

Las uniones convivenciales

Por

Myriam M. Cataldi¹

Sumario: 1. Introducción 2. Uniones convivenciales, una realidad social 3. Uniones convivenciales en el sistema comparado. Sistemas vigentes. 4. Panorama general en Argentina sobre los derechos que se encuentran expresamente previstos en la legislación civil y leyes complementarias 5. Efectos jurídicos expresamente previstos en la legislación civil y algunas leyes especiales. 6. La reparación de los daños y perjuicios por el fallecimiento de unos de los miembros de la pareja conviviente. 7. Las uniones convivenciales en el proyecto de reforma del Código Civil. 7. A concepto y caracterización. 7. B Tipos. Registración. 7. C. Pactos de convivencia. Autonomía de la voluntad y orden público. 7. D efectos de las uniones convivenciales durante la convivencia. 7. E Protección de la vivienda familiar. 7. E.1 Aplicación analógica del art. 1277 del Código Civil. Criterio seguido por la jurisprudencia. 7. E.2 Protección de la vivienda familiar en el proyecto de reforma. 7. F Cese de las uniones convivenciales. Causas. 7. G Efectos del cese de la union convivencial 8. Breves palabras de cierre

1. INTRODUCCIÓN

Los cambios sociales acaecidos desde fines del siglo XX nos muestran una sociedad multicultural y compleja. El desarrollo de la tecnología y las nuevas formas de comunicación, han permitido relaciones y vinculaciones diferentes entre las personas, abriendo las puertas a la aldea global; marcando nuevos horizontes y cambios de paradigmas.

El desarrollo de los derechos humanos, con su nota característica de universalidad, comenzó a desempeñar un rol de trascendental importancia en los sistemas democráticos. En palabras de Ferrajoli: "Es cierto que los derechos fundamentales -políticos, civiles, de libertad y sociales- han sido solemnemente consagrados en las constituciones de todos los países civiles como dimensiones sustanciales

¹ Abogada UBA. Especialista en Derecho de Familia UBA. Lic. en Ciencias Políticas. Secretaria de Primera Instancia Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 88 con competencia exclusiva en asuntos de familia. Docente en la Cátedra de Derecho de Familia y Sucesiones UBA y de Derecho de Familia Universidad de Palermo. Coordinadora de la carrera de Especialización de Derecho de Familia y de los Programas intensivos de Actualización en Derecho de familia, Niñez y Adolescencia. Facultad de Derecho. UBA.

de la democracia, llamada por ello mismo “constitucional”, y que han sido proclamados en las Declaraciones, Pactos y Convenciones Internacionales, hasta haberse vuelto la principal fuente de legitimación y, en caso de ser violados, de deslegitimación de cualquier orden jurídico y político, tanto estatal como internacional”².

Es por ello, que ya no es suficiente cumplir con un procedimiento formal de elaboración de normas como resultado de la voluntad de las mayorías, también se deben respetar las sustancias de las democracias encarnadas por los derechos fundamentales.³

Siendo así, podemos sostener sin hesitación que la problemática de los derechos humanos, no pasa en la actualidad por la de su reconocimiento, sino por la de concreta eficacia.

Ahora bien, interesante es destacar que la proyección de estos derechos en una sociedad con plurales modos de pensar y de vivir, y que en un plano de igualdad reclaman por sus legítimos intereses; ha generado conflictos de aristas complejas. Ello ha motivado un profundo replanteo de los criterios de justicia, producto del cual surge como imperativo el respeto del principio que manda desarrollar las libertades y derechos individuales hasta el nivel más alto compatible con su igual distribución entre todos los sujetos que conviven en una sociedad dada, así como introducir desigualdades excepcionales con la finalidad de maximizar la porción que corresponde al grupo de los menos favorecidos.⁴

Este panorama plantea el desafío para que, desde el espacio institucional se den respuestas que denoten un efecto distributivo de las normas jurídicas y de los bienes, identificando los consensos mayoritarios y limitándolos cuando éstos transgreden derechos fundamentales.⁵

Siendo así, resulta necesario consensuar mínimos jurídicos, que reflejando la esencia del proceso asociativo comunitario de la sociedad actual, brinde la mayor satisfacción a los ciudadanos en pos del logro de “la primera virtud de las instituciones sociales”: la justicia.⁶

² Ferrajoli, Luigi L.L.-2005-E-Sec. Doctrina, pág.1199.

³ Gil Domínguez, Andrés- Fama, María Victoria- Herrera, Marisa, “Derecho Constitucional de la Familia, Tº I, Ediar, 2006, pág. 2.

⁴ Conf. Lorenzetti, Ricardo Luis su voto en CS Expte. I. 349.XXXIX - “Itzcovich, Mabel c/ANSES s/ reajustes varios” del 29-03-2005. en cita a Rawls, John “ A theory of justice”, 1971, Harvard Collage.

⁵ Lorenzetti, Ricardo Luis, “Teoría de la decisión judicial”, 2008, Rubinzal – Culzoni, pág. 276.

⁶ Rawls, John “Teoría de la justicia”, Fondo de Cultura económico, pág. 17.

Tal como lo adelantáramos, los derechos humanos han desempeñado un papel de vital importancia en la concepción de los estados constitucionales. Su respeto, instituye un límite al deseo absoluto de las mayorías coyunturales que encarnan los gobiernos, encontrándose en ellos, el contenido sustancial de los valores democráticos”.⁷ Su presencia, ha generado una estrecha interacción entre el derecho interno y el internacional, poniendo en contacto permanente distintas fuentes normativas. En este último sentido, se ha sostenido: “Así como el derecho en general, evoluciona de lo nacional a lo universal, los derechos humanos se han internacionalizado, es decir, han pasado de ser una cuestión de derecho interno, perteneciente a la jurisdicción doméstica de los estados, a ser una cuestión internacional en la que coexisten diversas fuentes: por un lado, la Constitución y la ley, por otro, los tratados, las declaraciones y la jurisprudencia internacionales”.⁸

En nuestro caso particular, los derechos fundamentales vinieron de la mano de una fuente externa, como son las Declaraciones y Tratados, a los que nuestra Carta Magna ha invitado a compartir su supremacía de conformidad a su artículo 75 inciso 22. Nos encontramos entonces que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención sobre los Derechos, que en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional y no derogan artículo alguno de la primera parte de nuestra Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

Concebidos originariamente, en lo que se ha dado en llamar el ámbito del derecho público, con el tiempo marcaron un cambio significativo en la interpretación y aplicación de las normas del derecho privado. Este fenómeno ha producido una crisis entre las clásicas esferas del derecho público y privado, las que como consecuencia, han sufrido una interrelación impensada en otros tiempos; generando en muchos casos una compleja red de vinculaciones en torno al contenido de los derechos, y a la aplicabilidad de algunas normas del sistema jurídico.

⁷ Gil Domínguez, Andrés- Fama, María Victoria- Herrera, Marisa, “Derecho Constitucional de la Familia, Tº I, Ediar pág. 2.

⁸ Najurieta, María Susana, “Orden Público Internacional y Derechos Fundamentales del Niño”, L.L. 1997- B -Sec. Doctrina, Pág. 1439.

Como corolario, nos encontramos ante situaciones que en su aplicación, requieren de complejos procesos de ponderación o armonización, que colocan a los jueces ante decisiones axiológicas complejas.

Nos posicionamos entonces ante la temática cuyo análisis nos hemos propuesto, y de esta manera nos disponemos a abordar algunas de las cuestiones que han movilizadado un proceso de cambio en el ámbito del derecho de familia.

Sin lugar a dudas, la evolución social acaecida en estas últimas décadas, ha provocado una serie de fenómenos que muestran como nota característica, la diversidad en el establecimiento y la composición de los vínculos interfamiliares. Encontramos así, la familia monoparental, la nuclear matrimonial y extramatrimonial, la ensamblada, la integrada, la ampliada, las convivencias estables, la convivencia de ayuda mutua, todas las cuales dan cuenta de legítimas opciones de vida que realizan las personas en la trama social.

Surge claro el efecto expansivo que los derechos humanos han tenido desde el plano constitucional, incidiendo de esta forma en las instituciones y relaciones jurídicas familiares, las que tradicionalmente estaban reservadas al tratamiento en el ámbito del derecho privado.

Desde el marco constitucional y destinados a regular las relaciones familiares, cobran vida el principio de respeto a la dignidad, a la intimidad familiar, a la no discriminación, a la autonomía de la voluntad, a la protección del interés superior del niño. Como corolario de este proceso "de constitucionalización del derecho de familia", se ha conceptualizado el derecho a la vida familiar, como derecho humano.

Sin embargo, el contexto normativo de nuestras normas reglamentarias en muchos casos, no se corresponde con los principios y pautas que estamos refiriendo; muy por el contrario, se adecua a los estándares de moral y buenas costumbres del siglo pasado, que tan sólo en modo tangencial refieren a otras formas familiares.⁹

No obstante la notoria y novedosa comunicabilidad que se presenta entre las normas del derecho constitucional y las propias del derecho de familia, la armonización de los mandatos específicos derivados de los derechos fundamentales, queda librada al intérprete en sus decisiones judiciales, quien ajustándose a los principios que de ellos dimanar, buscará evitar el ejercicio de un obrar inconstitucional.

⁹ Lloveras, Nora, Clase presencial, "Derecho Constitucional de la Familia", Facultad de derecho, UBA, 9-03-2007.

Es por ello, que surge imperiosa la necesidad para nuestro derecho de familia, de avanzar bajo el influjo de los valores de la sociedad actual, contemplando en su espectro normativo todas las formas que posibilitem contener la diversidad familiar enunciada, permitiendo el pleno ejercicio de los derechos humanos en las relaciones entre sus integrantes y entre éstos y la sociedad.

Sostenía H.L.A. Hart, que “hemos llegado a una regla que, a semejanza del decreto y la ley intermedios proporciona criterios para la determinación y validez de otras reglas, pero que, a diferencia de lo que ocurre en el caso de ellos, no está subordinada a criterios de validez jurídica establecido por otras reglas”.¹⁰

Siguiendo sus ideas, podemos decir que nuestra Constitución en tanto “suministra los criterios para determinar la validez de otras reglas del sistema”¹¹ sirve de regla de reconocimiento para todo el sistema normativo. “La Constitución es la lex superior del ordenamiento jurídico al que otorga unidad y coherencia”.¹² Expresa valores, principios y normas que muestran el proceso de integración comunitaria, estableciendo mínimos inesquivables, para los operadores jurídicos. Su plexo axiológico debe ser instrumentado por los distintos poderes del estado, sea al dictar las normas reglamentarias el Parlamento, al diseñar políticas de gobierno el Ejecutivo, o en ocasión de aplicar las normas el Poder Judicial; y en especial, haciendo el juicio de compatibilidad constitucional. Este juicio significa para el juez: ser “juez de la Constitución” y luego “de las normas reglamentarias” y requiere de la comprobación de compatibilidad entre la reglamentación, la aplicación y el mínimo inesquivable que es la esencia del derecho.¹³ A este último poder, le ha sido confiado el control de constitucionalidad de los otros dos, - claro está, en aquello que no se excluya en razón de criterios de oportunidad y conveniencia ajenos a su tratamiento-; pues todas las funciones deben actuar contestes con el mandato constitucional.

Nuestra Constitución Nacional, al incorporar los tratados de derechos humanos que enumera en su artículo 75 inciso 22, conformando lo que se ha dado en llamar el bloque de constitucionalidad; ha plasmado entre sus normas “valores reformulados, revigorizados”¹⁴. Surge como postulado central del sistema,

¹⁰ Hart, H.L.A., “El concepto de derecho”, Abeledo –Perrot, 1968, pág. 133.

¹¹ Hart, H.L.A., ob. cit., pág. 132.

¹² Gil Domínguez, Andrés- Fama, María Victoria- Herrera, Marisa, ob.cit., pág. 17.

¹³ Lloveras, Nora, Clase presencial “Derecho Constitucional de la Familia”, Facultad de Derecho-UBA, 9-03-2007.

¹⁴ Salomón, Marcelo, Clase presencial “Derecho Constitucional de la Familia”, Facultad de Derecho, UBA, 9-03-2007.

el principio pro hominis, que la doctrina ha desglosado en otros, como son el principio pro activo, el de progresividad de los derechos, el de irreversibilidad, el favor débiles; que como pautas valorativas, deberán ser observados en el contenido, reglamentación y aplicación del derecho de familia.¹⁵ No obstante se afirma, que el concepto que define con mayor precisión el parámetro de validez de las reglas secundarias no es el de "bloque de constitucionalidad federal", sino el de "regla de reconocimiento constitucional".¹⁶

El Proyecto de Reforma de nuestro Código Civil y Comercial, incorpora, entre otras, una de las instituciones más polémicas del Derecho de Familia, las "Uniones Convivenciales".

A lo largo de la historia y en el derecho comparado esta forma de vivir en familia fue individualizada con distintas denominaciones: "concubinato", "matrimonio aparente", "unión de hecho", "unión estable de pareja", "unión de hecho marital", "unión civil", "unión estable". Con una visión superadora de la concepción tradicional de su época, Díaz de Guijarro se inclinó por denominar a esta unión como "matrimonio aparente", para diferenciarlo de la unión conyugal en relación con sus alcances y efectos.¹⁷

Si bien la doctrina que adhiere al Derecho constitucional de familia desplazó desde hace tiempo la palabra "concubinato" por su carga peyorativa que lo asocia con un comportamiento desviado, se trata del término que mayor inserción tuvo y tiene en el discurso jurídico. Pero este no ha sido el término más aceptado en el contexto social, básicamente por dos cuestiones: su mencionada carga peyorativa y su desuso en el lenguaje cotidiano (por lo general cuando uno se refiere a la persona que vive con uno sin estar unidos en matrimonio dice que es la pareja o compañero y no su concubino).¹⁸ Esta contradicción podrá superarse durante el proceso de adaptación al nuevo sistema que, en armonía con su espíritu, denomina a esta elección de estar en pareja con la expresión "uniones convivenciales".

Este fenómeno social, desde la sanción del Código originario, se lo mantuvo en el plano del silencio legislativo, fundando dicha postura en que se trataba de uniones que aun teniendo la posibilidad de optar por la institución del matrimonio, sus miembros elegían mantenerse al margen de la ley.

¹⁵ Salomón Marcelo, ídem cita anterior.

¹⁶ Gil Domínguez, Andrés- Fama, María Victoria- Herrera, Marisa, ob. cit., pág. 20.

¹⁷ Díaz de Guijarro, Enrique, "La convivencia como nueva expresión jurídica del concubinato, frente al concepto de matrimonio aparente", JA 1991-III-724.

¹⁸ Azpiri, Jorge O., "Uniones de hecho". Hammurabi, Buenos Aires, 2010, 2da. edic. p. 25 y ss.

En este orden de ideas, nos proponemos con este trabajo transitar y analizar la dinámica de este fenómeno social, su actual regulación en nuestro país, para finalizar en la reforma proyectada, tras un muy breve pantallazo en el derecho comparado.

2. Uniones convivenciales, una realidad social

Es innegable el crecimiento que se está produciendo no sólo en nuestro país, sino en el mundo, de personas que deciden convivir bajo el mismo techo sin estar casadas. Y cuando hablamos de estos individuos, no hacemos referencia a una clase social determinada, ya que este tipo de unión familiar se encuentra inserta en todos los estratos sociales, seguramente por diferentes motivos.¹⁹

También es real que este sistema familiar no matrimonial, responde a diferentes causas que si bien son complejas y diversas, cada una de ellas está dotada de un fundamento suficiente, que hace a la existencia de estas uniones convivenciales.

Así por ejemplo, podemos encontrar personas que buscan compartir un proyecto de vida de a dos, preservando por sobre todo su autonomía personal, pero rechazando someterse a las formalidades y requisitos del matrimonio, no al derecho en sí mismo.

En otros casos las parejas buscan este tipo de uniones, como una etapa experimental y previa al matrimonio, donde los mismos ponen a prueba su relación personal y patrimonial. Evitando de esta modo, someterse al régimen patrimonial del matrimonio, en caso de disolución del vínculo matrimonial y, a sus consecuentes efectos, disminuyendo las posibilidades de fracaso una vez casados.

En el caso de los sectores de la sociedad más carenciados y culturalmente menos preparados, las parejas toman este tipo de organización familiar, no como una elección, ya que ellos se encuentran de alguna manera marginados también de la ley, no comprendiendo el alcance de la institución del matrimonio. De esta manera, por tradición, ellos entienden que la manera de formar su familia es unirse y tener hijos.²⁰

¹⁹ Evidencia este fenómeno, los resultados arrojados por el último Censo de Población, Hogar y Vivienda, realizado en Argentina en el año 2010, según el INDEC: De un total de 30.211.620 personas mayores de 14 años, 10.222.556 se encuentran casadas y 6.440.691 conviven en pareja, siendo solteros, separados legalmente o viudos. De un total de 16.301.602 personas de 14 a 39 años, edades que la gran mayoría de la población decide casarse, 2.920.980 se encuentran casados y 4.250.360 conviven en pareja, sin tener en cuenta en esta comparación las personas separadas legalmente, viudos o ignorados que viven en pareja.

²⁰ Molina de Juan, Mariel (2012). "Las uniones convivenciales en el proyecto de código civil y comercial". *Cuestión de derechos*, 3, 48-63. <http://www.cuestiondederechos.org.ar/pdf/numero3/Numero%203%20-%20Articulo%205.pdf>

Otras parejas elijen las uniones convivenciales, como una nueva opción de construir su familia, después del fracaso de un anterior matrimonio o de haber enviudado.

Como podemos observar, las realidades vivenciales son diferentes y es imposible establecer una enumeración taxativa de ellas, ya que las mismas responden a una realidad determinada en un tiempo determinado, es decir, a la dinámica misma de las relaciones sociales.

Lo que podemos concluir, es que con o sin regulación legal, las uniones convivenciales, son el reflejo de esas innumerables vivencias, que tienden a un progresivo incremento en nuestra sociedad y en el mundo.

3. Uniones convivenciales en el sistema comparado. Sistemas vigentes

En el derecho comparado las opciones asumidas por los diversos sistemas jurídicos para reconocer efectos jurídicos a este tipo de convivencias familiares son:

a) Sistema de equiparación, por igualar en cuanto a sus efectos jurídicos a las uniones de convivencia con el matrimonio, siempre que se encuentren reunidos los requisitos exigidos por cada legislación en particular. Ubicamos en este grupo, entre otras legislaciones: el Código Civil de Guatemala (arts. 73 y ss.); Código de Familia de Cuba (arts. 18 y 19); Código de Familia de Panamá (art.53); Código de familia de Bolivia (arts. 158 y ss.).²¹

b) Sistema abstencionista, por ignorar esta forma familiar y omitir regular sus efectos jurídicos: El antecedente a destacar se encuentra en Francia, cuando en el Código civil de 1804- código de Napoleón- se ignoró el concubinato: "los concubinos prescinden de la ley, la ley se desinteresa de ellos". Esta postura se extiende a los países de de Latinoamérica con fuerte presencia europea como consecuencia de los procesos de inmigración que se sucedieron desde finales del siglo XIX, como fue el caso de nuestro país, Chile y Uruguay. Respecto de éste último, corresponde señalar que desde el año 2008 cuenta con la ley 18.246 sobre "Unión Concubinaria".

c) Sistemas proteccionistas: muchos de los países que se ubicaban dentro del sector abstencionista, flexibilizaron con el tiempo su posición rígida al reconocer distintas formas de vivir en familia. Esta apertura derivó en el surgimiento

²¹ FAMÁ, María Victoria, "Convivencia de parejas: aportes para una futura regulación", Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y jurisprudencia, nro. 52, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p 65 y ss. Basset, Ursula C., "Familia, uniones de hecho y reconocimiento de efectos jurídicos", LL 2009-CV-1244

de este sector intermedio que recibe el nombre de “proteccionista”, por reconocer ciertos derechos, sin que este avance implique la asimilación de la unión convivencial al matrimonio reconociendo ciertos efectos puntuales, pero diferenciándolos del matrimonio. De esta forma se instala un sistema de protección de mínimos en algunos países de Europa y Latinoamérica (Francia, España, Brasil Uruguay, entre otros).

d) Sistemas de pactos: el Estado admite el pacto, brindando protección y publicidad, siempre cuando no afecte los principios fundamentales del Derecho interno: adhieren a este sistema las legislaciones de Valencia, Aragón; Cataluña, Bélgica, Francia, entre otras.

4. Panorama general en argentina sobre los derechos que se encuentran expresamente previstos en la legislación civil y leyes complementarias

En nuestro país, en el Código Civil originario, se optó por el sistema abstencionista, como en la mayor parte de las legislaciones occidentales. Vélez Sarsfield decidió abstenerse de regular las uniones convivenciales, adoptando la postura que en aquella materia siguió el Código francés, el “CODE” de 1804, que ignoraba estas uniones, entendiendo que el concubinato por sí solo no produce efecto jurídico alguno, en el sentido de crear obligaciones recíprocas entre las partes.

En el ordenamiento vigente, la unión de hecho no se encuentra regulada, excepto en algunos derechos reconocidos en diferentes legislaciones especiales como por ejemplo: Ley 24.241, Art. 53 (pensión por fallecimiento- derechohabientes), Ley 23.091, art. 9, Ley 23.570, Art. 8, entre otras.

En nuestro Código Civil, el codificador, atribuye genéricamente efectos de concubinato al matrimonio anulado por haber sido contraído de mala fe (art. 223, inc. 1°), esta regulación, lo hace a título de sanción privándole de todo efecto jurídico y diferenciándolo del caso en que no hubiese tal mala fe. Al margen de esta mención indirecta del concubinato, solo encontramos tres referencias específicas: art. 3573, art. 257 y art. 210.

Sin embargo este vacío legal, con el paso del tiempo fue desbordado por la realidad social, por lo que comenzaron a dictarse algunas normas aisladas, sólo para determinadas circunstancias y casos concretos, no logrando avanzar en una regulación sistemática e integral, que protegiera no solamente los intereses de los terceros ajenos, sino también los intereses íntimos de sus miembros.

En la tarea de mitigar el desamparo que causa la falta de regulación a la hora de proteger a los miembros de estas parejas, la jurisprudencia ha coadyuvado

para acercar el derecho a la realidad, atenuando la ausencia de responsabilidades personales y patrimoniales entre ellos. En general, las soluciones emanan de la aplicación de los principios generales del derecho común que sirven como instrumentos aptos para preservar el valor justicia, la equidad y proteger los derechos humanos de los miembros de la pareja y del grupo familiar.

A esto se suma los efectos reconocidos en el marco de la labor judicial, como entre otros: reparación del daño material y moral como consecuencia de la muerte de uno de los convivientes; distribución de los bienes adquiridos durante la convivencia; adopción conjunta de convivientes; protección de la vivienda familiar.

Actualmente, nuestro país presenta la particularidad de que si bien no cuenta con un régimen orgánico sobre uniones convivenciales y esto conduce en el sector abstencionista, se avanzó en el reconocimiento de ciertos efectos específicos contenidos en normas especiales, como: protección contra la violencia familiar, régimen de locaciones urbanas, régimen de regularización dominial, régimen laboral, régimen de jubilaciones y pensiones, régimen de trasplante de órganos.

5. Efectos jurídicos expresamente previstos en la legislación civil y algunas leyes especiales

Una clasificación que nos permite conocer de manera sencilla el panorama general del tema en la legislación actual es aquella que propone Azpiri²², quien distingue las convivencias de parejas según sean causa fuente de un derecho o contrariamente, sean causa fuente de pérdida de un derecho.

Parejas convivientes como causa fuente de un derecho.

a) Matrimonio in extremis. A través del art. 3573 CC, se le otorgan derechos hereditarios al cónyuge del enfermo que falleciere de esa enfermedad dentro de los 30 días de contraído el matrimonio, cuando éste se hubiera realizado para regularizar una situación de hecho.

b) La presunción de paternidad *iuris tantum*, a favor del conviviente que hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. (art. 257 CC. Ley 23.264).²³

²² Azpiri, Jorge, Ob.cit., ps73 y ss.

²³ La Cámara 1ª de Apelación en lo Civil y Comercial de Córdoba, hizo lugar a la demanda de reclamación de filiación extramatrimonial "si mediante prueba testimonial ha quedado acreditada la existencia de una relación de pareja entre la madre del actor y el presunto padre a la época de la concepción pues conforme lo establecido en el art.257 del C.C., el concubinato al tiempo de la concepción consagra una presunción "iuris tantum" de paternidad de la persona que vivía con la ///

c) En materia de locaciones: continuación de la locación a favor del concubino del locatario, cuando el mismo acredite haber convivido y recibido del mismo ostensible trato familiar". (art. 9, Ley 23.091).

d) En cuanto a los derechos sociales los art. 38 incs. 1 a 5 ley 18.037 y art. 25 incs. 1 a 5 ley 18.038 y art. 53 ley 24241, conceden el beneficio de pensión por fallecimiento del jubilado o afiliado en actividad, incluyendo expresamente la Res. 671/08 del Anses a las parejas del mismo sexo²⁴ y la ley 20.744 del Contrato de Trabajo, en el art. 248 equipara la viuda a la mujer que hubiere convivido públicamente con el trabajador, durante un mínimo de dos años anteriores al fallecimiento, y en el art. 158 ley 20.744 de la misma ley, concede tres días corridos de licencia, a la cónyuge o concubina supérstite del trabajador.

e) La ley 24.193 (Trasplante de Órganos), en su art. 15, permite la ablación de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplante, a favor de la persona que sin ser cónyuge, conviva con el donante en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres años, en forma inmediata, continua e ininterrumpida. Ese lapso se reducirá a dos años si de dicha relación hubieran nacido hijos.

f) Las Leyes 24.417 y 26.485, consideran a los convivientes miembros del grupo familiar protegidos contra la violencia familiar.

g) En relación al acceso a la regularización situación dominial de vivienda única y permanente (art. 2, ley 24.374).

h) En materia de indemnización por muerte del concubino, si bien en principio, la jurisprudencia se negaba a reconocer dicha legitimación, la nueva línea tiende a reconocerla en ciertos casos, imponiendo la carga de la prueba del daño a quien la alega, a diferencia de lo que pasa con el cónyuge supérstite.

Parejas convivientes como causa fuente de pérdida de un derecho

a) A través de los arts. .210 y 218 CC, se sanciona con la pérdida del derecho alimentario al cónyuge que lo percibiera, si el mismo viviera en concubinato. Estos efectos de la separación personal también le son aplicables al divorcio vincular.

/// madre del menor".(Cámara 1ª de Apelación en lo Civil y Comercial de Córdoba, del 2011-11-11, en los autos "M., G. O. c. R., J. I"; LLC 2011 (marzo), 143).

²⁴ Ver fallo CS, 2011/06/28, P., A. c ANSES s/pensiones, LL cita online: AR7JUR/ 27139/2011. Convivencia entre personas del mismo sexo. Reconocimiento del derecho

b) La pérdida de la vocación hereditaria, del cónyuge que la conservaba, luego de la separación personal. (art. 3574 CC).

c) En materia de adopción no pueden adoptar de manera conjunta, ya que es un derecho que sólo le es concedido a los matrimonios. (Ley 24.779).²⁵

d) Derecho de pensión. En virtud de lo dispuesto por el art. 2 inc. b) de la ley 23.570, el derecho a pensión se extingue para la madre o padres viudos o que enviudasen, para las hijas viudas y para los beneficiarios cuyo derecho a pensión dependiere de que fueren solteros desde que ya contrajeron matrimonio o si hicieren vida marital de hecho.

6. La reparación de los daños y perjuicios por el fallecimiento de uno de los miembros de la pareja conviviente

Uno de los conflictos que ha desvelado a la doctrina y jurisprudencia hasta la aparición de un fallo plenario, giró en torno a la reparación del daño material a raíz de la muerte de uno de los miembros de la pareja, siendo que el debate aún continúa vigente en lo relativo al daño moral.

En el Fallo Plenario del 04/04/ 1995, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil fundándose en el art. 1079 CC, reconoce la legitimación de los concubinarios 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.

En el caso del daño moral, el art 1078 del CC has sido eje de severas críticas, no solo por varias voces de la doctrina nacional, sino también por la jurisprudencia, a punto tal de ser tachado de inconstitucional, por ejemplo Supremo Tribunal de Río Negro se pronunció a favor de la "inconstitucionalidad del art.1078 del C.C, en cuanto impide a la concubina de quien perdiera la vida en un accidente de trabajo reclamar una indemnización en concepto

²⁵ Sin embargo, la jurisprudencia de nuestro país, ha comenzado a pronunciarse favorablemente en esta materia, por ejemplo así resolvía la Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza del 18/03/2011 en los autos D. F. A. P/ MEDIDA TUTELAR, otorgando de forma conjunta, la guarda preadoptiva de la menor, a la pareja de convivientes "Cuando los arts.312 y 337, inc. d), CCiv., establecen que nadie puede ser adoptado por más de una persona simultáneamente, salvo que los adoptante sean cónyuges, a la par que norman la nulidad absoluta para su infracción, resultan contrarios a los principios y fines que informan el sistema normativo que regula la adopción, toda vez que esta tiene por finalidad primordial darle al adoptando 1 padre y 1 madre, una familia en la cual insertarse, sin ningún tipo de discriminación, en miras a lograr un desarrollo pleno, en tanto su principio liminar es la primacía del interés superior del niño exigido por la CDN en su art. 21" .. Abeledo Perrot, Newsletter de Derecho de Familia, 28 de Abril de 2011, [http:// www.abeledoperrot.com](http://www.abeledoperrot.com)). Ver también Fallo 09/02/2010 G.P. A. y otro, LL Online; 8.02.2010, Juzgado de Primera Instancia de Familia N°1 Esquel

de daño moral, ya que negar de pleno, el derecho a obtener una reparación, aun cuando se pueda invocar un perjuicio espiritual, serio, grave y relevante, viola el principio de igualdad ante la ley y sólo parece reposar una concepción sacralizada de la institución matrimonial que no se condice con los parámetros valorativos de la sociedad del tiempo que nos toca vivir”.²⁶

Cabe preguntarnos: ¿Es constitucional circunscribir el daño moral derivado por la muerte de uno de los miembros de la pareja sólo si éstos se encuentran casados al estar contemplado en el art. 1078 CC que se refiere a los herederos forzosos? ¿Qué repara o pretender reparar la indemnización del daño o perjuicio moral?

7. Las uniones convivenciales en el Proyecto de reforma del Código Civil

El Proyecto asume el desafío de otorgar una regulación sistematizada, a las comúnmente conocidas como “uniones de hecho”, palabra que dejará de ser utilizada por su significado peyorativo, siendo sustituida por el término “uniones Convivenciales”.

Es importante destacar que el disímil tratamiento que dichas uniones reciben en los diferentes sistemas jurídicos comparados, no se circunscriben sólo a razones de índole cultural, sino también a razones económicas, académicas, científicas, tradicionales, etc.

La discrepancia a nivel internacional es tal, que ni en las esferas académicas y legislativas se ha logrado arribar a un acuerdo sobre una denominación común para este tipo de convivencias.

En los Fundamentos del Proyecto, con respecto a la denominación de estas uniones se ha dicho: “El derecho comparado no presenta unidad sobre la palabra adecuada para denominar a las parejas que conviven sin que exista vínculo matrimonial. Se alude al “concubinage” en el derecho francés, la “famiglia di fatto” en el derecho italiano, a las “parejas estables” en el derecho español; a la “unión marital de hecho” en Colombia; las “uniones concubinarias” en el derecho uruguayo; el concubinato, el matrimonio aparente o la unión de hecho, por citar algunos. Varios de estos términos han sido considerados peyorativos y negativos porque revelan la censura social y jurídica. El lenguaje no es neutro. En la argentina, la palabra “concubinato” receptada en el código civil vigente, tiene sentido peyorativo. El anteproyecto pretende no sólo nombrar

²⁶ Supremo Tribunal de Río Negro, 28/11/200, M., E. G. c/ Edersa S. A. LL Patagonia 2009 (abril),745; AR/JUR/13439/2007.

las instituciones con precisión técnica, sino que las palabras utilizadas reflejen el real significado que la sociedad les asigna. La conciencia social ha pasado de una consideración negativa a reconocer que las parejas que no se casan forman parte del amplio espectro de formas de vivir en familia. El anteproyecto habla de "unión convivencial". La convivencia, es decir, compartir la vida, en pareja, con otra persona, fundada en el afecto, y con independencia de la orientación sexual de sus integrantes, en aparente matrimonio, es uno de los elementos estructurales de esta forma familiar. El término "unión" tiene la ventaja de su consolidación social y jurídica. Esta terminología no abarca una única modalidad, sino una pluralidad de manifestaciones con características similares, pero no idénticas".

El proyecto se enrola dentro de la corriente legislativa que propicia a incorporar las uniones convivenciales en el cuerpo normativo de las relaciones jurídicas privadas. Este diseño articula un estatuto jurídico propio y autónomo como integrante del derecho familiar. De este modo, brinda una solución metodológicamente correcta, pues la introduce en el Libro correspondiente a las Relaciones de Familia, en el Título III, inmediatamente a continuación del derecho matrimonial.

El objetivo perseguido en la norma proyectada, es lograr una visión general de esta nueva institución, logrando un equilibrio entre el respeto a la autonomía de la voluntad de los miembros de la unión convivencial y la protección mínima que merecen sus derechos humanos, propios de la responsabilidad y solidaridad familiar.

7. a Concepto y caracterización

El art. 509 del proyecto, define a las uniones convivenciales, como aquellas basadas en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que comparten un proyecto de vida en común, sean del mismo o diferente sexo.

En cuanto a sus caracteres que establece:

Es singular, ya que no podrá tenerse más que una, ni tampoco estar unido en matrimonio, ni en otra unión convivencial.

Pública y Notoria: Responden a un único concepto que es el de ser conocido por la sociedad.

Estable y Permanente: Para que surta efectos legales, deberá prolongarse en el tiempo, el proyecto establece un plazo mínimo de dos años.

Una particularidad a destacar y que marca otra distancia con el Código Civil vigente es la incorporación de definiciones. Respecto de esto, en los Fundamentos se expresa que se incluyeron aquellas que tienen un alcance normativo y no sólo didáctico. Este alcance se comprueba en la definición que analizamos, puesto que de ella surgen los elementos estructurales de la figura que derivan en los requisitos contenidos en el art. 510 a saber: a) Los dos integrantes deben ser mayores de edad. b) No pueden estar unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo grado. c) No pueden estar unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta. d) No pueden estar afectados por el impedimento de ligamen, y no pueden tener registrada otra convivencia de manera simultánea, preservándose de esta forma el principio de monogamia, propio de nuestra cultura. e) Mantengan la convivencia durante un período no inferior a dos años.

En cuanto a la edad y el parentesco, se trata de idénticos requisitos que los del matrimonio. Se agrega otra unión convivencial registrada y el plazo de duración de dos años.

Los requisitos contenidos en los aps. b), c) y d) al guardar armonía con los impedimentos dirimentes de parentesco y ligamen, indican que la pareja bajo unión convivencial debe contar con aptitud nupcial para el reconocimiento de efectos, aun cuando en el ejercicio del actuar autónomo de los integrantes de la pareja se opte por esta forma de unión.

Respecto de la convivencia durante un periodo no menor a los dos años, se vincula con el carácter de permanencia de la unión que denota la consolidación y seriedad del vínculo que se refleja en la existencia de un proyecto común.

Por último corresponde señalar que en consonancia con el régimen de matrimonio civil, quedan comprendidas en igualdad de condiciones las uniones convivenciales entre personas de distinto o igual sexo. Esta apertura se observa en las legislaciones de algunos países de Europa y en Latinoamérica, rescatamos la Ley de Unión Convivencial de Uruguay 18.246 del año 2008 y el Decreto Ley de Sociedad de Convivencia del Distrito Federal de México del año 2006.

7. b Tipos. Registración

Tras una interpretación integradora del régimen, surge que nos encontramos ante dos tipos de uniones convivenciales: registrada y no registrada. Cualquiera sea el tipo, requiere de dos años de permanencia en la unión para la producción de los efectos jurídicos previstos.

Conforme este esquema, surge que la registración no es con fines constitutivos, sino sólo probatorios y de publicidad.

No solo se inscribe la existencia de la unión convivencial, sino también su disolución y los pactos que los integrantes de la pareja hayan celebrado.

La opción de registración que ofrece la norma actúa como medio de protección de los miembros de la pareja de regular los efectos propios de la pareja y de los terceros.

Se alzaron críticas en cuanto a que el proyecto no resuelve el caso en el cual una persona posea dos uniones registradas al mismo tiempo, lo cual sería posible al sugerirse la organización de registros locales y en tanto no se establezca un sistema de comunicación entre los mismos. En tendemos que en estos casos, sucederá al igual que los matrimonios celebrados en diferentes jurisdicciones, si bien es poco común, puede que suceda, y entonces se podrían aplicar análogicamente las normas previstas para el caso de bigamia matrimonial.

7. c Pactos de convivencia. Autonomía de la voluntad y orden público

La autonomía de la voluntad en las relaciones de familia está íntimamente ligada al principio de reserva consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional. Pero cabe advertir que el manejo autónomo de los asuntos familiares exige su complementariedad con principios y valores constitucionales, como: interés familiar; interés superior del niño; protección integral de la familia, entre otros. El Proyecto introduce restricciones al principio de autonomía de la voluntad cuando se ocupa de los pactos que la pareja celebre con el objeto de regular los efectos jurídicos derivados de la unión: a) no podrán ser contrarios: al orden público; a la igualdad entre convivientes; a los derechos fundamentales de cualquiera de los miembros de la unión; (art. 515); b) no pueden dejar sin efecto la protección de mínimos previstos en la norma.

En sintonía con lo apuntado precedentemente, el régimen proyectado incorpora a nuestro ordenamiento la posibilidad de realizar pactos convivenciales destinados a regular las relaciones entre los convivientes que pueden ser de carácter patrimonial o extra patrimonial. En principio estos pactos prevalecen sobre las normas previstas en este título (argumento art. 513). Sin embargo, ellos están limitados, y existen materias donde el ordenamiento legal prevalece.

Así los pactos, no pueden dejar sin efecto lo dispuesto en los arts. 519 (asistencia recíproca), 520 (contribución a los gastos del hogar) 521 (responsabilidad por deudas contraídas por uno de los convivientes para solventar los gastos del hogar o mantenimiento y educación de los hijos) y 522 (protección de la vivienda familiar).

Como vemos, se insta un sistema que busca un juego armónico entre la autonomía de la voluntad y orden público que encuentra fundamento en uno de los principios estructurales del sistema: el principio de solidaridad que guarda vinculación con la responsabilidad familiar.

En síntesis, la autonomía de la voluntad puede ejercerse sin descuidar el valor solidaridad familiar.

1. Forma de los pactos:

El art. 513 establece que los pactos deben realizarse por escrito, pero nada dice si los mismos tienen que ser realizados por escritura pública, es de suponer que si deben guardar ese recaudo, ya que si el pacto es realizado en instrumento privado, no podrá inscribirse en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria, y en consecuencia no será oponible a quienes contraten con uno de los convivientes.

Sin embargo en el texto proyectado, el inc. d) del art. 1017, establece la obligatoriedad de la escritura pública, exclusivamente, en los casos que ella esté prevista en el ordenamiento.

Una posible solución sería establecer, en una legislación especial, que los pactos en relación a los bienes se inscriban en el registro mediante un trámite administrativo, de forma similar a la inscripción de bien de familia.

2. Contenido y Límites:

El art. 514 del proyecto, dispone que los pactos de convivencia pueden regular, entre otras cuestiones: a) la contribución a las cargas del hogar; b) la atribución del hogar común en caso de ruptura; c) la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común, en caso de ruptura de la convivencia.

Tal como se encuentra redactada la norma, la enumeración dada es solamente enunciativa, pudiendo pactarse otras cuestiones que no se encuentren mencionadas en el artículo.

Se podría pactar el modo de participar o compartir los bienes producidos durante la unión. Así los convivientes podrían pactar compartir por partes iguales los bienes que adquieran o establecer un régimen de participación.

La única restricción al poder de disposición de los convivientes, se encuentra referida al hogar familiar.

En relación al contenido extra patrimonial, algunos autores sostienen que puede pactarse el deber de fidelidad, otros en cambio, consideran que se trata de libertades individuales y que no pueden ser restringidas contractualmente. También se ha dicho que incluir este deber resultaría una asimilación al matrimonio y no debe confundirse el deber de asistencia que implica obligaciones de hacer con el de fidelidad que impone obligaciones de no hacer.

3. Modificación o Rescisión:

El art. 516 del proyecto, establece que no existe límite alguno para la modificación o rescisión de los pactos de convivencia. Lo que significaría, que en cualquier momento los convivientes puedan cambiar lo pactado o dejarlo sin efecto aún cuando la convivencia continuara.

El pacto se extingue de pleno derecho hacia el futuro en el momento en que los integrantes de la pareja dejen de convivir.

4. Inscripción. Efectos:

Finalmente se destaca que los pactos, su modificación, rescisión serán oponibles a los terceros desde la inscripción en el Registro de Uniones Convivenciales que corresponda a la jurisdicción local y en los registros que correspondan los bienes comprendidos en el pacto. También la ruptura de la unión producirá efectos respecto de terceros desde la inscripción en el registro (art. 517).

7. d Efectos de las uniones convivenciales durante la convivencia

Corresponde partir de los efectos contemplados en el régimen de protección mínimos.

Frente al interrogante si resulta justo que la pareja que elige esta forma de unión quede sometida al régimen de mínimos, nos inclinamos por la validez del criterio seguido, puesto que se corresponde con la dimensión actual del Derecho de Familia que al fijar la protección en la persona y sus derechos, justifica que el régimen comprenda un conjunto de normas destinadas al amparo de la pareja y los terceros.

Así como la autonomía de la voluntad se introduce en el régimen de bienes en el matrimonio con un alcance limitado, puesto que el Proyecto adhiere a un régimen convencional no pleno, en la unión convivencial también la pareja queda sometida pacto o no a un conjunto de mínimos protectores del valor solidaridad familiar.

1. Propiedad de los bienes: Puede pactarse que los bienes adquiridos durante la convivencia deban inscribirse en condominio o se compartan a la finalización. A falta de pacto, cada integrante conservará los bienes que haya adquirido durante la unión.

2. Administración y Disposición de los bienes: A falta de acuerdo, cada uno de los convivientes, tiene la libre administración y disposición de los bienes adquiridos durante la unión (art. 518). La única restricción a este poder de disposición, recae sobre la vivienda familiar, que luego analizaremos.

3. Contribución a los gastos del hogar: Los convivientes pueden acordar la forma en que van a contribuir a los gastos del hogar. Pero a falta de pacto, como régimen supletorio se aplica el art. 520 el cual reza: "los convivientes tienen la obligación de contribuir a los gastos domésticos de conformidad con lo dispuesto en el art. 455". Aquí la norma, hace una remisión expresa al deber de contribución entre cónyuges. De esta manera, los convivientes deberán contribuir a su propio sostenimiento, al del hogar, y al de los hijos comunes y afines, en algunos casos, de acuerdo a sus ingresos.

Por gastos del hogar se entiende, lo indispensable para la subsistencia de los integrantes del mismo.

4. Responsabilidad por las deudas frente a terceros: El art. 521 del proyecto, establece una responsabilidad solidaria para los convivientes por las deudas que uno de ellos hubiere contraído con terceros. Pero no cualquier deuda genera responsabilidad solidaria, ya que de acuerdo a lo prescripto en el art. 461, serán las contraídas para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y educación de los hijos comunes.

5. Asistencia: Constituye otro de los límites a la autonomía de la voluntad de los convivientes, y la encontramos en el art. 519 de la normativa proyectada, este deber entendemos, no solo abarca el ámbito material, sino también moral.

Destacamos como valioso este aporte porque sigue los pasos de otros países que en sus normas reconocen este derecho humano como entre otros: Brasil, México, Bolivia, Ecuador, Panamá, Cuba, Perú Dinamarca, Canadá, Holanda comunidades autónomas en España.

Este avance, al que se suman otros en el marco del derecho-deber de alimentos, permite superar situaciones de marcada debilidad jurídica que se observa en el presente, como alimentos a los hijos en la familia monoparental;

hijos menores o mayores con una discapacidad física o mental; ancianos y convivientes.²⁷

Analizando esta situación de debilidad, Grossman expresó: ... "Si bien la formación de una pareja es un hecho eminentemente privado, al mismo tiempo trasciende la sociedad pues se genera un núcleo familiar para requiere para su funcionamiento el compromiso cooperativo de los integrantes de la unión ...El Estado Social de Derecho, que se construye sobre la base de los tratados de derechos humanos, o sea, el reconocimiento no solo de los derechos civiles y políticos, sino también de los derechos económicos, sociales y culturales, impone como un deber de la sociedad y del Estado velar para que los núcleos familiares que se constituyen, con o sin registro formal los comportamientos y acciones de los individuos no afecten las funciones de reproducción y generacional que interesa a la sociedad en su conjunto. Por encima del derecho a la autonomía personal se levantan los derechos a la vida, la integridad psicofísica y la salud de los integrantes del grupo familiar, cuya preservación es jerárquicamente superior..."²⁸

El traslado a la norma de este derecho humano encuentra sustento en el principio de protección integral de la familia (art. 14 bis, CN; art 17, CADH; art. 23, PIDCP) y en el principio de igualdad y no discriminación (art 16, CN).

7. e Protección de la vivienda familiar

1. Vivienda. Derecho Humano.

La vivienda es un derecho humano, que dentro de su clasificación, integra los llamados derechos económicos, sociales y culturales, y tiene para las personas un doble valor: patrimonial y espiritual. Patrimonial, porque desde el punto de vista material, protege a la familia de frío, del calor, de las tempestades, brindándole un techo de refugio; y desde el punto de vista espiritual, porque es el centro donde se desarrolla principalmente su personalidad e intimidad, dignificándose día tras día.

2. Vivienda. Centro de vida.

En relación al hogar familiar se ha dicho, "que ese reducto de intimidad y de paz tan elocuente como realización objetiva de la vida de familia mucho

²⁷ La justicia encuadró este deber como una obligación natural: CNac. Civ., Sala A 4/7/1968, LL 134-1001; CCiv. 1era. Cap., 16/11/1925, JA18-529; Corte Suprema Just. Tucumán 2/6/1936, JA 56-343.

²⁸ Grosman, Cecilia P., "Alimentos entre convivientes", Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, nro. 23, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002, p. 52.

depende, precisamente por ser objetivo, de la presencia de un elemento físico, y siendo así sus posibilidades estarán destinadas a guardar con éste estrecha relación.”²⁹

El rubro vivienda integra los alimentos ordinarios, y puede ser en especie cuando los hijos menores permanecen viviendo con uno de los progenitores en la vivienda que es del otro, ya sea un bien propio o ganancial. La mera facilitación del inmueble no significa que la cuota alimentaria se complete con ello, además debe integrarse con los gastos que tiene cualquier vivienda (impuestos, tasas y demás contribuciones). “La provisión de vivienda decorosa al acreedor alimentario, aún cuando aprovecha igualmente a quien ejerce la tenencia de los menores en cuestión, especialmente si es la madre y cónyuge del deudor, configura un aspecto del deber de asistencia que no se satisface mediante el recurso de ceder el uso exclusivo del único inmueble ganancial o de propiedad de alguno o de ambos esposos apto al fin pretendido, pues mediante tal actitud, en el caso impuesto por decisión judicial, como es de toda evidencia no quedan a reparo de elementales gastos que hacen estrictamente al rubro en cuestión”.³⁰

7. e.1 Aplicación analógica del art. 1277 del Código Civil. Criterio seguido por la jurisprudencia.

1. Convivencias de pareja: atribución de la vivienda tras la ruptura

Ante el vacío legal al respecto, se aplican por analogía artículos destinados a regular los efectos patrimoniales del matrimonio, referidas a la ocupación de la vivienda por el conviviente no propietario junto con los hijos menores que tienen en común.

Las diferentes posturas sobre el tema, con el correr del tiempo y para responder a la realidad social y familiar, fueron flexibilizándose, aplicándose así en varios casos, en forma analógica el art. 1277 del C.C., cuando existen hijos menores de edad o incapaces.

La jurisprudencia nos dice que: “el propietario no podría reclamar lisa y llanamente el desalojo sin dejar satisfecho el derecho a la vivienda de los hijos a quienes debe alimentos (art. 265 y concs., CCiv.)... Y ello en función de la importancia que reviste la preservación del llamado “centro de vida” de los menores... Dado que el entorno de un menor consiste en su vida

²⁹ Rébora, Juan Carlos, Instituciones de la familia, t. I, p. 465 y ss., Guillermo Kraft. Ltda. Buenos Aires, 1995.

³⁰ CNCiv., Sala D, 20/3/84; LL, 1984-C-638, JURISP. Agrup., caso 5246.

familiar, escolar y social y cualquier modificación a este sistema exige una readaptación por parte del niño, la nueva situación debe ser mejor o igual a la anterior, a efectos de evitar que se vea perjudicado... La protección de los hijos no puede quedar supeditada ni relegada por el carácter legal o extramarital de la unión entre los progenitores”.³¹

Más allá del carácter que se le atribuya a la ocupación del conviviente no titular del inmueble (comodatario- contrato atípico- etc.), en estas situaciones no procederá la acción de desalojo por parte del conviviente propietario del bien, se genera una indisposición del mismo, mientras se encuentren allí viviendo los hijos menores; y ante su negativa, este conflicto se resolverá vía judicial, priorizando principio de jerarquía constitucional en la materia, referidos al derecho a la vivienda de éstos.

El art. 3 de la Ley 26.061, establece al respecto que: “cuando cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de los niños y niñas adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”.

2. Tarea del Juez: Interpretación integradora de la normativa:

Se trata de ejercer la labor judicial, con el basamento constitucional de los derechos no enumerados del art. 33 y la protección integral de la familia y de la vivienda del art. 14 bis, dando respuestas justas a los problemas concretos de la realidad que se presentan a diario, siendo realmente, jueces, interpretadores de la norma, conforme la sana crítica racional, y no meros repetidores de éstas.

Coincidimos con siguiente doctrina que señala: “una familia resulta digna de protección y promoción por parte del Estado cuando es posible verificar la existencia de un vínculo jurídico perdurable que diseña un proyecto biográfico conjunto en los aspectos materiales y afectivos”.³²

7. e. 2 Protección de la vivienda familiar en el proyecto de reforma

El art. 522, regula la vivienda familiar, sede de la unión convivencial, norma de Orden Público que no puede ser dejada sin efecto por voluntad de las partes (art. 513). De su redacción surge una doble protección: a) entre convivientes y b) frente a terceros.

³¹ Cámara de Apelaciones de Trelew, Sala A 15/12/2009, RDF 2010-III-177, con nota de Sanz M. Julieta, Protección de los derechos de los niños nacidos dentro de uniones de pareja.

³² Art. 14 bis C.N. El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la Ley establecerá... la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y al acceso a una vivienda digna.

A los efectos de la operatividad de la norma en análisis, se entiende que el inmueble debe inscribirse e ineludiblemente será en el Registro de la Propiedad Inmueble, ellos es así, porque de esta forma se podrán irradiar con eficacia los efectos de la unión convivencial, al margen por supuesto de la inscripción que se realice en el Registro de Uniones Convivenciales.

a) Protección entre convivientes: Respecto de la unión convivencial inscripta, se exige contar con el asentimiento del otro conviviente —a diferencia del actual art. 1277 del C.C., aquí se encuentra correctamente utilizada el término “asentimiento”, en lugar de “consentimiento” ya que el otro conviviente no forma parte en el acto— cuando se quiere disponer de los derechos sobre la vivienda familiar o de los muebles indispensables de ésta.

La norma no exige la existencia de hijos menores o con capacidad restringida para su aplicación. Se trata de actos que impliquen la disposición material del bien, como ser su venta, pero también puede ser aplicado cuando se intente comprometer su destino como en el caso de una hipoteca.

Entendemos que para el caso en que se comprometa el uso de la unidad habitacional (comodato) se deberá requerir el asentimiento del otro conviviente, al igual que, para el caso de disposición de los bienes muebles indispensables, como también para transportarlos.

El proyecto no aclara la forma en que el asentimiento debe ser prestado, entendiéndose que el mismo, puede ser prestado sin ninguna formalidad.

Para el caso que se niegue el asentimiento, este puede suplirse con autorización judicial, si el bien es prescindible y no comprometa el interés familiar. Si no se tramitó la venia judicial supletoria, el conviviente que no prestó su asentimiento puede demandar la nulidad del acto antes de cumplirse el plazo de caducidad de seis meses que se cuenta desde que se tuvo conocimiento y siempre que no hubiere continuado con la cohabitación (art 522).

De esta forma, se traslada a la norma proyectada el criterio seguido en la jurisprudencia, mediante el recurso de aplicación analógica de lo dispuesto en la segunda parte del art. 1277 del C.C.³³ con la salvedad que en estos casos se tuvo en consideración, siguiendo el enunciado legal, la existencia de hijos menores o incapaces, extremo que no se comprende en el proyecto.

³³ C.Nac. Civ. Sala K, 31/5/2006, LL 2006-E-15 (con nota de Famá, M.Victoria, “Convivencia de parejas y protección de la vivienda familiar: la aplicación analógica del art. 1277 CC”, LL 2006-D-604 y Solari; Néstor, “División de condominio entre convivientes con hijos”); C. Ap. Concepción del Uruguay, Sala Civ y Com. 27/7/2005, LL Litoral 2005-1050, entre otros.

b) Protección frente a terceros: Como regla general, el art. 522 en su último párrafo prohíbe la ejecución de la vivienda familiar por deudas contraídas después de la inscripción de la unión, excepto que dichas deudas, hayan sido tomadas por ambos convivientes o por uno de ellos, con el asentimiento del otro. Este enunciado guarda armonía con el régimen de protección de la vivienda que instala el Proyecto de Reforma (arts. 244 a 256). Partiendo de entender a la vivienda como un derecho humano, se abren las puertas para que toda persona afecte su vivienda al régimen de protección, sin considerar su pertenencia a una familia. Cuando la norma refiere a los beneficiarios de la protección, quedan comprendidos en primer término: el propietario constituyente, su cónyuge, su conviviente, sus ascendientes o descendientes (art. 246).

Para que el bien no pueda ser ejecutado por los acreedores, hay que distinguir dos circunstancias: a) el momento en que las deudas fueron contraídas y b) el deudor de dichas obligaciones.

El art. 510 del proyecto establece, que para que las uniones tengan efectos jurídicos, es necesario que se extiendan por el plazo de dos años, razón por la cual existirán deudas contraídas durante la unión, pero antes de la registración (que solo será posible cuando se cumpla el plazo mínimo), dichas obligaciones no están alcanzadas por la imposibilidad de ejecución.

La vivienda podrá ser ejecutada por las deudas posteriores a la registración, cuando hayan sido contraídas por ambos convivientes, o por uno de ellos con el asentimiento del otro. Un ejemplo: las deudas con garantía hipotecaria, siendo el gravamen un acto de disposición, el asentimiento del otro conviviente resulta indispensable para la validez del acto.

Atribución del uso de la vivienda familiar: El inmueble sede del hogar convivencial, solo podrá ser atribuido a uno de los convivientes en dos supuestos: a) si tiene a cargo el cuidado de los hijos menores de edad, con capacidad restringida o discapacidad y b) si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata. (art. 526). Cuando se vincula este enunciado con lo dispuesto para el matrimonio, surge que todo cónyuge tiene el derecho de pedir el uso de la vivienda familiar sin quedar sujeto a las limitaciones dispuestas para el conviviente.

En estos casos, el Juez es quien fija el plazo de atribución, que no puede superar nunca el plazo que duró la convivencia, con un máximo de dos años que se computa desde el cese de la convivencia. En cambio en el matrimonio, la norma no fija un plazo de duración, sin perjuicio que se lo fije judicialmente.

También se prevé la posibilidad de que el Juez establezca una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del conviviente a quien no se atribuye la vivienda.

Se constituye el derecho real de habitación gratuito, al conviviente supérstite, en caso de muerte de uno de ellos por el término de dos años (art. 527). Es importante destacar que: a) es un derecho que nace iure proprio en cabeza del conviviente sobreviviente; y b) se adquiere ipso iure, sin necesidad de petición judicial (art. 1894 de la norma proyectada).

7. f Cese de las uniones convivenciales. causas

Siguiendo los lineamientos de la normativa proyectada, ésta en su art. 523, enumera las causales del cese de las uniones convivenciales, y ellas son: a) la muerte de uno de los convivientes; b) la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento de uno de los convivientes; c) matrimonio o nueva unión convivencial de uno de sus miembros; d) el matrimonio de los convivientes; e) el mutuo acuerdo; f) la voluntad unilateral de alguno de los convivientes notificada fehacientemente al otro; g) el cese durante un período superior a un año de la convivencia mantenida.

Al igual que en el matrimonio, las causales responden a circunstancias de hechos ajenos a las partes o por el actuar autónomo de ambos o de uno de los miembros de la pareja.

- Muerte de uno de los convivientes y sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento (incs. a y b): La muerte de uno de los convivientes o la sentencia que declara la ausencia con presunción de fallecimiento, hace cesar la unión convivencial y, en consecuencia todos sus efectos. Cabe aclarar que el proyecto, no reconoce derechos sucesorios entre convivientes, con lo cual a la muerte de uno de ellos se extinguen todos los efectos del pacto excepto lo relativo a los bienes, según lo pactado y el derecho real de habitación en favor del supérstite regulado en el art. 527.

Matrimonio o nueva unión convivencial: La tercera causal está dada por el matrimonio o la nueva unión convivencial de unos de sus miembros. En el matrimonio, una vez contraído cesan todos los efectos de la unión, pero la nueva unión convivencial, entiendo para que cese la anterior, tanto ésta como la nueva unión, deben estar registradas.

Mutuo acuerdo: Aquí la unión convivencial cesa por la voluntad de ambas partes, dejándose sin efecto la unión a futuro, excepto las cuestiones relativas al cese de la convivencia (compensaciones económicas, distribución de bienes y la atribución del hogar convivencial).

Voluntad unilateral: El inc. f del artículo comentado, establece como causa de cese de la unión la voluntad unilateral de alguno de los convivientes 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 entonces, los efectos de la unión.

Cese de la convivencia por más de un año: La última causa es el cese de la convivencia durante un período superior a un año. La interrupción de la cohabitación no implica su cese si obedece a motivos laborales u otros similares, siempre que permanezca la voluntad de vida en común.

7. g Efectos del cese de la unión convivencial

1. Compensación económica:

El artículo 524 del proyecto, introduce esta interesante figura, al otorgar al conviviente que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en la convivencia y su ruptura, la posibilidad de accionar por compensación económica contra el otro conviviente.

Idéntica norma ha sido prevista para el matrimonio, con algunas diferencias en su alcance, y está inspirada en las legislaciones europeas, especialmente en el artículo 97 y siguientes del Código Civil Español.

2. Naturaleza Jurídica de la Compensación:

Ésta difiere de los alimentos porque no nace de un estado de necesidad de quien la recibe sino del hecho objetivo de la ruptura de la convivencia y el desequilibrio económico entre los convivientes. Por otra parte puede satisfacerse en una prestación única o por tiempo limitado preestablecido, circunstancia que no se presenta en los alimentos.

Tampoco se trata de una indemnización, ya que aquí lo que se compensa es el desequilibrio económico de uno de los convivientes con relación al otro, por causa de la convivencia y su ruptura. En cambio las indemnizaciones nacen a partir de un perjuicio producido por un hecho antijurídico y un factor de atribución (dolo o culpa), la ruptura no puede ser considerada como un ilícito y la compensación aún puede proceder a favor del conviviente que la provocó.

En base a lo expuesto, se puede decir que, la compensación económica constituye una obligación de origen legal, de contenido patrimonial y que basada

en la solidaridad familiar pretende reparar las consecuencias económicas de la ruptura.

El Proyecto regula dos modos de otorgar la compensación, el primero es que las partes hayan previsto en su pacto de convivencia su procedencia, caso en el cual habrá que estar a los términos del pacto. En caso de incumplimiento el perjudicado podrá solicitar la ejecución de lo pactado. A falta de acuerdo, la compensación debe ser fijada judicialmente (art 524).

Las pautas para la fijación judicial de la compensación serán de acuerdo al art. 525 las siguientes: 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 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. La última parte del art. 525 establece que: "...La acción para reclamar la compensación económica caduca a los 6 meses de haberse producido cualquiera de las causas de finalización de la convivencia".

Respecto de las diferencias que se detectan en relación con la compensación económica en el matrimonio, son principalmente dos: a) mientras que la compensación económica se fija por un tiempo determinado que no podrá exceder de duración de la convivencia, en el matrimonio, excepcionalmente, puede fijarse por tiempo indeterminado; b) como en la unión convivencial reina la autonomía de la voluntad, pueden los convivientes acordar la exclusión; mientras que en el matrimonio rige el carácter obligatorio.³⁴

Por último, en relación a este tema, el Proyecto tratándose de una cuestión netamente patrimonial, otorga al actor la posibilidad de accionar ante el Juez de Familia del último domicilio convivencial, o el del domicilio del beneficiario, o el del demandado, o aquél donde deba ser cumplida la obligación (art. 719).

3. Distribución de los bienes adquiridos durante la convivencia:

En respuesta al desarrollo doctrinario y jurisprudencial, el proyecto otorga a las partes la posibilidad de pactar la manera de distribución de los bienes en

³⁴ Pellegrini, María Victoria, " Las uniones convivenciales en el Anteproyecto del Código Civil", en Kemelmajer de Carlucci, Aída- Herrera, Marisa (coord.), El Derecho de Familia en el Anteproyecto del Código Civil, Número Especial de Jurisprudencia Argentina, 2012-II, p.3.

caso de ruptura. A modo de ejemplo, las partes podrán establecer que los bienes adquiridos durante la unión sean distribuidos por mitades o hacer una distribución porcentual entre ellos. A falta de pacto, los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron (art. 528), sin perjuicio de la aplicación de los principios generales relativos al enriquecimiento sin causa, la interposición de persona y otros que puedan corresponder.

En el caso de que los convivientes cuenten con un pacto que regule las relaciones patrimoniales durante la vigencia de la unión y después de su cese, sujetarán su actuar a lo pactado. En cambio cuando hayan prescindido del pacto, respecto de ellos regirá un régimen de separación de patrimonios. Cada uno administrará sus bienes, respetando las normas que integran el régimen de protección de mínimos.

La elección libre de la pareja de no pactar que parece ventajosa mientras el vínculo se desarrolla en armonía, origina serios problemas cuando se disuelve por ruptura unilateral o consensuada de ambos miembros o por el fallecimiento de cualquiera de ellos.³⁵

3. Atribución del uso de la vivienda familiar:

Este tema, fue tratado, precedentemente, al hablar de la protección de la vivienda familiar.

8. Breves palabras de cierre

Los lazos afectivos y los proyectos de vida no responden a un solo modelo sino, por el contrario, se basan en la tolerancia y el pluralismo. La ley debe dar respuestas jurídicas pero también simbólicas, no podemos cerrar los ojos ante la realidad social.

Con el correr de los años, estas vivencias fueron impregnando cada vez más la realidad social, a través de la jurisprudencia y leyes especiales, creando en nuestro ordenamiento jurídico la necesidad de proyectar un derecho de familia basado en la inclusión, el pluralismo y la no discriminación.

Con la incorporación de los Tratados Internacionales a nuestra Carta Magna en el año 1994, fue imposible seguir sosteniendo esa vieja idea de que el

³⁵ Para profundizar el tema, a modo de ejemplo, entre otros, compulsar: Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Decisiones judiciales de la última década concernientes a algunos efectos patrimoniales entre convivientes de hecho heterosexuales", en Krasnow, Adriana (Dir.)- Di Tullio Budassi, Rosana- Radyk, Rosana (coord.), Relaciones patrimoniales en el matrimonio y en la convivencia de pareja, Nuevo enfoque jurídico, Córdoba, 2011, p. 96.

matrimonio era la única forma de familia por naturaleza, merecedora de una debida protección legal. Es decir, estamos hablando de un derecho de raigambre constitucional (art.20 de la CN), el derecho a elegir una forma familiar o no, que no se circunscriba solo a casarse, concibiendo a la familia como un medio de socialización del individuo.

Siguiendo la evolución de la realidad, el proyecto se inscribe en una fuerte y firme tendencia, a reconocer todas las formas de organización familiar, respetando la autonomía de la voluntad de sus miembros, y brindando al mismo tiempo una protección mínima de sus derechos fundamentales, fundada en los principios de solidaridad y responsabilidad familiar.

El Estado constitucional de derecho, se basa en tres principios fundamentales: tolerancia, pluralismo y participación.

Siguiendo esta línea el Proyecto capta a las uniones convivenciales con un criterio que además de preservar la autonomía de sus miembros, comprende un conjunto de mínimos que refieren a derechos fundamentales.

Confirma esta idea Victoria Pellegrini, cuando al referir a este avance legislativo destaca: "...las personas que deciden optar por un sistema de organización de tipo no matrimonial se autoexcluyen de la regulación legal derivada del matrimonio, ejerciendo su derecho a no contraer matrimonio y basando esencialmente, su vínculo familiar en la libertad y la autonomía de la voluntad..."³⁶

³⁶ Pellegrini, María Victoria, "Las uniones convivenciales en el Anteproyecto del Código Civil", en Kemelmajer de Carlucci, Aída- Herrera, Marisa (coord.), El Derecho de Familia en el Anteproyecto de Código Civil, Número especial de Jurisprudencia Argentina 2012-II, p.3.