

XXXIII JORNADA NOTARIAL ARGENTINA – BARILOCHE 2018

Uniones Convivenciales

“ESTATUTO CONVIVENCIAL: La Nueva Realidad Familiar”

COORDINADORES: Notario Julio Cesar Capparelli
Notario Federico Jorge Panero (h)

AUTORES: Luis MANASERO VILAR, Karina Vanesa SALIERNO, Ana Antonieta LAVECCHIA, Carolina Andrea MARTINEZ, Natalia María MARTINEZ,

Contacto: Karina Vanesa SALIERNO. Telefono Celular: 11 5180 4676. Mail: escribaniasalierno@gmail.com

Las uniones convivenciales y su relación con la función notarial. Existencia. Requisitos. Registración. Estructura y regulación de los Pactos de Convivencia. Protección de la Vivienda Familiar. Asentimiento Convivencial. Régimen de Protección de la Vivienda. Cuestiones relacionadas con el Derecho Sucesorio. Derecho Real de Habitación. Inhabilidades Testamentarias. Cese de la Unión Convivencial. División y Atribución de los Bienes Comunes.

Introduccion

El modelo familiar que predominó en nuestro país hasta pasada la primera mitad del siglo XX era el típico matrimonio. En virtud del cambio de paradigma y la evolución de la sociedad el Código Civil y Comercial de la Nación vino a poner de manifiesto la admisión y necesidad de darle un papel protagónico a la autonomía de la voluntad proponiendo un régimen para las uniones convivenciales compatible con la nueva estructura familiar. Esto nos marca el camino en la interpretación de las normas, en el sentido que todo aquello que se encuentra plasmado en la letra por el legislador deberá ser aplicado e interpretado bajo dos pilares básicos, que son el principio de libertad y de igualdad. En virtud de ello, se introducen principios y estructuras jurídicas tendientes a lograr un equilibrio entre la rigidez del orden público imperante en el derecho de familia y la autonomía de la voluntad. El principio orientador en materia interpretativa se encuentra en el artículo 2 del Título Preliminar del Código Civil y Comercial de la Nación que reza: “Interpretación: La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.”

Así podemos sostener que los presupuestos que inspiraron la reforma son principios receptados en numerosos fallos Jurisprudenciales, Congresos y Jornadas, y que ya formaban parte de nuestro plexo normativo (artículo 75 Inc. 22 CN). Estos principios reflejados en todos los institutos del derecho de familia son: a) El principio de la autonomía de la voluntad.- b) El principio de igualdad y libertad en cuanto el Libro segundo, Título I, Capítulo I expresa “Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo”.- c) La libertad de elección del modelo de familia, la recepción de las “familias ensambladas”, y el reconocimiento de la unión convivencial.- Con la sanción y entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación la

unión convivencial posee un estatuto jurídico propio y autónomo basado principalmente en el principio de solidaridad, generando un vínculo legal de derechos y obligaciones entre los convivientes y los integrantes de la familia, aun en familias ensambladas.

La legislación unificada receptó esta conducta cada vez más frecuente en nuestra sociedad, que tenía escaso tratamiento legislativo pero amplio desarrollo jurisprudencial (derecho a la pensión, indemnización en caso de fallecimiento del trabajador, derecho a prestar el consentimiento informado para actos médicos, entre otros). Bajo el influjo de los principios rectores de la nueva legislación - libertad e igualdad - y en el afán de resolver la tensión entre autonomía de la voluntad — derecho a no casarse — y orden público — solidaridad familiar —, devino necesaria la consideración de estas uniones, no pudiendo dejarse de lado la protección integral de la familia, el principio de igualdad y la no discriminación entre los integrantes. El ordenamiento legal debe interpretarse en atención a los efectos jurídicos que se producen tanto durante la vigencia de la unión convivencial como posterior a su cese. Sin perjuicio de su tratamiento específico en el Título Tercero del Libro Segundo del CCCN, los efectos de las uniones convivenciales se identifican a lo largo de toda la legislación de fondo, en la legitimación activa del conviviente para solicitar la declaración de incapacidad, al poder ser beneficiarios del régimen de afectación a vivienda, la necesidad del asentimiento para la disposición de los derechos sobre la vivienda y los muebles indispensables, la adquisición legal del derecho real de habitación del conviviente supérstite establecida en el art. 1894 y 527, entre otros.

A partir de estos conceptos los operadores del derecho, nos planteamos el desafío de la correcta interpretación de la nueva figura, para que a través del asesoramiento notarial, los requirentes que se acercan a la notaría, encuentren canalizadas sus expectativas y necesidades. El notario es el intérprete de la voluntad de las partes, y será quien transformará los hechos en derecho dentro de los parámetros de legalidad. Asimismo, tiene el deber de informar, dar noticias de posibles caminos, características, beneficios, desventajas y riesgos de cada uno, asesorar, complementando dicha información, aconsejar y asistir a las partes. La

transformación de la realidad familiar ha determinado el rumbo del cambio normativo, la familia tradicional se diversifica para comprender dentro de su órbita las relaciones de personas en unión.

Es indiscutible que los modelos de familia no son estáticos, sino que transmutan, circulan, reclaman mayores manifestaciones en el ámbito de las relaciones jurídicas familiares, reclaman y exigen un mayor grado de autoregulación, y el notario latino cumple un rol fundamental en la redacción del documento, analizando sus consecuencias mediatas e inmediatas y la circulabilidad del documento resultante, con el fin último de proteger la seguridad jurídica a través de la función preventiva de conflictos.

La colaboración del documento notarial en todas las facetas del desarrollo de la vida convivencial es un valor agregado que cotiza en seguridad jurídica. El estatuto convivencial es el reflejo de las distintas vicisitudes convivenciales, regirá el nacimiento, desarrollo y fin de la unión convivencial.

Antecedentes históricos del derecho romano, canónico y francés

En los pueblos de la antigüedad encontramos los antecedentes históricos de la unión convivencial que marcaron los fundamentos que aun subsisten.

* Derecho romano: Bajo el reinado del primer emperador romano, Octavio Augusto, (gobernó del 27 AC hasta 14 DC) comenzó a regularse el concubinato a los efectos de distinguirlos de las restantes uniones extramatrimoniales. Según esta normativa, a través de la cual se lo eximió de penalidad -conservándola para el resto de las uniones- debía tratarse de personas impúberes sin vínculo de parentesco afín o consanguíneo que generara impedimento para contraer matrimonio, debiendo el concubino ser soltero, ya que sería incestum si la unión era entre parientes, adulterium si era entre personas casadas o stuprum si se había ejercido violencia entre personas honestas para lograr la unión. El concubinato debía ser singular, es decir no podía mantenerse con más de una concubina, las cuales sólo podían ser mujeres de bajo rango, como ser actrices, prostitutas, mujeres que fueron sorprendidas en adulterio; y si una mujer honrada

consentía en ser tomada por concubina, perdería entonces su posición en el medio social y la honra que por ser mujer romana tenía. A la concubina se la distinguía de la esposa por el llamado “affectus maritales”, es decir la voluntad de contraer matrimonio, la intención de las partes, y que no se requería para el concubinato el cumplimiento de formalidad alguna.

Los hijos que nacían de este concubinato eran considerados hijos naturales, quienes eran reconocidos por sus padres, a diferencia de los nacidos de las otras uniones quienes no tenían jurídicamente padres y se los llamaba espurios. Estos “hijos naturales” eran considerados legítimos si sus padres luego contraían matrimonio, y a través del Corpus Iuris -o sea ya bajo el imperio de Justiniano- se les confirieron ciertos derechos hereditarios para participar en la sucesión del padre y se les reconocieron obligaciones alimentarias a su favor.

* Derecho canónico: Hasta el dictado del Concilio de Trento en 1563, la postura era favorable para este instituto, se admitía la unión monogámica del hombre y su concubina siempre y cuando el hombre no fuera casado y se hiciera con carácter de perpetuidad. Se aceptaba el matrimonio presunto, o sea la unión entre un hombre y una mujer que entre ellos mismos convenían tomarse por marido y mujer. Pero luego, y a fines del siglo XV y con el movimiento de la Contrarreforma, la Iglesia tomó medidas a los fines de preservar y fortalecer su poder, culminando en 1563 con el dictado del mencionado Concilio de Trento, a través del cual se prohibió el matrimonio presunto, se estableció la obligatoriedad de contraer matrimonio ante el cura en ceremonia pública con dos testigos, se crearon los registros parroquiales donde se anotaban y controlaban los matrimonios. Como contrapartida, se proscribió el concubinato; se dictaron sanciones severas para los concubinos que, advertidos tres veces no cesaran en su relación, imponiéndoles la excomunión y hasta calificándolos de herejes.

* Derecho francés: Bajo la influencia del derecho canónico en su última postura, a través de diversas medidas legislativas se le negó trascendencia a la unión concubinaria. El código Napoleón de 1804 ignoró totalmente al concubinato y se abstuvo de regular sus efectos ante conflictos de intereses o negocios jurídicos, y fue fuente de gran importancia para la adopción de la doctrina abstencionista en

esta materia, como más adelante se desarrollará, en los países occidentales, es por eso que la jurisprudencia fue resolviendo los problemas que surgían. A partir de 1912 comenzó el debate legislativo en la materia, y entre 1914 y 1918 se sancionaron varias leyes para solucionar problemas urgentes de las concubinas de los soldados de la primera guerra mundial, continuando luego el dictado de leyes además de las resoluciones judiciales.

Posiciones jurídicas frente a la regulación del concubinato

Posición abstencionista: Tal como se mencionara anteriormente, la falta de regulación del concubinato por parte del código napoleónico, influyó en los ordenamientos occidentales, entre los cuales se incluye el nuestro (hasta la reforma de nuestro código civil).

Posición sancionadora: Los autores enrolados en esta línea consideran que la ley debe intervenir, pero a los efectos de perjudicar a los concubinos, creándoles cargas especiales a método de combatir el concubinato. Otra subcorriente mantiene que la ley intervendría para dar eficacia jurídica sólo a los actos que tendieran a perjudicar a los concubinos.

Posición reguladora: En contraposición a la corriente sancionadora y para responder a prácticas y costumbres arraigadas en la población, se considera que es conveniente la regulación legal, ya que no es posible negar una realidad de tal magnitud, atendiendo de esta manera a otorgar soluciones precisas y no quedar sujeto al criterio de los jueces, quienes son los que deben dar una resolución ante la falta de normativa.

Derecho comparado en países latinoamericanos

Algunos países lo han regulado sólo en sus ordenamientos legislativos, otros con jerarquía constitucional.

La república de Cuba, en el art. 43 de su constitución de 1940, dispone: “Los tribunales determinarán los casos en que por razón de equidad la unión entre

personas con capacidad legal para contraer matrimonio será equiparada por su estabilidad y singularidad, al matrimonio civil”, entendiéndose entonces que hasta que un tribunal no lo declare, la unión en concubinato no tendrá los efectos matrimoniales.

Las constituciones de Guatemala y de Honduras contemplan la equiparación de la unión de hecho al matrimonio regularmente contraído, en el caso de Guatemala su código civil requiere la registración de la unión para esta equiparación.

En el caso de Bolivia, su constitución impone el plazo mínimo de dos años de vida en común y su código de familia establece que cuando estas uniones sean estables y singulares, producen efectos similares a los del matrimonio tanto en las relaciones personales como patrimoniales de los convivientes. En el caso de Panamá, se requieren de diez años de vida en común según el artículo 56 de su constitución, y la ley del 6 de diciembre de 1956 de este país establece que se acreditará la existencia de esta unión de hecho ya sea por su inscripción a petición de partes en el Registro Civil o por acreditación mediante testigos en sede judicial.

El código Civil del Estado de Tamaulipas, México, dispone que a la unión se la considerará matrimonio siempre que entre los sujetos no existan impedimentos para contraer matrimonio y el trato sea continuado de un solo hombre con una sola mujer. En este estado el matrimonio puede ser registrado o no registrado. Si lo es, entonces tiene una prueba auténtica de su celebración.

El código civil Paraguayo, por su parte, regula a la unión concubinaria, estableciendo que cualquiera sea el tiempo de su duración, podrá dar lugar a la existencia de una sociedad de hecho siempre que se reúnan los requisitos para la existencia de dicha sociedad, y se presume salvo prueba en contrario que existe tal sociedad si la relación concubinaria duró más de cinco años. Esta sociedad de hecho se rige por las disposiciones que regulan la comunidad de bienes matrimoniales y en este cuerpo normativo se le reconoce al concubino derecho a pensión, jubilación o indemnización tal como si le correspondiera al cónyuge. Tienen derecho a la liquidación de bienes comunes.

Nuestro ordenamiento positivo

El código civil velezano sólo reconocía al concubinato -así expresamente lo mencionaba- a los efectos de legitimar el matrimonio in extremis, cuando en su artículo 3573 establecía que, si el cónyuge que se hallaba enfermo al contraer matrimonio, fallecía de esa misma enfermedad dentro de los treinta días siguientes a dicha celebración, no le otorgaba vocación hereditaria al cónyuge superviviente, salvo que ese matrimonio se hubiere celebrado para regularizar una situación de hecho. Y por su parte, en el artículo 223, se establecía que si el matrimonio anulado fuese contraído de mala fe por ambos cónyuges, éste no producía efecto civil alguno y la unión era reputada como concubinato.

La posesión de estado de familia es la apariencia de ser titular de un estado civil o estado de familia determinado, es decir mostrarse o relacionarse con independencia del título de dicho estado, ateniéndose a los derechos y deberes que genera la situación jurídica de estar dentro de la familia.

Nuestro actual Código Civil y Comercial de la Nación reconoce a la unión convivencial dentro de su cuerpo normativo, dejando atrás a la postura abstencionista del código civil velezano y otorgando un reconocimiento jurídico a una familia formada por dos personas que no desean contraer vínculo matrimonial, brindándoles normas dictadas en base a la autonomía de la voluntad, pero que tienen como límite el derecho primario, es decir deberán respetar a la protección integral de la familia bajo los principios de solidaridad, igualdad entre sus integrantes, la identidad y el interés superior del menor. Justamente son estas limitaciones a la autonomía de la voluntad a las que de todas maneras deben atenerse quienes deciden abstraerse de toda regulación legal y critican la incorporación de la unión convivencial en el cuerpo normativo de nuestro nuevo código.

Además de la jurisprudencia, ciertas leyes ya habían recogido este reconocimiento: La ley 20.744 de contrato de trabajo en su art. 248 admite la indemnización en caso de fallecimiento del trabajador a la mujer que hubiere tenido trato aparente de esposa; en materia de previsión social la ley 24.241 le confiere el derecho de pensión al conviviente del beneficiario fallecido; la ley 24.374 de regularización dominial permite al conviviente del causante acogerse a

esta normativa siempre que cumpla con el plazo de convivencia con el ocupante originario y hubiese continuado con la posesión; de acuerdo a la ley 26.529 de derechos del paciente, si éste no pudiera recibir la información médica y carece de representante legal, se autoriza a recibirla al que sin ser cónyuge conviva con él. Por su parte, la ley 23.091 de locaciones urbanas, en su artículo 9 prevé que, en caso de abandono de la locación o fallecimiento del locatario, el arrendamiento puede ser continuado en las condiciones pactadas y hasta el vencimiento del plazo contractual por quien acredite haber convivido y recibido del mismo ostensible trato familiar. La ley 24.193 de Trasplantes de órganos y tejidos, en su artículo 15 permite la ablación de órganos o tejidos en vida con fines de trasplante sobre una persona capaz mayor de dieciocho años, quien podrá autorizarla únicamente en caso de que el receptor sea su pariente consanguíneo o por adopción hasta el cuarto grado, o su cónyuge, o una persona que, sin ser su cónyuge, conviva con el donante en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres años, en forma inmediata, continua e ininterrumpida (cuyo lapso se reducirá a dos años si de la unión hubieren nacido hijos).

En orden a la jurisprudencia que otorgó reconocimiento al concubinato, podemos mencionar: La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K con fecha 31/05/2006 en autos V. S. S. c. A. N. del V., revocó la sentencia de primera instancia por la cual se había hecho lugar a la división de condominio y la fijación de canon locativo solicitadas por el condómino y ex conviviente con relación al inmueble donde habitaba su ex pareja y la hija menor de edad de ambos. Los convivientes mantuvieron una convivencia de 4 años, sin contraer matrimonio, y tuvieron a esta hija en común. Más allá de no estar casados, el Tribunal hizo aplicación analógica del art. 1277 (2° párrafo) del Código Civil, y ordenó así la indivisión forzosa del inmueble hasta tanto la niña llegue a la mayoría de edad, teniendo en miras que lo que tutela este artículo es el interés familiar y que no deben formularse entonces distinciones entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, y entendiendo que de producirse la venta del inmueble, lo producido sería insuficiente para que la demandada, madre de la menor, pudiera adquirir otro bien para vivir con su hija. Se equiparó aquí a la unión de los

concubinos con el matrimonio disuelto para tutelar la protección de los hijos menores que habitan el hogar familiar para el caso de divorcio de las partes.

La Cámara Nacional en lo Civil, sala H, con fecha 28/05/2010 en autos M.V.M c/ Registro de la propiedad Inmueble s/recurso, revocó la resolución del Director General del Registro de la Propiedad Inmueble la cual había denegado la solicitud de afectación al régimen de Bien de Familia de un inmueble en el cual habitaban los condóminos y convivientes entre sí y la hija menor de éstos. Este rechazo del Registro se fundó en que los condóminos no cumplían con los requisitos del art. 36 de la ley 14.394 (que recordemos define a la familia a los efectos de la ley sin incluir a los convivientes). La ley permitía que los constituyentes sean condóminos pero a su vez éstos debían ser parientes entre sí, y convivir. La cámara entendió que, si bien los constituyentes son condóminos sin ser cónyuges ni parientes, designan como beneficiaria a su hija menor, y ésta sí tiene el grado de parentesco previsto por el citado artículo. Entendió entonces que la finalidad de la ley es la protección del núcleo familiar que no necesariamente tiene que estar constituida por los cónyuges ya que la relación de convivencia de hecho no debe impedir que los progenitores condóminos puedan afectar a bien de familia en beneficio de sus hijos. En uno de los votos, se menciona que la Convención de los Derechos del Niño, en su artículo 2º, contempla el principio de la no discriminación, entendiéndose en el caso en cuestión que no permitir que los padres concubinos quienes designan como beneficiario a su hijo extramatrimonial puedan afectar a bien de familia, implicaría vulnerar el principio de igualdad de raigambre constitucional y configuraría un supuesto de discriminación entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales.-

En materia de adopción se ha declarado la inconstitucionalidad de los arts. 312 y 337 inc. d) del código civil en el sentido de que estos no permitían la adopción de una misma persona por más de un sujeto a menos que los adoptantes sean cónyuges entre sí. Así lo resolvió, entre otra jurisprudencia, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires al dictar sentencia con fecha 21 de marzo de 2012 en la causa C. 97.295, "N., M. D. y otra. Adopción plena". En primera instancia se dio lugar a la adopción plena a los dos peticionantes que no estaban

unidos en matrimonio, sentencia que fue revocada parcialmente por la Sala I de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Mercedes, en atención a la prohibición normada por los artículos antes mencionados, interpretando, así lo fundaron, rigurosamente el texto de la ley y argumentando la exigencia de ser cónyuges para la adopción conjunta, en la estabilidad y vocación de perdurabilidad que caracteriza al matrimonio, de modo de otorgar al adoptado la situación más similar a la familia natural. Pero la corte entendió que estas características de estabilidad y perdurabilidad también pueden tenerlas los concubinos, como prueba de ello son los treinta años que, en el caso en cuestión, los peticionantes mantenían su relación de convivientes, sumado a esto que ya hacía varios años que tenían la guarda del menor cuya adopción pretendían, con un excelente resultado. Establece que siendo que el instituto de la adopción tiene como objeto y fundamento la protección de la minoridad desamparada, el caso en miras se debe estudiar desde la plataforma del superior interés del menor y la protección de la familia. La equiparación de las uniones de hecho a las matrimoniales fue argumentada expresamente en uno de los votos, al mencionar que, más allá de reconocerle al instituto del matrimonio su jerarquía al estar receptado en distintos tratados internacionales, también están presente en esos textos la existencia de otras construcciones familiares distintas al matrimonio, aunque sea implícitamente, y de la equiparación de las filiaciones matrimoniales y extramatrimoniales se desprende la recepción de las uniones de hecho (arts. 17, último apartado, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 16 inc. d, Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 2, Convención de los Derechos del Niño). La unión de hecho, como tipo familiar, permite satisfacer en su seno las relaciones filiales. El voto del doctor Soria es rico en esta materia, al establecer que “el Estado argentino ha asumido el compromiso de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley (arts. 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 y 75 inc.

22 de la Constitución nacional). Para respetarlo, en circunstancias como la planteada en esta **litis**, la pareja conviviente ha de poder acceder a la adopción simultánea, tal como puede hacerlo la unión matrimonial.”.

Naturaleza jurídica

Los convivientes contraen entre sí un compromiso ético que genera obligaciones siempre que su convivencia perdure y mantengan el ejercicio de la posesión de estado matrimonial. La unión convivencial no es un acto o hecho puntual, sino que se desarrolla de manera continuada en el tiempo, lo que da lugar a una situación, de lo que puede deferirse que la naturaleza jurídica de la unión convivencial es la de un hecho jurídico o simple acto jurídico (arts. 257 y 258) constituido por el ejercicio de la posesión de estado matrimonial.

Convivencia Simple y Union Convivencial

En la sociedad, existen vínculos convivenciales que no reúnen los recaudos exigidos por la ley para configurar una unión convivencial propiamente dicha, sin embargo continuarán generando consecuencias que podrán ser receptadas jurisprudencialmente a través de institutos como el enriquecimiento sin causa, la sociedad de hecho, etc, pero nunca estarán en condiciones de ser calificados como convivientes¹ a los efectos legales.

Para acceder al régimen tuitivo de la legislación especial, dichas uniones deberán reunir los requisitos de los artículos 509 CCCN y siguientes, definiéndose así a la unión convivencial como: *“La unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente entre dos personas que comparten un proyecto de vida en común, sean del mismo o de diferente sexo”*.

¹ ARMELLA, Cristina, El régimen jurídico de la convivencia. Seminario Academia Notarial del Notariado. LXXI.

La unión convivencial debe ser única, conocida por la sociedad y perdurar en el tiempo, sin embargo para obtener el reconocimiento legal es necesario que los integrantes:

- Sean mayores de edad. En caso de que la convivencia hubiera comenzado durante la minoría de edad de ambos o de uno de los convivientes, es importante afirmar que para tener cumplido éste requisito se debe considerar la edad de los integrantes al momento de solicitar el reconocimiento.
- No estar vinculados por parentesco de línea recta en todos los grados (padre-hija, nieta-abuelo) ni colateral hasta el segundo grado (hermanos).
- Inexistencia de cualquier parentesco en línea recta en todos los grados.
- No tengan impedimentos de ligamen. Los convivientes no pueden tener vínculo matrimonial vigente con otra persona ni tener registrada otra convivencia de manera simultánea. Tal impedimento solo involucra a las uniones registradas por la oponibilidad a terceros que genera y se contradice con el art. 523 inciso c) del CCCN que establece como supuesto de cese de la unión convivencial la existencia de una nueva unión, concluyendo que el hecho que determina el cese de la unión convivencial es el fin de la cohabitación.
- Que convivan como mínimo por dos años, requisito que resguarda la seguridad jurídica, evita la arbitrariedad que puede derivarse de la indeterminación y marca el inicio del reconocimiento de los efectos jurídicos.

Registración

El ordenamiento jurídico establece la posibilidad de su registración, no es un elemento esencial sino optativo de los convivientes, al solo efecto de su oponibilidad a terceros. Se pueden identificar dos tipos de Uniones Convivenciales, las Registradas y las No Registradas, ambas deben reunir los requisitos enumerados en las normas y están comprendidas en el régimen legal

de las uniones convivenciales del Título III, del Libro Segundo del Código Civil y Comercial de la Nación. La inscripción de las uniones convivenciales en el registro especial es voluntaria, no constituye un estado ni una situación jurídica. Las uniones no registradas, podrán acreditar su existencia por cualquier medio de prueba, siendo el escribano el profesional experto para recibir e interpretar las declaraciones de los comparecientes dando fe de sus dichos, verificando la validez de la documentación presentada y de los recaudos formales a efectos de su posible registración, reconocemos que el acta notarial es el instrumento apto y eficaz para probar la existencia de la unión convivencial reiterando lo concluido en la 38° Jornada Notarial Bonaerense.

La inscripción de la unión convivencial es “declarativa” de un hecho. Por lo expuesto en nuestro quehacer notarial no es obligatorio consignarlo en el cuerpo de la escritura la existencia de la unión inscripta o no puesto que el art. 305 del CCCN exige consignar estado civil.

Es así que si de las manifestaciones, documentos o antecedentes, surge que el otorgante posee una unión convivencial registrada, y éste en un acto dispositivo de la vivienda familiar declara lo contrario, será suficiente para no requerir el asentimiento exigido por el artículo 522 del CCCN, que el conviviente presente un certificado del cese de la unión convivencial, notificación del cese de la convivencia, partida de defunción del conviviente o cualquier otra forma que acredite los extremos del artículo 523 del CCCN.

El legislador idealizó un registro de uniones convivenciales que publicite las distintas situaciones registrables tales como la existencia de la unión, pactos de convivencia y cese, sus modificaciones, rescisión y extinción conforme al artículo 517 del CCCN, tarea que en la actualidad es llevada a cabo por el Registro Civil y Capacidad de las Personas, en Libros de Uniones Convivenciales. Dependiendo la jurisdicción el procedimiento de la registración de la unión convivencial es distinto, pero en general se requiere: a) La solicitud por parte de los dos integrantes de la unión, no pudiendo ser solicitada unilateralmente ni por otra persona.- b) Documento Nacional de Identidad con igual domicilio de los

convivientes.- c) Declaración Jurada de los convivientes acreditando la unión. d) En algunas Jurisdicciones se requiere la presencia de dos testigos hábiles que bajo juramento de ley, declaren sobre hechos acreditativos de la unión y de sus características.

En cambio, para solicitar la inscripción del cese o extinción de la unión convivencial sólo se requiere la comparecencia de cualquiera de los ex convivientes quien declarará bajo juramento el motivo del cese. Una vez inscripta la unión el organismo expedirá copia autenticada del acta de la unión convivencial, lo que constituirá un instrumento publico que servirá como medio de prueba de la unión.

Es importante advertir que tratándose de Registros locales podrían registrarse uniones convivenciales en diferentes jurisdicciones, por ello, recomendamos la creación de un REGISTRO ESPECIAL ÚNICO y de acceso a través de PLATAFORMA DIGITAL a nivel nacional, con delegaciones locales encargadas de recepción y expedición de la documentación pertinente².

Alcances y efectos del reconocimiento legislativo de las uniones convivenciales

“El derecho humano a la vida familiar, la dignidad de la persona y la igualdad, así como la libertad, la intimidad y la solidaridad familiar, se articulan en el resguardo juridico de todas las formas de vivir las relaciones afectivas, entre ellas la union convivencial”.

Los principios que rigen los efectos de las uniones convivenciales estan presentes en la vida de la pareja desde su inicio y tambien en la ruptura.

La “autonomia personal en la elección de la forma de organizar la vida familiar” es un principio que se recepta en la regulación de las uniones convivenciales con mayor énfasis que en el matrimonio, y tiene origen en la “libertad” como eje central del sistema de derecho, presente constitucionalmente en el articulo 19 de nuestra Constitucion Nacional.

² jnb.org.ar/40. Despachos

El principio de “no discriminación”, establece que no se diferencian las uniones de igual o distinto sexo u orientación sexual, tal como fue receptado por el artículo 509, in fine, CCCN. y, del mismo modo, por el artículo 402 del CCCN en el marco del matrimonio. Ninguna norma puede ser interpretada, ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir, o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes de una unión y los efectos que esta produce ya sea que este constituida por personas del mismo o distinto sexo.

El principio de solidaridad familiar se encuentra ligado al principio de libertad y autonomía. El sistema regulatorio no impone un régimen patrimonial ya que prevé la posibilidad de celebrar pactos para regir las relaciones durante la convivencia y tras la ruptura encontrando como límite el orden público inderogable; de esta forma la tradicional tensión entre la autonomía de la voluntad y el orden público se ve superada al establecer “la libertad y la autonomía de la voluntad” como base para la creación de los pactos, encontrando como límite una clara puntualización de los resguardos y barreras que no pueden ser eludidos ni desconocidos por los convivientes.

Efectos durante la vigencia de la unión convivencial. Relaciones internas y externas

Más allá de su registración, la unión convivencial genera derechos y obligaciones entre sus integrantes que se basan en la solidaridad familiar, asistencia y la protección de la vivienda generando así relaciones internas entre los convivientes, como así también relaciones externas basadas en el impacto que este estado de familia produce en las relaciones con el mundo exterior.

Es por esto que entendemos que la función notarial como operadores jurídicos calificados al efecto, en cuanto al asesoramiento para este tipo de relaciones y realidades, cumple un rol fundamental para desarrollo ordenado, transparente y eficaz de la voluntad de los convivientes durante la unión convivencial y también durante el proceso posterior a la ruptura. La elevación a escritura pública de un pacto que contenga la voluntad de los convivientes, para regular aquellos

aspectos que rijan tanto la convivencia como la ruptura, es clave y contribuirá a un mayor ordenamiento interno entre los convivientes como externo con la sociedad.- La legislación vigente regula los efectos las uniones convivenciales durante su vigencia, tales como:

a) Las Relaciones Patrimoniales: En cuanto a este aspecto los convivientes conservan la libre administración y disposición de sus bienes. Se admite la autonomía personal en las relaciones patrimoniales entre convivientes, exteriorizadas mediante pactos o acuerdos con el límite previsto en los derechos fundamentales inherentes a las personas “piso mínimo obligatorio”.- La conveniencia de regular los aspectos de la convivencia, entre los cuales se encuentran las relaciones patrimoniales de los convivientes, mediante la creación de un pacto se encuentra también receptado en el derecho extranjero. En el Derecho Español, en Aragón, la Ley 6/1999 relativa a parejas estables no casadas, en su artículo 5º establece, que la convivencia de la pareja y los derechos y obligaciones correspondientes podrán regularse mediante un convenio recogido en escritura pública.-

b) Asistencia: Atento a que se tratan de “relaciones afectivas” con un “proyecto de vida en común” incluyendo tanto los proyectos materiales como los morales, los convivientes se deben asistencia mutua.

El deber de asistencia recíproco entre convivientes tiene su fundamento en los principios de solidaridad y responsabilidad familiar, teniendo en cuenta la no discriminación entre los miembros de la pareja. Este deber, como se ha dicho, es concordante con la característica más importante de las uniones que es el proyecto de vida en común, y se refiere a una obligación durante la convivencia.

Mediante pacto, los convivientes pueden elevar la protección de este piso mínimo asistencial pero lo que no pueden es pactar la exclusión del deber de asistencia.

Se habla del deber de asistencia como un concepto genérico el cual comprende, el gastos familiares, de crianza, de educación, de conservación de bienes comunes y alimentos.- Los convivientes son solidariamente responsables por las deudas que uno de ellos hubiera contraído con terceros para atender a las

necesidades del hogar crianza y educacion de sus hijos y consevacion de bienes comunes.

c) Contribucion a los gastos del hogar: Los convivientes deben contribuir cada uno con los gastos del hogar. La norma hace una remision al articulo 455 del CCCN equiparando el deber de contribucion de los gastos del hogar en las uniones convivenciales y en el matrimonio. Este principio debe interpretarse conjuntamente con el principio de responsabilidad familiar y equidad que impone a los integrantes de las uniones convivenciales la obligacion de soportar las cargas comunes en consonancia con sus posibilidades concretas. En la actualidad hay un concreto reconocimiento al trabajo domestico, en el hogar, el cual es computable como un aporte a favor de quien lo realiza.

Por este motivo es esencial que como operadores del derecho aconsejemos a las partes establecer con claridad, dentro de los pactos, cuáles son las actividades de cada uno de los convivientes, teniendo en cuenta que con la actual regulación, el trabajo domestico de uno de los convivientes puede ser equiparable a la contribución económica que puede realizar el otro conviviente, logrando un perfecto equilibrio entre ambas situaciones.-

Este deber de contribución se extiende en protección de los hijos de ambos convivientes o de uno de ellos, menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad, que convivan con ellos; consagrando asi el principio de igualdad. Se tiene una consideracion especial a la familia ensamblada, este concepto de igualdad, luce en numerosas normas y tratados, tales como la Convencion Americana sobre los Derechos Humanos en su articulo 17 inciso 5º; y el articulo 519 del CCCN en concordancia con el 676 del CCCN que estatuye el deber alimentario del progenitor afin respecto del hijo afin, aunque con carácter subsidiario, para evitar el abuso del derecho del padre no conviviente y reforzar su responsabilidad alimentaria.- La obligacion alimentaria cesa con el cese de la convivencia, aunque en casos particulares, si el conviviente asumió, durante la vida en común, el sustento del hijo del otro conviviente, el juez, en proteccion de los menores, se puede fijar una cuota asistencial con carácter transitorio, para evitar que la situacion ocasione un grave daño al niño o adolescente.- En este

sentido esta última situación se puede prever en los pactos convivenciales y de este modo evitar la instancia judicial, destacando una vez más la importancia de la función notarial como operadores del derecho, siendo los notarios los profesionales idóneos para receptar la voluntad de las partes y crear instrumentos suficientes que clarifiquen y proporcionen tranquilidad a la vida de los convivientes.- Entendemos también que lo que nosotros llamamos “Estatuto Convivencial” debe ser elevado a escritura pública, ya que es el instrumento que proporciona mayor seguridad jurídica entre las partes y frente a terceros, no solo por la matricidad, sino por la amplia variedad de temas que pueden incluirse en los pactos, como por ejemplo todo lo relacionado a los bienes, que deban requerir la publicidad del pacto y su inscripción.

d) Responsabilidad por deudas frente a terceros: Los integrantes de la unión convivencial responden solidariamente por las deudas que uno de ellos hubiera contraído con terceros, tendientes a satisfacer las necesidades ordinarias del hogar, es decir, aquellas exigencias razonables para atender las necesidades básicas y elementales del grupo convivencial tales como, deudas por medicina del grupo familiar, por adquisición de bienes muebles para el hogar, por vestimenta para todos los integrantes, por gastos de vacaciones familiares y educación, esparcimiento entre otras. Esta solidaridad es de orden público y no puede ser dejada sin efecto por convención de partes. Cabe destacar que, salvo pacto escrito, los gastos de conservación y reparación de los bienes de uno solo de los convivientes se afrontan por quien contrajo la deuda ya que no se contempla la posibilidad de la conservación de los bienes comunes, excepto situaciones básicas de la vida cotidiana como reparar los caños de agua que sirven a la vivienda y que hacen al desarrollo básico normal y esencial del día a día de la familia.

La solidaridad en las obligaciones se configura con la pluralidad de sujetos y reconoce su origen en una causa única en razón del título constitutivo o de la ley, por lo que su cumplimiento puede exigirse a cualquiera de los deudores. El acreedor puede elegir agredir el patrimonio de uno u otro de los convivientes, o a ambos, conforme su elección.

e) Protección de la Vivienda Familiar: Partiendo de que cada conviviente ejerce libremente la administración y disposición de sus bienes, el orden público aparece en protección de la vivienda familiar de los convivientes, “lugar en donde se asienta la unión”. La norma protege específicamente a la “vivienda familiar” y condiciona su aplicación a la unión convivencial “inscripta”. Por la necesidad del tráfico seguro en diversas operaciones, para la protección específica de la vivienda familiar se exige la inscripción registral de la unión convivencial.

Atento a que la “vivienda familiar” se transforma en inejecutable por deudas contraídas después del inicio de la unión convivencial, - excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro - la registración es fundamental³ para el tráfico jurídico, ya que el inmueble podría ser la única garantía que tienen los acreedores quienes pueden ignorar la relación de convivencia de su deudor.-

En consecuencia y dentro del ámbito de una unión convivencial inscripta, todo acto dispositivo que un conviviente celebre respecto del inmueble en donde se asienta la vivienda familiar o los bienes muebles indispensables, requiere el asentimiento del otro conviviente bajo pena de nulidad, acción que caduca a los seis meses de haberlo conocido y siempre que continúe la convivencia, conforme artículo 522 del CCCN y remisión al artículo 456 del CCCN.

f) Prohibiciones, incompatibilidades e inhabilidades entre los convivientes:

- Prohibición de integración de asociaciones civiles: La asociación civil debe tener un objeto que no sea contrario al interés general o al bien común. El artículo 173 CCCN al regular el órgano de fiscalización de las asociaciones civiles establece que los convivientes de los integrantes de dicho órgano no pueden ser al mismo tiempo integrantes de la comisión ni certificantes de los estados contables de la asociación. Se trata de incompatibilidades que la ley apunta en función de los lazos de afecto del conviviente, para integrar un órgano de fiscalización.
- Prohibición del juez de conferir la tutela dativa a su conviviente: La tutela esta

³ Claves del Derecho de Familia en el Código Civil y Comercial. Graciela Medina. Revista de Derecho Privado y Comunitario 2015 – Nro. Extraordinario. Pág. 323

destinada a brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental. El artículo 108 del CCCN establece que el juez no puede conferir la tutela dativa, a su conyuge o a su “conviviente”, además de enumerar otros supuestos.-

- Prohibición de los convivientes a autorizar instrumentos públicos: El artículo 291 del CCCN establece que “es de ningún valor el instrumento autorizado por un funcionario público en asunto en que él, su conyuge, su conviviente, o un pariente suyo dentro del cuarto grado o segundo de afinidad, sean personalmente interesados.

- Prohibición de ser testigos en testamento por acto público: El artículo 2481 de CCCN establece que no pueden ser testigos en un testamento otorgado por acto público, el conviviente del escribano interviniente y el conviviente del testador.

- Prohibición de los convivientes de ser testigos en los instrumentos públicos en los que su conviviente sea el oficial público (art. 295 del CCCN)

g) Restricciones a la capacidad. Curatela y Tutela: La legitimación para solicitar la incapacidad del conviviente y ser su curador está prevista en el artículo 33 inciso b) del CCCN, que habilita al conviviente a solicitar la declaración de incapacidad o la capacidad restringida por discapacidad mental de su pareja mientras la convivencia no haya cesado. En este aspecto el conviviente es equiparado al cónyuge. La principal función del curador es la de cuidar la persona y los bienes del incapaz o con capacidad restringida y tratar de que recupere su salud. Respecto de quien puede ejercer esta función se establece que es la propia persona quien puede designar, mediante una directiva anticipada, la persona o las personas que ejerzan su curatela ante la eventual afectación a su salud mental. A falta de previsiones el juez puede nombrar al conviviente como curador teniendo en cuenta que sea la persona que tenga mayor aptitud considerando la idoneidad moral y económica.

En el supuesto en que persona protegida tenga hijos, el curador de la persona incapaz o con capacidad restringida es tutor de los hijos menores de este.- sin embargo el juez puede otorgar la guarda del hijo menor a un tercero. Así se

coordina la coexistencia de diferentes figuras, como la de curador, tutor y guardador.

h) Prodigalidad: La legitimación para solicitar la prodigalidad a una persona se funda en que la gestión de sus bienes expongan a su conyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio. Si bien el artículo 48 del CCCN habla de “gestión de bienes”, entendemos que no solo se hace referencia a la administración sino también a la disposición de los mismos.- El Código sólo admite la inhabilitación para el caso de prodigalidad, y el citado artículo menciona entre los legitimados activos para accionar al “conviviente”.

Asentimiento y Protección a la Vivienda Familiar

Como se ha mencionado anteriormente la aplicación de la norma requiere que la unión convivencial haya sido inscrita, siendo la publicidad registral la única publicidad suficiente. En consecuencia, ninguno de los convivientes puede sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de esta, ni transportarlos fuera de la vivienda.

Los alcances y fundamentos de la protección de la vivienda familiar tienen origen en la tutela que el ordenamiento brinda al hogar en donde los convivientes asienten su unión. Por vivienda común se debe entender la propia de uno de los convivientes donde resida el hogar convivencial, el inmueble de propiedad común de ambos, el inmueble alquilado, prestado, usufructuado, entregado como parte de pago, o el mueble o embarcación donde los convivientes residan habitualmente. El concepto de vivienda es más amplio y se aplica también a aquellas viviendas familiares no tradicionales como casas rodantes, trailers, barcos, siempre que sean registrables.

La protección de la vivienda familiar es receptada de numerosas fuentes, está prevista en el derecho extranjero, como por ejemplo en el Código Civil de Cataluña, y en nuestra Constitución Nacional, en el artículo 14bis.

Es necesario remarcar que la protección a la vivienda familiar, no solo alcanza a la “vivienda” sino también al ajuar del hogar, y solo procede en uniones

convivenciales inscriptas, ya que al afectar derechos de terceros, es imprescindible asegurar a los mismos el pleno conocimiento de la existencia de una union convivencial.

En consecuencia y dentro del ámbito de una unión convivencial inscripta, todo acto dispositivo que un conviviente celebre respecto del inmueble en donde se asienta la vivienda familiar o los bienes muebles indispensables, requiere el asentimiento del otro conviviente bajo pena de nulidad, acción que caduca a los seis meses de haberlo conocido y siempre que continúe la convivencia, conforme artículo 522 del CCCN y remisión al artículo 456, es decir que para que la nulidad sea procedente deben cumplirse tres extremos: 1) Que sea demandada por quien debió prestar el asentimiento. 2) Que sea interpuesta dentro del plazo de 6 meses desde que conoció el acto de disposición. 3) Que al momento de interponer la accion la convivencia no se haya interrumpido.

Si uno de los convivientes se negare a prestar el asentimiento, el juez puede suplir el caso si el bien es presindible y el interes familiar no resulta comprometido.-

El acto otorgado sin asentimiento, está afectado por una nulidad relativa, que sólo puede ser invocada por el conviviente que debía prestar el asentimiento omitido, y en cuyo interés se ha establecido. Por esta razón éste puede confirmar el acto, en forma expresa o tácita, aunque para su inscripción registral, necesita la forma correspondiente al acto principal, produciendo efecto retroactivo al día del acto confirmado. El vicio también puede ser subsanado por confirmación judicial, en el caso de que se otorgue a posteriori la autorización supletoria del juez, sea a pedido del titular del bien o del tercer adquirente.-

Declarada la nulidad, las cosas deben volver al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado, lo que implica la restitución del bien por el adquirente o el levantamiento del gravamen constituido, además de la responsabilidad por daños y perjuicios que le pudiera haber cabido al disponente.

Con relación al efecto frente a terceros de la declaración de nulidad del acto: Decimos que la buena fe del tercer adquirente del articulo 392 estaría protegida, si del estudio de títulos que se realiza, el vicio no era ostensible, caso contrario no

podrá ampararse en su buena fe y sufrirá también las consecuencias de la nulidad⁴.

En síntesis, la nulidad relativa consagrada en el artículo en estudio, no puede ser declarada de oficio sino únicamente a petición de parte (artículo 388), sólo puede ser alegada por las personas en cuyo beneficio se establece, aunque, a modo de excepción, puede ser invocada por la contraparte si es de buena fe y ha sufrido un menoscabo importante, el acto puede ser confirmado, la acción esta sujeta a caducidad y es renunciable y no podrá ser alegada por la parte que careciendo de capacidad de ejercicio para el acto, haya actuado con dolo. Está claro que en los casos de cese de la unión el plazo se contará desde el acaecimiento de la causal, por lo tanto una vez vencido el plazo de caducidad establecido en el artículo, el acto otorgado sin asentimiento será inatacable.

La disposición de los derechos sobre la vivienda es un concepto más amplio y no se circunscribe a los derechos reales, sino que se extiende también a los derechos personales y a los muebles de uso indispensable para la misma. Pero toda disposición que de ella haga su titular implicará un cambio en la relación de poder sobre la cosa que se reflejará primero en la posesión como modo de publicidad inmediato y luego en los casos que corresponda en el Registro de la Propiedad. La publicidad registral es el medio idóneo para dar a conocer las situaciones jurídicas que nacen extraregistralmente pero que acceden al registro para su conocimiento. La publicidad registral es una especie de la publicidad jurídica entendida básicamente como la posibilidad de conocimiento respecto de un hecho jurídico, un acto jurídico, una relación o una situación jurídica (hechos, actos, relaciones o situaciones que generan derechos y obligaciones). Tanto la publicidad registral como la posesoria, son los medios suficientes para dar a conocer la disposición de los derechos sobre la vivienda, por lo cual entendemos que el plazo de caducidad deberá contarse desde la posesión o inscripción registral en el caso de disposición de derechos reales sobre inmuebles.

⁴ (CNCiv. Sala G, diciembre, 26-985) ED, 118-435, (Idem Sala A, agosto 30-983) (Idem Incom Sala A, diciembre 13-982) ED, 103-704, (Idem CCiv Tucumán, mayo 14-981) ED, 95-659, (CNCiv. Sala F, diciembre 31-997) El Dial AE1AC.-

En lo que respecta a nuestro quehacer notarial, en materia de disposición de bienes inmuebles, la declaración del conviviente titular, en el sentido de que no posee unión convivencial inscripta o que el bien transmitido no constituye la vivienda familiar, será manifestación suficiente para dar por cumplido con los requisitos de ley, considerar el título inobservable y no justificar la calificación registral en oportunidad de acceder el título al Registro de la Propiedad Inmueble⁵.-

Afectacion y Desafectacion al Régimen de Vivienda

Los avances en este aspecto son importantes, ya que se autoriza la afectación de la vivienda en variados casos, como por ejemplo a favor del titular de dominio sin familia; se permite que sea constituido por todos los condóminos; se autoriza al juez, a petición de parte, en cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida.

Para designar a un conviviente beneficiario del régimen de vivienda, el propietario no necesita acreditar el vínculo, por lo que podría ser beneficiario un conviviente cuya unión no se encuentre registrada (el artículo 246 inciso a del CCCN).

Pero si de los antecedentes documentales surge como beneficiario del régimen un conviviente cuya unión convivencial no fue inscripta, no podemos desconocer tal situación y en consecuencia, debemos exigir el asentimiento del conviviente para la desafectación del régimen. Siendo esta situación la excepción atento a que como norma general en el acto de desafectación del régimen solo se necesita la conformidad del conviviente SI LA CONVIVENCIA ESTA INSCRIPTA.

Régimen de Protección de la Vivienda Familiar (artículo 522 del CCCN) y Régimen de Vivienda (artículo 244 y siguientes del CCCN) diferencias

La “protección de la vivienda familiar” que surge del artículo 522 del CCCN, nace de pleno derecho a partir de la instalación y el funcionamiento de la vivienda de los convivientes en el inmueble en cuestión; para lo cual es necesario que los dos

⁵ Conclusión de la 38 Jornada Notarial Bonaerense. 2013

convivientes habiten en el inmueble.- En cambio, el régimen de “vivienda” del artículo 244 y siguientes del CCCN se requiere para su afectación el otorgamiento de un acto jurídico.-

En el régimen del artículo 522, la protección de la vivienda, subsiste mientras el inmueble sea la vivienda familiar de los convivientes, en cambio el régimen de vivienda del artículo 244 CCCN subsiste y es oponible a los acreedores del propietario sin límite de tiempo hasta la desafectación o hasta la concurrencia de las causales del artículo 255 del CCCN.

En caso de extinción de la unión convivencial por muerte, la protección del artículo 522 del CCCN puede transformarse en derecho real de habitación gratuito a favor del conviviente supérstite, el cual no es oponible a los acreedores y cuyo plazo máximo de duración es de dos años.

La ley prevé que el derecho real de habitación gratuito se extingue si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a esta (artículo 527). No está prevista expresamente la extinción del régimen de vivienda para ninguna de esas hipótesis en caso de que el conviviente supérstite sea beneficiario y habite en el inmueble, aunque podría implicar un ejercicio abusivo del derecho.

Otro aspecto a tener en cuenta, es que el producido de la enajenación de la vivienda afectada al régimen del artículo 522 no goza de protección; lo cual si ocurre en el régimen de vivienda (artículo 248), que prevé expresamente que la afectación “se transmite” a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio.-

Mandato entre convivientes

La unión convivencial no provoca ninguna inhabilidad para contratar excepto el régimen de vivienda. La posibilidad de celebrar contrato de mandato encuentra su límite en el caso de disposición de los derechos sobre la vivienda, donde el mandato no podrá ser celebrado entre convivientes si el objeto del mismo es

prestar el asentimiento para la disposición de la vivienda familiar y los muebles indispensables de ella. La protección de la vivienda es lo que justifica únicamente la limitación del mandato entre convivientes, ya que al ser un bien tutelado por el orden público, lo que la norma busca es proteger el interés superior, vedando en este caso la posibilidad de conferirse mandato entre ellos (conforme artículo 459). Asimismo, el asentimiento en caso de ser anticipado deberá versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos (artículo 467), y en caso de negativa del conviviente a prestarlo se podrá solicitar la venia judicial y el juez autorizará al titular de dominio a la realización del acto dispositivo si no se encuentra comprometido el interés familiar.

Pactos convivenciales

Los convivientes cuentan con la posibilidad de suscribir pactos convivenciales que son acuerdos entre los convivientes que reglan los efectos de sus relaciones conforme a pautas por ellos postuladas. Este estatuto legal representa una forma eficaz para evitar en el futuro un sinnúmero de problemas, que pueden ser previstos con anterioridad. A través de estos convenios, autorizado por la ley, los propios convivientes pueden exteriorizar sus deseos, necesidades e intereses. Están destinados a regir las cuestiones relativas a la convivencia durante su existencia o en caso de ruptura.

Son convenciones que deben celebrarse por escrito y poseen contenido patrimonial o extrapatrimonial⁶, que con el solo acuerdo de las partes establecen derechos y obligaciones a los integrantes de la unión.

A falta de pacto cada uno de los convivientes tendrá la libre administración y disposición de sus bienes, no siendo necesario consentimiento alguno para los actos dispositivos, salvo, como ya vimos la restricción regulada para la protección de la vivienda familiar y en caso de ruptura se deberán transferir los bienes

⁶ Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Dirigido por Julio César Rivera y Graciela Medina. Buenos Aires: La Ley. 2014

conforme los títulos causales pertinentes a los efectos de liquidar y compensar lo que a cada uno le corresponda conforme al principio de enriquecimiento sin causa.

Estos acuerdos facultativos para los convivientes, solo tienen dos restricciones, una es que no pueden ser contrarios al orden público, ni al principio de igualdad de los convivientes, es decir, no deben poner en ventaja a uno en desmedro del otro y la segunda restricción es que no pueden afectar los derechos fundamentales de sus integrantes (ej. el derecho a la vida, a la salud, a la libertad, etc). Su validez y eficacia está intrínsecamente ligada al respeto por ese núcleo mínimo e inderogable que importa la protección jurídica de los derechos fundamentales de los involucrados⁷.

Si los convivientes eligen celebrar un pacto pueden regular libremente su relación económica, la administración y disposición de los bienes de ambos, la contribución a las cargas del hogar, e incluso, pueden contemplar pautas a seguir en caso de extinción del vínculo convivencial, tales como la adjudicación de la última vivienda y la manera en que efectuaran el rendimiento y división de los bienes comunes, todo ello a fin de evitar litigios al tiempo de la ruptura.

Esta enumeración no es taxativa, pudiendo pactarse todo lo relativo al proyecto de vida en común; la forma en que ingresarán al patrimonio convivencial los bienes registrales, si las titularidades serán exclusivas de cada uno o en condominio, o en diferentes proporciones; podrán someterse a un régimen patrimonial particular de comunidad; podrán acordar la fijación de un canon locativo en caso que el inmueble sea de propiedad de uno de los convivientes y sea el otro quien continúe ocupando la vivienda en caso de cese de la unión; la atribución del hogar común en caso de ruptura; pactarse la generación de créditos a favor de un conviviente; la compensación económica en caso de ruptura; el deber de alimentos por un tiempo determinado o protección de la salud; entre otras cuestiones patrimoniales o extrapatrimoniales.

⁷ Molina de Juan, Mariel F. Las uniones convivenciales en el Proyecto de Reforma del Código Civil. No será lo mismo casarse que no casarse. El Dial, Edición Especial, 8/1/2014.

En materia de pactos la autonomía de la voluntad encuentra su máxima expresión, nos detenemos en la posibilidad que tienen los convivientes mediante un pacto convivencial de prever diferentes opciones de cómo será la distribución y rendición de los bienes al momento del cese de la unión convivencial, tanto los bienes adquiridos por uno o ambos. Atento a que la norma no prevé participación o coparticipación en las adquisiciones onerosas o gratuitas de cada uno de los convivientes - manteniendo la individualidad de los patrimonios - podemos sostener que esta comunidad no importa la creación de una universalidad jurídica, sino que es una comunidad de hecho con el fin del sostenimiento de la familia convivencial.

Al momento del cese de la unión convivencial – ya sea por muerte, ausencia con presunción de fallecimiento declarada judicialmente, matrimonio o nueva unión de alguno de ellos, mutuo acuerdo de finalizar la convivencia o cese de la convivencia ocasionado por uno de ellos - una vez acreditado el acaecimiento del hecho previsto, los convivientes utilizando el pacto convivencial como título causal podrán adjudicar los bienes en la proporción o modo previsto, sin la consideración de las cargas, deudas o recompensas, independientemente de su titularidad.

La adjudicación requiere la constancia expresa del pacto convivencial con relación a los bienes en particular en su título, y la inscripción en el registro de bienes en su caso, para ser oponible a terceros (art. 517 CCCN). No se tratará como un acto a título gratuito sino que le corresponde lo adjudicado en virtud de la causa común reconocida por los convivientes en el pacto.

Hay diferentes situaciones que debemos analizar:

a) En la labor notarial los exconvivientes podrán requerir la instrumentación de una escritura de transmisión de dominio de un inmueble de titularidad de un conviviente, pero que como consecuencia del pacto de convivencia, deberá ser adjudicado al otro. Al analizar la operación, debemos afirmar que la causa suficiente para el otorgamiento de la transmisión será el pacto de convivencia, entendiendo que la figura más adecuada es la Adjudicación por Disolución de la Comunidad Convivencial.

b) En caso de conflictos entre las partes o de interpretación del pacto cualquiera de los convivientes podrá solicitar la intervención judicial y el juez ordenar el otorgamiento de la escritura, sin necesidad de que comparezcan ambos ex convivientes en caso de rebeldía.

c) En caso de muerte o declaración judicial de ausencia con presunción de fallecimiento el conviviente superstite invocando como causa suficiente el pacto podrá solicitar la división del condominio y adjudicación de inmuebles en la sucesión de su conviviente, teniendo en carácter de acreedor de la sucesión la posibilidad de iniciarla y ningún heredero del conviviente podrá invocar que su legítima se encuentra afectada.

En conclusión, los convivientes al regular sus derechos patrimoniales a través de un pacto, pueden generar una comunidad de bienes entre ellos, lo que dará lugar a la gestión de los bienes integrantes de esa comunidad de hecho conforme las reglas establecidas en dicho pacto, aplicándose subsidiariamente las normas del condominio (art. 1984 CCCN)⁸, y posibilitará la división del condominio y adjudicación de los bienes en caso de cese de la unión conforme lo hayan contemplado, es decir que el pacto es causa suficiente para la adjudicación de los bienes conforme arts. 514 y 528 CCCN⁹. A fin de evitar futuros conflictos al redactar un pacto de convivencia sería de buena práctica notarial que los convivientes otorguen poder irrevocable para otorgar la escritura de adjudicación de inmueble en caso de ruptura.

Capacidad para otorgar Pactos de Convivencia

Los Pactos de convivencia pueden generar obligaciones personales y patrimoniales, en consecuencia deberán otorgarse personalmente, solo se admitirá la comparecencia de un apoderado con facultades específicas para el acto únicamente si el pacto involucra disposiciones patrimoniales.

⁸ Jornada Notarial Bonaerense 40. Despacho Tema 2

⁹ LAMBER, Rubén y Néstor en Curso de Técnica Notaria, Módulo 7: Unión convivencial y vivienda. Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.

El ordenamiento jurídico no regula la capacidad para celebrar este tipo de pactos, así que los mayores de edad podrán celebrarlos sin restricciones, en cuanto a los menores de edad el art. 510 inciso 1 del CCCN prevé que no pueden estar en unión convivencial en consecuencia, tampoco pueden celebrar pactos.

En cuanto a los incapaces de ejercicio - art. 24 del CCCN- habrá que analizar el contenido de la sentencia que los incapacite a los efectos de determinar si tienen o no restringida la capacidad para estos actos¹⁰.

Forma e Inscripción de los Pactos de Convivencia

La ley no contempla formalidad alguna para el otorgamiento de los pactos de convivencia únicamente dispone que sean escritos sin puntualizar si deben realizarse por escritura pública o instrumento privado, existiendo libertad de forma al respecto. El artículo 517 dispone que tanto los pactos, sus modificaciones y rescisión deben ser inscritos en el registro de convivencia y en los registros correspondientes al tipo de bienes para ser oponibles a terceros, ya que con relación a los convivientes surtirán efectos desde su celebración sin necesidad de inscripción alguna. Postura que tomo el Consejo Federal del Notariado Argentino II Asamblea Ordinaria 2015 Rosario (Santa Fe) 7 de agosto de 2015. Para el supuesto en el cual los convivientes hayan pactado gestión conjunta de los bienes adquiridos durante la unión, atribución de la vivienda en caso de cese, adjudicación de los bienes en caso de extinción, o cualquier otra circunstancia que configure una limitación al poder dispositivo del titular, la publicidad en los respectivos registros es fundamental para su oponibilidad a terceros. Dada la trascendencia que pueden llegar a tener estos pactos, tanto entre las partes como frente a terceros, la modalidad para implementarlos debe ser la ESCRITURA PÚBLICA, siendo el notario el profesional idóneo a la hora de asesorar, elaborar e inscribir dichos pactos en los registros correspondientes.

¹⁰ Derecho Civil y Comercial. Graciela Medina - Eduardo Guillermo Roveda. Derecho de Familia. Capítulo XVII - Uniones Convivenciales.

Los pactos pueden ser modificados durante la convivencia, rescindidos de común acuerdo y extinguidos de pleno derecho como consecuencia del cese la unión. En cuanto a este último supuesto, el artículo 516 en su parte final dispone que: “(...) El cese de la convivencia extingue los pactos.”, frase reprobada por parte de la doctrina atento a que con gran acierto se supone que los pactos deben ser otorgados para regir aún luego de la extinción de la convivencia, tales como en los supuestos de la atribución de la vivienda o distribución de los bienes obtenidos en común. Concluida la convivencia, cesan automáticamente todos los derechos y obligaciones que tenían los convivientes durante la vigencia de la unión, no así los que nacen a partir de su ruptura, que son aquellos que se encuentran establecidos en el pacto justamente para producir los efectos en dicha oportunidad.

Las uniones convivenciales se regirán por lo acordado en dichos pactos, pero estos no podrán ser contrarios al orden público, deberán respetar el principio de igualdad y no afectar los derechos fundamentales de los integrantes de la unión, sin embargo la ausencia de ellos no priva a los convivientes de los derechos estipulados ni los exime de sus obligaciones. El orden público aparece como un límite a la autonomía de la voluntad.

El ordenamiento no resuelve qué sucede en caso de incumplimiento de lo pactado, entendemos que se abre para el conviviente perjudicado una triple opción: a) requerir judicialmente o extrajudicialmente el cumplimiento. En caso de demandar la acción deberá ser ejercida ante el Juez de familia que corresponda al domicilio de la convivencia; b) dejar de cumplir con los derechos y deberes que estén a su cargo con basamento en el incumplimiento del otro; c) retirarse de la convivencia y, en consecuencia dar por finalizada la unión¹¹.

Extinción de la unión convivencial

La unión convivencial cesa por muerte de uno de los convivientes; por sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento; matrimonio o nueva unión

¹¹ Eduardo Guillermo Roveda y Patricia S. Giovannett. Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Julio César Rivera y Graciela Medina. Buenos Aires: La Ley, 2014.

convivencial; matrimonio de los convivientes; mutuo acuerdo; voluntad unilateral; cese de la cohabitación permanente.

La muerte extingue los efectos previstos en el pacto de convivencia, excepto como hemos analizado anteriormente lo relativo a la distribución de los bienes generados durante la unión y lo relativo al derecho real de habitación en favor del conviviente supérstite. No se han previsto derechos sucesorios entre convivientes, salvo que uno de ellos hubiere testado a favor del otro y con las restricciones que imponen las normas de protección de la legítima hereditaria.

Dentro de las causas voluntarias de la cesación encontramos:

a) Matrimonio o nueva unión convivencial: En el matrimonio el artículo 403 no establece como impedimento matrimonial la existencia de una unión convivencial, solo menciona matrimonio anterior, como impedimento de ligamen. Por cuanto queda como vínculo legalmente reconocido el matrimonio provocando el cese de la unión convivencial con los efectos establecidos en los artículos 524 a 528 del CCCN o en el pacto, si lo hubiere¹².

Respecto a la nueva unión convivencial, no se le reconoce efectos jurídicos a la misma si ya hay una anteriormente registrada, exigiendo la cancelación de la preexistente. La nueva unión es un hecho, por lo tanto el cese de la primera unión y el eventual comienzo de la segunda será una cuestión de prueba entre las partes, en el caso de existir derechos que dependan de la finalización o el comienzo de las uniones¹³. Por ello, entendemos que también es recomendable la inscripción del cese de la unión convivencial a los fines probatorios.

b) Matrimonio de los convivientes.

c) Mutuo acuerdo. Es fundamental atender a lo previsto en el pacto - si lo hubiere - y las cuestiones relativas al cese de la convivencia (compensaciones económicas, distribución de bienes y la atribución del hogar convivencial).

¹² Néstor D. Lamber. Código Civil y Comercial de la Nación: Comentado, anotado y concordado. Coordinado por Eduardo Gabriel Clusellas. Buenos Aires: Astrea, 2015.

¹³ Eduardo Guillermo Roveda y Patricia S. Giovannett. Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Julio César Rivera y Graciela Medina. Buenos Aires: La Ley, 2014.

d) Voluntad unilateral notificada fehacientemente al otro. La notificación deberá ser por carta documento, acta notarial o cualquier medio que le otorgue certeza. El cese se produce a partir de la notificación al otro conviviente, extinguiendo a partir de allí los efectos de la unión.-

e) Cese de la convivencia. La interrupción de la cohabitación no implica por sí el fin de la unión convivencial cuando obedece a motivos laborales u otros similares, siempre que permanezca la voluntad de vida en común.

Los elementos probatorios del cese dependerán de la causa que lo originó, siendo el certificado de cese de unión convivencial, la partida de defunción, el acta notarial de notificación del cese, o en su caso la sentencia de ausencia con presunción de fallecimiento, los instrumentos más idóneos.-

Efectos de la extinción

En caso de cese de la convivencia - sin importar la causa - y aún en ausencia de pactos, se regulan compensaciones económicas, atribución del hogar convivencial y distribución de los bienes:

* Compensaciones económicas en resguardo del integrante que sufre un desequilibrio económico a causa de la ruptura de la unión convivencial (artículo 524 del CCCN).

Es una obligación de origen legal, de contenido patrimonial basada en la solidaridad familiar que aspira a resarcir las consecuencias económicas que la ruptura pudiera generar. A diferencia de otras legislaciones no surge tan claro que es lo que se tiene que ponderar, si son las pérdidas de chances que ha padecido quien por ejemplo se dedicó al hogar o al cuidado de los hijos en desmedro de su desarrollo personal ya sea por haber abandonado estudios o por otras circunstancias; o bien, si se pone énfasis en la comparación de los patrimonios y la compensación procede cuando dicha comparación produce un empeoramiento de la situación de uno de ellos y se pretende equilibrar los patrimonios de los convivientes. Lo cierto es que la causa fuente de la compensación es el cese de

la convivencia y la división de los roles durante ella es un indicador del eventual desequilibrio económico.

Para viabilizar el pedido de una compensación económica lo determinante será demostrar la relación de causalidad entre el cese de la cohabitación y el perjuicio económico. Es decir que, si la unión no hubiese cesado, la situación económica del solicitante no habría variado¹⁴.

El plazo que tiene el perjudicado para solicitar la compensación económica es de seis meses desde que se produjo la ruptura. El reconocimiento de la misma e incluso su monto y forma de efectivizarla, puede preverse en los pactos convivenciales y funcionará como una condición suspensiva supeditada a la ruptura, no atendiendo tanto al desequilibrio que ya ha sido ponderado por los convivientes.

En este caso, ante el incumplimiento, el conviviente perjudicado podrá reclamarla. La compensación económica puede consistir en una entrega de dinero, en prestaciones periódicas por un plazo máximo equivalente a la duración de la unión convivencial, también podrá satisfacerse con un contrato de renta vitalicia o usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o en su defecto la fijará el juez.

Sin perjuicio de ello, sea cual fuere el tipo de prestación elegida, la escritura pública es el instrumento idóneo para reflejar la voluntad de las partes, haciendo verosímil la existencia del contrato.-

Para demandar el establecimiento de la compensación económica será competente el Juez de Familia del último domicilio convivencial, o el domicilio del beneficiario o del demandado, o aquel donde deba ser cumplida la obligación en razón de que se trata de una cuestión netamente patrimonial.

A tal efecto el Juez contemplará los siguientes supuestos: a) el estado patrimonial de cada uno de los convivientes al inicio y a la finalización de la unión; b) la dedicación que cada conviviente brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos y la que debe prestar con posterioridad al cese; c) la edad y el estado de

¹⁴ Eduardo Guillermo Roveda y Patricia S. Giovannett. Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Julio César Rivera y Graciela Medina. Buenos Aires: La Ley, 2014.

salud de los convivientes y de los hijos; d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del conviviente que solicita la compensación económica; e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro conviviente; f) la atribución de la vivienda familiar.

Se advierte el abanico de elementos a tener en cuenta ya que se hace mención tanto a la diferencia de ganancias durante la unión como a cuestiones relativas a la capacidad económica de los convivientes luego de ellas.

* Atribución de la vivienda, un modo de equiparar e igualar la situación que provoca la ruptura de la unión convivencial, es la posibilidad de atribuir el uso de la vivienda sede de la misma a favor de uno de los integrantes, por un plazo limitado, equivalente a la duración de la unión convivencial con un tope de dos años y con independencia de la titularidad del inmueble y aún si éste fuera alquilado, manteniéndose él obligado al pago y las garantías que primitivamente se constituyeron en el contrato.

Tal atribución podrá convenirse en los pactos convivenciales o lo resolverá el Juez a pedido del interesado. Para ello se tendrá en cuenta: i) si tiene a su cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad; ii) si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata. Asimismo y a petición de parte, el juez puede establecer: a) una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del conviviente a quien no se atribuye la vivienda; ya sea éste de su titularidad o bien en condominio con el beneficiario del uso. b) que el inmueble no sea enajenado durante el plazo previsto sin el acuerdo expreso de ambos; c) que el inmueble en condominio de los convivientes no sea partido ni liquidado. La norma habla de plazos, el que quedará en manos de la ponderación de las circunstancias que evaluará el juez. Tal resolución deberá obtener inscripción registral para producir efectos frente a terceros.

La atribución del uso de la vivienda podría cesar o revertirse si cambiaran las circunstancias que motivaron su establecimiento.

* Distribución de los bienes, se prioriza los eventuales pactos que los convivientes hubieren celebrado para determinar la forma de distribución de los bienes. Si existe pacto y este fue realizado de conformidad con los principios legales, se aplica lo acordado. En el caso en que nada se haya previsto, los bienes se mantienen en el patrimonio que ingresaron, y cada uno se lleva aquello que ha adquirido.

Para evitar que esta solución afecte los intereses de alguno de ellos, el artículo 528 del CCCN remite a la aplicación de los principios relativos al enriquecimiento sin causa, la interposición de personas y otros que puedan corresponder.

El Código Civil y Comercial de la Nación regula al enriquecimiento sin causa en los artículos 1794 y 1795 del CCCN, y lo define como el enriquecimiento patrimonial sin causa justificada o lícita de una persona a expensas de otra. Tiene carácter excepcional condicionado su procedencia a la inexistencia de otra acción, como podrían ser las de simulación y fraude. Mientras que la interposición de personas se da cuando el vendedor no conocía que el adquirente no era el que figuraba como tal.-

En conclusión, la solución ofrecida en materia patrimonial prioriza la autonomía de la voluntad de los convivientes, por eso, recaerá en los operadores jurídicos la responsabilidad de difundir la importancia y viabilidad de los acuerdos para resolver anticipadamente los problemas patrimoniales que se puedan suscitar¹⁵.

Derecho real de habitación para el conviviente supérstite

Producido el fallecimiento de uno de los convivientes se reconoce al supérstite la facultad de invocar el derecho real de habitación sobre un inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar, y si a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas, siempre que se

¹⁵ Molina de Juan, Mariel F. Las uniones convivenciales en el Proyecto de Reforma del Código Civil. No será lo mismo casarse que no casarse. El Dial, Edición Especial, 8/1/2014.

encuentren reunidos los siguientes requisitos: carecer de vivienda propia habitable o bienes suficientes para garantizar el acceso a una vivienda.

Este derecho resulta inoponible a los acreedores del causante, se confiere de manera gratuita, cuenta con el límite temporal de dos años, no renovable y se extingue si el supérstite contrae nupcias, constituye nueva unión convivencial, adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a ésta o desaparecen los recaudos para que opere.

Es importante destacar que se trata de un derecho que nace iure proprio en cabeza del conviviente sobreviviente y se adquiere ipso iure, sin necesidad de petición judicial (art. 1894 del CCCN). Sin perjuicio de ello, el conviviente supérstite deberá presentarse ante el juez del sucesorio, acreditar los extremos establecidos a fin de que por el mero efecto de la ley pueda adquirirlo, pudiendo oponerlo dentro de los dos años a partir de la apertura de la sucesión frente al ejercicio de la partición.

Esta circunstancia - hoy regulada - plantean conflictos entre el conviviente supérstite y los herederos del causante¹⁶.

En tal sentido la jurisprudencia anterior a la reforma en varias oportunidades ha resuelto que "el concubinato no da derecho a la continuación en el uso de un inmueble cuando la relación cesa por cualquier causa, es decir que producida la muerte del concubino propietario, los herederos pueden reclamar la restitución del bien, toda vez que se trata de una liberalidad sin plazo alguno razón por la que se puede requerir la devolución en cualquier momento"¹⁷. También se ha admitido la demanda de desalojo interpuesta por un heredero forzoso bajo el argumento de que la mera convivencia no da derecho a la continuación en el uso del inmueble a la muerte del propietario, al no existir derecho real de propiedad adquirido por el supérstite con relación a la casa habitación y de tal modo no poder excluir o postergar a los herederos del causante¹⁸. Como consecuencia del cambio

¹⁶ Pandiella Molina, Juan Carlos. Derecho de habitación viudal y del conviviente superstite. Breve reseña. LL Gran Cuyo 2017 (abril) I.

¹⁷ CApel. de Tucumán, sala II, 30-7-2008, L. L. NOA 2008 (noviembre), 1021.

¹⁸ CNCiv., sala H, 27-6-2002; íd., 25-8-2010

legislativo el conviviente supérstite a través del derecho real de habitación encuentra protegida su vivienda, aunque en forma limitada.

Encontramos similitudes y diferencias con el derecho real de habitación del conyuge superstite, tales como: a) Se fundan en el derecho humano a la vivienda, garantizando la habitación sobre el último hogar conyugal o familiar, del viudo o conviviente. b) Se adquieren por el solo efecto de la ley. c) Poseen igual fundamento, origen de carácter legal y forma de canalizar la adquisición. d) Detienen el ejercicio de la partición hereditaria (arts. 2363, 2364 y sig. del CCCN). e) Se rigen por las normas del derecho real de habitación, lo que deriva en la aplicación supletoria de las normas del uso y en definitiva del usufructo. Ello siempre que la aplicación supletoria sea compatible con la finalidad de la habitación legal. f) Derechos gratuitos. g) Deben recaer sobre inmuebles de propiedad exclusiva del causante. h) Pueden recaer sobre parte material del inmueble del causante, a los efectos de conciliar el carácter asistencial con el derecho de los legitimados a solicitar la partición y con el derecho de los acreedores del causante, aunque a estos leas sea inoponible la habitación legal. i) Resultan inoponibles a los acreedores del causante, pero oponibles a los acreedores de los herederos, cuyas facultades se encuentran ceñidas a la nuda propiedad. j) Se extinguen de la misma forma que el usufructo (art. 2152 del CCCN), por los medios de extinción de todos los derechos patrimoniales, por destrucción total de la cosa, abandono y consolidación (art. 1907 del CCCN). Y especialmente se pueden diferenciar por: a) El derecho real de habitación del cónyuge supérstite es vitalicio. En cambio, el derecho real de habitación del conviviente supérstite, tiene un plazo de duración de dos años, no renovable. b) El derecho real de habitación del conviviente se encuentra sujeto a las exigencias de falta de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren su acceso. c) El derecho real de habitación del conviviente supérstite posee medios “especiales” de extinción, los cuales se encuentran ausentes en el derecho del cónyuge supérstite.

Unión Convivencial – Matrimonio

El Código Civil y Comercial de la Nación concentra al matrimonio y a las uniones convivenciales dentro de las relaciones familiares siguiendo los pasos de la jurisprudencia y de la doctrina que sostienen que ambos institutos expresan realidades semejantes desde lo fáctico y vivencial. La unión convivencial y el matrimonio poseen un encuadre jurídico independiente, compartiendo el reconocimiento de los derechos fundamentales con diferentes alcances.

- La unión convivencial es una situación de hecho que para causar efectos no requiere de un acto jurídico formal ni legitimante como en el matrimonio.
- La unión convivencial debe ser singular excluyendo la posibilidad de otra convivencia, al matrimonio no se le exige el deber de fidelidad.
- Los convivientes pueden pactar las consecuencias de la vida en común en los pactos de convivencia. En cambio en el matrimonio, solo se pueden celebrar convenciones pre matrimoniales y matrimoniales con las limitaciones de ley (artículo 446 CCCN).
- El deber de asistencia y prestación alimentaria entre los convivientes, solo se mantiene durante la vida en común, extinguiéndose luego de la ruptura, a diferencia del matrimonio que se reconoce la subsistencia de tal obligación aún en el caso de separación de hecho.
- Ambos comparten un régimen primario que es de orden público respecto a sus responsabilidades, asistencia, contribución a los gastos del hogar, responsabilidad de deudas frente a terceros y protección de la vivienda familiar.
- Para que los pactos de convivencia sean oponibles a terceros deben estar inscriptos en los Registros de Uniones Convivenciales y en caso de que involucren bienes registrables en los respectivos Registros. En cambio, las convenciones matrimoniales prenupciales, solo se inscriben en el Registro

del Estado Civil y Capacidad de las personas al margen del acta de matrimonio.

- No se reconocen derechos sucesorios al conviviente, a diferencia del cónyuge es heredero legitimario independientemente del régimen patrimonial elegido.
- El conviviente supérstite goza del derecho real de habitación con carácter asistencial y limitado en el tiempo, a diferencia del cónyuge supérstite que lo tiene de pleno derecho y con carácter vitalicio.
- Para la disposición de la vivienda familiar y los muebles indispensables de ésta, tanto en ambos regímenes patrimoniales matrimoniales como en las uniones convivenciales inscriptas se requiere el asentimiento del no disponente.
- Producida la ruptura, en ambas relaciones familiares se contempla la posibilidad de la exteriorización unilateral de la voluntad; en las uniones convivenciales solo se requiere notificación fehaciente y en el divorcio no es necesario invocar causal alguna.
- Los integrantes de la unión convivencial tienen mayor libertad y autonomía de la voluntad en el ámbito patrimonial, salvo pacto en contrario rige el principio de separación de patrimonios, cada uno administra y dispone de sus bienes, con excepción de la vivienda familiar. En el matrimonio, para que tenga vigencia el régimen de separación de bienes, los cónyuges deben otorgar una convención prematrimonial o matrimonial donde lo estipulen.
- Extinguido el vínculo, se prevé la posibilidad de compensar económicamente tanto al conviviente como al cónyuge que ha resultado menoscabado en su situación patrimonial.
- El derecho de solicitar la atribución del uso de la vivienda familiar una vez cesado el vínculo, se acuerda tanto a los cónyuges como a los convivientes, pero con distinto alcance: en el caso de los convivientes, solo

puede ser temporal (máximo 2 años) y siempre y cuando tenga a su cargo el cuidado de los hijos menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad, o si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata (art. 526 CCCN). Para los ex cónyuges, no hay un plazo máximo preestablecido por la ley y el cuidado de los hijos, las posibilidades económicas, el interés de terceros son pautas de valoración para determinar a cuál de ellos se lo otorga.

PONENCIAS

- * En materia de disposición de bienes inmuebles, la declaración del conviviente titular, de que no posee unión convivencial inscrita o que el bien no constituye la vivienda familiar, será manifestación suficiente para dar por cumplido con el artículo 522 del CCCN.
- * Cuando los convivientes regulan sus derechos patrimoniales a través de un pacto, pueden generar una comunidad de bienes entre ellos, lo que dará lugar a la gestión de los bienes integrantes de esa comunidad de hecho conforme las reglas establecidas en dicho pacto, aplicándose subsidiariamente las normas del condominio, art. 1984, y posibilitará la división y adjudicación de los bienes en caso de ruptura, conforme lo hayan contemplado, es decir que el pacto es causa suficiente para la adjudicación de los bienes, conforme arts. 514 y 528.
- * La modalidad para implementar los pactos de convivencias, sus modificaciones y extinción debe ser la escritura pública, siendo el notario el profesional idóneo a la hora de asesorar, elaborar e inscribir dichos pactos en los registros correspondientes.
- * El asentimiento del conviviente se exige para la desafectación del régimen de vivienda si la unión convivencial está inscrita, sin desconocer situaciones de hechos que surjan de los antecedentes.
- * Tanto la publicidad registral como la posesoria, son los medios suficientes para dar a conocer la disposición de los derechos sobre la vivienda, por lo cual entendemos que el plazo de caducidad deberá contarse desde la posesión o inscripción registral en el caso de disposición de derechos reales sobre inmuebles.
- * Los Pactos de convivencia pueden generar obligaciones personales y patrimoniales, en consecuencia deberán otorgarse personalmente, solo se admitirá la comparecencia de un apoderado con específicas facultades para el acto únicamente si el pacto involucra disposiciones patrimoniales.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- ARMELLA, Cristina, "Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario" Más de cincuenta años de jurisprudencia agrupada y comentada. Editorial: Ad-Hoc. Año: 1998 (Primera Edición).
- ARMELLA, Cristina, ESPER, Mariano, "Summa Notarial Registral e Inmobiliaria" 6 tomos. Ed. Abeledo Perrot.
- BELLUSCIO, Claudio A. Regimen Patrimonial del Matrimonio y de las Uniones Convivenciales según el nuevo Código Civil y Comercial. Ed. Garcia Alonso.
- BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil Argentino. Contratos. Ed. Abeledo Perrot. Bs. As. 1991.
- BOSSERT, Gustavo A.. "Régimen jurídico del concubinato". 4° edición actualizada y ampliada. 3° reimpresión. Astrea.
- BUERES, Alberto J. Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado. Tomo 1 y 2. Ed. Hammurabi, 2014.
- CLUSELLAS, Eduardo Gabriel, "Código Civil y Comercial de la Nación comentado por Escribanos". Ed. Astrea. 2015.
- DE LA TORRE, Natalia. La unión convivencial en el Nuevo Código Civil y Comercial: la regulación integral de otra forma de vivir en familia. L.L. Supl. Esp. Cód. Civil y Com. de la Nación. Familia 2014(diciembre), 04/12/2014, 88 - LA LEY2014-
- DE LA TORRE, Natalia. Algunas consideraciones en torno a la regulación proyectada en las uniones convivenciales. El difícil equilibrio entre el principio de autonomía y la solidaridad familiar. Derecho de las familias, infancia y adolescencia. Pag. 325. Jul. 2014.
- ETCHEGARAY, Natalio P. y LAMBER, Rubén A., Curso de técnica notarial: Módulo 7. Unión convivencial y vivienda. La Plata: U.N.A. – Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, 2016.
- Jornada Notarial Bonaerense, 38. Bahía Blanca, 12 al 16 de noviembre de 2013. Tema 1. Despachos. Informaciones. Revista Notarial N° 973, 2013

- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014. Publicado en Revista Jurídica La Ley del 8 de octubre de 2014.
- LAMBER, Rubén y Néstor en Curso de Técnica Notaria, Módulo 7: Unión convivencial y vivienda. Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires
- LAMBER, Néstor Daniel. “El título de adjudicación de inmueble por partición privada de la indivisión hereditaria y poscomunitaria” Revista: 927 (ene - mar 2017). Fecha de publicación: junio, 2017.
- Lloveras, Nora. Orlandi, Olga. Faraoni, Fabián. Uniones Convivenciales. Ed. Rubinzal-Culzoni
- LLOVERAS, Nora. Libertad con responsabilidad y solidaridad: la regulación de las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial. Publicado 15/7/2015 en www.infojus.gov.ar
- LLOVERAS, Nora. Uniones convivenciales: efectos personales y patrimoniales durante y tras la ruptura. L.L. Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación. Familia 2014 (diciembre), 04/12/2014, 99 – L.L. 2014-F.
- LLOVERAS, Nora y ORLANDI, Olga. Uniones Convivenciales. ED. Rubinzal – Culzoni.
- MEDINA, Graciela. Claves del Derecho de Familia en el Código Civil y Comercial. Revista de Derecho Privado y Comunitario 2015 – Nro Extraordinario. Pag 323
- MEDINA, Graciela y ROVEDA, Eduardo Guillermo. Derecho Civil y Comercial. ED Abeledo Perrot. Derecho de Familia. Capítulo XVII - Uniones Convivenciales.
- MINYERSKY, Nelly. Los nuevos paradigmas en las relaciones familiares. Reformas Legislativas. Compendio de Doctrinas. Infojus.
- MILLÁN, Fernando. Atribución de la vivienda ante la ruptura familiar. ADLA 2015-21, 145- AR/DOC/2668/2015.

- MOLINA DE JUAN, Mariel F.- Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación. Familia 2014 (diciembre), 04/12/2014, 17 - LA LEY2014-F, - Molina de Juan, Mariel F. Las uniones convivenciales en el Proyecto de Reforma del Código Civil. No será lo mismo casarse que no casarse. El Dial, Ed. Esp., 8/1/2014.
- MOLINA DE JUAN, Mariel. Los límites a la libertad en el régimen de bienes. Infojus, Revista Derecho Privado, año II, N° 6, octubre de 2013.
- MOLINA DE JUAN, Mariel F. Régimen de bienes y autonomía de la voluntad. Elección y modificación del régimen. Convenios. Contratos entre cónyuges. L.L. Supl. Esp CCyC N. Familia 2014 04/12/2014.
- NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN Pautas y criterios para el ejercicio de la función notarial frente a las nuevas normas y los cambios que implica. CONSEJO FEDERAL DEL NOTARIADO ARGENTINO II ASAMBLEA ORDINARIA 2015 Rosario (San Fe) 7 de agosto de 2015
- RIVERA, Julio César, MEDINA, Graciela (directores) Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Varios Tomos. La Ley 2014.
- SALIERNO, Karina Vanesa y otras. Estatuto Convivencial. www.jnb.org.ar/40/images/trabajos40jnb/tema2
- SAMBRIZZI, Eduardo A. LA LEY 04/11/2014, 04/11/2014, 1 - LA LEY2014-F, 757
- SAMBRIZZI, Eduardo A. Las convenciones matrimoniales en el Código Civil y Comercial. L.L. 4/11/2014.
- SAMBRIZZI, Eduardo A. Las denominadas uniones convivenciales en el Proyecto de Código. L.L. 26/12/2012. L.L. D.J. 12/12/2012.
- SZMUCH, Mario Gabriel. Sobre algunos aspectos de la union convivencial, la proteccion de la vivienda y los pactos de convivencia. Revista del Notariado 919.