

LAS UNIONES CONVIVENCIALES EN EL ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL CODIGO CIVIL

Por Patricia S. Giovannetti¹ y Eduardo G. Roveda²

I.- Introducción

Una de las innovaciones que presenta el Anteproyecto de Código Civil y de Comercio es la regulación de las denominadas uniones convivenciales. Hasta el momento nuestra legislación no ha regulado a las uniones de hecho, sin perjuicio de algunas leyes especiales de reconocimiento de derechos como las previsionales o laborales entre otras.

Existen en el mundo tres modelos de regulación de este tipo de uniones; hay países que han equiparado al matrimonio civil, en general por razones de índole étnicas; otros le han dado un contenido contractual a las uniones a través de los pactos y un tercer grupo de países que se han abstenido de regular.

Uno de los problemas mas complejos para resolver cuando se pretende regular las uniones de hecho es compatibilizar la autonomia de la voluntad de los unidos, quienes en el contexto actual de nuestra legislación deciden libremente no casarse, con una necesaria atención de situaciones que se han presentado ante nuestros tribunales donde la falta de regulación ha determinado un resultado disvalioso en la solución jurisprudencial.

En el presente trabajo intentaremos recorrer la reforma proyectada analizando sus consecuencias, nos detendremos especialmente en su denominación, los alcances de su definición por el Anteproyecto, los efectos de la registración, los pactos convivenciales, y de la protección de la vivienda familiar.

Cabe destacar que el presente comentario se realiza tomando en consideración el anteproyecto tal como fuera presentado por la Comisión de reforma sin tener en cuenta las eventuales modificaciones que le realicen en el Poder Ejecutivo Nacional.

II.- Concepto y caracterización

En el derecho vigente, la unión de hecho no se encuentra regulada, salvo algunos derechos reconocidos en diferentes legislaciones especiales y en materia jurisprudencial.

Tradicionalmente la doctrina ha denominado a este tipo de uniones como concubinato, denominación de origen romano que resulta generalmente aceptada tanto por la doctrina como en el conocimiento popular del instituto. En doctrina también se la ha

¹ Profesora adscripta, Derecho Civil V, UNLP

² Profesor titular Derecho Civil V UNLP, UNLaM, Profesor adjunto ordinario UBA

denominado “unión de hecho”, “unión libre” o “matrimonio aparente”.

El anteproyecto se inclina por denominarlas “uniones convivenciales”, esta denominación es ajena a nuestro vocabulario tanto jurídico como coloquial. Los autores del Anteproyecto explican en sus fundamentos que se ha decidido expresamente suprimir la palabra “concubinato” por entender que ella tiene un contenido peyorativo. Claro está que a partir de la sanción de la norma proyectada tampoco se la podrá denominar “unión libre”³ porque sus efectos se encuentran regulados por el futuro ordenamiento.

Las opciones se limitaban entonces a llamarla “unión de hecho” o elegir una nueva denominación, como en definitiva se resolvió.

Belluscio define al concubinato como la situación de hecho que se encuentran dos personas de diferente sexo que hacen vida marital sin estar unidos en matrimonio. La considera una unión de hecho con características de estabilidad y permanencia.⁴

Zannoni la define como la unión permanente de un hombre y una mujer que, sin estar unidos en matrimonio, mantienen una comunidad de habitación y de vida similar a la que existe entre cónyuges.⁵

Cabe destacar que dichos autores formularon los conceptos antes de sancionada la Ley 26.618, momento en el cual se distinguía al concubinato como la unión en aparente matrimonio de hombre y mujer y la “unión civil” para las parejas del mismo sexo.

Fleitas Ortiz de Rozas y Roveda sostienen “Con la mencionada reformada entendemos que el concepto de unión libre o concubinato se amplía a las uniones homosexuales; ello así porque el “aparente matrimonio” es también aplicable a ellas”.⁶

El anteproyecto de reforma del Código Civil y de Comercio denominó al Título III, como “Uniones convivenciales”.

En el artículo 509 se la define como la *“unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo”*.

En la definición se mezcla la noción de la unión con sus caracteres. Entendemos que, en la inteligencia del anteproyecto, debieron separarse los conceptos.

Cabe preguntarse a qué se refiere el Anteproyecto cuando introduce el concepto de “relaciones afectivas”, la noción aparece difusa. Existen múltiples situaciones donde las

³ Esta denominación queda reservada a las uniones que no cumplan con el término mínimo de convivencia.

⁴ Belluscio Augusto César. Manual de derecho de familia, Tomo II, 7° edición actualizada y ampliada, 1° reimpresión, Edit. Astrea, pág. 503.

⁵ Bossert Gustavo A. y Zannoni Eduardo A. Manual de derecho de familia, 6° Edición actualizada. Edit Astrea, pág. 423.

⁶ Fleitas Ortiz de Rozas Abel y Roveda Eduardo G. Manual de derecho de familia, 3° edición, Edit. Abeledo Perrot, año 2011, pág. 51.

personas conviven afectivamente si ser pareja, piensese en dos amigos que deciden alquilar juntos para abaratar sus costos de alojamiento; seguramente entre ellos existirá una relación afectiva mas ella no será un unión de pareja.

Entendemos que el concepto debe completarse con la noción de “proyecto de vida en pareja” ya que esto le da un carácter similar al concepto de cohabitación tal como lo conocemos en la legislación vigente.⁷

Siendo la cohabitación un elemento esencial de la unión convivencial debió haberse incluido en la definición. En consecuencia se la podría definir como “la cohabitación de dos personas de igual o diferente sexo que comparten un proyecto de vida en pareja”.

En cuanto a los caracteres de la unión el Anteproyecto enumera los siguientes: a) singular; b) pública; c) notoria; d) estable y d) permanente.

La unión es singular ya que no se podrá tener más de una, ni tampoco podrá estarse unido en matrimonio y en unión convivencial al mismo tiempo.

Entendemos que los caracteres enumerados por separado como “publica” y “notoria” en realidad responden a un único concepto que es el de ser conocida por la comunidad.

Similiar son los caracteres de estabilidad y permanencia. Para que dicha unión tenga efectos legales, deberá prolongarse en el tiempo. El anteproyecto establece un plazo mínimo de dos años, siguiendo las posturas de varias legislaciones extranjeras y leyes nacionales que otorgan determinados efectos a las uniones convivenciales con un plazo mínimo de duración.

Tal como se lo ha regulado entendemos que la unión convivencial genera entre los convivientes un “estado de familia”. Si comparamos su regulación como la prevista en Francia para los “pactos civiles de solidaridad” encontraremos que en el modelo francés el pacto es un contrato civil destinado a regular la convivencia de la pareja, en cambio en la legislación proyectada la unión tiene muchos más efectos a lo largo del ordenamiento, lo que a nuestro entender lo transforman en un estado de familia.

III.- Requisitos

El Anteproyecto en su art. 510 dispone que para que se les reconozca efectos jurídicos a las uniones convivenciales se requiere que: 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

⁷ Es de destacar que en Anteproyecto se elimina el deber de cohabitación en el matrimonio.

esté registrada otra convivencia de manera simultánea; 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 previstos para la celebración del matrimonio. Se agrega el ligamen u otra unión convivencial registrada; se establece además, un plazo mínimo de dos años.

En cuanto al impedimento de ligamen aparece contradictorio con algunas legislaciones especiales no derogadas por el Anteproyecto y que reconocen derechos a los concubinos con independencia que uno de ellos este casado⁸. Un ejemplo de ello es el derecho a cobrar la indemnización prevista en el art. 248 de la Ley de Contrato de Trabajo el cual prioriza el concubinato por sobre el matrimonio anterior de los concubinos.

Pueden utilizarse aquí dos criterios para resolución de la cuestión, uno de ellos será entender que la legislación posterior deroga a la anterior y en consecuencia, denegar el beneficio previsional o la indemnización. Otra posibilidad es entender que la ley especial prevalece sobre la ley general y en consecuencia mantener los beneficios. Nos inclinamos por ésta última postura.

El quinto y último requisito es que se mantenga la convivencia durante un período no inferior a dos años. No resuelve el anteproyecto desde cuando comienza el reconocimiento de los efectos jurídicos a estas uniones, pueden darse dos respuestas: la primera puede ser que la unión sólo tenga efectos hacia el futuro desde el momento en que se cumplen los dos años o, que la unión tenga efectos retroactivos a su comienzo cuando la pareja alcance unida el término previsto.

Se advierte aquí también discordancia con legislaciones especiales de reconocimiento de derechos, así, a modo de ejemplo, el actual art. 53 de la Ley 24.241 otorga el derecho de pensión del derechohabiente cuando hubiere convivido por los menos cinco años antes del fallecimiento; este plazo se reduce a dos en caso de descendencia.

El anteproyecto no establece una derogación ni modificación expresa a este precepto, que deviene manifiestamente enfrentado con él. Deberá en consecuencia, adaptarse también la legislación especial para quedar en concordancia con la norma proyectada.

IV.- Inscripción de las uniones convivenciales

El Anteproyecto prevee la inscripción de las uniones convivenciales. Así lo establece el art. 511 al decir que *“la existencia de la unión convivencial, su extinción*

⁸ Burdeos Florencia y Roveda Eduardo, Proyecto de ley para regular las uniones de hecho, en elDial.com DC176B, 30/11/11.

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”.

En el artículo siguiente (512) se establece la creación de un registro especial de uniones convivenciales; nada se dice sobre los registros que oportunamente crearan la Ciudad de Buenos Aires y algunas localidades del interior del país para anotar las uniones de hecho.

Es de destacar que el artículo señala que la inscripción es al solo efecto probatorio, ello aparece contradictorio con lo dispuesto en el artículo 522 que establece la necesidad de la registración de la unión para otorgar los efectos previstos para la protección de la vivienda familiar. También es contradictorio con la regulación prevista para la validez de los pactos con relación a terceros cuya registración es exigida (art. 517) y con lo previsto en cuanto a la afectación y desafectación del bien de familia donde se la exige (art. 250).

El Anteproyecto no resuelve el caso en el cual una persona posea dos uniones registradas al mismo tiempo, esto es posible porque al sugerirse la organización de registros locales y no estableciendo un sistema de comunicación entre registros sucederá al igual que con los matrimonios celebrados en diferentes jurisdicciones, si bien el caso es poco común puede presentarse. Como eventual solución podrían aplicarse analógicamente las normas previstas para el caso de bigamia matrimonial.

La legislación que disponga el ordenamiento de los registros deberá establecer el modo en el cual la autoridad de aplicación debe verificar los requisitos para el reconocimiento de efectos de estas uniones, en especial cómo se probará el periodo mínimo de convivencia establecida.

V.- Pacto de convivencia

El régimen proyectado incorpora a nuestro ordenamiento la posibilidad de realizar pactos convivenciales destinados a regular aspectos relativos a la unión. En principio estos pactos prevalecen sobre las normas previstas en este Título (argumento art. 513). Sin embargo, como veremos, ellos están limitados y existen materias donde el ordenamiento legal prevalece.

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

Conceptualmente estos pactos son contratos destinados a regular relaciones futuras entre los convivientes, su contenido puede ser patrimonial o extrapatrimonial, se

trata de contratos bilaterales, que se completan con el solo acuerdo de las partes (consensuales), cuya forma escrita es requerida.

Entendemos que se trata de un contrato cuyas obligaciones son inherentes a la personas, en consecuencia deberán ser realizados personalmente o con poder especial, donde se detallen los términos del pacto al mandatario.

En este capítulo nos detendremos a analizar la forma, la capacidad para otorgarlo, el contenido, la modificación y la inscripción.

A.- Forma: El artículo 513 se limita a decir que los pactos deberán ser hechos por escrito. Al no estar previsto la escritura pública para este tipo de acuerdo se presenta un problema en cuanto a su inscripción en los registros, principalmente en el Registro de la Propiedad Inmueble, nos explicamos: Imagínese que el pacto impone restricciones a la facultad de disponer de un bien inmueble por parte de uno de los integrantes de la pareja⁹, para inscribir dicha restricción en el Registro de la Propiedad Inmueble será necesaria la escritura pública ya que éste tipo de instrumento es el único admitido. Si el pacto ha sido realizado en instrumento privado no podrá inscribirse y en consecuencia no será oponible a quienes contraten con uno de los convivientes. La restricción acordada entonces, no tendrá efectos frente a terceros.

Este problema puede salvarse estableciendo en una legislación especial que los pactos con relación a los bienes se inscriban en el Registro mediante un trámite administrativo, de forma similar a la inscripción como bien de familia.

Otra posibilidad es aplicar analógicamente lo dispuesto para las convenciones matrimoniales y en consecuencia, exigir la escritura pública para este tipo de actos. Sin embargo en el texto proyectado esta aplicación no es posible en virtud de lo dispuesto por el inciso d) del artículo 1017 que establece la obligatoriedad de la escritura pública exclusivamente en los casos que ella esté prevista expresamente en el ordenamiento.

B.- Capacidad: No existe norma especial que regule la capacidad para celebrar este tipo de pactos. En efecto los mayores de edad podrán celebrarlos sin restricciones. En cuanto a los menores de edad ellos no pueden estar en unión convivencial (art. 510, inc. 1), en consecuencia, tampoco pueden celebrar pactos.

En cuanto a los incapaces de ejercicio (art. 24 del ordenamiento proyectado) habrá que analizar el contenido de la sentencia que los incapacite a los efectos de determinar si tiene o no restringida la capacidad para estos actos.

En caso que la sentencia incapacite absolutamente para obrar, el unido en convivencia no podrá celebrar pactos.

⁹ Obviamente no se trata del hogar familiar que tiene una regulación específica.

C.- Contenido y límites: El artículo 514 del Anteproyecto dispone que los pactos de convivencia pueden regular, entre otras cuestiones: a) la contribución a las cargas del hogar durante la vida en común; 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 ella.

En cuanto a la contribución de las cargas del hogar ellas no se encuentran definidas, sin perjuicio de ello puede sostenerse que son los gastos usuales de mantenimiento de la vivienda familiar.

Aquí no existen restricciones en cuanto al contenido del pacto por los que los convivientes podrán acordar que uno solo de ellos pague los gastos o que ellos se distribuyan de manera desigual, inclusive puede pactarse una enumeración de gastos que eventualmente no estén incluidos como gastos del hogar, por ejemplo: gastos relativos a hobbies u otras actividades lúdicas.

La norma permite también pactar acerca del destino de la vivienda común en caso de ruptura de la unión; ello puede ser estableciendo un derecho de una de las partes a continuar ocupándola con independencia de su propiedad, o fijando un plazo de ocupación que puede estar atado a la duración de la unión.

También puede acordarse la fijación de un canon locativo en caso que el inmueble sea de propiedad de uno de los convivientes y sea el otro quien continúe ocupando la vivienda.

Es de destacar que prevalece el contenido del pacto sobre la existencia o no de hijos de la unión, sin embargo entendemos que pueden darse situaciones de abuso de derecho, imagínese el caso de una pareja que ha pactado la continuidad de uno de ellos en el inmueble del otro sin plazo y que no han tenido hijos; el ejercicio de esa continuidad aparece como una restricción al dominio no justificada en ningún interés familiar.

También puede pactarse el modo de participar o compartir los bienes producidos durante la unión. Así los convivientes podrán pactar compartir por mitades los bienes que ambos adquieran durante la unión o establecer un régimen de participación diferenciada (por ejemplo el 60% de los bienes para uno de ellos y el resto para el otro). Naturalmente quienes pacten estas participaciones deberán también acordar un régimen de gestión conjunta que impida la disposición libre de los bienes y en consecuencia tornar ilusorio lo pactado.

Nótese que la única restricción al poder de disposición de los convivientes se encuentra referida al hogar familiar.

Entendemos que existe aquí una solución que resulta mas beneficiosa para las convivientes que para aquéllos que decidan contraer matrimonio en tanto el régimen de comunidad no admite participación desigual pactada.

Además de estos aspectos que la norma enumera puede pactarse cualquier otro punto relativo a la convivencia, tanto patrimonial como extrapatrimonial. Los límites serán que los pactos no pueden tener cláusulas o condiciones que violenten la igualdad de los convivientes ni tampoco condiciones prohibidas (art. 344 del anteproyecto).

En relación al contenido extrapatrimonial cabe preguntarse sí los convivientes pueden pactar deber de fidelidad recíproco. Belluscio, comentando la ley francesa, sostiene que la cuestión ha generado discrepancias en la doctrina de aquel país. Así algunos autores aceptan que pueda pactarse y, otros en cambio, sostienen que tratándose de libertades individuales ellas no pueden ser restringidas contractualmente, también se ha dicho que incluir este deber resultaría una asimilación al matrimonio y que no debe confundirse el deber de asistencia que implica obligaciones de hacer con el de fidelidad que impone obligaciones de no hacer como las de abstenerse de tener relaciones sexuales con terceros¹⁰.

Por nuestra parte pensamos que podría acordarse el deber de fidelidad entre convivientes, entendemos que dicha cláusula no resulta contraria a la moral o a las buenas costumbres, siempre y cuando se pacte reciprocamente. Podría preverse también la posibilidad de indemnizaciones por daños y perjuicios en caso en que alguno de los convivientes faltase a ese deber pactado.

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

D.- Modificación o rescisión: De acuerdo a lo dispuesto en el art. 516, no existe límite alguno para la modificación o rescisión de los pactos de convivencia. Esto significa que en cualquier momento los convivientes podrán cambiar el pacto o dejarlo sin efecto, en este último caso aún cuando la convivencia continúe.

¹⁰ Belluscio, Augusto C. “Evolución del Pacto Civil de Solidaridad francés” LL2009-B, pág.805.

En el segundo párrafo se trata autonomamente el supuesto de extinción por cese de la convivencia, circunstancia que opera de pleno derecho y hacia el futuro.

En cuanto a este último aspecto se puede marcar una contradicción con lo dispuesto en el inc. G del art. 523, donde se establece que una de las causales del cese de la convivencia es su interrupción por un periodo de un año. Surge aquí el interrogante sobre desde cuándo se considera concluida la convivencia, y ello repercute en la enunciación acerca de los efectos “hacia el futuro” al que se hace mención en el artículo que venimos analizando.

Una posibilidad de interpretación es que el pacto pierde su vigencia en el momento en que los convivientes dejan de cohabitar (interpretación literal del art. 516, segundo párrafo). También puede sostenerse que el cese se produce en el momento en que el año se cumple razón por la cual el efecto “hacia el futuro” comienza cuando se cumpla dicho plazo.

E.- Inscripción. Efectos: Para que los pactos de convivencia tengan efectos con relación a terceros, deben ser inscriptos tanto en el Registro de uniones convivenciales como en cada Registro local que correspondan a los bienes (art. 517).

Esta previsión sólo encuentra explicación para el caso en el cual los convivientes hayan pactado gestión conjunta de los bienes adquiridos durante la unión, en este caso si uno de ellos adquiere un bien que es inscripto exclusivamente a su nombre la restricción a la libre disposición sólo operará si el pacto se inscribe en relación a ese bien.

Con relación a los convivientes los pactos tiene efectos desde su celebración sin necesidad de inscripción alguna.

VI.- Efectos de las uniones convivenciales durante la convivencia

1.- Relaciones patrimonial:

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

1.- b. Administración y disposición de los bienes: A falta de pacto 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 y su ajuar y lo analizaremos más adelante (art. 522).

1.- c. Contribución a los gastos del hogar: Los convivientes también puede 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 que dispone: *“los convivientes tiene la obligación de contribuir a los gastos domésticos de conformidad con lo dispuesto*

en el artículo 455”.

La norma hace una remisión expresa al deber de contribución entre cónyuges. Así los convivientes deberán contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, de acuerdo a sus ingresos. Por gastos del hogar debe entenderse lo indispensable para la subsistencia de los integrantes de la vivienda.

Este deber de contribución se extiende a uno de los convivientes con relación a las necesidades de los hijos menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad de su pareja, siempre y cuando convivan con ellos.

1.- d Responsabilidad por las deudas frente a terceros: El artículo 521 establece que “los convivientes son solidariamente responsables por las deudas que uno de ellos hubiera contraído con terceros de conformidad al art. 461”.

Esta norma es indisponible para las partes encontrándose prohibido todo pacto en contrario (art. 513). Entendemos que las cláusulas que contradigan este principio de tendrán por no escritas.

Pero no cualquier deuda genera responsabilidad solidaria entre los convivientes. De acuerdo al art. 461 serán las contraídas para solventar las necesidades ordinarias del hogar, o el sostenimiento y la educación de los hijos comunes. Por necesidades ordinarias del hogar debe entenderse, entre otras, a las necesidades médica del grupo familiar, adquisición de bienes muebles para el hogar, vestimenta para todos los integrantes, gastos de vacaciones familiares y educación¹¹.

No se establece responsabilidad solidaria para el caso de deudas contraídas para atender a las necesidades de hijos menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad. Entendemos que hay aquí una discordancia con lo previsto para las cargas comunes y no advertimos elementos que justifiquen tal diferenciación. Por consiguiente debería establecerse la responsabilidad solidaria también para este caso, siempre y cuando convivan con ellos.

2.- Asistencia: Otro de los límites a la voluntad de los convivientes la encontramos en el art. 519. Entendemos que la característica mas importante de estas uniones es el proyecto de vida en común, consideramos, en consecuencia, que este deber abarca no sólo la faz material, sino también la moral.

La asistencia moral es el respeto y cuidado mutuo entre los convivientes. Fleitas Ortiz de Rozas y Roveda, al tratar los efectos del matrimonio consideran a la faz moral del deber de asistencia un respeto y atención especial en el trato cotidiano de los esposos,

¹¹ Fleitas Ortiz de Rozas Abel M y Roveda Eduardo G. Régimen de bienes del matrimonio, 2ª edición actualizada y ampliada, Edit. La Ley, 2006, pág. 136

compartiendo sus emociones, alegrías, sufrimientos en el cuidado ante una enfermedad y en los emprendimientos laborales¹².

Entendemos también que los convivientes tiene el derecho-deber de prestarse alimentos recíprocos durante la convivencia, también reflejado en los arts. 520 y 521 comentados.

3.- Protección de la vivienda familiar: El hogar donde los convivientes asienten su unión se los denomina “hogar convivencial” o “vivienda familiar”. Dicho bien, al igual que la matrimonial, se encuentra protegida por el art. 14 bis de la Constitución Nacional.

La protección de la vivienda familiar sede de la unión convivencial se encuentra regulada en el art. 522 del Anteproyecto, norma de orden público que no puede ser dejado sin efecto por la voluntad de las partes (argumento art. 513). De su redacción surge una doble protección: a) entre convivientes; y b) frente a terceros.

Es requisito esencial para que la norma que analizamos sea de aplicación la inscripción. No aclara la norma a qué inscripción se refiere, puede tratarse de la anotación de la unión convivencial en el registro a crearse, como así también puede referirse a la inscripción de la existencia de la unión ante el Registro de la Propiedad inmueble. A los efectos de la operatividad de la norma entendemos que dicha inscripción debe realizarse ineludiblemente ante el registro de la propiedad inmueble, ello así porque dese ella se podrán irradiar con eficacia los efectos de la unión convivencial.

3.- a. Protección entre convivientes: Para disponer de este bien el titular registral deberá contar con el asentimiento del otro conviviente. A diferencia del actual art. 1277 del Código Civil, aquí se encuentra utilizada correctamente la palabra “asentimiento”, ya que el otro conviviente no es parte en el acto.

La norma no exige la existencia de hijos menores o con capacidad restringida o con discapacidad para su aplicación.

Se trata de actos que impliquen la disposición material del bien, esto puede ser su venta, pero también puede ser aplicado cuando se intente comprometer su destino como en el caso de constituirse hipoteca sobre él. Entendemos también que debería requerirse el asentimiento para el caso que se comprometa el uso de la unidad habitacional, por caso que quiera otorgarse el derecho de uso y habitación, se lo ofrezca en comodato o en locación.

También se requiere del asentimiento para el caso de disposición de los bienes muebles indispensables de ésta, como también para transportarlos fuera de ella. Con

¹² Fleitas Ortiz de Rozas Abel y Roveda Eduardo Guillermo, Manual de derecho de familia, tercera edición actualizada, 2011. Edit Abeledo Perrot, págs. 125, 126.

muebles indispensables deberá entenderse todos aquéllos que sean imprescindibles para las necesidades básicas de las personas que allí habiten.

El Anteproyecto no aclara la forma en que dicho asentimiento debe ser otorgado. No diciendo nada al respecto podría entenderse que puede ser dado sin ningún tipo de formalidad, ya sea en instrumento público o privado, o verbalmente¹³.

Para el caso en que se niegue el asentimiento este puede suplirse con la autorización judicial si el bien es prescindible y el interés familiar no resulta comprometido. Entendemos que en caso de negativa a prestar el asentimiento esta deberá ser fundada en justa causa, quedando en cabeza de quien la niegue la carga de probar los motivos de su oposición.

El segundo párrafo de la norma comentada sanciona con nulidad relativa al acto de disposición efectuado sin el asentimiento. Se recoge así la postura mayoritaria elaborada para el artículo 1277 del Código Civil.

Para que la anulación sea procedente deben cumplirse tres extremos: a) que sea demandada por quien debió prestar el asentimiento; b) que ella sea interpuesta dentro del plazo de caducidad de 6 meses contados desde que se conoció el acto de disposición; y c) que al momento de invocarse la nulidad la convivencia no se haya interrumpido.

3.- 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.

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

Así esta protección no alcanza a las deudas anteriores a la registración. Recordemos que el artículo 510 del Anteproyecto establece que para que las uniones tengan efectos jurídicos es necesario que se extiendan por el plazo de dos años, razón por la cual existiran deudas contraídas durante la unión pero antes de la registración (que sólo será posible cuando se cumpla el plazo mínimo), dichas obligaciones no están alcanzadas por la imposibilidad de ejecución proyectada.

La vivienda podrá ser ejecutada por las deudas posteriores a la registración cuando hayan sido contraídas por ambos convivientes, o por uno de ellos pero con el asentimiento del otro. Un claro ejemplo de esto sería las deudas con garantía hipotecaria;

¹³ Fleitas Ortiz de Rozas – Roveda Eduardo Guillermo, Régimen de bienes del matrimonio, Edt. La ley, año 2002.
Pág. 102

siendo el gravamen un acto de disposición, el asentimiento del otro conviviente resultará indispensable para la validéz del acto.

4.- Otros efectos que no se encuentran regulados en este Título: El Anteproyecto reconoce derechos a los convivientes a lo largo de todo su articulado. Veamos algunos de ellos:

4.-a. Incompatibilidades e inhabilidades: Se establecen diferentes incompatibilidades y prohibiciones legales entre los convivientes.

- El art. 173 al regular el Órgano de fiscalización de las Asociaciones civiles, establece que los convivientes de los integrantes de dicho órgano no pueden ser al mismo tiempo integrantes de la comisión, ni certificantes de los estados contables de la asociación.

- El art. 295 prohíbe ser testigo en los instrumentos públicos, al conviviente del oficial público.

- No pueden ser testigos en un testamento otorgado por acto público, el conviviente del escribano interviniente y el conviviente del testador (art. 2481).

4.- b.- Presunción de paternidad: Dispone el art. 585 que la convivencia de la madre durante la concepción hace presumir el vínculo filial a favor de su conviviente, excepto oposición fundada.

4.- c. Adopción: Uno de los convivientes pueden adoptar al hijo mayor o menor de edad del otro conviviente (Art. 597 y 599).

También deben adoptar conjuntamente a un menor de edad (art. 599 y 602 y ss).

4.- d. Deber de colaboración: Se le otorga al conviviente un derecho-deber de colaboración sobre el cuidado de los hijos del otro conviviente (art. 653, inc d).

4.- e. Progenitores afines: Los arts. 672 a 676 regula una situación familiar que hasta el momento no se encontraba en el ordenamiento, son los llamados progenitores e hijos afines. Se denomina progenitor afín al cónyuge o al conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente (art. 672).

Estos progenitores afines tienen diferentes derechos y obligaciones como cooperar a la crianza y educación de los hijos del otro conviviente. También se le otorga una obligación alimentaria de carácter subsidiario (art. 676).

4.- f. Medidas provisionales: En caso de conflicto entre convivientes, el anteproyecto les reconoce el derecho de solicitar las medidas correspondientes (art. 723). Ellas pueden ser: a) la determinación del uso de vivienda familiar, b) establecer la renta por el uso exclusivo de la vivienda, c) ordenar la entrega de los objetos de uso personal; c) disponer un régimen de alimentos y ejercicio y cuidado de los hijos (art. 721). También

podrán solicitar medidas de seguridad para evitar que la administración o disposición de los bienes por uno de los convivientes puedan poner en peligro, hacer inciertos o defraudar los derechos patrimoniales del otro; así como individualizar la existencia de bienes o derechos de los que los convivientes fuesen titulares (art. 722).

4.- g. Beneficio de competencia: El acreedor debe conceder el beneficio de competencia cuando su deudor sea el conviviente (art. 893, inc b).

4.- h. Legitimación: Los convivientes se encuentran legitimados para:

- Solicitar la declaración de incapacidad o la capacidad restringida por discapacidad mental de su pareja mientras la convivencia no haya cesado (art. 33, inc. b).

- Reclamar las consecuencias no patrimoniales por muerte del otro conviviente (daño art. 1741). A diferencia de lo regulado por el art. 1078 vigente, el Anteproyecto amplía la legitimación a todo conviviente que ha tenido un trato familiar ostensible.

- Reclamar los daños materiales derivados de la muerte de su conviviente (art. 1745, inc b).

4.- i. Suspensión de prescripción: Al igual que en el régimen matrimonial, el curso de la prescripción para las acciones que se susciten entre convivientes, se suspende durante el plazo que dure la convivencia (art. 2543, inc b).

4.- j. Afectación de la vivienda: En el capítulo 3, del Título III, del Libro I (arts. 244 a 256) encontramos la regulación que viene a reemplazar el actual régimen del bien de familia establecido por la ley 14.394 (el proyecto de reforma prevee la derogación expresa de esta normativa). En lo relativo a las uniones convivenciales encontramos:

a.- La afectación a este régimen puede ser decidida por el Juez -a petición de parte- en las eventuales acciones derivadas de la conclusión de la convivencia, siempre y cuando entre los beneficiarios existan niños o personas con capacidad restringida o con discapacidad (art. 245 último párrafo);

b.- El conviviente puede ser beneficiario (art. 246, inc a);

c.- Si la unión convivencial está inscripta, el inmueble afectado no puede ser transmitido o gravado sin la conformidad del conviviente (art. 250);

d.- La desafectación es procedente siempre que medie asentimiento del conviviente (art. 255, inc. a). También puede expresar su disconformidad cuando la constitución se impuso por testamento y los herederos peticionan la desafectación (art. 255, inc. b). Para ambos casos se requiere que la unión se encuentre inscripta.

VII. Cese.

El capítulo 4, del Título III, se denomina “cese de la convivencia”. Sin embargo el primero de sus artículos (523) enumera las causas del “cese de la unión convivencial”.

El anteproyecto parece tomar como conceptos similares al “cese de la unión” y el “cese de la convivencia”, por nuestra parte entendemos que no lo son. Cuando el proyecto se refiere a “cese de la convivencia” regula cuestiones relativas a la finalización de la cohabitación, en otras palabras la separación física de los convivientes. En cambio el “cese de la unión convivencial” es, a nuestro entender un concepto más amplio, implica la ruptura de la pareja y su finalización como instituto reconocido jurídicamente. Recordemos que pueden existir situaciones que impliquen el “cese de la convivencia” pero no el final de la “unión convivencial”, así por ejemplo el traslado por trabajo de uno de los convivientes por determinado tiempo implica cesar temporariamente la convivencia pero no el fin de la unión. Creemos que el Anteproyecto deberá adecuar las terminologías utilizadas.

Aclarado esto, las causas de cese de la unión enumeradas en el articulado 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 entre sí; 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.

a.- Muerte de uno de los convivientes y sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento (incs. A y b). Las dos primeras causales no generan mayores inconvenientes. 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. Solo cabe aclarar que el anteproyecto no reconoce derechos sucesorios entre convivientes, con lo cual a la muerte de uno de ellos se extinguen todo los efectos del pacto excepto lo relativo a los bienes, según lo pactado y el derecho real de habitación en favor del supértites regulado en el art. 527, el que se explicará más adelante.

b.- Matrimonio o nueva unión convivencial: La tercera causal esta dada por el matrimonio o la nueva unión convivencial de unos de sus miembros. Con el matrimonio no habría problema, una vez contraído cesan todos los efectos de la unión. Pero la nueva unión convivencial sí acarrea algunas dudas.

Como ya hemos explicitado, el art. 510 inc d. impide una unión convivencial si ya hay una registrada; y el art. 511 establece la no procedencia de una nueva registración sin la cancelación de la preexistente.

Entonces si la primera unión no fue inscripta, no habria muchos inconvenientes.

Pero como lo hemos advertido anteriormente los Registros son de orden local sin tener comunicación entre ellos. Entonces se plantea el interrogante que sucede cuando dos uniones convivenciales son registradas en diferentes jurisdicciones. En este orden de ideas nos cuestionamos lo siguiente: ¿Se tiene como válida la segunda unión y cesa la primera tal como lo dispones el art. 523 inc c? o ¿Se tendra como válida la primera por sobre la segunda, de conformidad con la prohibición establecida en el art. 511? Este problema no ha sido resuelto en el Anteproyecto; obsérvese que tampoco regula nulidades específicas en este aspecto.

c.- Matrimonio de los convivientes: Es bastante frecuente que las parejas convivan durante un período más o menos prolongado para luego contraer matrimonio, en estos casos cesan los efectos de la unión y el pacto por ellos celebrados, y entran en vigencia las reglas del matrimonio.

d.- 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).

e.- 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 allí los efectos de la unión.

f.- 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.

Entonces, para que el cese de la unión produzca efectos deben cumplirse dos requisitos: 1) la interrupción continúa de la cohabitación por un plazo de un año sin causa justificada; y 2) la falta de voluntad de vida en común.

Aquí, el cese de la convivencia y la unión convivencial no se producen en el mismo momento, con lo cual se nos plantea el siguiente interrogante: ¿el cese de la unión se produce a partir del año, o se retrotrae al momento en que se produjo el cese de la convivencia?. Creemos que el anteproyecto deberá aclarar esta cuestión, ya que la distinción de momentos pueden traer aparejados distintos inconvenientes. Supongamos que en el pacto se acordó la distribución por mitades de los bienes adquiridos durante la unión, ¿Qué sucede con los bienes adquiridos por uno de ellos durante ese lapso de un

año? Aplicando el derecho vigente estaríamos frente a un supuesto análogo al regulado en el art. 1306 del Código Civil, con lo cual entendemos que los bienes adquiridos durante la interrupción de la convivencia deben quedar en el patrimonio de cada uno de los convivientes; o aplicar analógicamente el art. 480 del anteproyecto que establece la retroactividad al momento de la separación (en este caso el cese de la convivencia). También trae dificultades al momento de contar el plazo de caducidad para accionar por la compensación económica establecida en el art. 524 que será desarrollada a continuación.-

VIII. Efectos del cese:

1.- Compensación económica: El artículo 524 otorga 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 y está inspirada en las legislaciones europeas, especialmente en el artículo 97 y siguientes del Código Civil español¹⁴.

En cuanto a la naturaleza de la prestación otorgada, ella 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 no presente en el derecho alimentario.

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 provocó¹⁵.

Tal como ha sido proyectada podemos definirla como un crédito entre ex convivientes que tiene como causa fuente la ruptura de la unión convivencial y su procedencia se determina por la existencia de un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica.

Es entonces una obligación de origen legal, de contenido patrimonial y que basada

¹⁴ Tiene las mismas características la legislación francesa.

¹⁵ Céspedes Muñoz Carlos y Vargas Aravena Davis, Acerca de la naturaleza jurídica de la compensación económica. La situación en Chile y en España

en la solidaridad familiar pretende reparar las consecuencias económicas de la ruptura¹⁶.

El Anteproyecto regula dos modos de otorgar la compensación, el primero de ellos 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.

Un primer interrogante que surge es si en caso de pacto, el desequilibrio manifiesto debe presentarse, o puede pactarse una compensación no vinculada con él. Entendemos que el desequilibrio manifiesto es una condición esencial para la procedencia por tanto no podrá pactarse sin su presencia. La compensación pactada estará entonces sujeta a una condición, la existencia del desequilibrio al momento de la ruptura.

Otra pregunta que puede realizarse es ¿si se puede renunciar en el pacto a la prestación compensatoria?. *Ut supra* nos hemos pronunciado sobre la naturaleza no alimentaria de esta compensación, razón por la cual resultaría renunciabile. Por otro lado puede pensarse que no es posible renunciar *a priori* a un desequilibrio que no se sabe si va a suceder.

Las partes pueden acordar a la finalización de la unión el monto de esta prestación compensatoria. A falta de acuerdo la compensación debe ser fijada judicialmente, para su procedencia deben darse los siguientes extremos:

a) El cese de la convivencia. Si se ha cancelado la inscripción de la unión, ella será prueba suficiente, sino podrá acreditarse por cualquier medio probatorio;

b) El desequilibrio económico manifiesto. No termina de comprenderse cuál es concepto que se pretende regular.

En Chile se ha regulado en los arts. 61 y 62 de la ley de matrimonio civil la compensación económica. Allí se hace referencia a noción de menoscabo económico que ha sido entendido por la doctrina como “perdida de ganancias o lucro cesante”¹⁷ o como “situación desmejorada para enfrentar el futuro”¹⁸; también como “valor del trabajo doméstico”¹⁹; o “pérdida de beneficios que implica el estatuto matrimonial”²⁰ y, por último “carencia patrimonial de efectos nocivos hacía el futuro”²¹

¹⁶ Vidal Olivares Alvaro. La noción de menoscabo en la compensación económica por ruptura matrimonial, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXI, (Valparaíso, Chile, 2º semestre de 2008) pág. 289

¹⁷ Pizarro Wilson, Carlos “Nuevo derecho matrimonial chileno” Tercera Edición, Santiago, Lexis Nexis 2005, pág. 425.

¹⁸ Corte de Apelaciones de Concepción, 7/8/2006, Recurso N° 1,451-2006.

¹⁹ Turner Saelzer, Susan, “La valoración del trabajo doméstico y su influencia en la compensación económica” Estudios de Derecho Civil II, Lexis Nexis, Santiago, 2006, pág. 219.

²⁰ Corral Talciani, Hernán, “La compensación económica en el divorcio y en la nulidad matrimonial” Revista chilena de Derecho n° 34 (2007) 1, pág. 25.

²¹ Barrientos Grandon, Javier, “La compensación económica como “derecho”” en Revista chilena de Derecho Privado,

En España, en cambio, el instituto es regulado sin hacer referencia al menoscabo sino que se pone énfasis en la comparación de los patrimonios de los cónyuges y la compensación procede cuando dicha comparación produce un empeoramiento de la situación de uno de ellos, se pretende equilibrar los patrimonios de personas que han estado unidas en matrimonio.

Como puede verse existen dos vertientes en la regulación, las que apuntan hacia el pasado y tienden a compensar los perjuicios sufridos por la pérdida de oportunidades a raíz de haber dedicado tiempo y esfuerzo a la crianza de los hijos y el trabajo doméstico; y aquellas que se plantean la cuestión hacia el futuro poniendo el acento en la situación en la que queda uno de ellos luego de la ruptura para su reinserción social y laboral.

Ninguna de estas vertientes aparecen nítidamente en el anteproyecto, por un lado se hace referencia al desequilibrio y la situación futura del conviviente y por otro se sostiene que la compensación tiene “causa adecuada” en la convivencia, donde parece poner acento en el pasado.

c) Con causa adecuada en la convivencia y su ruptura. Ya hemos adelantado que aparece contradictorio este requisito, para nosotros la causa fuente de la compensación es el cese de la convivencia y la división de los roles durante ella es un indicador del eventual desequilibrio económico. Se deberá acreditar la relación de causalidad entre el cese de la cohabitación y el perjuicio económico. Es decir que, si la unión no hubiese cesado, la situación económica del solicitante no hubiese variado.

Si resulta procedente, ésta puede consistir en una prestación única o en una renta por un tiempo determinado que no puede ser mayor a la duración de la unión convivencial. Es decir, a modo de ejemplo, si la pareja convivió durante 5 años, ese será el plazo máximo de la obligación. También puede pactarse la manera en que se va a abonar pudiendo ser en dinero, en especie, o con el usufructo de determinados bienes.

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”.

Entendemos que al decir “cualquiera de las causas” hay un error de técnica legislativa ya que la compensación no será procedente en caso de muerte o ausencia con presunción de fallecimiento ya que ella sólo procede en caso de ruptura.(interpretación literal del art. 524).

Una primera apreciación que puede realizarse es que en realidad se trata de un plazo de prescripción y no de caducidad, la norma comienza diciendo que “la acción...”, sabido es que las acciones prescriben y los derechos caducan, tratándose de una acción ella prescribe.

Aquí cobra relevancia para el cálculo del plazo la diferencia que oportunamente señaláramos entre cese de la unión convivencial y cese de la convivencia, adelantábamos que se trata de conceptos diferentes, en consecuencia el plazo de prescripción comienza al cese de la unión convivencial y no al cese de la acción de cohabitar.

Lo antedicho tiene especial relevancia en el caso del inc f, del art. 523 (cese de la convivencia durante un plazo superior a un año). ¿Cuándo empieza a correr el plazo de prescripción de la acción? Aquí se pueden dar dos lecturas interpretativas. Por un lado, el plazo de caducidad comienza a correr a partir del año en que cesó la convivencia, momento en el cual cesa la unión convivencial (interpretación arts. 523 y 525). Por el otro el art. 524 establece que se puede solicitar la compensación económica una vez “cesada la convivencia”. En este sentido, el plazo de prescripción comenzaría a correr desde que la pareja dejó de cohabitar, no desde que cesó la unión convivencial. Entendemos que resulta más adecuada la primera solución.

Tratándose de una cuestión netamente patrimonial, el Anteproyecto 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).

2.- Distribución de los bienes. El proyecto de reforma otorga a las partes la posibilidad de pactar la manera de distribución de los bienes en 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 embargo, muchas situaciones pueden presentarse entre convivientes. A modo de ejemplo, imagínese que la pareja no celebró pacto, y uno de ellos adquirió un bien del

cual, durante la convivencia ambos le realizaron mejoras. Al momento de la culminación de la unión convivencial, el bien quedará íntegramente en el patrimonio de uno de ellos, enriquecido en su valor por el esfuerzo del otro conviviente. O supongamos que un bien fue adquirido por ambos pero inscrito a nombre de uno sólo de ellos. Para este tipo de situaciones el artículo comentado se aparta de regular acciones específicas entre los convivientes, remitiendo a las normas generales del derecho civil como el enriquecimiento sin causa, la interposición de personas y cualquier otra acción que pudieren corresponder

El anteproyecto regula al enriquecimiento sin causa en sus art. 1794 y 1795. A ella se la define como el enriquecimiento patrimonial sin causa justificada o lícita de una persona a expensas de otra. Tiene carácter excepcional sujetando su procedencia a la inexistencia de otra acción.

La interposición de personas se da cuando el vendedor no conocía que el adquirente no era el que figuraba como tal²². En cuanto a las otras acciones consideramos que pueden ser procedentes la simulación o fraude. Cabe recordar que el plazo de prescripción para interponer estas acciones se encuentra suspendido entre ellos durante la convivencia, de acuerdo a lo establecido en el art. 2543 inc b.

3.- Atribución del uso de la vivienda familiar: De conformidad con lo dispuesto en el art. 514, inc b. en cuanto a la atribución del hogar prevalece la autonomía de la voluntad. En este orden de ideas, los convivientes podrán acordar: 1) a que conviviente se le va atribuir el uso de la vivienda; 2) establecer o no un plazo de duración; 3) establecer un canon locativo a favor del otro conviviente de acuerdo a la titularidad del bien; 4) restringir la disposición del inmueble durante un plazo determinado; etc.

Puede suceder que lo oportunamente pactado no satisfaga las necesidades de vivienda de uno de los convivientes, supongamos que se acordó la atribución del hogar a favor de uno de los convivientes y, al concluir la unión convivencial, es el otro quien se encuentra comprendido en alguno de los supuestos establecidos en el art. 526. ¿Puede éste solicitar se deje sin efecto lo estipulado por las partes y pedir la atribución del hogar en su favor? El anteproyecto no lo resuelve.

Ahora bien, a falta de pacto, el anteproyecto en su art. 526 regula los supuestos en que podrá ser atribuido a uno de los convivientes el hogar que fue sede del hogar convivencial, a saber: a) quien tiene a cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad; o b) quien acredite extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata.

La norma proyectada no aclara si esos hijos deben ser comunes o no. Creemos

²² Bossert Gustavo A. Régimen jurídico del concubinato, 4 edición actualizada y ampliada, Edt. Astrea 1997, pág. 99

que puede atribuírsele también cuando existan hijos de uno sólo de ellos, siempre que sean menores, o con capacidad restringida o discapacidad, se encuentre bajo el cuidado de quien solicita esta atribución y hayan convivido con la pareja.

También la norma autoriza la atribución del hogar a quien acredite “la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata”. Entendemos que el fundamento de esta cuestión es proteger a la parte que se encuentre más débil al momento de la ruptura de la unión convivencial. Kelmelmajer de Carlucci, al estudiar la atribución del hogar en el divorcio, afirma que no debe descartarse la salud de los cónyuges, la actividad laboral, profesional o empresarial que cada uno despliega dentro del inmueble, es decir, a la parte más necesitada de protección²³.

Una de las características de este uso de la vivienda es que es limitado en el tiempo. La norma obliga al Juez a fijar un plazo para su uso. Así se dispone que el plazo de uso de la vivienda no puede ser mayor al que hubiere durado la convivencia, estableciendo además, un plazo máximo de dos años. Entonces, a modo de ejemplo, si la unión duró un año, la atribución se limitará a ese plazo; en cambio si la unión duró veinte años, el uso de la vivienda familiar será atribuida a uno de los ex convivientes por un plazo de dos años.

La norma comentada, en su tercer párrafo, autoriza al juez -petición de parte- a establecer: a) una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del conviviente a quien no se atribuye la vivienda; b) que el inmueble no sea enajenado durante el plazo previsto sin el acuerdo expreso de ambos; c) que el inmueble en condominio de los convivientes no sea partido ni liquidado.

Agregamos que la norma debió incluir supuesto de limitaciones al uso de de la vivienda como darla en locación o usufructo.

En cuanto a la renta compensatoria ella puede ser procedente en el caso en que el bien sea de propiedad del conviviente a quien no se le atribuye la vivienda; o cuando se encuentre en condominio. La norma guarda silencio en cuanto a las pautas a considerar para la fijación de dicho monto.

Cuando el bien sea de propiedad de ambos convivientes, cualquiera de ellos, podrá solicitarle al Juez que éste no sea partido ni liquidado. Creemos que ello también debe extenderse cuando los convivientes hayan pactado la disposición y administración conjunta de los bienes adquiridos durante la unión tal como lo autoriza el art. 518.

En todos estos casos, la decisión que tome el juez será oponible a terceros a partir de su inscripción registral.

²³ Kelmelmajer de Carlucci Aida, Protección jurídica de la vivienda familiar, Edit. Hammurabi, 1995, pág. 243

Finalmente, la norma regula la atribución del hogar familiar cuando el bien sea arrendado. Así el conviviente no locatario tiene derecho a continuar en la locación hasta el vencimiento del contrato, manteniéndose el obligado al pago y las garantías que primitivamente se constituyeron en el contrato.

Las condiciones del contrato se mantienen hasta su vencimiento, con lo cual el plazo de la atribución del hogar, no se circunscribe al tiempo en que duró la convivencia o al plazo máximo de dos años, sino que queda supeditada al vencimiento contractual.

El principal obligado al pago, como los garantes impuestos en el contrato de locación se mantienen hasta su culminación, con todos los derechos y obligaciones a su cargo.

C.- Atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes:

En el supuesto de muerte de uno de los convivientes, el Anteproyecto le otorga al supérstite la posibilidad de invocar contra los herederos del difunto el derecho real de habitación.

Es importante destacar que: a) es un derecho que nace iure propio en cabeza del conviviente sobreviviente; y b) se adquiere ipso iure, sin necesidad de petición judicial (art. 1894 del anteproyecto).

Para que este derecho pueda ser invocado, el art. 527 impone los siguientes requisitos: a) Que el conviviente carezca de vivienda propia habitable o de otros bienes para asegurar el acceso a ella; b) que el inmueble sobre el cual se pretende invocar el derecho real de habitación sea de propiedad exclusiva del conviviente fallecido; c) que dicho bien fue sede del hogar convivencial; y d) que al momento de la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas.

A diferencia del régimen actual del art. 3573 bis que regula el derecho real de habitación del cónyuge supérstite, no se requiere que el acervo hereditario del causante se componga de un solo inmueble habitable, sino que es el conviviente sobreviviente quien debe carecer de bienes inmueble u otros recursos para proporcionarse un hogar.

Este derecho real es gratuito, pero a diferencia del régimen matrimonial, no es vitalicio. La norma dispone de un plazo máximo de dos años, vencido el cual, el bien podrá ser partido entre los herederos del causante. Nada obsta a que éstos inscriban la declaratoria de herederos sobre ese bien, pero el inmueble se encuentra afectado por un derecho real de habitación por un plazo determinado, que también deberá ser inscripto en el Registro de la Propiedad inmueble.

El derecho real de habitación será inoponible a los acreedores del causante.

La última parte del artículo comentado enumera las causales de extinción de este

derecho antes del vencimiento del término. Ellas son a) si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial o contrae matrimonio; o b) adquiere una vivienda propia habitable o cuenta con bienes suficientes para acceder a esta.

IX. Conclusiones:

De la lectura del Anteproyecto en general se advierte un importante avance en cuanto al respeto a la autonomía de la voluntad en el derecho de familia, sin embargo, conjuntamente, se intenta regular una unión que aparece como el producto de la libertad de los unidos que optaron por no contraer matrimonio. En este sentido la regulación es contradictoria.

Nótese que desde la sanción de la ley de divorcio en 1987 casarse no tiene en nuestro ordenamiento ningún obstáculo por lo tanto quienes eligen no casarse no pueden ser obligados a una regulación.

En este sentido el Anteproyecto acierta cuando pone en manos de los convivientes la regulación de los efectos personales y patrimoniales de su unión. También acierta en la regulación de normas de protección de la vivienda familiar; desde el año 1957 nuestro ordenamiento constitucional manda a protegerla y ese mandato no distingue entre la familia matrimonial y la extramatrimonial razón por la cual la legislación proyectada, más allá de los errores de técnica legislativa que hemos apuntado, resuelve una cuestión pendiente.

Difícil resulta en cambio explicar aquéllas normas que imponen restricciones a la capacidad de obligarse de los convivientes ya que aquí no hay ninguna razón que lo justifique.

Tampoco es aceptable que se regule otorgando mayores beneficios a este tipo de uniones en comparación con el matrimonio, entendemos que éste último debe ser el tipo de unión fomentada por el ordenamiento. En este sentido acierta en no otorgarles derechos sucesorios ni derecho de alimentos.

También se resuelve correctamente debates jurisprudenciales como cuando otorga legitimación para demandar el daño no patrimonial.

Para terminar entendemos que resultaba insolasyable encarar algún tipo de regulación de este tipo de uniones. Si se analiza la incidencia de este tipo de uniones en el total de hogares se apreciará el creciente número de parejas que opta por no contraer matrimonio, y esta realidad no puede ser ignorada por el legislador, siempre buscando el difícil punto de equilibrio entre la libertad y la regulación.