

PONENCIA: Dr. Dionisio Nicolás Sejudo.

TEMA: El concubinato ayornado: “La unión convivencial”. Cambios de paradigmas que merecen reflexión.

De acuerdo con el marco normativo vigente los miembros de una pareja -en la letra actual de nuestro Código Civil “los concubinos”- tienen pocos derechos. Ellos a saber resultan: a) Derecho a continuar la locación en caso de fallecimiento del concubino locatario; b) Derecho a reclamar el daño material por la muerte del otro; c) La posibilidad de heredar al cónyuge si el matrimonio se celebró para regularizar un concubinato, cuando el esposo/a falleciera dentro del mes de celebrado el enlace, a raíz una enfermedad que tenía al momento de casarse; d) Posibilidad de alegar una sociedad de hecho para efectuar un reclamo sobre bienes, aunque con la salvedad de que el concubinato, per se, no hace presumir una sociedad de hecho entre los concubinos; e) Derecho de pensión si el aparente matrimonio duró como mínimo 5 años antes del fallecimiento. El plazo de convivencia se reduce a dos años cuando exista un hijo reconocido por ambos convivientes, excluyendo el conviviente al cónyuge supérstite cuando éste hubiera sido declarado culpable de la separación personal o del divorcio. En caso contrario, y cuando el concubino hubiera estado pagando alimentos, por haber dado causa a la separación personal o al divorcio, la prestación se otorgará al cónyuge y al conviviente por partes iguales; f) Indemnización laboral por muerte del concubino: la Ley de Contrato de Trabajo establece el derecho a percibir la mitad de la indemnización por antigüedad que correspondiera, en caso de muerte del empleado, a "la mujer que hubiese vivido públicamente con el trabajador, en aparente matrimonio, durante un mínimo de dos años anteriores al fallecimiento". Este supuesto se aplica también al hombre, cuya concubina falleciera; g) Inclusión en la obra social: se puede incluir como beneficiarios de las obras sociales a "las personas que convivan con el afiliado titular y reciban del mismo ostensible trato familiar"; h) Presunción de paternidad: en un juicio de filiación, donde se pretenda determinar la paternidad del hijo nacido de una

pareja de concubinos, existe una presunción sobre la paternidad del concubino de la madre, si ambos convivían a la época en que el hijo fue concebido. Sin embargo, esta presunción puede ser desvirtuada por el demandado por cualquier medio de prueba.

El anteproyecto cambia enormemente la situación pues dota a los otrora concubinos, hoy “convivientes” –pues habla de “unión convivencial” ya no de concubinos- de un cúmulo de derechos y obligaciones equiparables al instituto del matrimonio. Por otro lado a la institución matrimonial la priva de aspectos importantes, cuales son, el deber de fidelidad y la posibilidad de divorcio contencioso tras la ruptura del vínculo, todo lo cual modifica el paradigma actual de manera relevante.

En principio el anteproyecto regula la “unión convivencial” entendiendo por tal **“la basada en relaciones afectivas de carácter estable, singular y permanente entre dos personas que comparten un proyecto de vida en común, sin importar su sexo” (art. 509)**

Esta definición que permite abarcar a las parejas de distinto o igual sexo esta en consonancia con la aceptación social que hoy tienen todas estas formas de “familia” en la actualidad y responde a la idea de inclusión de las minorías y respeto a la sexualidad humana. Hasta allí ninguna objeción me merece el articulado el cual asimismo exige para hablar de “uniones convivenciales” que los convivientes: 2) Sean mayores de edad; 2) No estén unidos por vínculo de parentesco en los grados que la ley define; 3) No estén “casados” y a su vez conviviendo; 4) No este registrada otra convivencia de manera simultánea; 5) Tengan más de 2 años de convivencia. (art. 510)

Pero en lo que respecta a la “regulación legal” especial de estas “uniones convivenciales” que excede la hoy vigente se centra mi crítica pues no se puede confundir figuras y equiparar al concubinato con el matrimonio - dado la regulación que se propone para uno y otro instituto- máxime cuando el que no se casa es porque no quiere que la justicia se entrometa en su pareja tal como propone el anteproyecto de reforma. Los casos de uniones sin papeles por razones económicas de los cuales muchos hablan a mi entender tampoco justifican la regulación pues el servicio del estado es accesible -

económicamente hablando- para todos aquellos que deciden recurrir a la institución matrimonial, por lo que en definitiva termina siendo una decisión “de conciencia” el contraer nupcias o no.

Y la equiparación se da porque las únicas dos diferencias que en definitiva se marcan en el anteproyecto entre unión convivencial y matrimonio estarán dadas: a) Porque los cónyuges podrán adquirir derechos hereditarios y los concubinos no; b) En la forma en que se permitirán dividir los bienes ante una ruptura de vínculos -pues si los convivientes nada acuerdan no habrá división por mitades de los bienes habidos durante la unión convivencial como regla¹, división por mitades que si existirá tras la ruptura del matrimonio en los casos en que no se haya pactado lo contrario-, más no obrá ninguna otra, es más, si se comparan los lineamientos para ambos institutos previstos en el anteproyecto, para las convivencias se requerirán más caracteres que para el matrimonio. Por ejemplo, se exigirá que exista "afecto" y “estabilidad y permanencia” en el concubinato más no así en el matrimonio donde incluso se deroga el deber de cohabitar y los convivientes podrán regirse por "lo estipulado en el pacto de convivencia", pacto el cual puede regular “entre otras cuestiones” “la forma en que los convivientes contribuirán a sufragar las cargas del hogar, la atribución del hogar común en caso de quiebre de la unión, la división de los bienes obtenidos del esfuerzo en común en caso de ruptura” (art. 514) mientras que los cónyuges sólo podrán optar por dos regímenes: el de comunidad o el de separación. En este punto, los convivientes tendrán mayor libertad que las personas casadas.

La inscripción de la unión convivencial solo tendrá efectos probatorios (art. 511 -512), es decir, la convivencia se podrá probar por cualquier medio. Si bien se crea un registro no será necesaria la inscripción de las convivencias para que las normas contenidas en el código se apliquen. Solo aquellos que no deseen su aplicación deberán celebrar por escrito un pacto el cual tendrá

¹ Pues “los bienes adquiridos durante la convivencia a falta de pacto se mantienen en el patrimonio al que ingresaron” “sin perjuicio de la aplicación de los principios generales relativos al enriquecimiento sin causa, la interposición de personas y otros que puedan corresponder” (art. 528) que la normativa actual también permite.

validez para terceros desde su inscripción en el registro de convivientes para que la normativa no los alcance (art. 513).

Es decir, la ley, en su afán proteccionista, genera una solución contraria a la que apuntan aquellos que no se casan para no quedar sometidos al instituto del matrimonio -instituto al cual pueden recurrir tanto las parejas hetero como homosexuales-. En este sentido hasta habrá que notificar al otro por medio fehaciente la intención de terminar la unión ya que de lo contrario los efectos legales de protección regirán aún después de un año de cesada la convivencia (art. 523).

El anteproyecto plantea que habrá obligación de compensar económicamente al conviviente si cesa la unión y alguno de ellos sufre un desequilibrio patrimonial tras la ruptura (art. 524) entre otras consecuencias hoy ajenas a la idea de “pareja” sin papeles. En cuanto al cuidado de los hijos comunes y de los gastos del hogar, la responsabilidad de los convivientes serán similares a la de los cónyuges; los convivientes tendrán la obligación de contribuir a los gastos domésticos (art. 520) y serán solidariamente responsables por las deudas que uno de ellos hubiera contraído con terceros (art. 521). Por otro lado, se impone también la obligación alimentaria entre convivientes (art. 519), aspecto que al día de hoy no existe en la legislación.

Tras la reforma asimismo, los efectos patrimoniales en caso de disolución de las convivencias serán similares a los supuestos de disolución del matrimonio pues se podrá imponer la fijación judicial de una compensación económica a favor del concubino que acredite una situación desventajosa como consecuencia del cese de la convivencia. En cuanto a la división de bienes en sí se estará a lo que exprese up supra.

En cuanto al destino de la vivienda familiar que constituyó el último hogar de los convivientes el juez podrá atribuir el uso de la vivienda familiar en caso de muerte de uno de los convivientes, al que lo sobrevive, por un plazo máximo de dos años en forma gratuita, si el supérstite carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a esta. (art. 527). Ello lo veo ventajoso pues superará situaciones injustas y permitirá al

supérstite un plazo para reacomodar su realidad, máxime cuando la relación del conviviente supérstite con familia del titular registral es mala o inexistente.

Pero es un contrasentido decir que “este derecho” -el que acuerda el art. 527- no es oponible a los acreedores del causante” si el art. 522 protege la vivienda de uso familiar una vez inscripta la unión y no es ejecutable por deudas contraídas por el titular registral. Debería en tal caso -unión inscripta- respetarse el plazo de dos años para hacer lugar a las ejecuciones.

También la normativa dispone que el uso del inmueble donde habitó la pareja puede ser atribuido a uno de los convivientes si: a) Tiene a su cargo el cuidado de hijos menores de edad o con discapacidad; b) Acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata. En estos casos, de acuerdo con la iniciativa, el juez debe fijar el plazo de la atribución, que no podrá ser mayor al que duró la convivencia, con un máximo de 2 años a contar desde que se produjo el cese de la vida en común.

La atribución del uso del inmueble implicará su indisponibilidad durante el tiempo en que fue conferida. La decisión judicial producirá efectos frente a terceros a partir de su inscripción en el registro de uniones convivenciales.

Sin perjuicio de la crítica genérica que planteo en cuanto a la regulación en sí de las “convivencias” por importar una equiparación en definitiva de éstas con el instituto del matrimonio a mi entender desaconsejable, algunas normas de las proyectadas –de aceptarse la regulación- resultan particularmente “peligrosas” en su redacción propuesta a saber: La norma del art. 526 última parte y la del art. 522 a las cuales hay que prestarles especial atención.

La última parte del art. 526 expresa “Si se trata de un inmueble alquilado, 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”. ¿Que ocurrirá si los garantes son amigos o familia del locatario y el conviviente no locatario tiene mala relación con estos y no paga o no reintegra el inmueble a su

vencimiento? ¿Porque se tiene que obligar a terceros a continuar garantizando un contrato cuyo destinatario es distinto de aquel que afianzaron? ¿El locatario para obtener la desocupación de la vivienda alquilada ocupada por su ex concubino no podrá ser “presionado” y terminar una norma pensada con el mejor de los deseos en un instrumento de abuso? El caso de muerte protegido en la actualidad es un supuesto distinto pero inmiscuir a terceros cuando hay problemas de pareja y odios en su máxima expresión, es un supuesto que merece mayor análisis.

En cuanto a la norma del art. 522 con criterio se ha reformado -desde su redacción original al texto hoy conocido- la disposición en atención a la protección de la vivienda familiar al incorporarse el agregado de “inscripción de la convivencia” para que opere la protección, pues resultaba insólita la regulación que de consagrarse tal como estaba plasmada generaría serias consecuencias en el tráfico mercantil, consecuencias que no del todo se superan con el agregado.

El proyecto sostiene (art. 522): “Si la unión convivencial ha sido inscripta ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar... Si no media esa autorización, el que no ha dado su consentimiento puede demandar la nulidad del acto dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido y siempre que continuase la convivencia. La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la unión convivencial, excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ello con el asentimiento del otro”.

Sin el agregado de la inscripción resultaba un “bingo” comprar una vivienda a una persona de estado civil soltera o divorciada la cual podía vender, cobrar el precio y luego presentarse el concubino de esta -real o ficticio- y pedir la nulidad de la venta. ¡Pobre comprador de buena fe a título oneroso! En lo demás, el proyecto -en su versión original- eliminaba la posibilidad de contar para garantizar un negocio con la garantía de vivienda de una persona soltera o divorciada. El hecho radicaba en que es imposible verificar si una persona soltera o divorciada titular de un inmueble esta viviendo

o no en pareja. O si quien dice es su pareja y suscribe el negocio es tal. O bien si en ínterin del iter negocial, deja el garante de vivir en pareja con quien así consta y presta su conformidad y continúa conviviendo con otro u otra que nada sabe o que nada garantiza.

Con el aditamento de la inscripción se eliminan gran posibilidad de argucias pero a mi entender un mejor fin se logra con la inscripción de la vivienda como sede de la unión convivencial en el registro de la propiedad correspondiente (inscripción similar al actual bien de familia) Pues al existir esta norma en toda operación se deberá contar con un certificado negativo del registro de no inscripción de convivencia del titular registral para que pueda servir el inmueble como garantía o pueda este enajenarse pues de lo contrario no podrá acreditarse el carácter de “soltero o divorciado” no conviviente del dueño. El problema radicará en que registro he de pedir dicho certificado ¿En el del lugar de ubicación del bien? ¿En otro?. ¿Que ocurre si los concubinos desde la inscripción de la unión mudan su domicilio y luego el titular del bien adquirido en otro domicilio pretende vender y esquivar al otro?. ¿Cómo se entera el comprador de buena fe que el enajenante tiene inscrita una unión convivencial? La respuesta es que no se entera y no veo la forma de que con su redacción mejorada pueda protegerse a los terceros ya sea adquirentes u acreedores. ¿Que tal también si alguien que tiene una unión convivencial inscrita, inscribe otra para enajenar el bien, obviamente con el asentimiento del nuevo conviviente? Por todos estos interrogantes no veo mejor protección que la derivada de la inscripción del bien en los respectivos registros para lograr la tutela pretendida.

Todos estos cuestionamientos deben superarse para evitar soluciones que solo favorecen el engaño y la picardía y que paralizarán todo negocio comercial.

En definitiva, y a título personal, creo que al regular el estado de modo tan minucioso sobre el concubinato avanza sobre la autonomía de la voluntad que tanto pregona ya que hoy esta convivencia de hecho se da en todos los estratos de la sociedad y responde a la idea de no querer verse alcanzado por la normativa del matrimonio y todo lo que ello conlleva.

Quienes viven en concubinato sin casarse lo hacen porque así lo desean, nadie se los impone; por ende no se le puede brindar una regulación similar a la institución matrimonial a quienes no desean formalizar y obligar a cambiar la regla, es decir, al que no quiere “papeles” exigirle hacerlos para no quedar alcanzado por la normativa, situación que deberá difundirse y ser conocida por la población para evitar sorpresas.

Por último, una reflexión final me merece la idea proyectada de eliminar las “culpas” en los procesos de divorcio a los fines de agilizar el trámite judicial y ya no hablar más de “divorcio contencioso”. Entiendo como especialista en la materia con más de 35 años en el ejercicio profesional en temas vinculados a derecho de familia, que esta idea “en solitario” entra en choque con el sentir del ofendido en la ruptura del vínculo matrimonial ante la infidelidad, abandono o injurias del otro pues ya no habrá más derecho a “alimentos a favor del inocente” o a un “resarcimiento indemnizatorio” -será más dudosa su procedencia- pues la consecuencia única prevista para el divorcio será una “compensación económica para el cónyuge a quien la ruptura del vínculo matrimonial implique un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura” (sic), que incluso podría darse el caso que podrá reclamarla el propio solicitante causante de la ruptura si sus ingresos son menores que los del otro consorte.

Esta “rapidez” que se pretende lograr, esta eliminación de la posibilidad de sancionar al culpable de la ruptura del vínculo matrimonial hasta que punto no logra ser injusta con aquel que apostó a su familia y ve desbaratado el vínculo y no obstante ello resulta obligado a pagar una compensación al adúltero, abandonante o injuriante.

Muchas son las reformas planteadas y muchos son los interrogantes que la legislación planteará. Lo óptimo será poder encauzar el sentir popular y comprender que el divorcio para cualquiera que lo haya vivido o lo pueda sufrir afecta enormemente el sentir de las personas, su integridad y que si bien pasar en forma rápida ese tramo amargo es lo más aconsejable, es bueno también recordar que el matrimonio no es un contrato más, hace a la base de la

sociedad y es conveniente no facilitar su desbaratamiento con consecuencias injustas.

Tal vez autorizar en los pactos pre o post nupciales –que siempre deberían celebrarse con asistencia letrada cuestión que no prevé el anteproyecto- indemnizaciones o sanciones al que requiere la ruptura sea una forma de anticipar una compensación justa frente a un mal trago en el futuro pero cuanto ello importa introducir soluciones extranjeras no comunes ni pensables para muchos en nuestro medio. Un cambio de “cabeza” a la hora de “casarnos” se nos obligará a adoptar de prosperar sin modificaciones la reforma enviada a nuestro Congreso Nacional si no queremos llorar además de por la ruptura por la injusticia de algunas soluciones.