

Uniones Convivenciales

Romina Anabela Méndez *

I. Introito [arriba] -

La finalidad de este trabajo es analizar la situación jurídica de las parejas convivientes en Argentina, ante la falta de normativa específica sobre la materia y el contexto social actual, donde se evidencian diferentes maneras de vivir en familia.

Aparecen interrogantes en torno al cumplimiento por parte del ordenamiento jurídico argentino, del piso mínimo que debe prevalecer en materia constitucional, respecto de la protección de los derechos fundamentales tales como el derecho a formar una familia, el derecho al cuidado, el derecho a la vivienda, el derecho a la salud, el derecho a un nivel de vida adecuado, entre otros.

Se trata de lograr el reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico de la existencia de nuevas organizaciones familiares.

Frente a la carencia de normas que regulen estas relaciones familiares, se generan complejas situaciones tanto en el aspecto personal, como en el patrimonial de las personas. Este trabajo está enfocado en el análisis de la situación de los convivientes a la luz de los derechos constitucionales y al Código Civil y Comercial sancionado por la Ley 26.994.

Sin perjuicio de lo antes dicho, cabe destacar que algunas cuestiones han sido tratadas a través de leyes especiales [1] y también en la jurisprudencia que bastante se ocupó de ellas[2], lo que se plasmó en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que con sus aciertos y desaciertos brinda un marco normativo a este modelo familiar.

Es importante resaltar, que a partir de la reforma constitucional de 1994 y por efecto de la inclusión de tratados internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional [3](art. 75 inc.22 CN), el concepto de familia que se debe proteger es muy amplio.

La Constitución Nacional, en su art. 14 bis, y los distintos tratados internacionales con rango constitucional (“Pacto de San José de Costa Rica”, el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, “La Convención Internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” y “La Convención sobre los derechos del niño”) aluden a la protección integral de la familia, dejando de lado el concepto de familia matrimonial y extramatrimonial, toda vez que no hacen referencia alguna al tipo de familia que se constituye. De esta manera, se destaca que toda persona tiene derecho a fundar una familia, la que es un elemento natural y fundamental.[4]

Los tratados y convenciones de derechos humanos reconocen en forma expresa al matrimonio como una de las formas de manifestación de la familia[5], pero no la única. Una interpretación armónica e integral de los derechos reconocidos en dichos instrumentos permite entrever el reconocimiento implícito de diversas formas de vivir en familia[6].

En este orden de ideas y a modo de introducción, es importante destacar al jurista Bidart Campos quien sostiene que: “En el nivel actual de las valoraciones que nutren al sistema de derechos humanos creemos que el principio de igualdad es el que da razón de porqué se omite definir a la familia como comunidad surgida exclusivamente del matrimonio. Si sólo el connubio fuera reconocido como matriz de la familia, el enjambre de normas que favorecen a la familia y a sus integrantes dejaría fuera de su protección, con altas dosis de discriminación, a todos los vínculos parentales sin membresía con el connubio, y a las uniones de hecho que algunas Constituciones reconocen conforme a la realidad sociocultural del medio social...” [7] como así también que: “no se puede decir que familia es únicamente el conjunto de personas que tiene una libreta otorgada por el Registro Civil[8]

Es por ello que el modelo actual de organización familiar, se sustenta también en el “reconocimiento de la autodeterminación del ser humano para conformar el tipo de familia que quiera y para diseñar su propio proyecto de vida” [9] y nuestro ordenamiento jurídico debe otorgarle una adecuada protección.

Resulta interesante destacar que en el XVII Congreso Internacional de Derecho familiar llevado a cabo en el mes de octubre del año 2012 en la Ciudad de Mar del Plata, se concluyó lo siguiente:... “1) Los Estados deben reconocer todas las formas de relaciones familiares, tomando la realidad social a fin de salvaguardar el concepto de democratización de las familias. Respecto de la familia ensamblada -que implica la coexistencia simultaneidad de vínculos parentales-, sin sustituir al progenitor biológico, se reconoce la figura del padre/madre afín, incluyéndose la regulación del deber de cooperación en la formación del hijo, la delegación y el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental cuando el padre/madre biológico está ausente, es discapaz o tiene capacidad restringida y la posibilidad de que el padre/madre afín, en determinadas circunstancias preste alimentos, ...[10] Esto importa considerar que especialistas en derecho de familia, están alentando y reclamando que las nuevas organizaciones sean tomadas en cuenta por la ley.

Para Cecilia Grosman, el reconocimiento de determinados efectos a las uniones convivenciales no significa equipararlas al matrimonio, porque son dos fuentes distintas de derechos y deberes de carácter familiar. “Esto quiere decir que el legislador puede deducir consecuencias jurídicas diferentes al reconocer y dar entidad jurídica a tales uniones. Sin embargo como ambos tipos de vínculo son similares en su esencia vital, los efectos serán, en muchos supuestos, necesariamente semejantes” [11]

Así se considera que no brindarle protección jurídica a las uniones convivenciales -frente a la regulación que si cuenta el matrimonio- viola el principio constitucional de igualdad y no discriminación, derechos que deben ser garantizados a través de una adecuada regulación por parte de nuestro ordenamiento jurídico. [12]

II. Contexto social [arriba] -

La encuesta Anual 2010 de hogares porteños demuestra que un promedio de 35.000 familias ensambladas en la Capital de Buenos Aires, representan el 3% del total de hogares de la Ciudad y el 10,6% de los hogares con núcleo completo que tienen hijos solteros menores de 25 años. De las familias ensambladas, el 53% tiene sólo hijos de parejas anteriores y el 47% además tiene hijos de la unión actual. El 55,4% de las familias ensambladas tiene jefes de hogar de 30 a 49 años. Y 4,5 personas por hogar, cuando el promedio de hogares porteños es de 2,6 personas[13]. Hoy las familias constituidas por una pareja e hijos representan menos del 40% de los hogares, cuando en los 90 eran el 46,8%, según datos de la Comisión Económica para América Latina (Cepal).[14]

Con respecto al tipo de unión, se observa que las uniones convivenciales han incrementado durante los últimos 20 años, el que llegó a abarcar una proporción del 38,8% del total de personas en parejas convivientes, en el año 2010. Por el contrario, las uniones matrimoniales presentan una disminución de casi 21 puntos porcentuales entre el censo de 1991 y el censo del año 2010. Es cierto que aún continúan siendo el tipo de unión mayoritaria (61,2% del total de personas en parejas convivientes), pero la encuesta evidencia que la institución del matrimonio no tiene en la actualidad la misma adhesión que años atrás. En consecuencia, el modelo basado en la unión convivencial acompaña el cambio que se produce día a día en nuestra sociedad, careciendo de reglas que regulen la vida cotidiana de un grupo de individuos que conviven, sienten y se desplazan como cualquier tipo de familia “de las de antes”.

III. Contexto normativo y jurisprudencial [arriba] -

Si bien el Código Civil omite regular las uniones convivenciales, dentro del cuerpo normativo se hace referencia a este tipo de unión, a través de regulaciones sancionatorias, del reconocimiento de efectos o de leyes especiales que reconocen derechos.

Como regulación sancionatoria se encuentra el art. 210 del Cód. Civil que establece la caducidad o cese del derecho alimentario si el cónyuge que lo percibe tiene una relación convivencial. Igual sanción, cabe en el caso de divorcio vincular (art. 218 Cód. Civ.). Asimismo, la ley establece la pérdida de la vocación hereditaria del cónyuge separado personalmente que conservó la vocación hereditaria si se configura una relación de hecho (art. 3574 Cód. Civ.), como así también la del cónyuge inocente de la separación de hecho o separación provisional, decretada por juez competente, que conviviere en pareja (art. 3575 Cód. Civ.) Por último, la prohibición de adoptar que surge de la Ley N° 24.779 en la cual se dispone que solamente los esposos pueden adoptar.[15]

Por otra parte, dentro de los efectos que se le reconocen a las uniones convivenciales podemos observar los derechos hereditarios de cónyuge supérstite en el caso del matrimonio in extremis (art. 3573 Cód. Civ.), pues, mantiene los derechos hereditarios del cónyuge supérstite cuando el matrimonio se hubiera realizado para regularizar una situación de hecho, aun cuando el enfermo falleciere dentro de los 30 días de contraído el matrimonio. También, el reconocimiento de una unión convivencial en el caso de nulidad del matrimonio

contraído con mala fe de ambos cónyuges (arts. 223 inc. 1 Cód. Civ.). Asimismo, la presunción de paternidad que nace de la unión convivencial (art. 257 Cód. Civ.).

Dentro de las leyes especiales que contemplan los efectos jurídicos a las uniones de pareja se encuentran: a) La Ley N° 23.091, en su art. 9 otorga el derecho a la continuación de la locación por fallecimiento del locatario a quien acredite haber convivido y recibido del mismo ostensible trato familiar; b) La Ley N° 24.241 en su art. 53 concede el "beneficio de pensión" al conviviente por fallecimiento del jubilado. Y Resolución N° 671/2008 de la Administración Nacional de la Seguridad Social que incluye a las uniones convivenciales homosexuales; c) La Ley N° 20.744 de Contrato de Trabajo en su art. 248 establece que cuando el trabajador fallecido fuere soltero o viudo, queda equiparada a la viuda la mujer que hubiere convivido públicamente con el mismo, en aparente matrimonio, durante un mínimo de dos años anteriores al fallecimiento; d) La Ley N° 24.193 en su art. 15 autoriza la ablación de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplante, al conviviente, como así también le permite expedirse sobre la última voluntad del causante respecto de la donación de órganos (conf. Art. 26.066); e) La Ley de Violencia Familiar N° 24.417 establece el alcance de la protección a las uniones convivenciales al igual que la Ley de Protección Integral a las Mujeres, N° 26.485, en su art. 6 en el que incluye dentro de la definición de violencia doméstica al grupo familiar originado a partir de una unión convivencial; f) La Ley N° 24.374 en su art. 2 faculta al conviviente a regularizar la situación dominial en los casos de ocupación de vivienda única y permanente que no tuvieran título.

Ahora bien, a partir de los tratados internacionales mencionados anteriormente, se advierte que regular de manera distinta el reconocimiento de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Nacional entre los cónyuges y los convivientes, puede recaer en un tratamiento discriminatorio.

Cabe aclarar que reconocer determinados efectos a las uniones convivenciales no significa equipararlas al matrimonio, por cuanto se tratan de dos fuentes distintas de derechos y deberes. En palabras de Cecilia Grosman, esto quiere decir que el legislador puede deducir consecuencias jurídicas diferentes al reconocer y dar entidad jurídica a tales uniones. No obstante, como ambos tipos de vínculo son similares en su esencia vital, los efectos serán, en muchos supuestos, necesariamente similares.[16]

Sin perjuicio de lo antes dicho, se puede plantear la contrariedad del principio de autonomía personal -en cuanto a la decisión de no contraer matrimonio- con los principios constitucionales y que hacen al reconocimiento de distintas formas familiares, la solidaridad, y la igualdad, pero se cree que garantizar el piso mínimo de derechos fundamentales encuentra el límite justo con el ejercicio de la autonomía de la voluntad, consagrado en el art. 19 de la C.N., sin caer en una injerencia arbitraria a la vida personal.

En materia jurisprudencial, se observan líneas argumentativas harto variadas. En aquellos casos en que los convivientes tienen hijos menores de edad, la jurisprudencia se ha expedido a favor de las uniones convivenciales. Así, el fallo de la Sala H del 28/05/10, que hace lugar a la solicitud de inscripción de un bien de familia a favor de la hija de una pareja que convivía desde hacía 15 años. Determinó: "Si existen hijos extramatrimoniales, los progenitores condóminos pueden afectar el inmueble como bien de familia en beneficio de

sus hijos, sin que la presencia de una relación de convivencia de hecho (concubinato) sea óbice. Así como éste por sí mismo es insuficiente para permitir la institución de bien de familia, también carece por sí mismo de la virtualidad jurídica de impedir su creación cuando existen otros vínculos que la justifican como, por ejemplo, los de filiación.” [17]

En idénticos lineamientos se dijo: “Corresponde hacer lugar al pedido de afectación de un inmueble como bien de familia formulado por condóminos que mantienen una relación concubinaria y pretenden designar como beneficiario a su hijo menor, pues el art. 43 de la Ley N° 14.394 (Adla, XIV-A, 237), en cuanto exige que exista entre los constituyentes condóminos el parentesco requerido por el art. 36 de la citada norma, debe interpretarse desde esta perspectiva: los condóminos deben demostrar el vínculo familiar existente entre ambos, si ellos mismos fueran los beneficiarios de la afectación” “De no permitirse la afectación del bien de familia que designa como beneficiario a un hijo extramatrimonial por las circunstancias de que sus padres, condóminos, son concubinos, implicaría vulnerar el principio de igualdad ante la ley y se configuraría un supuesto de discriminación” [18]

En un fallo más reciente la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán dispuso: “Corresponde ordenar al Registro Inmobiliario de la Provincia de Tucumán, proceder a la inscripción definitiva como bien de familia del inmueble propiedad de los amparitas, a favor de los hijos menores de edad de ambos, pues, de conformidad con el art. 36 de la ley 14.394, si existe descendencia extramatrimonial, los progenitores condóminos pueden constituir un inmueble como bien de familia en beneficio de sus hijos, sin que la presencia de una relación de convivencia de hecho –concubinato– sea óbice para ello, en tanto basta con invocar su relación familiar y vínculo respecto de los beneficiarios [19]. La Sala F de la Cámara Nacional en lo Civil en un acertado fallo sostuvo que el hogar conyugal, cuando hay hijos menores, ostenta una importancia superior y por ello los dos últimos párrafos del art. 1277 del Código Civil establecen limitaciones a la libertad de disponer, indudablemente en protección del interés familiar, específicamente la vivienda de la familia; y es muy relevante la extensión de la protección aún después de disuelta la sociedad conyugal. Asimismo, se dijo que en todas las medidas en que estén involucrados menores, los tribunales deben considerar primordialmente la atención del interés superior del niño y corresponde asegurar a este la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres. No habiendo el padre acreditado un interés adecuadamente atendible frente al de sus hijos, debe prevalecer el de éstos con total prescindencia de la pretensión del progenitor[20].

La Cámara de Apelaciones en lo Civil de Junín sostuvo que el derecho acordado no importa una excepción a la partición del bien dentro de la liquidación de la sociedad conyugal (art. 1291 y ccs del Código Civil), sino una limitación temporal en el ejercicio pleno del derecho de propiedad, fundada en razones que la ley considera tan atendibles como la que sustentan el derecho de propiedad. Consecuentemente estableció, que cuando se concreta la disolución de la sociedad conyugal, el inmueble propio o ganancial que ha sido sede del hogar conyugal y en el que habitan hijos menores o incapaces, no puede ser vendido mediando oposición de uno de los cónyuges”

En los mismos términos un fallo de la Sala II de la Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca concluyó que el art. 1277 del Código Civil tiende a proteger la vivienda del núcleo familiar y aún cuando sea aplicable después de disuelta la sociedad conyugal, contempla únicamente la

situación de aquél cónyuge que habiendo quedado con hijos menores o incapaces en la casa común, no tiene bienes suficientes para alquilar o comprar otra sin poner en peligro el Standard de vida de la familia. Asimismo, destacó que los magistrados no pueden dejar de analizar si el bien es prescindible y si el interés de la familia no se halla comprometido (en cuanto a las reglas de indisponibilidad de aquellos bienes inmuebles en que está radicado el hogar conyugal, cuando hay hijos menores o incapaces)[21].

Por último, la sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil fundó su postura en la finalidad de la 2ª parte del art. 1277 del Código Civil “es asegurar el hogar a los hijos menores o incapaces. En consecuencia, la autorización judicial sólo procede si se les brinda otro hogar de comodidad suficiente según el nivel económico del matrimonio”[22].

Para cerrar esta idea, en un fallo reciente de la Sala M, con fecha 16 de mayo de 2014 se dijo: “...en orden a la protección constitucional del derecho a la vivienda familiar digna (art. 14 de la Constitución Nacional), esa tutela no puede reducirse al matrimonio sino que debe extenderse a otro tipo de uniones que merecen igual protección, por parte del Estado (...) Pues como se señaló en la realidad, la convivencia en relación de pareja es una situación visible y clara que emerge en la actualidad como manifestación en la sociedad argentina.” [23]

En materia de adopción, la jurisprudencia se ha expedido a favor de la adopción conjunta por parte de convivientes.

En esa tesitura, en un fallo reciente, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires revoca la resolución de segunda instancia y declara inaplicables los arts. 312 y 337 inc. d) del Código Civil por inconstitucionales. En dicho antecedente, en segunda instancia se revocó parcialmente la sentencia que había hecho lugar a la adopción plena de un niño, entablada en forma conjunta por quienes detentaban la guarda de aquel, con fundamento que los guardadores no estaban unidos en matrimonio, admitiéndola solamente en forma individual a favor de uno de los convivientes. Como remedio procesal contra dicho pronunciamiento, la peticionante interpuso recurso de inaplicabilidad de ley, el que fue ratificado por el causante al haber alcanzado la mayoría de edad.[24]

De esta misma manera se expidió el Tribunal Colegiado del Fuero de Familia N° 2 de Mar del Plata, al decir: “Son inconstitucionales los arts. 312 y 337 inc. d) del Cód. Civil, en cuanto deniegan legitimación adoptiva a las parejas unidas en aparente matrimonio, pues tal prohibición debe ceder ante el derecho legal del menor a tener una familia, máxime teniendo en especial consideración los arts. 3 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño, que disponen que los Estados deban cuidar, en el régimen de adopción, que el interés superior del niño sea el primordial”[25]

Asimismo, el Juzgado de Familia N° 1 de Esquel se pronunció indicando que: “El art. 312 del Código Civil en cuanto niega legitimación para promover la adopción a aquellos que no han contraído matrimonio, y fulmina de nulidad la sentencia obtenida por convivientes, no satisface un fin constitucionalmente legítimo, en cuanto identifica erróneamente a la familia con la derivada del vínculo matrimonial (...) Negar la adopción simultánea solicitada por dos

personas que conviven en aparente matrimonio, en función de que no se encuentran casadas, constituye una injerencia indebida del Estado en el proyecto vital de los ciudadanos, e implica incurrir en responsabilidad internacional por incumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño.”[26]

En relación a la indemnización por daño moral y patrimonial, la situación ha variado a lo largo de los años. De este modo, los convivientes tienen reconocida la legitimación para reclamar el daño patrimonial derivado de la muerte de uno de ellos a partir del plenario de la Cámara Nacional Civil del año 1995 que estableció que “Se encuentran legitimados los concubenarios para reclamar la indemnización del daño patrimonial ocasionado por la muerte de uno de ellos como consecuencia de un hecho ilícito, en tanto no medie impedimento de ligamen.”[27]

En tal sentido, en un fallo de la sala J de la Cámara Nacional en lo Civil del 5 de diciembre de 2013, se estableció: “A fin de reconocer el derecho de la concubina a ser indemnizada por el daño material derivado de la muerte de su pareja, no basta acreditar la sola convivencia estable, sino que además deberá probarse la existencia cierta del perjuicio y que éste no proviene del concubinato mismo, sino de las necesidades que regularmente y con certeza venía satisfaciendo el occiso hasta el momento del hecho ilícito.”[28]

IV. El Código Civil y Comercial de la Nación [arriba] -

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación[29] incorpora a nuestro derecho positivo, el régimen de las uniones convivenciales, en el Título III del Libro Segundo referido a las relaciones de familia. .

De esta manera, no sólo pone punto final a la discusión acerca de la denominación que debe llevar este modelo familiar, cuando en el Título III, las nombra como “Uniones convivenciales”, sino que deja en claro que la singularidad es un carácter definitorio de las convivencias de parejas. Ello implica que la unión debe ser monogámica, es decir, se incluye únicamente las uniones afectivas de pareja constituida por dos personas.

En este sentido el art. 509 da la siguiente definición: “Las disposiciones de ese Título se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo”.

Del análisis de esta norma surge la cohabitación como un elemento esencial, al referirse al acto “convivir”. Por otra parte, cuando el artículo se refiere a “relaciones afectivas” quedan excluidas todas aquellas relaciones en que las personas no tienen un “proyecto de vida en común.”

Otro carácter distintivo que impone la definición de este modelo familiar, está dado por la publicidad que necesariamente debe poseer la relación. Es decir, que esta no sea oculta.

Asimismo, el concepto incluye la referencia a dos elementos: “estabilidad y permanencia”, y establece un plazo mínimo de dos años de convivencia en la inteligencia que dicha unión se vea configurada (art. 510). Esta regulación se asemeja a varias legislaciones extranjeras que así lo marcan y a la postura mayoritaria de la jurisprudencia y doctrina nacional. Como consecuencia de ello, se requiere que la unión dure en el tiempo, con continuidad y prolongación para no dejar lugar a dudas acerca de su constitución.

Por otra parte, el Código Civil y Comercial sigue el espíritu de la Ley N° 26.618, de Matrimonio Civil, permitiendo la unión convivencial entre personas del mismo sexo.

El art. 510, también dispone ciertos requisitos para reconocer efectos jurídicos a las uniones convivenciales: a) los dos integrantes sean mayores de edad; b) no estén unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo grado; c) no estén unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta; d) no tengan impedimento de ligamen, ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea; y e) mantengan la convivencia durante un período no inferior a dos años.

De la normativa transcrita se desprende nuevamente que la singularidad es un elemento esencial y además exige a los integrantes de la unión que carezcan de impedimento de ligamen.

En dicho sentido, quedan excluidas de la protección legal aquellas familias en las que sus integrantes no hayan obtenido su divorcio, por cuanto registralmente no puede coexistir un matrimonio y una unión convivencial.

En lo referente al registro y la prueba de las uniones convivenciales, el art. 511 regula su inscripción al disponer: “...la existencia de la unión convivencial, su extinción y los pactos que los integrantes de la pareja hayan celebrado, se inscriben en el registro que corresponda a la jurisdicción local, sólo a los fines probatorios. No procede una nueva inscripción de una unión convivencial sin la previa cancelación de la preexistente. La registración de la existencia de la unión convivencial debe ser solicitada por ambos integrantes.”

A continuación, en el art. 512, se establece que la unión convivencial puede acreditarse por cualquier medio de prueba, y que la sola inscripción en el registro correspondiente es prueba suficiente para su existencia.

Asimismo, se incorpora la regulación de los pactos de convivencia. En tal sentido, dispone el art. 514 que estos pactos pueden regular, entre otras cuestiones: a) Contribución a las cargas del hogar durante la unión; b) La atribución del hogar conyugal ante el caso de ruptura; c) División de los bienes obtenidos por el esfuerzo común.

Ese pacto debe ser hecho por escrito y no pueden ser contrarios al orden público, al principio de igualdad de los convivientes, ni afectar los derechos fundamentales de cualquiera de la unión convivencial (art. 515). Pueden ser modificados y rescindidos por acuerdo de ambos convivientes.

Por otro lado, se advierte que los convivientes se deben asistencia durante la convivencia y deberán contribuir a los gastos domésticos, entendidos como su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos y al de los hijos de uno de los convivientes frente a la capacidad restringida o discapacidad, siempre y cuando vivan con los integrantes de la unión convivencial (conf. arts. 519, 520 y 455).

El Código Civil y Comercial, deroga el régimen establecido por la Ley N° 14.394, y lo reemplaza en el capítulo 3, denominado “Vivienda” (arts. 244 a 256), importando un avance significativo en el derecho argentino.

El capítulo en estudio (arts. 244 a 256) establece que puede afectarse al régimen, un inmueble destinado a vivienda, por su totalidad o hasta una parte de su valor y aclara que esta protección no excluye la concedida por otras disposiciones legales (art. 244). Permite que la vivienda sea afectada por todos los condóminos, aunque no sean parientes ni cónyuges.

A los fines de la inscripción en el Registro de la Propiedad, no es necesario acreditar la existencia de parentesco, para que surjan efectos, es suficiente que uno de los beneficiarios permanezca en el inmueble (art. 247).

La afectación al régimen puede no solo ser solicitada por el titular registral sino también por el juez a -petición de parte- en los casos de atribución de la vivienda familiar, si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida. Ello también opera para la inscripción de aquellas afectaciones dispuestas por actos de última voluntad (art. 245).

El conviviente puede ser “beneficiario” (art. 246, inc. a) y si la unión convivencial está inscripta, el inmueble afectado no puede ser transmitido o gravado sin la conformidad de la pareja conviviente (art. 250). Asimismo, para que la desafectación proceda debe mediar el asentimiento del conviviente (art. 255, inc. a). El inc. b del art. 255, le brinda la posibilidad al conviviente a oponerse a la desafectación, cuando la constitución fue por acto de última voluntad, situación que el juez debe resolver según lo más conveniente para el interés de los integrantes de la unión.

El art. 522 denominado “protección de la vivienda familiar” dice: “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. Si no media esa autorización, 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. La

vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial, excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro.”

A su turno, el art. 526 prevé el supuesto de la atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de la convivencia: “El uso del inmueble que fue sede de la unión convivencial puede ser atribuido a uno de los convivientes en los siguientes supuestos: a) Si tiene a su cargo hijos menores o con /capacidad restringida. b) si se acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata. El juez debe fijar el plazo de la atribución. El plazo puede ser mayor al que hubiera durado la convivencia, con un máximo de dos años a contar desde que se produjo el cese de la convivencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 523. A petición de parte interesada, el juez puede establecer: una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del conviviente a quien no se atribuye la vivienda; que el inmueble no sea enajenado durante el plazo previsto sin el acuerdo expreso de ambos; que el inmueble en condominio de los convivientes no sea partido ni liquidado. La decisión produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral.”

Si se trata de un inmueble alquilado, la norma prevé que el conviviente no locatario tiene derecho a continuar en la locación hasta el vencimiento del contrato.

Como fue analizado, surge de la norma que para disponer del bien el titular registral deberá contar con el asentimiento del otro conviviente. La norma correctamente utiliza el concepto de asentimiento en lugar de consentimiento, circunstancia que ha generado confusión en la actualidad por cuanto son conceptos distintos. De ahí, que el asentimiento alude a un acto de control de aquél que no es propietario y no forma parte del acto (pues no codispone como el caso de los condóminos).

La norma prevé también, que debe otorgarse el asentimiento para el caso de disposición de los bienes muebles indispensables de ésta, como también para transportarlos fuera de ella.

Por otra parte, el asentimiento puede suplirse con la autorización judicial si el bien es prescindible y el interés familiar no resulta comprometido

Otro aporte de la doctrina y la jurisprudencia, se ve en el segundo párrafo del artículo analizado, en cuanto a la sanción por falta del asentimiento (cuando es necesario) que lo resuelve aplicando la nulidad relativa al acto. Cabe destacar que ese es el criterio mayoritario. Por el contrario, el sector minoritario sostiene que no se trataría de una nulidad, sino de un caso de inoponibilidad, lo que implica mantener la validez del acto y diferir el ejercicio de los derechos del no titular después de producida la disolución del vínculo.

Cabe señalar también que, en el último párrafo del art. 522, se establece la prohibición de ejecutar la vivienda familiar cuando las deudas hayan sido contraídas después de la

inscripción de la unión, salvo que hayan sido tomadas por ambos convivientes o por uno de ellos, con el asentimiento del otro.

De conformidad con el art. 526 el uso del inmueble podrá ser atribuido a uno de los convivientes al que tenga a cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad o al que acredite extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata.

A simple vista, parecería que cuando la norma alude a “hijos menores de edad” están incluidos los hijos de uno de los integrantes de la pareja, y no necesariamente de hijos en común.

Con respecto al uso de la vivienda, la norma establece un plazo que será fijado por el juez y que no puede ser mayor al tiempo que haya durado la convivencia, lo que claramente viola el principio de no discriminación, por cuanto en el matrimonio no se establecen límites temporales.

A su vez, en el tercer párrafo de la norma en análisis, se autoriza al juez a establecer una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del conviviente a quien no se atribuye la vivienda, que el inmueble no sea enajenado durante el plazo previsto sin el acuerdo expreso de ambos o que el inmueble en condominio de los convivientes no sea partido ni liquidado. Esta disposición también tiene que ver con los debates jurisprudenciales y doctrinales que hay al respecto de la fijación de un canon locativo y desde cuando aquél se debe.[30]

Se desprende del art. 527, el otorgamiento al conviviente supérstite de la posibilidad de invocar contra los herederos el derecho real de habitación, siempre y cuando se cumplan con los siguientes requisitos: que el conviviente carezca de vivienda propia habitable o de otros bienes para asegurar el acceso a ella; que el inmueble sobre el cual se pretende invocar el derecho real de habitación sea de propiedad exclusiva del conviviente fallecido; que dicho bien fue sede del hogar convivencial; y que al momento de la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Además, el derecho real de habitación será inoponible a los acreedores del causante.

Por último, se establece como causales de extinción: si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial o contrae matrimonio; o si éste adquiere una vivienda propia habitable o cuenta con bienes suficientes para acceder a esta.

En el art. 1741 se establece como legitimados para reclamar la indemnización del daño moral a la pareja conviviente. El artículo mencionado dice: “Indemnización de las consecuencias no patrimoniales. Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible.”

En materia de adopción, se reconoce en el art. 602 a las uniones convivenciales al mencionar la regla general para la adopción conjunta, en igualdad de condiciones que las personas casadas. En el artículo siguiente al regular la adopción unipersonal, también incluye a este nuevo modelo familiar. Por último, es interesante mencionar otras normas que hacen referencia a las uniones convivenciales; expresión del consentimiento informado del conviviente que no está en condiciones de expresarlo por sí (art. 59); destino de las exequias de su conviviente (art. 61); ciertas restricciones jurídicas, como ser designado tutor dativo al conviviente del juez (art. 108); designar al conviviente como curador (art.139); incompatibilidades en relación a los integrantes del órgano de fiscalización (art.173); respecto de los instrumentos públicos, imponer la invalidez de los actos autorizados por funcionario público en el cual su conviviente sea personalmente interesado (art. 291); la convivencia de la madre durante la época de la concepción hace presumir el vínculo filial a favor de su conviviente (art.585); progenitor afín: denominación al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente (art.672); deberes del progenitor afín: El cónyuge o conviviente de un progenitor debe cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro (art.673); En caso de muerte, ausencia o incapacidad del progenitor, el otro progenitor puede asumir dicho ejercicio conjuntamente con su cónyuge o conviviente (ar.675); Indemnización por fallecimiento (art.1745); entre otros.

V. Palabras finales [arriba] -

Las nuevas dinámicas de la vida en sociedad y las relaciones sentimentales que se producen dentro de ella, se ven reflejadas en el incremento de los divorcios, la disminución de los matrimonios, y en el aumento de las distintas formas de vivir en familia.

Por ello, es preciso acompañar jurídicamente los nuevos modelos multiculturales, que nacen y se desarrollan sin pasar por el Registro Civil, con la creación de una batería de normas que precisen derechos y obligaciones, en beneficio de aquellos y en pos de la protección de la unidad familiar.

Las uniones convivenciales, como uno de estos modelos omitidos por el derecho, tienen en la actualidad una relevancia social importante, y constituyen una alternativa al matrimonio.

Surge así la idea que debe legislarse acerca de los efectos jurídicos que tienen las uniones convivenciales, atendiendo al piso mínimo obligatorio, entendido como el derecho a formar una familia, el derecho al cuidado, el derecho a la vivienda, el derecho a la salud, el derecho a un nivel de vida adecuado, entre otros derechos fundamentales.

El Código Civil y Comercial contempla una idea progresista al incluir nuevos modelos familiares, al tratar el régimen de las “uniones convivenciales”, a través de normas específicas que regulan sus efectos jurídicos, de conformidad con el criterio imperante en la jurisprudencia y la doctrina actual.

Se concluye que garantizar el piso mínimo de derechos fundamentales para los convivientes, encuentra el límite justo con el ejercicio de la autonomía de la voluntad, consagrado en el art. 19 de la C.N., sin que ello implique una injerencia arbitraria a la vida personal.

* *Abogada (UBA). Docente en la materia Familia y Sucesiones en la Facultad de Derecho, UBA. Docente en la materia Civil V, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad del Salvador. Alumna de la carrera Especialización en Derecho de Familia, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Oficial del Juzgado Civil N° 25 con competencia exclusiva en cuestiones de familia.*

[1] Como las leyes previsionales, laborales, sistema de salud y leyes de locaciones urbanas.

[2] En este sentido la Corte Suprema dejó en claro que “la protección constitucional de la familia no se limita a la surgida del matrimonio legítimo, porque a la altura contemporánea del constitucionalismo social sería inicu desamparar a los núcleos familiares surgidos del matrimonio” 8/03/19990, JA 19990-II-379. Aunque también es válido recordar que en su momento , la Corte Suprema sostuvo que “la mera relación de hecho, concubinato, no aprobada por la ley, por sí sola no genera derechos y obligaciones recíprocas ni engendra consecuencias jurídicas salvo que la ley expresamente se las atribuya por razones que, en nuestro régimen legal, no podrían fundarse en el reconocimiento de la existencia de vínculo matrimonial base de la familia protegida por la constitución Nacional (art. 14 bis)” , Fallos: 304:319, del año 1982. Asimismo el fallo plenario de la Cámara Nacional Civil del año 1995 estableció que “ Se encuentran legitimados los concubenarios para reclamar la indemnización del daño patrimonial ocasionado por la muerte de uno de ellos como consecuencia de un hecho ilícito, en tanto no medie impedimento de ligamen” C.Nac. Civ, en pleno 04/4/1995 citado por BISCARO, Beatriz en “Cuestiones patrimoniales entre parejas convivientes” “Un desafío para la jurisprudencia”.

[3] Los que forman parte del bloque de constitucionalidad.

[4] Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16, párr. 3°); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10, párr. 1°); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23, párr. 1°); Convención sobre los Derechos del Niño (preámbulo) y Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 17, párr. 1°). Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16, párr. 3°); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. VI); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10, párr. 1°); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23, párr. 1°); Convención sobre los Derechos del Niño (preámbulo) y Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 17, párr. 1°). Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16, párr. 3°); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. VI); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23, párr. 2°) y Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 17, párr. 2°).

[5] El derecho de todo hombre y toda mujer a contraer matrimonio es reconocido por la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16, párr. 1°); Pacto Internacional de

Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10, párr. 1º); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23, párr. 2º); Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 17, párr. 2º) y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer (art.16, párr. 16, incs. a), b) y c).

[6] Gil Domínguez, Andrés, Famá, María Victoria y Herrera, Marisa, Derecho Constitucional de Familia, T. I, Buenos Aires, 2006, p.73 y ss. Estos especialistas, destacan que previo a realizar cualquier consideración, resulta forzoso definir cuál es el concepto constitucional de familia en el marco de nuestra regla de reconocimiento circunscrita por el paradigma del estado social y democrático de derecho.

[7] BIDART CAMPOS, Germán. “El derecho constitucional humanitario”. Ed. Ediar.1996, pág.103

[8] BIDART CAMPOS, Germán; “La base constitucional del derecho indemnizatorio de la concubina por la muerte del compañero en un accidente de tránsito”, nota al fallo de la CNCiv., sala F, 3712/1991, ED 147-258.

[9] Conclusiones del X Congreso Internacional de Derecho de Familia. Mendoza-1998. Cita de Mizrahi, Mauricio Luis, “Globalización, familia y derechos humanos”, La ley 2005-A-1005

[10] Conclusiones del VII Congreso Internacional de Derecho familiar “Las Familias y los desafíos sociales” Mar del Plata- 22 al 26 de octubre de 2012. COMISION D2 (LA FAMILIA Y LAS FAMILIAS EN EL SGLO XXI). <http://www.xviicongresofamilia.org.ar/conclusiones.php>.

[11] GROSMAN, Cecilia P “¿Deben regularse las convivencias de parejas?...cit. p 246. De la misma autora, “ Alimentos entre convivientes” RDF 2002-23-45 Lexis N° 0029/000121

[12] “Se ignora una realidad que debe golpear a políticos, legisladores, doctrinarios y lógicamente, a jueces. Es una realidad que es prácticamente ignorado en el derecho privado, en especial el derecho de familia. La falta de ámbito normativo que proteja a sus integrantes produce una discriminación.” (Cám. De Apelaciones en lo Civ.Com. y Minería Gral Roca,5/3/2003.LL Patagonia 2003-102

[13] “Separados con hijos que vuelven a formar hogares con tuyos, míos y nuestros” Clarín 15 de marzo de 2010, Sobre familias ensambladas, ver GROSMAN, Cecilia P. MARTINEZ ALCORTA Irene, Familias ensambladas, Universidad, Buenos Aires, 2000 y RDF N° 25, Perrot, Buenos Aires, 2003.

[14] Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC).

[15] A pesar de aquella prohibición la jurisprudencia se ha expedido a favor de la adopción conjunta por convivientes. Así, se expidió el Juzgado de Familia de San Carlos de Bariloche, 05/11/2008, “G. P. E. A. s/ adopción plena”, y el Tribunal Colegiado de Familia de Rosario N° 5, 15/11/2006, “O., A. y A., J. C. s/ adopción”, entre muchos otros.

[16] Grosman, Cecilia P. ¿Deben regularse las convivencias de parejas? P. 246. De la misma autora Alimentos entre convivientes. RDF 2002-23-45 Lexis N° 0029/000121.

[17] CNCiv, Sala H, 28/05/ 2010 M. V. M. c/ Registro de la Propiedad Inmueble s/ recurso”

[18] LA LEY 29/07/2010 , 7 • LA LEY 2010-D , 561 • DFyP 2010 (octubre) , 113 • LA LEY 02/12/2010 , Cita online: AR/JUR/31563/2010 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala I • Q., A. R. A. y otra • 13/10/1997 • LLLitoral 1998-1 , 552 •

AR/JUR/246/1997 Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, del Trabajo y de Familia de Villa Dolores • Juez de Quinteros, René E., quiebra • 08/10/1998 • LA LEY 1999-D , 741 • LLC 1999 , 282 • DJ 1999-2 , 4 con nota de Augusto M. Morello • AR/JUR/2511/1998

[19] Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán • V.S.E. y otro c. Provincia de Tucumán • 12/04/2010 • DJ 29/09/2010 , 2653 con nota de Eduardo Molina Quiroga • LLNOA 2010 (octubre) , con nota de Ricardo Alberto Grisetti; Alejandra Grisetti • DFyP 2010 (noviembre) , 129 con nota de Ricardo Alberto Grisetti y Alejandra Grisetti •

AR/JUR/13975/2010

[20] CNCiv, Sala F, abril 7-004. el Dial AE1E0. DJ, 2004/11/17, 890.

[21] C1ª CC Bahía Blanca, Sala II, octubre 21-983) ED, 107-662.

[22] CNCivil, Sala C, mayo 27-986, ED, 120- 440.

[23] SALA M - 5182/2014 - “C., J. c/ Registro de la Propiedad Inmueble s/ Recurso directo a

Cámara.

[24] Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 21/03/2012, “N., M. D. y otra s/adopción plena” LLBA 2012 (junio), 534. AR/JUR/8590/2012

[25] Tribunal Colegiado del Fuero de Familia Nro. 2 de La Plata, 13/04/2010, “G., C. B.”. DFyP 2011 (enero), 106 con nota de Bigliardi, Karina A; García, Nadia G.; DFyP 2011 (mayo), 62 con nota de Lloveras, Nora; Monjo, Sebastián. AR/JUR/77570/2010

[26] Juzgado de Primera Instancia de Familia Nro. 1 de Esquel, 09/02/2010, “G., P. A. y Otro”. La Ley Online. AR/JUR/203/2010

[27] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en pleno, 04/4/1995, “F., M. C. c/El Puente S.A.T. y otros”, El Derecho, tomo 162, página 650. Ver al respecto, Bísvaro, Beatriz R. en “Cuestiones patrimoniales entre parejas convivientes - Un desafío para la jurisprudencia” Revista Jurídica UCES 13, 91-110

[28] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, 05/12/2013, “S. P. B. c. V. A. A. y otros s/ daños y perjuicios”. La Ley Online. AR/JUR/84154/2013

[29] Aprobado por la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, e impreso con fecha 20 de noviembre de 2013.

Sancionado por Ley 26.994.

[30] Así, entre otros fallos, con fecha 27/12/2002 en los autos: “M. V., L. I c/ R. R. A” se dijo: “Cuando uno de los ex cónyuges hace uso exclusivo de un bien ganancial, debe pagar el 50% de su valor locativo ante la oposición al uso exclusivo por parte del otro y desde que la copropietaria realizó su oposición a que el condómino usara del bien gratuitamente.” Ver fallo con nota de Di Lella, P. en RDF, 2003-I-105; Iñigo, D. B. nota en Código Civil Comentado, Derecho de familia patrimonial, p. 260, dirigido por Méndez Costa, M. J. (2004) Santa Fe.

Título: Uniones Convivenciales

Autor: Méndez, Romina A.

Publicación: Revista Interdisciplinaria de Familia

Fecha: 20-02-2015 Cita: IJ-LXXVI-670