a responder si subsiste la figura del cónyuge culpable o inocente previsto por el art. 1º inc. a) de la Ley 17.562, desde la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación y si el cónyuge compensando económicamente en los términos del art. 441 del Código Civil y Comercial de la Nación tiene derecho a pensión en los términos de la Ley 24.241. Asimismo, se buscará responder si perdura el carácter vitalicio de la pensión para el cónyuge divorciado con alimento en función del art. 434 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

Resultan trascendentes las reformas introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, respecto de los institutos del matrimonio y la obligación alimentaria entre los cónyuges, que justifican analizar su impacto en el derecho pensionario de aquellos, regulados en el Sistema Integral Previsional Argentino, SIPA, y sus distintos subsistemas legales. Entre las reformas introducidas podemos mencionar, el nuevo régimen de divorcio incausado, la compensación económica, entre otros.

La presente investigación pretende analizar los beneficios y las consecuencias de las mencionadas reformas. Ello, por cuanto es relevante analizar y coordinar las normas del actual derecho común con un alto contenido de orden público, con las normas imperativas del régimen previsional para esclarecer el ámbito de acción jurídica que puede verse afectado por la abrogación del Código Civil de Vélez Sarsfield, lo cual tiene una implicancia directa en la vida cotidiana de los ciudadanos a la hora de solicitar una prestación de la seguridad social.

Así, el objetivo general del presente trabajo es analizar el derecho a pensión establecido en el art. 53 de la Ley 24.241, del cónyuge compensado económicamente conforme el art. 441 del CCyC.

Mientras que los objetivos específicos consistirán en determinar la vigencia de la causal de pérdida del derecho a pensión prevista por el inciso a) del artículo 1º de la ley 17.562, revelar la incidencia del instituto del divorcio incausado, creado por el CCyC en la adquisición del derecho a pensión y analizar y comparar los rasgos de los institutos de la culpabilidad e inocencia, civil y previsional y su incidencia en el derecho a pensión. A su vez, se buscará identificar y analizar los requisitos para acceder al beneficio de pensión, establecido en art.53 de la Ley 24.241, ponderar del carácter vitalicio de la pensión del art. 53 de la ley 24.241, en el marco de la reforma introducida en la obligación alimentaria entre los cónyuges divorciados, analizar del instituto de la compensación económica prevista en el artículo 441 del CCyC.

La hipótesis por confirmar, o descartar, será que el carácter vitalicio de la pensión no subsiste a la muerte del cónyuge con el nuevo Código Civil y Comercial.

En el presente trabajo se utilizará el tipo de investigación exploratoria, éste será el método principal ya que el mencionado procedimiento tiene como objetivo principal facilitar una mayor comprensión del problema que enfrenta el investigador, y además este tipo de estudios se lleva a cabo cuando el tema es relativamente nuevo y existe poca información al respecto . El presente trabajo se realizará utilizando el método cualitativo porque permitirá

adquirir conocimientos válidos, basada en la objetividad de la información y datos recolectados a fin de lograr la correcta comprensión del tema, objeto de la investigación.

La técnica de recolección de datos que se empleará será la de análisis documental, que es la que permite hacer un análisis exhaustivo de las fuentes primarias, secundarias y terciarias recopiladas sobre el tema que se pretende investigar, además se tendrá en cuenta la técnica análisis de contenido que es la que admitirá analizar los textos legales que, en este caso, serían el CCyC., el Código de Vélez Sarsfield y la leyes relacionadas con el tema en cuestión.

El Capítulo I analizará la figura del divorcio incausado y sus aspectos generales, se hará una breve reseña del instituto del divorcio en nuestro país y se analizará la situación de los divorcios con anterioridad a la promulgación del nuevo Código. El Capítulo II tratará sobre las transformaciones que ha introducido el nuevo plexo normativo.

El Capítulo III abordará la compensación económica en el divorcio, sus generalidades y principales características, finalidad y su relación con el derecho a pensionario de los cónyuges divorciados o separados. El Capítulo IV tratará la pensión del cónyuge supérstite, los diferentes casos posibles, y la influencia de la misma en cuestiones de seguridad social. Finalmente, se expondrán las conclusiones finales.

Capítulo 1: Divorcio Incausado. Aspectos generales

Introducción

El matrimonio es una antigua tradición de las sociedades alrededor del mundo, pero también ha evolucionado a través del tiempo, donde se instituye un vínculo entre los contrayentes de las nupcias, mediante normativas legales religiosas o morales según la región o país, otorgando una gran cantidad de derechos y obligaciones entre las partes contrayentes, por lo cual es considerado también un contrato. La institución del matrimonio al ser considerada un contrato puede ser acreedora de la disolución del mismo; allí surge la figura del divorcio, para colocar fin a aquella unión marital que dejó de ser satisfactoria.

El procedimiento legal para divorciarse igualmente varía según el país y región donde se llegare a aplicar, trayendo consigo una serie de efectos y consecuencias, tales como la custodia de los menores que hubieren para el momento de la disolución del vínculo matrimonial, el sustento económico de los mismos, la partición de los bienes de la comunidad conyugal, el prorrateo de la deudas de los mismos, inclusive mantener a la otra parte si así lo dispusiere la normativa legal del país, entre otros.

El derecho argentino contempla en su entramado la institución del matrimonio y la figura del divorcio, que se habían desarrollado hasta hace poco según una legislación rígida y tradicional; con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la República Argentina se rompe el esquema legislativo tradicional e impacta al país con aspectos como el matrimonio legal entre personas del mismo sexo, la unión convivencial y el divorcio incausado, siendo este último punto, el foco de investigación para el desarrollo del presente artículo.

La nueva modalidad de divorcio en la Nación Argentina, el divorcio incausado, desde su puesta en práctica con la entrada en vigencia de Código Civil y Comercial de la Nación, ha sido el blanco de innumerables críticas, considerado por algunos como injusto o absurdo, pero si bien es cierto, este tiempo ha demostrado una pluralidad de elementos efectivos con respecto a la disolución del vínculo matrimonial dejando de lado la “odisea” que implicaba la disolución con el Código Civil derogado. A continuación, se analizarán los aspectos generales de esta modalidad de divorcio, así como también la evolución de este instituto.

1.1. Breve reseña histórica del Divorcio en la República Argentina

La figura jurídica del divorcio en Argentina inicialmente estuvo regulada por el derecho canónico, “El matrimonio y divorcio estuvieron regulados por la ley canónica” (Ortemberg, 2015, pág. 01). Esto se traduce en que el matrimonio y el divorcio estaban regulados por la ley religiosa, quedando a exclusividad de la iglesia la celebración de matrimonio y a los jueces eclesiásticos la facultad de dictar el divorcio, sin otorgar la posibilidad de contraer nupcias nuevamente.

Esta regulación religiosa perduró hasta el año 1871 con el Código Civil redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield:

En el año 1888 se dicta la ley 2393 por la que el matrimonio y el divorcio se regirían por el Estado. Tampoco autorizaba un nuevo matrimonio a los divorciados. En todos los casos, para poder obtener el divorcio se tenía que haber incurrido en el incumplimiento de algunas de las obligaciones que tenían los cónyuges, como fidelidad, cohabitar, etc. Es decir que el divorcio estaba fundado en la culpa de los cónyuges. En 1954 se dicta la ley 14394 por la cual se admite que los divorciados puedan casarse nuevamente. Este es primer antecedente del divorcio vincular, pero habría de durar muy poco, ya que con la caída del gobierno de Perón quedó sin efecto esta posibilidad de los divorciados. En 1968 se dicta la ley 17711 por la cual se autoriza el divorcio por mutuo acuerdo, que evitaba tener que demostrar la culpa de alguno de los contrayentes, lo que humanizó el proceso (Ortemberg, 2015, pág. 01)

En el año 1987 se promulgó la Ley 23515 incorporando a la legislación argentina el divorcio vincular, conservando la separación de cuerpo, el cual permitía a los cónyuges que estuvieran separados de hecho o de cuerpo y llegaren a concretar el divorcio sin necesidad de la aprobación del otro cónyuge, con la simple demostración de su separación por más de dos años:

Esta legislación establece tanto para obtener la separación personal como para el divorcio dos criterios. En uno, el divorcio es una sanción por haber incurrido uno o ambos cónyuges en las causales que prevé el Código Civil de la República Argentina artículo 202, y el otro criterio es el divorcio como remedio para poner fin a una situación en la cual no existe culpa de los esposos sino la voluntad de no continuar casado (Carballa, Garavano, Giacoia, Mensiguez y Veiras, 2014, pág. 189).

En el mencionado Código Civil de la República Argentina, saltaban a la vista una serie de requisitos sine qua non mayormente subjetivos, vinculados a comprobar la culpabilidad del cónyuge responsable de la disolución del vínculo matrimonial, fundamentalmente con la presencia de un fuero interno de los cónyuges constipados en resultar beneficiados económicamente con la demostración del factor culpa de su contraparte en juicio. Esta

situación se tornó en la dilatación del proceso judicial y por ende en la extensión de tiempo para disolución del vínculo matrimonial. Igualmente, la separación de cuerpo requería un mínimo de años para poder ser aplicable.

Las civilizaciones o sociedades son por naturaleza cambiantes, factor que ha sido demostrado con creces a lo largo de la historia de la humanidad; al mismo tiempo que ellas permutan o evolucionan lo deben hacer a su vez el entorno, y con ello se alude a la normativa legal de una civilización o sociedad, así pues, con la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina (2015), se adapta ésta legislación a las nuevas necesidades de sociedad actual, disminuyendo requisitos tanto de fondo como de forma para alcanzar el objetivo innato del divorcio, es decir, disolver el vínculo conyugal.

1.2. Grandes rasgos del nuevo régimen de divorcio según el Código Civil y Comercial

Los grandes cambios siempre son generadores de múltiples polémicas sean negativas o positivas; en la vigente “modernización” del Código Civil y Comercial de la República Argentina¹ algunas personas pueden ver elementos desfavorables, pero son absolutamente opacados por los múltiples elementos positivos o fructíferos tanto para el núcleo familiar como para la administración de justicia. Esto quiere decir que la supresión de las causales subjetivas o la eliminación del elemento beligerante de la culpabilidad, es un significativo aporte de los legisladores para contribuir en la solución de conflictos matrimoniales de un modo objetivo y eficiente, y así también lograr que los procesos judiciales sean más cortos.

Esta transformación del Código Civil fue inspirada primeramente en el artículo 19 de la Constitución de la República Argentina²:

Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Con base en el artículo *ut supra* descrito, conjugado con uno de los principios generales del derecho, la máxima jurídica que reza “Permittitur quod non prohibetur”, lo que se traduce en “se presume que está permitido lo que no está prohibido”; a raíz de estos dos argumentos, se origina la posibilidad de una única modalidad de divorcio.

El anterior Código Civil fue promulgado en 1871, a pesar de las pequeñas reformas que hubiere tenido, no deserta su calificación de legislación obsoleta, pues fue promulgado

¹Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014

² Constitución Nacional. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.

con un contenido adaptado a las necesidades sociales de aquel entonces, por ello resultó magistral la promulgación del nuevo Código Civil y Comercial, ya que éste se adapta a las nuevas necesidades sociales, culturales y económicas de la Argentina actual.

Una de las grandes novedades actuales que proporciona el vigente Código Civil y Comercial de la República Argentina es el proceso de divorcio, transformándolo en un proceso más expedito para la familia y para la administración de justicia, pero por ello de ninguna manera puede ser interpretado que el conflicto o los conflictos quedan desterrados del perímetro del proceso de familia de divorcio.

El nuevo proceso de divorcio se fundamenta en cinco elementos sustanciales: 1- Eliminación de la demostración de “culpabilidad” como causal de divorcio (sistema incausado); 2- Solicitud de manera conjunta o unilateral; 3- Obligatoriedad de presentar un convenio regulador, 4- Reglamentación en cuanto a la compensación económica y 5- Establecimiento del régimen y las pautas para la atribución de la vivienda familiar (Ortemberg, 2015).

Se encuentran las nuevas causas de disolución de matrimonio en el contenido del Código Civil y Comercial³ en el artículo 435: “Causas de disolución del matrimonio. El matrimonio se disuelve por: a) muerte de uno de los cónyuges; b) sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento; c) divorcio declarado judicialmente” (p. 68). Se hace evidente que siguen existiendo “causas de divorcio” a pesar de llamarse un “divorcio incausado”, pero con ello se pretende hacer referencia a la inexistencia de la causa de la culpabilidad, es decir, no resulta necesario probar de ninguna manera alguna “culpa” o causa objetiva o subjetiva por parte de alguno de los cónyuges para que pueda dar lugar a una sentencia de divorcio.

El segundo elemento sustancial del nuevo proceso de divorcio se encuentra implícito en el mencionado Código civil y Comercial en el artículo 437: “Divorcio. Legitimación. El divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges”. (P. 68). De este artículo se puede inferir que no se requiere autorización o consentimiento del cónyuge contrario para poder manifestar ante los organismos competentes la voluntad de disolver el vínculo matrimonial y se consiga decretar la sentencia de divorcio (Ortemberg, 2015).

³Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014

El tercer y cuarto elementos sustanciales del nuevo proceso de divorcio, la obligatoriedad de presentar un convenio regulador y la reglamentación en cuanto a la compensación económica se encuentran en el pre mencionado Código en varios artículos, primeramente, el artículo 438: “Requisitos y procedimiento del divorcio. Toda petición de divorcio debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de éste; la omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición...” El vigente Código otorga facilidades con respecto al proceso de tramitación del divorcio, pero no deja de lado puntos imprescindibles como el convenio regulador, que viene a ser un requisito *sine qua non* para que el juez pueda llegar a emitir la sentencia de divorcio, este punto queda muy claro en el Código Civil y Comercial⁴ en su artículo 439:

Convenio regulador. Contenido. El convenio regulador debe contener las cuestiones relativas a la atribución de la vivienda, la distribución de los bienes, y las eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges; al ejercicio de la responsabilidad parental, en especial, la prestación alimentaria; todo siempre que se den los presupuestos fácticos contemplados en esta Sección, en consonancia con lo establecido en este Título y en el Título VII de este Libro. Lo dispuesto en el párrafo anterior no impide que se propongan otras cuestiones de interés de los cónyuges.

Y en concordancia con los demás artículos, se encuentra el artículo 441:

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. 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.⁵

En función al desglose de los tres anteriores artículos, se deduce la intención legislativa en cuanto a proteger al cónyuge menos favorecido con la disolución del vínculo matrimonial y también la protección directa a la familia en general, para así de esta manera, lograr llegar a alcanzar un punto de equilibrio luego de este suceso de tan alto impacto como lo es el divorcio.

En cuanto al quinto elemento sustancial del nuevo proceso de divorcio, el establecimiento del régimen y las pautas para la atribución de la vivienda familiar, se encuentran en los artículos 443, 444 y 445, para una mejor ilustración sobre este elemento se despliega el artículo 443 en los siguientes términos:

⁴Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014

⁵Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014

Artículo 443: Atribución del uso de la vivienda. Pautas. Uno de los cónyuges puede pedir la atribución de la vivienda familiar, sea el inmueble propio de cualquiera de los cónyuges o ganancial. El juez determina la procedencia, el plazo de duración y efectos del derecho sobre la base de las siguientes pautas, entre otras: a) la persona a quien se atribuye el cuidado de los hijos; b) la persona que está en situación económica más ventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios; c) el estado de salud y edad de los cónyuges; d) los intereses de otras personas que integran el grupo familiar. (P. 70).

El juez del caso, decidirá en base a la equidad el punto sobre la atribución de la vivienda, que será diferente según sean las circunstancias de los cónyuges en su situación económica particular. Con respecto a la vivienda, dependerá en muchas ocasiones, si es propia o alquilada y según ellos se asignará tiempo para el uso, compensación económica para quien no haga uso de ella o simplemente el pago o la continuación del pago de arrendamiento de la misma; es decir, todo lo referente a las pautas o lineamientos a seguir luego de decretada la sentencia de divorcio.

1.3. Efectos de la eliminación de “la culpa” en la nueva modalidad de divorcio.

Según el Código Civil y Comercial vigente, para divorciarse ya no resulta necesario que el matrimonio tenga cierto tiempo de antigüedad, tampoco es ineludible fundamentar o probar alguna causa para la disolución del vínculo matrimonial, sea objetiva o subjetiva. La nueva normativa jurídica solo toma en cuenta la intención de uno o de los dos cónyuges, es decir, es suficiente que ambos cónyuges lo soliciten, o que lo peticione uno solo de ellos para que se pueda dictar la sentencia del divorcio. Con la eliminación del elemento “Culpa”, que resulta ser el punto que desencadena más conflicto a la hora del divorcio, se deja de lado la dependencia de la demostración de la concurrencia de causa alguna, ni de la separación previa, sólo bastando con la expresión exteriorizada mediante la solicitud de divorcio de partes interesadas.

Los procedimientos de divorcios regidos por el Código Civil anterior presentaban afán en demostrar las causas o la “culpabilidad” del cónyuge al que se le atribuía la disolución del vínculo matrimonial, pues la parte que no resultaba culpable de la desintegración quedaba más beneficiada económicamente. La deliberada intención por demostrar culpabilidad del cónyuge contrario resultaba en un excesivo desgaste, tanto para el núcleo familiar víctimas de la disolución (desgaste físico y emocional) como para la administración de justicia (dilatación de procesos judiciales), pues la demostración de estos hechos se llegaba a prolongar por lapsos de tiempo muy largo y sometidos al inminente e intenso escarnio público al ventilar

asuntos íntimos del enlace matrimonial casado (Carballa, Garavano, Giacoia, Menseguez y Veiras, 2014).

Los legisladores sabiamente decidieron eliminar este factor tan conflictivo pues una suma de dinero no compensa el desgaste físico y psicológico emocional del núcleo familiar. La realidad ahora es otra, se debe considerar el propósito básico del divorcio, que no es más que la disolución del vínculo matrimonial, y no extender este proceso de tanto impacto emocional por una suma de dinero determinada atribuible al cónyuge “no culpable”. La intención legislativa ha sido en pro de las familias y de la reconstrucción y reorganización de sus hogares y vidas diarias lo más vertiginoso posible; sin dejar de lado o descuidar los derechos y deberes de los cuales ambos cónyuges son acreedores, sobre todo las consideraciones económicas más certeras para el cónyuge que queda en la situación económica menos favorable luego del divorcio.

En el caso de las discusiones doctrinarias, las cuestiones relativas al divorcio del nuevo Código Civil y Comercial son variadas y las mismas se centran en tópicos más que todo procesal aunque también existen críticas de índole sustantivo. En primer lugar, los exegetas del derecho notan con afán el cambio de carácter del divorcio. El que antes era comprendido como un divorcio sanción pues mediante causales se estipulaba la determinación de una culpabilidad; que si bien es cierto ya estaba en desuso, aún era parte no derogada de la norma (Carballa, et al. 2014).

Con la reforma normativa se estipulan lineamientos para un divorcio “remedio” y el mismo se centra en la sana disolución y en los acuerdos entre la familia, aplicando como ya se ha dicho, el principio rector de la autonomía de la voluntad de las partes y de la capacidad del juez de familia en sus funciones y competencias para lograr acuerdos favorables. El diferenciar este carácter resulta de suma importancia ya que del establecimiento de una sanción tras el cumplimiento de ciertas conductas, se pasa directamente a atacar el problema que genera el divorcio, lo que se conoce en la doctrina como divorcio sin causa ni prueba o justificación.

Como también se ha tratado anteriormente, la doctrina ha resaltado la novedad con respecto al inicio de la solicitud o petición de divorcio, que si bien era realizada antiguamente mediante la presencia de ambas partes, ahora puede ser peticionada con una sola de ellas; lo que implica que el divorcio solo necesitaría la voluntad de uno de los cónyuges para ser iniciado y el juez ni el otro cónyuge podrán realizar tareas destinadas a anular esta petición. Además, al pasar a ser una petición tanto bilateral como unilateral, la misma; por el propio carácter no sancionador requerirá únicamente que sea acompañado de la propuesta de

convenio regulador, liberando a la parte accionante de la necesidad de pruebas o conductas que anteriormente eran reñidas en las obligaciones del matrimonio (Carballa, et al. 2014).

Ahora bien, lo que si resulta obligatorio según la norma es la presentación de la propuesta de convenio ya sea que el divorcio se presente de manera unilateral o bilateral como tradicionalmente se venía haciendo. El carácter obligatorio es rígido, en el sentido de que es un requisito fundamental para comenzar el trámite del divorcio ya que el mismo tratará de regular cuestiones contextuales que van más allá de la propia declaratoria de separación. Ahora bien, lo que resulta interesante y los estudios doctrinados han observado, es que solo basta con una propuesta -la de la parte actora- con ser presentada para que se encienda la maquinaria judicial, y no es necesaria la contra-propuesta por la parte requerida para que la misma continúe.

1.4. Situación Jurídica de los Divorcios en curso antes de la promulgación del nuevo Código Civil y Comercial

Es prudente iniciar este punto álgido con la siguiente opinión de Kemelmajer (2015):

Coincidimos, con toda la doctrina nacional, en los siguientes puntos: a) El tema de la aplicación de la ley en el tiempo no es fácil; normalmente, la sustitución de una ley anterior por otra posterior plantea problemas difíciles y delicados”. b) El artículo 7 del Código Civil y Comercial, esencialmente, es copia del art. 3 del Código Civil conforme redacción impresa por la ley 17.711. c) Ese art. 3 sigue las enseñanzas de Roubier. En lo teórico, no discrepamos sobre qué dice y cómo se aplica la doctrina desarrollada por Roubier (pág. 03)

El derecho transitorio en todas las épocas siempre ha tenido su nivel de resistencia o dudas en la aplicación, puesto todo lo nuevo genera incertidumbre, pero no cabe duda de las instrucciones claras a seguir que establecieron los legisladores en el mencionado Código Civil y Comercial de la Nación⁶ en el artículo 7:

Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

En este sentido, vale decir, que la nueva ley se aplica a las relaciones y situaciones jurídicas que se constituyan en el futuro, a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, en cuanto no estén agotadas y a las consecuencias que no hayan operado todavía.

⁶Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014

Ahora bien, en el caso específico del proceso de un divorcio, una nueva ley que suprime una causa de divorcio se aplica al proceso pendiente sin que exista una verdadera retroactividad, aunque los hechos invocados para solicitar ese divorcio acaecieran antes. Mientras no haya sentencia de Cámara, no se ha constituido el nuevo estado, por lo que la nueva ley es aplicable, es decir, en función al pre mencionado artículo 7, y por analogía jurídica, todos los divorcios contenciosos sin sentencia, iniciados antes o después de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, deben resolverse como divorcios sin expresión de causa, aún cuando exista decisión de primera instancia apelada.

1.5. Caso "L. M. D. L .A. c/ B. A. s/divorcio (Art. 214 inc. 2 C.C.)"

Divorcio vincular. Acción iniciada durante la vigencia del Código Civil derogado. Invocación de causales contradictorias por ambos cónyuges. Artículos 214, inciso 2º, y 202, incisos 4 y 5, del Código velezano. Derecho transitorio (art. 7 del Cód. Civil y Comercial). Las partes readecuen sus pretensiones de divorcio vincular a las disposiciones que sobre el particular Arts. 436, 437, 438 del Código Civil y Comercial Unificado de la Nación. Carácter constitutivo de la sentencia de divorcio. Se confirma la readecuación del divorcio según los postulados del nuevo Código.⁷

El anterior fallo, es un vivo ejemplo de cómo el procedimiento de divorcio en curso se ha venido adaptando o acoplado a los nuevos lineamientos o normativas legales del vigente Código de Civil y Comercial de la Nación; dejando de lado los prejuicios espinosos en el derecho transitorio al ejecutar la nueva normativa, demostrando de esta manera un mejoramiento del sistema judicial, que por supuesto, está sometido a críticas y correcciones constructivas, para dar al traste con la mejor forma de interpretación y aplicación de la normativa vigente referentes al proceso de divorcio; todo ello ejemplifica una evolución legislativa histórica y digna de admirar.

Otra sentencia ilustrativa en el caso de un divorcio, es la sentencia de fecha 03 de agosto de 2015, emitida por el juez César Hernán Ferreyra, titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral de Monte Caseros, Corrientes, Argentina⁸, donde decretó el divorcio de un matrimonio con aplicación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en una causa que se había iniciado con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo cuerpo normativo. La cónyuge había presentado una demanda de divorcio en abril del

⁷ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala III, "L. M. D. L .A. c/ B. A. s/divorcio (Art. 214 inc. 2 C.C.)", sentencia del 30 diciembre de 2015. Recuperado el 30 de octubre de 2017 de <http://www.laleyonline.com.ar>

⁸ Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral de Monte Caseros, Sentencia Nro. 32/15, del 03 de agosto de 2015. Recuperado de http://www.juscorrientes.gov.ar/wp-content/uploads/jurisprudencia/aplicacion-nuevo-codigo-cc/pdf/2015/fallo_sentencia31_nuevo.pdf con fecha 30 de octubre de 2017.

año 2013, invocando las causales de adulterio y separación de hecho sin voluntad de unirse por más de 3 años, que estaban previstas en el Código anterior; su cónyuge no había contestado la demanda, declarándose en rebeldía, y tampoco éste último había producido prueba. En julio de 2015 se dispuso el llamado de autos para sentencia.

En sentencia, el juez señaló que conforme al artículo 7 del Código Civil y Comercial, el nuevo cuerpo normativo se aplica a partir de su entrada en vigencia a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. En este caso, la situación jurídica que involucra a las partes es el matrimonio, debiendo decidir en esa sentencia sobre su extinción, lo que debe hacerse con base en la ley vigente al momento de dictarla, es decir, el nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina. Dicho Código se aplica inmediatamente a las consecuencias de las relaciones jurídicas existentes; el matrimonio entre las partes de este proceso es una situación jurídica existente al momento de entrada en vigencia, pero no así su extinción, que operará con el dictado de la sentencia bajo la vigencia del nuevo ordenamiento; de allí que la sentencia, no deba contener atribución de culpas, pues el ordenamiento vigente no lo permite.

Aunque al principio suene un tanto injusto o desconcertante para los cónyuges que iniciaron la tramitación de un divorcio bajo la vetusta legislación, se les aplique este nuevo ordenamiento jurídico cargado de innovadoras modalidades que deja de lado muchos puntos de conflicto y que por la eliminación del elemento de culpabilidad, desista de percibir mayor compensación económica el cónyuge no culpable de la disolución del vínculo matrimonial, en razón de lógica jurídica, doctrinas teóricas y por supuesto en función a un mejoramiento de las condiciones de una sociedad que pide a gritos una actualización en su ordenamiento jurídico arcaico, la adaptación del caso o del procedimiento de divorcio resulta ser la mejor forma para conseguir el objeto del procedimiento que se está llevando a cabo, es decir, el divorcio, y aunque ya no repercuta en un beneficio económico mayor el cónyuge no culpable, el mismo, tiene una mejor ganancia, que es conservar su salud emocional, la de su familia, y se le garantiza que con ello que no van a estar desprotegidos sus derechos inherentes.

1.6. Trámite de Divorcio en los nuevos términos del Código Civil y Comercial

El proceso de divorcio tiene una duración aproximada entre 1 y 3 meses. Igualmente dependerá de la actividad del Juzgado donde tramite el mismo. Con el Código vigente se suprimió el requisito de tres años para solicitar el divorcio, y por supuesto la necesidad de invocar una causal, como así también, incorpora la inminente necesidad de una compensación

económica bajo un parámetro de solidaridad familiar y se deja de lado la culpabilidad por infidelidad.

Para dar inicio a la tramitación de un Divorcio será suficiente que uno sólo de los cónyuges manifieste su voluntad de divorciarse, sin necesidad de que exista mutuo acuerdo ni transcurra un plazo mínimo desde la celebración del matrimonio. El cónyuge que desee divorciarse deberá presentar un convenio regulador para que establezca los efectos de la separación; además si existen descendientes de por medio, deben presentar, con la solicitud de divorcio, un plan de parentalidad en el que especifique las modalidades bajo las cuales desempeñarán el cuidado de los menores. Para certificar dicho plan, el juez de la causa escuchará si los hijos están conformes con la propuesta, así de esta manera se toma en cuenta la opinión de los menores para brindarle el máximo confort para un desarrollo integral. Si no hay lugar a un acuerdo con respecto a propuestas o convenios, esto dará lugar a un proceso judicial contencioso con partes, con pretensión y controversia por la vía y forma que corresponda. No está de más recalcar que la sentencia de divorcio otorga a los ex-cónyuges la posibilidad de contraer nuevamente nupcias.

El juez de la causa, tiene la atribución de no aprobar el convenio regulador si llegare a considerar que lesiona los intereses de los integrantes de la familia así los cónyuges estuvieren de acuerdo con el mismo.

Los cónyuges que estuvieren separados personalmente con sentencia firme, tienen la posibilidad de solicitar la conversión de la sentencia de separación personal en una de divorcio, mediante la solicitud de la conversión de la sentencia que dispuso la separación personal en divorcio. En caso de que la sentencia de divorcio se hubiere dictado en otro país, se debe acudir a la justicia para que se reconozca dicha sentencia, y el mismo tome validez en Argentina, para producir aquí sus efectos.

Con respecto a la competencia, el artículo 717 del Código Civil y Comercial de la Nación⁹ establece que:

Procesos de divorcio y nulidad del matrimonio. 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... (p.86)

⁹Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014

El citado artículo, enumera una serie de supuestos: en primer lugar, si se trata del pedido unilateral del divorcio, es decir, si uno de los cónyuges es quien pide el divorcio, el Código prevé que la competencia será atribuida al juez del último domicilio conyugal o también da la opción por la competencia del juez, a quien solicita el divorcio. Cuando la petición del divorcio es bilateral, es decir, la petición donde ambos cónyuges la formulan, la competencia será del juez del último domicilio conyugal o el de cualquiera de los cónyuges a opción de ellos.

En relación a la conversión de separación en divorcio, resulta ser una figura nueva en el Código, el divorcio sin la disolución del vínculo, va a poder solicitar la conversión de la sentencia que dispuso la separación personal en divorcio. Se encuentra regulado por el Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994 en su artículo 8:

Dispónense como normas complementarias de aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación, las siguientes: Primera. “En los supuestos en los que al momento de entrada en vigencia de esta ley se hubiese decretado la separación personal, cualquiera de los que fueron cónyuges puede solicitar la conversión de la sentencia de separación personal en divorcio vincular. Si la conversión se solicita de común acuerdo es competente el juez que intervino en la separación o el del domicilio de cualquiera de los que peticionan, a su opción; se resuelve sin trámite alguno, con la homologación de la petición. Si se solicita unilateralmente, es competente el juez que intervino en la separación o el del domicilio del ex cónyuge que no peticiona la conversión; el juez decide previa vista por tres (3) días. La resolución de conversión debe anotarse en el registro que tomó nota de la separación...”¹⁰

El vigente Código, con la misma deliberada intención de crear procedimientos óptimos, deja de lado las cuestiones mediables, es decir, el divorcio no está sujeto a la mediación obligatoria previa, salvo cuando aparezca la cuestión patrimonial, en cuyo caso el juez deberá dividir el proceso; esta regulación se puede encontrar especificada en el artículo 5 de Ley 26.589 Ley de Mediación y Conciliación¹¹:

Controversias excluidas del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria. El procedimiento de mediación prejudicial obligatoria no será aplicable en los siguientes casos:

- a) Acciones penales;
- b) Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación, patria potestad y adopción, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. El juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador;
- c) Causas en que el Estado nacional, las provincias, los municipios o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o sus entidades descentralizadas sean parte, salvo en

¹⁰Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014

¹¹Ley N° 26.589. Boletín Oficial de la República Argentina, 06 de mayo de 2010.

- el caso que medie autorización expresa y no se trate de ninguno de los supuestos a que se refiere el artículo 841 del Código Civil;
- d) Procesos de inhabilitación, de declaración de incapacidad y de rehabilitación;
 - e) Amparos, hábeas corpus, hábeas data e interdictos;
 - f) Medidas cautelares;
 - g) Diligencias preliminares y prueba anticipada;
 - h) Juicios sucesorios;
 - i) Concursos preventivos y quiebras;
 - j) Convocatoria a asamblea de copropietarios prevista por el artículo 10 de la ley 13.512;
 - k) Conflictos de competencia de la justicia del trabajo;
 - l) Procesos voluntarios. (P.1).

Esto implica que la parte patrimonial concurrirá a proceso de mediación prejudicial obligatoria, y la otra parte sigue su trámite en el ámbito del proceso judicial de familia.

Conclusión

La legislación alrededor del mundo debe adaptarse a las nuevas necesidades de las sociedades que regula, así lo demostró el vigente Código Civil y Comercial de la República Argentina, en otrora el divorcio resultaba ser un procedimiento escabroso, tedioso y de alto impacto emocional negativo, no solo para los cónyuges en proceso de divorcio si no de la misma manera para la familia íntegra. En el divorcio incausado, se elimina por completo el punto de conflicto “la culpa”; es entonces por naturaleza un “divorcio inteligente”, dejando de lado elementos subjetivos de conflictos en la pareja, evitando ventilar sucesos de intimidad que los someten necesariamente a un escarnio público y por supuesto el alto impacto emocional consecuencia de tan penoso proceso. Así pues, esta nueva modalidad pretende enfocarse en lo que realmente importa, la expedita disolución del vínculo matrimonial sin descuidar los derechos y garantías que les asisten a cada cónyuge.

La jurisprudencia ha dejado esclarecido cómo el procedimiento de divorcio en curso se ha venido adaptando o acoplando a los nuevos lineamientos o normativas legales del vigente Código de Civil y Comercial de la Nación; dejando de lado los prejuicios espinosos en el derecho transitorio al ejecutar la nueva normativa, demostrando de esta manera un mejoramiento del sistema judicial, que por supuesto, está sometido a críticas y correcciones constructivas, para dar al traste con la mejor forma de interpretación y aplicación de la normativa vigente referentes al proceso de divorcio; todo ello ejemplifica una evolución legislativa histórica y digna de admirar.

Capítulo 2: El Código Civil y Comercial, transformaciones paradigmáticas en la obligación alimentaria nacida del divorcio sin expresión de causa

Introducción

La idea de sustituir el Código Civil y unificarlo con el de Comercio, no es nueva, ha habido varios intentos; uno de ellos, incluso, logró sanción del Congreso, pero fue vetado por el presidente Menem. El Código Civil y Comercial que entró en vigencia el 1 de agosto logró concretar esta vieja idea, que implica poner nuestra legislación a la cabeza de las más modernas de América Latina. Por tanto y en consonancia con las demandas civiles, sociales y familiares emergentes en el marco de la era que se inicia, el nuevo Código Civil y Comercial (en adelante, CCyC) ha sido concebido como un código "abierto", no cerrado. Esta apertura involucra una transformación en la elucidación y aplicación del derecho privado que no recurre a los elementos históricos, sino que postula, principalmente, racionalizar el juego del micro-sistema y componer la coherencia sistémica. Además, el nuevo Código ayudará a resolver los casos judiciales con mayor celeridad en el Derecho de Familia. En otras áreas, dependerá de los operadores del sistema (jueces, abogados, empleados, etc.).

Uno de los cambios más relevantes se dio en el tema del Derecho de Familia, donde comenzó a considerarse el divorcio como un proceso sin culpa, en el cual no se esgrimirán más argumentos personales en un juzgado, y donde la sentencia de divorcio podrá ser dictada a petición de un cónyuge y sin poder ser detenida por el cónyuge afectado. Derivado de un divorcio sin culpa, se elimina entonces el derecho de la parte inocente del divorcio a recibir una remuneración por parte del culpable por concepto de alimentos. Esto, aunque polémico, no quiere decir que se deja de contemplar la pensión alimenticia en su totalidad, realmente, pasa a ser dada en casos más específicos, como el de enfermedad, y a tener ciertas restricciones, que se describirán en el cuerpo del trabajo.

A continuación, se examinarán las diversas opiniones esgrimidas acerca de la obligación alimentaria al entrar en vigencia el nuevo ordenamiento jurídico establecido en el CCyC. Para ello, se recurre a la ejemplificación de un caso sumamente polémico, en el cual se suspende la obligación alimentaria que se había establecido en sentencia firme y como cosa juzgada por la Sala "I" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil con fecha de 1° de diciembre de 2015¹². En la sentencia de referencia se suspende el derecho de una mujer

¹² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I. "M L, N E c. D B, E A s/ Alimentos", sentencia de 2015. Recuperado el 30 de octubre de 2017 de <http://www.laleyonline.com.ar>.

a continuar percibiendo una prestación alimentaria que debía asistirle el cónyuge culpable del divorcio en el marco de la vigencia del Código Velezano. Uno de los argumentos más provocativos de este caso se descubre en la re-evaluación y decisiones tomadas (nuevamente) sobre la cosa juzgada, una idea realmente interesante, aunque riesgosa, ya que podría implicar abrir una caja de Pandora en la cual se encontrarán todos los casos de divorcio ya juzgados, y los casos en proceso de juicio, para volver a examinarlos bajo la luz de este nuevo Código.

Para este trabajo se tendrá la siguiente interrogante como guía: ¿Qué sucede con las cuotas alimentarias a favor del cónyuge inocente establecidas mediante sentencia firme del 1/8/2015, y vueltas a considerar después, o sea, cuando rige un nuevo cuerpo normativo que no reconoce la obligación alimentaria con base o fuente en la declaración de inocencia?

2.1. Cambios en la obligación alimentaria a partir de la promulgación del CCyC

Este nuevo Código Civil y Comercial, especialmente en materia de divorcio, realiza algunos cambios realmente drásticos, que serán descritos a continuación. Primeramente, se elimina el concepto de “culpa” en un proceso de divorcio, debido a “la inconveniencia de que el estado se inmiscuya en las razones por las cuales se decidió – unilateralmente o de común acuerdo- la ruptura matrimonial, extremo que no interesa al ámbito jurídico, evitando así entre otras cosas, el escarnio de que la privacidad de los esposos sea expuesta a un proceso” (Guglielmino, 2016, p. 4). El énfasis (propio) de la cita anterior vislumbra otro cambio importante en el proceso de divorcio enmarcado en el nuevo Código, ya que ahora, uno de los cónyuges, sin presentar ninguna causa y sólo por la fuerza de su deseo, podrá obtener una declaración de divorcio rápidamente.

El peticionante del divorcio deberá adjuntar una propuesta que regule los efectos derivados de la ruptura, pero, aunque el otro cónyuge no esté de acuerdo con la propuesta del cónyuge que proponga el divorcio, el divorcio será decretado por el juez, y las diferencias sobre los efectos, como el plan de parentalidad, el régimen alimentario para los hijos menores, la atribución del hogar conyugal, la procedencia de la compensación económica, la división de los bienes, y cualquier otro que aplicase según el caso, deberán debatirse y ser resueltas por el juez de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local. Esto resulta en que el divorcio pueda ser decretado en dos o tres semanas, pero que la dilucidación de los bienes y los desacuerdos sobre los efectos personales puedan extenderse por años.

Además, el nuevo Código establece que los cónyuges y los convivientes sólo se deben alimentos durante la convivencia y la separación de hecho, y que, luego de decretado el divorcio, no hay obligación de alimentos entre los mismos, esto derivado de la eliminación del concepto de culpabilidad, ya que, anteriormente, el cónyuge culpable era responsable de cancelar alimentos al cónyuge inocente de la separación. Esta situación tiene algunas excepciones, previstas en el artículo 434¹³ del mismo Código, que indican que, en caso de enfermedad, o carencia de recursos propios e imposibilidad de procurárselos, podrá requerir del otro cónyuge una contribución alimentaria. En estos casos, la obligación del beneficio de alimentación no podrá tener una duración superior al número de años que duró el matrimonio.

En el caso de los hijos, se especifica una obligación de alimentos que comprenderá la manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio, y se establece que esta prestación puede satisfacerse en dinero o en especie y se extiende la obligación de prestar alimentos a los mismos hasta los 21 años de edad, excepto que el cónyuge obligado presente pruebas que indiquen que el hijo, siendo mayor de edad (la mayoría de edad se establece en el CCyC a los 18 años)¹⁴, cuente con recursos suficientes para mantenerse a sí mismo. Además, se establece una obligación del progenitor con el hijo mayor de edad hasta los 25 años, si la prosecución de sus estudios o preparación profesional le hace imposible sostenerse de forma independiente (Guglielmino, 2016).

Con respecto a la tenencia de los menores, pasa a llamarse cuidado personal, y en la modalidad alternada, se evalúan los recursos de ambos progenitores, observando su equivalencia, y si no son equivalentes, el cónyuge con mayores ingresos debe pasar una cuota alimentaria al otro para que el hijo goce del mismo nivel de vida en ambos hogares, y los gastos comunes deben ser solventados por ambos progenitores.

Ahora bien, ésta -al igual que la compensación económica- es una institución que busca equilibrar en el momento de la ruptura de la relación matrimonial solo, que a nivel legal, la misma procedería bajo el supuesto de que uno de los cónyuges posea una enfermedad grave y preexistente al divorcio o que la persona no posea recursos suficientes para su sustento y no posea medios para procurárselos. Sin embargo, el in fine del artículo

¹³ Artículo 434 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014

¹⁴ Artículo 639 del Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014

reconoce la autonomía de los cónyuges en pactar cuestiones relativas a la procedencia, cuantía, forma de pago, duración y causas de cese, entre otros, ateniéndose al principio de la autonomía de la voluntad del cual ya se ha hecho referencia (Guglielmino, 2016).

2.2. Autonomía de la voluntad y Convenio regulador

En los últimos tiempos, la autonomía de la voluntad de las partes, se ha consolidado como una variable de innegable referencia en lo que respecta a las contracciones institucionales llevadas a cabo en los diversos ámbitos y disciplinas jurídicas, especialmente, en el derecho de familia. Por ello, Acuña San Martín (2016), indica que:

Subyace en ella la tensión existente en el Derecho de Familia moderno, entre el principio del derecho de los individuos al libre desarrollo a través de la autonomía con mínima intervención pública en su esfera privada y el principio de protección de la familia como base de la institucionalidad (p.1).

Evidentemente, la simple consideración de la construcción jurídica a la que referimos (autonomía de la voluntad de las partes), hace suponer, como lo explica la autora antes citada, la presencia de una contienda axiológica de cuantiosa pertinencia, en relación al tópico que nos ocupa: “Autonomía individual vs. Protección de la Familia”.

Igualmente, debemos señalar que, bien estemos a favor de la inserción de la autonomía de la voluntad en el desarrollo del procedimiento de divorcio, como una metodología que conlleva a colocar la administración operativa de los efectos del señalado instituto respecto de quienes se verán potencialmente beneficiados/perjudicados por ellos. O bien, que estemos en su contra, por considerar que dicha fórmula pueda representar una malversación de los diferentes dispositivos de orden público que regulan las disciplinas jurídico-familiares, se debe tener presente que, según la autora nombrada: no puede existir equiparación, mucho menos identificación, entre la autonomía de la voluntad subyacente en el escenario que nos compete analizar, y el propio de las relaciones jurídicas de connotación estrictamente patrimonial, v.gr, las relaciones contractuales civiles o comerciales (Acuña San Martín, 2016).

De la misma forma, se aduce que la autonomía de la voluntad, incide en un mayor grado en aquellas relaciones de connotación jurídico-civil acaecidas en el ámbito del derecho familiar, y así ha sido registrado históricamente. Pues se señala que tal circunscripción sustancial le ha dado entrada y recepción de forma más acentuada a aquellos pliegos normativos en los cuales, la autonomía volitiva, figura como uno de los parámetros esenciales de intersubjetividad.

Ahora bien, los principales cuestionamientos que surgen a raíz de la práctica del instituto (que subsiguientemente definiremos), del convenio regulador, en contrastación teórica con lo que hasta ahora explicamos sobre la incidencia de la autonomía de la voluntad en todo el derecho de familia, y especialmente, en tal tópico, se reducen a las dudas que la doctrina manifiesta en torno a la intención que ha tenido el legislador de incorporar una figura de repercusiones volitivas tan complejas en un ámbito material donde imperan las normas de orden público, y los preceptos que disponen márgenes mínimos de observación y regulación conductual. Por ello, la reiteradamente referida autora, en interpretación de los postulados contenidos en la obra de algunos estudiosos que le han servido como referencia teórica, expone que tal situación tiene su fundamento, en que:

(...) el poder que se reconoce a la voluntad de las partes en el convenio regulador se origina en el reconocimiento de que quienes están más cerca de los problemas pueden regularlos mejor que aquellos que, distanciados, solo podrían formular un juicio demasiado abstracto, a partir de ahí el autor expone dos interesantes ideas: por un lado, que no hay abandono o desinterés regulador por parte del legislador, y por otro, que la elección del legislador al posibilitar la regulación de las partes no es entre la ley y el negocio, sino entre la reglamentación imperativa del juez y la consentida por las partes. Frente a una propuesta genérica y abstracta del legislador la solución concreta a que arriben las partes, puede acomodarse mejor a cada específica realidad familiar (Acuña San Martín, 2016, p.1).

Desde ese punto de vista, concretaremos la idea de la presencia de la autonomía de la voluntad de las partes como marco referencial del convenio regulador y de sus implicaciones sustanciales, puntualizando los dos aspectos que se colocan de relieve, cuando se analiza el contenido de la precedente cita.

Por un lado, se aduce que “no hay abandono legislativo”, lo que –desde una panorámica fenomenológica-, se puede calificar como inercia en la técnica legislativa, puesto que, la voluntad del confeccionador del Código unificado ha sido conceder la oportunidad de regular los efectos del divorcio, a quienes guardan un innegable alto grado de proximidad con la materialización de los mismos (cónyuges) (Sosa, 2015). En el segundo aspecto, la valoración se torna más aguda, cuando se infiere una relación de contradicción entre lo que las partes, con fundamento en el señalado principio de autonomía de la voluntad, hubieren reglado en referencia a los efectos del divorcio en el convenio regulador, y lo que el Juez, quien se presenta como un sujeto procesal que realiza subsunciones jurídico-normativas partiendo de abstracciones, y por ende, desprovistas de consideraciones particulares, pudiere dictaminar en ejercicio de su función jurisdiccional.

Son ambos hemisferios, en opinión de la doctrina, los que justifican la plena presencia de la autonomía volitiva, como fuente de resolución judicial (en caso de no existir ninguna incidencia suscitada con ocasión al desarrollo y desenvolvimiento del aludido convenio regulador), a los efectos de la culminación del procedimiento de divorcio, y así mismo, de las decantaciones dispositivas que se consagraren en la sentencia. Sin embargo, antes de finalizar la idea acerca de la incidencia del aludido principio de autonomía de la voluntad, como la piedra angular del procedimiento de divorcio, en su manifestación concreta reflejada a través del señalado convenio regulador, debemos decir que hay autores que consideran su implementación, aunque suene paradójico, como una transgresión a la verdadera autonomía volitiva.

En tal sentido, tenemos a Sosa (2015), que puntualizó la problemática señalada, concibiéndola como un costo de oportunidad en el que ha incurrido el legislador. Así, afirmó:

(...) que, a nuestro modo de ver, la consagrada autonomía de la voluntad, que tanta pasión nos despierta desde siempre, como eje del novel sistema, se ve limitada en la medida de la imposición legislativa de propugnar el acuerdo. Hace ya tiempo advertimos que el triunfo de la autonomía de la voluntad se lograría en el Código, paradójicamente al costo de imponerla legalmente (p.1).

Efectivamente, el convenio regulador representa un requisito que no puede ser desconocido, para todo aquel, o aquellos, que pretendan instaurar un juicio de divorcio dentro de los confines territoriales y jurídicos de la República de Argentina.

Nos interesa resaltar la congruencia de la afirmación realizada por la autora antes citada, quien –acertadamente- expone como una contradicción, el hecho de que la disposición legislativa que regula el particular supuesto, constriña al menos a la parte actora, a presentar un convenio regulador que se construye sobre la base de la autonomía de la voluntad. Supone, desde nuestro punto de vista, una desnaturalización de tal principio.

2.3. Cuestiones en Debate

Acerca del mantenimiento o cesación de la obligación de los alimentos existe una polémica en la doctrina, debido a las diferentes interpretaciones que se han otorgado al art. 7 del CCyC, que, en lo que aquí interesa dispone:

A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

Se trata, pues, de determinar si se puede revisar la cosa juzgada en sentencia firme, si el hecho de que la sentencia fuese dada en base al cuerpo normativo preexistente implica estar asumiendo la retroactividad y de determinar si la obligación alimentaria se constituye en propiedad del inocente y al retirarla se vulneran los derechos fundamentales.

De la revisión de las distintas opiniones vertidas con apoyo en la jurisprudencia se ha podido encontrar que: algunos autores opinan que el derecho del cónyuge inocente a los alimentos fijados por el código anterior en una sentencia basada en autoridad de cosa juzgada integra su patrimonio; es un derecho adquirido y, consecuentemente, sólo podría ser modificado si han cambiado las circunstancias fácticas. Esta tesis se acoge en la sentencia dictada por la jueza Famá, a cargo del Juzgado Nacional Civil N° 92 y es apoyada por diversos autores.

El caso particular se refiere a lo siguiente: En el año 2012 se dicta sentencia de divorcio vincular por causal de abandono voluntario y malicioso del esposo, y se declara a la cónyuge, inocente del mismo. La cónyuge, inicia un juicio de alimentos referente a su ex-esposo, y la sentencia del mismo lo condena a pagar una cuota alimentaria. Dicha cuota es pagada puntualmente hasta el mes de agosto de 2015, fecha en la cual entra en vigencia el CCyC, porque el cónyuge entiende que la nueva normativa lo absuelve de dicha cuota, al no haber en el Código culpabilidad en el divorcio, lo cual era el origen de la cuota de alimentación antes mencionada. Al ser convocado judicialmente por la cónyuge a cancelar la cuota pendiente, el cónyuge resiste la intimación judicial e interpone recursos de revocatoria y apelación sobre el subsidio. La jueza desestima la revocatoria¹⁵, pero concede la apelación, y la Cámara Nacional Civil revoca la sentencia de la jueza y decreta que la cónyuge pierde su derecho a recibir alimentos.

Otros juristas, por el contrario, sostienen la aplicación inmediata del nuevo régimen de conformidad con lo dispuesto por el art. 7 del CCyC, y por lo tanto, no es posible pregonar la vigencia de la obligación alimentaria a favor del cónyuge inocente establecida por sentencia de divorcio dictada bajo el régimen jurídico anterior, más allá de que se pueda plantear la cuestión, debiendo ser analizada a la luz de lo dispuesto por el nuevo Código Civil y Comercial.

A favor de lo dictado por la jueza Famá se manifiesta, el autor de "La inocencia y una disvaliosa interpretación" cuando afirma develar el trasfondo ideológico de la sentencia,

¹⁵ Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 92, "M. L., N. E. c. D. B. E. A. s/ alimentos", sentencia del 2015. Recuperado el con fecha 30 de octubre de 2017 de <http://www.laleyonline.com.ar>.

aclarando que esta ideología tiene que ver, en el terreno de lo jurídico, con la desaparición de toda idea de culpabilidad que ha inspirado, en buena medida, el Código Civil y Comercial. Esta ideología tiene que ver, en el terreno de lo jurídico, con la supresión de toda idea de "culpa" en el derecho matrimonial. Esto, basándose en la idea de evitar que las situaciones privadas del matrimonio, entendidas como las causas del divorcio, sean expuestas al público y sean tratadas por la justicia, alegándose entonces que ninguna de las partes será considerada culpable en un proceso de divorcio, ya que las causas del mismo no son relevantes (Mazzinghi, 2016).

En este sentido la crítica parece fuera de lugar y producto de una confusión entre lo que puede ser considerado ético y lo estrictamente jurídico, es decir apegado al derecho vigente.

Según la nueva legislación, los cónyuges no están obligados a mantenerse fieles a su pareja, de igual manera ya la convivencia no es un requisito, por lo que las obligaciones contractuales del matrimonio han sido reducidas a su mínima expresión, por lo menos en el ámbito legal, es decir, que el Estado ha decidido no inmiscuirse en los asuntos privados de los individuos, sin embargo, persiste el interés de la comunidad y la presión en lo que se refiere a los roles tradicionales de la mujer y el hombre, así como la observación de la familia nuclear, como base de la sociedad.

En apoyo de esta supuesta confusión entre lo ético y lo jurídico, Mazzinghi (2016) sigue abundando, con cierta nostalgia, en argumentos ya superados que parecen propios de alguien que desconociera no sólo la letra de la Ley plasmada en el nuevo Código Civil y Comercial sino también su espíritu que fundamenta el "divorcio sin expresión de causa". De lo antedicho éste infiere que, la sentencia que produce el cese de la obligación alimentaria es injusta y tiende a favorecer la disolución de lo que antes eran consideradas sagradas obligaciones matrimoniales.

Pensamos que existe un desacierto en el modo en el que el Tribunal pretende modificar el pasado, cuando establece que el marido que abandonó a su mujer, o la golpeó, o le fue infiel, "...ha dejado de abandonarla, de golpearla o de serle infiel...", y que la mujer ha dejado de ser víctima de tales acciones, que llevaron, en el marco de la vieja legislación a una sentencia evidentemente justa. El pasado es objetivo, es inmodificable, y esta retroactividad de la ley, que se dispone en la sentencia que comentamos, adolece de este vicio de pretender "borrar lo ocurrido y lo juzgado (Mazzinghi, 2016, p. 6).

En contra de esta opinión se manifiestan Kemelmajer de Carlucci, A; Herrera, M; Molina de Juan, M. (2016) ya que el Código Civil y Comercial, si bien elimina el concepto de

culpa, establece que un cónyuge puede pedir al otro una contribución alimentaria luego del divorcio, en circunstancias en las cuales dicho cónyuge “no tiene recursos suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos”, además de casos de enfermedad. Los autores manifiestan que deberán revisarse los casos en los cuales se tenga una obligación prolongada de responsabilidad alimenticia, debido a que dicha responsabilidad se otorga de forma temporal, mientras la situación de falta de recursos o la enfermedad persista, alegando también, que es importante recordar que la remoción de la responsabilidad alimenticia no deja al cónyuge que la recibía totalmente desposeído, ya que además de la responsabilidad alimenticia, se prevé una responsabilidad económica entre los cónyuges divorciados, sin embargo, si un cónyuge recibe la prestación económica como consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial, no podrá recibir la compensación alimenticia.

2.4. Tesis diversas

Se plantea el interrogante ¿Puede una nueva ley modificar las consecuencias de una sentencia firme y pasada en autoridad de cosa juzgada? Las opiniones de Guglielmino, G. Mazzinghi y Castro, afirman que tiene razón la sentencia de primera instancia de la Dra. Famá, titular del Juzgado en lo Civil nº 92, quien estableció que el efecto de la cosa juzgada ha incorporado la obligación alimentaria definitivamente a la propiedad de la cónyuge inocente ya que la cosa juzgada no es revisable, pues implicaría la retroactividad de la ley¹⁶. Además, plantean los autores citados, se incurre al suspender la obligación alimentaria, en el irrespeto a los derechos humanos “pro homine” y “favor debilis” trayendo como consecuencia, la inseguridad jurídica acerca de lo juzgado en sentencia firme.

En cambio, la sentencia firme que fija alimentos tiene para Kemelmajer et al. (2016) una eficacia meramente transitoria. Se cumplen y son obligatorias solo en relación con el proceso en que han sido dictadas y el estado de cosas que se tuvo en cuenta en el momento de decidir, pero no obstan a que, en un procedimiento posterior, mudado ese estado de cosas que se tuvo en cuenta al decidir, la cosa juzgada pueda modificarse. Por eso, la obligación alimentaria está sujeta al principio *rebus sic stantibus*, y el derecho se mantiene vigente mientras el estado de las cosas existente en el momento en que se constituyó, no sufra modificaciones esenciales. La prestación es, por esencia, modificable tanto en su existencia como en su expresión cuantitativa, siempre que hayan variado los presupuestos que sirvieron

¹⁶ Esta afirmación es respondida por parte de Kemelmajer, A. et al. (2016) cuando sostienen que están claramente establecidos en el CCyC: el efecto inmediato de la nueva ley; su carácter no retroactivo, y los supuestos específicos de efecto diferido.

para su fijación. Por eso, dado que la cosa juzgada relativa a prestaciones alimentarias es siempre débil "no es razón suficiente para continuar en el futuro con una prestación alimentaria que obliga al deudor a mantener al otro cónyuge en el nivel económico del que gozaron durante la convivencia" (Kemelmajer et al., 2016).

En efecto, la culpa por la que se le impuso al apelante la indemnización por el daño causado, -aún con la forma de una renta alimentaria- sigue intacta, y desde el momento en que la sentencia de divorcio primero y de alimentos después quedaron firmes, el derecho reconocido en ella integra el derecho de propiedad de rango constitucional. Fulminar ese derecho atenta contra la seguridad jurídica y así lo ha establecido la Corte Federal en numerosos fallos reconociendo que es un presupuesto ineludible de su existencia, la estabilidad de las decisiones judiciales, que resulta una exigencia de orden público, destacando además el alto tribunal que el respeto de la cosa juzgada es uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta nuestro sistema constitucional (Guglielmino, 2016, p. 2).

En una variante en los considerandos de esta posición se expresan Muñiz y Piazza (2015). Los autores sostienen que un elemento a tener en cuenta se refiere a lo que sucederá con el límite temporal que dispone el art. 434 del CCyC, si al momento de su entrada en vigencia transcurrió una mayor cantidad de años de percibir los alimentos que la duración del matrimonio habido. Se establece que, dadas estas circunstancias, será necesario incluir en la interpretación del art. 7° del CCyC con respecto a la aplicación de las nuevas leyes, a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. En tal sentido, la nueva norma resulta de aplicación inmediata a las consecuencias posteriores a la situación jurídica planteada.

A partir del art. 434 del CCyC al caso en examen -es posible concluir que el legislador fijó un límite temporal a tal derecho asistencial, zanjado de tal modo, la cuestión que la legislación hoy vigente suscita en cuanto a la existencia de la posibilidad de que cónyuges separados de hecho, o incluso divorciados, desde larga data, tengan derecho a la pretensión asistencial alimentaria en examen (Muñiz y Piazza, 2015, p. 5).

En apoyo de este argumento que afirma debe mantenerse el deber asistencial, se sostiene que no es posible descartar a priori la posibilidad de que en algún caso la aplicación de estas reglas no resulte en una privación de un derecho de propiedad. Para los autores, el deber reparatorio que tiene contenido indemnizatorio debe catarse simultáneamente con el hecho del divorcio, que es anterior a la entrada en vigencia del CCyC. Se alega también que, si la nueva normativa dejara sin reparación al cónyuge declarado inocente, cabría la posibilidad de justificadamente argüir la privación de un derecho de propiedad, y consecuentemente la inaplicabilidad de la nueva ley en los propios términos del art. 7° del CCyC (Muñiz y Piazza, 2015).

Por otra parte, Kemelmajer et al. (2016), sostienen que los derechos humanos no son afectados y que, por el contrario, se afincan en el nuevo paradigma de la eliminación de la culpa y de la autonomía individual, evitando la injerencia del Estado en la privacidad de la familia a la búsqueda de la armonía en dichas relaciones.

En definitiva, la constitucionalidad del sistema de divorcio sin expresión de causa del Código Civil y Comercial conlleva, indefectiblemente, a defender la regulación legal de los alimentos post divorcio, que no contiene ni mantiene los alimentos "sancionatorios" a favor del cónyuge inocente. La lógica de los alimentos en el nuevo ordenamiento es otra, precisamente, a la luz de la doctrina internacional de los derechos humanos, desde una visión sistémica, en la que el divorcio es entendido como una herramienta hábil para alcanzar la necesaria pacificación de las relaciones familiares (Kemelmajer et al. 2016, p. 4).

En este mismo sentido, también se hace referencia a los casos en que debe mantenerse la obligación alimentaria en virtud del principio de solidaridad familiar que se mantiene en el CCyC destacando que la aplicación de éste se da acompañando a la "vulnerabilidad":

Cabe preguntarse, pues, cuáles son los alimentos que se fundan o responden al principio de solidaridad familiar. La respuesta es sencilla y está expresamente consignada en el art. 434 que regula dos situaciones: (i) alimentos al cónyuge enfermo bajo determinadas circunstancias y (ii) alimentos al cónyuge en situación de vulnerabilidad. Solo estos supuestos se desprenden de manera directa del principio de solidaridad. En definitiva, el primer error de la sentencia de primera instancia es considerar que los alimentos fijados a favor del cónyuge inocente comprometen derechos humanos por derivar del principio de solidaridad familiar. Siendo que este principio, de fuerte arraigo en el Código Civil y Comercial, acompaña a la "vulnerabilidad" y no a la inocencia (Kemelmajer et al. 2016, p. 4-5)

En otro plano de preocupaciones la autora Galli (2017) deja sentado su criterio sobre la naturaleza de los alimentos convenidos. Se hará referencia en este aparte al carácter incuestionable que se atribuye a la facultad de convenir alimentos a favor de uno de los cónyuges o ex cónyuges. Una vez obtenido el divorcio los cónyuges tienen la posibilidad de pactar una prestación alimentaria, acordando la concreción del derecho a partir de un momento determinado. Cabe destacar que la prestación a cargo de uno y a favor del otro cónyuge tiene su base en el acuerdo de partes, los mismos no dejan de ser alimentos de fuente legal, a los que resulta aplicable el art. 432 in fine del Cód. Civ. y Com.

La autora plantea varios escenarios alternativos los cuales configura de la siguiente manera y pueden darse distintos casos, a saber: En el caso de que los cónyuges separados hayan llegado a un acuerdo sin ningún presupuesto sobre el sostenimiento del compromiso alimentario y se inicia demanda conjunta o unilateral de divorcio: los alimentos pactados

cesan de pleno derecho; Habiéndose acordado la separación de hecho y que se incluya la subsistencia de la prestación: si no se dan las circunstancias excepcionales del art. 434 del CCyC, los cónyuges gozan de autonomía para pactar la continuidad de la cuota alimentaria con las modalidades que deseen, sin ninguna limitación, en cuyo caso será aplicable el art. 440 del CCyC permitiendo la revisión posterior del convenio si la situación se ha modificado sustancialmente; Los cónyuges separados de hecho celebraron un convenio de alimentos en curso de ejecución y en el proceso de Divorcio el alimentante se niega a la subsistencia de la prestación a su cargo: el beneficiario de la cuota sólo logrará la continuidad si demuestra que se encuentra en alguna de las situaciones excepcionales del art. 434 del Cód. Civ. y Com.; Los cónyuges separados de hecho celebraron un convenio de alimentos con previsión expresa de subsistencia tras el divorcio: en el proceso de Divorcio, iniciado conjunta o unilateralmente, el obligado alimentario no podría sustraerse a su compromiso voluntariamente asumido. Dichos alimentos cesarán, si no se pacta otra causal, por la modificación sustancial de la situación, aplicando el art. 440 del Cód. Civ. y Com.; En el convenio celebrado por los cónyuges separados de hecho hubo un reconocimiento de la enfermedad grave preexistente que impide auto sustentarse al beneficiario, el derecho del beneficiario continuará con los alcances de los incisos a y b del art. 434 del Cód. Civ. y Com. (Galli, 2017).

Como plantea la autora de los argumentos arriba esbozados, diversas circunstancias pueden acaecer cuando la disolución del vínculo matrimonial extingue la fuente del derecho alimentario. Se recomienda en dichas situaciones tomar la previsión de atender consejo del abogado de parte de manera que no se profundice la condición de posible fragilidad del cónyuge afectado.

En esa misma tónica se pronuncia Mazzinghi (2016), expresando su preocupación por la condición de vulnerabilidad en que puede quedar uno de los cónyuges. Contemplando dicha situación el autor citado, argumenta a favor de que se mantenga la obligación alimentaria con carácter transitorio por un período prudencial, ya que considera que, aunque se parte del principio de que no hay alimentos entre cónyuges divorciados, pueden presentarse algunas razones para sostener que las excepciones a este principio deben interpretarse con cierta amplitud.

Dado que la nueva normativa establece dos excepciones, admitiendo la procedencia de los alimentos luego del divorcio a favor del cónyuge que padece una enfermedad grave anterior, y a favor de quien no tiene recursos propios ni posibilidad de lograrlos, el autor

considera que en estos casos puede retomarse el supuesto del art. 209 del Código Civil. Esta norma contempla los alimentos de extrema necesidad, estableciendo que, en cualquier caso, e independientemente de quien fuera culpable del divorcio, o de que el divorcio se decretara por presentación conjunta, o por una causal objetiva, sin atribución de culpa, el cónyuge que atraviesa una situación crítica puede reclamarle al otro que "le provea lo necesario para su subsistencia". Siguiendo su razonamiento sobre la perspectiva del nuevo Código en materia de alimentos luego del divorcio, sostiene que hay algunas razones para salvaguardar las excepciones a este principio, interpretándolas con cierta amplitud (Mazzinghi, 2016).

Esto conlleva la solución de un problema práctico que puede darse después del divorcio aprobado con celeridad, pues el divorcio peticionado por uno de los cónyuges puede decretarse en dos o tres semanas, y la dilucidación de los desacuerdos sobre sus efectos personales y patrimoniales puede extenderse por un par de años, y, quizás, por un tiempo aún mayor.

Nace entonces la interrogante de ¿Cómo van a interpretarse estas excepciones, en particular, la que alude a la falta de recursos propios y a la imposibilidad razonable de alguno de los cónyuges para procurárselos?

Se amplía el razonamiento explicando que, en el marco de la excepción que contempla el inciso b) del art. 434 del nuevo Código, el cónyuge divorciado que no tiene una posibilidad razonable y efectiva de sostenerse, podría reclamar la fijación de una cuota de alimentos a cargo del otro. Y podría hacerlo por un lapso, hasta que se decidiera la procedencia o no de la compensación económica, o que se pusiera fin a la liquidación de los bienes comunes, o hasta que se definiera lo relativo a la atribución de la vivienda familiar. El reconocimiento de una cuota a cargo del cónyuge más solvente, no implica establecer una suerte de dependencia indefinida (Mazzinghi, 2016).

Hasta aquí se han expuesto brevemente, algunas de las posiciones más destacadas acerca del mantenimiento o de la suspensión de la obligación alimentaria. El cambio de paradigma establecido por el CCyC a través del cual se elimina la noción de culpa ha dado lugar al debate del cual se han extraído las diversas posiciones que pueden considerarse destacadas, sin excluir, por supuesto, aquellas que no han sido explicitadas en este análisis somero.

La polémica ha girado en torno a la disyuntiva que se presenta con el cese de la obligación alimentaria inmediatamente de ser aprobado el divorcio. Y esto sucede, a pesar de

que la nueva ley vigente hace referencia expresa a la situación de vulnerabilidad en que puede quedar alguno de los cónyuges una vez se produce la sentencia firme, contemplando en esos casos en que puede surgir una situación de fragilidad para uno de los cónyuges afectados, la posibilidad cierta de que se establezca un régimen que tienda a proteger al débil asistiéndole mediante un régimen transitorio o no, según sea la condición sobrevenida del sujeto vulnerable.

A pesar de ese reconocimiento expreso que se hace en el CCyC, aparecen dudas en algunos juristas destacados, respecto a si las providencias establecidas son suficientes para asistir a quien puede, abruptamente, en virtud de la celeridad con la cual el divorcio puede ser aprobado, quedar en situación de debilidad e incertidumbre económica. Las soluciones que se proponen para solventar estas posibles carencias abarcan un amplio abanico de posibilidades que van desde la propuesta de mantener la obligación alimentaria si se ha dado la situación de cosa juzgada y sentencia firme (opiniones de Guglielmino, Mazzinghi y Castro, afirman que tiene razón la sentencia de primera instancia de la Dra. Famá¹⁷, titular del Juzgado en lo Civil n° 92) hasta aquellos que, si bien aceptan la cesación inmediata de la obligación alimentaria (tal como la ley lo establece) albergan dudas y expresan su preocupación acerca de las circunstancias vitales de sobrevivencia en la cual puede quedar uno de los cónyuges y hacen hincapié, en la hipótesis de que se den esos casos, en la urgencia de asistir al sujeto que pueda quedar en situación de extrema necesidad. Galli (2017) deja sentado su criterio sobre la naturaleza de los alimentos convenidos y Mazzinghi (2016), quien preocupado por la situación del cónyuge que atraviesa una situación crítica, sostiene que éste puede reclamarle al otro que le provea lo necesario para su subsistencia.

Se dan también posiciones más radicales que se oponen a la eliminación que se ha establecido en el CCyC sobre la noción de culpa, pues alegan que dicha regla atenta contra el compromiso que debiera implicar la institución matrimonial que envuelve un plan conjunto de vida entre los contrayentes.

Quien suscribe este análisis coincide con Kemelmajer (2016) en su aserto jurídico, en el cual clarifica la cesación de la obligación alimentaria inmediata, en la cual se incluye de manera clara y precisa la prestación de asistencia en caso de necesidad por situación de vulnerabilidad.

¹⁷ Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 92, “M. L., N. E. c. D. B. E. A. s/ alimentos”, sentencia del 2015. Recuperado de <http://www.laleyonline.com.ar> con fecha 30 de octubre de 2017.

Conclusión

En la polémica acerca de la obligación sancionada como cosa juzgada en sentencia firme del caso que se discute, se han podido avizorar diversas posiciones. Entre las posiciones consultadas que emiten su opinión sobre dicho asunto se considera pertinente destacar los argumentos de Kemelmajer et al. (2016), debido a que estos juristas fueron los principales redactores del nuevo Código Civil y Comercial de donde se infiere que han profundizado en la comprensión e interpretación del espíritu de la ley que lo anima.

Frente a quienes aseveran que la culpa persiste después del divorcio aún después de entrar en vigencia el nuevo marco normativo, resalta la opinión de Kemelmajer et al. (2016) quienes hacen hincapié en que, justamente, se trata de la eliminación de las figuras de culpable o inocente, pues el nuevo paradigma ha querido aliviar el trasfondo de resentimiento que aparejaba la concepción anterior de manera de aligerar las relaciones familiares viabilizando una separación del matrimonio menos áspera.

En lo que atañe a la “aplicación inmediata” Kemelmajer et al. (2016) desarrollan una estructura argumental medianamente clara al explicar que son afectadas por el nuevo ordenamiento las consecuencias de actos que, aunque sancionados durante la vigencia del anterior marco jurídico, son consideradas a futuro, es decir, luego de la aprobación del CCyC. En definitiva, la obligación alimentaria sancionada para el culpable, inscrita en los parámetros del Código Veleziano, cesa “inmediatamente” una vez aprobado el ordenamiento vigente a partir del 1-08-2015. Interesa destacar que, en cuanto a las consideraciones que se realizan sobre “derechos humanos” en su significación “ad homine” o “favor debilis” Kemelmajer et al. (2016) afirman que estas figuras son aplicables cuando existe vulnerabilidad pues desaparecida la culpa y la inocencia, una vez aprobado el “divorcio sin expresión de causa”, no pueden ser fundamento de ninguna obligación a futuro.

Existe al respecto una argumentación de Mazzinghi, (2016) que merece ser tomada en cuenta en este aparte, su preocupación se orienta a subsanar la situación del cónyuge que, inmediatamente después del divorcio, puede encontrarse en una situación “transitoria” que no le permite hacerse cargo de sus gastos adecuadamente.

El autor opina al respecto que las nuevas normas del Código Civil y Comercial sobre el tema de los alimentos entre cónyuges divorciados, y sostiene que el otorgamiento de alimentos en las circunstancias señaladas, eventualmente, duraría hasta que el cónyuge más débil pueda resolver las cuestiones relacionadas con los efectos del divorcio, y reencauzar su

vida. Esta asistencia estaría acorde con lo que se considera el compromiso asumido con libertad al momento de contraer el matrimonio, el cual genera un vínculo de solidaridad y de cierta dependencia recíproca, —a favor del cónyuge necesitado—, más allá del divorcio. Si bien estas consideraciones son discutibles pueden ser consideradas como paliativos mientras se enfrentan las consecuencias económicas del divorcio por el cónyuge más débil. No obstante, cada caso deberá ser estudiado con profundidad no pudiendo hacerse aseveraciones generales al respecto.

Teniendo en cuenta las consideraciones y argumentos esgrimidos, se concluye que, la cosa juzgada en sentencia firme debe ser revisada cuando se trata de la aplicación inmediata de la nueva regulación y que, por tanto, no se está asumiendo la retroactividad ni se están vulnerando los derechos fundamentales protegidos por la solidaridad familiar (los cuales permanecen en caso de vulnerabilidad) sino que se está asumiendo una nueva concepción de los derechos humanos ampliada con las consideraciones incorporadas por la firma de los pactos internacionales.

Se concluye, en virtud de los argumentos analizados en base a la opinión de calificados juristas, que es posible revisar la cosa juzgada en sentencia firme porque el hecho de que la nueva normativa establecida en el CCyC es de aplicación inmediata hace posible el cese de la obligación alimentaria en el momento inmediatamente posterior a la promulgación del nuevo cuerpo normativo, es decir, el hecho de que la sentencia fuese dada en base al cuerpo normativo preexistente no implica estar asumiendo la retroactividad como principio, así como tampoco se considera que la obligación alimentaria no se constituye en propiedad del destinatario de los alimentos, por tanto, al retirarla no se vulneran los derechos fundamentales.

Capítulo 3: La compensación económica en el divorcio. Regulaciones asentadas en el Código Civil y Comercial de la Nación. Relación con el derecho pensionario de los cónyuges divorciados o separados.

Introducción

La promulgación del novísimo código unificado ha traído consigo la incorporación de diversas modificaciones en el ramo del derecho de familias. Entre ellas, una de las más trascendentes es la compensación económica que se ha erigido como una de las principales recepciones y reconocimientos, circunscritos al ámbito del divorcio. Asimismo, en los subsiguientes segmentos, serán desarrolladas las más importantes consideraciones que la doctrina ha esbozado en relación a la supresión de las causales de contradicción en el divorcio, que se pudieren fundar en la culpa de los cónyuges, aspecto que guarda inexorable relación con la primera figura mencionada.

Será necesario, pues, analizar el contenido y esencia de la mencionada figura, tomando como principal eje de referencia, lo que la doctrina ha expuesto en torno a los aspectos más básicos relacionados con dicho tópico. Para ello, se ponderará toda consideración esbozada en torno a su finalidad (¿Con qué propósito ha sido concebida dicha figura?); y en ese mismo rumbo, se determinarán las más pertinentes afirmaciones en relación a su función (¿A qué están llamadas a regular?).

Asimismo, se valorarán los diferentes postulados acaecidos sobre la estructura jurídico-natural de las compensaciones económicas. Esto es: ¿Podrán ser subsumidas en alguna figura jurídica preexistente? ¿Gozarán de autonomía institucional, respecto del resto de institutos previstos por el derecho civil argentino?

Igualmente, se precisa la necesidad de analizar los diferentes aspectos, elementos o categorías involucradas en su fundamentación existencial. Con ello, se pretende establecer con suma precisión, que principio, valor, o derecho subjetivo, ha dado lugar a la necesidad de concebir dentro de la reforma perteneciente al código unificado, a las compensaciones económicas, tomando en cuenta su dimensión, y los diferentes preceptos que le regulan dentro del mencionado texto legal. En la misma dirección, corresponderá fijar criterio sobre la modificación realizada por el legislador unificador, al sistema previsto para regular el divorcio. Es decir, cuáles son las principales repercusiones de instrumentar el denominado “divorcio incausado”, por supresión de las causales subjetivas de contradicción.

Y en especial, qué relación existe entre el nuevo paradigma dispuesto en el derecho de familias argentina, para obtener la disolución del vínculo matrimonial por divorcio, y las reiteradamente mencionadas compensaciones económicas.

Así también, se analizará legislación del derecho comparado referida a la temática y se la aplicará a la legislación actual argentina, con el fin de dar respuesta a si el cónyuge compensando económicamente en los términos del art. 441 del Código Civil y Comercial de la Nación tiene derecho a pensión en los términos de la Ley 24.241.

3.1. La compensación económica en el divorcio

El Código Civil y Comercial de la Nación, ha incorporado al derecho civil argentino una figura que, hasta el momento de su promulgación, ha resultado inexistente y desconocida por los instrumentos antecesores del fuero común. La figura aducida, catalogada por el propio Código como las compensaciones económicas, y denominada por algunos autores como “prestaciones compensatorias” (Solari, 2014), ha sido contemplada como un efecto potencial de la disolución el vínculo matrimonial, bien en virtud de una sentencia que declare el divorcio, o bien, con fundamento en una que reconozca la nulidad del mismo. Inclusive, ha sido atribuida como una posibilidad contundente, en lo relativo a las uniones convivenciales.

Concretamente, las compensaciones económicas han sido asentadas en el libro segundo del código unificado, correspondiente a las relaciones de familia. Asimismo: “En el derecho matrimonial, se encuentran previstas como un efecto del divorcio (...); y en relación con las uniones convivenciales, como una consecuencia posible del cese de la convivencia (...)” (Molina de Juan, 2015, pág. 01). En todo caso, se presentará una panorámica general, en la cual se traten los aspectos más relevantes con relación al instituto aludido (fundamento; naturaleza jurídica; función, entre otros), y consecuentemente, se desarrollarán sus puntuales incidencias en la relación matrimonial y en las uniones convivenciales.

3.1.1. Generalidades sobre la compensación económica

Desde el punto de vista macroscópico, las compensaciones económicas representan un avance en la técnica legislativa, que toma en cuenta el contenido de las nuevas relaciones familiares, dando paso a novedosas corrientes de la regulación jurídico-familiar. En ese sentido, Molina de Juan (2015), considera que:

Las compensaciones económicas engarzan dentro del paradigma constitucional—convencional respetuoso del pluralismo, la democracia y la autonomía interna de las familias, que reconoce el derecho de las personas a casarse o vivir en unión convivencial, y la facultad de los cónyuges de poner fin a su matrimonio sin

invocar y acreditar una "causa" para obtener una sentencia judicial que disuelva el vínculo matrimonial (p. 1).

En primer lugar, se evidencia que el reconocimiento del instituto *in comento*, significa un giro importante en la labor del legislador de atender a los altos valores consagrados por el texto fundamental de la Nación Argentina, tomando como principal referencia la progresión de la autonomía intrafamiliar. Consecuentemente, se redimensiona, no sólo el divorcio o el cese de la convivencia, como factores de disolución de vínculos de connotación jurídico-familiar, sino -además- el propio matrimonio y las uniones convivenciales, proporcionándoseles un contenido eminentemente diferente a lo que ha sido la tradición regulatoria del derecho civil.

En segundo término, se debe indicar que la transformación del divorcio en el derecho argentino, pasando de ser un instituto de complejo acaecimiento material, a uno de trámite más simple, y donde se ha suprimido el escenario del encausamiento de su solicitud, formará parte de un posterior segmento donde se profundizará en la razón de ser de dicha política legislativa, así como en sus consecuencias. De momento, siguiendo la línea argumentativa de Molina de Juan, (2015), se observa un análisis sobre lo que es la postura teleológica con la cual el legislador ha desarrollado la regulación de las compensaciones económicas, constatándose que:

(...) el nuevo derecho familiar ofrece algunas herramientas destinadas a evitar que la libertad de poner fin a la convivencia perjudique al otro cónyuge o conviviente, consolidando un desequilibrio injusto entre los miembros de la pareja que se disuelve. Estas herramientas apuntan a la autosuficiencia y a la igualdad real de oportunidades, de modo que cada uno desarrolle las estrategias necesarias para su propio sostenimiento en el nuevo proyecto de vida que emprenda, sin depender "económicamente" del otro, y evitando enojosas situaciones que en definitiva repercuten en una estigmatización personal y dificultan las futuras relaciones familiares (p. 1).

La principal intención que ha perseguido el legislador, subyace en la necesidad de equiparar económicamente circunstancias que han caracterizado históricamente el desenvolvimiento del divorcio, no sólo atendido desde una perspectiva mero-jurídica, sino también como un hecho sociológico, que trae consecuencias para uno o ambos cónyuges o convivientes. Se trata, así, como ha sido sostenido por la autora referida, de una equiparación de oportunidades que permitan la reducción a la mínima expresión, del impacto personal psicológico, moral y económico de la ruptura del núcleo familiar.

Tomando como base el planteo de estudio teleológico realizado por la referida exponente de las disciplinas jurídicas del derecho civil, y especialmente, las asociadas al

derecho de familias, corresponde hacer algunas reflexiones sobre la naturaleza jurídica del instituto bajo análisis, determinando su fisonomía jurídica, y su particular posición en las ramas del derecho mencionadas.

3.1.2. Naturaleza jurídica de las compensaciones económicas

Al momento de desarrollar las posturas más trascendentes con las cuales se ha pretendido explicar la conformación *iusnaturalística* de las compensaciones económicas, una de las más pertinentes ha sido la esbozada por Santiso (2017), quien -para abordar satisfactoriamente dicho tópico- ha recurrido a su comparación con dos institutos pertenecientes al derecho civil: los “alimentos”, y el “resarcimiento de daños”. En ese sentido, determina dicho autor -con relación al primero de los mencionados- que, pese a existir puntos de convergencia y similitud entre las compensaciones económicas y las obligaciones alimentarias, las mismas no pueden ser asimiladas.

Efectivamente, las compensaciones económicas se constituyen en una obligación que tiene como punto de materialización, una vez se haya verificado la presencia de los requisitos exigidos por el legislador en el artículo 441 del código unificado, un pago que puede “consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado”¹⁸, situación parecida al caso de la obligación alimentaria post divorcio. Sin embargo, puntualiza dicho autor, que:

A primer golpe de vista, muestra similitudes con los alimentos (...) pero también es cierto que no requiere para su admisión el estado de necesidad o la existencia de una enfermedad en el acreedor, como sí lo prevé especialmente el art. 434 del CCyCN; y que, por otra parte, al regular de forma expresa los alimentos, de manera excepcional, a mi modo de interpretarlo (art. 432 del CCyCN), no requiere de una segunda institución que mantenga la misma finalidad, por lo que no puede asimilarse su naturaleza a la asistencial de los alimentos (Santiso, 2017, p. 4).

Claramente se trata de dos institutos que guardan relación, desde un punto de vista resolutivo, pero que, en su esencia, difieren, puesto que están llamadas a cumplir finalidades distintas (una asistencial y otra compensatoria), además de la inminente excepcionalidad que, según Santiso (2017), caracteriza a la obligación alimentaria regulada por el propio texto legal.

Ahora bien, igual de interesante resulta la comparación realizada por el reiteradamente referido autor, entre las compensaciones económicas y el resarcimiento por daños y

¹⁸ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

perjuicios. A su juicio, la razón por la cual cierto sector doctrinal confunde e identifica dichos conceptos, se agota en que: “(...) cuesta diferenciar o desligar el concepto de daño (en materia resarcitoria) del desequilibrio económico desarrollado a lo largo de la vida conyugal” (Santiso, 2017, p. 4). Más adelante, al tratar *in concreto* los requisitos determinados por el legislador unificador para solicitar una compensación económica a causa de divorcio, se analizará la desproporción económica como su fundamento con mayor grado de detalle.

Por lo pronto, Santiso (2017) considera que la identificación de ambas categorías representa un error en la técnica jurídica, puesto que el resarcimiento por daños y perjuicios, presupone la existencia de un hecho antijurídico, susceptible de ser imputado y que genera un juicio de reproche, elemento que difiere con los requisitos que el Código Civil y Comercial de la Nación, ha determinado en su artículo 441¹⁹.

Con fundamento en las premisas analizadas, donde se ha llevado a cabo la comparación y contrastación entre las compensaciones económicas, y las obligaciones alimentarias, así como los daños y perjuicios, y donde se ha determinado -consecuentemente- la imposibilidad de identificar tales categorías, surge el siguiente cuestionamiento: ¿Cuál es, entonces, la naturaleza jurídica de las llamadas prestaciones compensatorias?

Se trata de una pregunta que no ha obtenido respuesta uniforme en la doctrina, ya que -como se mencionó- algunos han pretendido subsumirla en las categorías con las que se le ha comparado en apartados anteriores; otros, sencillamente, aducen que se trata de un instituto *sui generis*, y por consiguiente, con imposible equiparación en estructura y composición jurídica a ningún otro preexistente. En definitiva, sostiene Santiso (2017), que:

(...) de esto se trata el cambio de paradigma que he propuesto al comienzo de estos párrafos, de evitar asimilar la institución de las compensaciones económicas a alguna otra de las ya conocidas y existentes en nuestro ordenamiento, de no pretender entenderlas desde su identificación con otras instituciones, que si bien presentan similitudes, son distintas y persiguen otros fines (p. 4).

Una vez expuestas las más contundentes afirmaciones sobre los debates suscitados en atención a la formulación de la naturaleza jurídica de las compensaciones económicas, prosigue el examen y la decantación de los argumentos doctrinales con los cuales se pretende explicar la finalidad y función del instituto *in comento*.

¹⁹ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

3.1.3. Finalidad y función de las compensaciones económicas

Para Ugarte (2015), quien resulta partidario de la postura que considera a las compensaciones económicas como institutos subsumibles en el ramo indemnizatorio, es necesario asumir que las mismas configuran una transgresión a los deberes jurídicos que se asientan en la regulación de toda relación jurídico-matrimonial (así como concubinaria, o convivencial), y por consiguiente, funge como el resarcimiento ante tal situación.

Pese a lo debatible de su posición, afirma -de forma acertada- que la concreta forma de resarcir el aludido incumplimiento conyugal (o convivencial), radica en restablecer el equilibrio, lo cual señala como su esencial función. En términos de ampliación argumentativa, explica dicho autor, que:

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 (Ugarte, 2015, p. 10).

Así, pues, se excluye la posibilidad de considerar las compensaciones económicas, como instituciones de derecho familiar destinadas a lograr una exacta distribución patrimonial entre los ex-cónyuges, así como a generar entornos abusivos en los cuales, el consorte o conviviente afectado por la ruptura, obtenga el privilegio de sustentar una vida ostentosa a expensas de la prestación económica compensatoria.

Por el contrario, la función del mencionado instituto subyace en la necesidad de proporcionar a cada uno de los integrantes de la familia cuyo núcleo se ha desvanecido, la concreta posibilidad de reiniciar una nueva vida, en condiciones lo más parecidas posible, a las que detentaba antes de contraer nupcias, o de iniciar una convivencia formalmente regulada por el código unificado (Ugarte, 2015). En ese mismo sentido, se plantea toda una discusión sobre la puntual finalidad que es perseguida a través de la incorporación de las compensaciones económicas como parte del nuevo pliego dogmático que regula el derecho de familias.

Una de las posturas más atinadas, ha sido la asentada por Blanchard (2016), quien sostiene, en relación a lo señalado, que:

Tal como su denominación lo indica, la compensación económica en tanto prestación destinada a corregir el desequilibrio patrimonial causado por la vida en común, tiende a compensar- no igualar patrimonios, restituir lo eventualmente perdido ni garantizar el nivel de vida que se tenía durante la convivencia- el

perjuicio económico que la ruptura de la pareja provoca a uno de sus miembros, atenuando su impacto a futuro (p. 1).

Se establece, pues, como primordial finalidad de las compensaciones económicas, la necesidad de procurar una equiparación en función de dos (02) momentos. El primer momento, se identifica con la ruptura del vínculo matrimonial o convivencial (equiparación inmediata), tomándose como factores, toda una serie de elementos que contribuyen a la interpretación de los requisitos previstos legalmente para la configuración de la prestación compensatoria.

Al respecto, considera Ugarte (2015), que los márgenes bajo las cuales se valoran las circunstancias de equiparación inmediata, no se limitan únicamente a las obligaciones dispuestas por el propio código unificado, sobre el desarrollo del matrimonio (o la unión convivencial), sino que -además- se ven subvertidos en determinaciones implícitas. En términos más apropiados, se afirma que:

(...) 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 (p. 11).

El segundo de los momentos, esto es, el correspondiente a la equiparación mediata o en proyección, refiere a la finalidad que persigue la compensación económica, de procurar una vida posterior al matrimonio o a la unión convivencial, que resulte en similar proporción de oportunidades y condiciones para cada uno de ellos, objetivo que se logra por medio de la compensación de frutos y cargas económicas. Es, como lo sostiene Solari, (2014), una clara manifestación de que dicho instituto: “(...) encuentra su fundamento en la solidaridad familiar” (p. 1).

Ahora bien, teniéndose conocida la función y finalidad de la figura *in comento*, se precisa la necesidad de ponderar los fundamentos que la doctrina le ha atribuido a su existencia y reconocimiento, mismos que fueron valorados desde la propia fase de confección del código unificado.

3.1.4. Fundamentos de las prestaciones compensatorias

Uno de los exponentes de las disciplinas jurídico-familiares que ha dedicado esfuerzos consistentes a la determinación de los fundamentos de la compensación económica, ha sido

Sambrizzi (2013), quien ha señalado tres (03) principales elementos fundantes del instituto bajo análisis, a saber: la solidaridad familiar; el enriquecimiento injusto, y la equidad.

En relación al primero de los fundamentos señalados, esto es, la solidaridad familiar, se ha determinado que tal conjugación, responde a la presencia de un margen de naturaleza axiológica, concebido con el propósito de garantizar la justa proporción de los frutos (y cargas), que se desprenden como efectos de la ruptura familiar. Se explica, de tal forma, que las compensaciones económicas previstas por el código unificado, representan un: “(...) pilar axiológico que limita el ejercicio de la libertad mediante un obrar responsable con aquellos con quienes se ha compartido un proyecto de vida” (Sambrizzi, 2013, p. 2).

Por medio de dicha fundamentación, se considera de forma preponderante, el aporte de orden económico, afectivo, moral, y de otras formas de contribución, que cada integrante (cónyuges o convivientes), haya realizado a la consumación, conformación y sostenimiento del núcleo familiar. Ello, reconocido mediante la prestación económica proporcionada al integrante desfavorecido por la ruptura. En ese mismo orden de ideas, existe una posición que considera como fundamento de las compensaciones económicas matrimoniales o convivenciales, el “enriquecimiento injusto”. La interrogante que surge inmediatamente es: ¿Qué se debe entender por “enriquecimiento injusto” en dicho contexto?

Así, pues, de la mano de una valoración que pudiere repercutir en la casuística propia de los supuestos inherentes a la judicialización de causas por compensaciones económicas, sostiene el mismo autor, que:

(...) cuando se habla del empobrecimiento injusto nos estamos refiriendo al que sufre el cónyuge que durante el matrimonio se dedicó fundamentalmente al cuidado del hogar o de los hijos, dejando de tal manera de lado su capacitación laboral, lo que evitó que el otro esposo debiera aplicar su tiempo laboral a realizar dichas tareas (Sambrizzi, 2013, p. 2).

Evidentemente, se trata de una enunciación de circunstancias que limitan los pliegos fácticos que se puedan presentar en los correspondientes casos de solicitudes judiciales de compensaciones económicas, tomando como eje de referencia, lo afirmado *ab initio*, esto es, que se trata de un efecto del divorcio o de la disolución del vínculo convivencial. Dicha postura, en consecuencia, debe ser asumida como un esfuerzo infructuoso por fundamentar el reconocimiento sobre el instituto estudiado, puesto que, obsta la presencia de circunstancias más radicales, que difieran de las establecidas en tal posición, y que -sin embargo- den lugar a una prestación compensatoria.

No obstante lo aducido, se erige una tercera postura, que se visualiza como una posición mucho más consistente que las anteriormente analizadas. Así, sostiene el mismo autor, que la tercera corriente se inclina por considerar como fundamento del instituto desarrollado, a la “equidad”. Explica Sambrizzi, (2013), que:

(...) parece equitativo que en el supuesto de la persona que en razón del casamiento ha sacrificado su desarrollo económico en pos del cuidado del hogar y de los hijos y que durante la vigencia del matrimonio vivía con un determinado nivel de vida, colaborando con su cónyuge en las tareas necesarias que resultan del mismo -lo que corresponde presumir-, si con motivo de la ruptura sufre un desequilibrio económico relevante que lo ponga en una situación económica difícil en cuanto a su supervivencia en forma digna, que no pueda superar por sí ya sea en forma pasajera o definitiva, sea compensada de manera tal que de alguna manera supla ese desequilibrio (p. 2).

De esa forma, y haciendo uso del desarrollo hipotético manejado en la segunda de las posiciones analizadas, se determina que no es el empobrecimiento injusto, ni la solidaridad familiar (que en sí misma, es un valor jurídicamente protegido), el sustrato fundamental de las compensaciones económicas, sino la *equitas*. Ello, puntualmente, tomando como referencia lo estudiado respecto de la función y finalidad de dicha figura, que como se adujo en apartados anteriores, radica en la necesidad de equiparar (de forma mediata e inmediata), las posibilidades y condiciones de un proyecto de vida a cada uno de los cónyuges o convivientes, tomando como punto de valoración, lo que ha sido la relación fenecida.

Ahora bien, hasta este punto ha sido abordado todo lo relativo a las compensaciones económicas en su estructura, esencia, y en su generalidad. Corresponde ahondar una de las consecuencias más trascendentes de su reconocimiento legislativo, esto es, la supresión de la culpa como causa de divorcio, reafirmando lo que en líneas anteriores ha sido catalogado como el divorcio “incausado”.

3.2. El divorcio incausado. Incidencias sobre las compensaciones económicas

La reforma del régimen jurídico-familiar aplicable al divorcio, desemboca en la presencia innegable de dos valores que justifican dicha modificación: la protección a la autonomía de la voluntad; y, en el mismo rumbo, el resguardo al libre desenvolvimiento de la personalidad de quienes integran un núcleo familiar, y desean disolver el vínculo que los ha unido (Ugarte, 2015).

Como consecuencia, se ha labrado la presencia de un nuevo sistema de disolución del vínculo conyugal por parte del legislador, donde el mismo: “(...) eliminó las causales contradictorias fundadas en la culpa de algunos de los cónyuges” (Venini, 2015, p. 1). Dicha

situación, determina la cierta posibilidad, tal y como lo dispone el artículo 437 de que el divorcio sea decretado por voluntad de ambos cónyuges (bilateralmente), o por uno solo de ellos (unilateralmente)²⁰, lo que representa toda una innovación, respecto de las regulaciones que le han precedido al código unificado.

Para Ugarte (2015), ello es la materialización de una influencia ejercida en el derecho familiar argentino, por lo que ha sido la técnica legislativa española, acaecida en la materia bajo estudio. Donde, además, dicho autor manifiesta que: “(...) esto no justifica tener por derogados los deberes conyugales o considerar que el matrimonio es solamente un acto formal desprovisto de cualquier compromiso” (p. 6).

Evidentemente, y tal como lo sostiene Venini (2015), dicha situación responde a razones de un elevado grado de depuración institucional que sólo resultaron contraproducentes a la luz de la delicada esencia que caracteriza la materia en desarrollo. Así, establece que:

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; (...) La eliminación de las causales subjetivas es una manera de colaborar a superar la 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 (p. 2).

Ahora bien, el elemento clave es fijar posición respecto al particular rol o papel que desempeñan las compensaciones económicas en este nuevo sistema de regulación jurídico-familiar del divorcio, tomando en cuenta lo descrito hasta este punto.

Como se ha aducido en segmentos pasados, las compensaciones económicas representan, por designio del legislador unificador en el artículo 441 del código, una posibilidad tanto en el matrimonio, como en las uniones convivenciales²¹. En ese sentido, y por evidentes razones de técnica jurídica, se desarrollará el presente segmento en función de lo que representa dicha figura únicamente para el entorno matrimonial, y cómo la misma ha contribuido (o complementado), la reforma del divorcio.

En consonancia, se erigen posturas pertenecientes a autores que aducen como fundamento de vinculación, la solidaridad familiar. Así, por ejemplo, Mizrahi (2017), sostiene que:

²⁰ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

²¹ Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

De acuerdo a una recta interpretación del Código Civil y Comercial, los compromisos que legalmente asume una persona que contrae matrimonio son exclusivamente de orden material; ya que dicho Código veda encadenar los sentimientos. En consecuencia, con fundamento en reglas elementales de la solidaridad familiar, con gran acierto la nueva ley admite que se impongan al esposo divorciado, según fuere el caso, su obligación de pagar los alimentos del art. 434, la atribución de la vivienda, prevista en los arts. 443 y 444, y, también, a falta de alimentos, la compensación económica que regulan las normas de los arts. 441 y 442 (p. 1).

De ese modo, siendo las compensaciones económicas un efecto del divorcio, se considera que las mismas representan un mecanismo en el cual subyacen vestigios de los factores subjetivos que han desaparecido (al menos en el plano formal), del derecho civil argentino. Aducen, de tal suerte, que la subsunción de las circunstancias que servirán al intérprete judicial de la norma perteneciente al fuero común, constituyen elementos de valoración subjetiva, a través de los cuales se determinará, si procede, o no, una compensación económica.

Es esa, precisamente, la realidad que alarma a los autores que en el presente estudian la interacción suscitada entre el nuevo régimen de divorcio previsto en el código unificado, y las compensaciones económicas. Por ende, nuevamente Mizhari (2017), expone -en términos más apropiados- que:

(...) se sostuvo que en el régimen actual no se descartaba que se llegaran a valorar conductas de los cónyuges y que, consecuentemente, la indemnización de daños entrara a jugar por una vía indirecta cuando se fijaran las compensaciones económicas de los arts. 441 y 442 del Código; y ello "en razón de la amplitud de las pautas que deben tomarse en cuenta para la fijación de los montos" (p. 2).

Es, dicha afirmación, una consideración debatible, que cuestiona la propia esencia de las compensaciones económicas, por lo que puede circunscribirse al conjunto de posturas que las refieren como un medio indemnizatorio. Sin embargo, en definitiva, será la sucesiva materia jurisprudencial, la que determine el real alcance de la interacción entre los diferentes institutos involucrados en el nuevo sistema de regulación jurídico-familiar.

3.3 Compensación económica y pensión por fallecimiento en el caso de los cónyuges divorciados o separados

Como se ha venido analizando, como efecto temporal del divorcio surge el instituto que se trata en este apéndice, el cual, no tiene justificación en la culpabilidad o inocencia de los cónyuges sino en el desequilibrio económico sufrido por alguno de los cónyuges por la ruptura del vínculo entre ellos. Para el caso, y teniendo en consideración las normativas del

derecho de familia actual así como las del derecho previsional, es importante interrogarnos acerca de si ¿El cónyuge divorciado o separado que gozare de una compensación económica derivada de su ex cónyuge podría ser acreedor/a del derecho a pensión para después de la muerte del causante, en virtud de lo establecido en el artículo 53 de la ley 24.241? Al respecto, la legislación argentina no ha tenido en cuenta en su redacción una respuesta certera (lo que implicaría una reforma) es por ello, que nos remitimos a la legislación del derecho comparado, concretamente el derecho previsional español, que en la Ley General de La Seguridad Social, artículo 174 inc. 2 instituye lo siguiente:

En los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, reuniendo los requisitos en cada caso exigidos en el apartado anterior, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. Asimismo, se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil - y ésta quedará extinguida a la muerte del causante...²²

Esta mencionada normativa establece, sin duda, que quien percibe una pensión compensatoria (compensación económica) por parte de su ex cónyuge, podrá percibir la pensión para después del fallecimiento en forma vitalicia, siempre que se trate de una renta por tiempo indefinido en concepto de compensación, ya que, lo que pretende este beneficio, es que la situación general en la que queda el ex cónyuge tras el divorcio, no sea muy diferente de la que tenía cuando estaba casado. Por lo tanto, quien no reciba compensación económica en vida del ex cónyuge o conviviente no podrá solicitar pensión para luego de su muerte. (Areas Dominguez, 2013)

Por otro lado, la normativa exige que la compensación económica se extinga con la muerte, por lo que esta regla mencionada (art. 174) sólo puede aplicarse cuando se tratare de una compensación económica con carácter excepcional en el tiempo, es decir, indefinidamente, o con plazo indeterminado de duración. En el supuesto de que al momento del divorcio o separación se haya pactado una compensación económica de pago único o por tiempo determinado y la misma ya esté extinguida al momento de la muerte del causante, no se tendrá derecho a una pensión previsional vitalicia (Areas Dominguez, 2013).

En la legislación comparada, para obtener una pensión de la seguridad social vitalicia, para el caso de los cónyuges divorciados o separados de hecho, se requiere (además de otros requisitos) ser acreedor de una pensión compensatoria por tiempo indeterminado. Esta última,

²² Ley General de la Seguridad Social. Real Decreto Legislativo 1. España, 20 de junio de 1994.

se extinguirá a la muerte del causante para dar lugar a la pensión de la seguridad social. En el supuesto en el que el ex cónyuge que brinda la compensación, hubiese contraído nuevas nupcias tras el divorcio, la pensión se repartirá entre el conviviente y el cónyuge superviviente divorciado en proporción al tiempo vivido con el causante.

Al realizar este análisis y teniendo presente que la normativa previsional actual argentina se encuentra vacía de contenido en cuanto al instituto de la compensación económica entre ex cónyuges y convivientes separados, debería ser posible una reforma legislativa donde se contemple dicho instituto. Hasta el momento, en su artículo 53, sólo vislumbra la figura de la culpabilidad e inocencia para determinar el derecho a pensión para ex cónyuges como así también la prestación alimentaria reservada o acordada entre ellos en vida o demandada judicialmente. Con asenso en lo establecido por la legislación española y tomándola como ejemplo, en una nueva redacción a este artículo, en su parte pertinente, se debería extinguir toda mención en cuanto a la culpa en la disolución del vínculo para obtener la pensión (ya derogada en el derecho civil) y aplicarse, para el caso de los cónyuges divorciados o separados de hecho, que podrán solicitar el beneficio de la pensión o participar de la misma en forma excepcional, esto es, siempre que haya estado percibiendo, o bien, una prestación alimentaria o una compensación económica por tiempo indeterminado conforme a lo establecido por el Código Civil y Comercial en los artículos 434 y 441 respectivamente (ya que si se percibe alimentos no se puede tener una compensación económica).

Ahora bien, quien suscribe sostiene que la pensión deberá ser otorgada de manera excepcional y limitada en el tiempo: Si el cónyuge divorciado o separado obtiene la pensión en virtud del artículo 434, para requerirla deberá cumplir con determinadas condiciones: enfermedad grave preexistente a la ruptura del vínculo o vulnerabilidad económica para solventar su economía personal, pero el Estado estará obligado a otorgarle dicho beneficio, la misma cantidad de años que duró el matrimonio.

Por otro lado, en cuanto a la compensación económica, la regla sería que si se otorgó una compensación de pago único y la misma ya fue cumplida y finiquitada antes de la muerte del causante, el superviviente divorciado no tendrá derecho a la pensión; pero si excepcionalmente, la solicitara basada en una compensación económica que consistía en una renta por tiempo indeterminado, tendrá derecho a percibirla pero el Estado estará obligado, en cuanto al tiempo, en las mismas condiciones establecidas que para el derecho alimentario (la cantidad de años que duró el matrimonio).

Todo esto podría eliminar, aunque sea de alguna manera, la contradicción entre las normativas de derecho previsional y de familia para dejar bien establecidas las condiciones para otorgar una pensión.

Conclusión

El presente capítulo se ha esbozado con la finalidad de analizar con profundidad el instituto de la compensación económica en el divorcio, sus características principales, su función y finalidad. Ello, ha sido útil a los fines de analizar cuándo se otorga y si la pensión previsional puede ser procedente una vez compensado económicamente al cónyuge que se ha visto afectado por la desvinculación afectiva y financiera.

Valores como la solidaridad familiar; principios como la autonomía de la voluntad de las partes, y derechos subjetivos como el libre desenvolvimiento de la personalidad, han sido los aspectos que, de forma preponderante, dieron lugar al tratamiento que se le ha brindado a la figura que fue objeto de desarrollo académico. Asimismo, se tornó pertinente el estudio de la naturaleza jurídica de las compensaciones económicas, punto donde se observó una gran polémica debido a la iniciativa de determinados sectores de la doctrina por subsumir tal figura en algunos institutos preexistentes (v.gr, la indemnización por daños y perjuicios, y las obligaciones alimentarias).

Eventualmente, y en uno de los segmentos más importantes y consistentes del presente desarrollo académico, se analizó la finalidad y función de las compensaciones económicas. En ese punto, se concluyó que su principal razón de ser, subyace en la pretensión de equiparar patrimonial y económicamente, aquellas situaciones en las cuales uno de los cónyuges o convivientes, resultare desproporcionalmente perjudicado por la ruptura familiar.

Luego, se ponderaron sus principales fundamentos, y se determinó que, por encima de la solidaridad familiar (valor), y del llamado “enriquecimiento injusto” (desarrollo circunstancial), debía concebirse como elementos fundantes de tal figura, la equidad.

Después, fue analizado el divorcio incausado, mecanismo de disolución matrimonial que ha sido concebido como superación al predecesor sistema de las causales subjetivas. En dicho segmento, se estudió la interrelación existente entre la posibilidad concreta de incoar acciones unilaterales de divorcio y la presencia, o prosecución, de causas con el propósito de obtener alguna compensación económica.

Estas últimas se han constituido, actualmente como un efecto del divorcio, por cuanto se considera que las mismas representan un mecanismo en el cual subyacen vestigios de los factores subjetivos que han desaparecido (al menos en el plano formal) del derecho civil argentino.

Para dar repuesta al interrogante planteado, se concluye el apartado, analizando si el cónyuge divorciado o separado que percibe una compensación económica derivada de su anterior pareja puede percibir una pensión vitalicia de la seguridad social una vez acaecida la muerte del causante. Para ello, se recurrió a la legislación civil del derecho español que nos brinda una respuesta estableciendo que, para poder ser beneficiario del derecho a pensión por fallecimiento es necesario y excluyente haber solicitado en vida una compensación económica con carácter temporal indefinido y que la misma se extinguirá por la muerte del causante para dar lugar a la pensión previsional.

Por lo tanto, en el derecho comparado, el cónyuge que percibe una compensación económica periódica y por tiempo indeterminado de su ex pareja y la misma muere, la compensación se extingue por su muerte pero puede nacer para el ex cónyuge supérstite el derecho a una pensión; pero no tendrá ese derecho si la compensación fue de pago único y ya se encuentra extinguida antes de la muerte del causante ya que la condición principal para que se otorgue una pensión por parte del Estado, es el desamparo en que queda la persona debido al fallecimiento de la otra que contribuía al sostenimiento de la misma; si el cónyuge que brindó la compensación muere ya habiendo cumplido con el pago de la compensación, no tiene por qué el Estado distraer fondos de los escasos recursos públicos para abonarle una pensión al supérstite.

Siguiendo esta normativa y concibiendo su aplicación en la legislación argentina, en cuanto a la compensación económica, podemos decir que la regla sería que si se otorgó una compensación y ésta se constituyó en un pago único siendo cumplida y finiquitada antes de la muerte del causante, el supérstite divorciado o separado no tendrá derecho a la pensión por parte del Estado ya que en su momento, con el pago de la misma, se logró restablecer el equilibrio sufrido por la ruptura del vínculo; pero si excepcionalmente, la solicitara basada en una compensación económica que consistía en una renta por tiempo indeterminado y muere el ex cónyuge del cual devenía, tendría derecho a percibirla porque la muerte del causante no debería afectar su realidad económica y financiera, más si esta compensación fue acordada entre las partes o establecida por juez competente; pero el Estado estaría obligado a pagarla, en cuanto al tiempo, en las mismas condiciones establecidas que para el derecho alimentario,

es decir, debería otorgarla conforme a la cantidad de años que duró el matrimonio o unión entre las partes.

Consecuentemente, la compensación, por regla, nace para fenecer rápidamente en el tiempo lo que la diferencia del carácter vitalicio de la pensión previsional, que está destinada a durar toda la vida del beneficiario, por cuanto su naturaleza jurídica es diferente.

Capítulo 4: La pensión del cónyuge supérstite

Introducción

Desde que se establecieron las primeras formas de familia o vínculos familiares, también se fueron creando y perfeccionando aquellos derechos derivados de este vínculo, que en el transcurso del tiempo pasarían a tener un carácter jurídico tangible en leyes, y en consecuencia otorgaría a los miembros del grupo familiar distintos beneficios según fuera el caso establecido.

En Argentina, el Código Civil ha sufrido distintas modificaciones a lo largo de los años. En su reforma más reciente, los temas relacionados con el derecho de familia (matrimonios, uniones convivenciales que ahora son permitidas también para personas del mismo sexo, etc.) son los que han causado mayor impacto en la sociedad y por supuesto en la doctrina y la jurisprudencia, haciendo que las concepciones o criterios sean replanteados y ajustados a esta nueva realidad.

En esta oportunidad, se analizará el derecho a la pensión del cónyuge o conviviente separado inocente, tomando en cuenta la evolución del derecho, y la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de familia. Además, se observará cómo se establece este beneficio en las leyes 17.562 y 24.241. De igual manera se analizará el derecho a pensión de estas personas, el cese de la misma y la influencia del Código Civil y Comercial en la seguridad social. Y finalmente se determinará lo que sucede con la culpa y la inocencia luego de que éstas fueran erradicadas del Código Civil y Comercial, y finalmente se analizará si se tendría que limitar el tiempo que puede percibirse la pensión, como una posible solución al problema.

4.1. Derecho a pensión del cónyuge o conviviente separado inocente

El derecho a la pensión en términos generales consiste en un derecho o un beneficio que se les otorga a ciertos miembros de un grupo familiar, en circunstancias específicas. El concepto de pensión que se maneja cotidianamente suele ser enfocado hacia los casos donde una persona fallece, considerándolo como el pago de una determinada cantidad de dinero al cónyuge o beneficiario de la persona que resulte fallecida, debido a que la muerte de éste representa un desamparo de las personas, o de la persona que estuviera vinculada al fallecido, sin embargo este no es el único concepto o enfoque que se le puede dar a la pensión, sino que también existen otros tipos de pensión que son otorgadas al finalizar la unión matrimonial o convivencial.

Concretamente Guillot (2014) considera que “la pensión es un instituto del derecho previsional -subsistema de la seguridad social- que se entrecruza con los alcances del derecho de familia”. (pág. 01)

El tema a tratar concretamente en el presente trabajo es el derecho a la pensión del cónyuge o conviviente separado inocente, es decir, el derecho a esa pensión alimenticia o a una compensación económica que le da un cónyuge al otro al momento de terminar o extinguir el vínculo legal que les unía, o en el caso de fallecimiento de alguno de los cónyuges.

Por excelencia el Código Civil ha sido la norma encargada de regular este tipo de materia, en Argentina la complejidad de legislar sobre estos asuntos recae en las muchas modificaciones que ha sufrido recientemente el Código, donde se han incorporado y desincorporado ciertas figuras y conceptos que han merecido nuevos análisis tanto doctrinales como jurisprudenciales para poder resolver las controversias que se presenten. Además de ello, también se han creado distintas leyes especiales que complementen la profundidad y el alcance jurídico de estas situaciones aunque algunos especialistas consideran que las normas no guardan armonía y no compaginan con los preceptos generales establecidos en el Código Civil y Comercial de la Nación.

4.2. El caso de los cónyuges

En primer lugar respecto a los cónyuges separados inocentes, es necesario aclarar que la concepción de inocente era manejada en el derogado Código Civil de Vélez, y que en la actualidad con el nuevo CCyC se desaparece completamente la figura de la inocencia en los temas de derecho de familia, y solo se maneja el concepto de divorcio.

Las nuevas modificaciones que se hicieron al Código Civil de Vélez implicaban que en materia de matrimonios, convivencia y divorcio ya no sería requerida la cohabitación ni la demostración de la culpabilidad de alguno de los cónyuges para poder extinguir el vínculo legal que los unía, este punto será desarrollado más ampliamente adelante. Ahora bien para iniciar, en el caso del actual CCyC, se establecen ciertas pautas para las pensiones alimenticias, las cuales en la norma están consagradas como un deber que prevalece tanto en la vida en común de la pareja, como en la separación de hecho. En este Código, también se dispone que dicha prestación pueda mantenerse luego del divorcio si se cumpliesen ciertos supuestos o si las partes así lo hubiesen convenido. Concretamente en el artículo 433 del CCyC señala las pautas que deben ser consideradas para la fijación de alimentos:

ARTICULO 433.- Pautas para la fijación de los alimentos. Durante la vida en común y la separación de hecho, para la cuantificación de los alimentos se deben tener en consideración, entre otras, las siguientes pautas: a) el trabajo dentro del hogar, la dedicación a la crianza y educación de los hijos y sus edades; 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; d) la colaboración de un cónyuge en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; e) la atribución judicial o fáctica de la vivienda familiar; f) el carácter ganancial, propio o de un tercero del inmueble sede de esa vivienda. En caso de ser arrendada, si el alquiler es abonado por uno de los cónyuges u otra persona; g) si los cónyuges conviven, el tiempo de la unión matrimonial; h) si los cónyuges están separados de hecho, el tiempo de la unión matrimonial y de la separación; i) la situación patrimonial de ambos cónyuges durante la convivencia y durante la separación de hecho.²³

La extinción de esta pensión alimentaria culmina por tres motivos, el primero será en el momento en que desaparezca la causa que lo inició, el segundo, si el cónyuge que gozara de este derecho inicia una nueva unión convivencial con otra persona, y tercero si el cónyuge beneficiado caiga en cualquiera de las causales de indignidad.

Por otro lado aunque no es una “pensión” concretamente, el CCyC también establece en su artículo 441 una compensación económica a favor del cónyuge al que el divorcio le produjese una desmejora considerable de su situación, siempre y cuando sea causada directamente por la disolución del vínculo matrimonial. La modalidad de esta prestación es que puede ser pagada con dinero o con el usufructo de ciertos bienes o de la forma en que decidan el juez o las partes.

En cuanto a la pensión en los casos donde uno de los cónyuges fallezca, se presentan otras circunstancias que requieren un análisis distinto. Primeramente hay que determinar que la pensión por causa de muerte para el autor Almansa (1973):

Es la prestación que se otorga a los causahabientes, también llamados beneficiarios, cuando ocurre la muerte de la persona a cuyo cargo se encontraban. El deceso ocasiona la privación de los ingresos con que subsistían quienes eran mantenidos por el o la causante. (pág. 306).

Es decir, que en principio, este derecho a la pensión se encarga de paliar el estado de necesidad en el que cae el cónyuge, debido a la muerte de su pareja. Entonces, para que las personas y los estudiados en la materia puedan determinar qué régimen legal corresponde para su aplicación, es necesario tomar en cuenta la normativa que se encuentre o encontraba vigente al momento del fallecimiento de la persona (el criterio jurisprudencial se apega a este principio).

²³Código Civil y Comercial. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

Sin embargo, la situación es otra cuando se habla de cónyuges que se encuentren separados ya que en dichos casos las normas manifiestan posiciones más rígidas para regular o permitir este tipo de beneficio. Es necesario recordar que en Argentina anteriormente, previo a obtener definitivamente una sentencia de divorcio, podía darse (según fuera el caso) una separación de hecho, la cual es considerada por la autora Kemelmajer de Carlucci (1978) como: “El estado jurídico en que se encuentran los cónyuges quienes, sin previa decisión jurisdiccional definitiva, quiebran el deber de cohabitación en forma permanente, sin que una necesidad jurídica lo imponga ya sea por voluntad de uno o de ambos esposos” (pág. 03).

En este punto vale acotar (y a modo de paréntesis comparativo y de breve reseña histórica) que antes de la entrada en vigencia del nuevo CCyC, entre la doctrina y la jurisprudencia se pueden rescatar unas etapas previas que influenciarían sobre este tema. En la primera etapa, se puede observar la redacción del derogado Código Civil de Vélez, en el cual en su artículo 3575 referente al cese de la vocación hereditaria señalaba: "Cesa también la sucesión de los cónyuges entre sí, si viviesen de hecho separados sin voluntad de unirse, o estando provisoriamente separados por juez competente".²⁴

De dicho artículo se vuelve rescatable que el mismo fue la única disposición normativa que hizo referencia a la separación de hecho por oposición a la de derecho, de igual manera también introdujo la exclusión a la sucesión como una manera de sancionar al cónyuge que provocó el cese de la convivencia matrimonial.

La segunda etapa se produce con la reforma de este mismo artículo por la ley 17.711 donde se le agregó un segundo párrafo: “Si la separación fuese imputable a la culpa de uno de los cónyuges, el inocente conservará la vocación hereditaria siempre que no incurriere en las causales de exclusión previstas en el artículo 3574”²⁵, sin cambiar el contenido del primer párrafo, lo que supone que la interpretación general del artículo debía de hacerse bajo un carácter de integración. Debido a ello, surgieron algunas tesis interpretativas de la norma las cuales eran establecidas por distintos autores según sus criterios, una de ellas sostenía que el cónyuge declarado culpable no perdía la vocación hereditaria si demostró la voluntad de querer unirse nuevamente, y al existir esta manifestación de voluntad positiva para retomar la convivencia, al morir el cónyuge no debería de perder la vocación hereditaria. Y en contraposición a la tesis mencionada anteriormente, la otra corriente establecía que el cónyuge que fuera declarado culpable perdía inmediatamente la vocación hereditaria.

²⁴Código Civil. Boletín Oficial de la República Argentina, 25 de septiembre de 1869.

²⁵Código Civil. Boletín Oficial de la República Argentina, 25 de septiembre de 1869.

Finalmente, la tercera etapa surge con la sanción de la ley 23.515 donde se vuelve a reformar el mismo artículo quedando redactado de la siguiente forma:

ARTÍCULO 3575: Cesa también la vocación hereditaria de los cónyuges entre sí en caso que viviesen de hecho separados sin voluntad de unirse o estando provisionalmente separados por el juez competente. Si la separación fuese imputable a la culpa de uno de los cónyuges, el inocente conservará la vocación hereditaria siempre que no incurriere en las causales de exclusión previstas en el artículo 3574.²⁶

Esta nueva redacción no significó mayores reformas al contenido del artículo, con lo cual no variaron los criterios manejados de las anteriores modificaciones permitiendo concluir entonces que el cónyuge culpable perdía completamente la vocación hereditaria incluso aunque hubiera manifestado una intención de reconciliación, la cual no bastaba para reclamar dicho beneficio, en todo caso esta manifestación de reconciliación debía de manifestarse de forma tangible (reanudando el vínculo legal por ejemplo) para poder obtener nuevamente la vocación hereditaria.

Ahora bien, con la entrada en vigencia del nuevo CCyC, se extingue por completo el artículo del Código Civil anteriormente descrito quedando entonces en la nueva disposición legal: “el divorcio, la separación de hecho sin voluntad de unirse y la decisión judicial de cualquier tipo que implique el cese de la convivencia, excluyen el derecho hereditario entre cónyuges” y en consecuencia con esta nueva redacción se desaparece el debate doctrinal y jurisprudencial que existía respecto al tema de la culpabilidad del cónyuge como forma de extinción de la vocación hereditaria, sin embargo da apertura a otras controversias las cuales serán explicadas más adelante.

4.3. El caso de los convivientes

Las uniones convivenciales son una de las nuevas figuras adoptadas por el CCyC como parte de su flexibilización en materia de familia. Concretamente cuando el CCyC todavía se encontraba en fase de anteproyecto, algunos autores sostenían que:

La comisión reformadora del Código Civil y Comercial expone en los fundamentos del anteproyecto que en aras de resolver la tensión entre el principio de autonomía de la voluntad (la libertad de optar entre casarse y no casarse) y el de orden público (el respeto por valores mínimos de responsabilidad y solidaridad familiar) han optado por reconocer efectos jurídicos "de manera limitada" o "mínima". El CCyC, aprobado por ley 26.994, en Libro Segundo "Relaciones de Familia" incorpora en el Título III los arts. 509 a 528 que ofrecen regulación a las "Uniones Convivenciales (Sarquis y Pozo, 2016, p.02).

²⁶Código Civil y Comercial. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

Detalladamente, el artículo 509 del CCyC se encargó de definirlo como: “la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo”.²⁷

Para que esta unión convivencial surta algunos efectos legales debe de cumplir con ciertas pautas como por ejemplo que la convivencia de la pareja se haya sostenido por un tiempo que no sea menor a los dos años. También tendrán la posibilidad de registrar tanto la unión convivencial, los acuerdos o pactos que hayan convenido y así también, la extinción de la convivencia. La inscripción que realizare la pareja de su convivencia será un medio probatorio más que suficiente, aunque también tienen la posibilidad de presentar cualquier otro tipo de prueba para acreditar su unión.

En el CCyC, al igual como ocurre en el caso de los cónyuges, se dispone de una compensación económica si al momento en que culmina la convivencia, esto le supone al otro conviviente el empeoramiento de su situación económica (la cual también será determinada según ciertas condiciones o requisitos que establece el CCyC). Debido al tratamiento similar o equiparable al matrimonio que se le da a la convivencia, los derechos a la pensión se otorgan de la misma manera, siempre y cuando se haya demostrado que efectivamente por lo menos en los dos últimos años la pareja se encontraba en convivencia.

Otra posibilidad que se maneja hoy en día, es la existencia de las normativas especiales que permiten de alguna manera la coparticipación de este beneficio entre el cónyuge supérstite separado de hecho y el conviviente supérstite. Bajo este panorama el principio básico que suele ser manejado es que el conviviente supérstite excluye a cónyuge supérstite separado de hecho.

Esta aseveración recobra más fuerza ya que (también gracias a la concatenación entre jurisprudencia y doctrina) el CCyC en su artículo 480 estableció que el régimen de comunidad se extingue con efecto retroactivo a la fecha de separación de hecho, cuando ésta ocurre con anterioridad del divorcio o la nulidad del matrimonio. Debido a estos pequeños choques de criterios es que diversos autores han considerado que se debe de realizar una modificación a las leyes especiales para que exista plena congruencia entre las disposiciones establecidas en el CCyC y las normas especiales.

²⁷Código Civil y Comercial. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014.

No obstante, en la práctica se puede apreciar que existen distintas posibilidades de casos que se pueden presentar, por ejemplo: un primer caso serían las parejas que se encuentren en convivencia y que cumplan con todos los requisitos dispuestos por la ley (incluyendo por supuesto la inscripción de su convivencia). Un segundo caso serían las parejas que cumplieran con los requisitos dispuestos por el CCyC para su constitución pero que no hayan inscripto su unión; y un tercer caso serían las parejas que mantuvieran una convivencia pero que no cumplan con todos los requisitos dispuestos por el CCyC y en consecuencia, no puedan aplicárseles los efectos jurídicos que les corresponden.

En los dos primeros casos las parejas contarán con el alcance jurídico de las normativas dispuestas por el CCyC en materia de uniones convivenciales, exceptuando una sola situación donde si la pareja no ha procedido a realizar la inscripción pertinente de su convivencia, no podrán solicitar la protección a la vivienda familiar que se encuentra prevista en el mismo Código.

La otra cuestión que preocupa a muchos autores es, cuál sería la situación jurídica de aquellas otras uniones convivenciales que no encuadran o no se encuentran previstas en el articulado regulatorio del CCyC, ya que quedarían en una suerte de limbo legal. Aunque a algunos los ha llevado a pensar que se mantendrían en la misma situación antes de la entrada en vigencia del CCyC, pudiendo ser reconocidos como una fuente de derechos reconocidos en otros títulos de la misma norma, o bien puedan ser agregados o resueltos por vía jurisprudencial o mediante leyes especiales.

Por otro lado, la jurisprudencia ha sostenido que mantener este tipo de relaciones afectivas (la convivencia), compartiendo un proyecto de vida en común sin importar si son o no personas del mismo sexo, son considerados familia, y no necesitan de la existencia de los hijos para serlo; además de que la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha dicho que la existencia de hijos en común en la relación no es una prueba demostrativa de que la pareja efectivamente fuera concubina.

4.4. El derecho a la pensión luego de la separación, según lo establecido en la ley 17.562 y la ley 24.241

La ley 17.562 corresponde a unas puntuales reformas realizadas a la ley 22.611 de la Previsión Social, con dicha reforma se unificaron (para todas las cajas nacionales de previsión) las causales de la pérdida y extinción del beneficio de la pensión. Entonces, con

estos nuevos postulados se deja en claro que los cónyuges o convivientes separados no tienen derecho a recibir el beneficio de la pensión.

Artículo 1° - No tendrán derecho a pensión: a) El cónyuge que, por su culpa o por culpa de ambos, estuviera divorciado o separado de hecho al momento de la muerte del causante, excepto cuando el divorcio hubiera sido decretado bajo el régimen del artículo 67 bis de la Ley 2.393 y uno de los cónyuges hubiera dejado a salvo el derecho a percibir alimentos; (Inciso sustituido por art. 1° de la Ley N° 23.263 B.O. 11/10/1985. Ver art. 2° de la misma norma) b) Los causahabientes, en caso de indignidad para suceder o de desheredación, de acuerdo con las disposiciones del Código Civil.

No obstante, la interpretación que generalmente se le da a este artículo se realiza de forma rígida, ya que prácticamente se le obliga al organismo provisional que determine la existencia o no de la culpabilidad de alguno o de ambos cónyuges, siempre que existan los motivos que sustenten la creencia de la existencia de la culpabilidad. Por otro lado, la ley 24.241 del Régimen provisional público en su artículo 53, ley 24.241, establece que: “En caso de muerte del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad, gozarán de pensión los siguientes parientes del causante: a) la viuda; b) el viudo; c) el integrante de la unión convivencial...”.²⁸ Posteriormente en el mismo cuerpo del artículo añade que:

En los supuestos de los incisos c) y d) se requerirá que él o la causante se hallase separado de hecho o legalmente, o haya sido soltero, viudo o divorciado y hubiera convivido públicamente en aparente matrimonio durante por lo menos cinco (5) años inmediatamente anteriores al fallecimiento. El plazo de convivencia se reducirá a dos (2) años cuando exista descendencia reconocida por ambos convivientes. El o la conviviente excluirá al cónyuge supérstite cuando éste hubiere sido declarado culpable de la separación personal o del divorcio. En caso contrario, y cuando el o la causante hubiere estado contribuyendo al pago de alimentos o éstos hubieran sido demandados judicialmente, o el o la causante hubiera dado causa a la separación personal o al divorcio, la prestación se otorgará al cónyuge y al conviviente por partes iguales.²⁹

Con este enunciado más el enfoque anteriormente estudiado que aborda el CCyC en esta temática, se puede observar que surgen dos hechos posteriores al quiebre de la unión conyugal o convivencial, que son el divorcio y la separación de hecho, los cuales influyen de manera importante al momento de determinar si otorgar o no el derecho a la pensión.

²⁸ Ley Nro. 24.241. Boletín Oficial de la República Argentina, 18 de octubre de 1993.

²⁹ Ley Nro. 24.241. Boletín Oficial de la República Argentina, 18 de octubre de 1993.

4.5. El divorcio

En estos casos, para poder acceder al derecho a la pensión según lo establecido en la ley 17.562 y el artículo 53 de la ley 24.241 se tendrán en cuenta los factores de culpa y la pensión de alimentación. Como se ha mencionado anteriormente en el presente trabajo, el CCyC derogó la figura de la culpabilidad y pasó a regular directamente sobre el divorcio incausado. Respecto a la pensión de alimentos, la vulnerabilidad y la autonomía de la voluntad son las causales consideradas para poder otorgar dicho derecho, por estas razones es que el derecho previsional ha tenido que acoplarse a la existencia de estas nuevas percepciones.

La jurisprudencia no ha tardado en pronunciarse acerca del tema, y en consecuencia ha manejado como directriz para que proceda la pensión, que los efectos de la culpa de ambos cónyuges que instituye el artículo 67 de la ley 2.393 para la obtención de la sentencia de divorcio (que era lograda por el procedimiento establecido en dicho artículo) reglamentaba las consecuencias civiles, más no la pérdida del derecho previsional de los mismos. Es por ello que muchos autores consideran que es de carácter urgente realizar una revisión, integración y adaptación de las legislaciones o apartados especiales referentes al tema de la pensión para que éstos puedan ser acoplados correctamente a las disposiciones generales establecidas en el CCyC debido a que no existe armonía entre las normas del derecho de familia y las de derecho previsional.

Indudablemente el beneficio de la pensión para los cónyuges separados o divorciados es un tema controvertido que ha causado choques doctrinales entre los especialistas y los juristas. En la situación de divorcio conforme el artículo 67 bis de la ley 2393, para el otorgamiento de la pensión, la jurisprudencia de la Corte se inclina en las causales subjetivas de la ruptura matrimonial y no en el carácter sustitutivo del beneficio de la pensión, interpretándose que el divorcio por mutuo acuerdo o por culpa concurrente de ambos cónyuges, no importa la atribución automática de culpa en la separación (prueba que debe hacerse en forma categórica por el organismo previsional), y por ende, el impedimento de acceder al beneficio previsional. Es decir, la pensión sólo puede perderse si el organismo social prueba fehacientemente la culpabilidad del cónyuge. (Guillot, 2014)

En los casos de divorcio vincular (ley 23.515) los Altos Tribunales (por mayoría) han manifestado su postura de que los cónyuges divorciados podrán recibir el beneficio solamente en casos que se manifieste un carácter sustitutivo referente al apoyo económico que el

causante le daba mientras estaba con vida. Y en cuanto a la pensión alimentaria, sólo se debe de otorgar bajo los supuestos establecidos en el CCyC, o bien si existió un acuerdo previo entre los cónyuges. Por otra parte, la minoría, esgrime que no corresponde el beneficio, en cuanto a que no puede invocar el estado de viuda/o quien no era cónyuge al momento de la muerte del causante. Al respecto de las posturas, la autora Rossi sostiene que:

Ahora bien, un régimen incausado de divorcio implica que no existan consecuencias jurídicas ante determinadas situaciones. Si sólo subsistirá un deber de asistencia y alimentos mientras dure la convivencia y, luego del divorcio, únicamente en los supuestos expresamente previstos en el Código o por convención de las partes, fundados en principios de solidaridad familiar a favor del cónyuge que padece una enfermedad grave preexistente al divorcio o carente de recursos suficientes e impedido de procurárselo, todo el basamento que venimos analizando necesariamente ha de cambiar. (Rossi, 2012, pág. 02).

4.6. La Separación de Hecho

En este supuesto, el derecho a la pensión alimentaria nace del vínculo matrimonial que no se ha extinguido aún (ya que no hay de por medio una sentencia definitiva de divorcio) y gracias a ello, el cónyuge superviviente resulta con una postura bastante ventajosa, además si a ello se le adhiere el tema de la culpabilidad, existiría entonces una presunción de inocencia hasta que se demuestre lo contrario, inclusive cuando se esté en presencia de casos donde se concurre con él o la conviviente.

Como ya se ha venido manejando, la problemática con esta perspectiva de la legislación es que la misma se encuentra enmarcada en un contexto histórico, social y legal distinto al determinado actualmente por el CCyC, y en consecuencia, en ciertos casos los especialistas y juristas se ven en la necesidad de seguir estudiando y evaluando las implicaciones sobre la culpabilidad e inocencia del cónyuge o conviviente cuando se presenta la extinción del vínculo legal que los une, y conforme al caso estudiado es que podrán determinar si es otorgable o no el derecho a la pensión (Rossi, 2012).

La jurisprudencia mantiene en “vigencia” los supuestos establecidos tanto en la ley 24.241 como la 17.562 (aunque ya se sabe que estos no compaginan con las disposiciones del CCyC), un ejemplo en concreto de ello es el caso resuelto por la Corte Suprema de la Justicia de la Nación, “Stoller, Elsa Yolanda”, donde se resolvió lo siguiente:

Debe dejarse sin efecto la sentencia que denegó el beneficio previsional si no se probó la culpa de la apelante en la supuesta separación de hecho en que se fundó la negativa, elemento subjetivo que es condición para la pérdida del derecho a pensión en los términos del artículo 1º inciso a) de la ley 17.562, sin que resulte posible fulminar con aquella sanción a la peticionaria inocente o cuya culpa no

hubiese sido fehacientemente probada, aunque se hallara separada de hecho del causante desde varios años antes de su fallecimiento.³⁰

La doctrina manejada en el anterior fallo ha sido de aplicación reiterada para otros casos, apartando entonces las consideraciones referentes al carácter sustitutivo del beneficio de la pensión, analizando las situaciones que marcan la responsabilidad al momento del cese de la vida en común que generalmente ocurre muchos años antes. Así también, en fallos sucesivos, las posturas disidentes mantienen el carácter sustitutivo de la pensión, estableciendo que no parece razonable que el Estado asuma el pago de una prestación previsional al cónyuge separado de hecho, que no haya pedido el beneficio de alimentos mientras el causante se encontraba con vida.

4.7. La influencia del CCyC en la seguridad social

La importancia del estudio de la influencia del CCyC en la seguridad social viene dado por los cambios significativos en materia de familia que se agregaron hace unos pocos años al Código. Dichas modificaciones fueron de la mano con la consideración de los derechos humanos, procurando generar un nivel de igualdad en toda la población. Por otro lado, también se encontraba la relación entre la convivencia de los principios del derecho público y privado, ya que el CCyC pertenece al derecho privado, mientras que las legislaciones previsionales pertenecen al derecho público, y las modificaciones realizadas al CCyC en los temas de derecho de familia, afectan considerablemente al contenido de la norma del derecho previsional vigente.

El tema a comentar sobre la influencia es claramente amplísimo, y en esta oportunidad en concreto y continuando con la línea de trabajo trazada, se procede a observar cuáles han sido los comentarios más significativos sobre el tema de las pensiones para las parejas separadas.

Con la modificación del CCyC, aumentaron los números de casos de pensiones debido a que ahora se toman en cuenta los matrimonios y las uniones convivenciales (que se encuentren separados) y de las personas de distinto sexo, de igual sexo, transgénero etc. Tradicionalmente en Argentina, la pensión a causa del fallecimiento era otorgada a los cónyuges cuando no fueran declarados culpables del divorcio, o cuando se hubiera separado por mutuo consentimiento alguno de las partes y ésta se haya reservado el derecho a la

³⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación Buenos Aires, “Stoller, Elsa Yolanda c/ ANSES s/ pensiones”, sentencia del 16 de abril de 2002. Recuperado el 04 de noviembre de 2017 de <http://www.laleyonline.com.ar>.

pensión de alimentos. De hecho este es el precepto que se mantiene vigente en la ley 24.241 que se estudió anteriormente y que hoy en día coexiste con el CCyC.

La nueva "filosofía jurídica", en materia de divorcio ha eliminado el concepto de "culpa", al tiempo que se elimina también la conservación del derecho alimentario a "perpetuidad" (sólo perdura en excepcionalísimos casos de extrema necesidad o si fueren convenidos, cuando se configuran taxativas causales). Así, se ha eliminado, sin más, un derecho social de antigua raigambre, cuya finalidad era la conservación del "status" socioeconómico de quien recibía del fallecido un emolumento alimentario o por ser inocente de la ruptura del vínculo o, por así haberlo convenido, en base a los principios éticos de los que fueran cónyuges y con independencia de la vida futura (nuevo matrimonio, nueva convivencia o nuevas circunstancias) (Cipolleta, 2016, p. 16).

Existió además la premisa que sostenía que el derecho a la pensión se obtenía por la tenacidad del matrimonio o convivencia, sin tener que demostrar el cónyuge o el conviviente que se encontraba cuidando del causante en el tiempo que ocurrió su fallecimiento. En la actualidad, con los cambios realizados en el CCyC sobre la pensión alimentaria, más la obsolescencia en la que cayó la ley 24.241 donde existe un párrafo que puede generar distintas interpretaciones referidas a cuando el causahabiente se encontrase cuidando del causante, puede correr peligro todo el sistema de pensión, aunque el matrimonio no hubiese extinguido su vínculo.

La jurisprudencia ha realizado importantes pronunciamientos, especialmente sobre la retroactividad de la ley en los casos de los divorcios que se hayan iniciado antes de la entrada en vigencia del actual CCyC (tratado anteriormente en el capítulo 1).

De aplicarse el Código nuevo a los juicios de divorcio por causales subjetivas iniciados con anterioridad a su entrada en vigencia podría resultar que, luego de litigar las partes durante años, ofreciendo y produciendo prueba para acreditar y fundar una plataforma fáctico jurídica destinada a probar la culpa del otro consorte en el quiebre matrimonial, obtuvieran una sentencia absolutamente desanclada del *themadecidendum*, privándolos, sorpresivamente, de una respuesta jurisdiccional que les reconozca los derechos invocados por los que bogaron incansablemente durante todo el tiempo que les insumió el proceso (Cipolleta, 2012).

En base a este análisis, se puede llegar a pensar que la jurisprudencia es la que de alguna forma ha buscado solventar la problemática de los choques entre el CCyC y las leyes previsionales. Seguramente estas últimas legislaciones prontamente serán adaptadas ya que no es lo ideal que este tipo de controversias sean resueltas siempre mediante jurisprudencia,

sino que exista una ley que deje unos parámetros más claros sobre el proceder ante determinadas situaciones.

4.8. ¿Qué sucede con la culpa y la inocencia, que fueron erradicadas del CCyC?

La erradicación de las figuras de la inocencia y la culpa tal y como se ha venido comentando, supone una contradicción entre legislaciones las cuales traen consecuencias jurídicas importantes y que dependiendo de cada caso, serán tratadas de una forma particular por la jurisprudencia. Para este tema han sido varias las consideraciones doctrinales que han surgido al respecto, a continuación, se mostraran algunas de ellas.

En primer lugar, una de las posturas que sostiene la doctrina según la autora Rossi señala lo siguiente:

Por lo tanto, si la intención del legislador, al establecer el derecho de pensión a favor del cónyuge superviviente o del conviviente, fue sostenerlo económicamente, reemplazando con dicho beneficio el ingreso con que el causante contribuía al sustento familiar, al no exigirse el deber de cohabitación se deja endeble el fundamento sobre el que se basa este instituto. Al desaparecer la culpa en el divorcio, desaparece también un requisito esencial para el otorgamiento del beneficio de pensión al ex cónyuge que no diera lugar a la separación personal o al divorcio (Rossi, 2012, p.02)

Es decir que la influencia del CCyC es tanta, que modifica las bases para otorgar el beneficio de la pensión, tal y como se había mencionado anteriormente. Algunos autores consideran que las figuras de la culpa e inocencia se plasman de forma abstracta en el nuevo Código. Inclusive existen algunas sentencias que ratifican esta postura:

“En cuanto a la declaración de inocencia de la esposa, la misma debe ser revocada, porque se ha modificado el criterio de la ley vigente, en cuanto a la inexistencia del esquema tradicional de divorcio – sanción, en el que aquella tipificaba conductas como ilícitas, para permitir fundar la demanda de divorcio. Abandonando, en consecuencia, el sistema de divorcio culpable, para receptor el llamado Divorcio – remedio, que supone acogerlo sin la consideración de causa alguna, ni sujeto al cumplimiento de términos temporales, bastando sólo la exteriorización de voluntad en ese sentido, ya sea de ambos, como es el presente caso, o de uno solo, la admisibilidad de este extremo, la inocencia, contraría la norma contenida en el Art.437, del Código Civil y Comercial de la Nación...”³¹

Escudriñando en la doctrina, se encuentran otras conceptualizaciones que contienen algunos agregados a las consideraciones generales que se han venido desarrollando, por ejemplo en la siguiente se observara el ámbito temporal de la aplicación del CCyC, y las disposiciones en cuanto a los temas de inocencia y culpabilidad:

³¹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J, “P. M., F. c/ G., M. R. s/divorcio”, sentencia del 24 de agosto de 2015 Recuperado el 04 de noviembre de 2017 de <http://www.laleyonline.com.ar>.

...ya se pronunció destacada doctrina con fuerte predicamento en nuestro medio, al decir que: `Las sentencias que se dicten a partir de agosto de 2015 no pueden contener declaraciones de inocencia ni culpabilidad, aunque el juicio haya comenzado antes de esa fecha, desde que la culpa o la inocencia no constituyen la relación; son efectos o consecuencias y, por eso, la nueva ley es de aplicación inmediata. En definitiva, todos los divorcios contenciosos sin sentencia, iniciados antes o después de la entrada en vigencia, se resolverán como divorcios sin expresión de causa, aun cuando exista decisión de primera instancia apelada. Dicho de otro modo, el CCyC tiene aplicación a todo juicio sin sentencia firme” (Kemelmajer de Carlucci, 2015, p. 136).

No cabe duda que la reforma realizada al CCyC abre un espacio considerable para tener en cuenta la voluntad de las personas para hacer y deshacer sus vínculos matrimoniales o convivenciales, sin embargo de esta misma “libertad” nace también la figura del divorcio incausado que es reconocido por no exigir una prueba de culpa o de desquiciamiento matrimonial.

La carencia de causales que puedan ser invocadas para solicitar el divorcio se traducen también en una eliminación de las responsabilidades de los cónyuges, es decir se extingue la figura de la culpa y devenido de ello, la responsabilidad al inocente. Nuevamente se debe hacer énfasis en que la jurisprudencia y la doctrina mediante el pronunciamiento de sus criterios, proporcionan soluciones temporales a las controversias suscitadas.

Por ejemplo, en el caso de la jurisprudencia, ésta ha ido tratando de flexibilizar los requisitos contenidos en la ley 23.515 del divorcio vincular, pasando a considerarlos como requisitos que describen la autonomía y la libertad. En el caso de la doctrina, el derecho comparado hace una aparición para promover el divorcio incausado ya que la extinción o el quiebre del matrimonio deviene de la voluntad de una o de ambas partes. Indudablemente hablar y legislar sobre este tema, tiene su complejidad ya que son tantos factores que intervienen que hacen que cada caso se traten distintos, sin contar si vienen con sus propias particularidades como el mencionado anteriormente. La culpa y la inocencia son dos factores que se prestan para ser vistos y analizados desde múltiples ópticas, las cuales en determinadas oportunidades aparecen acompañadas de subjetividades fuera de la esfera del derecho:

Así, partiendo de la premisa de que el matrimonio es un acto que las personas celebran –y mantienen consensualmente, de forma que puede hablarse de la existencia de un consentimiento ‘renovado’, al momento en que este consentimiento mutuo deja de existir, el acto en sí mismo pierde uno de sus requisitos esenciales (Fama, 2009,p. 45)

La reducción de estos deberes matrimoniales se relaciona directamente con el vaciamiento de la culpa, buscando precisamente que no exista una sanción para la parte que

sea la causante de la separación, respecto a esto, algunos autores consideran que es una medida injusta e insuficiente porque se causa una desprotección a la otra parte. Además de ello, la eliminación de la culpa y la inocencia suponen una insatisfacción no solo jurídica, sino también social debido a que no son permitidos los reclamos referidos a la introducción del divorcio sin causa o sobre la eliminación de los deberes matrimoniales.

También se han realizado algunos señalamientos enfocados a la no inclusión de la culpa para poder tratar la legitimación al momento de solicitar las prestaciones compensatorias, al igual que la limitación de la responsabilidad de los cónyuges, la cual solo se basa en las disposiciones generales de la responsabilidad civil, exceptuando los daños por conductas matrimoniales.

De todas estas aseveraciones, finalmente algunos doctrinarios concluyen que el vaciamiento de la culpa no brinda una verdadera aplicación de la justicia para resolver los casos donde el “cónyuge inocente” (que generalmente suele ser la mujer) sea abusado por el “cónyuge culpable” (que vendría siendo el hombre, aunque con la modificación del CCyC, respecto al matrimonio entre las parejas de mismo sexo, esta concepción de distinción entre género no resultaría vinculante).

4.9. ¿Se tendría que limitar el tiempo que puede percibirse la pensión (esto podría ser una solución)?

Como se ha venido manejando, el tema de la pensión para cónyuges o convivientes separados “inocentes” tiene diversas aristas que dependiendo el enfoque en el que se estudien podrían tener distintas soluciones. Se ha mencionado además que en el CCyC como en las leyes especiales, se determina tanto situaciones excepcionales para percibir las distintas pensiones, como el tiempo que debe de durar el beneficio (que no debe de exceder a la cantidad de años que haya durado el matrimonio o la convivencia).

Por lo tanto, limitar el tiempo por el cual se percibe la pensión puede ser parte de la solución, más a criterio del autor no representa la totalidad de la misma. Primeramente, se debería de realizar una reforma a la ley 24.241, no sólo por la modificación que sufrió el CCyC, sino porque las situaciones que se viven en la sociedad actual lo ameritan.

En dicha reforma a la ley 24.241 se debe de reescribir el articulado de manera tal que la interpretación que pueda dársele no coloque en pugna las disposiciones previstas. Mientras tanto, los intérpretes de la norma deben de buscar la interpretación que resulte más armónica con respecto a las disposiciones que en la actualidad se encuentran vigentes (Fama, 2009).

Ahora bien, respecto al tema del tiempo de las pensiones el autor considera que éstas deben de ser no sólo limitadas en tiempo, sino en situaciones excepcionales, especialmente en los casos donde exista una separación o divorcio ya que si se extingue el vínculo que mantenía una unión, se extinguen a su vez las responsabilidades y derechos que se derivaban de la misma. En consecuencia, considera completamente innecesario que las personas separadas cobren una pensión de su ex – pareja, especialmente cuando estas (en condiciones normales) tienen la posibilidad de trabajar, e incluso entablar una relación con otra persona. Aparte de ello, considera también que se deben de plantear las resultas de la asignación de la pensión en los casos de las parejas que sean del mismo género, ya que no sería conveniente aplicar las mismas reglas utilizadas en las parejas de distinto sexo.

Conclusión

La sociedad cultural y estructuralmente ha dado un giro de 180 grados en los últimos años, y las legislaciones han tenido que adaptarse a nuevas realidades y nuevos conceptos que se han presentado especialmente en materia de derecho de familia.

La controversia se presenta en base a la modificación del CCyC, donde se erradican figuras como la culpabilidad y la inocencia de los cónyuges, afectando el tema de las pensiones, ya que en las leyes especiales que regulan la materia de pensiones, si se conservan aún estas figuras. En el derecho de familia, el elemento subjetivo “culpa” en las separaciones o divorcios ha sido suplido por la apreciación de una situación objetiva que es que el matrimonio no prosperó y no se atribuyen responsabilidades; en cambio, en el derecho previsional este elemento sigue siendo tenido en cuenta para analizar el derecho a pensión de los cónyuges separados de hecho o divorciados del causante.

La jurisprudencia nacional en los casos de los cónyuges separados de hecho mantiene en vigencia los supuestos establecidos tanto en la ley 24.241 como en la 17.562 aunque en fallos posteriores, las posturas disidentes mantienen el carácter sustitutivo de la pensión, estableciendo que no parece razonable que el Estado asuma el pago de una prestación previsional al cónyuge separado de hecho, que no haya pedido el beneficio de alimentos mientras el causante se encontraba con vida.

En los casos de los divorcios que se dan conforme el artículo 67 bis de la ley 2393, para el otorgamiento de la pensión, la Corte se inclina en las causales subjetivas de la ruptura matrimonial y no en el carácter sustitutivo del beneficio de la pensión, interpretándose que el divorcio por mutuo acuerdo o por culpa concurrente de ambos cónyuges, no importa la

atribución automática de culpa en la separación (prueba que debe hacerse en forma categórica por el organismo previsional), y por ende, el impedimento de acceder al beneficio previsional. Es decir, la pensión sólo puede perderse si el organismo social prueba fehacientemente la culpabilidad del cónyuge.

En cuanto al divorcio vincular (ley 23.515) los Altos Tribunales (por mayoría) han manifestado su postura de que los cónyuges divorciados podrán recibir el beneficio solamente en casos que se manifieste un carácter sustitutivo referente al apoyo económico que el causante le daba mientras estaba con vida. Y respectivamente, la pensión alimentaria, sólo se debe de otorgar bajo los supuestos establecidos en el CCyC, o bien si existió un acuerdo previo entre los cónyuges. Por otra parte, la minoría, esgrime que no corresponde el beneficio, en cuanto a que no puede invocar el estado de viuda/o quien no era cónyuge al momento de la muerte del causante.

La jurisprudencia, por tanto, ha sido clave para poder aportar algunas soluciones a casos en concretos donde se ha establecido que las disposiciones que establezcan el CCyC, no pueden ser aplicadas a casos que ya se encontraran en disputa judicial, ya que, de hacerlo, el fallo dictado estaría completamente desanclado del *themadecidendum*, y por lo tanto no obtendrían una respuesta ajustada a los derechos por los que bogaron durante todo el tiempo que se llevó el proceso judicial.

Conclusiones finales

Como se ha observado, por medio de la reforma contenida en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, se han introducido importantes cambios en toda la estructura del sistema jurídico-familiar del Estado argentino. Con mayor grado de trascendencia, fue apreciada la incorporación de la figura conocida como las “compensaciones económicas”.

Inicialmente, fueron desarrolladas algunas consideraciones generales sobre dicho instituto, que la doctrina habría esbozado con el ánimo de complementar los rasgos más determinantes del mismo. Así, pues, se evidenció que tales instituciones, configuraron -al menos para cierto sector doctrinal- un cambio de paradigma, pues su reconocimiento implicó la restitución e íntegro resguardo de valores inescindibles en todo el entorno del derecho de familias argentino, pese al alto número de normas de orden público que intervienen en dicha rama.

En el presente trabajo de investigación se ha analizado esta novedosa figura, tal es la compensación económica. La legislación previsional ha quedado estancada en comparación con la normativa civil, toda vez que esta última se ha aggiornato a los cambios producidos en el ejido social, regulando, en consecuencia, las nuevas situaciones que se presentan en lo relativo al régimen de la vida matrimonial y convivencial.

Así, la compensación económica encuentra su sustento, al igual que los alimentos posteriores al divorcio, en la solidaridad que rige la unión matrimonial y el consiguiente desequilibrio económico que podría producir la disolución del vínculo. En ese punto, se concluyó que su principal razón de ser, subyace en la pretensión de equiparar patrimonial y económicamente, aquellas situaciones en las cuales uno de los cónyuges o convivientes, resultare desproporcionalmente perjudicado por la ruptura familiar.

La compensación económica surge como un remedio temporario destinado a equilibrar la situación financiera inmediata posterior a la finalización del vínculo entre cónyuges. Es decir, que esta predestinada a cesar de manera rápida. Sin embargo, la pensión por fallecimiento nace una vez fallecido uno de los cónyuges y permanece hasta el fenecimiento del otro.

Además, se encuentra una diferencia sustancial entre las figuras del Código Civil y Comercial de la Nación (alimentos posteriores al divorcio y compensación económica) y la pensión por fallecimiento estudiada en los capítulos del presente. Por un lado, las figuras del derecho civil tienen un plazo de duración determinado en el tiempo, es decir, no están

predestinadas a durar hasta la muerte del beneficiario; mientras que ocurre lo contrario en cuanto a la pensión por fallecimiento, la cual cesa solamente en casos determinados, o con la muerte de quien es titular.

En cuanto la compensación económica y su relación con el instituto de la pensión previsional, podemos afirmar que en el derecho comparado español, el cónyuge que percibe una compensación económica periódica y por tiempo indeterminado de su ex pareja y la misma muere, la compensación se extingue por su muerte pero puede nacer para el ex cónyuge supérstite el derecho a una pensión; pero no tendrá ese derecho si la compensación fue de pago único y ya se encuentra extinguida antes de la muerte del causante ya que la condición principal para que se otorgue una pensión por parte del Estado, es el desamparo en que queda la persona debido al fallecimiento de la otra que contribuía al sostenimiento de la misma; si el cónyuge que brindó la compensación muere ya habiendo cumplido con el pago de la compensación, no tiene por qué el Estado distraer fondos de los escasos recursos públicos para abonarle una pensión al supérstite.

Quien suscribe sostiene que la pensión debería ser otorgada de manera excepcional y limitada en el tiempo: Si el cónyuge divorciado o separado obtiene la pensión en virtud del artículo 434, para requerirla deberá cumplir con determinadas condiciones: enfermedad grave preexistente a la disolución del vínculo o vulnerabilidad económica para solventar su economía personal, pero el Estado estará obligado a otorgarle dicho beneficio, la misma cantidad de años que duró el matrimonio; por lo que correspondería aplicar en materia de pensión por fallecimiento, un criterio temporal semejante al de los alimentos posteriores al divorcio los cuales, salvo la extrema necesidad de quien los recibe, tienen como parámetro para determinar su duración en el tiempo, la duración que ha tenido la unión de las partes. La pensión por fallecimiento tendría que responder a este mismo tipo de límites.

En cuanto a la compensación económica, podemos afirmar que la regla sería que si se otorgó una compensación y ésta se constituyó en un pago único siendo cumplida y finiquitada antes de la muerte del causante, el supérstite divorciado o separado no tendrá derecho a la pensión por parte del Estado ya que en su momento, con el pago de la misma, se logró restablecer el equilibrio sufrido por la ruptura del vínculo; pero si excepcionalmente, la solicitara basada en una compensación económica que consistía en una renta por tiempo indeterminado y muere el ex cónyuge del cual devenía, tendría derecho a percibirla porque la muerte del causante no debería afectar su realidad económica y financiera, más si esta compensación fue acordada entre las partes o establecida por juez competente; pero el Estado

estaría obligado, en cuanto al tiempo, en las mismas condiciones establecidas que para el derecho alimentario, es decir, debería otorgarla conforme a la cantidad de años que duró el matrimonio o unión entre las partes.

Todo esto podría eliminar, aunque sea de alguna manera, la contradicción entre las normativas de derecho previsional y de la familia para dejar bien establecidas las condiciones para otorgar una pensión para estos derechohabientes, entre otras cuestiones.

Por otro lado, en uno de los apartados del presente trabajo, se estudió la institución de la prestación alimentaria otorgada bajo las causales subjetivas establecidas por el Código Civil de Vélez y su consideración a si pueden suprimirse o examinar su cosa juzgada bajo el amparo del actual CCyC. Se concluye, con base en los argumentos analizados por calificados juristas, que es posible revisar la cosa juzgada en sentencia firme de los alimentos, porque el hecho de que la nueva normativa establecida en el CCyC es de aplicación inmediata hace posible el cese de la obligación alimentaria en el momento inmediatamente posterior a la promulgación del nuevo cuerpo normativo, es decir, el hecho de que la sentencia fuese dada en base al cuerpo normativo preexistente no implica estar asumiendo la retroactividad como principio, así como tampoco se considera que la obligación alimentaria no se constituye en propiedad del destinatario de los alimentos, por tanto, al retirarla no se vulneran los derechos fundamentales.

También fue desarrollado el divorcio incausado, mecanismo de disolución matrimonial que ha sido concebido como superación al predecesor sistema de las causales subjetivas. En dicho segmento, se estudió la interrelación existente entre la posibilidad concreta de incoar acciones unilaterales de divorcio y la presencia, o prosecución, de causas con el propósito de obtener alguna compensación económica.

En cuanto al divorcio, es sin lugar a dudas uno de los procesos más comunes pero a su vez más complejos debido a la cantidad de factores que intervienen en él. Para los cónyuges emocionalmente es una carga muy fuerte especialmente cuando hay hijos menores y/o adolescentes. El derecho siempre ha procurado regular de la forma más idónea todos los temas, especialmente los relacionados con el tema de familia, por ser considerado el bloque principal por el cual se crea y construye una sociedad. Sin embargo, como todo en la vida es una constante evolución, las legislaciones han tenido que actualizarse y ajustarse a tiempos más modernos, donde incluso el concepto de familia se encuentra actualmente

reestructurándose debido a la inclusión (aunque no en todos los países, solo una minoría por ahora) de los matrimonios del mismo sexo.

La disposición de que sólo exista la figura del divorcio vincular, la eliminación de los tiempos y lapsos para la introducción del divorcio, las peticiones unilaterales y bilaterales, la reducción del tiempo para resolver el divorcio, la apertura de una vía no contenciosa para resolver de manera más expedita y menos traumática los asuntos relacionados con el divorcio y la inclusión de un convenio regulador son algunas de las modificaciones más importantes que adoptó el Código en esta materia que permiten que el proceso sea claro y preciso. Específicamente el convenio regulador es una herramienta que se introduce respetando lo antiguamente establecido en el Código derogado, conservando la práctica de la formulación de acuerdos referentes a los efectos del divorcio que se establecían en el artículo 236 del Código Civil anterior; tratando de mantener las relaciones familiares con un estado lo más estable y respetuoso posible, evitando así las crisis familiares.

No obstante como todo, para muchos doctrinarios la legislación no abarca suficientes soluciones especialmente en referencia al tema del derecho a la pensión de los cónyuges o convivientes separados inocentes, donde aún en la actualidad existen diferentes debates acerca de la legislación aplicable. La controversia se presenta en base a la modificación del CCyC, donde se erradican figuras como la culpabilidad y la inocencia de los cónyuges, afectando la base para el otorgamiento de las pensiones, ya que en las leyes especiales que regulan la materia de pensiones, si se conservan aún estas figuras generando contradicción entre las normativas.

En cuanto a las consideraciones de la culpabilidad o inocencia para otorgar el derecho a pensión o el carácter sustitutivo de la misma, la jurisprudencia analizada tiene en cuenta actualmente diferentes situaciones. En los casos de los cónyuges separados de hecho mantiene en vigencia los supuestos establecidos tanto en la ley 24.241 como en la 17.562 aunque en fallos posteriores, las posturas disidentes mantienen el carácter sustitutivo de la pensión, estableciendo que no parece razonable que el Estado asuma el pago de una prestación previsional al cónyuge separado de hecho, que no haya pedido el beneficio de alimentos mientras el causante se encontraba con vida.

En los casos de los divorcios que se dan conforme el artículo 67 bis de la ley 2393, para el otorgamiento de la pensión, la Corte se inclina en las causales subjetivas de la ruptura matrimonial y no en el carácter sustitutivo del beneficio de la pensión, interpretándose que el

divorcio por mutuo acuerdo o por culpa concurrente de ambos cónyuges, no importa la atribución automática de culpa en la separación (prueba que debe hacerse en forma categórica por el organismo previsional), y por ende, el impedimento de acceder al beneficio previsional. Es decir, la pensión sólo puede perderse si el organismo social prueba fehacientemente la culpabilidad del cónyuge.

En cuanto al divorcio vincular (ley 23.515) los Altos Tribunales (por mayoría) han manifestado su postura de que los cónyuges divorciados podrán recibir el beneficio solamente en casos que se manifieste un carácter sustitutivo referente al apoyo económico que el causante le daba mientras estaba con vida. Y respectivamente, la pensión alimentaria, sólo se debe de otorgar bajo los supuestos establecidos en el CCyC, o bien si existió un acuerdo previo entre los cónyuges. Por otra parte, la minoría, esgrime que no corresponde el beneficio, en cuanto a que no puede invocar el estado de viuda/o quien no era cónyuge al momento de la muerte del causante.

La jurisprudencia por tanto, ha sido clave para poder aportar algunas soluciones a casos en concreto donde se ha establecido que las disposiciones que establezcan el CCyC no pueden ser aplicadas a casos que ya se encontraran en disputa judicial, ya que, de hacerlo, el fallo dictado estaría completamente desanclado del *themadecidendum*, y consecuentemente no obtendrían una respuesta ajustada a los derechos por los que bogaron durante todo el tiempo que se llevó el proceso judicial.

Por lo tanto, se observa que el derecho a pensión debería ser objeto de una reforma legislativa que recepte las nuevas instituciones del Código Civil y Comercial. En primer lugar, es imperante la necesidad de eliminar cualquier referencia a la culpa en cuanto a la disolución del vínculo, pues no podría un organismo administrativo analizar lo que le está vedado a un juez de familia. De esta manera, la procedencia de la pensión para un ex cónyuge divorciado o separado de hecho estaría determinada tan sólo por la existencia de una prestación alimentaria previa al fallecimiento del causante, la cual podría tener por origen la voluntad de las partes o la sentencia de un juez competente o en una compensación económica de carácter excepcional (renta por plazo indeterminado) pactada por las partes o impuesta por el juez. Así también, para estar acordes a lo establecido en la normativa civil, no sería otorgada con carácter vitalicio sino que tendría una duración limitada en el tiempo, basada en la cantidad de años que duró el matrimonio o unión convivencial.

Una reforma permitirá rever la figura de la pensión, y de esta manera, receptar los cambios introducidos por el Código Civil y Comercial y brindar seguridad jurídica. Ello, por cuanto no ha de olvidarse que el hecho de que la figura de la pensión vitalicia se encuentre sujeta a figuras subjetivas que ya no existen, implica que no se encuentre específicamente estipulado cuándo procede y cuándo no.

Al unificar los criterios entre el CCyC y las leyes previsionales se logrará acabar con los problemas interpretativos y se colocarán en orden las disposiciones que podrán ser utilizadas tanto en los casos previos como posteriores a la modificación del CCyC. Pese a que el derecho a la pensión sea un derecho humano universal, las normativas correspondientes deben dejar mejor esclarecidas los supuestos en los cuales este beneficio puede ser adjudicado y reclamado.

Estas afirmaciones anteriormente expuestas, permiten confirmar la hipótesis planteada de que el carácter vitalicio de la pensión establecida en la Ley 24.241 no subsiste a la muerte del cónyuge, con el Nuevo Código Civil y Comercial, toda vez que los cónyuges divorciados o separados no deberían de tener un derecho a la pensión basada en una persona con la cual ya no convive o ha fallecido, porque no existe realmente ni vínculo emocional ni legal sobre el que se pueda fundamentar dicha decisión, salvo situaciones excepcionales y limitadas en el tiempo.

Finalmente, la propuesta es modificar las normativas previsionales en las PARTES PERTINENTES A LA TEMÁTICA que pueden quedar redactados de la siguiente manera:

Ley 17.562

Artículo 1: (parte pertinente)

No tendrán derecho a pensión:

a) El cónyuge divorciado o separado que no solicitó prestación alimentaria en virtud de lo establecido en artículo 434 del Código Civil y Comercial de la Nación o o en el supuesto excepcional de renta por compensación económica otorgada por plazo indeterminado, prevista en el artículo 441 mismo Código....

Ley 24.241:

Artículo 53: Pensión por fallecimiento. Derechohabientes (parte pertinente)

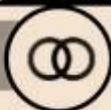
En caso de muerte del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad, gozarán de pensión las siguientes personas vinculadas al causante:

- a) El/la viudo/a...
- b) El/la cónyuge divorciado/a: Siempre que perciba alimentos de conformidad con lo previsto en el artículo 434 del Código Civil y Comercial, o en el supuesto excepcional de renta por compensación económica otorgada por plazo indeterminado, prevista en el artículo 441 del Código Civil y Comercial. Esta pensión tendrá un plazo de duración conforme a los años que duró el matrimonio.
- c) El/la conviviente...

La coparticipación entre el cónyuge divorciado supérstite y el/la conviviente procederá solamente cuando el causante hubiera estado contribuyendo al pago de alimentos conforme lo previsto en el Código Civil y Comercial en sus artículos 432, 433 y 434, o en el supuesto excepcional de renta por compensación económica otorgada por plazo indeterminado, prevista en el artículo 441 del Código Civil y Comercial. Esta pensión tendrá un plazo de duración de acuerdo a los años que duró el matrimonio o unión convivencial entre las partes.

Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Matrimonio



No hay distinción entre el sexo de los contrayentes y también se reconoce la igualdad de derechos. El compromiso de los esposos es el de desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación.

Uniones convivenciales



Se basa en relaciones afectivas con carácter singular, pública, notoria, estable y permanente. Se pueden inscribir en el Registro Civil. Se puede pactar su extinción, distribución de cargas del hogar o la división de bienes en caso de ruptura.

Responsabilidad parental



La relación entre padre e hijos debe someterse al interés superior del niño. Consagra la participación del menor en las decisiones. Contempla la responsabilidad del cónyuge o conviviente de quien tiene a su cargo el cuidado del menor.

Protección del consumidor



Lo protege de los contratos estandarizados –seguros, bancos, prepagas–, de la publicidad engañosa, de las cláusulas abusivas y sorpresivas y de las compras fuera de locales comerciales. Consagra el trato digno, equitativo y no discriminatorio.

Propiedad indígena



Se respetan los usos y costumbres ancestrales, sin lesionar el derecho de propiedad del resto de los habitantes. Regula la “propiedad comunitaria indígena” y delega en una ley especial la regularización de las tierras ocupadas por comunidades.

Divorcio



El trámite es más simple. Puede ser pedido por cualquiera de los cónyuges y no es necesario que invoque una causa. Se protege al cónyuge que sufre un desequilibrio por el divorcio, reconociéndose el derecho a una compensación.

Reproducción asistida



Se incorporan y se regulan las técnicas de reproducción humana asistida (inseminación artificial, fecundación in vitro). Se equipara la filiación por ese medio de reproducción con la natural y la adoptiva plena.

Nombre



Hay más libertad. Se reconoce la posibilidad de inscribir nombres aborígenes. El hijo lleva el primer apellido de alguno de los padres. Cualquiera de los cónyuges puede optar por usar el apellido del otro, con la preposición “de” o sin ella.

Nuevas formas de contratación



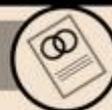
Regula los contratos realizados por medios electrónicos. prevé una normativa que preserva la libre autonomía del contratante. Se establece el “período de reflexión”, que permite rescindir la operación dentro de los 10 días sin consecuencias.

Protección del ambiente



Incorpora normas y principios que ubican entre los códigos más modernos. En ningún caso se puede afectar la sustentabilidad de los ecosistemas, la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales y el paisaje, entre otros.

Convenciones matrimoniales



Antes del matrimonio se pueden hacer convenciones sobre la separación, administración y disposición de los bienes. A falta de convenio, se aplica el régimen de comunidad, que distingue entre bienes propios y gananciales.

Adopción



Se simplifican los trámites. Se prioriza el interés del menor por sobre el de los adoptantes. Puede adoptar una pareja o una persona sola. Se reconoce el derecho del adoptado a conocer los datos relativos a su origen.

Derecho a la imagen



La persona es inviolable y debe respetarse su dignidad. Establece que no se puede captar o reproducir la imagen o la voz de una persona sin su consentimiento, salvo en actos públicos o interés científico o informativo.

Protección débil



Considera a la persona concreta por sobre la idea de sujeto abstracto y desvinculado de su posición vital, como ocurre con el paciente y las personas con capacidad restringida. La regla es la capacidad y la excepción es la restricción para ciertos actos.

Desarrollo económico



Se regulan los contratos fijando el alcance de las obligaciones en beneficio de la seguridad jurídica. Consagra avances en la regulación de las sociedades comerciales –incluye las sociedades unipersonales– y de las asociaciones civiles.

³²Recuperado el 05 de noviembre de 2018 de <https://www.unosantafe.com.ar/santafe/matrimonios-y-algo-mas-que-cambia-el-nuevo-codigo-civil-n880119.html>.

Bibliografía

Doctrina

- Almansa, P. (1973). *Derecho de la seguridad social*. Madrid, España: Ed. Tecnos.
- Areas Dominguez, A. (2013) “¿Pensión de viudedad sin pensión compensatoria de separación o divorcio? Cuestión resuelta. Comentario a la STS (4ª) de 17 abril 2012, rec. 1520/2011. Pte: José Manuel López García de la Serrana -EDJ 2012/86077-” Recuperado el 30 de octubre de 2017 de <https://elderecho.com/pension-de-viudedad-sin-pension-compensatoria-de-separacion-o-divorcio-cuestion-resuelta-comentario-a-la-sts-4a-de-17-abril-2012-rec-15202011-pte-jose-manuel-lopez-garcia-de-la-serrana>.
- Blanchard, V. (2016). “Compensación económica. Riesgos de una inadecuada interpretación”. DFyP - 2016 (Documento N° 630).
- Carballa A., Garavano C., Giacoia L., Menseguez C. y Veiras A. (2014). *El Divorcio Incausado*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- Carlucci, A. (2015). “El Código pone a nuestra legislación a la cabeza de América Latina”. Recuperado el 25 de octubre de 2017 de <http://www.losandes.com.ar/noticia/aida-kemelmajer-de-carlucci-el-codigo-pone-a-nuestra-legislacion-a-la-cabeza-de-america-latina>.
- Cipolleta, G. (2015) “Influencias del nuevo Código Civil y Comercial en el Derecho de la Seguridad Social”. Recuperado el 30 de octubre de 2017 de <http://www.laleyonline.com.ar>.
- Fama, M. V. (2009). *Nuevas tendencias jurisprudenciales en materia de divorcio*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Galli, M. (2017). “Efectos del divorcio sobre los convenios alimentarios”. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. 2017-A.
- Gérez D. y Zampini N. (2015). “Adecuan divorcio en trámite al nuevo Código Civil y Comercial”. Recuperado el 20 de octubre de 2017 de <http://www.garciaalonso.com.ar/actualizacion.php?id=189>.
- Guglielmino, A. (2016). “Riesgosa doctrina sentada por la sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que fulmina el derecho del cónyuge inocente a continuar percibiendo alimentos a cargo del culpable del divorcio”. *Revista de Derecho de Familia y de las personas*. 8: 51-70.

- Guillot, M. (2014). “El Código Civil y Comercial de la Nación y la pensión: derecho de los convivientes y ex cónyuges”. Revista de Jubilaciones y Pensiones.
- Hernan C. (2015). “Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral de Monte Caseros. 4 de agosto de 2015. Sentencia N° 32/15”. Recuperado el 25 de octubre de 2017 de <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/08/fallo01.pdf>
- Kemelmajer A. (2015). “Nuevamente sobre la aplicación del Código Civil y Comercial a las situaciones jurídicas existentes al 1 de agosto de 2015”. Recuperado el 30 de octubre de 2017 de <http://www.cazc.com.ar/archivos/aida-contesta-a-rivera.pdf>
- Kemelmajer de Carlucci, A. (1978). *Separación de hecho entre cónyuges*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Kemelmajer de Carlucci A. (2015). *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Kemelmajer de Carlucci, A; Herrera, M; Molina de Juan, M. (2016) “La obligación alimentaria del cónyuge inocente y el derecho transitorio. Cuando las piezas se van acomodando”. Diario La Ley, 30/5/2016.
- Mazzinghi, G. (2016). “La inocencia y una disvaliosa interpretación”. Revista Jurídica Argentina La Ley. 2016c: 469-476
- Mazzinghi, J. A. M. (2015) "Derecho del cónyuge a percibir alimentos luego del divorcio". Diario La Ley del 21/07/2015, Año LXXIX, N° 134.
- Mizhari, M. (2017). “Deberes no jurídicos en el matrimonio e improcedencia de pagar compensaciones o indemnizaciones”. La ley - 2017 (Documento N° 618).
- Molina de Juan, M. (2015). “Compensaciones económicas para cónyuges y convivientes. Preguntas necesarias y respuestas posibles”. ADLA - 2015 (Documento N° 3065).
- Muñoz, C; Piazza, J. (2015). “Alimentos en favor del "cónyuge inocente". Presente y ¿futuro?”. Recuperado el 28 de octubre de 2017 de <http://www.laleyonline.com.ar/AR/DOC/2152/2015>.
- Ortemberg, O. (2015). “Breve historia del divorcio en la Argentina”. Recuperado el 20 de octubre de 2017 de https://www.clarin.com/sociedad/Breve-historia-divorcio-Argentina_0_HJnhZStvXx.html.

- Pellegrinelli, V. (2015). “Siete temas claves del nuevo código civil y comercial”. Recuperado el 25 de octubre de 2017 de <http://www.perfil.com/elobservador/siete-temas-claves-del-nuevo-codigo-civil-y-comercial-0731-0053.phtml>
- Rossi, P. (2012). “La reforma al Código Civil obliga a repensar el sistema de pensiones”. Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social. N° 10. Buenos Aires
- Sambrizzi, E. (2013). “Las compensaciones económicas entre los cónyuges en el Proyecto de Código Civil”. DFyP - 2013 (Documento N° 4114).
- Santiso, J. (2017). “Compensaciones económicas”. DFyP - 2017 (Documento N° 1576).
- Sarquis, L. y Pozo, C. (2017). “Derecho a pensión y uniones convivenciales. Una mirada renovada a propósito de la puesta en vigencia del Código Civil y Comercial”. Revista de Derecho de Familia y de las Personas.
- Solari, N. (2014). “Criterios de fijación de la prestación compensatoria”. DFyP - 2014 (Documento N° 1556).
- Ugarte, L. (2015). “Deberes del matrimonio y consecuencias del divorcio incausado en el Código Civil y Comercial. Convenio regulador y compensación económica”. Diario La Ley - 2015 (Documento N° 1878).
- UNLu (2014) “Aporte del Proyecto de Reforma del Código Civil a la Autonomía de la Voluntad en el Derecho de Familia”. Recuperado el 30 de octubre de 2017 de http://www.redsocialesunlu.net/wp-content/uploads/2014/08/rsoc002_11-el_divorcio_incausado_carvalla_llanas_y_otros.pdf.
- Venini, G. (2015). “Las compensaciones económicas en el nuevo Código Civil y Comercial”. DFyP - 2015 (Documento N° 1414).

Jurisprudencia

- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala III, "L. M. D. L. A. c/ B. A. s/divorcio (Art. 214 inc. 2 C.C.)", sentencia del 30 diciembre de 2015. Recuperado el 30 de octubre de 2017 de <http://www.laleyonline.com.ar>.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I. “M L, N E c. D B, E A s/ Alimentos”, sentencia de 2015. Recuperado el 30 de octubre de 2017 de <http://www.laleyonline.com.ar>.

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J. “P. M., F. c/ G., M. R. s/divorcio”, sentencia del 24 de agosto de 2015. Recuperado el 04 de noviembre de 2017 de <http://www.laleyonline.com.ar>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Buenos Aires, “Stoller, Elsa Yolanda c/ ANSES s/ pensiones”, sentencia del 16 de abril de 2002. Recuperado 04 de noviembre de 2017 de <http://www.laleyonline.com.ar>.
- Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral de Monte Caseros, Sentencia Nro. 32/15, “Z., A. K. C/ R., C. G. s/ divorcio vincular” del 03 de agosto de 2015. Recuperado 30 de octubre de 2017 de <http://www.nuevocodigocivil.com/wpcontent/uploads/2015/08/fallo01.pdf>.
- Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 92, “M. L., N. E. c. D. B. E. A. s/ alimentos”, sentencia del 2015. Recuperado el 30 de octubre de 2017 de <http://www.laleyonline.com.ar>

Legislación

- Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina, 08 de octubre de 2014
- Código Civil. Boletín Oficial de la República Argentina, 25 de septiembre de 1869.
- Constitución Nacional. Asamblea General Constituyente, Santa Fe, Argentina, 1994.
- Ley General de la Seguridad Social. Real Decreto Legislativo 1. España, 20 de junio de 1994.
- Ley Nro. 17.562. Boletín Oficial de la República Argentina, 11 de diciembre de 1967
- Ley Nro. 24.241. Boletín Oficial de la República Argentina, 18 de octubre de 1993
- Ley N° 26.589. Boletín Oficial de la República Argentina, 06 de mayo de 2010.