

Sobre algunos aspectos de la unión convivencial, la protección de la vivienda y los pactos de convivencia

Propuestas de implementación

Mario G. Szmuch*

RdN 919

Disentir no es solo negar un acuerdo, sino que es, sobre todo, pretender otro sentido.

RESUMEN

Se analiza la estructura de la unión convivencial y los requisitos para configurarla a la luz del interés superior del niño, admitiendo incluso –por el principio de primacía de la realidad– que una persona casada separada de hecho sin voluntad de unirse constituya unión convivencial. Se circunscribe el efecto de la inscripción de la unión a su justa medida, para evitar que una interpretación literal de las normas en juego perjudique la protección integral de la familia. En esta línea, se entiende que el conviviente no inscripto puede ser designado beneficiario del régimen de vivienda y que, en ciertos casos, la inscripción de la unión no es esencial a los efectos de poder invocar el régimen de protección de la vivienda que prevé el artículo 522 del Código nuevo. Abordamos también el análisis de la oponibilidad de los pactos de convivencia aun en caso de falta de registración de la unión o del pacto en el Registro de Uniones Convivenciales o el que corresponda por la naturaleza de los bienes, ajustándose la exigencia de la inscripción registral a los dictados del principio de la buena fe.

Sumario: Abreviaturas. **1.** Introducción. **2.** Definición. **3.** Denominación. **4.** Situación anterior. **5.** Las uniones convivenciales en el nuevo Código Civil y Comercial. **6.** Eficacia jurígena de la unión convivencial. **7.** Estructura jurídica de la unión convivencial. Principales diferencias y puntos de contacto con el matrimonio. **7.1.** Sustrato subjetivo. **7.2.** Manifestación de la voluntad para su configuración. **7.3.** Rol que juega la posesión de estado. **7.4.** Naturaleza del compromiso que se asume. **7.5.** Causa y naturaleza de los deberes. **7.6.** Naturaleza jurídica. **7.7.** Diferencias estructurales. **7.8.** Régimen de oposición y nulidad. **7.9.** Incidencia en el estado civil. Su impacto en las escrituras. **7.10.** Incidencia en el nombre. **7.11.** Incidencia sobre el parentesco. Progenitor afín. Designación del hijo afín como beneficiario del régimen de vivienda. **7.12.** Revocación del testamento. **7.13.** Forma y prueba. **7.14.** Régimen patrimonial. **7.15.** Determinación de la fecha de inicio y fin de la unión. **7.16.** Efectos del inicio de una unión convivencial con respecto al matrimonio y la unión convivencial anterior. **7.17.** Curso del plazo de prescripción. **8.** Inicio de la unión

* Escribano.

convivencial. *Cómputo del plazo de convivencia, incidencia de los impedimentos. Ajuste constitucional de los requisitos. Convivencia en dos viviendas.* **9.** Principio rector en materia de inicio y subsistencia de la unión convivencial. **10.** Reconocimiento oficial e inscripción de la unión convivencial. **10.1.** Carácter optativo de la inscripción. Reconocimiento previo. **10.2.** Justificación del acto de reconocimiento. **10.3.** Funcionarios competentes para efectuarlo. **10.4.** Atribuciones de los funcionarios del Registro Público Local de Uniones Convivenciales. **10.5.** Conveniencia de atribuir la competencia a los escribanos. **10.6.** Participación personal de los convivientes. **10.7.** Contenido del requerimiento y del acto de reconocimiento. **10.8.** Distintos tipos de reconocimientos. **10.9.** Creación de un registro especial para las uniones convivenciales. **10.10.** Efectos de la registración. **10.11.** Carácter de la inscripción. **10.12.** Irrelevancia de la inscripción. **10.13.** Terceros excluidos. **10.14.** Impugnabilidad de la inscripción. **10.15.** Admisión por el Registro de la Propiedad de la unión convivencial no inscrita. **10.16.** Documentación que debe expedir el Registro Público Local de Uniones Convivenciales. **10.17.** Propuesta de implementación de un índice de uniones convivenciales a cargo del Registro de la Propiedad Inmueble. **11.** Protección de la vivienda. **11.1.** Protección automática de la vivienda. **11.2.** Régimen de vivienda. **11.3.** Protección post mortem. **12.** Régimen económico. Pactos de convivencia. **12.1.** Autonomía de la voluntad. **12.2.** Forma. **12.3.** Oponibilidad a terceros. **12.4.** Sistema de registración. Necesidad de incorporar el contenido del pacto a un registro público. Conveniencia de su otorgamiento en escritura pública. Creación de los registros de pactos convivenciales a cargo de los Colegios de Escribanos. **12.5.** No todos los contratos que celebren los convivientes son pactos de convivencia. **12.6.** Posibilidad de restringir convencionalmente el poder dispositivo de los convivientes. **12.7.** Oportunidad. Pluralidad de pactos. **12.8.** Omisión de exteriorizar el pacto. **12.9.** Cuestiones acerca del contenido de los pactos. **12.10.** Compromiso arbitral. **12.11.** Pacto de convivencia y fideicomiso. **12.12.** Incidencia del interés superior del niño. **12.13.** Sanciones en caso de incumplimiento. **12.14.** Rescisión del pacto. **12.15.** Subsistencia del pacto luego del cese de la convivencia y de la unión convivencial. **13.** Cese de la cancelación de la unión convivencial. **13.1.** Introducción. **13.2.** Clasificación de las causas de cese de la unión convivencial. **13.3.** Fecha de cese de la unión convivencial. **13.4.** Instrumentación del cese. **13.5.** Comunicación del cese de la unión convivencial. **13.6.** Cancelación de los pactos de convivencia. **13.7.** División de bienes. **14.** Otros aspectos en los que incide la unión convivencial.

Abreviaturas

- *ISN*: interés superior del niño.
- *RPI*: Registro de la Propiedad Inmueble.
- *RPLUC*: Registro Público Local de Uniones Convivenciales.
- *UC*: unión convivencial.

1. Introducción

El nuevo Código Civil y Comercial regula las denominadas uniones convivenciales (en adelante UC, en singular y en plural indistintamente) en el Título III del Libro Segundo (“Relaciones de familia”), en los artículos 509 al 528. La UC puede definirse como la unión, desprovista de solemnidades legales, de dos personas libres de impedimentos¹ que adoptan libremente una manera de vivir coincidente con la que

1. Ver art. 510, incs. b), c) y d).

los esposos desarrollan luego de contraer matrimonio. Se trata de un modo de convivencia alternativo al matrimonio.

Nuestro país, bajo la presión de la realidad social y su reconocimiento por parte de los poderes públicos, adhiere con el nuevo Código a un sistema más acorde con el concepto vigente de familia, y le da a las UC un tratamiento legal amplio. –Quedan fuera de admisión otros modelos, cuya estructura no se ajusta a los paradigmas dominantes vigentes o a los postulados mínimos que impone la moral pública de nuestra sociedad, tales como la poliginia, la poliandria, el matrimonio trial o grupal², etc.–. El mayor de los méritos de la nueva normativa es el reconocimiento de este tipo de unión como una verdadera familia, merecedora por lo tanto de la protección constitucional que corresponde a este instituto.

El propósito de los párrafos siguientes es discurrir, con un cierto grado de análisis en cada caso, pero sin ninguna aspiración científica, sobre algunos aspectos de la normativa nueva relativa a las UC, la protección de la vivienda alrededor de esta figura, los pactos que los convivientes pueden celebrar y algunas cuestiones que pueden presentarse cuando la UC cesa. Lo haremos con una visión pragmática, a efectos de proponer algunas soluciones que estimamos adecuadas para contribuir a armar los nuevos modelos de aplicación. Solo abordamos algunos temas que nos resultaron atractivos o relevantes desde la óptica notarial, sin la pretensión de agotarlos.

Aclaremos que la mayor parte de las aseveraciones que hacemos en este trabajo son simplemente propuestas de implementación de los nuevos institutos y los argumentos para fundarlas, a la luz de lo que creemos es una interpretación aceptable de las disposiciones del Código nuevo, en armonía con los principios de orden constitucional, que inspiran e iluminan dicha interpretación.

2. Definición

Como afirma un autor español,³ estamos ante una realidad proteica, multiforme y plurifacética que difícilmente se presta a una definición exacta. No es una nimiedad encontrar un concepto que recoja la esencia de las UC, máxime si se trata de diferen-

2. Ver “Un trío de amantes consigue que se le reconozca como unión civil en Brasil”, artículo publicado en el portal de noticias *20minutos*, sección Internacional (fecha y hora de publicación: 27/8/2012, 15:24 h): “La unión civil (escritura pública de unión estable) de dos mujeres y un hombre sin hijos que convivían desde hace tres años se llevó a cabo hace ya tres meses en la ciudad de Tupá, perteneciente al estado de Sao Paulo, según informan medios locales como *Globo.com* o *Correio do Estado*, aunque ha sido recientemente cuando ha salido a la luz. Esta unión ha sido calificada como ‘poliafectiva estable’, un término no oficial dentro del mundo jurídico. No garantiza sin embargo los mismos derechos que tiene el matrimonio o una familia reconocida como tal. El notario que la llevó a cabo no apreció inconstitucionalidad por lo que entendió que «no existía ningún impedimento legal» y decidió aceptar la declaración de unión civil para garantizar los derechos de estas tres personas: «La declaración es una forma de garantizar los derechos de la familia entre ellos. Puesto que no están casados pero viven juntos». El abogado Nathaniel Santos Batista Júnior ha sido el encargado de redactar el documento del trío. El jurista explica que el documento «establece como la división de los bienes si uno de los cónyuges muere o en caso separación». También sostiene también que es el primero que se hace en el país con el objetivo de «garantizar su derecho como una familia» y añade que una vez aceptada esta unión, que es un «primer paso» pueden solicitarse «otros derechos, como los beneficios del seguro social». [N. del E.: accesible desde la RDN digital <http://www.revista-notariado.org.ar/>].

3. CERDÁ Gimeno, J., *Estudios sobre derecho de familia*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, 1993.

ciarlas de otro tipo de relaciones, con otros componentes, no sexuales; por ejemplo, de ayuda, colaboración, amistad o familia.

En este sentido, podemos citar la Ley 19/1998 de Situaciones Convivenciales de Ayuda Mutua, de la Comunidad Autónoma Catalana, en cuyo preámbulo se lee:

Al margen del matrimonio y las uniones estables de pareja, la sociedad catalana de hoy presenta otras formas de convivencia de ayuda mutua, especialmente en lo que se refiere a las personas mayores que intentan poner remedio a sus dificultades [...] es procedente establecer una regulación de las situaciones de convivencia de personas que, sin constituir una familia nuclear, comparten una misma vivienda, unidas por vínculos de parentesco sin límite de grado en la línea colateral, o de simple amistad o compañerismo, y que ponen en común elementos patrimoniales y trabajo doméstico, con voluntad de ayuda mutua y permanencia.

Dicha ley fue derogada por la Ley 25/2010, aprobatoria del Libro Segundo del Código Civil, relativo a la persona y la familia, en el que las relaciones convivenciales de ayuda mutua son reguladas a partir del artículo 240-1.

El artículo 509 del Código nuevo conceptúa la UC como la unión de dos personas de igual o diferente sexo, basada en relaciones afectivas, que conviven y comparten un proyecto de vida común. Dicha unión debe presentar los caracteres de singularidad, publicidad, notoriedad, estabilidad y permanencia.

Pensamos que la definición legal sería más precisa si expresara que la manera de convivir es coincidente con la que los esposos desarrollan luego de contraer matrimonio. De tal manera, se daría a entender que bajo la UC se realizan las mismas funciones que en el matrimonio, es decir: la pareja asume el propósito de integrar una familia a través de la cohabitación doméstica y sexual, el afecto, el respeto y la protección recíprocos, y, eventualmente, la perpetuación de la especie. Los integrantes de la UC hacen vida en común, comparten techo y también lecho, intiman y se asisten mutuamente, es decir, se comportan como si fueran cónyuges.

3. Denominación

Esta especie de unión también es llamada matrimonio de hecho, matrimonio aparente, estado aparente conyugal, convivencia *more uxorio*, situación de hecho asimilable al matrimonio, unión de hecho, unión libre, concubinato, etc. –Esta última denominación, utilizada en el Código de Vélez, tiene un sesgo peyorativo, pues etimológicamente no significa vivir juntos o compartir la vida como esposos, sino acostarse juntos, es decir, denota únicamente el componente sexual y no la convivencia de sus integrantes–.

4. Situación anterior

El Código anterior ignoró este tipo de uniones. No obstante, si bien el legislador fue reacio a regularlas, aventuramos que fue él quien de cierta manera contribuyó a que se formaran y tuvieran un mayor arraigo y justificación en la sociedad.

Antes de sancionarse el divorcio vincular, ante la imposibilidad de disolver el vínculo matrimonial los cónyuges rehacían su vida de pareja; al no recuperar legalmente su aptitud nupcial lo hacían mediante una unión de hecho o concubinato. En algunos casos, para intentar legalizar la unión se casaban en otro país, generando para la ley argentina una unión de hecho desprovista de protección jurídica civil. La ley argentina les daba la espalda y por ello acudían, pero con resultado nulo, a la ley extranjera.

5. Las uniones convivenciales en el nuevo Código Civil y Comercial

El Código nuevo admite estas uniones como una realidad y las regula, dejando atrás el criterio antiseccular de ignorarlas. La comunidad de vida que implica la UC genera situaciones que exigen consideración y solución por parte de los poderes del Estado. El legislador no puede permitir, por ejemplo, que la persona que durante años atiende el hogar y la familia de su conviviente quede desahuciada al romperse la pareja y sin recibir participación alguna en los bienes adquiridos con el esfuerzo común; o que se burlen los derechos de los acreedores so pretexto de que las obligaciones contraídas por uno de los integrantes de la pareja para reparar el hogar no son responsabilidad del otro dado que quien contrajo la deuda no es el legítimo esposo. Un código moderno no podía avalar semejantes situaciones.

Con el Código nuevo queda atrás la actitud reticente del legislador –inspirada en dogmas religiosos que no todos los habitantes de la República comparten, ni cabe imponer desde los poderes del Estado–, y la UC queda jurídicamente equiparada en ciertos aspectos al matrimonio.

Consideramos, dogmas de moral privada y religiosos al margen, que es sensata cierta equivalencia jurídica entre matrimonio y UC, dado que el substrato subjetivo de ambas figuras es el mismo: dos personas unidas por el afecto, que conviven y llevan adelante una vida en común, y constituyen una familia.

6. Eficacia jurídica de la unión convivencial

En el régimen anterior el concubinato constituía una situación con eficacia jurídica civil nula, salvo al único efecto de legitimar el matrimonio *in extremis* (art. 3573 CCIV derogado). Paulatinamente, aunque de manera dispersa, el legislador le fue dando un mayor reconocimiento; así, por ejemplo:

- La Ley 23091 de Locaciones Urbanas, cuyo artículo 9 prevé que en caso de abandono de la locación o fallecimiento del locatario, el arrendamiento puede ser continuado en las condiciones pactadas y hasta el vencimiento del plazo contractual por quien acredite **haber convivido y recibido del mismo ostensible trato familiar**.
- La Ley 24193 de Trasplantes de Órganos y Tejidos (modificada por Ley 26066), cuyo artículo 15 permite la ablación de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplante sobre una persona capaz mayor de dieciocho años, quien podrá autorizarla únicamente en caso de que el receptor sea su cónyuge

... o una persona que, sin ser su cónyuge, conviva con el donante en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres (3) años, en forma inmediata, continua e ininterrumpida. Este lapso se reducirá a dos (2) años si de dicha relación hubieren nacido hijos.

A diferencia del régimen anterior, en el que tiene lógica calificar “de hecho” a este tipo de unión, el Código nuevo le atribuye a la UC gran cantidad de efectos, ya no simplemente materiales o fácticos, sino jurídicos. Por tal motivo, entendemos que resulta impropio llamarla unión de hecho, pues la calificación ínsita en tal denominación parece denotar que la unión se desenvuelve únicamente en el plano fáctico, sin eficacia jurídica, y ello implica –desde el lenguaje– desconocerla como familia merecedora de protección. Lo único que en la UC es “de hecho” es el contenido de los supuestos jurídicos (*factum, tatbestand*) que dan lugar a su constitución, vigencia o cese, pero no sus efectos. Que la unión sea de hecho significa, ni más ni menos, que, a diferencia del matrimonio, la UC no se constituye ni se disuelve voluntariamente a través de un acto jurídico. Desde el punto de vista terminológico, seguir llamándola así es quedarse atrás en el tiempo, estancado en un paradigma anterior.

7. Estructura jurídica de la unión convivencial.

Principales diferencias y puntos de contacto con el matrimonio

Compararemos entre sí algunos aspectos del matrimonio y la UC, con el propósito de comprender mejor la estructura jurídica de esta última, cuya esencia en el mundo material es fácil de asir pero no así en el plano jurídico. Mencionaremos algunas diferencias y puntos de contacto que encontramos entre ambas figuras, para delinear mejor la UC en sus contornos jurídicos, pero sin adentrarnos en el contenido de la relación.⁴

7.1. *Sustrato subjetivo*

El elemento subjetivo de la UC es similar al del matrimonio: dos personas libres de impedimentos, de igual o diferente sexo. Pero el Código nuevo marca las siguientes diferencias:

- a) En la UC los integrantes de la pareja deben ser mayores de edad indispensablemente (art. 510 inc. a); en el matrimonio la falta de edad nupcial es dispensable (art. 404).
- b) Los integrantes de la UC deben mantener la convivencia durante un período no inferior a dos años.

Consideramos que esta convivencia previa es un requisito razonable, que la ley exige para tener por acreditados **frente a terceros** los caracteres de estabilidad y per-

4. Salvo aclaración expresa en contrario, todos los artículos que se mencionan en lo sucesivo a lo largo de este trabajo corresponden al Código Civil y Comercial de la Nación sancionado por Ley 26994 (BO 8/10/2014).

manencia de la pareja, al efecto de su reconocimiento oficial⁵ e inscripción en el registro que corresponda a la jurisdicción local (art. 511), al que llamaremos Registro Público Local de Uniones Convivenciales (en adelante, RPLUC). Sin embargo, no aceptamos que la convivencia previa sea la única manera –como parece surgir del artículo 510– de acreditar la estabilidad y permanencia de la unión para obtener su reconocimiento oficial y registración.

A nuestro juicio, el requisito aquí comentado opera únicamente en la esfera externa, es decir, en las relaciones con los terceros, pero internamente –nos referimos a los integrantes de la pareja y el o los hijos menores o discapacitados de uno o de ambos– no es exigible. Por ello es que, por ejemplo, la obligación alimentaria del progenitor afín⁶, de carácter subsidiario, rige con independencia del tiempo de convivencia que tengan el progenitor del menor y el progenitor afín. En consecuencia, por ejemplo: los convivientes se deben asistencia entre sí desde el inicio de la convivencia (art. 519); el conviviente propietario puede –según nuestra interpretación– designar beneficiario del régimen de vivienda al conviviente no inscripto; los conflictos que se susciten entre ellos deben resolverse con intervención del juez de familia, etc.

Si bien el artículo 510 prevé que el reconocimiento de los efectos jurídicos previstos por el Título III del Libro Segundo a las UC requiere que se cumplan los requisitos mencionados allí mencionados, interpretamos que ello es así únicamente “de puertas para afuera”. La realidad es que la familia convivencial existe con prescindencia del cumplimiento del plazo legal; la ficción del plazo creada por la ley deberá ser utilizada únicamente para no perjudicar a los terceros, pero no para convalidar eventuales abusos o incumplimientos que sucedan “de puertas para adentro”, donde la familia merece protección integral. Por estas razones, consideramos que el requisito debe tomarse únicamente como presupuesto para el reconocimiento oficial y la inscripción de la UC, pero no como presupuesto para el cumplimiento de los deberes de los convivientes entre sí y frente a los hijos menores o discapacitados de uno o ambos.

Nuestra interpretación le da mayor coherencia al sistema, pues si no hubiera familia convivencial desde el inicio mismo de la convivencia, ¿por qué llamar progenitor afín a quien convive con un menor y el progenitor de este?, ¿por qué la ley carga al progenitor afín con una obligación alimentaria a favor del hijo afín? Aceptamos la ficción legal del plazo, pero en sus justos límites.

Asimismo, adelantamos nuestra opinión de que, en determinados casos, la exigencia de los antedichos requisitos (convivencia previa y mayoría de edad) lesiona derechos y garantías fundamentales, según expondremos más adelante.

7.2. *Manifestación de la voluntad para su configuración*

Para la existencia del matrimonio es indispensable el consentimiento de ambos contrayentes, expresado personal y conjuntamente ante la autoridad competente para ce-

5. Por “reconocimiento oficial” entendemos el acto por el cual un oficial público (funcionario del RPLUC, juez, etc.) tiene por acreditada la existencia de la UC y el cumplimiento de los requisitos establecidos en los arts. 509 y 510, a los efectos de solicitar su inscripción en el RPLUC.

6. Ver punto 7.11.

lebrarlo (art. 406). La voluntad debe manifestarse expresa y formalmente, en el acto público de su celebración, ante el oficial del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. En cambio, en la UC no es necesario que la voluntad de los convivientes se exprese ante un oficial público, sino que se manifiesta libremente, es decir, sin forma impuesta, de manera tácita y continuada a través del ejercicio de la posesión de estado civil matrimonial.

7.3. Rol que juega la posesión de estado

Hay posesión de estado cuando una persona disfruta de determinado estado de familia con independencia del título sobre dicho estado. Es la apariencia de ser titular de un estado civil determinado y consiste en gozar de sus ventajas inherentes, así como en soportar las cargas que de él deriven. Resulta de una serie de hechos que genera dicha apariencia. Por lo general, como ocurre también con las cosas, quien ejerce la posesión de estado tiene título a ese estado.

Son elementos de la posesión de estado aquellos hechos que crean la apariencia de que una persona tiene un estado civil determinado. Originariamente eran tres los elementos integrantes de la posesión de estado: *nomen, tractatus y fama*. Modernamente se asimila la posesión de estado a un reconocimiento de hecho del vínculo de que se trate, lo que se conocerá por el trato que se hayan dado los sujetos de la relación. Para que dicho trato pueda conocerse, es preciso que presente los caracteres de continuidad y publicidad, que menciona el referido artículo 509.

La posesión de estado matrimonial no depende del *nomen iuris* (esposos, novios, compañeros, convivientes, pareja, etc.) que utilicen los convivientes sino del contenido de la relación que desarrolla la pareja. En la UC la posesión de estado es un elemento constitutivo que si bien no está mencionado expresamente en el artículo 509, está ínsito en la definición.

En el matrimonio la posesión de estado debe –y suele– ser la situación inmediata posterior a su celebración, pero no es constitutiva del acto matrimonial, sino el ejercicio del contenido de la relación matrimonial nacida de ese acto. En el matrimonio la posesión es el cumplimiento y ejercicio de los deberes matrimoniales.

Puede suceder que en el matrimonio no haya posesión de estado civil de casado (ver art. 423 *in fine*); piénsese en la persona casada separada de hecho sin voluntad de unirse que, en su ámbito de relación, se presenta, se desenvuelve y es tratada como soltera, divorciada o viuda. La falta de posesión de estado civil matrimonial no disuelve el vínculo matrimonial. En cambio, en la UC si falta la posesión de estado civil matrimonial, no hay UC. Con otras palabras, **en la UC el ejercicio de la posesión recíproca de estado matrimonial es necesariamente un *prius***, mientras que en el matrimonio suele ser un *posterius*.

7.4. Naturaleza del compromiso que se asume

En el matrimonio los contrayentes asumen ante la ley –por intermedio de ella–, entre sí y también ante la sociedad toda, en el contexto de un acto jurídico, el compromiso de **desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convi-**

vencia y el deber moral de fidelidad (art. 431). Los contrayentes se someten a la ley y lo hacen en un momento determinado: al dar su consentimiento en el acto de su celebración; y es la propia ley la que, a través del oficial público, pronuncia que quedan unidos en matrimonio (art. 418). El matrimonio es un acto jurídico que produce efectos desde su otorgamiento, aunque no haya convivencia o –como antes vimos– ejercicio de la posesión de estado. La situación que sigue a la celebración del matrimonio constituye el cumplimiento de los deberes jurídicos nacidos del compromiso que el mismo implica. La cooperación y la convivencia entre los cónyuges son deberes jurídicos recíprocos que asumen al casarse.

En la UC los integrantes de la pareja contraen un compromiso, pero lo hacen entre sí y ante sí, no ante la ley ni en el contexto de un acto jurídico. Se trata de un compromiso ético, que es fuente generadora de deberes jurídicos únicamente si se traduce en el ejercicio continuado de la convivencia (posesión). La convivencia es una realidad en la UC, es un hecho constitutivo de ella, no un deber jurídico ni su cumplimiento.

7.5. *Causa y naturaleza de los deberes*

Pese a que el compromiso asumido por los convivientes no es de naturaleza jurídica, los deberes que con el Código nuevo resultan de la UC sí son jurídicos. No se trata de deberes únicamente éticos o morales, sino que su cumplimiento puede exigirse a través de la cooperación de los órganos del Estado. Dichos deberes no resultan de un acto jurídico, sino que surgen del ejercicio continuado de la posesión de estado civil matrimonial. Además, la UC puede tener como causa generadora de deberes jurídicos los pactos de convivencia que los convivientes otorguen (arts. 513 y ss.).

En el matrimonio la causa-fuente generadora de los deberes es el acto jurídico matrimonial; los cónyuges no pueden modificar convencionalmente el contenido de la relación.

7.6. *Naturaleza jurídica*

Lo expuesto hasta aquí evidencia que la UC es un hecho jurídico familiar; más específicamente, en razón del elemento volitivo ínsito, un simple acto lícito (art. 258). Se trata de un acto que no es puntual y efímero, sino que se desarrolla de manera continuada y extendida en el tiempo, lo que da lugar a un estado o situación. Por ello, preferimos definir la UC como una **situación jurídica voluntaria familiar** –la consideración de la unión como situación surge del artículo 3573 del Código de Vélez (según Ley 17711)–.

Como ya anticipamos, el hecho constitutivo de la UC es a nuestro juicio la posesión recíproca de estado civil matrimonial que ejercen los convivientes. En estricto rigor, creemos que **la naturaleza jurídica de la UC es la de un simple acto lícito constituido por el ejercicio sin título de la posesión recíproca de estado matrimonial**.

El matrimonio, en cambio, es más que un simple acto lícito, es un acto jurídico que los contrayentes otorgan mediante la expresión de su voluntad ante el oficial público, cumpliendo con el rito, las solemnidades y las demás exigencias legales.

7.7. *Diferencias estructurales*

La primera diferencia estructural que encontramos entre el matrimonio y la UC radica en la naturaleza de la causa-fuente de la relación: en el matrimonio se trata de un acto jurídico, mientras que la UC es un hecho jurídico (simple acto lícito).

Difiere también, en el otro extremo, la manera de ponerle fin voluntariamente al vínculo (sea en forma unilateral o bilateral): en el matrimonio debe acudir al órgano judicial para que decrete el divorcio; en la UC alcanza la decisión unilateral de cualquiera de sus integrantes, quien, por ejemplo, puede hacer abandono definitivo de la convivencia y así ponerle fin a la UC. El *factum* para que se configure el inicio y el fin voluntario⁷ de la UC es “de hecho”, mientras que en el matrimonio la relación jurídica se origina y termina voluntariamente⁸ a través de actos jurídicos formales que pasan ante los poderes del Estado (oficial público, juez).

Las diferencias substanciales no son simplemente de forma, sino que se basan en la distinta naturaleza de la causa-fuente de la relación; las diferencias restantes son de contenido (vocación hereditaria, régimen patrimonial, etc.), no de estructura.

7.8. *Régimen de oposición y nulidad*

La ley establece un régimen de oposición a la celebración del matrimonio. Solo pueden alegarse como motivos de oposición los impedimentos establecidos por ley (art. 410). El matrimonio celebrado con alguno de esos impedimentos es nulo (arts. 424 y 425).

Dicho régimen no se aplica a la UC, que, en sí, no es válida o nula, dado que no es un acto jurídico. Pero sí puede ser nulo el acto de inscripción de la UC que no cumpla los requisitos establecidos (arts. 509 y 510).

7.9. *Incidencia en el estado civil. Su impacto en las escrituras*

7.9.1. Tanto el matrimonio como la UC modifican el estado de familia de los integrantes de la pareja. Sin embargo, a diferencia del matrimonio, la UC no modifica el estado civil, sino que lo complementa: se puede ser soltero, divorciado o viudo y, a la vez, tener una UC.

Más compleja es la situación en caso de tratarse de una persona casada. En este sentido, interpretamos que puede constituir UC si está separada de hecho sin voluntad de unirse. El impedimento de ligamen obsta la inscripción de la UC en el RPLUC, pero no su constitución o inicio. Si no se admitiera la constitución de la UC por una persona casada separada de hecho sin voluntad de unirse, se negaría una parte de la realidad y se convalidaría de hecho de que esta persona, a través de la postergación de su juicio de divorcio, burle todas las normas establecidas en protección del conviviente y de los acreedores de ambos por obligaciones contraídas para sol-

7. Nos referimos al cese de la unión por decisión voluntaria de uno solo de los integrantes de la pareja.

8. Nos referimos al divorcio, que debe ser instado voluntariamente por al menos uno de los cónyuges.

ventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos (art. 521). Además, se desconocería el origen de hecho de la UC.

Apoyan nuestra postura el artículo 1 de la Ley 23570 (modificaciones al régimen de jubilaciones y pensiones) y el artículo 53 de la Ley 24241 de Creación del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, que prevén expresamente la situación a la que nos referimos. Por su parte, el artículo 38 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires establece que “La Ciudad [...] fomenta [...] la eliminación de la segregación y de toda forma de discriminación por estado civil...”, por lo que no sería admisible en su ámbito dejar al margen de la protección legal a quien vive en pareja con una persona casada pero separada de hecho sin voluntad de unirse. Finalmente, el texto del artículo 246 del Código nuevo refuerza nuestra posición por cuanto no supedita la designación del conviviente como beneficiario del régimen de vivienda a la inexistencia de cónyuge –como sí lo hace en el inciso siguiente para los colaterales– ni establece una disyunción entre cónyuge y conviviente.

Por lo expuesto, entendemos que el estado civil matrimonial no es un obstáculo para la constitución de la UC, pero sí a su inscripción en el RPLUC, ya que, de lo contrario, un registro público daría a publicidad una situación reñida con los deberes nacidos de la institución matrimonial que la ley fomenta y protege. Pero la ley no debe permitir que dicha protección sea usada como escudo para burlar los derechos y deberes que resultan de la UC. Si al solicitarse la registración de la UC se hubiera removido el impedimento, el tiempo transcurrido desde el inicio de la UC hasta el cese del impedimento debe tenerse en cuenta para cubrir los dos años de convivencia que la ley exige para su inscripción.

No es que en estas líneas se legitime el adulterio, sino que se contempla el caso de la persona que tiene dos familias “sucesivas”: una matrimonial “anterior”, sin sentencia de divorcio, y una convivencial actual.

7.9.2. La circunstancia de que la UC no modifique el estado civil tiene a nuestro juicio el siguiente impacto en el contenido de las escrituras: como el inciso b) del artículo 305 exige que se haga constar el estado de familia de los otorgantes, y dado que el mismo incluye el estado civil, entendemos que ambos datos, es decir, el estado civil y el de familia convivencial, deben hacerse constar en la escritura.

Las leyes orgánicas notariales de cada demarcación deberán aclarar este punto.

7.10. *Incidencia en el nombre*

A diferencia de lo que ocurre en el matrimonio, los convivientes no pueden optar por usar el apellido del otro. La UC impacta en el nombre de manera negativa, pues el cónyuge viudo que siga usando el apellido del otro debe dejar de usarlo si constituye una UC (art. 67).

Por otra parte, todos los hijos de un mismo matrimonio deben llevar el apellido y la integración compuesta que se haya decidido para el primero de los hijos (art. 64). No encontramos ninguna previsión respecto de los hijos de una misma UC.

7.11. *Incidencia sobre el parentesco. Progenitor afín.*

Designación del hijo afín como beneficiario del régimen de vivienda

7.11.1. A diferencia del matrimonio, la UC no genera parentesco por afinidad. Sin embargo, al igual que el matrimonio, sí da lugar al vínculo denominado progenitor afín: el cónyuge o el conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño, niña o adolescente (art. 672).

7.11.2. El progenitor afín tiene respecto del hijo afín una obligación alimentaria de carácter subsidiario (art. 676), que **rige con independencia del tiempo de convivencia del progenitor del menor y el progenitor afín.**

Pensamos que la existencia de esta obligación puede ser cumplida, en lo que al “techo” respecta, a través de la incorporación del hijo afín como beneficiario del régimen de vivienda (arts. 244 y ss.). Esta interpretación se basa en el interés superior del niño⁹ (en adelante, ISN), cuyos derechos y garantías –reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional y aplicación obligatoria (art. 2 Ley 26061)– están asegurados por su **máxima exigibilidad** (art. 1 Ley 26061).

Interpretar que el hijo afín no puede ser designado beneficiario antes de que su progenitor cumpla el plazo de convivencia de dos años implica, a nuestro juicio, discriminar al niño, niña o adolescente por esa condición de su progenitor, y ello constituye una violación a lo establecido en el artículo 28 de la Ley 26061. El ISN excluye de

9. Respecto del concepto de ISN, ver SOLARI, Néstor E., “Aplicación del interés superior del niño en fallos de la Corte Suprema”, en *Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley-Thomson Reuters, septiembre 2010, p. 24: “Los instrumentos internacionales y las leyes internas no brindan –como no podía ser de otra manera– una definición del interés superior del niño [...] dicha pretensión sería equivocada porque sería imposible comprender taxativamente en una definición las múltiples y variadas situaciones que refiere el interés superior del niño. Por lo demás, como principio rector, se vería limitado a las situaciones casuísticas contenidas en una definición. Es decir, se desvirtuaría el sentido y alcance que se ha dado a este principio en el marco legislativo. Sin embargo, la falta de definición legal no significa que estemos en presencia de un principio indeterminado, abierto y vacío de contenido, sino que se evita conceptualizarlo para no dejar fuera de su alcance las innumerables situaciones que se presentan en cada caso particular. Ahora bien, la no contemplación de una definición legal no impide visualizar el contenido del interés superior del niño. La Corte ha dicho que la ley 26061, cuando refiere al interés superior del niño, señala que este debe entenderse como la máxima satisfacción, integral y simultánea, de derechos y garantías reconocidos en la ley. En efecto, la ley 26061, en su artículo 1º, establece que los derechos aquí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño. De modo que esa sería la pauta que debe observar el juzgador, en cada caso, valorando los derechos y garantías que se hallan en juego específicamente y decidiendo cuál de ellos deberá prevalecer para integrar el principio bajo análisis. La diferencia con el concepto tutelar imperante en la lógica de las leyes internas, dictadas con anterioridad a la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño, consiste en que el «interés del menor» era aquél que subjetivamente entendían sus representantes legales y el juez. A partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, tenemos dicho que el interés superior del niño debe interpretarse como un principio garantista, en virtud de la cual el juez valorará en cada caso, de acuerdo a las circunstancias particulares –inevitables, por cierto–, pero teniendo en cuenta y como eje fundamental, los derechos y garantías en juego, de tal forma que el interés superior del niño será la máxima satisfacción de los derechos posibles –en el caso concreto–, consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, y no la expresión deliberada y libre del intérprete. En otros términos, la voluntad y el querer subjetivo de un «buen padre de familia» –loable por cierto– debe ser reemplazado por los derechos y garantías consagrados en las leyes. Puede advertirse, con ello, que el principio así concebido tiene alcance y contenido precisos porque no hay una interpretación libre y abierta, sino cumplimiento y efectivización de los derechos consagrados en el instrumento internacional. ¿Cuáles derechos?: los enumerados en la Convención sobre los Derechos del Niño. Esta es la interpretación que debe propiciarse en el reconocimiento de la calidad de sujeto del niño y como titular de derechos, no obstante su condición de incapaz”.

plano esa exégesis. El carácter subsidiario de la obligación no obsta la interpretación propuesta, dado que no es más que una defensa que puede hacer valer el obligado.

En línea con lo que Bossert enseña respecto del bien de familia (antecesor del régimen de vivienda del CCCN), entendemos que el adjetivo posesivo “sus” contenido en el artículo 246 (inc. a) le permite al constituyente del régimen de vivienda designar beneficiario al hijo afín, es decir, al hijo de “su” conviviente.

7.11.3. Si avanzamos en esta línea argumental, si el progenitor afín puede designar beneficiario del régimen de vivienda a su hijo afín sin necesidad de que para ello transcurran los dos años de convivencia que exige el artículo 510, cabe interpretar que también puede designar beneficiario a su conviviente, es decir, al progenitor de su hijo afín. –Continuamos este tema en 11.2.1.–.

7.11.4. Por otra parte, teniendo en cuenta que la Ley 27044 le otorgó jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, entendemos que el concepto de hijo afín no puede restringirse al niño o adolescente (art. 672), sino que debe extenderse imperativamente a cualquier hijo que padezca incapacidad o capacidad restringida, conforme el criterio de igualdad que establece el artículo 5 de la referida Convención.

7.11.5. Además de la referida extensión, creemos que el concepto de hijo afín también debe aplicarse, en lo tocante a educación (art. 673), hasta que el hijo que habita con ellos alcance la edad de veinticinco años, si la prosecución de estudios o preparación profesional de un arte u oficio le impide proveerse de medios necesarios para sostenerse independientemente. Adviértase que mientras que el artículo 672 se refiere expresamente al “niño o adolescente”, el artículo siguiente –al regular el deber del progenitor afín de cooperar en la educación– se refiere más ampliamente a “los hijos del otro”, sin agregar los calificativos “menor”, “incapaz” o “con capacidad restringida”. Por tales motivos, la interpretación integral de la ley, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 663, nos conduce a proponer esa ampliación. En ningún caso la obligación del progenitor afín pierde el carácter subsidiario, a menos, claro está, que renuncie a dicha defensa.

7.12. Revocación del testamento

El matrimonio contraído por el testador revoca el testamento anteriormente otorgado, excepto que en este se instituya heredero al cónyuge o que de sus disposiciones resulte la voluntad de mantenerlas después del matrimonio (art. 2514). La UC no produce dicho efecto automático.

7.13. Forma y prueba

El matrimonio, como todo acto jurídico, tiene forma. El acta que se firma inmediatamente luego de que el oficial público pronuncia en nombre de la ley que los con-

trayentes quedan unidos en matrimonio (art. 418) es la prueba por excelencia de haberse otorgado el acto en la forma prescripta por la ley (art. 423). Dado que el matrimonio es un acto solemne, su prueba escrita (el acta en la cual consta asentada su celebración) nace concomitantemente con el cumplimiento de la forma que la ley impone para su otorgamiento, es decir, nace al observarse las solemnidades legalmente prescriptas para su celebración.

En cuanto a la prueba del matrimonio, la posesión de estado por sí sola no es suficiente para acreditar el acto o reclamar los efectos civiles del matrimonio, pues para ello es necesario probar la **celebración** del acto (art. 423) y no la situación que normalmente sigue a su celebración. Es que la posesión de estado en sí misma es equívoca, en el sentido de que no permite por sí sola conocer si se trata de la mera realización de un hecho (simple acto lícito) –constitutivo de una UC– o si es el cumplimiento de los deberes que resultan del acto jurídico matrimonial. Tal es la razón por la que no basta para probar el matrimonio. En cambio, la acreditación de la posesión de estado matrimonial sí alcanza para probar la UC.

Al contrario de lo que sucede en el matrimonio, en la UC no hay forma ni hay otorgamiento, pues no es un acto jurídico sino un hecho, que, como tal, puede probarse por cualquier medio (art. 512). Al no ser acto jurídico, tampoco se le aplica la teoría de las nulidades, pero sí podrían ser nulos el acto de su reconocimiento y el acto de su inscripción en el RPLUC, nulidades que no obstan la existencia de la UC, a menos que –claro está– sean declaradas por inexistencia de la UC.

El reconocimiento oficial de la UC y el acto de inscripción en el RPLUC constituyen actos jurídicos substancialmente diversos del acto matrimonial, pues carecen de efectos constitutivos y generan menos consecuencias jurídicas. Por ello, es comprensible que estén menos cargados de solemnidades. Una vez inscrita la UC en el RPLUC, se simplifica la prueba de su existencia, pues bastará para ello la sola presentación de la constancia de su inscripción y no será necesario acreditar su existencia por otro medio, a menos que se impugne en juicio el reconocimiento oficial de la UC.

La constancia de reconocimiento oficial e inscripción de la UC son simplemente declarativas; prueban *iuris tantum* la existencia de la UC. Mientras que el acta de matrimonio se suscribe en el acto de su celebración, la UC existe con prescindencia de la suscripción de instrumento alguno.

La inscripción de la UC requiere que sea previamente reconocida por los poderes del Estado (funcionario del RPLUC, juez, etc.).¹⁰ En cambio, el matrimonio no requiere ni admite reconocimiento alguno para su otorgamiento e inscripción, pues nace en el acto mismo de su celebración –obviamente, no hay matrimonio antes de su celebración–. La firma del acta de matrimonio es parte del rito constitutivo del acto jurídico matrimonial, y el acta firmada es la prueba del cumplimiento del rito. Mientras que en el matrimonio la firma del acta es una parte del otorgamiento del acto jurídico, en la UC la firma únicamente acredita que los convivientes están de acuerdo en solicitar la inscripción (art. 511) de la UC, que preexiste a dicha solicitud.

10. Ver el desarrollo que al respecto hacemos en 10.5.

7.14. Régimen patrimonial

Desde el punto de vista económico, la UC es un **régimen abierto**, pues los convivientes pueden mediante el otorgamiento de uno o más **pactos de convivencia** acordar libremente sus derechos y deberes, siempre que no perforen el piso mínimo, inderogable, conformado por el orden público, el principio de igualdad de los convivientes, los derechos fundamentales de los integrantes (art. 515) y lo dispuesto en los artículos 519, 520, 521 y 522 (art. 513). En el matrimonio, los cónyuges, si bien pueden elegir entre dos regímenes patrimoniales, el de comunidad y el de separación de bienes, no pueden modificar el contenido de ninguno. Por ello, calificamos el régimen patrimonial del matrimonio como cerrado.

Los futuros cónyuges pueden otorgar convenciones matrimoniales antes de celebrar el matrimonio; deben instrumentarse por escritura pública y únicamente pueden tener los objetos referidos en el artículo 446. Toda convención sobre cualquier otro objeto relativo a su patrimonio es nula (art. 447). En cambio, los pactos de convivencia se otorgan –por definición– una vez iniciada la UC, su contenido solo reconoce como límite el mínimo inderogable antes referido y deben otorgarse “por escrito”.

Las convenciones matrimoniales solo pueden ser modificadas antes del matrimonio, mediante un acto otorgado también por escritura pública (art. 448). El régimen patrimonial convencional o legal puede modificarse después de un año de aplicación, por convención de los cónyuges, también mediante escritura pública (art. 449). Los pactos convivenciales pueden modificarse en cualquier oportunidad, la modificación debe otorgarse “por escrito” y el contenido del acto no está limitado, salvo por el mínimo inderogable antes referido.

En el matrimonio, en caso de silencio, el régimen es el de comunidad, de mayor “densidad patrimonial” que el de separación de bienes; en este último los cónyuges se manejan más libremente. En la UC, en caso de silencio, el régimen es libre, al contrario de lo que sucede para igual hipótesis en el matrimonio.

Tanto la opción por uno de los regímenes patrimoniales del matrimonio como el contenido de los pactos de convivencia son oponibles a terceros desde su inscripción/registración en el o los registros públicos que correspondan. Es decir, en ambos casos la convención no solo tiene efecto entre las partes sino que trasciende a terceros (art. 1021).

7.15. Determinación de la fecha de inicio y fin de la unión

Definir cuáles son los hechos, conductas, requisitos, etc., que dan inicio o cese a la unión es necesario a efectos de determinar el momento a partir del cual nacen, son exigibles o se extinguen los derechos y deberes correspondientes. Mientras que las fechas de inicio y final de la unión matrimonial quedan fijadas con certeza en un instrumento público (acta de matrimonio, sentencia de divorcio, etc.), en la UC esas fechas pueden no presentar el mismo grado de certeza, pues las conductas que dan lugar a su inicio o cese pueden no ser expresas, concluyentes o categóricas, como sí lo son en el matrimonio.

La fecha de inicio y la de cese de la UC deben ser fijadas con la mayor precisión posible y no pueden depender exclusivamente de las manifestaciones de los convivientes. Deben responder al principio de primacía de la realidad, pues determinan la existencia de derechos y deberes no sólo entre los convivientes sino también respecto de terceros (ver, p. ej., arts. 521, 676, etc.).

7.16. Efectos del inicio de una unión convivencial con respecto al matrimonio y la unión convivencial anterior

El inicio de una nueva UC hace cesar la UC anterior que estuviera vigente, pero no puede inscribirse mientras no se cancele la inscripción de la anterior. La celebración del matrimonio disuelve la UC vigente, sea que se celebre entre los convivientes o con otra persona (art. 523 incs. c y d). En cambio, el inicio de una nueva UC no disuelve el vínculo matrimonial, ya que para ello es necesario que un juez decrete el divorcio.

7.17. Curso del plazo de la prescripción

El artículo 2543 establece que el curso de la prescripción se suspende entre cónyuges durante el matrimonio y entre convivientes durante la UC. Opinamos que el curso del plazo de prescripción se suspende desde la fecha de inicio de la UC, sin la necesidad de esperar que transcurran los dos años de convivencia previa que exige el artículo 510. (Ver 8.1.).

8. Inicio de la unión convivencial. Cómputo del plazo de convivencia, incidencia de los impedimentos. Ajuste constitucional de los requisitos. Convivencia en dos viviendas

8.1. Ya anticipamos nuestra opinión de que el requisito de la convivencia previa de dos años, que prevé el artículo 510 en su último inciso, opera únicamente en la esfera externa, es decir, en las relaciones de los integrantes de la UC con los terceros, pero no es exigible internamente.

El plazo de convivencia no es un elemento constitutivo de la UC, como sí lo es la posesión recíproca de estado civil matrimonial. A nuestro juicio, la UC se constituye “internamente” con prescindencia de que el plazo de la convivencia alcance los dos años. Arribamos a esta conclusión por interpretación del artículo 527, que prevé que el derecho real de habitación gratuito del conviviente supérstite se extingue, entre otras causas, si este constituye “una nueva unión convivencial”. Dado que el plazo máximo de duración del derecho real es de dos años,¹¹ si interpretáramos que la constitución de la nueva UC se produce al cumplirse los dos años de convivencia previa, no habría aplicación posible alguna de dicha norma, pues la nueva UC se

11. Dado que la ley nada expresa al respecto, entendemos que el plazo se cuenta a partir del fallecimiento del conviviente.

configuraría en todos los casos luego de extinguido el derecho real por el transcurso del referido plazo máximo. Por lo tanto, no cabe otra solución que concluir que, al menos para este caso, la UC se constituye –en la esfera interna– con el inicio de la posesión recíproca del estado civil matrimonial, sin necesidad de que hayan transcurrido los dos años de convivencia.

El acierto del criterio propuesto queda corroborado si se lo aplica para interpretar otras normas, tales como el artículo 433: “Durante la vida en común y la separación de hecho [...] El derecho alimentario cesa si [...] el cónyuge alimentado inicia una unión convivencial...”. No es razonable interpretar que la ley obligue a continuar alimentando al cónyuge si este vive en pareja (UC) con otra persona, aunque no hayan transcurrido los dos años de convivencia previa; es decir, la obligación alimentaria cesa ni bien el alimentado comience una nueva convivencia.

Lo mismo sucede con lo previsto en el artículo 523: “La unión convivencial cesa [...] c) por matrimonio o nueva unión convivencial de uno de sus miembros...”. Obviamente, no será necesario esperar que transcurran dos años de la “nueva unión convivencial” para que finalice la anterior.

8.2. Consideramos que el requisito del plazo bianual de convivencia no es exigible en todos los casos para inscribir la UC, es decir, frente a terceros, aunque la ley no contemple ninguna excepción expresa.

El artículo 510, que establece los requisitos de la UC a los efectos de la admisión de su inscripción, debe interpretarse teniendo en cuenta el ISN. El requisito del plazo no atiende la existencia o no de hijos menores, con capacidad restringida o incapacidad, que cohabiten con los integrantes de la pareja, por lo que contraría lo establecido en el artículo 1 de la Ley 26061, el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y los artículos 31 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional. Para respetar el ISN, deben dejarse de lado o morigerarse algunos de los requisitos que menciona el artículo 510, ya que de lo contrario el niño, niña o adolescente quedarán emplazados en una posición de menor cobertura jurídica. Por ejemplo, si uno de los progenitores convivientes fuera menor de edad, el hijo menor quedaría expuesto a la ejecución de la casa en la que cohabitan –si no está afectada al régimen de vivienda–, dado que no regiría el régimen de inejecutabilidad previsto en el artículo 522.

Nos da la razón el artículo 1 de la Ley 1004 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Regulatoria de la Unión Civil, que establece la diferencia en función de si hay o no hijos comunes:

A los efectos de esta ley, se entiende por unión civil: a) A la unión conformada libremente por dos personas con independencia de su sexo u orientación sexual. b) Que hayan convivido en una relación de afectividad estable y pública por un período mínimo de dos años, salvo que entre los integrantes haya descendencia en común...

En igual sentido, la Ordenanza 279/2009 de la ciudad cordobesa de Río Cuarto. La morigeración de los requisitos también resulta del artículo 15 de la citada Ley 24193 de Trasplantes de Órganos y Tejidos. Sin embargo, contrariamente a lo que resulta de la referida legislación, entendemos que no corresponde distinguir si el hijo es de am-

bos o de uno solo de los convivientes, pues el menor es menor –discúlpese la pero-grullada–, con prescindencia de si es hijo de uno o de ambos. La distinción no tiene razón de ser y resulta discriminatoria y lesiva de lo prescripto en el artículo 2.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Estos defectos de redacción de la nueva ley deben subsanarse por vía de una interpretación integradora.

8.3. Si contrariamente a lo que pensamos se adoptara el criterio de que el requisito de la convivencia previa es constitutivo de la UC y que mientras este no se cumpla no hay UC, entonces, por ejemplo, la persona que haya convivido menos de dos años no podría exigirle asistencia a su conviviente (art. 519), ni que contribuya a los gastos domésticos (art. 520), ni ser designada beneficiaria del régimen de vivienda, ni invocar a su muerte el derecho real de habitación gratuito (art. 527¹²), ni se suspendería entre ellos el curso de la prescripción (art. 2543), etc. Aunque el criterio fuera ese, no nos cabe duda de que si la pareja convive con un hijo menor de edad o con capacidad restringida o incapacidad, la UC debe ser reconocida por los poderes del Estado con prescindencia del plazo de convivencia, dado que no puede discriminarse a los niños, niñas o adolescentes con fundamento en el tiempo de convivencia de sus progenitores (art. 28 Ley 26061) (incluimos aquí el progenitor afín, arts. 672 y ss.). El ISN y el principio de igualdad ante la ley así lo exigen.

Otro tanto ocurre con el requisito de la mayoría de edad: debe dejarse de lado si alguno de los convivientes es menor de edad y habita con ellos un hijo menor (niño, niña o adolescente) o con capacidad restringida o incapacidad.

8.4. Por lo tanto, cuando estén involucrados intereses de hijos menores, con capacidad restringida o incapacidad, debe favorecerse la inscripción de la UC, pues ello permite una mejor satisfacción del ISN y de los derechos de las personas con discapacidad y brindar una protección familiar más integral y con mejor calidad institucional. Los baches que hubiera en la nueva ley deben ser cubiertos por los otros poderes estatales.

8.5. Por otra parte, consideramos que deben tenerse en cuenta los casos en que –normalmente al inicio de la relación, cuando sus integrantes no son tan jóvenes o no hay hijos menores involucrados– la pareja cohabita pero desarrolla la vida en común en dos viviendas distintas, alternando entre la de uno y otro, quizás en búsqueda de una mayor comodidad para ambos. Son más que novios, pues hacen vida en común, no se acompañan solamente en las actividades recreativas y sociales, sino que comparten dos techos. El concepto de convivencia o cohabitación no escapa al problema de la textura abierta del lenguaje.

A veces la convivencia se inicia puntualmente y otras, de manera progresiva, compartiendo cada vez más tiempo y actividades juntos; por lo tanto, no hay en los

12. Adviértase, sin embargo, que a los efectos de invocar este derecho la ley no pide expresamente que la UC esté inscrita. En función de ello, cabría interpretar que la ley no pide que la UC esté registrada, por no ser necesario que el plazo de la convivencia previa alcance los dos años.

hechos una fecha precisa de comienzo. Además, la ley no exige que la convivencia se desarrolle en una única vivienda. “Convivir”, según el diccionario de la Real Academia Española, significa vivir en compañía de otro u otros. La definición no excluye que la vida se desarrolle en dos hogares. El carácter singular de la UC se refiere a su elemento subjetivo y no al lugar donde se desarrolla la convivencia.

Consideramos que el tiempo de convivencia en las dos viviendas o de intercambio de viviendas entre la de uno y otro integrante de la pareja deben tomarse en cuenta para alcanzar el plazo de dos años que exige el artículo 510 (inc. e). Sin embargo, al peticionarse el reconocimiento oficial y la inscripción de la UC, el domicilio que se denuncie como su asiento debe ser uno.

8.6. Al igual que en las demás relaciones en las que hay cohabitación, puede haber breves rupturas en la convivencia, momentáneas separaciones seguidas de una pronta reconciliación, sin que ello afecte la permanencia que la relación requiere a los efectos de su reconocimiento oficial. Estos ligeros distanciamientos no deben incidir en el curso del plazo, conforme a la doctrina que resulta del artículo 523 (inc. g). Consecuencia de ello es que durante esos alejamientos no se reanuda el curso del plazo de la prescripción entre los convivientes.

8.7. Por último, nos preguntamos respecto del período de convivencia previa si su curso corre con prescindencia del cumplimiento de los requisitos de los incisos a) y d) del artículo 510, es decir, si el plazo corre aunque en el ínterin alguno de los convivientes sea menor de edad o tenga impedimento de ligamen o registrada otra UC. Opinamos que la existencia de alguno de esos obstáculos (minoridad, impedimento de ligamen, inscripción de otra UC) no obsta el curso del plazo de convivencia pero sí la inscripción de la UC en el RPLUC. Avala nuestra posición lo establecido en el artículo 523, inciso c), que prevé que la UC finaliza por la nueva UC de uno de sus integrantes. Es decir, la nueva UC nace aunque continúe inscrita la UC anterior. Así, la existencia de una UC registrada no obsta la constitución de una nueva UC sino su inscripción.

Es por una cuestión de tracto registral que si se pretendiera inscribir la nueva UC, deberá antes o simultáneamente cancelarse registralmente la anterior. Pero el tiempo que transcurra desde el inicio de la nueva UC mientras no se haya cancelado la inscripción de la anterior debe tenerse en cuenta para alcanzar los dos años de convivencia exigidos para la inscripción.

9. Principio rector en materia de inicio y subsistencia de la unión convivencial

En función de lo expuesto anteriormente, opinamos que el principio es que en caso de duda debe resolverse a favor de la constitución y subsistencia de la UC. Esta regla deriva del principio constitucional de protección integral de la familia, del ISN y de los derechos de las personas con discapacidad, ya que la existencia de la UC favorece la situación del menor o de la persona con capacidad restringida o incapacidad, pues

les brinda una mejor cobertura jurídica, por ejemplo, a través del establecimiento de la obligación alimentaria (art. 672), de admitirse su designación como beneficiario del régimen de vivienda, etc.

Sin embargo, en razón de la naturaleza del compromiso asumido por los integrantes de la UC y de la mayor libertad y autonomía de las que gozan, la interpretación no puede coartar la posibilidad de que cualquiera de ellos ponga fin a la UC unilateralmente. Pero a falta de una conducta concluyente y categórica, deberá estar-se por la subsistencia de la unión.

No se trata de que los poderes del Estado fomenten estas uniones, sino que favorezcan su reconocimiento y registración, para brindar mayor protección y seguridad a la familia, que merece protección integral, muy especialmente cuando hay niños y personas con discapacidad.

10. Reconocimiento oficial e inscripción de la unión convivencial

A continuación, expondremos algunos aspectos relacionados con la exteriorización de la UC, a los efectos de poder oponer sus efectos a los terceros interesados. También haremos algunas propuestas en orden a la participación que en este tema pueden tener los escribanos públicos y los RPI.

10.1. *Carácter optativo de la inscripción. Reconocimiento previo*

Conforme resulta del artículo 511, la existencia de la UC puede inscribirse en el RPLUC. Dicha inscripción procede únicamente a pedido de ambos convivientes, luego de que un oficial público (funcionario del RPLUC, juez, etc.) reconozca la existencia de la UC. A tal efecto, los convivientes deberán acreditar verosímelmente el cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 509 y 510.

Llamamos “reconocimiento oficial” al que hace el oficial público a requerimiento de ambos convivientes, a efectos de solicitar la inscripción de la UC en el RPLUC (cfr. nota al pie 5). Se trata de un acto jurídico que emana del oficial público y que presupone la existencia de la UC, es decir, no es constitutivo de ella. El reconocimiento es previo al acto de inscripción de la UC en el RPLUC. Por lo tanto, la secuencia temporal es: 1) existencia de la UC, 2) acto de reconocimiento oficial de ella, y 3) acto de inscripción en el RPLUC. Los dos últimos son actos jurídicos, y la primera es un hecho.

10.2. *Justificación del acto de reconocimiento*

La necesidad de que se haga un reconocimiento oficial de la UC obedece a que el RPLUC no debe funcionar como un simple buzón receptor registrador de UC, dado que la inscripción produce efectos frente a terceros. Es por ello que el oficial público que intervenga en el acto de reconocimiento debe cerciorarse, en resguardo de los derechos de esos terceros y también de los propios convivientes, de la existencia y

legitimidad de la UC mediante la evaluación de los elementos probatorios que se le arrimen. Debe ponderar estrictamente dichos elementos, mediante un ejercicio adecuado del control de legalidad, a fin de establecer cuál es la fecha de inicio de la UC.

10.3. *Funcionarios competentes para efectuarlo*

El reconocimiento oficial de la UC puede ser hecho por el funcionario competente del RPLUC¹³ y también por el juez. Proponemos que también puedan hacerlo los escribanos de registro de la misma demarcación en la que esté radicado el hogar convivencial.

10.4. *Atribuciones de los funcionarios del Registro Público Local de Uniones Convivenciales*

Aceptamos que la ley local tarife los medios de prueba que debe exigir el funcionario del RPLUC para proceder al reconocimiento de la UC, siempre que no clausure la posibilidad de probarla en sede administrativa, por otros medios (art. 512). Si los funcionarios del RPLUC fueran legos, sus facultades deben ser regladas, a fin de evitar arbitrariedades; solo excepcionalmente pueden ser discrecionales en caso de que por causas atendibles, debidamente justificadas, los solicitantes no puedan arrimar la prueba tarifada, caso en el cual debe exigirse una mayor capacitación del funcionario interviniente. Si no fuera intención del legislador local conceder facultades amplias a los funcionarios del RPLUC, se incrementa la conveniencia de admitir a los escribanos de registro –de la misma demarcación– para que puedan hacerlo. Si el funcionario del RPLUC denegara el reconocimiento oficial o la inscripción de la UC, los convivientes podrán acudir a la vía judicial para obtenerlo.¹⁴

10.5. *Conveniencia de atribuir la competencia a los escribanos*

La función de los oficiales del RPLUC se descomprimiría en tiempo y responsabilidades si el acto de reconocimiento oficial pudiera hacerse por acta notarial de notoriedad.¹⁵ Dicha acta recogerá las manifestaciones de los convivientes (fecha de inicio de la UC, domicilio de convivencia, inexistencia de impedimentos, etc.), la solicitud de ambos para que se inscriba la UC en el RPLUC, las declaraciones testimoniales que avalen la existencia y legitimidad de la unión, los demás elementos probatorios tenidos en cuenta para formar convicción, etc.

13. El artículo 1 del Decreto GCABA 754/1998 establece: “Los oficiales públicos de la Dirección General del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas dependiente de la Secretaría de Gobierno intervendrán en las informaciones sumarias iniciadas con el objeto de acreditar extremos de hecho requeridos en la tramitación de beneficios de carácter asistencial, previsional, laboral o administrativo, debiendo conservar copias de las actuaciones”.

14. Doctrina del *leading case* “Fernández Arias c/ Poggio” (*Fallos*, 247:646).

15. Para ello, en la CABA será necesario que la ley local lo admita expresamente (art. 88 de la Ley Orgánica Notarial 404).

Cabe tener presente, en resguardo de los derechos de terceros, que el protocolo notarial es un medio adecuado para conservar y custodiar la documentación tenida en consideración para el reconocimiento de la UC.

El escribano, profesional del derecho a cargo de una función pública, no actuará como un simple receptor de manifestaciones y documentos, sino que, en resguardo del interés general –y también de su propia responsabilidad– y en cuanto esté razonablemente a su alcance, controlará la existencia y legalidad de la UC y la procedencia de su reconocimiento e inscripción. Fijará con la máxima precisión posible la fecha de inicio de la UC. Los escribanos públicos podrán emplear todos los medios que estimen necesarios a efectos de arribar a la plena convicción racional de la existencia y legitimidad de la UC y proceder a su reconocimiento oficial. Consideramos que no deben ser materia de calificación registral las motivaciones del reconocimiento notarial de la UC, dado que solo al notario le compete evaluar las pruebas presentadas por los solicitantes para acreditar la convivencia y demás requisitos legales. Si el reconocimiento no fuera una derivación razonada de los elementos probatorios, el escribano pone en juego su responsabilidad civil, penal y disciplinaria.

Sugerimos que el escribano, en su rol de asesor, deje constancia en el acta de reconocimiento de que informó a los convivientes de las diferencias de efectos más importantes que existen entre el matrimonio y la UC; por ejemplo: la falta de vocación hereditaria legítima entre los convivientes, la limitación temporal del derecho real de habitación gratuito a favor del conviviente supérstite, el cese de la UC en forma unilateral sin necesidad de un pronunciamiento judicial, la posibilidad de otorgar, modificar y rescindir pactos convivenciales, etc.

Nuestra propuesta contribuye a descomprimir y reducir la burocracia estatal y le facilita a la pareja la realización de los trámites inherentes al reconocimiento e inscripción de la UC. –En 12.4. proponemos que también se les asigne a los escribanos la función de registrar el contenido de los pactos convivenciales, sus modificaciones y rescisiones, como requisito previo para que el RPLUC proceda a su inscripción–.

10.6. *Participación personal de los convivientes*

Debido a la informalidad propia de estas uniones, que existen con prescindencia del acto de su reconocimiento oficial e inscripción en el RPLUC, debería ser innecesario que ambos convivientes formulen el pedido de inscripción ante el RPLUC en forma personal –como ocurre en el matrimonio– y permitirse la delegación del trámite en el escribano interviniente o en un tercero. Entendemos que los convivientes sí deben intervenir personalmente en las diligencias previas relacionadas con el acto de reconocimiento oficial, ya que es importante que el oficial público pueda “mirar a los convivientes a los ojos” para formar convicción.

10.7. *Contenido del requerimiento y del acto de reconocimiento*

Proponemos que la solicitud de reconocimiento oficial de la UC contenga la información y elementos siguientes:

1. Nombres, apellidos, nacionalidad, documentos de identidad, fecha y lugar de nacimiento, estado civil, profesión y domicilio real de los solicitantes.
2. Nombres, apellidos, nacionalidad, documentos de identidad, profesión y domicilio real de sus padres si los conocen.
3. Declaración de los solicitantes sobre si contrajeron matrimonio o UC con anterioridad. En caso afirmativo: nombre y apellido del anterior cónyuge o conviviente, lugar de celebración del matrimonio o de inscripción de la UC y causa de su disolución o cese, acompañando, según el caso, certificado de defunción o testimonio de la sentencia ejecutoriada que hubiera anulado o disuelto el matrimonio anterior o declarado la muerte presunta del cónyuge o conviviente anterior, o constancia de cancelación de la inscripción de la UC.
4. Reconocimiento expreso de los solicitantes de que están conviviendo desde hace por lo menos dos años de manera pública, notoria, estable y permanente.
5. Declaración de los convivientes sobre la fecha de inicio de la UC.
6. Declaración de los solicitantes de no tener vida en común con otra persona.
7. Declaración de los solicitantes de no estar unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo grado, ni de estar unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta.
8. La solicitud de ambos de que se registre su UC en el RPLUC.
9. Las firmas de todos los participantes en el acto de reconocimiento.
10. La prueba que deberá agregarse o en su caso surgir del acto de reconocimiento:
 - a) Documento de identidad de los convivientes. El domicilio que resulte del mismo debe coincidir –en principio– con el expresado como sede de la UC; si no coincidiera, deberá extremarse el rigor al apreciar los demás elementos probatorios. El artículo 5 del Decreto GCABA 556/2003, reglamentario de la citada Ley 1004, prevé que basta con que solo uno de los solicitantes acredite con documento nacional de identidad el requisito previsto en el artículo 1, inciso c), de la ley, de tener domicilio legal en la CABA, inscripto con por lo menos dos años de anterioridad a la fecha en la que solicita la inscripción. Puede complementarse con un acta notarial de constatación del domicilio actual de los convivientes.
 - b) Partida de nacimiento de los convivientes.
 - c) Certificado negativo de UC expedido por el RPLUC.
 - d) Certificado negativo expedido por el Registro de Deudores Alimentarios Morosos.
 - e) Partidas de nacimiento de los hijos menores, con capacidad restringida o incapacidad que convivan con ellos; en su caso, testimonio de la sentencia que restrinja la capacidad o declare la incapacidad.
 - f) Declaración de dos testigos (con nombre y apellido, edad, número de documento de identidad, estado civil, profesión y domicilio de cada uno), indicando que los solicitantes conviven hace por lo menos dos años continuos y que no les consta la existencia de impedimento entre los convivientes. El artículo 7 del Decreto GCABA 556/2003 establece que no podrán ser testigos los consanguíneos o afines en línea directa de los solicitantes.
 - g) Otros documentos que acrediten que la UC tiene por los menos dos años continuos; pueden consistir en recibos de servicios de agua, luz eléctrica o

teléfono, título de propiedad o contrato de alquiler a nombre ambos, existencia de cuentas bancarias comunes, tarjetas de crédito comunes, seguros de vida recíprocos, domicilio común en el pasaporte, etc.

El artículo 1 del Decreto PEN 1290/1994, que reglamenta el artículo 53 de la citada Ley 24241, establece las siguientes pautas útiles:

2. La prueba testimonial deberá ser corroborada por otras de carácter documental, salvo que las excepcionales condiciones socioculturales y ambientales de los interesados justificaran apartarse de la limitación precedente.

10.8. *Distintos tipos de reconocimientos*

No debe confundirse el acto de reconocimiento oficial de la UC con el acta notarial de constatación requerida por los convivientes a efectos de preconstituir prueba para el futuro reconocimiento.

Por otra parte, nada obsta que el conviviente reconozca en su testamento la existencia de la UC no inscripta. Si bien luego del fallecimiento no procede la inscripción de la UC en el RPLUC, esa manifestación constituye un medio de prueba a favor del conviviente supérstite, por ejemplo, para que pueda invocar el derecho real de habitación gratuito que le otorga el artículo 527. Adviértase que este artículo no exige expresamente que la UC esté registrada a los fines de invocar el derecho real de habitación.

Avala la eficacia probatoria de la manifestación hecha en testamento por acto público el artículo 1 del citado Decreto 1290/1994:

3. Se presume la convivencia pública en aparente matrimonio, salvo prueba en contrario, si existe reconocimiento expreso de ese hecho, formulado por el causante en instrumento público.

10.9. *Creación de un registro especial para las uniones convivenciales*

El Código Civil y Comercial acierta en instituir el RPLUC, dado que la función a cargo de este no entra en la competencia definida por la ley nacional para los Registros del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Estos deben inscribir “todos los actos o hechos que den origen, alteren o modifiquen el estado civil¹⁶ y la capacidad de las personas” (art. 1 Ley 26413). No obstante, ello no impide que la ley local le atribuya la competencia y las funciones del RPLUC al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, y entendemos que así debe ser dado que dicho organismo tiene capacidad operativa y experiencia suficientes para efectuar registraciones de carácter personal; ello sin perjuicio de nuestra propuesta de que se les asignen funciones determinadas a los escribanos de registro y de publicidad-noticia (además de la publicidad-oponibilidad ya asignada por ley nacional) a los RPI.

16. Más arriba expresamos que la UC no modifica el estado civil.

10.10. *Efectos de la registraci3n*

La registraci3n de la UC es solo a los fines probatorios (art. 511). Sin embargo, por otro lado, la ley exige que la UC se inscriba en el RPLUC para oponer efectos a terceros; por ejemplo:

- a) la indisponibilidad de los derechos sobre la vivienda familiar sin el asentimiento del conviviente (art. 522);
- b) la inejecutabilidad de la vivienda por las deudas contraídas despu3s de la inscripci3n por uno de los convivientes sin el asentimiento del otro;
- c) los que resulten de los pactos de convivencia, su modificaci3n y rescisi3n (art. 517).

La inscripci3n de la UC en el RPLUC prueba *erga omnes* que la UC ha sido reconocida oficialmente, y genera una presunci3n *iuris tantum* de su existencia y legitimidad.

Por los motivos expuestos, la exigencia de registrar la UC se establece:

- para simplificar la prueba posterior de su existencia (art. 512), en provecho de los convivientes y de los terceros;
- para darle a la uni3n mayor publicidad y notoriedad (art. 509);
- para colocar a los terceros (3mbito externo), de antemano, en la posici3n de poder conocer la situaci3n que los perjudicar3 en sus derechos (cognoscibilidad, oponibilidad).

Sin embargo, la inscripci3n de la UC en el RPLUC es, adem3s, habilitante de otras instancias registrales, pues una vez inscripta all3 la UC, y en su caso el pacto convivencial, los registros que correspondan por la naturaleza de los bienes podr3n tomar raz3n de las restricciones que resultan del r3gimen convencional de la UC. Es decir, la ley establece una suerte de tracto inter-registral.

En resumen, a trav3s de la registraci3n de la UC el Estado facilita la prueba de la uni3n, coadyuva a darle publicidad y notoriedad a la uni3n y sus efectos, y genera mayor oponibilidad a los terceros interesados de buena fe; en definitiva, la registraci3n brinda seguridad jur3dica.

10.11. *Car3cter de la inscripci3n*

Los integrantes de la UC adquieren los derechos y deberes nacidos de la uni3n por su propia condici3n de convivientes. El reconocimiento oficial de la UC y su inscripci3n en el RPLUC no son requisitos para el nacimiento de esos derechos y deberes. En consecuencia, la falta de inscripci3n 3nicamente obsta su oponibilidad a los terceros interesados de buena fe. As3, no puede sostenerse que los derechos y deberes de los convivientes entre s3 nazcan a partir de la registraci3n de la UC, dado que ella est3 ordenada “s3lo a los fines probatorios” (art. 511 *in fine*). Por lo tanto, la inscripci3n es simplemente declarativa y est3 dirigida exclusivamente a los terceros interesados de buena fe.

En base a ello, el tercero que –al tiempo de nacer su prerrogativa jur3dica– conoce o debe conocer la realidad extra-registral no puede prevalerse de la inoponi-

lidad de lo no inscripto. La falta de inscripción únicamente puede ser invocada por el tercero de buena fe; esta consiste en el desconocimiento inimputable de la realidad extra-registral.

10.12. *Irrelevancia de la inscripción*

Por otra parte, consideramos –por entender que así se logra una protección más integral de la familia– que toda vez que la ley alude al conviviente resulta irrelevante si la UC está o no inscripta en el RPLUC, salvo que expresamente exija la inscripción; y son pocos los artículos del Código nuevo que exigen que la UC esté inscripta: 250, 255, inciso a), y 522. Y si bien dichos artículos exigen la inscripción, como ella se establece únicamente con carácter declarativo, aun cuando la ley la pida, resulta irrelevante para los terceros (entre los cuales contamos al RPI) que conocen o deben conocer la realidad extra-registral. La inscripción debe interpretarse, pues, como conocimiento o posibilidad de conocer –según los medios que razonablemente sean exigibles– la existencia de la UC.

10.13. *Terceros excluidos*

Entre los terceros a quienes está dirigida la publicidad registral de la UC no están comprendidos los familiares allegados y futuros herederos legítimos de los convivientes, pues es razonablemente presumible que conocen la existencia de la unión. Extraemos esta conclusión del artículo 527, que no exige que la UC esté inscripta para que el conviviente supérstite pueda invocar frente a ellos el derecho real de habitación gratuito. Tampoco es exigible la inscripción respecto de los integrantes del círculo más íntimo de amigos y conocidos de los convivientes.

10.14. *Impugnabilidad de la inscripción*

Tanto el acto de reconocimiento oficial de la UC como su inscripción en el RPLUC pueden ser impugnados judicialmente por quien tenga interés legítimo en hacerlo, en caso de que estén viciados o su contenido sea falso o no subsistan los requisitos de existencia de la UC. Si se hace lugar a la impugnación, se cancelará la inscripción de la UC.

10.15. *Admisión por el Registro de la Propiedad de la unión convivencial no inscripta*

En 7.11. insinuamos la idea de que la UC puede, en algunos casos, acceder al RPI aunque no esté inscripta en el RPLUC; por ejemplo, cuando se inscribe un documento en el cual se designa beneficiario del régimen de vivienda al “conviviente no inscripto”.¹⁷ La admisión registral de esa designación se basa exclusivamente en una

17. El art. 246 inc. a) no exige que el conviviente beneficiario esté inscripto en el RPLUC.

manifestación del constituyente, cuya naturaleza es la de una restricción del poder dispositivo que el constituyente se autoimpone en beneficio del interés familiar. Admitida tal designación, debe exigirse el asentimiento del conviviente no inscripto, pese a que los artículos 250 y 255, inciso a), se refieren al “conviviente inscripto”.

Cabe aclarar que cuando el RPI admite que un conviviente no inscripto o sus ascendientes o descendientes sean beneficiarios del régimen de vivienda, la inejecutabilidad e indisponibilidad de la vivienda resulta del régimen jurídico de la UC (art. 522) en parte y también del régimen de vivienda.

10.16. *Documentación que debe expedir el Registro Público Local de Uniones Convivenciales*

Pese a que nada expresa la ley, consideramos que el RPLUC debe expedir a favor de los convivientes un testimonio del acta de inscripción de la UC, que servirá para probar la inscripción de manera similar a lo que ocurre en el matrimonio (art. 420 *in fine*). También debería entregarles una libreta de familia, ya que no hay razón para diferenciar en este punto entre familias matrimoniales o convivenciales.

A requerimiento de parte interesada, el RPLUC debería expedir otros testimonios del acta de inscripción e informes de inscripción. Sería conveniente que también expida informes negativos de UC, es decir, que certifique si por alguna persona tiene o tuvo registrada alguna UC.

El RPLUC deberá anotar marginalmente en el acta de inscripción el cese de la unión (con indicación de la fecha y la causa del cese), la inscripción, modificación y rescisión de los pactos convivenciales y las medidas precautorias que ordenasen los jueces.

Estas funciones deberán ser asignadas al RPLUC por la ley local.

10.17. *Propuesta de implementación de un índice de uniones convivenciales a cargo del Registro de la Propiedad Inmueble*

Juzgamos conveniente que el RPI lleve uno o más índices que comprendan las UC, los pactos convivenciales y los inmuebles alcanzados por los regímenes de indisponibilidad e inejecutabilidad (arts. 456 y 522), esto último si se instituyera un sistema de publicidad noticia, y que brinde un servicio de consultas disponible al público. El índice no guardaría relación ni conexión con el RPLUC y, a diferencia de este, informaría todas las UC y todos los pactos convivenciales (su otorgamiento, modificación, rescisión o extinción por cualquier otra causa) que accedan a él a través de los documentos que inscriba. Es decir, la actuación del RPI no se limitaría a las UC registradas en su mismo ámbito territorial de actuación. Tales registraciones podrían ser anotaciones preventivas de carácter personal, a las cuales convendría asignar un plazo de caducidad superior a los cinco años que prevé el artículo 37 de la Ley 17801. Las UC deberían registrarse mediante dos asientos correlacionados, uno a nombre de cada conviviente.

Si bien el RPI está estructurado principalmente para dar a publicidad situaciones jurídico-reales inmobiliarias, cuenta también con un Registro de Anotaciones

Personales (arts. 30-32 Ley 17801), que le permitiría llevar adelante tales registraciones. La implementación de esta propuesta generaría una simple publicidad-noticia, es decir, el RPI funcionaría como **registro de información administrativo y no como registro jurídico o registro de seguridad jurídica** que produzca publicidad-efecto: no generaría oponibilidad, pero sí impactaría en la fe de los terceros.

11. Protección de la vivienda

Consideramos que el tema de la protección de la vivienda es uno de los aspectos de las UC que tendrá mayor impacto en la actividad diaria de los escribanos. Comenzaremos por encarar la protección que denominados “automática” y luego la que procede del régimen de vivienda (arts. 244 y ss.). Por último, analizaremos dos cuestiones relacionadas con la muerte de uno de los convivientes y la protección de la vivienda a favor del supérstite.

Antes de iniciar la exposición, queremos reproducir las conclusiones a las que arriba Plovovich en “Enfoque constitucional de los derechos de la personalidad”¹⁸, ya que responden al sistema de valores que funda muchas de las propuestas que haremos a continuación:

1. Es necesario realizar una relectura del orden jurídico desde una perspectiva integradora, sin puntualizar la discusión acerca de si el derecho privado se ha constitucionalizado o si el derecho público se ha privatizado.
2. La categoría de los derechos de la personalidad forma un círculo concéntrico dentro del más general de los derechos fundamentales, que se caracteriza por un específico mecanismo de tutela que se superpone al sistema de protección establecido en la Constitución y sus normas de desarrollo, de modo que potenciar su autonomía sería inútil e induciría a confusión.
3. Como consecuencia de ser considerados derechos fundamentales, los derechos de la personalidad: a) son exigibles frente a los poderes públicos, b) obligan también en las relaciones entre particulares, ya que han recibido por la Constitución su positivación, c) gozan de la protección del Derecho Civil y de la Constitución, reforzada material y procesalmente ante los tribunales por medio del recurso de amparo y demás medidas tutelares, garantía jurisdiccional en procesos ordinarios, civil (medidas preventivas, reparatorias: indemnización de daños), penal, contencioso-administrativo.
4. El Estado no debe limitarse a enunciar la posibilidad de su ejercicio, sino que debe asumir la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos. En esta tarea el legislador se encuentra especialmente obligado y es esencial que las regulaciones legales se formulen sobre la base de los preceptos constitucionales, con el mayor consenso posible, con participación amplia de la ciudadanía, sin imposición de morales particulares, sino bajo los criterios de una ética laica.
5. La ausencia de desarrollo legislativo puede dificultar el ejercicio de los derechos, pero no impedirlo, pues éstos se imponen directamente; si no hay norma expresa o las que

18. PLOVANICH, Ma. Cristina, “Enfoque constitucional de los derechos de la personalidad” [on line], publicado en el portal de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba [s/f]. La autora es profesora de Derecho Privado I y Privado VII, y co-directora del Programa de Enseñanza para la Práctica Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

hay son ineficientes, corresponde a los jueces (en cumplimiento del deber de protección estatal) garantizar la protección de esos derechos.

11.1. *Protección automática de la vivienda*

11.1.1. *Contenido de la protección. Indisponibilidad e inejecutabilidad*

El artículo 522 dispone que si la UC ha sido inscrita, ninguno de los convivientes puede sin el asentimiento del otro disponer de los derechos sobre la vivienda familiar. También prevé que la vivienda no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la inscripción de la UC, excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

11.1.2. *Indisponibilidad. Concepto de acto de disposición*

Dado que el artículo 522 exige el asentimiento para disponer de los derechos sobre la vivienda, se torna necesario analizar cuál es el significado de acto de disposición en este contexto. Según la teoría general del acto jurídico, por acto de disposición (patrimonial) se entiende el que provoca una disminución o modificación substancial de alguno de los elementos que forman el capital del patrimonio o que compromete su porvenir por largo tiempo. Y por acto de administración, el que tiene por objeto hacerles producir a los bienes los beneficios o rentas que normalmente pueden obtenerse de ellos respetando su naturaleza y destino.

Sin embargo, a nuestro juicio, el acto de disposición al que se refiere el artículo 522 no es el que resulta de la definición antes referida, sino que su concepto debe construirse dentro del micro-sistema de protección de la vivienda, es decir, teniendo en cuenta el bien jurídico protegido: la vivienda. Siguiendo esta premisa por acto de disposición, en el contexto del artículo 522, entendemos todo aquel con virtualidad suficiente para afectar o poner en riesgo la función del bien de servir de techo a la familia convivencial, sea que para la teoría general resulte de administración o de disposición. Llamaremos a esta especie, para evitar confusiones terminológicas, **acto dispositivo de la vivienda**.

Tomando en cuenta nuestra definición, un contrato de alquiler o uno de comodato, o cualquier otro por el que el conviviente propietario se obligue a transferir la tenencia del inmueble asiento de la vivienda, constituyen actos dispositivos de la vivienda, pues afectan el bien en su función de servir de techo a la familia convivencial. Si el alquiler, comodato, etc., recaen solo sobre una parte material del inmueble y en el espacio restante la familia puede desarrollar normalmente su vida, el acto no sería dispositivo de la vivienda.

Desde esta perspectiva, la constitución de una servidumbre de paso o de acueducto, que para la teoría general es un acto de disposición, en el contexto del artículo 522 no es un acto dispositivo de la vivienda si el ejercicio de la servidumbre no perjudica la función del bien de servir de techo a la familia. Es decir, no todo acto de disposición según la teoría general es un acto dispositivo de la vivienda, y los actos de administración según la teoría general pueden ser actos dispositivos de la vivienda.

11.1.3. *Carácter de la inscripción*

El artículo 522 prevé que es necesario que la UC esté inscrita para que opere la protección de la vivienda. No obstante, siguiendo la regla de que en nuestro sistema las inscripciones en los registros públicos en general son de carácter declarativo, entendemos que la inscripción mencionada no es una exigencia constitutiva de la inejecutabilidad e indisponibilidad de la vivienda sino que se impone únicamente para su oponibilidad a terceros de buena fe. Es por ello que entre los convivientes la indisponibilidad de los derechos sobre la vivienda no requiere ningún tipo de registración; rige entre ellos desde el inicio mismo de la UC.

11.1.4. *Registro que debe intervenir. Alcances de la publicidad posesoria*

11.1.4.1. El artículo 522 no aclara en qué registro debe inscribirse la UC para que la vivienda convivencial sea inejecutable. Podría pensarse que se trata del RPI (si el derecho sobre la vivienda entra en su competencia¹⁹), ya que este es el organismo que expide las constancias de las que resultan la plenitud, limitación o restricción de los derechos inscritos y la libertad de disposición, que permiten conocer el estado jurídico de los bienes y de las personas (arts. 22 y 23 Ley 17801). Y cabe interpretar que la indisponibilidad y la inejecutabilidad implican una restricción del derecho que afectan la libertad de disposición del titular. Además, estas restricciones solo pueden acreditarse en relación con terceros por medio de esas constancias, según lo establece expresamente el citado artículo 22. Es decir, la sola registración de la UC en el RPLUC no sería, a la luz de la normativa registral citada, publicidad suficiente para contrarrestar la buena fe del tercero.

Podría también pensarse que la ley exige la inscripción de la UC únicamente en el RPLUC y que reemplaza la inscripción en el RPI por la publicidad posesoria que resulta del funcionamiento de la vivienda en el inmueble. Pero ello, a nuestro juicio, es inadmisibles, por implicar una generalización simplificadora de la conducta a observar por el tercero interesado, la que, por imperativo legal, debe ajustarse a la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar (art. 1724). El deber de constatar si la vivienda funciona en el inmueble no es exigible a todos los terceros por igual; es exigible, por ejemplo, a quien pretenda suscribir un boleto de compraventa, pero no a quien haya sufrido daños por un accidente ocurrido en la calle por culpa de uno de los convivientes y pretende cobrar un resarcimiento. Como se evidencia, los terceros interesados no están ubicados todos en una misma posición, y por ello la publicidad que deriva de la posesión no debería afectar a todos por igual. En algunos supuestos la publicidad posesoria resultará suficiente, pero en otros no.

Para oponerles a los terceros interesados la inejecutabilidad e indisponibilidad de la vivienda convivencial debería ser necesario que ellos mismos puedan conocer, por la vía que les resulte aplicable según la diligencia exigible en cada caso, el funcionamiento de la vivienda en el inmueble.

19. Ver art. 2 inc. a) Ley 17801.

Prueba la insuficiencia de la publicidad que deriva de la inscripción de la UC en el RPLUC que no alcance con registrar allí los pactos convivenciales a efectos de oponer a los terceros las restricciones acordadas a las facultades de administración y disposición, sino que deben inscribirse **también**, para lograr calar en la buena fe de los terceros, en el registro que corresponda por la naturaleza de los bienes (art. 522).

11.1.4.2. Sin embargo, la ley consagra la inejecutabilidad y la indisponibilidad de la vivienda convivencial, sin exigir que este destino se inscriba en el RPI. Respecto de terceros interesados de buena fe, para que la protección opere basta la inscripción de la UC en el RPLUC. Esta inscripción no funciona realmente como publicidad (pues de lo contrario se exigiría su inscripción en la matrícula) sino como indicador legal de la existencia de la UC **respecto de esos terceros**.

Las restricciones acordadas a las facultades de administración y disposición deben inscribirse en el RPI para ser oponibles a terceros, dado que las mismas resultan de la voluntad de los convivientes, a diferencia de lo que sucede con la inejecutabilidad y la indisponibilidad de la vivienda convivencial, que **emanan de la ley** y cuya oponibilidad los terceros interesados de buena fe logran neutralizar. Mientras que los convivientes pueden o no haber otorgado pacto de convivencia y haber incluido o no en el mismo restricciones a las facultades de administración y disposición, la inejecutabilidad y la indisponibilidad de la vivienda convivencial son una constante que tiene origen en la ley y no en la voluntad de los convivientes.

11.1.5. *Publicidad registral “tácita” de la inejecutabilidad*

11.1.5.1. Si del asiento que practique el RPI resulta que el titular vive en UC y tiene su domicilio real (residencia habitual) en el inmueble,²⁰ los acreedores no podrán alegar que desconocen que la vivienda convivencial está allí radicada, aunque la UC no esté inscrita en el RPLUC, por lo que la inejecutabilidad les será igualmente oponible.

11.1.5.2. Opinamos que el RPI debe observar el documento portante de un acto dispositivo si del mismo surge que el propietario tiene su residencia en el inmueble objeto del mismo y vive en UC, inscrita o no, y falta el asentimiento del conviviente, pues en tal caso el RPI no puede desconocer la existencia de la UC y que el inmueble es su sede.

11.1.6. *Derechos sobre los cuales puede recaer la protección de la vivienda*

La protección del derecho a la vivienda no se limita exclusivamente al derecho real de dominio, sino que rige también para cualquier otro derecho que se ejerza por la

20. Las escrituras deben contener el domicilio real de los otorgantes, según el art. 305 inc. b). El artículo 73 define el domicilio real de la persona humana como el lugar de su residencia habitual, y si ejerce actividad profesional o económica, es el lugar donde la desempeña para el cumplimiento de las obligaciones emergentes de dicha actividad. Proponemos que las leyes notariales locales y las disposiciones técnico-registrales de los RPI exijan que en las escrituras públicas se consigne si el domicilio real expresado es la residencia habitual o si es donde el otorgante ejerce la actividad profesional o económica.

posesión: usufructo, uso, habitación, propiedad superficiaria, boleto de compraventa con entrega de posesión (art. 1170 inc. d), etc. La protección rige también para los derechos personales que permitan usar la vivienda (locación, comodato, etc.).

11.1.7. *Solo puede recaer sobre un único inmueble*

No obstante que aceptemos que una pareja pueda convivir en dos viviendas a la vez (ver 8.5.), entendemos que no pueden invocar la inejecutabilidad respecto de ambas, ya que ello constituiría un ejercicio abusivo del derecho: la ejecución de una de las viviendas le restaría comodidad a los convivientes pero no los dejaría sin vivienda.

11.1.8. *Obligaciones no afectadas por la protección*

El artículo 522 no aclara cuáles son las obligaciones que hacen excepción a la inejecutabilidad de la vivienda familiar. Pensamos que corresponde aplicar por analogía lo previsto para el régimen de vivienda en el artículo 249.

Respecto de lo previsto en el inciso d) de dicho artículo, que establece la inejecutabilidad por obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces o con capacidad restringida, nos preguntamos ¿qué sucede si en el inmueble comprendido en el artículo 522 también vivieran hijos menores de edad, incapaces o con capacidad restringida? ¿Cómo compatibilizar los intereses de todos los niños involucrados que pertenecen a distintas familias del conviviente propietario?

11.1.9. *Asentimiento para contraer deudas*

La inejecutabilidad rige respecto de las deudas contraídas por uno solo de los convivientes sin el asentimiento del otro, y que no cuadren en ninguna de las referidas excepciones. Debe considerarse que son deudas contraídas por ambos aquellas adquiridas por uno de los convivientes con la conformidad del otro presumida por la ley (ver art. 641, incs. a y b).

No descartamos la posibilidad de que el asentimiento se otorgue tácitamente, por ejemplo, si el conviviente que contrae la deuda comparece a la audiencia de otorgamiento del acto en compañía de su conviviente, quien presencia todo el acto y no manifiesta oposición. Si el asentimiento para contraer la deuda se otorga expresamente, debe ajustarse a lo prescripto en el artículo 457.

11.1.10. *Crítica al sistema de protección automática por defecto de universalidad*

Entendemos que el Código nuevo deja algunos baches en materia de protección de la vivienda, que deben cubrir los demás poderes del Estado. Nadie debe ser discriminado a la hora de recibir la protección del derecho “a” o “sobre” la vivienda. Este debe tutelarse con prescindencia del estado de familia del propietario. Vivienda digna (de protección jurídica, entre otros aspectos) debe ser tanto la familiar como la de quien vive solo, sea por elección o porque carece de familia. Vivienda y familia (matrimo-

nial, convivencial, etc.) son bienes jurídicos que merecen cada uno su propia consideración y tutela.

No nos parece justo ni razonable que la ley proteja de pleno derecho y *ab initio* a quien vive en pareja (matrimonial o convivencial) y deje rezagados a quienes no, aunque ponga a disposición de estos el régimen de vivienda (arts. 244 y ss.). ¿Cuál sería la razón por la que la ley protege *ipso iure* y *ab initio* a los integrantes de una unión matrimonial o convivencial, y a quien no vive en esas condiciones le exige que despliegue una conducta (otorgar el acto de constitución del régimen de vivienda) para recibir amparo? Podría pensarse que la ley establece la protección a quienes viven unidos con el propósito de evitar que el derecho sobre la vivienda de uno peligre por los actos del otro, y que quien vive solo no quede expuesto a los actos de otro. Pero quien vive solo sí está expuesto a deudas, que puede contraer aun involuntariamente (p. ej.: en un accidente automovilístico). En definitiva se trata de tutelar la vivienda, y en este sentido todos deben recibir de la ley la misma protección, tengan o no pareja, vivan o no en pareja.

Además, no se consulta el ISN, ya que el progenitor que no está casado ni vive en UC pero sí con un hijo menor, incapaz o con capacidad restringida no cuenta con una protección contra deudas similar a la que resulta de los artículos 456 y 522. Y tampoco puede dejarse sin protección a quien no viva con un niño, niña o adolescente. El Código nuevo peca por defecto. Como ya expresamos, si bien puede acudir al régimen de vivienda, este no otorga una protección de pleno derecho y *ab initio*. La protección automática y *ab initio* de la vivienda es un derecho de todos.

Si bien es cierto que la protección *ab initio* puede lograrse mediante la afectación al régimen de vivienda en el acto mismo de adquirirse el derecho sobre la vivienda, no menos cierto es que, al no ser “automática”, el adquirente está expuesto a su olvido, ignorancia, engaño o mal asesoramiento. Además, si adquiere el inmueble en subasta, dado que desde la adquisición hasta su emplazamiento registral necesariamente transcurre un tiempo, la protección no será *ab initio* y puede contraer deudas en el ínterin.

11.1.11. *Postergación del acreedor en aras de la protección de la vivienda, pese a la mala fe del propietario*

El Código nuevo protege tan enérgicamente la vivienda familiar que logra postergar al acreedor ante la maniobra fraudulenta del conviviente propietario. Supongamos el caso de un conviviente propietario cuya UC se inscribió en el RPLUC, quien aprovecha que su compañera se ausentó por razones de trabajo para otorgar un boleto de compraventa respecto del inmueble que constituye la vivienda familiar. Se trata del único bien de su titularidad y su situación económica es muy ajustada. Antes de firmarse el boleto el comprador visita el inmueble en dos ocasiones para verificar su estado, tomar medidas para comprar muebles, etc. Del título de propiedad del vendedor surge que es soltero y que no vive en UC; además, afirma en el boleto que el inmueble no es vivienda familiar en los términos de los artículos 456 y 522. Una semana antes de la fecha pactada para escriturar, su compañera anticipa el regreso a casa y se encuentra en esta con él, el comprador y su arquitecto. Se entera de la venta en ese

momento. La preterida inmediatamente acciona por nulidad del boleto, pretensión que es acogida por la Justicia. Se le ordena al vendedor la restitución de la porción del precio que cobró contra el boleto y se lo condena a pagarle los daños y perjuicios al comprador, pero carece de medios para cumplir con ello. Ante la pretensión del comprador de hacer efectivo el crédito contra el inmueble, en el que la pareja continúa conviviendo, la actora se opone con fundamento en la inejecutabilidad de la vivienda familiar. De esta manera el comprador no podrá hacer efectivo su crédito contra el inmueble mientras este sea la vivienda familiar. El acreedor –mal que nos pese– no puede ser calificado de buena fe, dado que la UC se inscribió en el RPLUC antes del otorgamiento del boleto de compraventa.

11.2. Régimen de vivienda

11.2.1. Designación del conviviente no inscripto como beneficiario

En 10.15. mencionamos que el propietario puede designar beneficiario del régimen de vivienda a su conviviente no inscripto. El artículo 246, inciso a), no exige expresamente que se trate del “conviviente inscripto”. Además, el Código nuevo no exige, como lo hacía la Ley 14394 en su artículo 43, que el propietario justifique el vínculo con los beneficiarios. En 7.11. expusimos que

- El progenitor afín tiene respecto del hijo afín una obligación alimentaria (art. 676), con independencia del tiempo de convivencia del progenitor del menor y el progenitor afín.
- Es admisible que dicha obligación puede satisfacerse de mejor manera, en lo que a techo respecta, incorporando al hijo afín como beneficiario del régimen de vivienda.
- La existencia de dicha obligación, aunque sea subsidiaria, permite interpretar que el adjetivo posesivo “sus” contenido en el inciso a) del artículo 246 habilita al constituyente del régimen de vivienda a designar beneficiario al hijo afín.
- Sería inconstitucional exigir como requisito el transcurso del plazo de dos años de convivencia a efectos de que el progenitor afín pueda designar beneficiario del régimen de vivienda al hijo afín, dado que el ISN excluye de plano esa interpretación.
- Y concluimos: si el progenitor afín puede designar beneficiario a su hijo afín sin necesidad de que para ello transcurran los dos años de convivencia, cabe interpretar que también puede designar beneficiario a su conviviente, es decir, al progenitor del menor.

Agregamos aquí: podría argumentarse en base al ISN que la única hipótesis en que el conviviente no inscripto puede ser designado beneficiario es cuando hay hijos menores, con capacidad restringida o incapacidad que sean designados beneficiarios. Contestamos: no permitir la designación del conviviente como beneficiario por no tener un hijo menor o con discapacidad nos parece discriminatorio. Por otra parte, las normas tutelares de la familia deben interpretarse con amplitud. El reconocimiento legal de la UC como familia y la manda constitucional de protegerla inte-

gralmente deben inclinar al intérprete por admitir la designación del “conviviente no inscripto” como beneficiario.

La designación del conviviente no inscripto como beneficiario del régimen de vivienda no afecta a los acreedores del propietario de causa posterior, salvo que el único beneficiario que habita el inmueble sea el conviviente no inscripto. En este caso, a nuestro juicio, debe prevalecer en principio el derecho a la vivienda digna. –Continuamos este tema, para el caso de deceso del propietario, en 11.3.2.–.

11.2.2. *Designación simultánea del cónyuge y el conviviente no inscripto como beneficiarios*

Pensamos que en situaciones particulares el propietario puede designar beneficiarios de un mismo régimen de vivienda a su cónyuge y también al conviviente no inscripto. Imaginamos el siguiente caso: una persona casada separada de hecho sin voluntad de unirse, con un niño nacido de esa unión, arma una nueva pareja; es propietaria de un inmueble no afectado al régimen de propiedad horizontal, compuesto de dos departamentos, en uno de los cuales vive él con su nueva pareja y en el otro su exesposa con el hijo menor de ambos. En este caso tiene sentido que todos ellos sean designados beneficiarios.

11.2.3. *Consecuencias para el Registro de la Propiedad Inmueble de la admisión del conviviente no inscripto*

11.2.3.1. La admisión del “conviviente no inscripto”, sus descendientes o ascendientes como beneficiarios del régimen de vivienda no implica que el RPI deba luego acceder al pedido de inscripción de un pacto de convivencia, dado que para ello la UC y el pacto deben estar registrados en el RPLUC.

11.2.3.2. Sin embargo, como expusimos en 10.15., si el RPI toma razón del documento en el cual el conviviente propietario designa beneficiario del régimen de vivienda a su conviviente no inscripto o los ascendientes o descendientes de éste, no puede luego desconocer la existencia de la UC; por lo tanto, debe exigir el asentimiento del conviviente en los casos previstos en los artículos 250 y 255, inciso a), aunque estos aludan a la UC inscripta.

11.2.4. *Diferencias entre el régimen del artículo 522 y el de vivienda*

Ambos regímenes presentan las siguientes diferencias, puntos de contacto y superposiciones, sin pretender agotarlos.

11.2.4.1. La causa generadora del régimen de vivienda es el acto jurídico de su constitución, otorgado por el titular del derecho.²¹ La constitución también puede ser de-

21. En nuestro trabajo “Discursus sobre el régimen de vivienda y la registración de su subrogación real en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Dinámica, interpretación amplia y propuestas para su implementación” (on line, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos

cidida por el juez, a petición de parte, si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida, en la resolución que atribuye la vivienda en el juicio de divorcio o en el que se resuelven las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia (art. 245).

El régimen del artículo 522 nace de pleno derecho, a partir del hecho jurídico de la instalación y funcionamiento de la vivienda en el inmueble, sin necesidad de ninguna expresión formal de voluntad. La afectación al régimen del artículo 522 es decidida por voluntad de ambos integrantes de la UC, en vida de ambos, por el simple acto lícito de convivir en el inmueble, y no a través del otorgamiento de un acto jurídico.

11.2.4.2. Respecto de terceros de buena fe, el régimen del artículo 522 rige únicamente para UC inscriptas en el RPLUC. En cambio, puede designarse beneficiario del régimen de vivienda al conviviente no inscripto.

11.2.4.3. La inejecutabilidad rige, respecto de terceros de buena fe, por deudas posteriores a la fecha de registración de la UC en el RPLUC. La protección del régimen de vivienda corre desde la fecha de inscripción de su constitución (que por subrogación se proyecta a las afectaciones posteriores), en su caso, retroactivamente a la fecha del asiento de reserva de prioridad obtenido para la constitución (art. 244, 2º párrafo).

11.2.4.4. Para la vigencia del régimen de vivienda es necesario que en el inmueble afectado habite al menos uno de los beneficiarios. Bajo el régimen del artículo 522, es preciso que ambos convivientes habiten en el inmueble (habrá que tener presente que la interrupción de la convivencia no implica el cese de la UC si obedece a un motivo transitorio), sin perjuicio de que en caso de crisis de pareja se mantiene la protección ultra-activamente hasta la resolución que eventualmente atribuye la vivienda en el juicio que resuelve las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia.

11.2.4.5. Opinamos que se accede al régimen del artículo 522 aunque el conviviente propietario tenga solo una cuota-parte indivisa del derecho sobre el inmueble o de la universalidad a la que este pertenezca; ello sin perjuicio de los derechos de los restantes comuneros (condóminos, coherederos, etc.), siempre que no medie expresa oposición de estos. Además, los comuneros pueden convenir que uno de ellos ejercite el uso y goce sobre la totalidad del inmueble o una determinada parte material del mismo (arts. 1986-1988), con o sin contraprestación por ello.

Aires, nº 917, febrero 2015) expusimos: “La especialidad del nuevo régimen –nos referimos al régimen de vivienda, arts. 244 y ss.– se inserta en un sistema más amplio y general de protección de la vivienda. El nuevo Código contiene dispositivos generales de tutela de ese bien jurídico, cuya operatividad no requiere un acto especial de constitución, como sí ocurre con el RV –régimen de vivienda– [...] Podría esgrimirse con cierto grado de razón que estas protecciones automáticas (así las denominó dado que no dependen del otorgamiento de un acto de afectación) resguardan más a la familia que a la vivienda, o a la familia con vivienda o a la vivienda familiar, y que queda fuera de esa protección la persona que vive sola. El ‘solitario’, salvo que acuda al régimen especial (RV), no cuenta con la protección legal automática comprendida en el régimen general. En este punto, parece que el Estado pretende imponer un modelo de vida, actitud que choca de frente con los ideales constitucionales de la República, pero que, va de suyo, no puede traspasarlos”.

La inejecutabilidad e indisponibilidad se da con relación a la parte indivisa, pero no respecto de la cosa (art. 1989). Además, el integrante de la UC puede pedir con carácter preferencial que en la partición se le atribuya la propiedad que le sirve de vivienda a la UC si tenía allí su residencia al tiempo de la muerte (art. 2381, inc. a).

En el régimen de vivienda, si el inmueble está en condominio, deben solicitar la afectación todos los cotitulares conjuntamente (artículo 245). Más adelante exponemos nuestra opinión contraria a esta limitación legal.

11.2.4.6. El régimen de vivienda subsiste y es oponible a los acreedores excluidos²² del propietario sin límite de tiempo²³ hasta el fallecimiento de todos los beneficiarios, siempre que alguno de ellos habite el inmueble.

El régimen del artículo 522 subsiste mientras el inmueble sea la vivienda familiar; si la UC cesa en vida de ambos, el marco de protección deja de ser el del artículo 522 y, eventualmente, será el previsto en los artículos 245 *in fine* y 526.

Mientras que para la atribución de la vivienda, conforme artículo 526, se prevé un plazo máximo de dos años, el artículo 245 no prevé un límite de tiempo para el régimen de vivienda. A la luz del ISN, pensamos que dicho límite temporal rige únicamente si en el inmueble no habitan hijos menores de edad, con capacidad restringida o incapacidad, pues no hay razón para cargar a estos con las consecuencias de la decisión de sus progenitores de contraer o no matrimonio.

El cese de la UC puede dar lugar, según las circunstancias, a un régimen de protección de la vivienda mediante la atribución de la misma (arts. 245 *in fine* y 526). El régimen del artículo 522 puede devenir en régimen de vivienda por decisión judicial, en el marco del juicio en el que se resuelvan las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia (art. 245 *in fine*).

En caso de extinción de la UC por muerte, la protección del artículo 522 puede transformarse en derecho real de habitación gratuito *ex lege* a favor del conviviente supérstite (artículo 527), que no es oponible a los acreedores y cuyo plazo máximo de duración es, en principio, dos años. Opinamos que la protección del artículo 527 no requiere que la UC esté inscripta.

11.2.4.7. La ley prevé que el derecho real de habitación gratuito se extingue si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a esta (art. 527). No está prevista expresamente la extinción del régimen de vivienda para ninguna de esas hipótesis en caso de que el conviviente supérstite sea beneficiario y habite en el inmueble, aunque podría implicar un ejercicio abusivo del derecho.

11.2.4.8. La protección del artículo 522 rige entre convivientes, mientras que en la del régimen de vivienda la nómina de sujetos beneficiarios, que incluye al conviviente, es mucho más amplia.

22. Ver la definición en el §10 de nuestra ob. cit. (cfr. nota 21).

23. Si se cumplen los recaudos previstos en el Capítulo 3 del Título III del Libro Primero - Parte General.

11.2.4.9. El producido de la enajenación de la vivienda afectada al régimen del artículo 522 no goza de protección, como sí ocurre con el régimen de vivienda, que prevé expresamente que la afectación “se transmite” a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio (art. 248).

11.2.4.10. La afectación al régimen de vivienda puede hacerse por una parte del valor del inmueble (art. 244); dicha posibilidad no está prevista expresamente respecto de la protección del artículo 522. Sin embargo, si el inmueble fuera de excesivo valor, creemos que el juez puede limitar la protección del artículo 522 a su justa medida, a fin de evitar los efectos nocivos de una situación abusiva (art. 11).

11.2.5. *Transformación del régimen del artículo 522 en uno de vivienda*

Dado que no se puede ser propietario exclusivo de más de un inmueble bajo el régimen de vivienda (art. 244 *in fine*), la transformación referida en el epígrafe, prevista en el artículo 245 *in fine*, en principio, no sería posible si el propietario ya tuviera otro inmueble afectado. Quien resulte ser propietario único de dos o más inmuebles afectados debe optar por la subsistencia de uno solo en ese carácter dentro del plazo que fije la autoridad de aplicación, bajo apercibimiento de considerarse afectado el constituido en primer término (art. 244 *in fine*).

Imaginamos el siguiente caso, en el que el organismo de aplicación del régimen de vivienda deberá ser muy cauto al fijar el plazo para que el propietario ejerza la antedicha opción, para no incurrir en una decisión que lesione derechos fundamentales. Un matrimonio mayor dona a su hijo una suma de dinero para que compre un pequeño departamento y lo afecte al régimen de vivienda, a favor de sus padres. El hijo vive en un departamento de su propiedad, en unión convivencial con su pareja y un hijo menor de ambos. Producida la ruptura de la pareja, la conviviente no propietaria solicita judicialmente la atribución del uso de la vivienda familiar y su afectación al régimen de vivienda (arts. 245 *in fine* y 526). Según lo prescripto en el artículo 244 *in fine*, no debería proceder la afectación, pues el propietario ya tiene un inmueble afectado al régimen. Sin embargo, entendemos que el juez debe atender el pedido, pues está en juego el ISN. De tal manera se configura una situación en la que una persona resulta propietaria exclusiva de dos regímenes de vivienda.

11.2.6. *Posibilidad de proteger dos viviendas*

11.2.6.1. Opinamos que la persona que tiene dos familias (“sucesivas”, no “simultáneas”, pues este modelo no se ajusta a los paradigmas dominantes vigentes) y es propietario de dos viviendas, en cada una de las cuales habita un hijo menor de edad o con discapacidad, no está alcanzado por la prohibición de ser propietario exclusivo de dos inmuebles afectados al régimen de vivienda. No puede interpretarse la ley de modo tal de colocar al propietario en la desagradable disyuntiva de elegir entre uno u otro hijo (art. 244 *in fine*). De lo contrario se violarían los derechos de uno de los hijos por la condición de su progenitor de ser propietario de otro inmueble afectado al régimen (art. 28 Ley 26061).

El ISN torna inaplicable la antedicha prohibición, establecida por el legislador en interés de los acreedores del propietario, que es de jerarquía normativa inferior al ISN. Prohibirle al progenitor afectar los dos inmuebles implica una discriminación hacia uno de sus hijos, dado que no recibiría la misma protección que el otro. Además, se colocaría al progenitor en la imposibilidad de atender su responsabilidad prioritaria de asegurar a sus niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías (art. 7 Ley 26061). Podría pensarse para tal caso que ambos menores deberían vivir bajo un mismo techo, a efectos de no perjudicar a los acreedores del progenitor propietario, pero ello implicaría sustraerlos de su medio familiar (art. 3, inc. c, Ley 26061) y desconocer la existencia del ISN.

Prohibir la constitución de los dos regímenes de vivienda en las condiciones antedichas resulta, además, violatorio de lo establecido en el artículo 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño, que goza de jerarquía constitucional y que –de acuerdo con lo prescripto en el artículo 2 de la Ley 26061– es de aplicación obligatoria en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Según dicho artículo de la Convención, los Estados partes deben asegurarse de que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el ISN.

La prohibición de constituir dos regímenes en las referidas condiciones implica un liso y llano desconocimiento del ISN por parte del legislador. Además, implica una flagrante violación de lo establecido en el artículo 3.2. de la Convención: los Estados Partes se comprometen a asegurarle al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley, y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

Si el RPI objetara el documento en el que se constituya el segundo régimen de vivienda, se violaría también el artículo 4 de la Convención, que obliga a los Estados Partes a adoptar todas las medidas administrativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención.

Enseña el maestro Bidart Campos que el ISN y la protección integral de la familia son principios constitucionales que deben prevalecer sobre la ley cuando en un caso concreto sus circunstancias conducirían a una solución “legal” pero intrínsecamente injusta. Los estándares de “interés superior del niño” y “protección integral de la familia” no son eslóganes vacíos ni expresiones decorativas, sino pautas obligatorias que tienen que tomar en cuenta los poderes del Estado.²⁴

Pensamos que la configuración de la inconstitucionalidad de la prohibición de tener dos o más regímenes de vivienda simultáneamente surgirá en rigor de una decisión incorrecta que al respecto tome el organismo de aplicación. Es dicho organismo el que debe fijar el plazo para que el propietario de dos regímenes de vivienda opte por la subsistencia de uno solo en ese carácter. Para evitar violar normas de je-

24. Citado por LORA, Laura N., “Discurso jurídico sobre el interés superior del niño”, en *Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales. X Jornadas de Investigadores y Becarios*, Mar del Plata, Suárez, 2006, pp. 479-488 (puede consultarse desde la RDN digital <http://www.revista-notariado.org.ar/>).

rarquía constitucional, el organismo no podrá exigir que la opción se ejerza mientras en los dos inmuebles habiten hijos menores o con discapacidad.

Otro aspecto cuestionable en el caso de titularidad de dos inmuebles afectados es la desafectación *ipso iure* del constituido en segundo término (dispuesta en el art. 244 *in fine*), dado que puede ocurrir que en el constituido en primer término no viva ningún beneficiario que sea menor, incapaz o con capacidad restringida y sí viva alguno en el segundo. A nuestro juicio, el ISN torna inaplicable el dispositivo legal en esa hipótesis, y debe subsistir la afectación del inmueble en el que viva un beneficiario que sea menor o discapacitado, si es que en el otro no habita ningún beneficiario con esas características. Pero como los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes están asegurados por su máxima exigibilidad (art. 1 Ley 26061), interpretamos no solo que subsiste la segunda afectación si en el primer inmueble no vive un beneficiario menor o discapacitado y en el segundo sí, sino que la fecha de la protección de la primera afectación puede trasladarse a la segunda, por aplicación de la subrogación que se desprende del artículo 248.²⁵ Es decir que no se extingue la primera afectación, sino que esta se traslada al segundo inmueble, en el que vive el menor, y se extingue la segunda afectación, siempre que ello fuera lo más conveniente a los intereses del niño, niña o adolescente.

Si bien los acreedores de quien tiene dos bienes afectados al régimen de vivienda podrían considerarse agraviados por la lesión que la admisión de la segunda afectación produce a su derecho de propiedad, en la disyuntiva deben prevalecer el ISN y la protección integral de la familia. La niñez no se puede postergar, ya que indefectiblemente transcurre durante la primera etapa de la vida y marcará a la persona para toda su vida; en cambio, el cobro de una suma de dinero sí puede diferirse y el perjuicio al acreedor se reparará con los intereses correspondientes; los daños a la persona en el primer caso son inconmensurables.

11.2.6.2. Señalamos que la protección que resulta del régimen de vivienda no excluye la concedida por otras disposiciones legales, entre ellas la del artículo 522. Y vamos más allá: entendemos que los regímenes de los artículos 244 y 522 pueden recaer sobre distintos inmuebles; por ejemplo, uno de los integrantes de la UC puede ser propietario de un inmueble afectado al régimen de vivienda y, al mismo tiempo, de otro alcanzado por el régimen del artículo 522. De esta manera se llega a la justa solución de permitirle a la persona que tiene dos familias, brindarle amparo a ambas.

25. En nuestro trabajo (cfr. nota 25) expusimos: “6. Hay un aspecto que merece especial mención y una propuesta de reforma legislativa o una interpretación judicial correctiva. La subrogación está prevista para ‘la vivienda adquirida en sustitución de la afectada’; es decir, para que la subrogación opere, según la letra de la ley, debería mediar ‘la adquisición’ de otra vivienda ‘que sustituya’ a la anterior. Los extremos entrecomillados generan ciertas dudas interpretativas como las siguientes: quien tiene dos inmuebles con características de vivienda, y no adquirió el segundo en sustitución del primero, ¿puede ‘pasar’ la afectación de uno a otro?; la vivienda subrogante, ¿debe incorporarse al patrimonio del afectante con posterioridad a la enajenación de la vivienda subrogada? La importancia de los intereses en juego reclama una pronta solución del tema –legal o jurisprudencial–, a fin de evitar graves perjuicios a quienes habitan en suelo argentino”.

11.2.7. *Inconstitucionalidad de la prohibición de afectar al régimen de vivienda por una parte indivisa*

11.2.7.1. No advertimos, salvo el texto del primer párrafo del artículo 245, cuál es el motivo por el que la ley prohíbe que la afectación al régimen de vivienda se haga por una parte indivisa. Piénsese en un edificio de departamentos que esté habitado, en condominio, sin dividirse por el régimen de propiedad horizontal. Los diversos cotitulares deberían poder afectar su cuota-parte indivisa; ¿cuál sería la razón atendible para negarles esa posibilidad? Por la cantidad de gente involucrada en esos casos, el juicio de división de condominio, es muy engorroso y demora muchos años. ¿Por qué impedirle a cada condómino, ínterin, afectar su porción indivisa al régimen de vivienda, que a la postre se materializará en el departamento en el que vive? Además de soportar el trámite judicial, ¿por qué la ley lo obliga a dejar expuesto su derecho de propiedad a embargo y ejecución mientras no se divida en especie el condominio? ¿En qué se perjudican los demás condóminos si se le permite la afectación?

11.2.7.2. Imagínese también el siguiente caso: un inmueble en condominio de dos personas, por partes iguales; uno de ellos se maneja con total desaprensión respecto de la cosa, no la atiende, no la usa ni la explota, es decir, la abandona de hecho; y el otro condómino no tiene ninguna otra propiedad y vive en el inmueble con su familia. Este debería poder afectar el inmueble –por su parte indivisa– al régimen de vivienda; de lo contrario, se lo incita a demandar la división de condominio, situación que lo expone a perder su casa.

Es injusto prohibirle al condómino que habita el inmueble que lo afecte al régimen de vivienda, con causa en la desidia del condómino que desatiende su propiedad; ¿por qué limitar en este caso la función social de la propiedad? ¿Por qué razón desproteger la vivienda? La solución legal repele nuestra noción de justicia: entre, por un lado, el condómino que no habita el inmueble y se maneja con desidia, y, por el otro, el condómino que vive en el inmueble con su familia, ¿la ley opta por no favorecer al segundo!?

Entre desalentar el condominio o proteger la vivienda, nosotros preferimos esto último. La afectación por una parte indivisa debería permitirse toda vez que no se lesionen los derechos del condómino no afectante. La prohibición de afectar por una parte indivisa nos parece una reglamentación irrazonable del derecho de propiedad.

11.2.7.3. Si hubiera un beneficiario menor de edad o incapacitado, la exigencia de que la afectación sea pedida por todos los condóminos conjuntamente es inconstitucional, por ser lesiva del ISN, que prevalece sobre el de los condóminos.

11.2.8. *Órbitas del asentimiento según los artículos 250 y 522*

Cuando el inmueble afectado al régimen de vivienda es el hogar convivencial, las órbitas tuteladas por los artículos 250 y 522 se acercan y prácticamente se superponen. Pero cuando el hogar de la pareja no está radicado en el inmueble afectado al régimen de vivienda, puede resultar inconducente consultarle al conviviente la procedencia o no del acto que pretende otorgar el propietario respecto del inmueble afectado.

tado al régimen de vivienda (imágínese que vive en este inmueble un hijo de una pareja anterior del propietario).

11.2.9. *Razonabilidad del asentimiento*

11.2.9.1. Los artículos 250 y 255, inciso a), exigen el asentimiento del cónyuge o del “conviviente inscripto” para enajenar, gravar o desafectar el inmueble afectado al régimen de vivienda.

11.2.9.2. Expusimos en 10.12. que en ciertos casos el RPI también debe exigir el asentimiento del “conviviente no inscripto”, pues interpretamos la inscripción de la UC como posibilidad de conocer su existencia.

11.2.9.3. En la práctica, los escribanos y el RPI no advertirán la necesidad de pedir el asentimiento si de la documentación tenida a la vista (título, asientos registrales, etc.) no surge la existencia de la UC y el propietario oculta que vive en UC, aunque la misma esté inscripta en el RPLUC. Dado que la inscripción es declarativa, entre la inscripción registral y la manifestación del propietario debería prevalecer esta última. Sin embargo, quien pretende adquirir un derecho sobre el inmueble afectado tiene la carga de inspeccionarlo previamente; si el “conviviente no inscripto” habita en el inmueble, la publicidad posesoria jugará en contra del pretendido adquirente. El conviviente preterido podrá, con fundamento en el derecho a la vivienda, continuar en el inmueble y oponerse a la entrega hasta que la cuestión se dirima judicialmente (art. 1140).

Nuestro sistema, a nuestro juicio sacrificando los derechos del adquirente de buena fe a favor de los del conviviente no propietario de buena fe (sacrificio que se compensa en alguna medida con el plazo de caducidad de seis meses que prevé el artículo 522 para ejercer el derecho de plantear la nulidad), carece de un dispositivo como el previsto en la última oración del artículo 1320 del Código Civil español:

Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno sólo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial. **La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe.**

11.2.9.4. Nos preguntamos si el estado de familia que debe examinarse a los efectos de exigir el asentimiento es el que estaba vigente al momento de adquirirse el inmueble, afectarse al régimen de vivienda u otorgarse el acto. Creemos que no cabe una solución única o “cerrada”, dado que podría ser injusta para el caso concreto que se plantee. Como principio descartamos el análisis basado únicamente en un parámetro temporal.

11.2.9.5. Al evaluar la procedencia del asentimiento, partimos de la base de considerar que la ley no lo pide “porque sí”; no se trata de que el conviviente no propietario apriete un botón para ver si se enciende la luz roja o la verde. Si la exigencia del asen-

timiento no obedeciera a determinados motivos, sería imposible calificar la razonabilidad o no de la negativa. El juez debe escuchar al oponente y evaluar la razonabilidad de su negativa, a efectos de dejarla sin efecto en caso de que no responda a una justa causa. El conviviente debe tener una razón atendible tanto para otorgar como para denegar el asentimiento.

Los artículos 250 y 255, inciso a), prevén que si el cónyuge o el conviviente se oponen, faltan, son incapaces o tienen capacidad restringida, la desafectación debe ser autorizada judicialmente, pero no marcan la directiva a seguir por el juez. Aplicamos por analogía lo preceptuado en el artículo 522, primer párrafo *in fine*: el juez puede autorizar la disposición del bien si es prescindible y el interés familiar no resulta comprometido.

El asentimiento se establece para evitar que los efectos del acto que otorgue el propietario lesionen los derechos del conviviente y los del resto de los integrantes de la familia. A través del asentimiento, el conviviente controla la razonabilidad del acto que pretende otorgar el propietario. Al instituirlo, el Poder Legislativo cumple con la política pública de fortalecer el rol de la familia en la efectivización de sus derechos, prescripta en el inciso a) del artículo 4 de la Ley 26061. Y posibilita al conviviente no propietario cumplir con su responsabilidad familiar, según lo ordenado en el artículo 7 de la misma ley. Se trata de una reglamentación del derecho constitucional de protección integral de la familia (art. 14 bis de la Constitución Nacional). El legislador delega en el conviviente una parte del control de la protección familiar.

11.2.9.6. Esto nos permite concluir que cuando el régimen de vivienda tutela intereses que no entran en la esfera de control del conviviente no propietario, el asentimiento resulta inaplicable. Sería impropio solicitar el asentimiento cuando el conviviente no tiene un interés legítimo en la situación que se pretende tutelar a través del mismo, ya que en tal caso su otorgamiento quedará vacío de contenido y probablemente se inspire más en motivos de condescendencia hacia la pareja que en un control efectivo de la satisfacción del interés familiar ajeno.

Aclaremos nuestro pensamiento con el siguiente ejemplo: un señor divorciado de sus primeras nupcias que actualmente vive en UC inscripta es propietario de dos inmuebles. En uno de ellos, afectado al régimen de vivienda estando ya inscripta la UC, habita un hijo mayor de edad nacido de su primera unión; en el otro inmueble vive en UC con su segunda mujer. Ambos inmuebles están protegidos: el primero por el régimen de vivienda; y el hogar convivencial, por el régimen del artículo 522. Si este señor quisiera enajenar el inmueble afectado al régimen de vivienda, no será necesario el asentimiento de la conviviente –opinamos–, dado que esta no tiene ningún tipo de deber alimentario ni injerencia respecto del hijo mayor de edad de su pareja que vive en otro inmueble y, por lo tanto, no está bajo su esfera de custodia; este hijo de su pareja no integra su familia sino la familia “anterior” de su pareja. El asunto debe resolverse exclusivamente entre el propietario y su hijo mayor de edad que habita en el inmueble; en este caso la conviviente del propietario no tiene interés ni injerencia. Por otra parte, pensamos que si el hijo fuera menor de veinticinco años y se estuviera capacitando, puede oponerse a retirarse del inmueble en el que habita, con fundamento en el artículo 663.

Por lo expuesto, los artículos 250 y 255, inciso a), no deben interpretarse literalmente, sino en función de los intereses que están llamados a tutelar. En cada caso se debe analizar la situación y efectuar una derivación razonada del derecho, a efectos de determinar la exigibilidad o no del asentimiento. En casos como el expuesto, pese a la letra de la ley, pensamos que no debe exigirse el asentimiento del conviviente (o del cónyuge), por ser el mismo inconducente a la satisfacción del interés familiar tutelado.

11.3. *Protección post mortem*

11.3.1. *¿Afecta a terceros la designación del “conviviente no inscripto” como beneficiario del régimen de vivienda tras el fallecimiento del propietario?*

En 10.15. expusimos que la admisión registral de la designación del conviviente no inscripto como beneficiario se basa exclusivamente en una manifestación del constituyente no avalada por un reconocimiento oficial de la UC. La naturaleza de dicha designación es la de una restricción del poder dispositivo autoimpuesta en beneficio del interés familiar. Nos preguntamos: ¿qué sucede si el conviviente propietario fallece sin haberse inscripto la UC y no hay otro beneficiario? ¿Subsiste el régimen a favor del conviviente supérstite o se extingue?

Opinamos que subsiste y es oponible al acreedor, aunque la UC no se haya inscripto, si se cumplen las siguientes condiciones:

- 1) la inscripción de la designación del conviviente como beneficiario del régimen de vivienda es anterior al nacimiento de la causa del crédito reclamado;
- 2) al fallecer el propietario, el inmueble constituyó el último hogar familiar;
- 3) el supérstite no está en situación económica para proveerse una vivienda por sus propios medios, teniendo en cuenta su edad, estado de salud, capacitación laboral y posibilidad de acceder a un empleo.

Los argumentos para defender nuestra postura son:

- a) El conviviente ejercía su derecho a la vivienda sobre el inmueble al fallecer el deudor.
- b) La UC, si bien no estaba inscripta, estaba vigente al fallecer el deudor.
- c) El acreedor, al tiempo de adquirir su prerrogativa, sabía que el inmueble estaba excluido de la garantía común del constituyente, es decir, que no contaba con el mismo para la satisfacción de su crédito y que el “conviviente no inscripto” era beneficiario del mismo.
- d) Es intención de la ley que el derecho alimentario (incluimos “el techo”) no se extinga a la muerte del conviviente (ver arts. 527 y 744, inc. g).
- e) En las condiciones antedichas (prácticamente un estado de necesidad), el derecho a la vivienda del supérstite no puede postergarse; en cambio, el cobro de una suma dineraria sí puede diferirse (y de hecho viene sucediendo en vida del deudor, pues el acreedor no pudo hasta ahora ejecutar el inmueble afectado) y el perjuicio al acreedor se reparará con los intereses correspondientes.
- f) Las leyes de suspensión de ejecuciones, cuando se trata de la vivienda única, evidencian la jerarquía del derecho a la vivienda con relación al derecho de propiedad del acreedor.

Si el supérstite adquiriera una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a esta, deberá darse prioridad al acreedor del causante (aplicación analógica del art. 527), es decir, levantarse el régimen de vivienda.

11.3.2. *¿Es constitucional el límite de vigencia de dos años para el derecho real de habitación gratuito ex lege del conviviente supérstite?*

El derecho real de habitación gratuito *ex lege* del conviviente supérstite tiene fijado un plazo máximo de duración de dos años (art. 527). Si bien nada expresa la ley al respecto, esa limitación no rige –a nuestro juicio– si al momento del fallecimiento del conviviente habita en el inmueble un hijo del conviviente supérstite que sea menor, incapaz o con capacidad restringida, mientras viva en el inmueble y sea menor o no recupere su capacidad. Más allá de ciertos reparos, pensamos que en ese caso el derecho de habitación tampoco se extingue si el supérstite constituye una nueva unión convivencial, pues no puede castigarse al niño por esa actitud de su progenitor (art. 2.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Para morigerar la lesión al derecho de propiedad de los sucesores aceptamos que una vez transcurrido el plazo de dos años de gratuidad el juez pueda, a pedido de parte interesada, imponerle al supérstite y, en su caso, a su conviviente una renta compensatoria por el uso del inmueble. Pero si incumplieran dicha obligación, no se los podrá desalojar mientras el niño sea menor de edad y viva allí, pues por mandato constitucional prevalece el ISN respecto de la cuestión patrimonial.

No podría argumentarse la falta de vínculo entre el menor y el conviviente premuerto para impedir que el menor y su progenitor continúen en el inmueble si media un razonable estado de necesidad. El conviviente premuerto era al momento de su fallecimiento progenitor afín del menor, calificación que recibe por ley por el hecho de la convivencia con el menor y su progenitor, sin consideración alguna al tiempo de convivencia transcurrido con su pareja (art. 672). Tampoco sería argumento suficiente, a nuestro criterio, esgrimir que los herederos del premuerto también son “familia”, dado que si bien ello es cierto no menos cierto es que el premuerto volcó su afecto hacia el conviviente y el hijo de este y eligió compartir con ellos la última etapa de su vida.

La invocación de la legítima hereditaria tampoco es un argumento suficiente, pues dicho instituto no tiene consagración constitucional, sino que es un derecho establecido por ley, expresión de la solidaridad familiar pero de jerarquía inferior al ISN. Entre la legítima hereditaria y el interés del niño, niña o adolescente, debe prevalecer este último, pues los derechos y garantías reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional y aplicación obligatoria (art. 2 Ley 26061), entre los que encontramos el derecho a la vivienda, están asegurados por su máxima exigibilidad (art. 1 Ley 26061).

Por otra parte, que en el inmueble viva un menor que no sea hijo del conviviente premuerto constituye a nuestro juicio un dato que por sí mismo acredita suficientemente la convivencia –requisito para poder invocar el derecho real de habitación–, a menos que la parte contraria logre probar que ese menor está allí de manera transitoria. Por derivación del ISN debe presumirse, salvo prueba en contrario, que

el menor vive allí de manera estable y que convivía con el premuerto. El conviviente premuerto, progenitor afín del menor, asumió darle vivienda al menor. Acotar el plazo de duración del uso asistencial de la vivienda (inmueble que era de propiedad del premuerto) sin atender a las condiciones de fortuna de la herencia dejada por el premuerto y de sus sucesores, ni las necesidades concretas del menor, no consulta el ISN y, por lo tanto, viola lo establecido en el artículo 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Más delicado se torna el asunto cuando uno de los herederos del causante también es menor o tiene incapacidad o capacidad restringida y no vive en el inmueble. Si bien en este caso la obligación del causante respecto de su hijo afín era subsidiaria y la que tenía respecto de su hijo de sangre es principal, opinamos que si este último tiene satisfecho su derecho a la vivienda, debe prevalecer el derecho a la vivienda del hijo afín carenciado y postergarse el derecho de propiedad del hijo de sangre. Si bien el ISN juega respecto de ambos hijos, el derecho a la vivienda no admite postergación y el derecho de propiedad sí.

12. Régimen económico. Pactos de convivencia

12.1. *Autonomía de la voluntad*

En 7.14. expusimos que los convivientes gozan de un amplio margen de libertad para regular en el pacto de convivencia los diversos aspectos económicos de su relación, sin afectar el piso inderogable que resulta de los artículos 519 a 522. Si no pactaran:

- a) cada uno ejercerá libremente las facultades de administración y disposición de los bienes de su titularidad (art. 518), es decir, no será necesario el asentimiento del otro conviviente, salvo que se trate de los derechos sobre la vivienda o el inmueble afectado al régimen de vivienda; y
- b) los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron (art. 528).

A falta de pacto, el régimen económico de la UC es similar al de separación de bienes del matrimonio, con las siguientes diferencias –sin pretensión de agotarlas–:

- El régimen matrimonial es cerrado, es decir, los cónyuges no pueden modificar su contenido; en la UC los convivientes gozan de un amplio margen de libertad para pactar sus derechos y deberes.
- El régimen matrimonial solo puede cambiarse por escritura pública, luego de un año de aplicación del anterior; en cambio, los convivientes pueden otorgar el pacto y modificarlo “por escrito” en las oportunidades que libremente escojan.
- En el régimen de separación si no se puede demostrar la propiedad exclusiva de un bien, se presume que pertenece a ambos cónyuges por mitades (art. 506); en cambio, en la UC, a falta de pacto y de prueba en contrario, los bienes se mantienen en el patrimonio al que ingresaron (art. 528).

12.2. *Forma*

12.2.1. El artículo 513 establece que el pacto de convivencia debe hacerse por escrito, pero no aclara si debe hacerse por instrumento público o privado. El Código nuevo tampoco exige ningún requisito de autenticidad, ni siquiera que las firmas de los otorgantes estén certificadas por un oficial público. Estas cuestiones deberán ser cubiertas por la ley local, no como forma sino como requisito de admisión registral.

12.2.2. Pensamos que el pacto convivencial que produce efectos jurídico-reales respecto de uno o más inmuebles determinados expresamente en el mismo, ya adquiridos –o que se adquieran simultáneamente– por alguno de los convivientes, debe otorgarse por escritura pública, dado que se trata de un contrato accesorio o complementario de otro contrato otorgado en escritura pública: el título de adquisición del derecho sobre el inmueble (art. 1017 inc. c). Así ocurriría, por ejemplo, si estipularan que tal inmueble no puede ser enajenado sin el asentimiento del conviviente no propietario; a nuestro juicio, dicho pacto restringe el poder dispositivo del conviviente titular respecto de ese bien, y, por lo tanto, un pacto de ese tenor debe otorgarse en escritura pública.

12.2.3. Si el pacto se otorgara por escritura pública, para su modificación y rescisión debe observarse la misma forma (art. 1017 inc. c).

12.3. *Oponibilidad a terceros*

El artículo 517 prevé que el pacto es oponible a terceros –nosotros agregamos “de buena fe”– desde su inscripción en el RPLUC y en los registros que correspondan por la naturaleza de los bienes alcanzados por el mismo. La sola inscripción de la UC y el pacto en el RPLUC no constituyen publicidad suficiente a los efectos de la oponibilidad del pacto a los terceros interesados de buena fe respecto de los actos que tengan por objeto bienes registrables alcanzados por el mismo. Para que el pacto pueda acceder a los registros que correspondan por la naturaleza de los bienes, es necesario que con anterioridad se inscriban en el RPLUC la UC y el pacto, en ese orden; es decir, debe observarse esta suerte de tracto inter-registral.

Estos registros deben abstenerse de inscribir el pacto o las cláusulas del mismo si del documento respectivo no resulta que la UC y el pacto se inscribieron en el RPLUC.

Pese a que el pacto no esté inscripto en el RPLUC o en el registro que corresponda por la naturaleza del bien, será oponible a los sucesores si el contenido surge transcrita o relacionado del título de propiedad del disponente.

Aquí también opinamos que la inscripción se establece con carácter declarativo y para la oponibilidad a los terceros interesados de buena fe, la que consiste en el desconocimiento inimputable de la realidad jurídica extra-registral. El tercero que conoce la realidad extra-registral no puede alegar la falta de inscripción para desentenderse de los efectos del pacto.

12.4. *Sistema de registración. Necesidad de incorporar el contenido del pacto a un registro público. Conveniencia de su otorgamiento en escritura pública. Creación de los registros de pactos convivenciales a cargo de los Colegios de Escribanos*

12.4.1. Según resulta del artículo 517, la registración del pacto en el RPLUC debe hacerse por el sistema de inscripción, es decir, de manera extractada, y no vía la transcripción de su contenido o el archivo del documento en el RPLUC. Pero tal sistema de registración, a nuestro juicio, resulta insuficiente en relación con los terceros, pues no les permite conocer el contenido del pacto ni les garantiza su inalterabilidad. Creemos que no hay otra manera de lograr esos objetivos que no sea mediante la incorporación del pacto a un registro público, sea por transcripción o archivo del pacto en el RPLUC, su otorgamiento por escritura pública, o su transcripción o anexión en un registro notarial.

12.4.2. Cuando el pacto se aplica a derechos reales sobre inmuebles, a efectos de poder realizar las tareas inherentes al estudio del título y sus antecedentes, es preciso que los escribanos tengan garantizado el acceso al mismo en un tiempo razonable. De lo contrario, el tráfico jurídico inmobiliario se verá lesionado.

12.4.3. El Código nuevo exige que los pactos se hagan por escrito, y deja librada a la ley local la elección de la clase de instrumento. Dado que el pacto puede contener cláusulas que los convivientes deseen no divulgar, por referir a aspectos vinculados con su intimidad, creemos que la mejor manera de velar por sus importantes intereses en juego es mediante el otorgamiento por escritura pública –los escribanos deben guardar estricta reserva del protocolo y exhibirlo solo en los casos legalmente previstos–. El escribano público tiene el deber legal de ajustar su actuación a los presupuestos de escuchar, indagar, asesorar, apreciar la licitud del pacto a formalizar, así como la legitimación y aptitud de las personas intervinientes, mantener la imparcialidad y cumplimentar los recaudos administrativos, fiscales y registrales pertinentes (art. 29, inc. d, Ley Orgánica Notarial 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires). Ello constituye una verdadera garantía de protección a favor de los ciudadanos. El acta de incorporación al protocolo de un pacto de convivencia otorgado en instrumento privado no tiene las mismas ventajas que su otorgamiento en escritura pública, dado que en la incorporación por anexión se pierden las fases propias de la escritura pública de asesoramiento, configuración técnica y adecuación de la voluntad de los convivientes al ordenamiento jurídico.

Lo expuesto nos persuade de la conveniencia de que los pactos se otorguen por escritura pública, sea que tengan virtualidad para perjudicar a terceros o que se limiten a regular cuestiones puramente internas de los convivientes, como, por ejemplo, el aporte que cada uno debe hacer para el sostenimiento del hogar. No admitimos que los pactos con eficacia interna exclusivamente se otorguen por otra vía que no sea la aquí propuesta, dado que la única manera de saber si tal es el alcance, es decir que no trasciende a terceros, es evaluando su contenido.

Por estas razones, estamos de acuerdo con que el RPLUC inscriba únicamente luego de haber verificado que el contenido del pacto quedó incorporado a un registro público; la sola inscripción no alcanza.

El otorgamiento de los pactos por escritura pública es altamente conveniente, dado que conforme resulta de los fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación:

(i) La intervención de agentes públicos (en general) y la de escribanos en particular ha sido impuesta por la ley para acompañar al ciudadano en la ejecución de actos legislativamente seleccionados, con la finalidad de conferirles legalidad, validez y eficacia; (ii) esta finalidad se obtiene a través del asesoramiento, la configuración técnica y, sobre todo, la adecuación de la voluntad a lo expresado y narrado luego en documentos matrices que son conservados, archivados y exhibidos a quienes detenten interés legítimo; (iii) por ello es que, como bien expresa Fiorini, los instrumentos gozan de fe pública, porque son el resultado de un conjunto de solemnidades aplicadas a las etapas previas (calificaciones) y durante éste (acto público técnicamente configurado, con dirección del oficial, y garantizando la libertad de expresión y en su caso las adecuaciones de la voluntad a la verdadera intención de las partes). A ello se suma que en forma coetánea se instrumenta, con rigurosas solemnidades aplicables al tipo de papel, su autenticidad, las tintas, los procedimientos de edición, el contenido (idioma, prohibición de abreviaturas, espacios en blanco, enmiendas no salvadas, etc.). Los documentos matrices quedan en resguardo, lo cual facilita su auditoría y todos los controles que corresponda aplicar. Este conjunto de solemnidades (entendidas como garantías de jerarquía constitucional) es el fundamento de su privilegiada oponibilidad, que deviene de la fe pública que merecen; (iv) todo ello demuestra que la esencia de la función notarial no es la de conferir fe pública, como habitualmente se afirma, sino que su esencia es la de brindar protección a los ciudadanos en los actos y negocios de máxima trascendencia, legislativamente seleccionados, a través de un conjunto de operaciones jurídicas que son las que fundamentan su eficacia *erga omnes*. La fe pública es el efecto de tal conjunto de operaciones.

Nuestra propuesta se ajusta a la competencia que por ley nacional se le asigna al RPLUC: inscribir los pactos, sus modificaciones y rescisiones. Y garantiza que se cumpla la siguiente secuencia: 1) otorgamiento y registración del pacto en un mismo momento –con suficientes garantías de legalidad, autenticidad, inalterabilidad y permanencia del documento y su contenido, a favor de los otorgantes y de los terceros, consecuencia de la intervención notarial–; 2) inscripción del pacto en el RPLUC; y 3) inscripción del pacto en el registro que corresponda por la naturaleza del bien alcanzado por el mismo.

12.4.4. Una vez autorizada la escritura de pacto convivencial, el escribano deberá remitir copia de la misma para su “inscripción” en el RPLUC; éste tomará razón del documento (registro notarial, número, fecha y folio de la escritura, escribano autorizante) y pondrá en el mismo nota que exprese la fecha, especie (pacto, modificación, rescisión, etc.) y número de orden de la registración practicada, en la forma que determine la reglamentación local.

12.4.5. El RPLUC deberá anotar marginalmente en el acta de inscripción de la UC la inscripción del pacto, sus modificaciones, rescisión total o parcial, etc., y devolver la primera copia de la escritura con la nota de registración y copia del acta de inscripción de la UC en la que conste nota de la inscripción practicada.

12.4.6. Propiciamos que en la órbita de cada colegio de escribanos se cree un registro de pactos convivenciales, de libre consulta por los escribanos, que tome razón de los pactos convivenciales, sus modificaciones y rescisiones. Esta se practicará mediante los procedimientos y medios técnicos que cada colegio establezca al efecto, sobre la base de las minutas que deberán remitir los escribanos de la demarcación, los funcionarios competentes y los interesados en general. Las registraciones se llevarán por orden alfabético, según el apellido de los convivientes, y expresarán, además, el lugar y la fecha del otorgamiento, el nombre del funcionario autorizante y los datos concernientes a la escritura, en su caso, registro notarial en que ha sido otorgada, número y fecha de la misma y folio en el que se asentó. A los fines de su identificación, se consignarán asimismo, en cuanto sea posible, los datos personales de los convivientes: lugar y fecha de nacimiento, nombres del padre y de la madre, nombre del cónyuge, cuando lo hubiere, domicilio de los nombrados, y otros datos que se consideraren pertinentes.

La confección y la remisión de la minuta serán obligatorias para los escribanos de la demarcación respecto de los pactos, modificaciones y rescisiones que autoricen o de los que, en cualquier forma, tengan intervención profesional y facultativa para los de otras demarcaciones, así como para los particulares otorgantes. En los casos de instrumentación privada, la minuta será suscripta por cualquiera de los convivientes y su firma deberá ser certificada por un escribano de registro. A las minutas así recibidas se les dará número de entrada por orden correlativo, con indicación de la fecha de su recibo. Al remitente de la minuta se le hará llegar recibo con las constancias del registro efectuado. En las mismas minutas y en la hoja que le haya correspondido en el libro registro se pondrá breve nota de toda información que se proporcione, así como de cualquier modificación que el funcionario competente o la parte interesada comunique al colegio con relación al acto registrado. Los escribanos de registro de la demarcación agregarán al protocolo la nota de acuse de recibo de su notificación al registro de haber autorizado la escritura de pacto convivencial, su modificación o rescisión.

El registro tendrá carácter estrictamente reservado, bajo responsabilidad de su personal. Solo podrá expedirse información o certificaciones en los siguientes casos: a) cuando lo requieran jueces, tribunales y escribanos; b) cuando lo pidan los mismos otorgantes por sí o por mandatario con poder especial para ello, otorgado por escritura pública.

Cada solicitud de informe o certificación deberá consignar el nombre y apellido del conviviente y toda otra referencia necesaria para acreditar su identidad. El registro podrá requerir todos los datos que creyere necesarios para evitar informar acerca de un homónimo. Estará facultado para dar la información pedida cuando llegare a la conclusión de que la solicitud corresponde al otorgante registrado, aunque la mis-

ma no concordare totalmente con los datos registrados o se hubiere omitido alguno de ellos.

12.5. *No todos los contratos que celebren los convivientes son pactos de convivencia*

12.5.1. Los convivientes pueden otorgar entre sí contratos que no tengan causa en la UC. Si el acto que otorguen no es un pacto convivencial, no será necesario que la UC esté inscrita en el RPLUC para que pueda inscribirse en el registro que corresponda por la naturaleza del bien involucrado. Por ejemplo: si los convivientes fueran condóminos de un inmueble y acordaran la suspensión de la partición por un plazo que no exceda de diez años, el RPI debe tomar razón del acto aunque la UC y el pacto no estén inscritos en el RPLUC; el pacto de indivisión será oponible con prescindencia de su inscripción en el RPLUC.

En los pactos que los convivientes otorguen con prescindencia de su condición de tales, es aconsejable que aclaren expresamente dicha circunstancia, es decir, no lo otorgan en su condición de convivientes, dado que la eficacia de los pactos convivenciales depende de la vigencia de la UC, y si el pacto no es convivencial, las vicisitudes de la UC no lo afectarán. Si nada se aclara en el contrato que otorguen, no se sabrá a ciencia cierta cuál deberá ser su suerte al cese de la UC.

12.5.2. Si la licitud o validez del acto que se pretende inscribir en el registro que corresponda por la naturaleza del bien alcanzado proviniera del pacto de convivencia o si el acto se otorgara con causa en la UC o en el pacto de convivencia, dicho registro deberá exigir que del documento presentado a registro surja la inscripción de la UC y del pacto en el RPLUC. Por ejemplo: si en el pacto convivencial los convivientes acordaron que es necesario el asentimiento del no propietario para enajenar o gravar los bienes registrables del otro, la licitud de tal restricción procede exclusivamente del régimen de la UC (art. 518, 2º párr.) y no del régimen común.²⁶ Por lo tanto, para que los registros que correspondan por la naturaleza de los bienes tomen razón de esa restricción es necesario que del documento respectivo surja que la UC y el pacto estén inscritos en el RPLUC.

Otro caso: si los convivientes pactaran que el inmueble en condominio de ambos en el que vivan los hijos menores no sea partido hasta que sean todos mayores de edad (y el plazo para que ello ocurra excede de diez años), el ISN y la UC tornan inaplicable el plazo máximo de diez años de indivisión que prevé el artículo 2000; la licitud de ese pacto procede de la existencia de la UC; por lo tanto, es aconsejable que esta y el pacto se inscriban en el RPLUC para evitar observaciones del RPI.

12.6. *Posibilidad de restringir convencionalmente el poder dispositivo de los convivientes*

12.6.1. La ley expresamente les permite a los convivientes pactar restricciones a las facultades de administración y disposición de los bienes (art. 518, 2º párr.), las que

26. La regla prohibitiva queda confirmada por la otra excepción prevista en el art. 1688.

deben inscribirse en los registros que correspondan por la naturaleza de los bienes; caso contrario no serán oponibles a terceros interesados de buena fe, sin perjuicio de los derechos del conviviente omitido contra el disponente. Respecto de esto último, cobra relevancia la suspensión del curso del plazo de prescripción entre los convivientes, establecida en el artículo 2543.

12.6.2. Los convivientes pueden pactar, por ejemplo, que sea necesario el asentimiento del conviviente no propietario para disponer de: a) cualquier bien registrable; b) las acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública, sin perjuicio de la aplicación del artículo 1824; c) las participaciones en sociedades no exceptuadas en el inciso anterior; etc. En este sentido, entendemos que también requieren asentimiento las promesas de los referidos actos.

12.6.3. No obstante, estas restricciones no pueden pactarse “porque sí”, sino que deben fundarse en un interés legítimo, pues de lo contrario se lesionaría el derecho de propiedad del conviviente titular. El asentimiento debe establecerse para la protección de un interés digno de tutela, que conviene exteriorizar en el mismo pacto; por ejemplo, la preservación de los bienes obtenidos por el esfuerzo común, a efectos de su división en caso de ruptura de la pareja. De tal manera, en caso de que el conviviente no propietario esté ausente, sea incapaz, esté transitoriamente impedido de expresar su voluntad o si su negativa fuera infundada, el juez podrá evaluar si el acto que se pretende otorgar satisface o no dicho interés.

Aunque nada se estipule en el pacto de convivencia, entendemos que el conviviente propietario puede ser autorizado judicialmente a otorgar el acto que requiera el asentimiento del otro. El acto otorgado con autorización judicial será oponible al conviviente sin cuyo asentimiento se otorgó, pero de él no puede derivar ninguna obligación personal a su cargo. Puede pactarse también que la conformidad del conviviente no propietario se otorgue por escrito (art. 284) y que verse sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos (art. 457), que caduque si se dio por anticipado y el acto no se otorga en un determinado plazo, etc.

12.6.4. Entendemos que el asentimiento debe otorgarse en escritura pública cuando se relaciona con los siguientes actos:

- 1) contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles (art. 1017);
- 2) contratos que tienen por objeto derechos dudosos o litigiosos sobre inmuebles (art. 1017);
- 3) todos los actos que sean accesorios de contratos otorgados en escritura pública (art. 1017);
- 4) *leasing* de inmuebles, buques o aeronaves (art. 1234);
- 5) donaciones de inmuebles, muebles registrables y de prestaciones periódicas o vitalicias (art. 1552);
- 6) contrato oneroso de renta vitalicia (art. 1601);

- 7) renunciar a una herencia, salvo que sea hecha en acta judicial incorporada al expediente judicial (art. 2299).

12.6.5. Conforme exponemos más adelante, en caso de extinción del pacto por cese de la UC (art. 516, 2º párr.) no podrán levantarse unilateralmente las restricciones a las facultades de administración y disposición inscriptas en los registros que correspondan por la naturaleza de los bienes, dado que las mismas fueron establecidas por acuerdo de los convivientes (art. 959). Que la UC cese por voluntad unilateral de uno cualquiera de los convivientes no implica que deba suceder lo mismo con el pacto de convivencia, algunos de cuyos efectos es lógico que perduren *ex nunc*, en garantía de lo que hayan acordado en el pacto, especialmente en lo relativo a la distribución de los bienes adquiridos por el esfuerzo común. Si al cese de la convivencia no hubiera acuerdo entre los exconvivientes, las cuestiones suscitadas alrededor de la conclusión de la convivencia deberán ser dirimidas en juicio.

12.7. Oportunidad. Pluralidad de pactos

12.7.1. La ley no prevé nada respecto de la oportunidad para otorgar el o los pactos convivenciales. Entendemos que pueden otorgarse en cualquier momento mientras la UC esté vigente. No habría obstáculo para que otorguen un contrato con posterioridad al cese de la UC, pero por definición no se trataría de un pacto convivencial, dado que ya no son convivientes. Creemos que la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común, haya o no cese de la UC, no es un pacto convivencial, pues no tiene por objeto regular la convivencia, y, por tal razón, no será necesario registrarla en el RPLUC para poder inscribirla en los registros que correspondan por la naturaleza de los bienes.

12.7.2. Opinamos que los convivientes pueden celebrar uno o más pactos convivenciales –o ninguno–, pues la ley no impone que regulen sus derechos y deberes en un único acuerdo.

12.7.3. Por ello, podría otorgarse un pacto convivencial respecto de cada uno de los bienes registrables que uno o ambos integrantes de la UC adquieran; por ejemplo: estipular cómo se dividirá dicho bien en caso de cese de la UC, o si será necesario o no el asentimiento del conviviente no propietario para su enajenación o gravamen –sin violar lo establecido en el artículo 522–, etc. Dicho pacto podría otorgarse antes o después de adquirido el bien o en el mismo acto de su adquisición.

12.7.4. Si los convivientes otorgaran un pacto convivencial “general” (que no tenga por objeto un bien determinado) en el que acordaran, por ejemplo, que para disponer de cualquier bien registrable que adquieran durante la vigencia de la UC será necesario el asentimiento del conviviente no titular, en cada acto de adquisición deberá dejarse constancia de la existencia de dicho pacto –que debe estar inscripto en el RPLUC–, a efectos de que el registro que corresponda por la naturaleza del bien

deje constancia de su existencia. Dicho pacto, al no individualizar los bienes a los que afecta –obviamente, dado que serán adquiridos en el futuro– no puede inscribirse en forma autónoma en los registros que correspondan por la naturaleza de los bienes. Deberá acceder a estos en forma vinculada con el acto de adquisición, en el cual deberá relacionarse su existencia y alcances.

Entendemos que el acto de adquisición que otorgue el conviviente no es un pacto convivencial sino el cumplimiento de éste, y, por lo tanto, no debe inscribirse en el RPLUC, ni es necesario que sea otorgado por ambos convivientes. Si el pacto convivencial individualizara los bienes a los que alcanza, podrá acceder a los registros correspondientes en forma autónoma, luego de haberse inscripto en el RPLUC.

12.8. *Omisión de exteriorizar el pacto*

12.8.1. Si el conviviente adquirente omitiera exteriorizar el pacto en el título de adquisición o en el registro que corresponda por la naturaleza del bien, pensamos que el otro conviviente podrá hacerlo por sí mismo.

12.8.2. El legislador únicamente exige el “consentimiento registral” de ambos integrantes para inscribir la UC en el RPLUC; *a contrario sensu*, para las demás registraciones de este régimen sería suficiente la solicitud de uno de los miembros.²⁷

12.8.3. Si no se admitiera la legitimación del conviviente no titular, este podrá solicitarle al juez las medidas de seguridad para evitar que la administración o disposición del bien por el titular pueda poner en peligro, hacer inciertos o defraudar sus derechos patrimoniales (art. 722).

12.8.4. Consideramos que, salvo estipulación en contrario, el conviviente adquirente o titular del bien está obligado a exteriorizar el pacto en el título de adquisición y también en el registro que corresponda por la naturaleza del bien si dicho pacto incide en sus facultades de administración o disposición del bien en cuestión. Consideramos que la exteriorización del pacto en el título de adquisición debe efectuarse aunque el pacto no esté inscripto en el RPLUC. Si estas conductas no fueran obligatorias, se le abriría la puerta al conviviente propietario para que burle fácilmente los derechos acordados al otro conviviente.

12.8.5. La solicitud de registración es una obligación a cargo del conviviente adquirente o titular y un derecho del conviviente no propietario. El incumplimiento de dicha obligación constituye una violación a la buena fe en el ejercicio de los deberes familiares.

12.8.6. Si el propietario no solicitara la toma de razón, el conviviente no propietario no podría solicitar la ineficacia del acto de administración o disposición en caso

27. HERRERA, Marisa, comentario al art. 511, en Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, t. III, p. 307, punto III.3).

de ser preterido al otorgarse el mismo, pero sí contrarrestarla. El incumplimiento del conviviente propietario habilita al no propietario a efectuar la petición registral (siempre que el pacto esté inscripto en el RPLUC); esto último constituye el ejercicio regular de un derecho propio.

12.8.7. Entendemos que la legitimación del conviviente no propietario para solicitar el registro surge también del principio de igualdad de los convivientes, que está consagrado en el artículo 515. La ley no expresa cuál es el contenido de ese principio. Creemos que es el mismo que la ley establece para el matrimonio: “Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo” (art. 402).

12.8.8. Su consagración por el Legislativo obliga a los demás poderes del Estado, sea nacional, provinciales o autónomo, a proceder respecto de ambos convivientes maximizando la igualdad de sus derechos y obligaciones, y, por lo tanto, legitimando a ambos por igual para solicitar la toma de razón.

12.8.9. Además, si el pacto establece la restricción para proteger al conviviente no propietario, no se advierte ninguna razón para negarle a este que ejerza aquel derecho por sí mismo. Reiteramos que el acto por el que se solicita la toma de razón no implica introducir una restricción en el derecho ajeno, ya que esta se produce con anterioridad, en razón de lo acordado en el pacto convivencial. Es decir, no hay injerencia del conviviente no propietario en un derecho ajeno sino principalmente la protección de un derecho propio y uno superior (el de la familia).

12.8.10. Por otra parte, se entiende que el conviviente propietario prestó su conformidad por anticipado al otorgar el pacto de convivencia, por lo que no cabe objetar la solicitud sobre la base de la exigencia de que exista identidad entre el peticionante y el titular registral (art. 15 Ley 17801) según su concepto clásico.

12.8.11. El principio de identidad establece que el disponente debe ser el titular inscripto. Como enseña el maestro López de Zavalía, el Registro solo admite hijos de su sangre como una forma de defenderse.²⁸ La exigencia se establece a los efectos de articular en sede registral el principio material del tracto sucesivo (art. 399). Pero el conviviente no propietario que solicita la toma de razón registral no “dispone” del derecho de su conviviente, sino que “declara” que el inmueble objeto del mismo está alcanzado por una restricción acordada en el pacto de convivencia. No hay disposición del derecho sino adecuación a lo pactado. La única identidad que debe verificarse es entre el conviviente titular registral y el conviviente no propietario peticionante, por una parte, y, por la otra, los sujetos integrantes de la UC que resultan del acta de convivencia expedida por el RPLUC.

28. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Curso introductorio al derecho registral*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía editor, 1983, pp. 344-345.

12.8.12. El conviviente no propietario podrá solicitar la toma de razón directamente ante el RPI, sin necesidad de habilitación judicial. Las constancias de registración del pacto en el RPLUC y de su vigencia serán prueba suficiente para justificar ante el RPI el interés en la toma de razón (art. 5 Decreto 2080/1980, TO por Decreto 466/1999, Reglamento de la Ley del Registro de la Propiedad Inmueble para la Capital Federal).

12.8.13. Para completar el circuito de protección, entendemos que si el título de propiedad no estuviera registrado (p. ej.: adjudicación por partición otorgada en un expediente sucesorio, adquisición en subasta, etc.), el conviviente no propietario está legitimado para solicitar su registro.

12.8.14. Nuestra propuesta de aceptar la legitimación del conviviente no propietario no desarticula el correcto funcionamiento del RPI, sino que lo pone al servicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Propiciamos que sea lo más generosa posible la legitimación para peticionar la registración del pacto, sea en sede notarial, administrativa o judicial. La solicitud deberá aceptarse en caso de duda, ya que los daños que podrían derivar de la negativa son, en principio, mucho mayores que los que eventualmente resultarían de la admisión.

12.8.15. Si el RPI no admitiera la legitimación del conviviente no titular, igualmente debe registrar provisionalmente el documento por el plazo de ciento ochenta días, de manera que el peticionante, mientras mantenga vigente la inscripción provisional, podrá oponer su derecho. En contra de esta posibilidad podría argumentarse que se utiliza disfuncionalmente el sistema registral, pero en rigor es al revés: el sistema es, contrariamente a lo establecido en mandas constitucionales, disfuncional a la protección de derechos fundamentales.

12.8.16. Pensamos que la negativa del RPI a la solicitud del conviviente no propietario podría canalizarse en sede judicial vía una medida cautelar autosatisfactiva en el marco de una acción de amparo, y también a través de una acción en el marco del artículo 458.

12.8.17. No admitir la petición del conviviente no propietario viola el principio de igualdad frente a la protección integral de la familia, pues lo deja en inferioridad de condiciones respecto del otro conviviente, cuyo derecho de propiedad debe subordinarse a la satisfacción de bienes jurídicos superiores y a lo acordado en el pacto de convivencia. El derecho de propiedad debe adaptarse razonablemente a los deberes familiares que pesan sobre su titular.

12.9. *Cuestiones acerca del contenido de los pactos*

12.9.1. *Condiciones que lesionan las libertades individuales.* Se tendrán por no escritas las condiciones que afecten de modo grave las libertades de la persona, como la de elegir domicilio o religión o decidir sobre su estado civil (art. 344). Por lo tanto,

no puede cercenarse, por ejemplo, vía la imposición de multas, la libertad de cada conviviente de ponerle fin unilateralmente a la UC en cualquier momento.

12.9.2. Retroactividad. Los convivientes pueden estipular que el pacto tenga efectos retroactivos entre ellos, sin perjuicio de los derechos de terceros, por ejemplo, acordando que algunos bienes adquiridos con anterioridad al inicio de la UC queden comprendidos en la distribución que deben practicar al final de la UC.

12.9.3. Autorización judicial para representar al conviviente ausente o impedido de expresar su voluntad. También pueden pactar, tal como *ipso iure* funciona en el matrimonio (art. 460), que para el caso de que por cualquier razón no haya mandato entre los convivientes con facultades suficientes (o no se encuentre el instrumento, o no se tenga acceso al mismo, etc.), si uno de ellos está ausente o impedido transitoriamente de expresar su voluntad, el otro pueda ser judicialmente autorizado para representarlo, sea de modo general o para ciertos actos en particular, en la extensión fijada por el juez.

12.9.4. Otros pactos. Pueden acordarse también: i) que se le apliquen a la UC todas las reglas del régimen matrimonial, inclusive las del régimen de comunidad, siempre que no sean incompatibles con normas inderogables de la UC y que no afecten el orden público; ii) causas de cese de la UC adicionales a las previstas en la ley; iii) las reglas de administración y disposición de los bienes adquiridos con el esfuerzo común, mientras la UC esté vigente y hasta la distribución de los mismos luego del cese de la UC; iv) la liquidación de los bienes adquiridos por el esfuerzo común mediante la aplicación de las normas del régimen de comunidad o en proporción a los aportes de cada conviviente, o de cualquier otra manera, pero sin lesionar la legítima de los herederos forzosos; v) que –a diferencia de lo que sucede en el matrimonio para los cónyuges bajo régimen de comunidad– la comunidad comience antes de la inscripción de la UC en el RPLUC, o que se liquide antes del cese de la UC; etc.

Adviértase que mientras que los cónyuges bajo el régimen de comunidad de ganancias no pueden –mientras el régimen esté vigente– pactar la distribución de los bienes, los convivientes sí pueden hacerlo (art. 528). Los cónyuges bajo el régimen de comunidad de ganancias no pueden contratar entre sí (art. 1002, inc. d); los convivientes sí pueden hacerlo.

12.10. *Compromiso arbitral*

Una de las consecuencias del reconocimiento de este tipo de unión como familia es el cambio de competencia: en los conflictos que se generen entre los convivientes serán competentes los jueces de familia y no los jueces patrimoniales.

No pueden los convivientes pactar que sus cuestiones de familia, en las que está comprometido el orden público, queden incluidas en un contrato de arbitraje o compromiso arbitral (arts. 1649 y 1651), es decir, indefectiblemente deberán intervenir los mencionados jueces en caso que el diferendo no se pueda componer por la vía extrajudicial.

12.11. *Pacto de convivencia y fideicomiso*

Pensamos que el pacto convivencial puede canalizarse válidamente a través de un contrato de fideicomiso. En este caso también podrá celebrarse por instrumento público o privado, a salvo lo previsto en el artículo 1669. Asimismo, opinamos que aquí también deberá observarse el tracto inter-registral: antes de inscribir el fideicomiso en el registro público a que se refiere el artículo 1669 deberá registrarse en el RPLUC.

12.12. *Incidencia del interés superior del niño*

Consideramos que si está en juego el ISN, los convivientes pueden pactar que el inmueble en condominio de ellos no sea partido por el plazo que sea necesario hasta que el hijo menor, con capacidad restringida o incapacidad alcance la mayoría de edad o recupere la capacidad. El ISN torna inaplicable el dispositivo legal que limita el plazo máximo de la indivisión a diez años (art. 2000). Aplicamos por analogía lo que al respecto establece el artículo 1668. Al no consultar el artículo 2000 el ISN, se torna necesario hacerlo por la vía interpretativa.

12.13. *Sanciones en caso de incumplimiento*

12.13.1. Si la ley no impusiera la registración del bien o acto alcanzados por el pacto de convivencia, el acto otorgado en infracción al mismo no perjudica al tercero interesado de buena fe, sin perjuicio de los derechos del conviviente preterido contra el disponente.

12.13.2. Los convivientes pueden convenir en el pacto sanciones pecuniarias para el caso de incumplimiento de las obligaciones acordadas, siempre que ello no cercene la posibilidad de cualquiera de ellos de ponerle fin unilateralmente a la UC. Una sanción que afecte libertades individuales, tal como elegir domicilio o decidir sobre el estado de familia, se tendrá por no escrita.

12.13.3. Dado que las causas de nulidad son establecidas por la ley, entendemos que la sanción que corresponde aplicar en caso de otorgarse un acto en violación a lo acordado en el pacto es la inoponibilidad al conviviente preterido, que este podrá hacer valer contra el conviviente disponente y el adquirente y subadquirente de mala fe. No se trata de una inoponibilidad en los términos de los artículos 338 y siguientes, ya que no será necesario que el acto haya causado o agravado la insolvencia del disponente.

12.14. *Rescisión del pacto*

La rescisión del pacto de convivencia no implica el cese de la UC, aunque lógicamente será la vía a la que se acuda cuando la solución de las cuestiones legales vinculadas con el cese de la UC sea por acuerdo de los exconvivientes. Una vez registrada la res-

cisión del pacto en el RPLUC, deberá solicitarse su toma de razón a los registros que correspondan por la naturaleza de los bienes.

12.15. *Subsistencia del pacto luego del cese de la convivencia y de la unión convivencial*

El segundo párrafo del artículo 516 prevé que el “cese de la convivencia” extingue el pacto convivencial de pleno derecho hacia el futuro. Pensamos que los alcances de dicha previsión no son tan amplios ni devastadores como parece surgir de su primera lectura, y que su ámbito de aplicación debe acomodarse a las demás previsiones legales y convencionales.

Por un lado, entendemos que la norma no alude al cese de la convivencia sino al cese de la UC. El cese de la convivencia es una de las causas legales de cese de la UC (art. 523, inc. g) pero no la única. Carece de sentido interpretar que la ley establezca un régimen para ese único supuesto de cese y no para otros, como el mutuo acuerdo y la voluntad unilateral de uno de los convivientes –más adelante expresamos que el cese de la UC no necesariamente implica el cese de la cohabitación–. Por otro lado, si en el pacto se hubieran regulado los efectos del cese de la UC de manera favorable al conviviente “débil”, ¿cómo admitir que se extingan por decisión unilateral del “fuerte”? No tiene lógica interpretar que en los artículos 513 y 514 (incs. b y c) se autorice a los convivientes a ejercer la autonomía de la voluntad incluso en temas que cobran relevancia luego de la ruptura de la pareja y, a renglón seguido, se le reste eficacia a lo acordado. Y refuerza la interpretación lo establecido en el artículo 528, que mantiene los efectos del pacto convivencial respecto del acuerdo de distribución de los bienes adquiridos por el esfuerzo común durante la convivencia. Al respecto, dado que las restricciones acordadas al poder dispositivo se establecen lógicamente para garantizar el cumplimiento de la distribución convenida, también deben mantenerse vigentes.

La defectuosa redacción del segundo párrafo del artículo 516 nos persuade de la necesidad de prever expresamente en el pacto cuáles son los diversos efectos que produce el cese de la UC. La posibilidad de suprimir o reducir a sus justos límites los efectos que resultan de la citada norma surge del propio régimen legal de las UC: “las disposiciones de este Título son aplicables excepto pacto en contrario de los convivientes” (art. 513); y el segundo párrafo del artículo 516 no figura como norma imperativa, es decir, es una norma meramente supletoria.

Creemos que una interpretación plausible del segundo párrafo del artículo 516 sería la siguiente: a falta de estipulación o manda judicial en contrario, el pacto de convivencia deja de aplicarse *ipso iure* en lo referente a la regulación que contiene para el período de vigencia de la convivencia. Por ejemplo: cesa entre los convivientes el deber de asistencia y de contribución a los gastos del hogar; si hubieran pactado un régimen de liquidación de los bienes adquiridos con el esfuerzo común, el pacto no rige respecto de los bienes que luego del cese de la UC se adquieran en base al esfuerzo de uno solo de los exconvivientes, o por herencia, legado o donación gratuita, etc.

13. Cese y cancelación de la unión convivencial

13.1. *Introducción*

Los cónyuges no pueden disolver el matrimonio por propia autoridad, sino que deben solicitar judicialmente que se decrete el divorcio. En cambio, la UC cesa, entre otras causas, por la voluntad unilateral de cualquiera de los integrantes de la unión (art. 523, inc. f). En ambos casos debe cancelarse la inscripción de la unión en el registro correspondiente.

En el matrimonio un cónyuge, por decisión unilateral, puede separarse de hecho sin voluntad de unirse y presentar la demanda de divorcio, pero no disolver el vínculo. En la UC el vínculo se puede extinguir por decisión unilateral. El cese de la UC implica la pérdida de la posesión de estado civil matrimonial, a menos que se extinga por matrimonio de ambos convivientes, en cuyo caso continuarán ejerciéndola. La disolución del matrimonio conlleva el cambio del estado civil de casado a divorciado o viudo; el cese de la UC modifica el estado de familia, pero no el estado civil –salvo que el cese ocurra por matrimonio, pero es este la causa de la modificación y no el cese de la UC–.

13.2. *Clasificación de las causas de cese de la unión convivencial*

13.2.1. Agrupamos las causas de finalización de la UC mencionadas en el artículo 523 en voluntarias e involuntarias. A su vez, dividimos las voluntarias en unilaterales o bilaterales. Estas últimas son siempre voluntarias (para ambos integrantes), mientras que las unilaterales funcionan de manera voluntaria para uno de los convivientes e involuntaria para el otro.

- El matrimonio de los convivientes entre sí (inc. d) es una causa bilateral, al igual que el cese por mutuo acuerdo (inc. e); en este último caso la voluntad de finalizar la UC puede ser manifestada por cada integrante en forma expresa o tácita.
- El matrimonio o nueva unión convivencial de uno solo de los miembros (inc. c) es una causa unilateral, voluntaria para quien deja a su anterior compañero e involuntaria para este.
- El cese de la UC por voluntad unilateral o por mutuo acuerdo no implica necesariamente la conclusión de la cohabitación, pues –si bien es poco frecuente– los integrantes de la expareja podrían hacer su vida uno aparte del otro pero bajo un mismo techo.

En cuanto al “cese de la convivencia” previsto en el inciso g), entendemos que consiste en el **abandono definitivo unilateral de la cohabitación**, es decir, la interrupción de la vida en común sin voluntad alguna de continuarla por parte de al menos uno de los integrantes.

- La interrupción de la convivencia no implica la finalización de la UC si obedece a un motivo transitorio.

13.2.2. Además de las causas de cese mencionadas en el artículo 523, también registrarán las pactadas por los convivientes en el pacto convivencial. En este sentido el inciso f) del artículo 7 de la Ordenanza 279/2009 de Río Cuarto.

13.3. *Fecha de cese de la unión convivencial*

13.3.1. Cuando el cese de la UC surja de un instrumento público que dé certeza de su ocurrencia y de su fecha (en caso de muerte real o presunta de uno de los convivientes, o matrimonio de cualquiera de ellos), se tomará razón del cese.

13.3.2. En los casos en que el cese de la UC no surja de un instrumento público que dé certeza de su ocurrencia, la fecha de su finalización y el consentimiento de ambos exconvivientes (p. ej.: si se produce por abandono definitivo unilateral de la cohabitación), se considerará que el cese ocurrió al notificarse por medio fehaciente al otro conviviente (art. 523, inc. f). Al respecto, cabe tener presente lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto GCABA 556/2003, reglamentario de la Ley 1004, que prevé que si la notificación fehaciente al conviviente resultara de imposible cumplimiento para el denunciante de la UC, el director general del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas podrá ordenar dicha notificación mediante la publicación de edictos en el Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires, por tres días, quedando a cargo del integrante de la UC que solicite su disolución el costo y diligenciamiento de los trámites respectivos.

13.4. *Instrumentación del cese*

Opinamos que si la UC cesa por voluntad de ambos convivientes, su conformidad para la inscripción del cese debe surgir de un instrumento público, para asegurar la autoría y el contenido de la declaración. Por tal razón, el reconocimiento del cese por acuerdo de ambos exconvivientes podría hacerse en sede notarial o presentándose ambos en el RPLUC. Dicho cese no implica que se hayan agotado los efectos de la UC y de los pactos convivenciales, sino que justamente da origen a otros efectos, regulados en los artículos 524 a 528 y, en su caso, en el pacto.

El cese de la UC debe inscribirse en el RPLUC (ver art. 511, 1º párr.).

13.5. *Comunicación del cese de la unión convivencial*

Si el cese de la UC se produce unilateralmente y en vida de ambos convivientes, entendemos que, por razones de buena fe en las relaciones de familia y en el ejercicio del poder por las autoridades públicas, debe comunicarse fehacientemente la inscripción del cese al otro exintegrante de la UC, a efectos de que pueda actuar en consecuencia. Supongamos que el integrante de una UC deja el hogar convivencial alegando que viajará al exterior para perfeccionarse en sus estudios. Sin embargo, esa excusa no es verdadera, ya que su propósito es en realidad huir para contraer matrimonio con su amante. Luego de casado, dado que el matrimonio hace cesar sin más la UC, se presenta en el RPLUC con el acta de matrimonio para que se inscriba el cese de la UC. Creemos que las autoridades públicas no pueden convalidar esta actitud y, para evitarla, deben exigir la previa notificación fehaciente al otro integrante de la UC. Si el peticionante no lo hubiera hecho, deberá hacerlo el RPLUC a su costa. Si se considerase que esto implica una intromisión en la esfera privada del solicitante,

creemos que la misma es razonable y debe admitirse, dado que el régimen de inscripción de la UC no se establece en interés exclusivo del solicitante.

Por estas razones es que opinamos que yerra el artículo 416 al no exigir que la solicitud inicial para contraer matrimonio contenga la declaración de los solicitantes sobre si tienen una UC registrada con anterioridad cuya inscripción esté vigente y, en su caso, el nombre y apellido del integrante de dicha unión y los datos de su inscripción, acompañando certificado de defunción o copia debidamente legalizada de la sentencia ejecutoriada que hubiera declarado la muerte presunta del conviviente, según el caso.

Las omisiones que aquí denunciarnos pueden ser salvadas por las normas que se dicten en el ámbito local.

13.6. *Cancelación de los pactos de convivencia*

13.6.1. La inscripción del cese de la UC no implica la cancelación de los pactos de convivencia, pues para ello será necesaria la conformidad de ambos exconvivientes –o sus herederos– o una resolución judicial. Es lógico que así sea, pues los pactos pueden regular, entre otros asuntos, la división de los bienes adquiridos por el esfuerzo común y mientras la misma no sea otorgada el pacto continúa vigente.

13.6.2. La cancelación de los pactos, aunque ya se hubiese cancelado la UC, debe ser solicitada por ambos exconvivientes –o sus herederos– o, en su defecto, disponerse judicialmente; y hace presumir que se agotaron sus efectos.

13.7. *División de bienes*

13.7.1. La división de bienes acordada en el pacto debe ser cumplida por los convivientes –en su caso, exconvivientes– o sus herederos (art. 1024). A diferencia de lo que sucede en el régimen matrimonial de comunidad, en el que los cónyuges solo pueden hacer la distribución de bienes una vez extinguido el régimen, los convivientes pueden hacer la distribución de bienes en cualquier momento. Gozan de un amplio margen de libertad.

El levantamiento de las restricciones a las facultades de administración y disposición acordadas en el pacto que se hayan inscripto en los registros que correspondan por la naturaleza de los bienes solo procede por acuerdo de ambos convivientes –exconvivientes o sus herederos– o, en su defecto, resolución judicial.

13.7.2. Nos preguntamos ¿qué sucede con los pactos de convivencia cuando la UC cesa por el matrimonio que los convivientes celebren entre sí? Entendemos que el matrimonio no transforma el pacto en una convención matrimonial prohibida (art. 447), dado que este no fue otorgado por razón del matrimonio; no fue otorgado por los “futuros cónyuges” sino por los “actuales convivientes” sin tener en mira el posterior matrimonio; si ocurriera esto último la convención sería nula en la parte referente al futuro matrimonio.

Nos encontramos aquí nuevamente con la inconveniente redacción del segundo párrafo del artículo 516: el cese de “la convivencia” (de la UC) extingue los pactos de pleno derecho hacia el futuro. En 12.15. expusimos que a nuestro juicio dicha norma no es imperativa sino supletoria de la voluntad de los otorgantes. Pensamos que el cese de la UC por el matrimonio de los convivientes no necesariamente extingue todos los efectos del pacto y que algunos de ellos subsisten, siempre que sean compatibles con la imperatividad del régimen matrimonial.

13.7.3. Si el matrimonio de los convivientes es bajo el régimen de comunidad, quedan inhabilitados para contratar entre sí (art. 1002, inc. d). Nos preguntamos si en esa situación pueden cumplir la división de bienes acordada en el pacto convivencial. La respuesta es sencilla para quienes opinan que el cese de la UC por matrimonio extingue por completo los efectos del pacto convivencial para el futuro, pero no es así para quienes entendemos que el cese no priva de toda eficacia al pacto.

El artículo 1002 (inc. d) inhabilita a los cónyuges bajo el régimen de comunidad para “contratar”. Opinamos que si el contenido de la división de bienes estuviera completamente definido en el pacto, su cumplimiento no implica celebrar un nuevo contrato; en este caso el contrato es anterior al matrimonio, y la división no es más que el cumplimiento del mismo. El matrimonio no es causa de extinción de las obligaciones contraídas entre los convivientes con anterioridad a su celebración: si se hubiesen casado bajo el régimen de separación de bienes, no habría obstáculo para que cumplan la división pactada (art. 506, 2º párr.). La inhabilitación para contratar es propia del régimen de comunidad y no del matrimonio en sí.

La inhabilitación del artículo 1002 (inc. d) se establece al efecto de que los cónyuges no puedan modificar voluntariamente la calificación de los bienes mediante la celebración de contratos entre sí, dado que, por ejemplo, si uno de los cónyuges vendiera un inmueble propio al otro, dicho bien resultará ganancial para este –si no paga el precio con fondos propios–; tal es a nuestro juicio la finalidad de la prohibición, que –reiteramos– no rige para los cónyuges bajo el régimen de separación de bienes. Por su parte, los bienes alcanzados por el pacto son todos propios, dado que fueron adquiridos por el esfuerzo común de ambos convivientes, anterior a la celebración del matrimonio. En la medida en que el contenido de la división pactada se limite exclusivamente a bienes adquiridos con anterioridad al matrimonio, y no se incorpore a la misma bienes propios o gananciales adquiridos luego de celebrado el matrimonio, no vemos ningún obstáculo para que se ejecute la división acordada en el pacto.

13.7.4. También nos preguntamos para el caso de cese de la UC por matrimonio de los convivientes: mientras no se otorgue la división de bienes, ¿qué sucede con las restricciones a las facultades de administración y disposición acordadas en el pacto? Si aceptamos la posibilidad de que los cónyuges cumplan la división acordada cuando estaban unidos en UC, entendemos que, dado que las mismas constituyen una garantía del cumplimiento del pacto, deben mantenerse vigentes.

Si bien del artículo 469 resulta que cada cónyuge tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios consideramos que ello es así únicamente en relación con los bienes no comprendidos en el pacto, respecto de los cuales el matri-

monio no es causa de extinción de las obligaciones contraídas en el pacto. Los bienes propios adquiridos con posterioridad al matrimonio no quedan alcanzados por el pacto sino por el régimen patrimonial del matrimonio.

13.7.5. Si no se admitiera nuestra opinión, también podría pensarse que tiene lugar la suspensión –y no la devastación– de los efectos del pacto durante el régimen de comunidad, a efectos de que el mismo pueda cumplirse en caso de que los cónyuges opten luego por un régimen de separación de bienes, dado que bajo el mismo no habría obstáculos para llevar a cabo lo acordado en el pacto. Esta suspensión, y no la lisa y llana extinción, se desprende del principio de conservación de la eficacia del contrato, que resulta del artículo 1006.

13.7.6. Si los convivientes casados bajo el régimen de comunidad hubiesen acordado en el pacto convivencial las reglas para realizar la división pero no su contenido específico, ¿pueden acordarlo luego de celebrado el matrimonio? Pensamos que no, dado que ello implicaría pasar por alto la inhabilidad establecida en el artículo 1002 (inc. d). Sin embargo –reiteramos–, esa inhabilidad no se aplicaría cuando los cónyuges estén bajo el régimen de separación de bienes, en cuyo caso sí podrían acordar cómo dividirlos.

13.7.7. Si la UC cesa por muerte de uno de sus integrantes, será suficiente la presentación de la partida de defunción para que se inscriba el cese. También se podrá solicitar al juez de la sucesión que oficie al RPLUC comunicando dicho cese. Reiteramos que la cancelación de la UC en el RPLUC no acarrea la cancelación de los pactos de convivencia, dado que estos pueden tener ultra actividad en ciertos casos, es decir, regir para después del cese de la UC.

13.7.8. Si a la muerte de uno de los convivientes hubiera quedado sin cumplir la división de bienes acordada en el pacto convivencial, entendemos que lógicamente primero habrá que cumplir la misma para luego liquidar en su caso la comunidad post-régimen y, por último, la herencia.

14. Otros aspectos en los que incide la unión convivencial

Para terminar, a continuación enunciamos otros tópicos y artículos del Código nuevo que aluden a la UC, ubicados fuera del Título III del Libro Segundo “Relaciones de familia”:

1. Legitimación para solicitar la declaración de incapacidad o de restricción de capacidad mientras la convivencia no haya cesado (art. 33 inc. b).
2. Legitimación para solicitar la declaración de inhabilitación por prodigalidad (art. 48).
3. Legitimación para prestar el consentimiento informado para atención médica en caso de que el otro conviviente esté absolutamente imposibilitado para expresar su voluntad y no la haya expresado anticipadamente (art. 59).

4. Legitimación para decidir sobre las exequias e inhumación, así como la dación de todo o parte del cadáver con fines terapéuticos, científicos, pedagógicos o de índole similar, si el conviviente fallecido no expresó su voluntad y esta no es presumida, pero no puede dar al cadáver un destino diferente al que habría dado el difunto de haber podido expresar su voluntad (art. 61).
5. El cónyuge viudo que usa el apellido del otro cónyuge debe dejar de usarlo si constituye unión convivencial (art. 67).
6. Legitimación para ejercer acciones de protección del nombre y reparación del daño en caso de fallecimiento del conviviente (art. 71).
7. Legitimación para solicitar la declaración de ausencia (art. 80). Los frutos de los bienes administrados por el curador deben ser utilizados para el sostenimiento del conviviente (art. 83).
8. El juez no puede conferir la tutela dativa a su conviviente (art. 108 inc. a).
9. No puede ser tutor el conviviente de quien tenga pleito con el niño, niña o adolescente que requiere la designación de tutor (art. 110 inc. h).
10. A falta de previsión, el juez puede nombrar curador al conviviente (art. 139).
11. Uno de los convivientes no puede integrar el órgano de fiscalización ni certificar los estados contables de la asociación cuya comisión directiva esté integrada por el otro conviviente (art. 173).
12. Legitimación para solicitar la afectación al régimen de vivienda. Si hubiera beneficiarios incapaces o con capacidad restringida, en el juicio en el que se resuelve la atribución de la vivienda (art. 245).
13. Legitimación para ser designado beneficiario del régimen de vivienda (art. 246 inc. a). También pueden serlo los ascendientes y descendientes del conviviente.
14. El constituyente que vive en unión convivencial inscripta no puede, sin la conformidad del conviviente, transmitir ni gravar el inmueble afectado al régimen de vivienda. Si el conviviente se opone, falta, es incapaz o tiene capacidad restringida, se exige autorización judicial (art. 250).
15. El constituyente que vive en unión convivencial inscripta no puede solicitar la desafectación y cancelación de la inscripción del régimen de vivienda sin el asentimiento del conviviente. Si este se opone, falta, la desafectación debe ser con autorización judicial (art. 255 inc. a).
16. Legitimación para oponerse a la solicitud de desafectación del régimen de vivienda pedida por la mayoría de los herederos, si la constitución se dispuso por acto de última voluntad, caso en el cual debe resolver el juez lo que sea más conveniente (art. 255 inc. b).
17. El funcionario público no puede autorizar instrumentos en los que su conviviente sea personalmente interesado (art. 291).
18. El conviviente del oficial público no puede ser testigo en los instrumentos públicos que este autorice (art. 295 inc. a).
19. El derecho alimentario entre cónyuges cesa si el alimentado inicia una unión convivencial (art. 433).
20. La prestación alimentaria post-divorcio cesa si el beneficiado vive en unión convivencial (art. 434).
21. La convivencia de la madre durante la época de la concepción hace presumir el vínculo filial a favor del conviviente, excepto oposición fundada (art. 585). Du-

- rante el proceso de reclamación de la filiación o incluso antes de su inicio, el juez puede fijar alimentos provisorios contra el presunto progenitor (art. 586).
22. Los convivientes pueden adoptar solo si lo hacen conjuntamente (art. 602), pero la adopción puede ser unipersonal si el conviviente es incapaz o tiene restricción de capacidad y la sentencia le impide prestar consentimiento válido para el acto (art. 603).
 23. Legítima para la adopción de integración (arts. 619 y 620). El hijo del conviviente que sea mayor de edad puede ser adoptado (art. 597 inc. a), aunque la diferencia de edad entre adoptante y adoptado no alcance los dieciséis años (art. 599).
 24. El ejercicio de la responsabilidad parental corresponde a ambos convivientes (art. 641 incs. b y c).
 25. El conviviente que vive con el progenitor que tiene a su cargo el cuidado personal del niño, niña o adolescente debe, en su carácter de progenitor afín, cooperar en su crianza y educación, realizar los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico y adoptar decisiones ante situaciones de urgencia. En caso de cese de la unión, el progenitor afín en determinados casos debe una cuota alimentaria asistencial al hijo afín (arts. 672-676).
 26. El conviviente supérstite tiene la obligación de realizar inventario en caso de muerte del otro progenitor, cuando haya un hijo sujeto a responsabilidad parental (art. 693).
 27. Los convivientes se deben alimentos entre sí (arts. 718 y 719).
 28. En caso de cese de la UC, el juez puede adoptar medidas provisionales relativas a los convivientes y los hijos durante el proceso, y también medidas provisionales relativas a los bienes (arts. 721-723).
 29. Las ropas y muebles de uso indispensable del conviviente están excluidos de la garantía común de los acreedores (art. 744 inc. a).
 30. El conviviente goza del beneficio de competencia (art. 893).
 31. Incurrir en ingratitud el donatario que atenta contra la vida o la persona del conviviente del donante (art. 1571 inc. a).
 32. El conviviente está legitimado para reclamar indemnización por fallecimiento (arts. 744 inc. g, 1741 y 1745).
 33. Origen legal del derecho real de habitación gratuito del conviviente supérstite (art. 1894).
 34. La participación como autor, cómplice o partícipe de delito doloso contra la persona, el honor, la integridad sexual, la libertad o la propiedad del conviviente del fallecido es causa de indignidad (art. 2281 inc. a). No es indigno quien haya acusado o denunciado al causante por un delito penado con prisión o reclusión si la víctima del delito es conviviente del acusador (art. 2281 inc. c).
 35. No tiene lugar la sucesión del cónyuge en caso de matrimonio contraído *in extremis*, salvo que sea precedido de una unión convivencial (art. 2436).
 36. El conviviente del testador no puede ser testigo del testamento (art. 2481).
 37. El conviviente de quien no puede suceder por testamento tampoco puede suceder por testamento, reputándose que existe interposición de persona sin admitirse prueba en contrario (art. 2483).
 38. No corre el curso de la prescripción entre convivientes durante la unión convivencial (art. 2543).