

XXXIII JORNADA NOTARIAL ARGENTINA – BARILOCHE 2018

***TITULO: “ANALISIS DE LA NORMATIVA DEL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL
RESPECTO DE LA PROTECCION DE LA VIVIENDA EN LA UNION
CONVIVENCIAL - ASENTIMIENTO”***

TEMA III – UNIONES CONVIVENCIALES

AUTORAS:

María Ivana PACHECO

Tel. 4371-5273 escmipacheco@gmail.com

Claudia L. BUSACCA

Tel. 4813-1677 escribaniabusacca@fibertel.com.ar

PONENCIAS

LA UNIÓN CONVIVENCIAL NO ALTERA EL ESTADO CIVIL.

DEBE INTERPRETARSE EL ESTADO DE FAMILIA A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 305 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN EN EL MISMO SENTIDO QUE SE LE DABA EN EL ARTÍCULO 1001 DEL CÓDIGO VELEZANO.

SIEMPRE ES NECESARIO CONSIGNAR EL ESTADO CIVIL SOLTERO, VIUDO O DIVORCIADO RESPECTO DE LA PERSONA EN UNIÓN CONVIVENCIAL INSCRIPTA.

NO ES REQUISITO DE VALIDEZ DE LA ESCRITURA CONSIGNAR, ADEMÁS DEL ESTADO CIVIL, MANIFESTACIÓN ALGUNA RESPECTO DE LA EXISTENCIA O INEXISTENCIA DE CONVIVIENTE, SALVO RESPECTO DEL ACTO DISPOSITIVO DE INMUEBLE DESTINADO A VIVIENDA Y SIEMPRE QUE LA CONVIVENCIA SE ENCUENTRE INSCRIPTA.

SÓLO ES REQUERIDO EL ASENTIMIENTO DE CONVIVIENTE CUANDO SE TRATA DE ACTO DISPOSITIVO DE INMUEBLE DESTINADO A VIVIENDA Y LA UNIÓN CONVIVENCIAL SE ENCUENTRA REGISTRADA EN EL REGISTRO LOCAL Y RESPECTO DEL INMUEBLE ASÍ COMO EN LOS CASOS DE DESAFECTACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA VIVIENDA A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 255 INCISO a) DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.

ES OBSERVABLE EL TÍTULO EN EL CUAL SE OMITIÓ EL ASENTIMIENTO CUANDO LA CONVIVENCIA ESTABA REGISTRADA E INSCRIPTA RESPECTO DEL INMUEBLE.

LA CONVIVENCIA REGISTRADA PERO NO INSCRIPTA RESPECTO DEL INMUEBLE NO ES OPONIBLE A TERCEROS DADO QUE EL ÚNICO MEDIO DE OPONIBILIDAD ES LA REGISTRACIÓN Y SU OMISIÓN NO GENERA DEFECTO EN EL TÍTULO.

LA MANIFESTACIÓN DE ESTADO CIVIL Y DE ESTAR EN UNIÓN CONVIVENCIAL INSCRIPTA SON MANIFESTACIONES DE PARTE QUE NO SE ENCUENTRAN AMPARADAS POR LA FE PÚBLICA Y SU INEXACTITUD NO GENERA RESPONSABILIDAD DEL NOTARIO.-

El derecho positivo, se refiere a “estado de familia” y así lo recepta en el artículo 305 del CCCN como requisito del contenido de las escrituras públicas, “...estado de familia de los otorgantes”; mencionando expresamente a los “casados” exigiendo incluso el número de nupcias y el nombre y apellido del cónyuge si el acto así lo requiriera en un texto similar al artículo 77 de la Ley Orgánica Notarial 404 de la Capital Federal y en igual sentido que otras normas locales. Nada dice acerca de los “convivientes”.

Ya el artículo 1001 del Código de Vélez enumeraba entre los requisitos de las escrituras el “estado de familia”. Varias son las definiciones que del mismo se han dado. Al respecto se ha definido como la posición jurídica que la persona ocupa en la familia, dada por el conjunto de cualidades de orden familiar que la ley toma en cuenta para atribuirles efectos jurídicos o la posición que a cada individuo corresponde dentro del respectivo grupo familiar.

Sabemos, a su vez, que la familia del Código velezano no es la familia del CCCN que ha incorporado el cambio de paradigma que se ha producido en nuestra sociedad.

Nos preguntamos si ¿hay identidad entre el estado civil y el estado de familia? La doctrina señala que *“a diferencia del matrimonio, la unión convivencial no modifica el estado civil, sino que lo complementa: se puede ser soltero, divorciado o viudo y, a la vez, tener una unión convivencial.* Debe quedar claro que el estado civil, no varía.

El llamado peyorativamente “concubinato” se incorpora de lleno al derecho privado bajo la denominación de Uniones Convivenciales, reguladas en el Título III, arts.509 a 528 del CCCN. De tal manera nuestro sistema deja de pertenecer a un régimen abstencionista en el que *no se regulan consecuencias y se deja sin cobertura legal a la familia de hecho para pasar a un régimen de los denominados proteccionistas reconociendo así la existencia de familia no sólo dentro del matrimonio sino también fuera de él.*

Tanto en el Código de Vélez como en el derecho positivo, el estado de familia es requisito de la escritura pública y su importancia es evidente, puesto que por un lado colabora en la individualización del otorgante del acto y por otro lado es un elemento a tener en cuenta a los fines de la legitimación para disponer de ciertos bienes. Ahora bien, respetada doctrina sostiene que en la técnica de redacción escrituraria debemos hacer constar no sólo el estado

civil sino también el estado de familia. Así lo sostiene Mario G. H. Szmuch entendiendo que ambos datos, el estado civil y el estado de familia convivencial deben hacerse constar en las escrituras.

En igual sentido las Jornadas Notariales Bonaerenses del año 2015 entienden *que el concepto de estado de familia es más amplio que el de estado civil estricto y ello implica que las partes además de declarar su estado civil tradicional, también podrán invocar la situación jurídica de unión convivencial (art.509 y sgts.CCy C) esté o no inscripta en el registro especial del art.511 CCyC, con su mera declaración jurada como los restantes estados civiles.*

Por nuestra parte sostenemos que el notario deberá evaluar en las audiencias previas la conveniencia de una manifestación en tal sentido, calificando con el rigor que imponen las normas, haciendo docencia para determinar con claridad si se está frente a una convivencia o a una unión civil, o a una pareja con un certificado de convivencia en aparente matrimonio al sólo fin de obtener el beneficio de alguna obra social, pensión, indemnización o si, la situación encuadra en la unión convivencial regulada en los artículos 509 a 528 del CCCN. Debemos ser cuidadosos puesto que manifestaciones innecesarias y que no aportan sino que pueden traer errores de interpretación o confusión atentan contra la seguridad jurídica y la circulación del título. La unión convivencial puede acreditarse por cualquier medio de prueba.

El artículo 77 de la Ley Orgánica Notarial citada, en su inciso b) admite incluir cualquier otro dato identificatorio del compareciente dejando librado al arbitrio del escribano su conveniencia.-

El reflejo escriturario del estado de familia es una manifestación por parte del otorgante del acto y como tal su contenido no está alcanzado por la fe pública.

El artículo 296 del CCCN, piedra basal de la fe pública, tal como lo era el artículo 993 del Código de Vélez; señala la eficacia probatoria del instrumento público, estipulando que *“hace plena fe: a) en cuanto a que se ha realizado el acto, la fecha, el lugar y los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él o ante él hasta que sea declarado falso en juicio civil o criminal; b) en cuanto al contenido de las declaraciones sobre*

convenciones, disposiciones, pagos reconocimientos y enunciaciones de hechos directamente relacionados con el objeto principal del acto instrumentado hasta que se produzca prueba en contrario.”

Sostenemos por lo tanto, que nunca podrá generar responsabilidad notarial la falsedad en una manifestación relativa al estado civil expresado en escritura pública y así se ha manifestado respetada doctrina y jurisprudencia al señalar que “ *...El escribano da fe de los actos cumplidos por sí mismo que han pasado ante él y son, por tanto, de su conocimiento personal; da fe, también de las manifestaciones que ante él vierten las partes, pero no es un investigador responsable por la veracidad de lo que se le narra y no ha sucedido con su intervención o su presencia. Por eso lo que se lee en la escritura como ejecutado por él o pasado ante él sólo puede impugnarse y caer promediando una querrela de falsedad en cambio las manifestaciones referentes a circunstancias que le fueron ajenas y en particular los datos que las partes le suministran, admiten prueba en contrario y no comprometen su responsabilidad mientras ajuste su cometido a la ley y no incurra en transgresión de sus deberes como oficial público”* (Sobre la función notarial y los efectos del artículo 1277 del Código Civil por Marco Aurelio Risolía. La Ley – T.1977-D, pág408).

Asimismo se ha dicho que “*También en esta materia hay consenso acerca de que el escribano –aunque debe actuar con la debida diligencia- no es responsable de la exactitud o veracidad de los actos relativos al estado de familia por ser manifestación de las partes”* (Código Civil Comentado por Llambías, página 594).-

En igual sentido nuestros Tribunales han establecido que “*el escribano no es responsable de la exactitud o veracidad de los actos relativos al estado de familia asentados en la escritura conforme a la manifestación de las partes”* (C.Civ.y Com. San Martín, Sala I 1985/10/31, DJ 1986-II-663) y aclarando el alcance la fe de conocimiento se remarcó en sede judicial que “*se trata de saber quién es la parte u otorgante, sólo quien es, dejando de lado respecto de la fe de conocimiento los otros datos como estado de familia, domicilio, vecindad, pues el escribano acerca de ellos no estaba obligado a dar fe de que ellos sean verdaderos”* (CNCcivil, 1991 21/5/1991 y Revista Notarial 910, septiembre – diciembre 1991, pág 1253 con nota de Solari, O.S.”

Por su parte la doctrina también se ha manifestado en idéntico sentido al expresar que *“estos datos son suministrados al escribano por las mismas partes; no está obligado a verificar su exactitud de modo que él no da fe de que sean verdaderos”* (Tratado de Derecho Civil, Tomo II, Guillermo Borda, página 233); *“la manifestación individual del disponente como acto declarativo quedará en la órbita de su responsabilidad por lo que su omisión constituirá una cuestión de prueba”* (R.del Notariado N° 901, página 87, E.Cabuli” y que *“quien se autoimpuso la declaración de unión convivencial aunque no la haya registrado tendrá que afrontar esta consecuencia”* (40 Jornadas Notarial Bonaerenses – Necochea, 8 a 11 de noviembre de 2017. Tema II.Uniones Convivenciales. “Convivencias y Uniones Convivenciales. Implicancias en la Actividad Notarial.La Caja de Pandora. Ser o no ser.” Horacio Teitelbaum).

El amparo de la vivienda familiar se deriva de su consideración como derecho humano y así se consagra en normas supranacionales, se lo reconoce en el artículo 14 bis de nuestra norma fundamental, en los actuales artículos 456, 470, 522 del CCCN y concordantes, en el instituto de Vivienda receptado en los artículos 244 a 256 de este último plexo normativo, en el reconocimiento del derecho de habitación del conviviente que hace el nuevo Código. Evidentemente, ya tenía reflejo en sus antecedentes, el antiguo artículo 1277 del CC, ley 14.394 de Bien de Familia, entre otros, sin olvidar el valioso aporte jurisprudencial.

El antiguo artículo 1277 del CC comprendía una limitación que puede denominarse “ad intra”, es decir, “hacia adentro” pues restringía la libre disposición del bien ganancial por parte del cónyuge titular del mismo exigiendo el asentimiento por parte del otro cónyuge.-

La Ley 14394 brindaba por su parte una protección “ad extra” imponiendo la inembargabilidad del bien por deudas contraídas con posterioridad a la afectación.

A su vez, podíamos claramente distinguir en el artículo 1277 del CC, al menos dos grandes intereses protegidos, a saber: en su primer párrafo un interés patrimonial al establecer una limitación a la libre disponibilidad del bien ganancial imponiendo el asentimiento por parte del cónyuge para ciertos actos y en el segundo párrafo, un interés familiar donde ya, el carácter del bien pasa a segundo plano y el énfasis de la protección se focaliza en el bien que debe ser “inmueble, sede del hogar conyugal y en el que habiten hijos menores o

incapaces”. De tal modo quedaban fuera del amparo las familias que no constituidas dentro de instituto del matrimonio situación que la jurisprudencia trató de enmendar aplicando analógicamente el artículo 1277 aún a casos de convivencias de parejas con hijos fundamentando tal decisión en la igualdad entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

Confrontada la norma en estudio con lo dispuesto por el CCCN, se advierten variaciones en la redacción y en los conceptos e intereses protegidos los que, además de haberse ampliado y enriquecido con el cambio de paradigma, ya no están comprendidos en un único artículo sino que los encontramos en diversas normas.

En una primera aproximación podemos aseverar que el artículo 1277, primera parte se corresponde con el 470, norma específica del régimen patrimonial de comunidad en tanto que, el artículo 1277 segunda parte, y aquí cabe recordar que el interés protegido es “familiar”, se corresponde con los artículos 456 -norma del régimen primario por ser una disposición común a todos los regímenes- y 522, en lo que a Unión Convivencial se refiere, pues la restricción para disponer se refiere a un bien personal, que puede ser de uno de los convivientes o de ambos, donde se asienta la vivienda de los mismos, es decir que es sede del hogar convivencial.

Ahora bien, así como se advierten semejanzas y puntos de contacto entre el antiguo régimen velezano y el derecho positivo, es evidente que la regulación actual tiene un contenido conceptual diferente, abarcativo de nuevas situaciones familiares, impregnada de principios renovados que nos recuerdan que nuestra sociedad ya no es la misma que aquella de la época de la sanción de la ley 17711 que incorporó el artículo 1277.

Así las uniones de hecho, están hoy reguladas y protegidas y –en la medida que estén inscriptas- el artículo 522 del CCCN establece que ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de la vivienda...”

A diferencia de lo que ocurría bajo el régimen del CC, desapareció la referencia a “hijos menores o incapaces”. La norma no requiere para tutelar el principio de protección de la vivienda la existencia de hijos menores o incapaces y la restricción, que era reservada al

régimen patrimonial del matrimonio, hoy se aplica a las uniones convivenciales inscriptas, es decir que la inscripción es requisito para hacer operativo el amparo que brinda la norma.

La importancia que gana la inscripción cuando de Protección a la Vivienda se trata es tal que aseguramos que aquellas que no están inscriptas quedan desprotegidas.

La inscripción traza una línea divisoria. Aquellas que no gocen de inscripción, la cual es facultativa y no constitutiva, no podrán paralizar la acción de los terceros acreedores, a diferencia de las otras, las cuales gozan de protección y podrán repeler este accionar. “Es inejecutable por deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial”, dice la norma- salvo la excepción que se prevé para el caso de deudas contraídas por ambos convivientes o por uno con el asentimiento del otro.

La razón de esta diferencia de tratamiento que da la ley es la armonización entre los derechos de los integrantes de la unión convivencial y la seguridad jurídica de las relaciones con terceros.

De aquí se deriva también lo que sólida doctrina sostiene, en el sentido que, si la unión convivencial no está inscripta, el asentimiento es innecesario y el titular del bien podrá disponer del mismo, puesto que de otro modo el régimen sería inaplicable.

Evidentemente, el andamiaje registral, constituye un pilar fundamental para la construcción de la seguridad jurídica y, en el régimen de las uniones convivenciales, es requisito para que opere el amparo de la vivienda. La norma ha dado primacía a la registración para publicitar frente a los terceros la existencia de un interés jurídico superior protegido: la vivienda. En el marco de la informalidad como nota característica de este tipo de unión convivencial, el legislador encontró en la necesidad de inscripción, el límite, el “factum” para determinar desde cuándo comenzar a otorgarle determinados efectos jurídicos.

En las uniones convivenciales no inscriptas, hay innecesidad de asentimiento convivencial, en este caso el interés protegido será el de los terceros frente al del conviviente que no participa de esa disposición porque la existencia de dicha unión convivencial no fue publicitada y por lo tanto es desconocida.

En caso de convivencia inscripta vigente y sin pacto de convivencia, podemos afirmar que ***Todo acto dispositivo que no involucre al inmueble destinado a vivienda, no requiere asentimiento de conviviente.- Ello surge claramente del art. 518: "...cada integrante de la unión ejerce libremente las facultades de administración y disposición de los bienes de su titularidad, con la restricción regulada en este Título para la protección de la vivienda familiar y de los muebles indispensables que se encuentran en ella"***.

Aquí debemos resaltar el valor de la declaración jurada acerca del estado de familia, dado que de la misma dependerá nuestra actividad.- En consecuencia, ***cuando de la manifestación y/o los datos aportados surge que se trata de un acto de disposición sobre la vivienda y que el disponente tiene conviviente inscripto, deberá comparecer junto con su conviviente, quien debe prestar el asentimiento con el acto de disposición del bien, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 522.-***

El CCCN dice claramente: "Art. 522.- Protección de la vivienda familiar. ***Si la unión convivencial ha sido inscripta***, ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de la vivienda, el juez puede autorizar la disposición del bien si es prescindible y el interés familiar no resulta comprometido".

En este punto nos hacemos una pregunta: ¿Dónde debe estar inscripta la convivencia? Es la inscripción en el Registro Civil o la inscripción respecto del inmueble objeto de disposición? **Dado que la inscripción que vamos a verificar a efectos del acto dispositivo, es la del inmueble, creemos que la inscripción de la convivencia debe surgir del certificado de dominio expedido por el Registro de la Propiedad Inmueble.-** En este mismo sentido se expresa Jorge O. Azpiri: "*...El artículo exige para la vigencia de la protección que la unión convivencial haya sido inscripta. Lo que no se aclara es dónde tiene que haberse realizado esta inscripción. Una primera aproximación parece referirse al registro que contempla el art. 511 sólo a los fines probatorios. Sin embargo, tal registración, que es opcional y que se realiza a fin de preconstituir una prueba de la existencia de la unión convivencial no guarda relación alguna con la protección de la vivienda familiar. Por ello es posible concluir que la registración de la unión debe hacerse*

en el Registro de la Propiedad Inmueble respectivo...” (Código comentado Ed. Hammurabi Pag. 232).

Ahora bien, aclarado que -en este caso- es condición sine qua non que el conviviente comparezca a la escritura de disposición y exprese su asentimiento, nos preguntamos ¿en los casos de convivencia inscripta que no es “vigente” porque cesó, que debemos hacer?.-

En primer lugar analizaremos cuál de las causales enumeradas en el artículo 523 es la aplicable al caso concreto.- Por ejemplo si es fallecimiento (inciso a) o ausencia con presunción de fallecimiento (inciso b), matrimonio o nueva unión convivencial inscripta, (inciso c) tendremos una documentación auténtica para relacionar y justificar el cese.- Asimismo en el caso de notificación fehaciente de voluntad unilateral de cese (inciso f) tendremos esta documental.- El caso de mutuo acuerdo del inciso e) ya dependerá en su contundencia de cómo se instrumentó, y que medidas para darle fehaciencia se tomaron, así podrá ser una escritura pública, un instrumento privado con firma certificada. Pero si no lo fuera, y tenemos un instrumento privado, o si se da el caso del inciso g) que es una situación de hecho de cese de convivencia, tendremos que actuar con mucha cautela para tener por acreditado el cese.-

En especial, cuando la causal de cese de la convivencia es la prevista en el inciso g) “CESE DE LA CONVIVENCIA mantenida”, que es una situación fáctica, ¿Bastará para tenerlo comprobado la manifestación unilateral, expresada en forma directa por el titular dominial?.- Aquí debemos tener muy presente que en caso de que correspondiera el asentimiento y se hubiera obviado, la sanción legal es la nulidad del acto: ...”el que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto, dentro del plazo de caducidad de seis meses de HABERLO CONOCIDO, y siempre que continuase la convivencia”.- Y el remedio posible de pedir la venia judicial aunque sea complicado permitirá una salida para la disposición del bien en legal forma y protección del adquirente.-

En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, la Disposición Técnico Registral 4/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble permite la afectación a Protección de vivienda por parte del titular dominial con posibilidad de designar beneficiario a conviviente; y para desafectar

requiere la concurrencia del titular dominial y su conviviente, en caso de convivencia inscripta (art 6º).-

En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires la Disposición Técnico Registral 11/2016 determina la forma de asentar la existencia de unión convivencial cuando se ruega su inscripción respecto de inmuebles.- Respecto de protección de la vivienda dispone en igual sentido comentado del Registro de CABA.-

Opinamos que, interpretando los nuevos paradigmas que se imponen y enfrentados a situaciones de hecho, teniendo en cuenta que la convivencia puede demostrarse por cualquier medio de prueba, conforme el art. 512 y que involucra el derecho que la ley tutela, a la protección de la vivienda, se impone actuar con mucha cautela, para -sin tomar mayores responsabilidades que las que ya tenemos y que son bastantes- actuar conforme a derecho y generar instrumentos completos y eficaces.

Evitemos la incorporación de manifestaciones y declaraciones que no aportan al acto que se instrumenta sino que pueden conducir a confusión y errores de interpretación cuando de la circulación de bienes se trata.- Sólo las uniones convivenciales inscriptas en el registro local a que se refiere el artículo 511 son las protegidas por el artículo 522 y gozan del amparo de la llamada “Protección a la Vivienda”. Su publicidad en el Registro de la Propiedad del bien de que se trate, es el medio que la hará oponible a los terceros y por lo tanto inejecutable.-

BILIOGRAFIA:

- ALTERINI ,Jorge Horacio y ALTERINI, Ignacio – Código Civil y Comercial, Comentado y Anotado - Tº III – Editorial LA LEY –
- AZPIRI, Jorge O.- Código Civil y Comercial de la Nación y Normas Complementarias.- Análisis doctrinal y jurisprudencial . Editorial Hammurabi.- Primera Edición.- 2016.-
- BORDA, Guillermo. Tratado de Derecho Civil, Tomo II, página 233
- CABULI, Ezequiel. Revista del Notariado N° 901, página 87
- CAPPARELLI, Julio C.-“Uniones No Matrimoniales”.- Editorial El Derecho.-
- CAPPARELLI, Julio. “La disposición del inmueble propio, sede del hogar conyugal.” Revista del Notariado N° 898 – Año 2009
- CURSACK, Eduardo Marcos, DALLAGLIO, Juan Carlos, DEL ZOPPO, César Luis, GATTI, Liliana Inés y REY, María Laura – “Régimen Jurídico del asentimiento en el Código Civil y Comercial – Medio de protección de la familia y del patrimonio de la comunidad matrimonial” -Revista del Notariado N° 926
- LAMBER, Néstor D. - Código Civil y Comercial, Comentado, Anotado y Concordado - Tº 2 — Director Gabriel CLUSELLAS. Editorial Astrea SRL y FNE Editora Notarial Col Esc PBA .-
- RISOLIA, Marco Aurelio. “Sobre la función notarial y los efectos del artículo 1277 del Código Civil” La Ley – T.1977-D, pág408.
- SZMUCH, Mario G.H. “Sobre algunos aspectos de la unión convivencial” Revista del Notariado Anuario 2015
- TEITELBAUM, Horacio. 40 Jornadas Notarial Bonaerenses – Necochea , 8 a 11 de noviembre de 2017. Tema II.Uniones Convivenciales. “Convivencias y Uniones

Convivenciales. Implicancias en la Actividad Notarial. La Caja de Pandora. Ser o no ser.”

- Fallo de la Cámara Nacional Civil del 21/5/1991 con nota de SOLARI, Osvaldo S. Revista Notarial 910, septiembre – diciembre 1991, pág 1253
- Fallo de la Cámara Civil y Comercial de San Martín, Sala I 1985/10/31, DJ 1986-II-663
- Revista del Notariado 919 – Enero-marzo 2015
- Código Civil Comentado por Llambías, página 594