

Trabajo Final de Graduación:

Unión no matrimonial

¿Cuáles son los efectos patrimoniales luego de su disolución?
¿Es necesaria su regulación?

Carrera: Abogacía

Alumna: Jorgelina Albornoz

Profesoras: Cristina González Unzueta y Adriana Warde

A

*Mis abuelos: Tosco y Elena,
Juan y Miria, por llenarme de
cariño y estar siempre
presentes...*

*Mi mamá y mi papá, por ser los
pilares de mi vida y
acompañarme en cada
elección...*

Los quiero mucho!

Índice

Introducción	3
I. ¿Qué significa el término unión no matrimonial?	
I.1. Terminología	6
I.2. Definición y análisis	8
II. Referencia histórica	
II.1. Según su influencia en el código civil	12
II.1.1. Derecho romano	13
II.1.2. Derecho canónico	15
II.1.3. Derecho francés	17
III. Países latinoamericanos	19
IV. Argentina	
IV.1. Antecedentes históricos en nuestro país	29
IV.2. Normas en las distintas ramas del derecho	31
IV.3. Soluciones jurisprudenciales	34
IV.4. ¿Es necesario regular el concubinato en nuestro país?	38
IV.4.1 Cuestión de números...	42

V. Conclusiones	43
VI. Documentos complementarios	
Apéndice 1: Expediente n 771/05 y sus fundamentos.	47
Apéndice 2: Expediente n 2024/02 y sus fundamentos.	58
Apéndice 3: Publicaciones diario “La Nación”	67
Apéndice 4: INDEC. Censo Nacional de Población, Hogares y vivienda 2001.	73
X. Bibliografía	75

Introducción

Tal como sucedió en la antigüedad, en la comunidad internacional surgieron, por distintos motivos, formas alternativas de familia que se contraponen con el modelo original basado en el matrimonio. Estas son llamadas “uniones no matrimoniales”, más conocidas como “concubinato”.

Actualmente no se distingue entre cónyuges y concubinos. Las uniones no matrimoniales son aceptadas con naturalidad y hay una tendencia creciente en adoptar esta forma de unión “sin papeles”.

Nuestro país no está exento de dicho fenómeno pero, a diferencia de lo que sucede en otros en los que el sistema jurídico intentó adaptarse a esta realidad social, en Argentina no existen normas que resuelvan los conflictos que se presentan en el ámbito patrimonial al momento de la disolución de la unión.

Frente a tal situación, la jurisprudencia ha intentado brindar soluciones apelando a distintas figuras legales tales como la sociedad de hecho, el condominio y recientemente se decidió distribuir los bienes aplicando las reglas de la división de herencia.

Fuera de los tribunales el tema generó interés en la sociedad y también en el Congreso de la Nación en el cual recientemente se presentaron proyectos de ley los cuales generaron un profundo debate e

hicieron surgir la inevitable pregunta: ¿Es necesario regular las uniones no matrimoniales en nuestro país?

Las diferencias e incertidumbres que aquí se plantean, generadoras de tanta confusión en nuestra sociedad sobre los verdaderos efectos de las uniones no matrimoniales, son las causas que motivan esta investigación.

Para realizarla se han fijado diversos objetivos, desarrollados en cada uno de los capítulos.

En el primero, se hará una descripción de la unión no matrimonial, estableciendo la terminología utilizada, su definición y análisis.

En el segundo, se desarrollarán sus antecedentes en el derecho romano, canónico y francés dada su influencia en nuestro código civil.

En el tercero, se hará una descripción de las formas de regulación adoptadas por los países latinoamericanos.

En el cuarto, se entrará de lleno en el estudio de la figura en nuestro país, estableciendo sus antecedentes históricos, las normas en las cuales se regula, las soluciones jurisprudenciales adoptadas por los tribunales y por último, las distintas posturas adoptadas en cuanto a la necesidad de regulación.

En el quinto, se expondrá la conclusión a la cual se ha arribado.

Para lograr estos objetivos se aplicará el método analítico de las fuentes del derecho. estas son: legislación, doctrina y jurisprudencia.

En cuanto a la jurisprudencia, se analizará para lograr establecer las formas en que los tribunales resuelven los conflictos que se presentan

en relación a la división de los bienes luego de disuelta la unión no matrimonial.

En torno a la legislación, se enumeraran aquellos artículos y leyes en las cuales se encuentran reguladas dichas uniones para comprobar si existen o no soluciones para los casos patrimoniales.

En relación a la doctrina, se estudiará con el objetivo de determinar el marco teórico del tema y recabar información sobre las distintas opiniones de los autores nacionales.

A demás, se consultará doctrina y legislación extranjera a fin de conocer la situación de las uniones no matrimoniales en países latinoamericanos.

La información será volcada a lo largo del trabajo y llevará a determinar las opiniones en cuanto a la conveniencia o no de su regulación y a la fundamentación de la posición adoptada.

I

¿Qué significa el término unión no matrimonial?

I.1. Terminología

Este tipo de uniones es conocida con diferentes denominaciones, como por ejemplo: concubinato, unión libre, unión conyugal libre, matrimonio de hecho, concubinato notorio, unión de hecho, entre tantas otras.

Se utilizará el vocablo “unión no matrimonial” por considerarlo mas apropiado. Esto es así ya que, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se entiende por “**Concubinato**: Comunicación o trato de un hombre con su concubina. **Concubina**: Manceba o mujer que vive y cohabita con un hombre como si éste fuera su marido. **Manceba**: Concubina, mujer con quien se tiene un comercio ilícito continuado. **Mancebía**: 1ª Casa pública de prostitución.”, con lo cual se denota que el término “concubinato” puede traer aparejadas, según la interpretación que cada uno realice, desvaloraciones morales que es preferible evitar.

También se ha dicho que: “El concubinato, no significa que un hombre tenga relaciones sexuales con una mujer, que la trate como amante y salga a la calle con ella. Puede decirse que en el concubinato

existe la santidad del hogar; de hecho, es un verdadero matrimonio y concubinato al que solo le falta el reconocimiento legal. Matrimonio y concubinato guardan entre si, la misma relación que dominio y posesión; por eso, con razón se ha dicho que la posesión es la apariencia del dominio y el concubinato la apariencia del matrimonio. En el matrimonio y el dominio encontramos un estado de derecho; en el concubinato y la posesión estamos frente a una situación de hecho. ¹”

La denominación “unión de hecho”, tampoco resulta apropiada. Esto es así porque si se considera el vocablo hecho como “jurídico”, definido por el Código Civil en su artículo 896 como “...todos los acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos u obligaciones” se estaría dando una denominación errónea ya que estas uniones no producen el nacimiento ni de derechos, ni de obligaciones entre las partes.

Por otra parte, si se lo interpreta como un “simple hecho”, definido por Rivera como “ los acontecimientos o sucesos que provienen de la naturaleza o del hombre”² sería una correcta interpretación pero incompleta ya que no se lo distingue por ejemplo, de la unión de amistad entre dos personas.

¹ El Salvador, Corte Suprema de Justicia, Revista Judicial (Órgano de la Corte Suprema de Justicia) T.LXVII. Nos. 1 al 12. Año: 1965. p.229.-

² Rivera, Julio César, “Instituciones de derecho civil”, Ed. Abeledo Perrot, 1995, Bs.As, pág.450.

Con relación a la denominación “unión libre”, se considera que es insuficiente para distinguirlo del matrimonio ya que éste es también una unión libre.

Tampoco se puede decir que sea una unión conyugal libre o un matrimonio de hecho ya que se habla de cónyuges una vez que se ha realizado el acto formal del matrimonio y justamente en este caso se carece de acto formal.

Más allá de estas consideraciones, es oportuno aclarar que la mayor parte de nuestra doctrina y jurisprudencia utilizan el termino “concubinato” por lo que al citarlas se utilizará ese término.

I.2. Definición y análisis

Son múltiples las definiciones que se han dado sobre este tipo de uniones por lo cual sólo se expondrán algunas para luego hacer un breve análisis de los caracteres que de ellas se desprenden.

Según el Dr. Belluscio, Augusto. C, “El concubinato es la situación de hecho en que se encuentran dos personas de distinto sexo que hacen vida en común sin estar unidas en matrimonio; se trata, pues, de una unión de hecho con caracteres de estabilidad y permanencia...”³.

Bossert, Gustavo dice que “El concubinato es la unión permanente de un hombre y una mujer que sin estar unidos por matrimonio

³ LL 1991-C, 958.

mantienen una comunidad de habitación y de vida, de modo similar a la que existe entre los cónyuges”.⁴

En un trabajo publicado por la revista jurídica La Ley se dijo que “...parejas que conviven en condiciones similares a la de los esposos, con cierto carácter de estabilidad pero sin estar unidas por vínculo matrimonial. Estas uniones son reputadas como concubinato.”⁵

De estas definiciones se desprenden los siguientes caracteres de la unión no matrimonial:

- 1) Hecho voluntario y lícito: se requiere de una conducta querida y conciente del hombre y de la mujer, que no sea contraria a las normas de orden público o las buenas costumbres.⁶
- 2) Unión heterosexual y singular: para que exista esta unión debe tratarse de un hombre y una mujer exclusivamente, quedando fuera de este ámbito la unión de personas del mismo sexo.
“En cuanto a la singularidad de la unión, se tiene en cuenta que la posesión de estado de los concubinos se traduce en el hecho de la

⁴ “Régimen jurídico del concubinato”, 1992, Ed. Depalma, p. 36.

⁵ LL 1983-B-1063

⁶ Se considera necesario aclarar que no estamos frente a un acto jurídico, aún cuando coinciden en los caracteres de voluntariedad y licitud, ya que en la unión no matrimonial no está presente, como en el acto jurídico, la “finalidad jurídica”. Para arribar a esta afirmación se ha tenido en cuenta la explicación dada por Rivera, en su obra “Instituciones de derecho civil”. El autor establece que los caracteres del acto jurídico son tres: a) voluntario, b) lícito y c) con una finalidad jurídica. Al describir este último dice: “El autor persigue la producción de un efecto jurídico, que puede consistir en hacer nacer una relación jurídica, extinguirla, modificarla, o transmitirla. Esa finalidad...es la voluntad típica e invariable que corresponde al acto (establecer una relación conyugal en el matrimonio). Y esos efectos se producen porque son queridos. La norma jurídica no puede atribuirme el dominio de una cosa o darme una esposa sin mi voluntad. Al contrario, el efecto se produce porque es querido, perseguido por el hombre; y la ley ampara, tutela, esa voluntad, asignándole el efecto buscado. El efecto jurídico se produce porque es querido por el autor, mas allá incluso del mero fin práctico o económico buscado con la realización del negocio jurídico, y de ese modo se lo diferencia del simple acto lícito.”

unión estable y permanente monogámica”.⁷ Sólo se admite que la pareja este constituida por ellos y que no medie otra relación fáctica, debiendo imperar la fidelidad recíproca. Siendo la unión un hecho similar al matrimonio, tanto en la vida privada como en la vida pública deben tratarse como pareja que son, independientemente de la naturaleza del vínculo que los une. “El concubinato y su notoriedad han de ser derivados de un conjunto de hechos que lo pongan de manifiesto, de tal manera que sólo haga falta para legitimarse la ceremonia civil”.⁸

- 3) Estabilidad y permanencia: no se comprende en este concepto a la unión sexual eventual, casual o transitoria entre dos personas, sino que se requiere la intención de cohabitación continua y permanente, lo que generalmente se denomina “comunidad de vida”. Debe haber un lugar común para el domicilio en donde se tenga asiento permanente. La permanencia en el tiempo, estrechamente ligada a la estabilidad, es lo que otorga a esta unión la posesión de estado conyugal aparente, por ello su importancia.
- 4) Ausencia de impedimentos dirimentes: si bien este carácter no surge de las definiciones dadas, se considera esencial ya que, si se pretendiera dar algún tipo de trascendencia jurídica a estas uniones, no se debería permitir que se transforme en un instrumento para

⁷ Bossert, Gustavo A. y Zannoni, Eduardo A., Manual de derecho de familia, Ed. Astrea, 2004.

⁸ Documento Base y Exposición de Motivos del Código de Familia, TII, Comisión Coordinadora para el sector de justicia, 1994, San Salvador.

violar disposiciones legales como es el caso del artículo 164 del Código Civil. Debe tratarse, tal como lo establece Vélez Sarsfield en la nota al artículo 325, de una “unión de personas libres” que son aquellas que no están afectadas por impedimento.⁹

Luego de haber establecido los límites dentro de los cuales se desarrollan estas uniones, se propone la siguiente definición: *“Existe unión no matrimonial cuando un hombre y una mujer, voluntariamente y con ausencia de impedimentos legales, conviven de forma estable, permanente y pública en aparente matrimonio”*.

⁹ Augusto Cesar Belluscio, Manual de Derecho de Familia, Tomo 2, 7º ed. actualizada y ampliada. Editorial

II

Referencia histórica

II.1. Según su influencia en el código civil

“En el mundo moderno, la historia del derecho toma un vuelo mas elevado y llega a ser verdaderamente una historia de él. Sus líneas, cesando de ir paralelas, se cruzan, formando un solo tejido, del cual el Derecho Romano y el Derecho Canónico constituyen la trama primitiva”. Rudolf Von Ihering.

Al estudiar los antecedentes históricos de las uniones no matrimoniales, vemos que se desarrollaron en todos los pueblos de la antigüedad y que, aunque con distintos fundamentos, subsisten hasta la actualidad. Es por ello que deviene pertinente realizar una mención sobre el reconocimiento legislativo que ha tenido a fin de poder visualizar las distintas posiciones asumidas en cuanto a su regulación.

En primer lugar se desarrollará su historia en el Derecho Romano, para seguir con el Derecho Canónico y terminar con el Derecho Francés.

Se han elegido dichos sistemas por ser unos la base de nuestro sistema legal y otros, por haber influido en sus fundamentos.

II.1.1. Derecho romano

En el derecho romano, los romanos dan el nombre de *concubinatus* a una unión de orden inferior, más duradera, que se distinguía de las relaciones pasajeras consideradas ilícitas.

Consistía en la cohabitación sin *affectio maritalis* de un ciudadano con una mujer de baja condición con quien no se podía contraer matrimonio, por ejemplo, el gobernador de una provincia no podía casarse con una mujer de esa región, podía tomar una concubina, o el senador no podía casarse con las meretrices, cantantes y bailarinas.

Fue bajo Augusto cuando el concubinatus recibió su nombre. La ley *Julia de adulteriis* calificaba de *stuprum* y castigaba todo comercio con toda joven o viuda, fuera de las *justae nuptiae*, haciendo una excepción a favor de la unión duradera llamada *concubinatus*, que recibió de esta manera una especie de sanción legal.

Los romanos afirmaban que los requisitos exigidos para la existencia del concubinatus eran los siguientes:

- a) que los concubinos fueran púberes;
- b) que fueran solteros;
- c) sólo se podía dar entre un hombre y una mujer;
- d) Los concubinos no podían ser parientes en el grado prohibido para el matrimonio;

- e) No existía ninguna formalidad para su constitución y se podía disolver por voluntad de los concubinos;¹⁰
- f) No se podía tener más de una concubina;¹¹

Fuera de estos límites ya existía únicamente un comercio ilícito. Se diferenciaba del matrimonio tanto por su naturaleza como por sus efectos.

El concubinato se caracterizó por su fragilidad ya que lo único que pertenecía al mundo jurídico era el matrimonio.

La legislación dictada bajo el imperio de Augusto trató de dar estructura legal a la figura considerando que la unión prolongada con una concubina no constituía un “stuprum” pero luego, en la época imperial en la cual los concubinatos proliferaron como consecuencia de los impedimentos matrimoniales, los emperadores cristianos trataron de combatirlos por considerarlos contrarios a la moral. Para ello, prohibieron las donaciones y los legados hechos a la concubina y a los hijos naturales y a la arrogación de éstos, pero trataron de inducir al matrimonio y a la consiguiente legitimación de los hijos. Constantino ofreció a las personas viviendo en concubinato y teniendo hijos naturales, legitimarlos, siempre que transformasen su unión en *justae nuptiae*. Anastasio decidió que

¹⁰ Marco Gerardo Monroy Cabra, Derecho de Familia y de menores. Librería Jurídicas Wilches, Santa Fé, Bogotá, D.C, Colombia.

¹¹ Tratado elemental de derecho romano. Eugene Petit. Editorial Albatros. Buenos Aires.

todos los que tuviesen hijos nacidos del concubinato podían legitimarlos contrayendo las *justae nuptiae*.

Finalmente, Justiniano conservo esa disposición, es la *legitimación por matrimonio subsiguiente*. Mitigó las limitaciones a las donaciones y los legados, otorgándole a la concubina y a los hijos algunos derechos y extendió al concubinato los requisitos del matrimonio. Eliminó los impedimentos matrimoniales de condición social. Desde entonces, el concubinato fue la cohabitación estable con mujer de cualquier condición, sin *affectio maritalis*.

II.1.2. Derecho canónico

Para hacer referencia al derecho canónico, hay que tener en cuenta que durante los tres primeros siglos la comunidad cristiana estaba integrada por judíos, gentiles, por libres y por esclavos, por lo que en principio reconoció el concubinato pero tratando de mantener dicha unión imponiendo condiciones para la realización de determinados actos, por ejemplo, San Agustín admitió el bautismo de la concubina con tal que se obligara a no dejar a su compañero.

Es decir que, junto con el matrimonio se reconocía al concubinato pero con distintos efectos y por lo tanto, nacieron dos tendencias. Por un lado, la que condena toda unión que no sea matrimonial. Por el otro, la que acepta el concubinato en aquellos casos en que presenta los

caracteres de la unión matrimonial los cuales son: unidad e indisolubilidad.

La primera tendencia es la llamada condenatoria que repudia el concubinato, en especial porque lo considera una unión inestable que permite incluso la práctica de la poligamia y que puede coexistir con el matrimonio.

La segunda, tiene en cuenta las condiciones bajo las que se desarrolla esta unión, ya que si es estable, monogámica, respondiendo a la concepción cristiana del matrimonio, es aceptada. La licitud de la unión que presente dichos caracteres es reconocida por el Concilio de Toledo.

La diferencia se presenta en forma relevante a partir de la adopción de matrimonio-sacramento e impuesta la forma pública de celebración, esa posición no podía subsistir; el Concilio de Trento dispuso que incurrieran en excomunión los concubinos que no se separasen a la tercera advertencia.

Actualmente, el Código de Derecho Canónico, sigue desconociendo al concubinato y excluye de los actos eclesiásticos a las personas que vivan públicamente en concubinato, hasta que den señales de verdadero arrepentimiento.

II.1.3. Derecho francés

El derecho francés, bajo la influencia del derecho canónico, adoptó medidas para combatirlo. El Código Napoleón guardó silencio sobre el concubinato, con lo que inició la orientación predominante en la codificación moderna, que al considerarlo una situación contraria a la moral tendió a privarlo de efectos jurídicos. Esta postura abstencionista se resume en la frase atribuida a Napoleón: “Si les concubines se passent de la loi, la loi se desintéresse d’eux ” (“Si los concubinos prescinden de la ley, la ley se desinteresa de ellos”).

Sin embargo, la jurisprudencia francesa fue aceptando algunos efectos dado que la ausencia de regulación no impidió que se plantearan judicialmente distintos asuntos que debieron resolverse. Así, a modo de ejemplo, se consagra como uno de los casos para investigar la paternidad natural, el concubinato notorio; el resarcimiento de perjuicios en caso de ruptura intempestiva del concubinato con fundamento en la responsabilidad civil contractual, entre otros.

Actualmente, a partir de la sanción del “Pacto civil de solidaridad” el 15 de Noviembre de 1999, se reconocen y regulan las relaciones derivadas de uniones de hecho ya sean de distinto o igual sexo.

Este PACS se define como un contrato concluido por dos personas físicas mayores de edad, de igual o diverso sexo, para organizar su vida en común. Se trata de un contrato formal, que requiere una declaración

conjunta de las partes ante secretario judicial, y cuya oponibilidad a terceros se subordina a su inscripción en el Registro correspondiente.

Lo interesante de este pacto es que sólo surte efectos cuando existe una decisión negocial de los convivientes. Esto no impide que aquellos que no hayan suscripto el PACS pero que formen una pareja de hecho en la que concurren las notas del concubinato definido en el artículo 515.8 Code, puedan acudir, en su caso, a remedios jurídicos generales de Derecho Civil tales como el enriquecimiento sin causa, entre otros.¹²

¹² Lexis N° 0003/009363

III

Países latinoamericanos

Al igual que Argentina, los restantes países latinoamericanos han tomado en mayor o menor medida como fuente de sus ordenamientos jurídicos, el Derecho Romano. Sin embargo, cada uno de ellos ha arribado a soluciones disímiles en relación a las uniones no matrimoniales.

Existen países que, dada la proliferación de este tipo de uniones por diferentes motivos, las han legislado equiparándolas al matrimonio y otras que tan solo le reconocen algunos efectos.

A continuación se expondrá sintéticamente el tratamiento que cada uno ha dado a las uniones no matrimoniales.

En Panamá, los antecedentes normativos del matrimonio de hecho los encontramos en la constitución de 1946 y luego en la de 1972. La constitución de 1946 establecía en su artículo 56: “ La unión de hecho entre personas legalmente capacitadas para contraer matrimonio, mantenida durante diez años consecutivos, en condiciones de singularidad y estabilidad, surtirá todos los efectos del matrimonio civil.”

Posteriormente, la constitución de 1972 en su artículo 54, reproduce el texto anterior pero reduce el término de diez a cinco años, beneficiando

a estas uniones estables dado que gran porcentaje de las familias panameñas no se constituyen mediante matrimonios formales.¹³

Para este fin, bastará que las partes interesadas soliciten conjuntamente al Registro Civil la inscripción del matrimonio de hecho, el cual podrá tramitarse por intermedio de Corregidores. Cuando la inscripción no fuere realizada, podrá comprobarse, para los efectos de la reclamación de sus derechos, por uno de los cónyuges u otro interesado mediante los trámites que determine la ley. Podrán sin embargo, oponerse a que se haga la inscripción o impugnarla después de hecha, el Ministerio Público en interés de la moral y de la ley, o los terceros que aleguen derechos susceptibles de ser afectados por la inscripción, si la declaración fuere contraria a la realidad de los hechos.

La pareja puede estar unida en condiciones de singularidad y estabilidad por el término de cinco años, de suerte que si el matrimonio de hecho no es inscrito en el Registro Civil tal y como lo prevé la Constitución en su artículo 54 y el Código de Familia en su artículo 55, o no se pide su comprobación judicial (artículo 56 del Código de Familia) no será matrimonio de hecho sino simplemente una unión de hecho. Únicamente en caso de disolverse la unión de hecho, el artículo 59 del Código de Familia, establece que no se requiere dicho reconocimiento legal, a efectos de repartir los bienes y frutos en partes iguales entre los convivientes.

¹³ Congreso Mundial sobre Derecho de Familia. Constitución de la familia, la violencia intra familiar. San Salvador, El Salvador, C.A. Tema I (Parte Secundaria), Régimen jurídico de la unión de hecho.

En forma similar, la legislación boliviana preceptúa en el artículo 159 de su Código de Familia que: “Las uniones conyugales libres o de hecho que sean estables y singulares producen efectos similares al matrimonio, tanto en las relaciones personales como patrimoniales de los convivientes. Pueden aplicarse a dichas uniones las normas que regulan los efectos del matrimonio, en la medida compatible con su naturaleza,...”.¹⁴

El reconocimiento del concubinato en el derecho colombiano ha pasado por diferentes estadios, desde la consideración severa y excluyente tanto de la familia natural como del concubinato, considerándolo incluso un delito regulado por el derecho penal hasta la actualidad en que se encuentra no solo regulado sino protegido constitucionalmente. La constitución en su artículo 42 establece: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia, sin tener en cuenta la forma como se ha constituido.”

En consecuencia de dicha protección es que se dicta la Ley 54 de 1990 la que define las uniones de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes. Establece que para que exista unión marital se requiere que concurren los siguientes requisitos: a) unión marital de un hombre y una mujer; b) que los citados hombre y mujer no se encuentren

¹⁴ Anuario de Derecho, Órgano de Información de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad

casados; c) que hagan una comunidad de vida permanente y singular. La prueba de dicha unión es libre y se puede realizar por cualquier medio y si existieren controversias entre las partes, se debe acudir a instaurar un proceso ante el juez de familia.

En relación al régimen patrimonial, por mandato del artículo 7 de dicho ordenamiento, se aplica la normativa aplicable a la sociedad conyugal en todo lo que sea compatible, presumiéndose la existencia de la misma en los siguientes casos: a) cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio; b) cuando exista unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o ambos compañeros permanentes, siempre y cuando que la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho.

En la constitución de El Salvador el legislador constituyente acepta como fundamento de la familia la unión no matrimonial, así se desprende del artículo 32 que dice: “La familia es la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado, quien dictará la legislación necesaria y creará los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico. El fundamento legal de la familia es el matrimonio y descansa en la igualdad jurídica de los

cónyuges. El Estado fomentará el matrimonio; pero la falta de éste no afectará el goce de los derechos que se establezcan a favor de la familia”.

Y del artículo 33 se desprende la obligación del legislador secundario de regular las relaciones familiares disponiendo: “La ley regulará las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges entre sí y entre ellos y sus hijos, estableciendo los derechos y deberes recíprocos sobre bases equitativas; y creará las instituciones necesarias para garantizar su aplicabilidad. Regulará asimismo las relaciones familiares resultantes de la unión estable de un varón y una mujer”.

Como consecuencia de estas disposiciones constitucionales se regula en el Código de Familia, Título IV, la “Unión no matrimonial” desde el artículo 118 al 126. Así mismo, por Decreto n° 496 se dicta la Ley transitoria del Régimen del Estado Familiar y de los regímenes patrimoniales del matrimonio, en la cual se regula lo concerniente al Registro de Uniones no Matrimoniales.

El Ecuador reconoce la unión libre de vínculo matrimonial, como una institución jurídica y una realidad existente. Su constitución en el artículo 23 dice: “La unión estable y monogámica de un hombre y una mujer, libre de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, dará lugar a una sociedad de bienes, que se sujetará a las regulaciones de la sociedad conyugal, en cuanto fueren aplicables, salvo

que hubieren estipulado otro régimen económico o constituido en beneficio de sus hijos comunes, patrimonio familiar”.

La ley que regula esta institución es la N° 115 que dice: “ La unión de hecho estable y monogámica de más de dos años entre un hombre y una mujer libres de vínculo matrimonial con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente, da origen a una sociedad de bienes”.

La mayoría de los artículos de esta ley, están destinados hacia el punto de vista económico, los cuales reconocen la existencia no de una sociedad conyugal, como ocurre con el matrimonio, sino de lo que se le ha llamado, sociedad de bienes.

La sociedad conyugal queda instituida en forma automática con la celebración del matrimonio, mientras que la unión de hecho, a partir de los dos años de convivencia. Los concubinos pueden, si lo desean, establecer un régimen económico distinto al de la sociedad de bienes, a través de escritura pública.

La constitución de Honduras ha reconocido este tipo de uniones en su artículo 112, el cual establece: “Se reconoce la unión de hecho entre las personas legalmente capaces para contraer matrimonio. La Ley señalará las condiciones para que surta los efectos del matrimonio civil”.

Igualmente está regulada en el Código Civil el cual en su artículo 45 dispone: “La existencia de la unión de hecho entre un hombre y una mujer con capacidad para contraerla y que reúna los requisitos de singularidad y estabilidad, surtirá todos los efectos del matrimonio realizado legalmente,

cuando fuere reconocida por autoridad competente”. Por otra parte, el artículo 62 dispone: “Para que la unión de hecho pueda ser formalizada, es necesario que las personas hayan hecho vida en común por un lapso continuo no menor de tres años. No obstante, si antes de ese período hubieren procreado hijos, se podrá formalizar la unión de hecho por cualquiera de las modalidades previstas en este Título, siempre que se cumplieren los requisitos establecidos en este código.”

Guatemala tiene una larga tradición en cuanto a la regulación constitucional de esta materia que data de 1945. En la constitución vigente de este país, en su artículo 48 se dispone: “Unión de hecho. El Estado reconoce la unión de hecho y la ley preceptuará todo lo relativo a la misma.” Correlativamente, el artículo 173 del Código Civil dice que, procede declarar la unión de hecho de un hombre y una mujer cuando tengan capacidad de contraer matrimonio, siempre que exista hogar y la vida en común se haya mantenido constantemente por mas de tres años ante sus familiares y relaciones sociales, cumpliendo los fines de procreación, alimentación y educación de los hijos y de auxilio recíproco.

En la constitución peruana de 1979, el artículo 9 establece: “La unión estable de un varón y una mujer, libre de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable”.

El primer inciso del artículo 18 del Código de Familia de Cuba dice: “La existencia de la unión matrimonial entre un hombre y una mujer con aptitud legal para contraerla y que reúna los requisitos de singularidad y estabilidad, surtirá todos los efectos propios del matrimonio formalizado legalmente cuando fuere reconocida por tribunal competente”.

En Brasil la Ley 9278 (1996) en su artículo 1 reconoce como entidad familiar a la convivencia durable, pública y continua de un hombre y una mujer, establecida con el objetivo de constituir una familia. En el siguiente establece que los convivientes se deben respeto y consideración mutua, asistencia moral y material. Después de la ruptura la prestación alimentaria será debida al conviviente que la necesite, se les otorga la guarda, sustento y educación de los hijos comunes, cuidando el interés de los menores.

En México el Código Civil del Distrito Federal en sus artículos 1602 y 1635 reconoce derecho hereditario al concubino/a si convivieron los cinco años inmediatos anteriores al fallecimiento o si tuvieron hijos comunes, y siempre que no exista impedimento de ligamen. Ese derecho se pierde si la unión no hubiera sido singular.

Algunos Estados han dictado sus propias normas que regulan las uniones de hecho. A modo de ejemplo, podemos citar el Código de Familia de Hidalgo que en su artículo 150 otorga al concubinato registrado los mismos efectos que el matrimonio, si la inscripción es solicitada por uno

de los concubinos con determinación del régimen matrimonial al cual se someten.

En Venezuela, el artículo 767 del Código Civil dice: “Se presume la comunidad, salvo prueba en contrario, en aquellos casos de unión no matrimonial, cuando la mujer o el hombre en su caso, demuestre que ha vivido permanentemente en tal estado aunque los bienes cuya comunidad se quiere establecer aparezcan a nombre de uno solo de ellos. Tal presunción sólo surte efectos legales entre ellos dos y entre sus respectivos herederos y también entre uno de ellos y los herederos del otro. Lo dispuesto en este artículo no se aplica si uno de ellos está casado”.

En Paraguay, el artículo 51 de la Constitución dice: “Las uniones de hecho entre el hombre y la mujer, sin impedimentos legales para contraer matrimonio, que reúnan las condiciones de estabilidad y singularidad, producen efectos similares al matrimonio, dentro de las condiciones que establezca la ley”. En consecuencia, el Código Civil en su artículo 217 asigna a la unión extramatrimonial pública y estable entre personas con capacidad para contraer matrimonio los siguientes efectos: validez de la obligación contraída por el concubino de pasar alimentos a su concubina abandonada, durante el tiempo que ella los necesite (artículo 218); existencia de sociedad de hecho, cualquiera que haya sido la duración del concubinato, siempre que concurren los requisitos previstos por el Código para la existencia de tal clase de sociedad, y presunción de

su existencia salvo prueba en contrario si la relación duró mas de cinco años (artículos 220 y 221), entre otros.

La constitución de Haití en el artículo 260 primera parte dice: “...debe igual protección a todas las familias, estén o no constituidas en el vínculo del matrimonio”.

En sentido similar, la constitución de Nicaragua en el artículo 71 dice: “El matrimonio y la unión de hecho estable están protegidos por el Estado”.

En Chile, al igual que en Uruguay solo se reconocen algunos efectos. En este último, en relación al principio de prohibición de investigar la paternidad natural, el Código Civil en su artículo 241, inciso 4) exceptúa el supuesto del concubinato notorio.

Luego de haber realizado una síntesis sobre el tratamiento dado a las uniones no matrimoniales en cada uno de los países, cabe resaltar que en aquellos en los que se les reconocen efectos jurídicos se exige algún tipo de inscripción o en su defecto, pruebas sobre su existencia.

Se entiende que desde que se exige el requisito de la inscripción y se aplican a las relaciones patrimoniales los efectos de la sociedad conyugal, la distinción con el matrimonio se desdibuja y llega a carecer de sentido.

Esta es una de las razones por las cuales se considera que carece de sentido una regulación sobre el tema en nuestro país.

IV

Argentina

IV.1. Antecedentes históricos en nuestro país

Luego de haber hecho una síntesis de los distintos modos que otros países han adoptado para tratar el tema de las uniones no matrimoniales, es momento de exponer lo que sucede en nuestro país.

Antiguamente, el Código Civil establecía en el artículo 167 para la celebración del matrimonio, la forma canónica para los católicos y para aquellos que no lo fueran el artículo 183 remitía a las leyes y ritos de la iglesia a la que pertenecían y a las normas del Código.

El matrimonio entonces era religioso y tenía efectos civiles.

En el año 1888 se sanciona la Ley 2393 de matrimonio civil la cual obligó a la celebración civil bajo pena de nulidad con la finalidad de mantener bajo control estatal todo lo concerniente al matrimonio.

Correlativamente, existía la posibilidad de divorciarse pero sin permitir la celebración de un nuevo matrimonio.

Ante este impedimento, aquellos que se divorciaban, al no poder contraer nuevas nupcias se unían en concubinato o, en fraude a la ley argentina, emigraban a países como Uruguay o México para tramitar un divorcio y celebrar allí un nuevo matrimonio.

Con la sanción de la llamada “Ley de divorcio vincular”, N° 23.515, se intentó poner fin a dichos inconvenientes permitiéndose la disolución del vínculo matrimonial y otorgando la posibilidad de celebrar un nuevo matrimonio.

Actualmente, el Código Civil en su artículo 213: “El vínculo matrimonial se disuelve: a) Por la muerte de uno de los esposos; b) Por el matrimonio que contrajere el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento; c) Por sentencia de divorcio vincular.” Y en relación a los efectos del divorcio vincular, en el artículo 217, segundo párrafo, dispone que: “Los cónyuges recuperarán su aptitud nupcial y cesará la vocación hereditaria recíproca conforme a lo dispuesto en el artículo 3574, último párrafo.”

A pesar de haber solucionado el impedimento legal que obligaba a las parejas a unirse de hecho, esta ley en vez de fomentar el crecimiento de la “matrimonialidad”, viene acompañada de una fuerte tendencia a la privatización de la unión del hombre y de la mujer.¹⁵ Cuando se le otorgó a la población la posibilidad de divorciarse, una gran parte había llegado a la conclusión de que era mejor no casarse”.¹⁶

En principio se puede decir que nuestro Código Civil sigue adoptando una postura abstencionista dado que no otorga a las uniones no matrimoniales una regulación especial como lo hace con el matrimonio. El fundamento del silencio legal radica en la influencia recibida del Código

¹⁵ Julio César Capparelli, Concubinato.

Civil Francés, el cual considera que si los concubinos no quieren someterse a la ley, esta debe ignorarlos.

Y se dice que solo en principio la postura es abstencionista ya que, a pesar de este silencio, a medida que fueron surgiendo problemas, fueron sancionándose disposiciones que otorgaron algún efecto a las uniones no matrimoniales.

IV.2. Normas en las distintas ramas del derecho

Las normas en que se regulan las uniones no matrimoniales en nuestro país y a las cuales se hace referencia en el punto anterior son las siguientes:

- El artículo 223, inciso 1) del Código Civil establece que si el matrimonio fuese contraído de mala fe por ambos cónyuges, no producirá efecto civil alguno y la unión será reputada como concubinato.
- El artículo 257 del Código Civil otorga presunción de paternidad del hombre que vivió en concubinato con la madre durante la época de la concepción.
- El artículo 3573, en relación al derecho sucesorio, otorga el derecho a suceder al cónyuge supérstite cuando, hallándose enfermo uno de los cónyuges al celebrarse el matrimonio, muriese de esa

¹⁶ Susana Torrado, Historia de la Familia Argentina (1870-2000)

enfermedad dentro de los treinta días siguientes, cuando se hubiere celebrado para regularizar una situación de hecho.

- En relación al mismo tema, los artículos 3574 y 3575 establecen que en los casos en que los esposos conservan la vocación hereditaria luego de la separación personal, o aquellos que se encuentran separados de hecho sin voluntad de unirse, la pierden si vivieran en concubinato.
- El artículo 210 que regula los efectos de la separación y el 218 los efectos del divorcio, establecen la pérdida del derecho alimentario por vivir en concubinato.
- La ley 23091 sobre locaciones urbanas, otorga en su artículo 9 el derecho a continuar el arrendamiento a quienes acrediten haber convivido y recibido del arrendador ostensible trato familiar.
- La ley 23466, artículo 2 inciso a), sobre indemnización a los familiares de personas desaparecidas, otorga el beneficio a quien hubiere convivido en matrimonio aparente durante un periodo mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a su desaparición, en concurrencia con los hijos menores si los hubiere.
- La ley 23660 de obras sociales, en su artículo 3, inciso b), incluye entre sus beneficiarios a las personas que convivan con el afiliado titular y reciban del mismo ostensible trato familiar.
- La ley 20744 de contrato de trabajo, en su artículo 248 sobre indemnización por antigüedad, equipara a la viuda, para cuando el

trabajador fallecido fuere soltero o viudo, la mujer que hubiese vivido públicamente con el mismo, en aparente matrimonio, durante un mínimo de dos años anteriores al fallecimiento. En el párrafo siguiente dice que: “Tratándose de un trabajador casado y presentándose la situación antes contemplada, igual derecho tendrá la mujer del trabajador cuando la esposa por su culpa o culpa de ambos estuviere divorciada o separada de hecho al momento de la muerte del causante, siempre que esta situación se hubiere mantenido durante los 5 años anteriores al fallecimiento”.

- La ley 24241 del sistema integrado de jubilaciones y pensiones, en su artículo 53 establece que: “En caso de muerte del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad, gozaran de pensión los siguientes parientes del causante: ...inciso c) La conviviente; inciso d) El conviviente”.
- En materia de derecho penal, en el capítulo 3, artículos 125 tercer párrafo, 125 bis tercer párrafo y 133, establecen una pena agravada si el autor fuera, entre otros, la persona conviviente.
- En la misma materia, el artículo 277 inciso 3) exime de responsabilidad a los que hubieren obrado a favor de un amigo íntimo, considerándose el concubinato como relación que excede la amistad, quedando comprendido en este supuesto.
- La ley 24193 de transplantes de órganos, dispone que, cuando en la necesidad de disponer del cadáver se requiere la autorización para el

transplante en caso de muerte natural podrá ser otorgada por las siguientes personas y enumera: "...a) el cónyuge no divorciado que convivía con el fallecido o la persona que, sin ser cónyuge, convivía con el fallecido en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres años, en forma inmediata, continua e ininterrumpida".

Es importante resaltar que no existe norma alguna que establezca el destino de los bienes en caso de disolución de la unión no matrimonial.

Sin embargo, son tantos los efectos que en otras áreas se han otorgado que la distinción con el matrimonio es cada vez mas difusa y ha generado una gran confusión en la población que desconoce los efectos de la unión no matrimonial y cree que son semejantes, en muchos aspectos, a los del matrimonio.

IV.3. Soluciones jurisprudenciales

Luego de conocer los efectos que otorga nuestra legislación a las uniones no matrimoniales, se puede afirmar que no existen normas en relación al destino de los bienes en caso de disolución. Es por ello que se expondrán las soluciones que brindan nuestros tribunales

La jurisprudencia, en forma prácticamente uniforme, entiende que entre los convivientes puede haber sociedad de hecho, pero no

necesariamente la hay. Para que dicha figura pueda ser aplicada deben probarse los extremos establecidos por el artículo 1648 del Código Civil¹⁷:

- a) Realización de aportes, ya sean de capital o trabajo. Es necesario que ese aporte tenga una relación con la actividad común, lo cual puede ser probado por cualquier medio de prueba. Se ha dicho que no resulta viable, por el contrario, inferir la existencia de la sociedad cuando se trata, de labores esporádicas, realizadas más en carácter de ayuda circunstancial que de efectivo aporte en la marcha del negocio común. No puede considerarse aporte a una sociedad de hecho la colaboración que, en ocasiones, la concubina presta al hombre en sus tareas, cuando esa colaboración puede considerarse como simples actos o gestiones que, a causa de la fuerza de los acontecimientos diarios, realizan por lo general todos los seres de ambos sexos cuyo ayuntamiento es más o menos prolongado. Tampoco sirve como prueba de aporte a una sociedad de hecho y consecuente derecho a beneficiarse con las ganancias obtenidas en la explotación, la colaboración propia de la actividad de la mujer en el hogar, tales como atención personal del demandado, respaldo afectivo, vida sexual compartida, atención al cuidado de los niños, vigilancia de su educación, etc.¹⁸
- b) Finalidad de obtener alguna utilidad apreciable en dinero, participando ambos de las ganancias y pérdidas que la empresa

¹⁷ JA 1989-II-579. JA 1992-III. Lexis N° 32/2633.

común pudiera producir. Este requisito es de muy difícil demostración ya que los beneficios están por lo general afectos a la subsistencia de los socios, no se distribuyen durante la unión sino cuando se trata de conseguir su reparto, después de la disolución de la sociedad.

- c) *Affectio societatis*: es la intención de las partes de constituir una sociedad. Si a la unión sentimental o afectiva que presupone la convivencia de una pareja no unida legalmente, no se le agregan aportes en bienes o en trabajo, ni la voluntad común de asociarse patrimonialmente, ni se persigue una finalidad de lucro, ni se practica una distribución de riesgos y utilidades, no puede existir sociedad en términos jurídicos.¹⁹

Sin la prueba de dichos requisitos, la figura no se podrá aplicar.

Esto sucede comúnmente cuando con el aporte de ambos convivientes se adquiere la vivienda común, sin que exista finalidad lucrativa, inscribiéndose a nombre de uno de ellos o inversamente, con fondo de uno a nombre del otro²⁰. En este caso, en la liquidación de la comunidad no tendrá lugar mediante la liquidación de una sociedad.

Frente a la imposibilidad de probar la sociedad de hecho o si la misma no existió, cabe la posibilidad de analizar el caso en relación a las normas del condominio, verificando si existieron aportes comunes para la

¹⁸ Lexis N° 32/3373. JA 2003-III-sintesis.

¹⁹ JA 2000-IV. JA 1999-IV-149.

²⁰ JA 1989-II-579.

adquisición de las cosas cuya división se reclama. Puede ocurrir que ambos hayan aportado para la compra, como en el caso anterior de la vivienda, que luego poseyeron en común no obstante que aparezca a nombre de uno solo. En este caso, deberá investigarse si ha sido comprada con fondos comunes o si lo han sido con fondos de uno. Acreditados los aportes, el demandante deberá iniciar una acción de división de condominio²¹. Pero, si la parte a cuyo nombre se encuentra inscripto el bien invocara que hubo donación o préstamo para destruir la pretensión del demandante, tendrá que probar que existió respectivamente, donación o préstamo²². Y correlativamente, el demandante deberá probar para refutar dicho argumento, que el dinero lo poseía en otro título, por ejemplo, mandato.²³

También se ha apelado a la figura de la simulación o la interposición real de personas²⁴. Estamos frente al primer supuesto cuando el transmitente tiene conocimiento de que el adquirente no es quien figura como tal, es decir, existe un acuerdo simulatorio de las partes del acto²⁵. En cambio, cuando el transmitente desconoce dicha situación estamos en un caso de interposición real de personas²⁶.

²¹ Juzg. Nac. Civ., n.33, 15/02/2005- M.,G.F.v.S., C.M.

²² JA 2001-II-131. JA 2000-II-131.

²³ LLGran Cuyo 2000, 182

²⁴ JA 1994-I. JA 1999-IV-149.

²⁵ JA 1999-IV-149.

²⁶ JA 1994-I, síntesis. LLC 1999, 1317.

Finalmente, se propició la aplicación de las normas de la división de la herencia, por la remisión que en materia de condominio hace a ellas el artículo 2698 del Código Civil²⁷.

Se ha dicho que deben aplicarse por analogía las normas de las disposiciones referidas a la división de la herencia siendo suficiente la prueba de los aportes que suponen, salvo prueba en contrario, la existencia del elemento subjetivo consistente en la voluntad de cooperar para la adquisición de bienes en común.

Estas son las soluciones a las cuales han arribado nuestros tribunales para resolver los diversos problemas que se presentan al momento de realizar la división de los bienes de las uniones no matrimoniales. Como se pudo observar, todas las soluciones parten de la aplicación por analogía de figuras afines pero no se puede establecer una regla general que simplifique la solución del problema.

IV.4. ¿Es necesario regular las uniones no matrimoniales en nuestro país?

Como en la mayoría de los temas relacionados con el derecho, aquí las corrientes se dividen.

Por un lado se encuentran aquellos que están de acuerdo con la necesidad de elaborar un régimen legal que contemple las uniones no

²⁷ JA 1989-III-496.

matrimoniales y por el otro, los que consideran innecesaria dicha regulación.

Entre aquellos que consideran necesaria la regulación encontramos autores como Borgonovo²⁸, Bossert²⁹ y Arzeno³⁰.

Fundamentan su postura en la cantidad de uniones no matrimoniales existentes en nuestro país. Entienden que esta realidad no puede ser ignorada por el legislador ya que acarrea injusticias a quienes se encuentran en situación de inferioridad, refiriéndose especialmente a las mujeres y a personas de baja condición social.

Borgonovo³¹ agrega que: “ El sistema es erróneo. Deben regularse todas las situaciones en que se presenta la pareja, sin perjuicio de preferir una situación legal determinada, y encauzar en esa dirección el régimen jurídico vigente”. Párrafos siguientes explica³²: “ El concubinato carencial debe ser convertido en matrimonio mediante una política inteligente, audaz y realista. En general, una política de fondo que libere a todos los sectores sociales de la miseria y de la ignorancia.”

Bajo fundamentos similares, se han presentado en el Congreso de la Nación proyectos de regulación. Fueron dos en particular los que han generado una gran reacción en la sociedad, siendo el tema debatido en

²⁸ Borgonovo, Oscar A., “El concubinato en la legislación y en la jurisprudencia”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1987.

²⁹ Bossert, Gustavo A., “Concubinato. Doctrina, legislación y jurisprudencia”, Ediciones Jurídicas Orbir, Rosario, 1968.

³⁰ Arzeno, Carlos A., “El régimen jurídico del concubinato”, Talleres gráficos Pomporio, Rosario, 1935.

³¹ Borgonovo, op.citada, pág.28. El comentario lo realiza al explicar el concubinato carencial al cual define como al “ integrado por una pareja que carece de impedimentos matrimoniales, que tiene aptitud para casarse,

medios televisivos y de radio difusión ya que, a través de su articulado se establecen derechos y obligaciones a los concubinos.

Estos proyectos fueron redactados uno por la Senadora Sonia M. Escudero y el otro por la Senadora Maria Cristina Percival. (Ver Apéndices 1 y 2)

En relación a los efectos patrimoniales en particular, otorgan a los bienes el carácter de comunes luego de transcurridos cinco años de convivencia.³³

Las senadoras encuentran en la carencia de legislación un hecho de discriminación hacia aquellos que viven sin haberse unido legalmente y un hecho de violencia hacia la mujer cuando se disuelve la pareja. Es por ello que propician la igualdad con el matrimonio en cuanto al régimen patrimonial, pretendiendo la aplicación de las reglas de la sociedad conyugal.

No concuerdan con las soluciones jurisprudenciales ya que quedan sujetas al criterio variable de los jueces pudiendo un mismo caso ser resuelto de diversas maneras.

La postura contraria que es aquella que considera innecesaria la regulación y la cual se comparte, se basa fundamentalmente en la

que vive en posesión de estado matrimonial pero que, sin embargo, carece de motivación para celebrar su matrimonio civil”.

³² Borgonovo, op.citada, pág.35.

³³ Es interesante resaltar que, a pesar de no existir actualmente ninguna regulación al respecto, existe en la conciencia social una errónea creencia de que el tema es resuelto de esa manera.

libertad de elección de las personas, la libertad de elegir entre casarse o no.³⁴

Se entiende que quienes eligen ponerse al margen de la ley, mas allá de los motivos por los cuales tomen la decisión, tienen que ser respetados por la sociedad y por el estado. Tal como se respeta a quienes deciden contraer matrimonio.

El Estado no debe intervenir en decisiones que emanan de la autonomía de la voluntad imponiendo efectos a una unión sin que las partes lo hayan consentido ya que, en muchos casos, la ausencia de regulación es el motivo por el cual las partes viven en pareja sin contraer matrimonio.

Esta afirmación se puede extraer de los comentarios vertidos en artículos periodísticos y de opinión (Ver Apéndice 3), en los cuales los entrevistados dicen, por ejemplo, que temen que una nueva legislación reproduzca los problemas surgidos del divorcio, que aceptan estar en concubinato pero que si quisieran se podrían casar, considerándola una decisión de pareja. También están aquellos que consideran con recelo que una ley imponga un régimen de comunidad de bienes similar al del matrimonio.³⁵

³⁴ Esta postura es sostenida por Julio Capparelli, Profesor Titular Ordinario de Derecho de Familia de la UCA. También sostenida por Mónica Rodríguez, Vera Báez Peña Wirth, Luciana Scotti y Flavia Medina en “Las

IV.4.1. Cuestión de números...

Mas allá de la postura que cada uno puede adoptar en cuanto a la necesidad o no de regulación, resulta interesante conocer el número de personas que conviven sin haber contraído matrimonio en nuestro país porque nos acerca a la importancia del tema y por otro lado, permite visualizar el porcentaje de personas a las que la decisión de adoptar o no un régimen legal estaría y está afectando. (Ver Apéndice 4)

El informe publicado por el INDEC, correspondiente al Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas del año 2001, refleja un crecimiento notoriamente importante de las uniones no matrimoniales, siendo de 3.970.612 personas, es decir, un 64% mas comparado con el año 1991.³⁶

Este incremento contrasta con la disminución de los matrimonios. En 1991, había 11.086.191 de personas casadas, mientras que en 2001 ese total descendió a 10.606.461.³⁷

Lamentablemente, el Censo no determina los motivos por los cuales las personas optaron por convivir sin contraer matrimonio. A pesar de esto, se considera que los números, mas allá de resultar tediosos, son un espejo que permiten conocer nuestra realidad.

uniones de pareja a la luz del derecho internacional privado argentino”, Revista Jurídica, Derecho de Familia, Familia y Derecho Internacional Privado, Lexis Nexis, Marzo/Abril/ 2005, N°30.

³⁵ “Entre las trabas y el miedo a repetir un fracaso”, Domingo 2 de Octubre de 2005, Diario “La Nación”.

³⁶ “Quieren dar mas derechos a concubinos”, Domingo 2 de Octubre de 2005, Diario “La Nación”, párrafo 17.

³⁷ “Quieren dar mas derechos a concubinos”, Domingo 2 de Octubre de 2005, Diario “La Nación”, párrafo 19.

V

Conclusiones

En primer lugar, es importante resaltar que el modo de entender el tema fue evolucionando a medida en que se profundizó el conocimiento, pasando de la idea de lograr con este trabajo un proyecto de ley para regular las uniones no matrimoniales, hasta entender que: “ Si les concubines se passent de la loi, la loi se desintéresse d’eux ” (“Si los concubinos prescindieren de la ley, la ley se desinteresa de ellos”) .

Como se dijo en la introducción, actualmente no se distingue entre cónyuges y concubinos. Las uniones no matrimoniales son aceptadas con naturalidad y hay una tendencia creciente en adoptar esta forma de unión “sin papeles” y libre de ataduras.

En nuestros días la idea del compromiso firmado dejó de ser algo ansiado por sus protagonistas que buscan total libertad para desarrollar su proyecto de vida.

Borgonovo ha denominado a esta clase de uniones como “concubinato utópico”. Lo define como aquél formado por personas que “no quieren contraer matrimonio por razones filosóficas que los llevan a

considerar el vínculo jurídico del matrimonio como una intromisión del Estado en su vida privada”.³⁸

Páginas seguidas³⁹, cita al Profesor y jurista español Luis Jiménez de Asúa⁴⁰, que en su libro “Libertad de amar y derecho a morir”, se ocupa del punto de vista utópico, y lo explica de la siguiente forma: “ La libertad de amar significa que los Estados no tienen por qué mezclarse en los sentimientos y emociones espirituales de los humanos. ¿ Qué le importa al Estado lo que hagan dos súbditos conscientes en la esfera íntima de sus sentimientos?”.

El silencio de la ley -que como vimos en el punto III.2 es cada vez menor- no hace mas que respetar los limites que marca la autonomía de la voluntad, la libertad de las personas que eligen, concientes de las posibles consecuencias de sus elecciones y conociendo la posibilidad de revertir cualquier decisión.

Tal como lo expresara un entrevistado en una nota periodística ⁴¹:
“Yo acepto estar en concubinato, pero si quiero, me puedo casar. Es una decisión de cada pareja”.

Desde otro punto de vista y, teniendo en cuenta los proyectos presentados en el Congreso de la Nación, se considera que “copian la regulación del matrimonio en casi todo lo copiable. Prescinden por cierto de una celebración inicial, de un registro donde anotar la unión, y de

³⁸ Borgonovo, Oscar A., “El concubinato en la legislación y en la jurisprudencia”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1987, pág.47.

³⁹ Borgonovo, Oscar A., op.citada, pág.49.

conferirle cierta estabilidad, que sería contradictoria con la índole de la unión de hecho. Los deberes que la convivencia implica nacen por el solo transcurso del tiempo (como los terrenos que se adquieren por prescripción) e irrumpen en el plano personal y en el patrimonial.

Se establece un deber de asistencia recíproca en casos de enfermedad, que pasa a los herederos del concubino premuerto; hay derecho sucesorio entre ellos, que excluye a los hermanos; los bienes adquiridos por uno van a ser comunes; a cada concubino le está vedado disponer, aunque sea propia, del hogar común sin asentimiento del otro cuando hay hijos; la pareja puede adoptar. Todo ello con la incertidumbre para los terceros sobre si la persona soltera con quien contraten está o no regida por el estatuto del concubinato.

En una palabra, quien participa de la unión libre se encuentra, tras un tiempo, sujeto a deberes e investido de derechos que seguramente nunca previó ni quiso”.⁴²

Como pudimos ver en el punto II.2, los países latinoamericanos que han establecido una regulación, han puesto en pie de igualdad a las uniones no matrimoniales con el matrimonio, llegando este último a carecer de sentido sino que también, perdiendo el sentido la regulación ya que, en la mayoría de los casos, se reproduce lo dispuesto en el régimen matrimonial.

⁴⁰ Jiménez de Asua, Luis, “Libertad de amar y derecho a morir”, Editorial Losada, Buenos aires, 942,pág.192.

⁴¹ “Entre las trabas y el miedo a repetir un fracaso”, Domingo 2 de Octubre de 2005, Diario “La Nación”.

⁴² “La convivencia no es familia”, Domingo 2 de Octubre de 2005, Diario “La Nación”.

Es por estos fundamentos y por lo que se ha ido explicado a lo largo del desarrollo del trabajo, que se considera que no es conveniente establecer un régimen jurídico para las uniones no matrimoniales en nuestro país.

VI

Documentos complementarios

Apéndice 1

EXPEDIENTE NUMERO 771/05

Senado de la Nación
Secretaría Parlamentaria
Dirección Publicaciones

(S-771/05)

Buenos Aires, 8 de abril de 2005

Sr. Presidente del H. Senado de la Nación
D. DANIEL OSVALDO SCIOLI
S / D

De mi consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a Ud. a los efectos de solicitar se dé por reproducido el Proyecto de Ley de mi autoría, registrado bajo el N° S-856/03, sobre "Régimen Jurídico de la Unión de Hecho o Concubinato".

Sin otro particular, saludo al señor Presidente, reiterándole mi mayor consideración.

María C. Perceval.-

PROYECTO DE LEY

El Senado y Cámara de Diputados,...

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA UNIÓN DE HECHO O CONCUBINATO

TÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1º.- Definición

A los efectos de la presente ley, se entiende por unión de hecho o concubinato, a la unión permanente, estable, singular, pública, libre y notoria, de un hombre y una mujer, que sin haber celebrado matrimonio, mantienen una comunidad de vida, similar a la de los cónyuges.-

Artículo 2º Requisitos.-

La presente ley producirá efectos siempre que los concubinos se encuentren encuadrados en los siguientes requisitos:

- a) posean mayoría de edad o estén emancipados
- b) tengan aptitud nupcial
- c) no formen una unión de hecho con otra persona, en el mismo momento
- d) no tengan relaciones de parentesco en línea recta por consanguinidad o adopción
- e) hayan convivido durante un tiempo no inferior a los 5 (cinco) años, siempre que de la unión no haya descendencia, en cuyo caso los efectos se cumplirán desde el tiempo de la concepción.

Artículo 3º. Extinción de la Unión de Hecho o concubinato.-

Las uniones de hecho se extinguen por las siguientes causales:

- a) De común acuerdo
- b) Por decisión unilateral de uno de los miembros de la unión notificada al otro por cualquiera de las formas admitidas en derecho.
- c) Por muerte o declaración de fallecimiento de uno de los miembros de la unión de hecho.
- d) Por separación de hecho por más de seis meses
- e) Por matrimonio de uno de los miembros

TÍTULO II

LOS DERECHOS DE LOS CONCUBINOS

Artículo 4º. Derecho de locación destinado a vivienda.-

En caso de fallecimiento del locatario concubino, el arrendamiento destinado a vivienda podrá ser continuado en las condiciones previamente pactadas y hasta el vencimiento del contrato, por el concubino supérstite, si existiera descendencia de la pareja o hubieren convivido al menos por 5 años, en los términos definidos por el artículo 1º.

Artículo 5º. Derecho de habitación.-

Si se produjera la muerte de uno de los concubinos, y este fuera titular del inmueble que hubiera constituido asiento del hogar, el superstite podrá alegar derecho real de habitación, si existiera descendencia de la pareja o hubiera convivido al menos por 5 años.

Artículo 6°. Derecho de restricción para disponer del inmueble asiento del hogar.-

Uno de los concubinos podrá oponerse a la venta del inmueble del otro , en caso que fuere asiento del hogar y si hubiere descendientes.

Artículo 7°. Derecho a la asignación de la vivienda.-

En caso de separación, corresponde la asignación de la vivienda donde está radicado el hogar, al concubino que ejerza la tenencia de los hijos menores o incapaces de la pareja, siempre que las condiciones económicas del mismo así lo indiquen.

Podrá declararse la cesación del derecho otorgado cuando la fortuna de la concubina o del concubino mejorase ostensiblemente a criterio del juez o cuando contrajese nuevas nupcias o formare nueva unión de hecho y de esto derivare una nueva situación a ser considerada por el magistrado.

Artículo 8°. Derecho-deber de asistencia.-

Para el caso de enfermedad o secuelas de las mismas, sobrevenidas durante el concubinato, el concubino sano deberá procurarle los medios necesarios para su tratamiento y recuperación, teniendo en cuenta las necesidades y recursos de ambos componentes de la pareja.

A los efectos del párrafo anterior, fallecido el concubino obligado, aunque se hubiesen separado sobrevenida la enfermedad, en defecto de otros obligados a la prestación alimentaria del enfermo, la misma estará a cargo de la sucesión del concubino premuerto, debiendo los herederos prever antes de la partición el modo de continuar su cumplimiento.

Artículo 9°.- Derecho a los gastos de funeral.-

No dejando el difunto bienes, los gastos funerarios serán pagados por el concubino sobreviviente, y cuando este no tuviese bienes, por las personas que tenían la obligación de dar alimento al fallecido cuando vivía.

Artículo 10. Sucesión del concubino.-

Disuelta la unión de hecho por muerte de uno de los concubinos se

procederá a la división de los gananciales en la sucesión del conviviente prefallecido.

Si no han quedado descendientes ni ascendientes de los concubinos, que han mantenido su unión por un periodo no inferior a los 5 años y cuenten ambos con aptitud nupcial, se heredan recíprocamente.

TÍTULO III

DE LOS BIENES

Artículo 11. Bienes Comunes.-

Transcurridos 5 años de convivencia, los bienes adquiridos a título oneroso desde el inicio de la relación por cualquiera de los integrantes de la pareja, o en cuanto se hubiere acrecentado el patrimonio propio de cada uno de ellos durante la vigencia de la unión, se considerarán comunes a ambos, y se dividirán en un cincuenta por ciento para cada una de las partes o sus herederos cuando la unión finalizara.

Artículo 12. Administración de los bienes comunes.-

Los bienes comunes se administrarán por uno u otro concubino. Los gastos que realice uno de ellos y las obligaciones que contraiga para la satisfacción de las necesidades recíprocas y de los hijos obligan también al otro.-

TÍTULO IV

MODIFICACIONES A LA LEGISLACIÓN VIGENTE

Artículo 13.- Pensión por fallecimiento.-

Reemplázase el texto del artículo 53 de la Ley 244.241 por el siguiente texto:

"En caso de muerte del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad, gozarán de pensión los siguientes parientes del causante:

- a) La viuda;
- b) El viudo;
- c) La concubina o conviviente;
- d) El concubino o conviviente;
- e) Los hijos solteros, las hijas solteras y las hijas viudas siempre que no gozaran de jubilación, pensión, retiro o prestación no contributiva, salvo que optaren por la pensión que acuerda la presente, todos ellos hasta los

dieciocho (18) años de edad.

La limitación a la edad establecida en el inciso e) no rige si los derechohabientes se encontraren incapacitados para el trabajo a la fecha de fallecimiento del causante o incapacitados a la fecha en que cumplieran dieciocho (18) años de edad.

Se entiende que el derechohabiente estuvo a cargo del causante cuando concurre en aquél un estado de necesidad revelado por la escasez o carencia de recursos personales, y la falta de contribución importa un desequilibrio esencial en su economía particular. La autoridad de aplicación podrá establecer pautas objetivas para determinar si el derechohabiente estuvo a cargo del causante.

En los supuestos de los incisos c) y d) se requerirá que el o la causante haya sido soltero, viudo o divorciado y hubiera convivido públicamente en aparente matrimonio durante por lo menos cinco (5) años inmediatamente anteriores al fallecimiento. El plazo de convivencia no será exigido cuando exista descendencia reconocida por ambos convivientes.

El concubino o la concubina excluirá al cónyuge supérstite cuando éste hubiere sido declarado culpable de la separación personal o del divorcio. En caso contrario, y cuando el o la causante hubiere estado contribuyendo al pago de alimentos o éstos hubieran sido demandados judicialmente, o el o la causante hubiera dado causa a la separación personal o al divorcio, la prestación se otorgará al cónyuge y al conviviente o concubino por partes iguales."

Artículo 14.- Adopción.-

Reemplázase el texto del artículo 312 del Código Civil por el siguiente texto:

"Artículo 312.-Nadie puede ser adoptado por más de una persona simultáneamente, salvo que los adoptantes sean cónyuges o convivan en una unión de hecho o concubinato. Sin embargo, en caso de muerte del adoptante o de ambos cónyuges o concubinos adoptantes, se podrá otorgar una nueva adopción sobre el mismo menor.

El adoptante debe ser por lo menos dieciocho años mayor que el adoptado salvo cuando el cónyuge supérstite o concubino adopta al hijo adoptado del premuerto. "

Artículo 15. Bien de familia.-

Reemplázase el texto del artículo 36 de la ley 14.394 por el siguiente texto:

"A los fines de esta ley, se entiende por familia la constituida por el propietario y su cónyuge o concubino, siempre que la convivencia fuera superior a los cinco años, permanente, estable, singular y los convivientes tuvieran aptitud nupcial, sus descendientes o ascendientes, hijos adoptivos, o en defecto de ellos sus parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad que convivieren con el constituyente".-

Artículo 16.- Indemnización por antigüedad.-

Reemplázase el texto del artículo 248 de la ley 20.744 por el siguiente texto:

"En caso de muerte del trabajador, las personas enumeradas en el artículo 38 del Decreto-ley 18.037/69 (t.o. 1974) tendrán derecho, mediante la sola acreditación del vínculo, en el orden y prelación allí establecido, a percibir una indemnización igual a la prevista en el artículo 247 de esta ley. A los efectos indicados, queda equiparada a la viuda, para cuando el trabajador fallecido fuere soltero o viudo, la persona que hubiese convivido públicamente con el mismo, en aparente matrimonio, durante un mínimo de dos (2) años anteriores al fallecimiento.

Tratándose de un trabajador casado y presentándose la situación antes contemplada, igual derecho tendrá la mujer del trabajador cuando la esposa por su culpa o culpa de ambos estuviere divorciada o separada de hecho al momento de la muerte del causante, siempre que esta situación se hubiere mantenido durante los cinco (5) años anteriores al fallecimiento.

Esta indemnización es independiente de la que se reconozca a los causahabientes del trabajador por la ley de accidentes de trabajo, según el caso, y de cualquier otro beneficio que por las leyes, convenciones colectivas de trabajo, seguros, actos o contratos de previsión, le fuesen concedidos a los mismos en razón del fallecimiento del trabajador".

Artículo 17. Indemnización por daño moral.-

Reemplázase el texto del artículo 1.078 del Código Civil por el siguiente texto:

"La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral solo competirá al damnificado directo: si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, tendrán derecho a la acción los

herederos forzosos y la o el concubino que al momento de la muerte de la víctima hubiere

vivido con la misma en permanente, estable y singular que acredite una convivencia de 5 años e hijos del muerto, quedando a la prudencia de los jueces, fijar el

monto de la indemnización y el modo de satisfacerla".-

Artículo 19.- Derecho a la indemnización.-

Reemplazase el artículo 1085 del Código Civil por el siguiente texto:

"El derecho de exigir la indemnización de la primer parte del artículo anterior, compete a

cualquiera que hubiere hecho los gastos de que allí se trata. La indemnización de la

segunda parte del artículo, podrá ser exigida por el cónyuge o concubino permanente,

estable y singular que acredite una convivencia de 5 años, y por los herederos necesarios

del muerto, si no fueran culpados del delito como autores o cómplices, o si no lo

impidieron pudiendo hacerlo".-

Artículo 20.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.-

María C. Perceval.-

Fundamentos:

Señor Presidente:

El presente Proyecto de Ley es reproducción del Expediente S-856/03 de mi autoría que presentara en el mes de mayo de 2003.

Un buen orden social se basa principalmente en una estructura asentada sobre uniones conyugales regularmente establecidas.

No obstante ello, no puede desconocerse una realidad, tanto en nuestro país, como en el resto del mundo, y es que, junto a las uniones matrimoniales regularmente constituidas, existen y perduran, por distintas razones, uniones extraconyugales.

Dichas uniones extraconyugales estables, a lo largo del tiempo producen directa o indirectamente determinadas consecuencias en el plano jurídico que no pueden desconocerse.

El concubinato o uniones de hecho no puede ser ignorado, sino por el contrario, es necesario una regulación, al menos de las consecuencias jurídicas que el mismo acarrea, tratando de resolver, con justo criterio, las numerosas cuestiones que plantea, no con la intención de proteger esa unión extraconyugal, sino con la intención que cada conflicto humano tenga la adecuada solución que merece.-

En nuestro país, a pesar del vacío legislativo respecto del concubinato, la jurisprudencia ha cubierto el mismo y ha dado salida jurídica a diversas cuestiones que dicha relación plantea.

Acuña Anzorena, en el artículo publicado en LL,23-902 titulado: "Remuneración del trabajo suministrado entre concubinos" ha dicho que "los problemas de orden legal emergentes del concubinato, requieren cada vez mas la atención legislativa. Las uniones concubinarias son una realidad entre nosotros, y sus efectos jurídicos, por la importancia que revisten no pueden permanecer por mas tiempo fuera de una adecuada reglamentación legal.

La Jurisprudencia, forzoso es reconocerlo, ofrece ya un buen número de principios ordenadores de las relaciones emergentes de la unión libre, pero ellos no bastan para dar completa solución a las múltiples y complejas cuestiones que la vida presenta diariamente".

En el Derecho comparado, diversas legislaciones civiles de países latinoamericanos han ido paulatinamente previendo los efectos civiles de las uniones consensuales.

Así, entre otros, el Código Civil Guatemalteco de 1963, conforme a las previsiones de la Constitución de 1956, incorpora un verdadero estatuto de las uniones de hecho (Título II, Capítulo II, arts. 173 a 189). El Código Civil Paraguayo de 1987, dedica expresas normas a la unión de hecho o extramatrimonial pública y estable, reconociendo la validez de la obligación alimentaria contraída por el concubino a favor de la concubina abandonada y reconociendo a esta una indemnización adecuada si medio seducción o abuso de autoridad (art. 218), son también válidas las ventajas económicas concertadas por los concubinos entre si o contenidas en disposiciones testamentarias (art. 219) y se reconoce la posibilidad de probar las sociedad de hecho entre los concubinos (art. 220), la que se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes matrimoniales (art. 221). El art. 222 hace responsable al concubino ante terceros por las compras para el hogar que haga la concubina, y el art. 223 acuerda al supérstite los derechos previsionales e indemnizaciones debidas al difunto que corresponderían al cónyuge.

El código Boliviano de Familia de 1972, el Código Civil de Guatemala, la Ley Panameña de 1956 y el Código Civil Paraguayo, legislan

sistemáticamente sobre lo que denominan "uniones conyugales libres", estableciendo que, siendo estables y singulares, producen efectos similares al matrimonio, tanto en las relaciones personales como patrimoniales de los convivientes. Pueden aplicarse a dichas uniones las normas que regulan los efectos del matrimonio en la medida compatible con su naturaleza.

El Código de Familia de Cuba de 1975, regula los efectos del matrimonio no formalizado, lo define como la existencia de la unión matrimonial entre un hombre y una mujer con aptitud legal para contraerla y que reúna los requisitos de singularidad y estabilidad. Siendo acreditados estos requisitos, ante el tribunal competente, la unión tendrá los efectos propios del matrimonio formalizado legalmente y retrotrae sus efectos a la fecha de iniciada.

Además distintas Constituciones Iberoamericanas han contemplado el concubinato. Así la de Bolivia de 1947 reconoce el matrimonio de hecho en las uniones concubinarias con el solo transcurso de dos años de vida en común, verificada por todos los medios legales de prueba o por el nacimiento de un hijo. Por su parte la Constitución de Honduras de 1957 reconoce el matrimonio de hecho entre personas legalmente capacitadas para contraer matrimonio, delegando en la ley la determinación de las condiciones para que surta efectos legales.

La Constitución de Panamá fue quizá la mas precisa, sostiene que "la unión de hecho entre personas legalmente capacitadas para contraer matrimonio mantenida durante diez años consecutivos, en condiciones de singularidad y estabilidad, surtirá todos los efectos del matrimonio civil.

En nuestra legislación, existen disposiciones aisladas referidas al tema. En tal sentido el art. 3575 del Código Civil, referido al matrimonio in extremis, a partir de la reforma de la ley 17.711, mantiene como norma general la exclusión hereditaria, pero con la reforma introducida por dicha ley se le agregó un párrafo dejando a salvo el caso en que el matrimonio se hubiese celebrado para regularizar una situación de hecho.

La legislación de emergencia en materia de locaciones ha conferido al concubino supérstelos beneficios de la continuación de la locación contratada con el causante.

La legislación laboral, art. 248 Ley 20.744 modificada por la ley 21.297 acuerda a la concubina derecho a percibir indemnización por muerte "si hubiere vivido públicamente con el mismo, en aparente matrimonio durante un mínimo de dos años anteriores al fallecimiento. Tratándose de un trabajador casado, la concubina que hubiese vivido públicamente con el mismo durante los últimos cinco años anteriores al

fallecimiento tiene igual derecho, si el trabajador estuviese divorciado o separado de hecho de su esposa por culpa exclusiva de esta o por culpa de ambos.

La Ley Nacional del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones N° 24.241, en su art. 53 incorpora a los convivientes como beneficiarios de la pensión.-

No obstante los avances producidos, tanto en la legislación específica como por vía de la jurisprudencia, subsiste un vacío legislativo en varios aspectos.

El proyecto que hoy se presenta intenta resolver algunos de esos aspectos pendientes.

Consta de cuatro títulos. En el primer título se realiza la definición de la unión de hecho entendiéndose por ella "a la unión permanente, estable, singular, pública, libre y notoria, de un hombre y una mujer, que sin haber celebrado matrimonio, mantienen una comunidad de vida, similar a la de los cónyuges".-

Se tratan asimismo los requisitos contemplados a los efectos de la aplicación de la ley, a saber: que posean mayoría de edad o estén emancipados, que posean aptitud nupcial, que no formen una unión de hecho con otra persona, en el mismo momento, que no tengan relaciones de parentesco en línea recta por consanguinidad o adopción y que hayan convivido durante un tiempo no inferior a los 5 (cinco) años, siempre que de la unión no haya descendencia, en cuyo caso los efectos se cumplirán desde el tiempo de la concepción.

En la segunda parte o título se tratan los derechos de los concubinos, considerando los siguientes derechos: de locación destinado a vivienda, de habitación, de restricción para disponer del inmueble asiento del hogar, de asignación de la vivienda, de asistencia, a los gastos de funeral y los derechos sucesorios.-

En lo que se refiere a los bienes adquiridos, tratados en el título III, durante la unión de hecho, no puede desconocerse que los concubinos fuera de sus relaciones estrictamente concubinarias, pueden haber realizado esfuerzos, con miras a obtener una utilidad traducible en dinero, participando ambos en las ganancias y en las pérdidas. Muchos son los reclamos en tal sentido ya sea entre concubinos o entre uno de los concubinos y los sucesores del otro. En este caso la Jurisprudencia ha resuelto que es necesario probar la existencia de una sociedad de hecho, siendo indispensable probar los aportes ya sea en bienes o trabajo personal. En este contexto la mayoría de las veces quien se encuentra en

una situación de total desigualdad es la mujer que en caso de convivencia por un largo periodo se ha mantenido en el hogar al cuidado de los hijos, estando solo a cargo del varón, las tareas productivas y el mantenimiento del hogar.

Como solución a lo expuesto el presente proyecto propone disponer que, dada una convivencia, con determinadas características y por un periodo de tiempo determinado, cada uno de los integrantes tenga derecho a la mitad de los bienes obtenidos durante la convivencia, así como en caso de muerte y no habiendo descendientes ni ascendientes, el derecho a que el otro conviviente lo suceda. La propuesta implica que los sujetos que resuelven convivir sin unirse en matrimonio, asuman las consecuencias económicas de tal unión.

Finalmente el proyecto consta de un título dedicado a las modificaciones a la legislación vigente, realizando cambios en los temas de adopción, bien de familia, e indemnización por antigüedad, tema que es modificado para equiparar la mujer concubina- derecho que ya estaba vigente- con el concubino varón. En lo que se refiere a los beneficiarios de la pensión por fallecimiento, se propone una modificación referida a la no exigencia de tiempo mínimo de convivencia anterior al fallecimiento si es que existiera descendencia. En cuanto a la modificación propuesta a los arts. 1084 y 1085 del C. Civil, referidas a las personas legitimadas para reclamar los perjuicios sufridos con motivo de un delito cometido por un tercero, ya la doctrina y la Jurisprudencia vienen sosteniendo que debería concederse la acción a los concubinos, acreditando un perjuicio propio y directo.

Se intenta a través de este proyecto aggiornar nuestra legislación en consonancia a una realidad nacional e internacional que así lo exige. No se pretende de ningún modo, promover las uniones de hecho, sino que se trata de proteger a las personas que habiendo decidido no formalizar su unión, transitan circunstancias y consecuencias que requieren un marco jurídico adecuado para la adecuada tutela de sus derechos.

Por todo ello, Señores Senadores, les solicito me acompañen en el proyecto que hoy se presenta.

María C. Perceval.-

Apéndice 2

EXPEDIENTE NUMERO 2024/02

Senado de la Nación
Secretaría Parlamentaria
Dirección Publicaciones

S-02-2024: ESCUDERO

PROYECTO DE LEY

El Senado y Cámara de Diputados,...

Artículo 1°- Incorpórase como segundo párrafo del artículo 1315 del Código Civil, el siguiente texto:

"Los bienes adquiridos por el hombre o la mujer que se encuentren en estado de aparente matrimonio durante el lapso de cinco años, como mínimo, se dividirán por iguales partes entre ellos, o sus herederos, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 1271."

Art. 2°- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Sonia M. Escudero.-

LOS FUNDAMENTOS DEL PRESENTE PROYECTO SE ENCUENTRAN PUBLICADOS EN EL DAE 230/02.

-A la Comisión de Legislación General.

Fundamentos

Señor presidente:

La problemática del concubinato o de la unión intersexual que asume, en los hechos una convivencia more uxorio pero que carece del vínculo jurídico, matrimonial, ha variado sustancialmente en el transcurso del tiempo.

La ley 23.264 de patria potestad y filiación y fundamentalmente la ley 23.515 que modificó la Ley de Matrimonio Civil e introdujo el

divorcio vincular permitieron que innumerables cuestiones vinculadas a la unión de hecho pudieran encontrar un justo re-conocimiento del que antes carecían.

Sin embargo, algunas, importantes cuestiones siguen sin reconocimiento por el legislador, en especial, todo lo relativo al régimen de los bienes en el concubinato. Al hablar de concubinato, queremos referirnos aquí a la situación en la que se encuentran dos personas de distinto sexo que hacen vida marital sin estar unidas en matrimonio. Dentro de estos márgenes, aquellas uniones con caracteres de estabilidad y permanencia excluyendo, por consiguiente, las uniones de corta duración y aquellas que no están acompañadas por la cohabitación.

La realidad social de las uniones extra conyugales encuentra fundamento en causas esencialmente económicas y culturales. En algunas regiones de nuestro país y en sectores de menores ingresos se advierte mayor dificultad para establecer una unión regularmente constituida que, aunque estable, no crea cargas ni obligaciones de base legal. Generalmente a los factores económicos apuntados se suma un déficit educacional, cuando no por el contrario un elevado desarrollo intelectual que determina que los integrantes de la pareja vivan en posesión de estado matrimonial sin impedimentos para contraer matrimonio y que por razones filosóficas rechazan el vínculo jurídico como una indeseada intromisión del Estado en su vida privada.

No es razón suficiente para que la legislación ignore una impactante realidad fáctica, la vigencia de la ley de divorcio vincular. Es sin duda una política de Estado promover la regularización jurídica de las uniones de hecho carencial, como se ha llamado al concubinato integrado por una pareja que carece de impedimentos matrimoniales, vive en posesión de estado matrimonial pero, que carece de motivación para celebrar el matrimonio civil.

Bien dice, Messineo que "puesto que desde el punto de vista ético y social, es preferible la unión estable, el ordenamiento jurídico facilita el matrimonio". Pero una cosa es cierta, la posición abstencionista del orden jurídico ha sido insuficiente para resolver las motivaciones afectivas, sexuales y culturales que determinan la existencia del concubinato.

Así, señala Carlos Ameglio Arzeno (El Régimen Jurídico del Concubinato. Introducción, Rosario. 1940) que "el concubinato como hecho social susceptible de generar derechos y obligaciones, y cuyo incremento en las sociedades modernas es un fenómeno que el jurista no

puede desconocer, plantea un sinnúmero de problemas del más vivo interés para, nuestra ciencia, en su finalidad positiva y práctica de comprobar y formular las reglas jurídicas que deben regularlo".

La carencia de legislación positiva, sin embargo (con la salvedad de algunas disposiciones regulatorias de ciertos efectos del concubinato), fue sorteada por el derecho el que, a través de los jueces. se fue encargando paulatinamente de dar solución jurídica a algunos de los muchos problemas que el concubinato plantea.

Sin embargo, una materia tan delicada, como es el concubinato, que afecta a tan diversos aspectos de la vida y las negociaciones de las personas que durante años permanecen unidas, tiene que contar con soluciones claras y objetivas, y no quedar sujeta al criterio variable de los jueces.

Los problemas de orden legal emergentes del concubinato requieren cada vez más atención legislativa. Las uniones concubinarias son una realidad entre nosotros y sus efectos jurídicos; por la importancia que revisten, no pueden permanecer por más tiempo fuera de una adecuada reglamentación legal.

La jurisprudencia, como se anticipara, ofrece ya un buen número de principios ordenadores de las relaciones emergentes de la unión libre; pero ellos no bastan para dar completa solución a las múltiples y complejas cuestiones que la vida presenta diariamente.

Y, como hemos dicho, si bien nuestro Código se enrola en la corriente abstencionista respecto de las uniones de hecho, a esta altura de los acontecimientos, la ley no puede ignorar el hecho social de este tipo de uniones y continuar cerrando los ojos a una realidad que acarrea infinidad de veces injusticias sobrevinientes a quienes resultan víctimas de esta situación irregular. Nos referimos aquí, de modo particular, a la mujer.

La posmodernidad nos ha enfrentado al fenómeno de la implosión de la familia nuclear como tipología básica; a la aparición de las familias monoparentales y, en definitiva, a la transformación del sistema social, de las políticas laborales, etcétera, es decir, a nuevas modalidades de organización social. Sin embargo, la mudanza de las diferencias en la función social sigue exhibiendo una gran ambivalencia acerca de la dignidad o posición de la mujer. Sin duda, las barreras colectivas moderan la dinámica del nuevo entramado social. Según los informes de desarrollo humano, subsiste la disparidad de ingresos y satisfacción de derechos sociales por género.

Sea por la fuerte tradición en el esquema de con-vivencia de las parejas, por la influencia de la religión y el contexto psicológico y social, la mujer permanece dependiente. Si pensamos en los mandatos, los mitos constitutivos, el imaginario colectivo de la familia histórica, encontramos que la mujer en su relación con el hombre se encuentra en una posición de subordinación. En gran medida subsiste la impronta cultural del hombre como proveedor y de que, aun cuando la mujer contribuya con un ingreso y/o con su esfuerzo al sostenimiento de la pareja y, en su caso, de la familia, su trabajo sea poco valorado y su ingreso, si lo tiene, sea menor. Por esa misma impronta, la mujer se encuentra postergada en su desarrollo personal y muchas veces excluida del mercado laboral, dedicada completamente al cuidado del hogar y de la prole. De ahí que, cuando de disolución de las uniones libres hablamos, advertamos que, en la mayoría de los casos, la gran perjudicada es la mujer, que queda prácticamente indefensa frente a los perjuicios que previsiblemente estas situaciones acarrearán.

Por su parte, los hijos de parejas fuera del matrimonio constituyen el 47% de los nacimientos. La información estadística oficial señala que esta cifra ha ido creciendo. Las uniones libres son una parte sustantiva de las que existen. "Las nuevas modalidades de organización familiar generan nuevos problemas, nuevos conflictos a la vez que no se dispone de un repertorio histórico de respuestas probadas y eficaces para situaciones novedosas". (Informe Argentino sobre Desarrollo Humano 1998 tomo I. página 114 HSN.)

Es evidente que las estadísticas solas no pueden dar soluciones concluyentes, pero sí llevan a abrir interrogantes fundamentales.

Al derecho le corresponde la regulación de las conductas humanas y una de sus fuentes es la costumbre de donde, aun cuando aquel vaya a la zaga de los acontecimientos, este tema se haya convertido en una seria asignatura pendiente para el legislador. La laguna de la ley, es decir, el silencio de la ley en torno al concubinato, impone una suerte de apartheid para este tipo de parejas. Ello significa que no se están respetando los derechos de todas las personas sin discriminación.

Entre las muchas aristas que presenta el concubinato, queremos abordar la problemática respecto de los bienes. Si hemos de hablar de las relaciones patrimoniales entre los concubinos, debemos forzosamente referir a la incidencia que le ha dado la doctrina y la jurisprudencia a la relación concubinaria como constitutiva de una sociedad de hecho entre las partes.

El Código Civil, en su artículo 1.648, se refiere a la sociedad

irregular o de hecho: "Habrá sociedad cuando dos o más personas se hubiesen mutuamente obligado, cada una con una prestación, con el fin de obtener alguna utilidad apreciable en dinero que dividirán entre sí, del empleo que hicieren de lo que cada uno hubiere aportado".

Siguiendo la exposición de los lineamientos que agrupara Néstor Solari en su libro *Liquidación de bienes en el concubinato* (Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 1999), es dable destacar tres orientaciones distintas, que influyen decididamente a los fines de la demostración y comprobación de la existencia de una sociedad de hecho.

Según el criterio que represente el sentir mayoritario de la doctrina, el concubinato en nada influiría a los fines de constituir una sociedad de hecho; siendo, de esta manera, indiferente la cohabitación para convertir a las partes en socios. Conforme a esta interpretación, no habría presunción alguna por el solo hecho de que las partes hagan vida en común.

La diferencia entre el concubinato y la sociedad de hecho fue enfatizada por Salas. Según el autor resulta difícil encuadrar en esta disposición, las relaciones determinadas por la unión libre, sin desnaturalizar las más evidentes intenciones.

Con su unión no habrían pretendido las partes formar una sociedad que tuviera por fin obtener una utilidad apreciable en dinero, como dice la ley; simplemente, los concubinos habrían buscado vivir juntos ganando su subsistencia. Explica el autor que no existen allí solamente gestos sociales, sino que se halla gravada por otros ajenos completamente a los de una sociedad: los gastos de alimentación y mantenimiento del hombre y la mujer. Tampoco existe, en su sentir, un activo social ni ganancias a partir; la masa de bienes que resulta a la disolución es sólo el excedente de las entradas sobre los gastos de la pareja. La *affectio societatis*, el elemento psicológico, intencional, requisito indispensable para la existencia de una sociedad, falta en absoluto en la unión libre.

En esta línea argumental, la jurisprudencia entendió que la mera unión de un hombre y una mujer, que hacen vida en común, no da nacimiento, no origina, no genera, ni hace surgir una sociedad de hecho entre ellos.

De ahí que la sola convivencia no basta, no importa, ni es suficiente, para configurar dicha sociedad.

Y, en ese mérito, si esa relación no crea, por sí sola, una sociedad de hecho, queda claro que, de la misma, no podrá inferirse o

deducirse efectos societarios.

Ello así, porque la existencia de una sociedad no tendría causa eficiente en la unión concubinaria. De ahí que nuestros tribunales hayan determinado que el concubinato, de ninguna manera entraña, supone o anticipa relaciones societarias entre concubinos. Al no tener bastante categoría para originar efectos societarios, se ha entendido que la convivencia carece de eficacia para crear una sociedad de hecho. Se fundamentó, en este sentido, que la existencia de una relación concubinaria hace presumir que no se dan las condiciones para encuadrar la situación en una sociedad de hecho, en razón de la distinción poco nítida que presentan los trabajos habituales y corrientes en el concubinato, respecto del aporte o título de industria en una empresa comercial. El concubinato, entonces, resultaría indiferente para constituir una sociedad, no dándose margen a presunciones favorables o contrarias a los concubinos.

Otra postura, minoritaria, entiende que habría una presunción contraria a la formación de una sociedad. En efecto, en alguna oportunidad la convivencia ha sido un elemento desfavorable en la valoración del intérprete para la configuración de la pretendida sociedad de hecho.

Y una presunción de tal índole derivaría de la presencia, como fundamento de la unión irregular, de finalidades distintas de la que la ley exige como elemento esencial de la sociedad. El mismo Solari señala que podrán concebirse distintos motivos que lleven a dos personas a unirse en concubinato, pero que sería poco creíble que lo hicieran en virtud de haberse "mutuamente obligado", cada una con una prestación, con el fin de obtener alguna utilidad apreciable en dinero, que dividirán entre sí, del empleo que hicieron de lo que cada uno hubiere aportado.

Finalmente, un tercer sector de la doctrina se ha enrolado en una postura que importaría una presunción favorable.

Ameglio Arzeno, aun sin participar de la postura, advertía en la década del 40, acerca de la necesaria evolución jurisprudencial en la materia, impuesta por el acrecentamiento de la unión libre y hasta por la necesidad de estimular el espíritu de empresa. "Nada importará que la colaboración aportada no haya sido probada por un acto regular, como en las sociedades comunes, y que ella no entre propiamente dentro de la definición de una de las formas legales existentes. No dejará por eso de tener menos el carácter de un hecho real, a cuyo reconocimiento pueden ser ajenos los principios de la equidad y del derecho. Por modo que, si todo lo induce a pensar las grandes corrientes de la

jurisprudencia, en concordancia con lo que es un estado de conciencia colectiva, continuase manifestando a favor del concubinato y de los concubinos, no tardará mucho en admitirse por presunciones y testimonios la prueba de la *affectio societatis*, sobre todo si una larga vida en común u otros hechos de la causa pusieran de manifiesto la existencia de una comunidad de intereses. Y abandonada ya la exigencia de la prueba escrita, habrá, en una etapa posterior, de inferirse la existencia, en el hecho, de una sociedad o comunidad de intereses, de la sola cooperación de los concubinos con sus trabajos o dineros, o la prosperidad del negocio común, aun a falta de la intención de formar sociedad." (Ameglio Arzeno Carlos: Régimen jurídico del concubinato, Rosario, 1940.)

Se ha venido remarcando la diversidad de fines que reviste la vida en común con la relación societaria, en el sentido de que la convivencia *more uxorio* no tiene por objeto la obtención de lucro, elemento fundamental en las sociedades.

Anastasi -siguiendo a Savatier ha destacado que no hay sociedad alguna que constituya la unión libre. En realidad, los concubinos no proponen por fin la participación de beneficios, lo que explica por qué se abstienen de redactar un contrato social.

Por ello, la jurisprudencia de nuestros tribunales se ha hecho eco de la postura que considera que el concubinato no puede constituir el factor determinante que compruebe la existencia de la sociedad de hecho, por faltar el elemento fundamental que es el intencional y psicológico de la *affectio societatis*.

Sabemos que los motivos que llevan a dos personas a unirse en concubinato son, definitivamente, muy variados. Uno de ellos, sin duda, puede ser el aspecto económico. Aunque no siempre existe un propósito encaminado a la obtención de utilidades o beneficios económicos. Eso es claro. Pero también es claro que como el matrimonio, una unión estable sin vínculo jurídico, igualmente conforma un patrimonio fruto del esfuerzo y de la lucha diaria y que la continuidad y la permanencia en esa situación, sin duda, son la encarnación de un proyecto de vida. De ahí que participamos de la idea de que sería aventurado derivar de la mera convivencia que la finalidad del ayuntamiento ha sido precisamente patrimonial. Pero, por ello mismo, propiciamos una solución que entendemos razonable, y en virtud de la cual las relaciones patrimoniales del concubinato producirán los efectos que el Código Civil dispensa a la sociedad conyugal.

Como bien lo sostuviera Santiago Fassi en el prólogo al libro de Gustavo Bossert, *Concubinato* (Ediciones Jurídicas Orbir, Buenos

Aires, 1968), "toda realidad social, exige una solución jurídica, un marco jurídico. En vano se pretenderá negarle ese marco, ignorándola como tal realidad social. Lo que su-cederá, frente al empecinamiento del legislador para negarle un régimen, es que la presencia del concubinato surgirá de la elaboración jurisprudencial, con todos los inconvenientes que tales construcciones suponen, no sólo por los obstáculos que les opongan las normas del derecho positivo, como por la inseguridad de las soluciones, propicias además a la anarquía, dentro de un orden constitucional que mantiene jurisdicciones independientes...". Y éste es el estado actual de cosas, que la sanción de la ley de divorcio vincular no pudo evitar. Y es que, como bien lo señala el mismo Fassi, cuando la sociedad no logra conjurar las causas que multiplican las uniones libres, debe darles un régimen jurídico que contemple la pareja y, sobre todo, ampare la prole. En un viejo artículo de doctrina publicado en "Jurisprudencia Argentina" (tomo 53, página 344), sobre La unión libre y su régimen, económico, Acdeel E. Salas, "uno de los maestros más significativos de nuestra doctrina", al decir de Zannoni, escribió que ..."la laguna de la ley también desampara a la clase más necesitada de protección; los pobres, y entre ellos particularmente á los más débiles: la mujer. Hemos visto que la unión libre se encuentra muy extendida entre la clase pobre; la legislación sólo ha contemplado los hechos tal como se producen en la clase dominante, olvidando a pesar de su número, a los que nada tienen. Pero otras veces, la compañera del hombre en la unión libre es una mujer de condición social inferior a la de aquél, a pesar de la igualdad en que en tal unión ambas partes se encuentran. Todas estas situaciones han sido olvidadas. Es que, aun en las relaciones de familia, las instituciones jurídicas se encuentran concebidas y elaboradas en provecho de las clases posee-doras que solamente han pensado en sus intereses materiales, en su propiedad, relegando a segundo término los derechos de la personalidad humana". A pesar de que la unión libre responde a factores multicausales, la reflexión del ilustre jurista no dejó de tener vigencia y frescura. Pensemos nomás, en el sirviñaku, un comportamiento culturalmente aceptado y muy extendido en el norte argentino.

Es que el vacío legal constituye una forma de violencia invisible, que se hace explícita y contingente contra la mujer si hablamos de la disolución de las uniones de hecho, que exhiben' un estado de indefensión ' consecuentemente de desigualdad. Esta forma de violencia ha sido legitimada por el discurso científico tradicional y por el discurso político y religioso hegemónico que, obviamente, se reproducen en la configuración de los estereotipos. Así, se "naturalizan" determinados roles y se sustenta una identificación que ha permitido la consagración de la desigualdad en el re-conocimiento de los derechos. Y es una manifestación inconsciente de insolidaridad

social.

En ese sentido, el orden jurídico garantiza una igualdad formal pero sigue sin considerar la igualdad real. La mujer se encuentra así frente a una gran desprotección en relación con la propiedad y la administración de los bienes adquiridos durante una convivencia en una unión de hecho. La desventaja real y legal de la mujer que es la compañera en una unión de hecho, con relación a la mujer casada, es palmaria. Si la unión de hecho concluye, todo su esfuerzo tanto en la tarea que desempeña por su rol histórico y natural, de cuidadora del hogar y de los hijos cuanto en el trabajo remunerado y en la obtención de los bienes, queda sin compensación.

El desafío de la hora es el desafío de demandar y obtener mayores grados de igualdad para lo cual debemos construir colectivamente los mecanismos para alcanzarlos.

La ley, entonces, debe estar atravesada por la diagonal de lo femenino adaptando real y efectivamente los cuerpos normativos y el orden jurídico para eliminar todas las formas de discriminación que ayudarán, a su vez, a modificar los estereotipos de nuestra sociedad y mejorar las condiciones de vida de muchas mujeres que, desde lo privado, desde el ámbito del hogar, desde lo interno, siguen esperando.

"Toda sociedad empeñada en mejorar la vida de su población debe también empeñarse en garantizar derechos plenos y condiciones de igualdad para todos". (Informe sobre desarrollo humano 2000, PNUD).

Es por lo expuesto que solicitamos de nuestros pares la aprobación del presente proyecto de ley.

Sonia Escudero

Apéndice 3

Publicado en la ed. impresa: Información general
Domingo 2 de octubre de 2005
Noticias | Información general | Nota

Debate en el Congreso: en el país hay cerca de 4.000.000 de personas que forman parejas de hecho

Quieren dar más derechos a concubinos

En caso de disolverse el vínculo, las ganancias se dividirían en partes iguales; propician derechos sucesorios y la adopción

- Durante 2004, el 54,1% de los nacimientos en la Capital correspondió a hijos extramatrimoniales
- El número de convivientes no casados aumentó 64% en una década

La vida de los 3,9 millones de argentinos que conviven sin haberse casado podría cambiar radicalmente. Los bienes adquiridos por las parejas de hecho pasarían a ser comunes y se establecerían los derechos sucesorios, si prosperan dos proyectos de ley que comenzaron a debatirse en el Congreso.

Las iniciativas, cuyas autoras son las senadoras Sonia Escudero (PJ-Salta) y María Cristina Perceval (PJ-Mendoza), proponen una modificación del Código Civil al plantear que, transcurridos cinco años de convivencia, los bienes adquiridos a título oneroso desde el comienzo de la relación se consideren comunes y se dividan en partes iguales entre los concubinos o sus herederos en caso de que finalice la unión.

Apenas empezaron a evaluarse las propuestas en la Comisión de Legislación General del Senado se encendió el debate.

Los especialistas en derecho de familia consultados por LA NACION consideraron que, de sancionarse la norma, se equipararía el concubinato con el matrimonio.

"El fin es proteger a la mujer, que todavía tiene un papel de cuidadora del hogar, que no se incorpora tan fácil en el mercado de trabajo y se retira cuando tiene hijos", dijo Escudero a LA NACION. Según explicó, son las mujeres las que, en general, quedan en situación de desventaja luego de separarse.

Mientras que la iniciativa de Escudero se circunscribe a la cuestión patrimonial, la de Perceval avanza también sobre otros terrenos. Por ejemplo, estipula que las parejas de hecho podrán adoptar como lo hace cualquier matrimonio.

Con respecto a la vivienda fija, en caso de muerte de uno de los concubinos, si fuera dueño del inmueble donde se asienta el hogar, el otro podrá alegar el derecho real de habitación, si existiera descendencia de la pareja o hubiera convivido por cinco años. En cambio, si la pareja se separa, la vivienda correspondería "al que ejerza la tenencia de hijos menores o incapaces,

siempre que las condiciones económicas así lo indiquen".

En los fundamentos del proyecto, Perceval sostiene que no pretende promover el concubinato, sino que trata de "proteger a las personas que habiendo decidido no formalizar su unión transitan circunstancias y consecuencias que requieren un marco jurídico adecuado".

En la Cámara de Diputados también hay proyectos de ley similares, pero hasta hoy nunca fueron discutidos.

"No hay voluntad para tratar estos temas", afirmó la diputada María Elena Barbagelata (Partido Socialista-Capital), autora de una de esas iniciativas, que también incluye a parejas homosexuales.

Críticas

Según Nelly Minyersky, directora del Instituto de Derecho de Familia del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, los proyectos establecen una "equiparación casi absoluta entre el que emerge de un matrimonio y el que lo hace de una unión de hecho". Y aclaró que, precisamente, "muchas parejas que no contraen matrimonio es porque no quieren someterse a esas reglas".

Con ella coincidió Carlos Arianna, abogado especialista en el tema y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). "Esto afecta el ámbito de la libertad", argumentó. En cambio, se mostró de acuerdo con incluir derechos sucesorios sólo "en caso de ausencia de ascendientes y descendientes".

Según Arianna, la jurisprudencia es "muy restrictiva. En materia de bienes lo que exige es que el concubino que alega que los bienes de otros son también parte de él tiene que demostrar que hizo aportes. De la mera convivencia no puede deducirse que existe sociedad", dijo.

En defensa de su iniciativa, Escudero afirmó que no avasalla la libre elección de las parejas. "La ley actuaría cuando hubiera un conflicto. Las partes pueden decidir en absoluta libertad. Si las dos personas no quieren ajustarse a la normativa, no van a llegar a Tribunales", expresó.

Cada vez son más

La llama de la polémica que se encendió en el Congreso involucra a las cada vez más parejas que conviven "sin libreta" en la Argentina. Mientras que en 1991 había 2.423.479 personas en esa situación, actualmente son 3.970.612 (64% más), según datos del Censo de 2001, procesados por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (Indec) el año pasado.

"La familia argentina está transitando rápidamente el camino que ya recorrieron otras sociedades: la gente se casa menos, aumentan las uniones de hecho, tienen menos hijos y se separan más", describió la directora de la Fundación Familias Siglo XXI y autora del libro "Familias ensambladas".

El incremento de la cantidad de uniones consensuales contrasta con la disminución de los matrimonios. En 1991, había 11.086.191 de personas casadas, mientras que en 2001 ese total descendió a 10.606.461.

También el número de hijos nacidos de concubinos continúa en ascenso. Según datos del Registro

Civil porteño, de los 80.231 nacimientos contabilizados en 2004, el 54,1 por ciento se trató de hijos extramatrimoniales, la mayoría de ellos concebidos por parejas de hecho. Esa cifra era del 48,5% en 2000.

A raíz de esta tendencia, hoy rigen en el país diversas normas que reconocen derechos a las uniones consensuales: el de pensión, si convivió los últimos cinco años, o dos años, si hay hijos de la unión; el de ser beneficiario de obras sociales de la persona con la que convive; el de continuar en la locación, y el de disponer de los órganos en vida en favor del conviviente, entre otros.

Según reconocen expertos y las propias parejas convivientes de hecho, legislar sobre los bienes patrimoniales de los concubinos es un paso más allá que no todos parecen dispuestos a dar.

Por Jesica Bossi
De la Redacción de LA NACION ⁴³

Publicado en la ed. impresa: Información general
Domingo 2 de octubre de 2005
Noticias | Información general | Nota

Opinión

La legislación debe adaptarse a los cambios |

Por María José Lubertino
Para LA NACION

Como magistralmente lo describió Federico Engels en "El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado", estas instituciones no existieron siempre tal como las conocemos hoy. Y, además, existe directa relación entre el modelo de la familia y las relaciones patrimoniales entre sus integrantes.

Todas las personas tienen derecho a construir una familia sin discriminación, entendiendo por familia una comunidad de afecto y protección para todos los que la conforman.

Si son respetadas las diferentes concepciones religiosas y personales de cada pareja, el Estado no puede entrometerse en su vida privada, salvo cuando se trata de garantizar el pleno respeto de los derechos humanos de sus integrantes, su paridad en el reconocimiento de su ciudadanía y la protección de aquellos o aquellas más débiles o en situación de inferioridad o desventaja relativa.

El Estado debe reconocer las diferentes formas de familia y de parejas. Hay variedad de modalidades de parejas estables con proyectos de vida en común, convivientes o no convivientes, con diversa orientación sexual o identidad de género, con hijos o sin ellos.

La legislación debe recibir estos cambios. Así, el matrimonio implica fundamentalmente -después de la reforma legal que equiparó los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, y de la legalización del divorcio- y, mas allá de otras interpretaciones religiosas, un fuerte compromiso

⁴³ Link corto: <http://www.lanacion.com.ar/743902>

de dos personas a compartir su patrimonio mientras el tiempo que dure esa unión y aun después de ella. La ganancialidad de los bienes es la regla a la que se atienen los que contraen matrimonio.

Asimismo hay que respetar a quienes, sin querer casarse, quieren compartir una vida y un proyecto común y por ello avanzaremos en la regulación de las uniones civiles tanto para parejas heterosexuales como homosexuales, asimilando sus derechos a los de los matrimonios.

En cuanto a las uniones de hecho, nos parece importante proteger a quienes pueden quedar en situación de indigencia o desamparo después de muchos años de haber cuidado e invertido en sostener al otro u otros de la familia. Pero no se puede hacer una regla general porque precisamente hay quienes no quieren hacer esa puesta en común. Aquí hay que mantener los derechos a pensión, jubilación, habitación del hogar común si se trata de vivienda única y garantizar la satisfacción de los mínimos básicos de cualquier persona que convivió con otra de mejor posición económica pero no de asumir la ganancialidad o la vocación hereditaria como regla.

Muchas veces no mezclar el dinero con el amor ayuda a mantener más largas y duraderas relaciones.

La autora es candidata a diputada y directora del Instituto Social y Político de la Mujer

Publicado en la ed. impresa: Información general

Domingo 2 de octubre de 2005

Noticias | Información general | Nota

Opinión

"La convivencia no es familia"

Por Jorge A. Mazzinghi
Para LA NACION

Los proyectos que aspiran a introducir una regulación legal del concubinato, repetición de iniciativas anteriores que nunca prosperaron, implican una paradoja llamativa.

Por un lado, el matrimonio civil ha sido modificado, transformándolo en un vínculo cada vez más frágil, cuyo contenido imperativo se procura aligerar. Todo ello no llevó a una mayor nupcialidad, sino a una creciente retracción de los jóvenes respecto del casamiento.

Por otro lado, se expande la costumbre de "vivir en pareja", hasta el extremo de que la mitad de los niños que nace en Buenos Aires -para no aludir a estadísticas del interior- no son hijos de padres casados.

Frente a esta realidad hay quienes, quizá con el propósito humanitario de tutelar a supuestos desprotegidos concubinos, abordan la tarea de "matrimonializar" la unión libre. Algo así como demoler la casa construida sobre roca para edificar otra sobre arena.

Los proyectados estatutos del concubinato copian la regulación del matrimonio en casi todo lo copiable. Prescinden por cierto de una celebración inicial, de un registro donde anotar la unión, y

de conferirle cierta estabilidad, que sería contradictoria con la índole de la unión de hecho.

Los deberes que la convivencia implica nacen por el solo transcurso del tiempo (como los terrenos que se adquieren por prescripción) e irrumpen en el plano personal y en el patrimonial. Se establece un deber de asistencia recíproca en casos de enfermedad, que pasa a los herederos del concubino premuerto; hay derecho sucesorio entre ellos, que excluye a los hermanos; los bienes adquiridos por uno van a ser comunes; a cada concubino le está vedado disponer, aunque sea propio, del hogar común sin asentimiento del otro cuando hay hijos; la pareja puede adoptar. Todo ello con la incertidumbre para los terceros sobre si la persona soltera con quien contraten está o no regida por el estatuto del concubinato. En una palabra, quien participa de la unión libre se encuentra, tras un tiempo, sujeto a deberes e investido de derechos que seguramente nunca previó ni quiso.

* * *

El propósito de eludir responsabilidades conyugales vendría a ser suplido por el Estado, supuestamente autorizado para acudir en "auxilio" de quien no quiso regular su futuro aceptando la protección que le confiere el matrimonio. No más "unión libre", pues, sino convivencia legalmente pautaada.

Como vivimos en un mundo pletórico de paradojas, es posible que la legalización del concubinato induzca a los jóvenes a optar por el vínculo matrimonial que, al fin y al cabo, proporciona un emplazamiento social más seguro y, por lo menos, a mí me lo parece, más respetable.

Un fenómeno paralelo ocurre en Italia, según lo refiere el Corriere della Sera del 20 de septiembre. Contra esa iniciativa se ha expresado un principio que sería bueno recordar: "La convivencia no es familia".

El autor es abogado y presidente de la Comisión de Derecho de Familia del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires ⁴⁴

Publicado en la ed. impresa: Información general
Domingo 2 de octubre de 2005
Noticias | Información general | Nota

Debate en el Congreso: vivir sin libreta

Entre las trabas y el miedo a repetir un fracaso |

Cómo viven y piensan tres parejas

- Algunas temen que una nueva legislación reproduzca los problemas surgidos del divorcio
- Otras creen que puede facilitar cuestiones cotidianas de la convivencia

⁴⁴ Link corto: <http://www.lanacion.com.ar/743904>

Algunos tienen miedo de repetir la historia. Otros creen que la nueva ley podrá poner fin a muchas trabas cotidianas. Y están los que piensan que nada cambiará sustancialmente a partir de una nueva legislación. LA NACION consultó a tres parejas que viven sin papeles, con el objeto de conocer cuál es su posición respecto de los proyectos que se están discutiendo hoy en el Senado.

Silvia Yudewitz y Hernán Trivi conformaron lo que se denomina una "familia ensamblada". Ambos son divorciados. Ella tuvo cuatro hijos con su pareja anterior y él, dos, y también concibieron uno propio. Después de ocho años de convivencia, Silvia, de 44 años, ve con recelo que una ley imponga un régimen de comunidad de bienes similar al del matrimonio.

"Estuve casada seis años y me llevó siete divorciarme. Tengo pánico de atravesar por lo mismo", relató la mujer, psicóloga de profesión, al recordar el conflicto que tuvo con su ex marido -con el que, aclaró, ahora se lleva bien- por la división de los bienes.

Cuando nació Ulises, el hijo que tiene en común con su actual pareja, ambos pensaron que tal vez sería mejor casarse porque se les presentaban algunas trabas cotidianas. Pero por miedo a repetir la misma historia, Hernán, consultor de empresas de 49 años, y Silvia ya no piensan en el matrimonio. "No nos casamos por todo el lío que significa volverse a separar", sostuvo ella.

"Una decisión de pareja"

Para Guadalupe Pedreira, de 27 años, y Walter Leprich, de 32, vivir sin libreta se está convirtiendo en una aventura engorrosa. "Me blanquearon en el trabajo y para que ella acceda a la obra social tenemos que presentarnos en un juzgado de paz con tres testigos", detalló Walter, que es abogado.

La pareja, que convive desde 2002 en Carapachay, evalúa la posibilidad de casarse el año próximo. "No me quería casar, pero con la nena tenía muchas trabas", indicó Guadalupe, mamá de Martina, de tres años, que espera para diciembre a su segundo hijo, que se llamará Tomás.

"Los proyectos me parece que están bien... Si se aprueba, por ahí no me caso el año que viene", bromeó ella, que considera que el matrimonio es un papel y nada más. Pero Walter, inmediatamente se diferenció: "Sería el punto de partida para que no se casara nadie más. Yo acepto estar en concubinato, pero si quiero, me puedo casar. Es una decisión de cada pareja".

Norma, de 54 años, y Víctor, de 65, definen su relación como "una segunda vuelta". Con hijos y nietos de sus ex parejas, dicen que no tuvieron mayores inconvenientes por no haberse casado.

"En su momento, pude incluirlo a él en la obra social del trabajo, con un certificado de convivencia. Puedo ponerlo también en la jubilación como heredero", explicó Norma, secretaria en una empresa.

Si bien la pareja coincidió en que darle un contexto jurídico a las uniones de hecho podría ser positivo, fue cautelosa respecto de los alcances. "El problema es con los herederos. Habría que dejar en claro cómo se repartiría el dinero", dijo Víctor.

Después de 15 años de convivencia, ellos sienten que viven un matrimonio virtual. "No hemos hablado nunca de casamiento. Pero es como si lo estuviéramos...", apuntó él.

Apéndice 4

INDEC , Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas, 2001

Población de 14 años y más por situación conyugal, según sexo y grupos de edad.**Total del país. Año 2001**

Sexo y grupos de edad	Población de 14 años o más	Situación conyugal				
		En matrimonio	En unión consensual	Soltero	Divorciado / Separado	Viudo
Total	26.681.048	10.606.461	3.970.612	9.037.342	1.283.868	1.782.765
14	668.613	1.739	10.931	654.357	1.510	76
15-19	3.188.304	33.374	187.362	2.959.841	7.175	552
20-24	3.199.339	317.604	628.948	2.224.283	27.173	1.331
25-29	2.695.341	818.314	696.638	1.111.103	65.620	3.666
30-34	2.364.903	1.161.988	563.359	527.924	104.045	7.587
35-39	2.229.617	1.297.406	451.633	326.702	138.972	14.904
40-44	2.136.536	1.303.354	382.098	252.085	169.929	29.070
45-49	1.971.911	1.230.627	310.433	199.277	180.688	50.886
50-54	1.850.481	1.154.507	251.833	176.350	177.919	89.872
55-59	1.504.046	930.034	171.174	139.907	136.488	126.443
60-64	1.284.337	760.002	122.610	121.942	99.995	179.788
65-69	1.109.788	616.642	83.927	103.668	70.928	234.623
70-74	996.525	491.530	57.802	94.293	50.882	302.018
75-79	727.895	300.853	31.069	68.120	28.822	299.031
80-84	432.908	131.782	13.664	43.365	14.284	229.813
85 y más	320.504	56.705	7.131	34.125	9.438	213.105
Varones	12.795.165	5.302.778	1.980.470	4.737.751	480.649	293.517
14	338.686	748	4.857	332.369	693	19
15-19	1.613.030	5.313	53.679	1.550.928	2.976	134
20-24	1.597.939	101.629	264.743	1.222.656	8.678	233
25-29	1.329.493	342.514	341.483	621.133	23.742	621
30-34	1.159.698	540.837	290.396	289.175	37.849	1.441
35-39	1.086.600	630.886	236.365	167.919	48.526	2.904
40-44	1.043.147	649.631	202.000	125.816	59.884	5.816
45-49	959.135	621.585	167.063	96.163	64.455	9.869
50-54	895.127	589.959	138.849	83.240	66.476	16.603
55-59	718.159	482.435	97.026	64.157	52.848	21.693
60-64	597.259	400.892	70.675	55.484	40.538	29.670
65-69	499.544	337.335	49.181	45.525	30.085	37.418
70-74	422.426	280.759	33.831	38.354	21.597	47.885
75-79	289.055	186.855	18.395	23.931	12.453	47.421
80-84	152.255	89.078	7.921	12.835	6.041	36.380
85 y más	93.612	42.322	4.006	8.066	3.808	35.410
Mujeres	13.885.883	5.303.683	1.990.142	4.299.591	803.219	1.489.248

14	329.927	991	6.074	321.988	817	57
15-19	1.575.274	28.061	133.683	1.408.913	4.199	418
20-24	1.601.400	215.975	364.205	1.001.627	18.495	1.098
25-29	1.365.848	475.800	355.155	489.970	41.878	3.045
30-34	1.205.205	621.151	272.963	238.749	66.196	6.146
35-39	1.143.017	666.520	215.268	158.783	90.446	12.000
40-44	1.093.389	653.723	180.098	126.269	110.045	23.254
45-49	1.012.776	609.042	143.370	103.114	116.233	41.017
50-54	955.354	564.548	112.984	93.110	111.443	73.269
55-59	785.887	447.599	74.148	75.750	83.640	104.750
60-64	687.078	359.110	51.935	66.458	59.457	150.118
65-69	610.244	279.307	34.746	58.143	40.843	197.205
70-74	574.099	210.771	23.971	55.939	29.285	254.133
75-79	438.840	113.998	12.674	44.189	16.369	251.610
80-84	280.653	42.704	5.743	30.530	8.243	193.433
85 y más	226.892	14.383	3.125	26.059	5.630	177.695

VII

Bibliografía

1. Alles Monasterio de Ceriani Cernadas, Ana, “¿Supone la existencia de una sociedad de hecho? (Simulación e interposición real de persona)”, La Ley 1994-D 1023.
2. Ambrogi de Vieyra, Yolanda Ester, “Uniones de Hecho. Régimen patrimonial”, Revista Notarial , Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, Año 2000, revista N° 79, pp. 39 a 51.
3. Antos, Valeria, “Régimen patrimonial del matrimonio y de las uniones de hecho”, JA 2002-I-1206.
4. Astuena, Norman J., “Concubinato, sociedad de hecho y orden jurídico”, Revista del notariado, colegio de escribanos, capital federal, República Argentina, octubre-nov-dic, año 2003, revista N° 803,pp. 1111 a 1116.
5. Aviléz Chevalier, Ximena, “ La unión no matrimonial, o unión de hecho en El Ecuador”, VII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, Constitución de la Familia, la violencia intra familiar, Tema I, El Salvador, del 20 al 26 de septiembre de 1992.
6. Auza de Ampuero Nancy, “LA unión conyugal libre o de hecho en bolivia”, Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, Abeledo-Perrot, 1989, revista N° 9, pp.87-96.

7. Belluscio, Augusto César, Manual de Derecho de Familia, Séptima edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2002, pp.503-538, tomo 2.
8. Borda, Guillermo A., Manual de Derecho de Familia, Undécima edición actualizada, Buenos Aires, Editorial Perrot, s.f, pp. 51-58.
9. Boretto, Mauricio, “Las relaciones patrimoniales entre concubinos en la extinción del concubinato”, JA 2001-I-884.
10. Bossert, Gustavo A. y Zanonni, Eduardo A, Manual de Derecho de Familia, Sexta edición actualizada, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2004, pp. 423-437.
11. Código de Familia, San Salvador, El Salvador, Ediciones Último Decenio, Octubre 1994.
12. Comisión Coordinadora para el Sector de Justicia, La Unión no matrimonial, Documento Base y Exposición de Motivos del Código de Familia, San Salvador, 1994, pp. 485-529.
13. Galvan Rivera, Flavio, “ La unión no matrimonial o unión de hecho fuente de la familia”, VII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, Constitución de la Familia, la violencia intra familiar, Tema I, El Salvador, del 20 al 26 de septiembre de 1992.
14. Grosman Cecilia y Mesterman Silvia, “Organización y estructura de la familia ensamblada. Sus aspectos psico-sociales y el ordenamiento legal”, Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria

- de doctrina y jurisprudencia, Abeledo-Perrot, 1989, revista N° 2, pp.30-51.
15. Ley transitoria del Régimen del Estado de Familia y de los regímenes patrimoniales del matrimonio, Decreto N° 496, El Salvador.
 16. Monroy Cabra, Marco Gerardo, Derecho de Familia y de menores, Segunda Edición, Librerías jurídicas Wilches, Santa Fé de Bogotá, D.C, Colombia, 1991, pp. 315-347.
 17. Órgano de información de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Anuario de Derecho, Universidad de Panamá, 1995, n° 22, pp. 128- 167.
 18. Pitti, Ulises G., Régimen Jurídico de la Unión de Hecho en Panamá, Séptimo Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, El Salvador, Septiembre, 1992, pp.3-32.
 19. Petit, Eugene, Tratado elemental de derecho romano, Traducción de la novena edición francesa y aumentado, Buenos Aires, Editorial Albatros, 1954, pp. 158-162.
 20. Rodríguez Mónica, Vera Báez Peña Wirth, Scotti Luciana y Medina Flavia, “ Las uniones de pareja a la luz del derecho internacional privado argentino”, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, Familia y derecho internacional privado, Buenos Aires, Lexisnexis, Marzo/Abril 2005, revista N° 30, pp. 152-169.

21. Zanonni, Eduardo A., Derecho de Familia, Segunda edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1989.