

VANESA ELIZABETH GODOY ARAVENA

**APROXIMACIÓN AL MARCO LEGAL DE LOS DERECHOS DEL
CONVIVIENTE SUPÉRSTITE RESPECTO DE LOS BIENES ADQUIRIDOS
DURANTE LA CONVIVENCIA**

AÑO 2014

ABOGACÍA

RESUMEN

En realidad actual, Argentina, nos muestra que cada vez existen más parejas que conviven, es decir sin formalizar su unión matrimonial por ante el Registro Civil, quizás la elección se deba a un modo de prueba antes de contraer matrimonio.

Sin embargo esta forma de unión trae aparejado ciertas consecuencias generalmente al momento de disolverse. Lo que sucede, que en nuestro derecho no existe una ley específica que regule dicha forma de convivencia.

A pesar del vacío legal, existen normas que reconocen algunos derechos a los convivientes.

Es por eso que con ésta presentación se pretende analizar la normativa vigente y el contenido en el Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación del 2012 a fin de establecer los derechos de la concubina supérstite con relación a los bienes adquiridos durante la convivencia.

ABSTRACT

In actual fact, Argentina, shows that more and more couples living together ie without formalizing their marriage by the civil registrar, perhaps the choice should be a test mode before marriage there.

However this form of marriage usually brings with it certain consequences when dissolved. What happens there is no specific law to regulate this form of coexistence in our law.

Despite the loophole, there are rules that recognize certain rights to cohabitants.

That's why with this presentation is to analyze the current regulations and the content on the Draft Civil Code and Commercial Procedure of 2012 to establish the rights of the surviving concubine regarding property acquired during cohabitation.

INDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN.....	5
-------------------	---

CAPITULO PRIMERO

CONSIDERACIONES GENERALES

a) Evolución histórica de la familia.....	12
b) Concepto de concubinato.....	16
c) Caracteres.....	17
d) Diferencias entre unión convivencial y el matrimonio.....	18

CAPITULO SEGUNDO

MARCO LEGAL

a. Unión convivencial en el Derecho Argentino.....	21
b. Las uniones convivenciales en la Jurisprudencia Argentina.....	23
c. Las uniones convivenciales en la legislación comparada.....	24

CAPITULO TERCERO

LOS DERECHOS DE LA CONVIVIENTE EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE

Y EN LA JURISPRUDENCIA

a) Derechos reconocidos al conviviente con base en la Legislación vigente.....	31
b) Derechos reconocidos expresamente a la concubina supérstite en la Legislación argentina.....	42
c) Derechos de la concubina supérstite respecto de los bienes adquiridos durante la convivencia.....	49

CAPITULO CUARTO

TRATAMIENTO DE LAS UNIONES CONVIVENCIALES DEL PROYECTO DEL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL

a. Uniones convivenciales en el Proyecto de unificación del Código Civil y Comercial.....	80
b. Efectos Jurídicos :Relaciones patrimoniales.....	88
c. Cese:	
c1) Causas.....	92
c2) Distribución de los bienes.....	97
CONCLUSIÓN.....	102
BIBLIOGRAFÍA.....	107

..

INTRODUCCIÓN

El censo realizado en 2010 reveló una nueva fisonomía de la sociedad argentina. Existen nuevas formas de vivir en pareja, nuevos modos de relacionarse y nuevas modalidades de familia.

Según revela la crónica periodística “por primera vez hay en la Argentina más solteros que casados” son “15,6 millones de solteros (los que jamás pasaron por el Registro Civil) contra 14,5 millones de casados en todas sus variantes (separados, viudos, divorciados) casi cuatro por ciento más”¹. Es así que los argentinos prefieren no casarse. Pero no se crea que se convirtió en una sociedad de solos y solas. De acuerdo a las conclusiones del Censo 2010 “los argentino se casan menos, pero se esquivo el Registro Civil, no la pareja. En 2001 las uniones convivenciales representaban el 11,5 por ciento de la población mayor de 14 años, nueve años después son el 18%”

Al respecto, Victoria Mazzeo, jefa del Departamento de Análisis demográfico de la Ciudad de Buenos Aires e investigadora del instituto Gino Germani, afirma que “entre los censos del 2001 y 2010 aumentaron 79,8% los solteros en uniones convivenciales”²

Mónica Ghirardi, doctora en Historia del Conicet, es de las que creen que una libreta de casamiento no implica mayor compromiso; “atravesamos una época de

¹ García, M. (2012), Cambio social: Por primera vez hay más solteros que casados. [Versión electrónica], *Diario Clarín* N°24412. Disponible en: http://www.clarin.com/sociedad/primera-vez-solteros-casados_0_817118400.html (15/06/2013)

² García, M. (2012), Cambio social: Por primera vez hay más solteros que casados. [Versión electrónica], *Diario Clarín*, N°24412 Disponible en: http://www.clarin.com/sociedad/primera-vez-solteros-casados_0_817118400.html (15/06/2013)

sensible debilitamiento de las formas de control institucional e injerencia pública en las decisiones individuales, es lo que Susana Torrado conceptualiza como “moral de la autonomía individual”, verificándose una mayor autodeterminación en las decisiones, fomentando la existencia de parejas basadas en el amor”³

Una ley, para ser aceptada por la sociedad, debe responder a sentimientos y valores comunes de sus miembros, de otro modo no será respetada, será una mera expresión de deseos, se convertirá en letra muerta o caerá en desuso.

Con la contundencia de las estadísticas y a fin de dar respuestas a diversos reclamos sociales, la comisión encargada de unificar los Códigos Civil y Comercial y actualizar sus normas no podía dejar de legislar sobre las uniones de hecho, no contempladas en el Código vigente.

El Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield no legisló sobre las uniones de hecho o concubinarias siguiendo la posición abstencionista del Código Civil Francés de 1804. Esta ignorancia de las uniones convivenciales estaban de acuerdo con los tiempos ya que entonces existía una gran influencia de la religión católica en la vida social y la ley protegía y propiciaba el matrimonio, considerado por el Derecho Canónico como un sacramento- una vía estatuida por Dios para la salvación de los hombres - y por tanto una unión sagrada, perpetua e indisoluble.

³ García, M. (2012), Cambio social: Por primera vez hay más solteros que casados. [Versión electrónica], *Diario Clarín*, N°24412. Disponible en: http://www.clarin.com/sociedad/primera-vez-solteros-casados_0_817118400.html (15/06/2013)

En su versión originaria el art.166 del Código Civil argentino disponía: “el matrimonio entre personas católicas debe celebrarse según los cánones y solemnidades prescriptas por la Iglesia Católica”.

A su vez según el art.183 del mismo Código el matrimonio celebrado entre cristianos no católicos o entre personas no cristianos producía en nuestro país “todos los efectos civiles del matrimonio válido si fuera celebrado en conformidad con las leyes de este código y según las leyes y ritos de la iglesia a que los contrayentes pertenecieren”.

Es decir que el código de Vélez Sarsfield sólo contemplaba el matrimonio religioso y la razón la da el mismo autor en la nota al art.167: “de los códigos modernos sólo el de Bélgica, el ducado de Baden y el últimamente el de Cerdeña hacen del matrimonio un simple acto civil, que para su validez no requiere la consagración de la Iglesia. (...) Las personas católicas, como las de los pueblos de la República Argentina, no podrían contraer el matrimonio civil. Para ellas sería un perpetuo concubinato, condenado por su religión y por las costumbres del país”.

Casi 20 años después de promulgado el Código de Vélez Sarsfield, en 1888 se sancionó la ley de matrimonio civil 2393 que sustrae la institución matrimonial de las regulaciones del Derecho Canónico para someterlas a las leyes estatales. Si bien esta ley fue revolucionaria para su época, seguía ateniéndose a las normas cristianas ya que consideraba indisoluble al matrimonio y no reconocía efectos a las uniones concubinarias.

La indisolubilidad del vínculo como efecto no buscado producía uniones de hecho porque aunque no se divorciara legalmente la gente se separaba y constituía nuevas uniones familiares.

Esta realidad tuvo que tener una respuesta legal y es así que en 1987 se sancionó la ley 23.515 que autoriza el divorcio vincular y permite a los divorciados contraer un nuevo matrimonio. Se pensaba que así, al no haber impedimentos legales para casarse se terminarían los concubinatos.

Pero no fue así, por el contrario, las uniones convivenciales aumentaron y se difundieron en los últimos años, tanto es así que conforme a estadísticas publicadas por los medios periodísticos, si en los 80 había un 8% de uniones convivenciales, en los 90 un 18% y en 2.010 alcanzaban al 31% de los argentinos/as que viven en pareja.

Estos datos dan cuenta de que en nuestro país un 30% de las personas deciden unirse sin pasar por el Registro Civil y la ley argentina sigue ignorándolas sin reconocer efectos a dichas uniones. Esta negación legislativa produce problemas en caso de separación de los convivientes o fallecimiento de alguno de ellos pues no hay normas imperativas que regulen las relaciones patrimoniales, el derecho alimentario, la vocación hereditaria, etc.

Para dar seguridad jurídica a las personas afectadas, con el tiempo se sancionaron leyes que reconocieron derechos a los concubinos como la afiliación a una obra social, pensión, indemnización en caso de fallecimiento del trabajador conviviente, y otros fueron otorgados por resoluciones judiciales.

Pero no existe hasta hoy una ley integral que regule las uniones convivenciales y esta ignorancia legislativa puede ser contraria a la Constitución Nacional y a los tratados internacionales suscriptos por nuestro país que desde 1994 tienen jerarquía constitucional.

Para dar respuesta a estos problemas en 2012 se envió al Congreso Nacional un Anteproyecto de unificación de los códigos civil y comercial en su Libro Segundo, Título III, Capítulos del 1 al 4 contempla las uniones convivenciales.

Este trabajo pretende analizar la normativa vigente y la contenida en el Anteproyecto a fin de establecer la justicia de sus disposiciones y su adecuación con las normas constitucionales e internacionales, conforme los siguientes objetivos.

I.Objetivo general: explorar el marco legal en el régimen actual y en el proyecto de reforma del Código Civil de 2012 sobre los derechos de la concubina supérstite con relación a los bienes adquiridos durante la convivencia.

II.Objetivos específicos: 1) determinar el concepto de concubinato; 2) establecer el marco legal del concubinato;3) identificar el régimen patrimonial;4) destacar el tratamiento del Proyecto de reforma del Código Civil 2012 con relación a la concubina supérstite; 5) analizar la distribución de los bienes adquiridos en el concubinato; 6) identificar los derechos hereditarios de la concubina supérstite.

Para alcanzar los objetivos propuestos, servirán de guía las siguientes preguntas de investigación: 1) ¿Qué se entiende por concubinato? 2) ¿Cuál es el marco legal del concubinato? 3) ¿Cuál es el régimen patrimonial del concubinato? 4) ¿Cómo se distribuyen los bienes adquiridos por los concubinos? 5) ¿Tiene derechos la concubina supérstite sobre los bienes de su concubino? 6) ¿Qué tratamiento da al concubinato el Proyecto de reforma del Código Civil de 2012? 7) ¿Qué derechos reconoce el Proyecto de reforma del Código civil a la concubina supérstite?

La metodología a emplear en el presente trabajo de investigación se basa en realizar el análisis de la legislación y la doctrina argentinas, las decisiones jurisprudenciales y el Proyecto de reforma del Código Civil. Comparar dichas fuentes

con las con legislaciones de otros países latinoamericanos que hayan contemplado el tema de investigación. Del análisis de las fuentes del derecho nacional y de la legislación comparada, se extraerán las conclusiones.

CAPITULO PRIMERO

CONSIDERACIONES GENERALES

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA FAMILIA

Antes de definir y caracterizar a la unión concubinaria es preciso hacer un breve repaso sobre las formas primitivas de uniones familiares hasta llegar a la concepción de la familia que legitima el Código Civil argentino vigente hasta la actualidad.

La familia tal como la concebimos en la actualidad es el producto de una larga evolución social. No siempre ni en todas partes encontramos un núcleo convivencial de hombre, mujer y los hijos habidos en común.

Para interiorizarnos sobre las formas de convivencia primitivas nos basamos en la obra “El origen de la familia, la propiedad y el Estado” de Federico Engels.

¿Qué encontramos en la historia como forma más primitiva de familia? El matrimonio por grupos, la forma de matrimonio en que grupos enteros de hombres y grupos enteros de mujeres se pertenecen recíprocamente.⁴

De acuerdo con los historiadores la forma social más primitiva es el “matrimonio por grupos” de la época del salvajismo, le sigue “la familia sindiásmica” en la época de la barbarie, para concluir con la “monogamia” contemporánea con la civilización.

Las prohibiciones de las uniones incestuosas hicieron cada vez más difíciles las uniones por grupos que fueron sustituidos por la familia sindiásmica. En esta etapa un hombre vive con una mujer pero de tal suerte que la poligamia y la infidelidad ocasional siguen siendo un derecho para los hombres pero no para la mujer, ya que la infiel es castigada cruelmente. Sin embargo el vínculo conyugal se disuelve fácilmente por cualquiera de las partes y después, como antes, los hijos sólo pertenecen a las madres.

⁴ ENGELS, Friedrich, El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado .Alianza, 1884.

La familia monogámica se funda en el predominio del hombre. Su fin expreso es el de procrear hijos cuya paternidad sea indiscutible ya que los hijos, en calidad de herederos directos, han de entrar algún día en la posesión de los bienes de su padre. La familia monogámica se diferencia del matrimonio sindiásmico por una solidez mucho más grande de los lazos conyugales. Ahora sólo el hombre puede romper estos lazos y repudiar a su mujer y sólo él tiene derecho a la infidelidad.

Lo que hemos descrito pertenece a los albores de la humanidad, cuando no existía una sociedad organizada y regulada por un ordenamiento jurídico.

Siguiendo al Dr. Guillermo Borda, declarado jusnaturalista católico, podemos decir que la familia ha evidenciado una evolución en su configuración ya que en principio se estructura en forma de clan, luego se transforma en una gran familia para concluir con la pequeña familia que con algunos cambios perdura hasta la actualidad.

El **clan** estaba integrado por grupos de familias unidas bajo la autoridad de un jefe común. En ellos se desarrollan todas las actividades: sociales, políticas y económicas.

“El aumento de la población, el progreso de la cultura, la necesidad de crear un poder más fuerte que sirviera eficazmente en la guerra, demostraron la insuficiencia de tal organización. Nace el Estado, que asume el poder político. (...) Desaparecido el sistema de igualitarismo democrático que el clan imponía, se estructura bajo la autoridad absoluta del jefe. Buen ejemplo de esta etapa la brinda la familia romana primitiva.” La familia está integrada no sólo por el páter, su mujer y los hijos sino también por clientes y esclavos. La familia era una verdadera “organización económica: labraba la tierra, elaboraba el pan y el vino, tejía las telas, construía la casa. En suma, se bastaba a sí misma” (Borda, 2002, pág.11). En Roma, el matrimonio –base de la

familia- era un derecho exclusivo de los ciudadanos romanos, quienes poseían el *iusconnubis*.

El matrimonio era una situación de hecho reconocida y aceptada por la sociedad. Aunque no era un acto solemne, producía efectos jurídicos. Era informal y se perfeccionaba con el consentimiento del hombre y la mujer, es decir, con el *affectio maritalis*.

Para que el matrimonio fuese válido, era preciso el consentimiento de los cónyuges, que no sólo debía ser inicial, sino permanente, para que constituya una verdadero *affectio maritalis*. “La concubina sólo se distinguía de la esposa por la intención de las partes, por el solo afecto del hombre, por la sola dignidad de la mujer” y esa intención distintiva constituye el *affectio maritalis*.

Con el advenimiento del cristianismo el matrimonio adquirió jerarquía de sacramento y por tanto, carácter de irrevocable o indisoluble.

El Estado, interesado en el buen orden social, se inmiscuyó en la vida marital y legisló sus condiciones, requisitos y efectos.

En la actualidad, la familia ha perdido sus funciones política y económica, limitándose a sus funciones biológica y pedagógica. Integrada por padres e hijos – familia nuclear-, es el centro de procreación, de educación de los hijos y de entrega recíproca de asistencia y contención.

Con esa breve historia de las uniones conyugales podemos inferir que no existe una unión natural, que el matrimonio no nació con el ser humano sino con el Estado. Sí concluimos que es natural esa tendencia gregaria del ser humano, esa necesidad vital de reunirse, comunicar sentimientos, dar y recibir afecto y proyectarse a través de los hijos.

Es verdad también que lo ideal para la organización social es la existencia de uniones familiares permanentes y responsables, con mutuos deberes y derechos. Pero el hombre no siempre actúa en la forma correcta para la sociedad, no sólo lo mueve la razón sino que también es motorizado por impulsos y pasiones. Por eso rechazamos el intervencionismo estatal. Que el Estado imponga a las parejas la necesidad de formalizar como condición para reconocer recíprocos derechos respecto de los bienes que genera su unión nos parece de un ritualismo insostenible.

CONCUBINATO: CONCEPTO, CARACTERES Y DIFERENCIAS CON EL MATRIMONIO.

Concepto: El concubinato o unión de hecho ha sido definido por la doctrina como “la unión permanente de un hombre y una mujer que sin estar unidos por matrimonio mantienen una comunidad de habitación y de vida, de modo similar a la que existe entre los cónyuges” (Bossert, 2006, p.32)

Esta definición responde a la tradición legislativa de nuestro país que sólo aceptaba matrimonios o uniones convivenciales entre un hombre y una mujer, habiéndose legalizado la unión homosexual con la ley de matrimonio igualitario 26.618, sancionada el 15 de julio de 2010, sería contrario al principio de igualdad consagrado en el art.16 de la C.N. que sólo se considere como unión de hecho la establecida entre un hombre y una mujer desconociéndole efectos jurídicos a la unión de personas del mismo sexo.

Por eso, para ser coherentes con la legislación, podríamos decir que la unión convivencial es “la unión permanente de dos personas que sin estar unidos por matrimonio u otro vínculo de parentesco, mantienen una comunidad de habitación y de vida, de modo similar a la que existe entre los cónyuges”

El Proyecto de unificación de los códigos Civil y Comercial en su art.509 expresa qué se entiende por unión convivencial al definirla como “unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo”.

Caracteres: En la caracterización seguimos la doctrina del Dr. Gustavo Bossert, que de la definición extrae las notas de este instituto.

a) **Cohabitación, comunidad de vida y de lecho:** el compartir la vivienda, la vida y por tanto, el lecho, es lo que distingue la unión convivencial de las relaciones circunstanciales que puedan establecerse entre las personas. Esta comunidad de vida implica compartir todas las vicisitudes de la vida, todos los problemas y venturas que el destino pueda depararles.

b) **Notoriedad:** esta unión debe ser pública y conocida por todos, no puede ser oculta. Para Bossert “la carencia de este requisito puede afectar a terceros, por ej., los proveedores del hogar de los convivientes, que no podrán invocar la apariencia de matrimonio” (Bossert, 2006, p.37)

c) **Singularidad:** es necesario que los convivientes tengan una sola relación de estas características, es decir, que no mantengan simultáneamente convivencia con otra persona. Esta nota no desaparece por el hecho que uno o ambos miembros de la pareja mantengan relaciones sexuales ocasionales con terceros.

d) **Permanencia:** la convivencia debe mantenerse en el tiempo. Es necesario que perdure por años. No hay uniformidad en la legislación comparada acerca del tiempo de convivencia necesario para conferirle efectos jurídicos. En nuestro país la ley que reconoce derecho a pensión al conviviente exige una duración de 5 años o de 2 años si existen hijos en común. El proyecto de reforma expresamente exige en su art. 510 un mínimo de 2 años de vida en común.

Agregamos otros caracteres que surgen del proyecto de unificación;

e) **Estable:** es decir que sea continua, no esporádica ni circunstancial.

f) **Basada en el afecto:** dos personas pueden compartir su vivienda en forma estable y sin que los una un vínculo afectivo por lo que no constituirá la unión convivencial. Lo característicos de estas uniones es que las personas dispusieron compartir sus vidas porque comparten afectos, los une el amor o el cariño.

g) **De dos personas de igual o distinto sexo:** la nueva ley de matrimonio igualitario habilita el matrimonio entre personas del mismo sexo. También las uniones convivenciales pueden existir entre dos hombres o dos mujeres que comparten sus vidas y su recíproco afecto.

Diferencias entre uniones convivenciales y matrimonio:

Si bien en su génesis la unión convivencial se asienta sobre las mismas bases del matrimonio- la necesidad de dos seres humanos de convivir y prodigarse mutuamente afecto y cuidados- sus diferencias radican en la diversidad de efectos jurídicos que producen, ya que el matrimonio goza de la protección legal y los cónyuges tienen derechos que la ley niega a los convivientes.

El concepto de matrimonio es similar a la de concubinato, así el Dr. Guillermo Borda, transcribe la definición de Portalis que sostiene que es una “sociedad del hombre y la mujer que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse, para socorrerse mutuamente, para llevar el peso de la vida y compartir su común destino” (Borda, 2002, p.31)

Por su parte, el Dr. Eduardo Zannoni lo define como la unión del hombre y de la mujer que trasciende en la constitución de un estado de familia entre ambos, generador de relaciones recíprocas determinadas por la cohabitación, la fidelidad y la asistencia”. (Zannoni,1989,p.118).De ese concepto derivan sus caracteres, compartiendo con la unión convivencial el de permanencia, estabilidad, publicidad pero distinguiéndose sólo

por la LEGALIDAD, es decir, que el origen de la unión conyugal se establece por una ceremonia ritual presidida por un autoridad pública y rodeada de las solemnidades que exige la ley.

CAPITULO SEGUNDO

MARCO LEGAL

LAS UNIONES CONVIVENCIALES EN EL DERECHO ARGENTINO

Posición **abstencionista**. En esta posición el legislador opta por no regular las relaciones convivenciales ni para otorgarle efectos jurídicos ni para denegárselos ni para perjudicar especialmente a los convivientes con cargas más gravosas. Es la posición adoptada por el Código Civil Argentino. El Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield adoptó el enfoque del Código de Napoleón que sostenía que como “los concubinos prescinden de la ley, la ley se desentiende de ellos” (Zannoni, 1989 pag245) por lo que no encontramos en nuestro Código Civil un capítulo que regule las uniones concubinarias.

Matrimonio in extremis. Pero en el Código Civil había una norma que beneficiaba al/la concubino/a que ante la inminencia de la muerte de su pareja regularizan la unión contrayendo matrimonio. Es así que el art.3573 dispone que: *“La sucesión deferida al viudo o la viuda no tendrá lugar cuando hallándose enfermo uno de los cónyuges al celebrarse el matrimonio muriese de esa enfermedad dentro de los 30 días siguientes, salvo que el matrimonio se hubiese celebrado para regularizar una situación de hecho”*. Salvo esta reforma no existe en el Código Civil otra norma que haga alusión a la unión concubinaria ni otorgue derechos a sus miembros.

Pero no obstante esta posición abstencionista del legislador, con base en la misma En la legislación comparada se pueden distinguir tres posiciones o enfoques se pueden adoptar a la hora de regular las consecuencias jurídicas de las uniones de hecho: reguladora, sancionadora y abstencionista.

La posición **reguladora** es la posición que se impone en las legislaciones latinoamericanas. La razón por la que se toma esta posición la encontramos en el Anteproyecto de Código Civil para Bolivia de Osorio y Gallardo, que lo justifica diciendo: “¿qué hacer ante esa realidad innegable? ¿Abandonar a su suerte a concubinos

e hijos? Esto es desamparar a unos y otros, creando situaciones de injusticia y de miseria y desentenderse también de los terceros que contrataron con el pseudo-matrimonio creyéndolo verdadero. Mejor será tomar las cosas como son y acabar con el concubinato anárquico para crear el concubinato jurídico.” (Bossert, 2006, pág.19)

Posición sancionadora: Este enfoque entiende que la ley debe contemplar este tipo de uniones al margen de la ley, pero imponiendo cargas y sanciones especiales a los convivientes que no se imponen a los cónyuges, con el fin de desalentarlas. Esta posición es la que abraza el jurista argentino Dr. Guillermo Borda quien promueve que se las leyes impositivas les inflijan un trato más gravoso a los concubinos. Dice Borda “los autores que propugnan la reglamentación del concubinato se preguntan si no ha llegado la hora de incorporar a nuestra legislación normas similares a éstas y aun complementar el sistema jurídico de la institución. Por nuestra parte pensamos que tal legislación sería nefasta. Hemos dicho ya cuáles son los males que engendra el concubinato ¿hemos de estimularlo creándole un status jurídico, reconociendo un pseudo casamiento que vendría a hacer competencia al legítimo? Tal solución no sólo sería socialmente disolvente, precipitando la aguda crisis que hoy aflige a la familia, sino que repugna al sentimiento moral argentino. Esto no significa que la ley deba ignorar al concubinato” (Borda, 2002, p.41)

La normativa del Código Civil le ha reconocido a la concubina supérstite una serie de derechos que se detalla a continuación.

LAS UNIONES CONVIVENCIALES EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

A lo largo del tiempo nuestros tribunales para no incurrir en injusticias, han debido reconocer derechos a los convivientes que antiguamente se le negaban. A continuación hacemos referencias a modo de ejemplo a resoluciones que al margen de la ley o ante su falta, otorgan derechos a los convivientes.

Competencia. En 2010 La Segunda Cámara en lo Civil de la Capital reiteró que “conforme a jurisprudencia ya consolidada de esta Cámara, partiendo de que el concubinato es una familia, todos los conflictos generados en el seno de este tipo de vida en común deben estar bajo la competencia de los tribunales de familia sin que quepa distinguir si la cuestión a resolver contiene aspectos personales o patrimoniales o ambos a la vez” (sentencia del 24/2/2010)

Con esta resolución se reconoce calidad de familia a la compuesta por convivientes por lo que declara competente el fuero de familia y no el civil como había sido decidido por algunas sentencias que les negaban dicha entidad.

Daño moral. La misma Cámara reconoció a la concubina el derecho a ser indemnizada por daño moral, aunque la ley la excluya de esa posibilidad. En el caso, un hombre murió como consecuencia de mala praxis en un sanatorio de Villa Carlos Paz. “Corresponde tener por acreditado que L.E.R. convivió por largo tiempo con R.F. A., de cuya unión nacieron tres hijas” dice la resolución que declaró inconstitucional el art.1078 del Código Civil que establece que el daño moral sólo puede ser reclamado por el damnificado directo –en este caso, el conviviente- y, si éste muere, por los herederos forzosos. Al respecto decide que “la limitación instituida por el art.1078 atenta contra la noción de familia, que conceptualmente excede la constituida sobre bases

matrimoniales, puesto que comprende también la originada en una unión de hecho, esto es, la que sin estar constituida legalmente, funciona como tal en la sociedad”⁵

Con los ejemplos referidos se advierte que en la jurisprudencia argentina se abrió paso a una corriente que venía a salvar la ausencia de normas reconociendo derechos a los convivientes ya sea recurriendo a los principios generales del derecho, al condominio o a las normas constitucionales.

Analizadas las relaciones patrimoniales entre los convivientes y las distintas situaciones que pueden presentarse respecto de los bienes una vez concluida la convivencia por fallecimiento de uno de los convivientes y las dificultades que conlleva a la convivientes supérstite el reconocimiento de sus derechos sobre el patrimonio común, resulta necesario hacer un breve repaso sobre las disposiciones de otros países con quienes compartimos una herencia cultural de varios siglos como son los latinoamericanos y una breve referencia también de la legislación española de la que América latina es tributaria.

LEGISLACION COMPARADA

Cuba. Sorprende que en 1940, casi 20 años antes de la revolución, la Constitución cubana contemplara las uniones convivenciales al ordenar que *“Los tribunales determinarán los casos en que por razón de equidad, la unión entre personas con capacidad legal para contraer matrimonio será equiparada por su estabilidad y permanencia al matrimonio”*

Panamá. También aquí la protección legal de las uniones convivenciales tiene rango constitucional. El art. 58 de la Constitución política de Panamá dispone que *“La*

⁵LeonelliMorey.L(2011)Jueces reconocen derecho a concubinos[Versión electrónica],Diario LaVoz,

unión de hecho entre personas de distinto sexo, legalmente capacitadas para contraer matrimonio, mantenida durante cinco años consecutivos, en condiciones de singularidad y estabilidad, surtirá todos los efectos del matrimonio civil. Para este fin, bastará que las partes interesadas soliciten conjuntamente al Registro Civil la inscripción del matrimonio de hecho. Cuando no se haya efectuado esa solicitud, el matrimonio 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, no obstante, 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”.

Bolivia. Después de la Constitución de 1967 se equipara al concubinato con el matrimonio. Dispone el art.194 que *“las uniones de hecho que reúnan condiciones de estabilidad y singularidad y sean mantenidas entre personas con capacidad legal para contraer enlace, producen efectos similares a los del matrimonio en las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes y en lo que respecta a los hijos nacidos de ellas”*

La Constitución boliviana actual, sancionada el 9 de febrero de 2009, establece en sus arts. 63 y 64 que las uniones libres o de hecho que reúnan condiciones de estabilidad y singularidad y sean mantenidas entre una mujer y un hombre sin impedimento legal producirán los mismos efectos que el matrimonio civil.

A su vez, en lo relativo al tema del presente trabajo, dispone el art. 168 del Código de Familia de Bolivia, ley 996 (4/4/88), establece que *“si la unión termina por*

muerte de uno de los convivientes, se estará a lo que dispone el Código Civil en materia de sucesiones”.

Por lo tanto, hay en la legislación boliviana una equiparación total en sus efectos jurídicos entre matrimonio civil y uniones convivenciales.

Perú. La constitución peruana de 1979 reconoce por primera vez la unión derecho y la de 1993 la mantiene en su art.5°.

A su vez, la ley 30007 establece “incorpórese al artículo 326 del Código Civil, como último párrafo, el texto siguiente: *las uniones de hecho que reúnan las condiciones señaladas en el presente artículo, producen respecto de sus miembros, derechos y deberes sucesorios, similares a los del matrimonio, por lo que las disposiciones (...) del Código Civil se aplican al integrante sobrevivientes de la unión de hecho en los términos en que se aplicarían al cónyuge”.*

Según el art.326 la unión de hecho debe reunir las siguientes condiciones: unión monogámica heterosexual, con vocación de habitualidad y permanencia, que conforma un hogar de hecho, deben los convivientes compartir habitación, lecho y techo, clima de fidelidad y exclusividad, permanencia, continuidad e ininterrumpida apariencia de vida conyugal, notoria y pública, personas con capacidad nupcial, reconocimiento de la comunidad de bienes, plena comunidad de vida entre los convivientes.

En materia de sucesiones, el art.724 del Código Civil peruano dispone que: “*son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho”*

Venezuela. El Art.77 de la Constitución de la República bolivariana de Venezuela: *“Las uniones estables de hecho entre hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio”*.

La Sala Constitucional del Tribunal supremo de Justicia ha decidido que “el supérstite, al ocupar el puesto de un cónyuge, concurre con los otros herederos según el orden de suceder señalado en el Código Civil (art.824 y 825) en materia de sucesión *ab intestato*, conforme al artículo 807 del Código Civil y habrá que respetársele su legítima (art.883 del Código Civil) si existiere testamento. Igualmente las causales de indignidad que haya entre los concubinos, se aplicarán conforme al artículo 810 del código civil (TSJ/SC 15-07-2005)”

Ley uruguaya. Ley 18.246 publicada el 10/01/08, en su art.1º dispone que *“la convivencia ininterrumpida de al menos cinco años en unión concubinaria genera los derechos y obligaciones que se establecen en la presente ley”*. A continuación el art.2 establece que *“se considera unión concubinaria a la situación de hecho derivada de la comunidad de vida de dos personas- cualquiera sea su sexo, identidad, orientación u opción sexual- que mantienen una relación afectiva de índole sexual, de carácter exclusiva, singular, estable y permanente, sin estar unidas por matrimonio entre sí y que no resulta alcanzada por los impedimentos dirimentes”* establecidos en el Código Civil.

Con relación a los derechos sucesorios de los convivientes, el Art.11. Ordena: *“Disuelto el concubinato por muerte de uno de sus integrantes, el concubino sobreviviente tendrá los derechos sucesorios que el art.1026 del Código Civil consagra para el cónyuge supérstite. Existiendo cónyuge supérstite concurrirá con el concubino, integrando la misma parte, y en proporción a los años de convivencia. Asimismo, si se*

tratare de una persona mayor de sesenta años de edad, sin medios propios suficientes para asegurar su vivienda, que haya convivido en concubinato al menos durante los últimos diez años en forma ininterrumpida, tendrá derecho real de uso y habitación previsto en los art.881.1 al 881.3 del Código Civil, siempre y cuando dicho bien fuera propio del causante o común de la unión concubinaria. Los derechos reales de habitación y uso se imputarán a la porción disponible, en el supuesto de que ésta no fuera suficiente, por el remanente a las legítimas de los descendientes comunes del causante y el concubino supérstite. Estos derechos no afectarán las legítimas de otros herederos forzosos ni las asignaciones forzosas de otros beneficiarios”.

México. En el país azteca la Constitución del Distrito federal: en su art. 291 bis reza: *“la concubina y el concubinario tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo. No es necesario el transcurso del período mencionado cuando, reunidos los demás requisitos, tengan un hijo en común. Si con una misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito, en ninguna se reputará concubinato. Quien haya actuado de buena fe podrá demandar del otro, una indemnización por daños y perjuicios”*

La equiparación entre matrimonio civil y concubinato se desprende del art. 291 ter, que ordena: *“Regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia”*.

Respecto de los derechos de los convivientes, el art291 quáter, dispone *“El concubinato genera entre los concubinos derechos alimentarios y sucesorios,*

independientemente de los demás derechos y obligaciones reconocidos en este código o en otras leyes”.

En España ni la Constitución ni el Código Civil aluden al concubinato. Las Autonomías han dictado normas regulando algunos aspectos, como los requisitos para su inscripción en un registro, el establecimiento de pactos de convivencia o su equiparación con el matrimonio en algunos de sus efectos. Por ej., la ley sobre parejas estables no casadas de Aragón de 1.999 o la ley sobre uniones estables de pareja de Cataluña de 1998, la ley de parejas de hecho andaluza de 2002.

Luego de repasar algunas legislaciones de América del Sur y de las autonomías españolas concluimos que se existe en los países latinoamericanos una tendencia a reconocer derechos a los convivientes, a respetar la autonomía de la voluntad y la libertad de los convivientes, equiparando la unión de hecho al matrimonio legalmente constituido. Con esto vienen a legitimar estas uniones y a darles estatus jurídico ya que es costumbre inveterada de los distintos grupos poblacionales de estos países unirse en pareja sin celebrar matrimonio conforme a las leyes.

Viendo esta tendencia que se abre paso en nuestros países vecinos veremos que dispone al respecto el Proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial de nuestro país, pronto a ser sancionado por el Congreso Nacional.

CAPITULO TERCERO

LOS DERECHOS DE LA CONVIVIENTES EN LA LEGISLACION VIGENTE Y EN LA JURISPRUDENCIA

DERECHOS RECONOCIDOS AL CONVIVIENTE CON BASE EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE

La vida en común genera derechos y obligaciones entre los convivientes. El afecto mutuo deriva en deberes de asistencia, alimentos y cuidados recíprocos.

Alimentos. Si bien entre los convivientes existe de hecho un deber alimentario, no existe como obligación civil, que sí tienen los cónyuges entre sí. Por lo tanto no tiene el/la conviviente el derecho de reclamar alimentos como consecuencia de haber sufrido un menoscabo en su calidad de vida al momento de la ruptura de la relación.

Aunque la obligación alimentaria entre convivientes no existe como obligación civil, se le reconoce carácter de obligación natural, por lo que no da derecho al alimentante a exigir su repetición.

El art.515 del Código Civil clasifica a las obligaciones en civiles y naturales. A su vez, las define: *“civiles son aquellas que dan derecho a exigir su cumplimiento, naturales son las que, fundadas sólo en el derecho natural y en la equidad, no confieren acción para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas por el deudor, autorizan para retener lo que se ha dado por razón de ellas”*.

A continuación, dicha norma enumera las obligaciones naturales y entre ellas no se encuentra la obligación alimentaria, pero doctrina y jurisprudencia entienden que tal enumeración no es taxativa y estaría comprendida entre ellas la obligación alimentaria. Entonces, una vez dados, los alimentos son irrepetibles para el conviviente o sus herederos, ya que quien dio los alimentos también recibió al margen de toda obligatoriedad, “los beneficios de la cohabitación, de su compañía, de la asistencia doméstica, habiendo hecho el concubino los gastos en virtud del afecto, con voluntad y

sin propósito de ulterior repetición” considerándose que ésta resultaría inmoral. Cámara Nacional Civil, Sala C, 14/9/82, sentencia N° 277.219. (Bossert, 2006, p.125)

Pero si bien la obligación alimentaria se considera una obligación natural, si en seguridad del cumplimiento de tal obligación se hubiesen constituido garantías como hipoteca, fianza o prenda, éstas son perfectamente válidas, son obligaciones civiles y por lo tanto, ejecutables.

Esto es así porque el art.518 del C.C. dispone que *“las fianzas, hipotecas, prendas y cláusulas penales, constituidas por terceros para seguridad de las obligaciones naturales son válidas, pudiendo pedirse el cumplimiento de estas obligaciones accesorias”*.

A su vez el art.1993 del mismo cuerpo legal también avala esa conclusión al disponer que *“toda obligación puede ser afianzada, sea obligación civil o sea obligación natural”*.

De modo que la conviviente supérstite a quien se le hubiera afianzado su derecho a alimentos puede reclamarlos al tercero obligado sin que éste pueda oponer la excepción de falta de causa o causa inmoral o ilegítima.

Donaciones, legados e institución testamentaria.

Dispone el art.1807 del Código Civil que no pueden hacer donaciones *“los esposos el uno al otro durante el matrimonio”*.

Conforme esta norma legal los cónyuges tienen una incapacidad de derecho que les impide de realizarse donaciones entre sí. Tal prohibición legal no existe entre concubinos por lo que las donaciones que se realicen mutuamente son plenamente válidas.

Además, aunque la concubina no tiene vocación hereditaria respecto de su conviviente, son válidos tanto los legados que le dejare su pareja como la institución testamentaria que a su favor hiciera su conviviente.

Pero no hay que olvidar que tanto las donaciones, los legados como los bienes dejados en testamento a la concubina supérstite no pueden superar la porción disponible por el causante y en caso de tener hijos o cónyuge, éstos pueden pedir la reducción de aquéllos en la medida que afecta la legítima.

Esto es así porque la ley argentina califica de “inoficiosas” aquellas donaciones que exceden el valor que el donante podría disponer gratuitamente (art.1830 del Código Civil). Sólo se puede donar hasta la porción disponible, que habiendo descendientes, es del 20%.

El Código Civil argentino es contundente en señalar que el testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas, y si lo hiciera, no tendrá valor alguno (art.3598 C.Civil).

De acuerdo a la opinión del jurista Ricardo L. Lorenzetti “es importante señalar que la oficiosidad o inoficiosidad de las donaciones recién puede conocerse después de la muerte del donante, pues el carácter fluctuante del patrimonio impide calificar el negocio durante la vida del disponente como oficioso o no” (LORENZETTI, 2003, p484)

Seguro de vida

En caso de haber sido instituida beneficiaria de un seguro de vida por su conviviente, la concubina supérstite tiene derecho a cobrar el capital asegurado ya que esta liberalidad es plenamente válida porque no existe norma alguna que lo prohíba ni que establezca la obligatoriedad de abonarlo a los herederos forzosos.

A modo de ejemplo, la Cámara Nacional del Trabajo Sala 2°, hizo lugar a las pretensiones deducidas por una concubina y condenó a la demandada a pagar la indemnización por muerte y el seguro de vida obligatorio previsto por el decreto 1567/74, en cambio rechazó la demanda entablada por la esposa, separada de hecho del trabajador desde 1978. El fundamento esgrimido en la sentencia es que el único supuesto en que la cónyuge desplaza a la concubina es aquel en el que media una sentencia firme que declare la culpabilidad del trabajador fallecido en el divorcio vincular o en la separación personal o, acaso, la inocencia de la esposa. Ante la ausencia de la sentencia derivada de un proceso civil, el derecho de la cónyuge debe ceder (conf. arg. Sala II, sent.62277 del 28/2/92 in re “Harris de M, Beatriz c/ Phillips Argentina S.A.”)

Contrato de renta vitalicia entre convivientes.

También amparados en la legislación vigente los convivientes pueden asegurarse la supervivencia para el caso de que el alimentante falleciera antes. Esto pueden hacerlo legalmente recurriendo al contrato de renta vitalicia, el cual es perfectamente válido y puede ser reclamado su cumplimiento a los herederos del conviviente fallecido.

El art.2070 del C.C. expresa: *“habrá contrato oneroso de renta vitalicia cuando alguien por una suma de dinero, o por una cosa apreciable en dinero, mueble o inmueble que otro le da, se obliga hacia una o más personas a pagarles una renta anual durante la vida de uno o muchos individuos designados en el contrato”*.

Si bien el Código Civil contempla sólo la renta onerosa, si se pactó en forma gratuita se regirá por las reglas de la donación.

A su vez, el art.2076 de dicho cuerpo normativo establece que la *“renta vitalicia que constituya una pensión alimenticia, no puede ser empeñada ni embargada”* al

acreedor. Es decir que para el caso específico de este trabajo es un legítimo derecho de la conviviente supérstite, quien de ser beneficiaria de la renta vitalicia estará a cubierto de la acción de herederos y acreedores de su premuerto.

Respecto de la forma, es importante señalar que tanto las donaciones de inmuebles como la renta vitalicia deben ser hechas ante escribano público bajo pena de nulidad (art.1810 C.Civil). La forma es *solemne* porque se exige para la celebración y existencia del acto y su falta conlleva la nulidad. Es *absoluta* porque implica la inexistencia del acto jurídico, “ya que no se puede hacer bajo forma privada y exigir su elevación a escritura pública, por expresa prohibición del Código (Art.1810 y 1185)”(LORENZETTI, 2003, p.470). Las donaciones deben ser aceptadas por el donatario en la misma escritura pública o en otra si estuviere ausente. (art.1186 C.Civil).

Gastos funerarios y de la última enfermedad.

En doctrina se discute acerca del derecho del/ la conviviente de reclamar estos gastos ya que los mismos constituyen un deber moral para quienes viven unidos por el afecto y deben prodigarse ayuda mutua.

Pero existen normas expresas en que puede ampararse el/la conviviente supérstite ya que le otorgan derecho a que se le devuelvan los gastos que hubiese efectuado a consecuencia de la última enfermedad y de la muerte de su pareja. Veamos.

El art.2306 del Código Civil ordena que “*cuando alguno, sin ser gestor de negocios ni mandatario hiciere gastos en utilidad de otra persona, puede demandarlos a aquellos en cuya utilidad se convirtieron*”. A su vez el 2.307 especifica que “*entran en la clase de gastos del artículo anterior, los gastos funerarios hechos con relación a la calidad de la persona y usos del lugar*”

Por su parte, el art.2308 del mismo código dispone que *“no dejando el difunto bienes, los gastos funerarios serán pagados por el cónyuge sobreviviente, y cuando éste no tuviere bienes, por las personas que tenían obligación de alimentar”* al difunto cuando vivía. Es decir que la conviviente supérstite podrá reclamarlos en la sucesión de su concubino si hubiese dejado bienes. En caso de que no tuviese bienes, el deudor será el/la cónyuge supérstite y si éste no existiera, los deudores serán quienes tenían, según la ley, obligación de alimentarlo.

Los gastos de última enfermedad comprenden la internación, medicamentos, traslados, honorarios de los profesionales que atendieron al difunto. Por su parte, los gastos funerarios los integran todo lo que se haya abonado por el velatorio y sepelio del/la conviviente.

Con relación al carácter de obligación natural de los gastos funerarios y de última enfermedad y la imposibilidad de repetirlos, se entiende que esa obligación natural existe entre los convivientes pero no entre el/la supérstite y los herederos de su concubino/a. Por eso podrá la conviviente supérstite que efectuó tales gastos reclamarlos a los parientes del concubino premuerto.

Pero entendemos que habría que hacer una distinción: la conviviente supérstite tendría derecho a reclamar tales gastos a los herederos del conviviente siempre que demuestre su situación de necesidad, porque si quien efectuó los gastos mejoró su estilo de vida o se enriqueció con la relación concubinaria sería inmoral o abusivo reclamar los gastos de la última enfermedad.

Legitimación para reclamar los daños material y moral por homicidio del conviviente.

En doctrina se ha suscitado el debate respecto de decidir si en caso de fallecimiento por homicidio del integrante de una unión convivencial, el supérstite tiene derecho a reclamar al responsable del hecho ilícito, la indemnización por daños material y moral. Este debate se centra en la interpretación de las normas de nuestro código de fondo que podrían calificarse de contradictorias.

Esto es así ya que en materia de delitos el art.1077 del Código Civil establece un principio general al disponer que *“todo delito hace nacer la obligación de reparar el perjuicio que por él resultare a otra persona”* es decir que el responsable del ilícito está obligado a resarcir los daños que provocó con su accionar ilegal.

A quiénes debe indemnizar el autor del injusto penal está determinado por el art.1079 del mismo ordenamiento legal que establece que *“la obligación de reparar el daño causado por un delito existe, no sólo respecto de aquel a quien el delito ha damnificado directamente, sino respecto de toda persona que por él hubiese sufrido, aunque sea de manera indirecta”*.

Las disposiciones transcriptas son claras y terminantes: todo aquel que comete un delito debe reparar los perjuicios que con su ilícito provocó a todo damnificado directo (víctima) o indirecto (todo aquel que hubiese sufrido un daño por causa del ilícito).

Ahora bien, el problema surge cuando el delito cometido es homicidio y la damnificada indirecta es la concubina supérstite ya que las disposiciones del C. Civil no la incluyen entre los legitimados para reclamar la indemnización por el homicidio doloso o culposo de su compañero.

En efecto, el art.1084, que regula la reparación del daño material causado por el delito, dispone: *“si el delito fuere de homicidio, el delincuente tiene la obligación de pagar todos los gastos hechos en la asistencia del muerto y su funeral; además, lo que fuese necesario para la subsistencia de la viuda e hijos del muerto”*

Los legitimados para reclamar la reparación de los daños materiales están determinados por el art. 1085 del C.C. cuando dispone que *“el derecho de exigir la indemnización de la primera parte del artículo anterior compete a cualquiera que hubiese hecho los gastos de que allí se trata. La indemnización de la segunda parte del artículo sólo podrá ser exigida por el cónyuge sobreviviente y por los herederos necesarios del muerto si no fueron culpados del delito como autores o cómplices, o si no lo impidieron pudiendo hacerlo”*.

No caben dudas de que la conviviente supérstite tiene acción para reclamar del autor del homicidio los gastos de atención hospitalaria si la hubo y los gastos funerarios que realizó a consecuencia del fallecimiento de su concubino. El problema se plantea con los “gastos de subsistencia” (alimentos que le proveía la víctima y de los que se vio privada por el homicidio) ya que la ley sólo confiere acción para demandarlos a la “viuda e hijos”.

A su vez, respecto del daño moral el art. 1078 del Código Civil, reformado por la ley 17711 establece que *“la acción por indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo, si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima únicamente tendrán acción los herederos forzosos”*.

Sabemos que la conviviente supérstite no tiene calidad de heredera para el Derecho argentino de modo que conforme la letra de la ley no tendría derecho a reclamar del homicida ni los daños patrimoniales (gastos de subsistencia) ni el daño

moral (sufrimiento espiritual que le provoca la pérdida de su compañero de vida). Esto además de un anacronismo insostenible es una enorme injusticia.

Por ello, y en base a lo regulado en el Código Penal, cuyo art. 29 inc.1° dispone que *“la sentencia condenatoria podrá ordenar la indemnización del daño material y moral, causado a la víctima, a su familia o a un tercero”*, en doctrina se ha sostenido que existiendo condena en sede penal no rigen las limitaciones de los art. 1084 y 1085, y por consiguiente cualquier tercero puede reclamar al homicida la indemnización del daño sufrido si puede probarlo. En consecuencia, la concubina estaría habilitada para demandar el resarcimiento de los daños material y moral que el deceso de su conviviente le ha provocado.⁶

También doctrinariamente se hace una distinción entre derecho subjetivo e interés simple para decidir en qué calidad estaría legitimada la concubina para reclamar al homicida los gastos de subsistencia. Se concluye que si bien la conviviente supérstite no tiene un derecho subjetivo ya que no existe obligación civil del conviviente de proveerle alimentos, *“tendría un interés simple como damnificada si demuestra que es una alimentaria de hecho del concubino premuerto y que esa situación existía y se sostenía regularmente”* (Bosset,2006,p.163)

Por su parte en la jurisprudencia se ha abierto paso últimamente una tendencia a morigerar los términos de la ley. Respecto del resarcimiento del daño material, una sentencia plenaria la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil hizo lugar a la demanda de una concubina al decidir que *“se encuentran legitimados los concubinarios para reclamar la indemnización del daño patrimonial ocasionado por la muerte de uno*

⁶ SALAS, A., Personas con derecho a indemnización, J.A., 70- 313

de ellos como consecuencia de un hecho ilícito, en tanto no medie impedimento de ligamen” Fernández, María c/El Puente SAT, 4/4/95, J.A., 1995-II-201.

En consecuencia, quedan excluidos de la aplicación de tal plenario, los “concubinatos adulterinos” según la expresión acuñada por el Dr. Gustavo Bossert. Por su parte el camarista Dr. Luaces, firmante de la sentencia plenaria asentó en su fallo su disconformidad con dicha excepción ya que “importa introducir una distinción carente de rigor científico” (NOVELLINO, 2006)

Posteriormente, en 2003 una sentencia que hace lugar a un reclamo por daño moral planteado por una concubina con los fundamentos: “Si bien es cierto que el art.1085 del C. Civil sólo legitima a reclamar la indemnización por muerte en homicidio al cónyuge sobreviviente y herederos necesarios, y que el ordenamiento común no equipara a la concubina con la viuda del causante, de ello no se sigue que aquélla carezca de legitimación para accionar por los daños que sufre por la muerte de su conviviente. Es que en materia de daños derivados de un hecho ilícito, el derecho a la reparación no se ciñe al damnificado directo o a los herederos forzosos sino que alcanza a todo aquél que sufre el perjuicio, pues, tal como lo dispone el art.1079 del C. Civil *“la obligación de reparar el daño causado por un delito existe, no sólo respecto de aquél a quien el delito ha damnificado directamente, sino respecto de toda persona que por él hubiese sufrido, aunque de manera indirecta”*, solución que responde al principio “alterun non laedere”, de raigambre constitucional (art.19 C.N., 4 y 5 Convención Americana de Derechos Humanos, 75 inc.22 C.N.)

En el caso de la concubina, la legitimación para efectuar el reclamo no se funda en su carácter de concubina, sino que se origina en su condición de simple damnificada por el hecho ilícito, la cual genera una obligación reparadora (arts.1069, 1079, 1109 y

concordantes), independientemente de la existencia de una prerrogativa jurídica, pues a los fines del resarcimiento la norma no propone distinciones según la categoría del interés perjudicado. Admitido que el daño se establece por la aflicción del interés, éste puede consistir en la frustrada satisfacción de necesidades que, regularmente y con certeza, se veían satisfechas por el muerto antes del ilícito, sin depender estrictamente de que existan normas que contemplen y erijan en derecho subjetivo tal interés. Por ello si demuestra el perjuicio patrimonial ocasionado por el hecho ilícito que quitó la vida a su compañero, debe ser indemnizada conforme lo dispuesto por el art.1079 del C.Civil. Así lo determinó la C. N. Civil al fijar la doctrina plenaria in re “Fernández, María c/ El Puente SAT” del 4/4/95”. JNT Expte.Nº21667/03 sent.38996 17/5/07 “Carballo, Evangelina por sí y en representación de su hijo menor y otro c/ Molina, Julio y otros s/ daños y perjuicios” Sentencia confirmada por la CNAT Sala I, sent.84768 del 22/10/07

En definitiva, conforme la jurisprudencia transcripta, la concubina supérstite estaría legitimada para reclamar la indemnización de los daños material y moral causados por el homicidio de su compañero, pues conforme al principio general del derecho que ordena “no dañar a otro”, quien causa un perjuicio a otra persona debe resarcirlo. El derecho a reclamar el daño compete a toda persona que haya sufrido un perjuicio a causa del ilícito, independientemente de su calidad personal. Por lo tanto, la concubina deberá probar el perjuicio sufrido, es decir, que a causa del fallecimiento de su conviviente ha padecido un detrimento de su calidad de vida por la pérdida de la persona le proveía alimentos y que padece daño moral que, que Acdel Salas define como “la lesión a los derechos extrapatrimoniales de una persona, que afecten su honor, paz, dignidad, pudor, seguridad personal, afecciones legítimas o el goce de sus bienes,

en suma, todos los padecimientos físicos y espirituales derivados del hecho ilícito”
(Sala-Trigo Represa,2000,p.543)

DERECHOS RECONOCIDOS EXPRESAMENTE AL CONVIVIENTE SUPÉRSTITE EN LA LEGISLACIÓN

Ante el vacío legal y la evidencia de la proliferación de uniones irregulares nuestros legisladores se vieron en la necesidad de resolver algunas situaciones que, de ser decididas con la legislación vigente, derivaban en injusticias e inequidades.

Derecho de continuar la locación. Así, la ley de locaciones urbanas 23.091, en su art. 9 dispone que *“en caso de abandono de la locación o fallecimiento del locatario, el arrendamiento podrá ser continuado en las condiciones pactadas, y hasta el vencimiento del plazo contractual, por quienes acrediten haber convivido recibido del mismo ostensible trato familiar”*.

Derechos previsionales. La ley 23570/88 modificó las leyes previsionales y dispuso que *“tendrá derecho a pensión la conviviente cuando el causante se hallase separado de hecho y hubiese convivido públicamente en aparente matrimonio durante por lo menos 5años inmediatamente anteriores al fallecimiento, plazo que se reduce a dos si hubiera descendencia o el causante hubiese sido soltero, viudo, separado legalmente o divorciado.*

Derecho de la seguridad social. También se puede incluir como beneficiario de las obras sociales a las personas que tengan con el afiliado directo ostensible trato familiar. Por ejemplo, en San Juan, la ley 8242//11 publicada en el Boletín Oficial de la provincia el 23 de noviembre de 2011, que regula la obra social para empleados del Estado provincial, en su art.5 dispone: *“se consideran AFILIADOS INDIRECTOS OBLIGATORIOS, los integrantes del grupo familiar del afiliado directo y conforme se*

detalla: b) el concubino que no sea afiliado directo de la Obra Social Provincia y que acredite una convivencia no inferior a cinco (5) años anteriores a solicitar la afiliación”.

Aunque la ley habla de “concubino” con género masculino se entiende que está incluida la concubina por cuanto no se pueden hacer distinciones o tratos discriminatorios hacia la mujer (C.N art.75 inc.22)

Derecho a indemnización laboral.

En materia laboral la ley 21.297 reconoce el derecho a la indemnización por muerte del trabajador (art.248 de la LC.T.) a las personas enumeradas en el art.38 del decreto ley 18037/69. Esta norma fue derogada por el art.168 de la ley 24241 reemplazándola por el art.53 de esta ley que entre los derechohabientes incluye al viudo o viuda y a la conviviente o al conviviente si el causante *“hubiese estado separado de hecho o legalmente o fuera soltero, viudo o divorciado y hubiera convivido con él en aparente matrimonio durante cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento, en caso de existir hijos reconocidos por ambos convivientes, el plazo se reduce dos años”*

Al analizar esta norma el Dr. Julio Armando Grisolia opina que si el cónyuge superviviente fuese culpable de la separación, el conviviente lo excluye. En cambio, “cuando el causante pagase alimentos o hubiera sido el culpable de la separación personal o del divorcio, “la prestación se debe otorgar al cónyuge y al conviviente por partes iguales.” (GRISOLÍA, 2001, p.717)

Derecho a licencia laboral.

También se le reconoce al trabajador el derecho a una *licencia de 3 días por la muerte de la persona con quien hubiera vivido en aparente matrimonio* (art.158 inc. c

de la ley 20.744). En este derecho se equipara a la conviviente con la cónyuge supérstite ya que ambas tendrán la misma licencia en caso de muerte de su pareja.

Derecho Penal. Equiparación a la conviviente con la cónyuge como víctima de delitos

En el Código Penal se contempla al concubinato como agravante de los delitos de corrupción y prostitución (art.125)

En 2012 se sancionó la ley 26.791 que sustituye los inc.1º y 4º del art.80 del C.P. Dicho artículo en su inciso 1º ahora castiga con *reclusión o prisión perpetua al que matare a su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediante o no convivencia.*

Y el art.12º dispone que sufrirá la misma pena quien matare *“con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inc. 1º.*

Es decir que desde 2012 no sólo se incorpora al Código Penal la figura del femicidio que consiste en matar a una mujer por el hecho de serlo, sino que se agrava la pena si la víctima es una conviviente o una pareja con la que no convivió. Por lo tanto en nuestro país desaparecieron en materia penal las irritantes diferencias legales entre víctimas casadas o convivientes, como si fuera más lamentable el homicidio de una mujer casada por su marido que la muerte de una conviviente en manos de su pareja. El homicida de su conviviente antes era merecedor de una pena de entre 8 y 25 años y su acción calificada como homicidio simple, en la actualidad es sancionado con reclusión o prisión perpetua y su accionar se encuadra en la figura del homicidio agravado por el vínculo.

LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

Conforme el art.31 de nuestra Constitución Nacional, las normas constitucionales, las leyes que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencia extranjeras “son la ley suprema de la Nación”. A su vez el art.75 inc. 22 dispone que los tratados internacionales que allí se enumeran “tienen jerarquía superior a las leyes”. Es decir que tanto las normas constitucionales como las contenidas en los tratados internacionales con jerarquía constitucional son ley suprema de nuestro país.

Para el tema de nuestra tesis nos limitaremos a extraer las disposiciones de la Constitución y de los Pactos internacionales con jerarquía constitucional que creemos tienen relevancia para establecer la concordancia de la legislación vigente y del proyecto de unificación con las normas constitucionales.

Entre las “Declaraciones derechos y garantías”, el art.16 de la C.N. consagra el principio de igualdad al disponer que “*todos los habitantes son iguales ante la ley*”. En consecuencia, las leyes para conformarse al principio de igualdad no pueden establecer diferencias entre las personas negando a unas lo que se les concede a otras en iguales circunstancias.

Por su parte, la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre en su Art. II establece que “*todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna*” y el Art.VI: “*toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella*”

A su vez, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el art.1 dispone que “*todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos*” y en el

Art.7: *“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta declaración”* En tanto que el Art.16 inc.3 establece que *“la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”*, y el Art.25. inc.2 *“Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”*.

La Convención Americana sobre derechos humanos-Pacto de San José de Costa Rica, prescribe en el Art.17 inc.; 1: *“la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado; inc.5: la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”*. A su vez en el Art.24: establece que *“todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”*.

También el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, contiene normas de protección de la familia de los niños, así el Art.10: inc. 1. ordena que *“Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo.; 3) se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición”*.

Similares disposiciones integran el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, por ej., el Art.23. 1. *“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”*; y el Art.24

“Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”; como también el Art. 26: *“Todas las personas son iguales ante la ley, tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley”*.

También la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Art. 16: *Los estados parte adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares”*.

En lo que respecta a los hijos de los convivientes están protegidos por las normas de la Convención Internacional sobre los derechos del niño, que en su art.3 inc.1º ordena que *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*. A su vez, el inc.2º del mismo artículo dispone que *“los Estados parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres (...) y con este fin tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”*.

Las normas suscriptas por nuestro país son obligatorias y el Derecho interno debe ajustar sus disposiciones a la normativa internacional. Ante la ausencia de regulación de las uniones convivenciales los pronunciamientos judiciales procuraron llenar el vacío legislativo y adecuar sus resoluciones a los compromisos contraídos en

materia de derechos humanos. Veremos a continuación cuáles son los derechos reconocidos a los convivientes y específicamente a la concubina superviviente respecto de los bienes adquiridos en el lapso en que se extendió la unión convivencial.

DERECHOS DEL/LA CONVIVIENTE SUPÉRSTITE RESPECTO DE LOS BIENES ADQUIRIDOS DURANTE LA CONVIVENCIA.

Una vez concluida la unión convivencial por la muerte del conviviente y abierta la sucesión, se presenta el problema para el conviviente supérstite del reconocimiento de sus derechos respecto de los bienes adquiridos en la convivencia. Puede ocurrir que existan bienes adquiridos durante el tiempo de la convivencia pero inscriptos a nombre de quien fuera su compañera/o y deba reclamar su derecho sobre aquéllos. Pero también puede suceder que los bienes adquiridos hayan sido inscriptos a su nombre o en condominio de ambos convivientes. En ambos casos si el causante tiene herederos forzosos deberá litigar con ellos para que la justicia dirima los derechos de cada uno.

Dispone el art.3592 del Código Civil que tienen porción legítima los llamados a la sucesión intestada en el orden y modo determinado en los cinco capítulos del título anterior. A su vez, nuestro Código Civil declara herederos forzosos a los descendientes (art. 3593), ascendientes (art.3594), cónyuge (art.3595) y a la nuera viuda sin hijos (art.3576 bis)

El problema que se le va a presentar al/ la conviviente supérstite es que son muy altas las porciones legítimas en nuestro derecho, y si se explora la legislación comparada, se concluye que son de las más altas del mundo por lo cual los tratadistas abogan por su disminución y el Proyecto de reforma recoge esta crítica disminuyendo las porciones legítimas a los $\frac{2}{3}$ del total de bienes del causante. Así tenemos que la legítima de los descendientes es de los “ $\frac{4}{5}$ de todos los bienes existentes a la muerte del testador y de los que éste hubiere donado”, a su vez la de los ascendientes es de los “ $\frac{2}{3}$ de los bienes de la sucesión y de los donados”. A la nuera viuda que carece de hijos

se le reconoce “la cuarta parte de los bienes que le hubiesen correspondido a su esposo” en la sucesión de sus suegros.

Por su parte, el art. 3595 del Código Civil establece que “la legítima de los cónyuges, cuando no existen descendientes ni ascendientes del difunto, será la mitad de los bienes de la sucesión del cónyuge muerto, aunque los bienes de la sucesión sean gananciales”.

En caso de que el fallecido hubiese estado casado y “separado de hecho sin voluntad de unirse” o provisionalmente separados, conforme al art.3575 la cónyuge superviviente pierde su vocación hereditaria. Pero si hubiese culpa imputable a uno de los cónyuges “el inocente conservará la vocación hereditaria”

Como se advirtió precedentemente los convivientes no tienen vocación hereditaria entre sí. Por lo tanto, el conviviente superviviente no puede ser declarado heredero aunque puede haber sido instituido heredero testamentario o legatario. En estos casos, o cuando lo demanden los herederos forzosos de su ex conviviente, deberá justificar la procedencia de los bienes adquiridos durante la convivencia.

Esto es así pues conforme el art.3417 el heredero declarado “continúa la persona del difunto y es propietario, acreedor o deudor de todo lo que el difunto era propietario, acreedor o deudor, con excepción de aquellos que no son transmisibles por sucesión. Los frutos y productos le corresponden.”

El Código Civil argentino establece una incapacidad de derecho entre los cónyuges para celebrar entre sí ciertos contratos, a saber, compraventa (art.1357), donación (art.1807 inc.1º) prohibiciones que se hacen extensivas por analogía a las cesiones de derechos onerosas y gratuitas y a la permuta (la cesión, porque si ella es gratuita se le aplican las normas de la donación y si es onerosa, se le aplican las reglas

de la compraventa, y la permuta, porque se rige por las disposiciones de la compraventa. No existe respecto de los convivientes una norma similar y por lo tanto, en principio, los contratos celebrados entre ellos son plenamente válidos. No lo serán si afectan derechos de terceros o contravienen normas de orden público. La falta de validez estriba en vicios propios de la causa de la obligación o del consentimiento.

Si existe un matrimonio anterior no disuelto por parte de alguno o de ambos de los convivientes se suelen adquirir bienes con dinero de alguno de ellos pero inscribiéndolos a nombre del otro o se suele simular una venta entre ambos.

Como expresa Augusto Belluscio, a falta de normas legales que regulen las consecuencias jurídicas de la unión de hecho o la distribución de los bienes adquiridos por los convivientes “cuando se produce la conclusión de la unión es preciso que el tema sea solucionado por aplicación de normas que regulen situaciones análogas o de los principios generales del derecho”⁷(BELLUSCIO, 1991, p.958)

Sociedad de hecho. Cuando finaliza la unión convivencial, sea por voluntad de los convivientes o por fallecimiento de uno de ellos, surge el problema de la división de los bienes adquiridos en común en el tiempo de convivencia. Debido a la ausencia de regulación en nuestro sistema jurídico, para fundamentar el reclamo del reconocimiento de las partes de cada conviviente en el patrimonio existente al final de la unión, se solía recurrir a la figura de la sociedad de hecho, pero como tal sociedad no se condice -en la mayoría de los casos- con la realidad de los convivientes, tanto doctrinaria como jurisprudencialmente se ha venido delineando un encuadramiento legal especial- basado en la legislación vigente- para las distintas situaciones que se pueden presentar.

⁷BELLUSCIO, AUGUSTO CÉSAR, La distribución patrimonial en las uniones de hecho, LL. 1991-C-958

Sociedad y comunidad de bienes o intereses. Cuando se reclama la disolución de la unión convivencial y la división de los bienes adquiridos durante la misma, se acude a la figura de la comunidad de bienes o de intereses. A diferencia de la sociedad, que tiene por fin obtener lucro o ganancia, en la comunidad de bienes el fin es el simple uso, goce y utilidad que el patrimonio puede aportar a sus titulares.

Al respecto ha decidido la Cámara Nacional en lo Civil que “la comunidad de vida entre un hombre y una mujer, no casados entre sí, durante largo tiempo, entraña una comunidad de intereses, pero se trata de una situación de hecho que por sí misma no produce ningún efecto jurídico y carece de regulación legal, no sólo durante su lapso de existencia sino fundamentalmente al producirse su ruptura. Pero tal comunidad de intereses resulta insuficiente para considerar presumida la existencia de una sociedad de hecho, que se demuestra con la existencia de un *animus societatis* que presida la gestión económica común, tratando de obtener alguna utilidad apreciable en dinero”⁸

Conforme al régimen legal argentino, desde la celebración del matrimonio se constituye entre los cónyuges una verdadera sociedad universal compartiendo la propiedad de los bienes que adquieran desde entonces y hasta su disolución por cualquier causa.

Pero no existe entre los convivientes una sociedad universal ya que el art. 1651 del Código Civil dispone que “*es nula la sociedad de todos los bienes presentes y futuros de los socios, o de todas las ganancias que obtengan; pero podrá hacerse sociedad de todos los bienes presentes designándolos y también de las ganancias, cuando ellas sean de ciertos y determinados negocios*”. De manera que si se llegara a

⁸Cam. Nac. Civil, Sala H, 5/4/2000, LL, 2000-D-811.

probar la existencia entre los convivientes de una sociedad de hecho asimismo debe probarse cuáles son los bienes que constituían el patrimonio común.

Por lo tanto, no existiendo una sociedad universal en el concubinato, muchas veces, al término del mismo se ha intentado la distribución de los bienes existentes pretendiendo que entre los convivientes se configuró una la sociedad de hecho. Pero debe tenerse presente que “No media sociedad cuando la finalidad perseguida por los concubinos es la adquisición de bienes y la administración del hogar constituido de hecho” C.N.Civ., Sala 1º, 4/10/01, L.L. 2002- B- 318

Luego de analizar numerosos antecedentes jurisprudenciales puede concluirse que los convivientes pueden constituir sociedades entre sí, que la sola constitución de una unión de hecho no determina la existencia una sociedad de hecho, pero que tampoco debe descartarse la posibilidad de su constitución, la cual, para tenerse por cierta, puede ser probada con toda clase de elementos probatorios.

Para fundamentar la posibilidad de la constitución de un sociedad de hecho entre convivientes el Dr. Novellino expresa que si bien en los casos de uniones de hecho la mayoría de las parejas se unen exclusivamente por amor, “no es impropio, imposible, inmoral o ilegal que, con el tiempo y sin cambiar necesariamente de sentimientos, los integrantes de esa unión integren voluntariamente una sociedad de hecho” para aumentar sus ingresos y mejorar su nivel de vida como acostumbran los matrimonios. De este modo, a la unión por el afecto, “simplemente se le añade una real comunidad empresaria, la cual se exterioriza con la explotación, con carácter lucrativo de un negocio cualquiera, siempre que el mismo sea legal” (NOVELLINO, 2006)

Para acreditar la existencia de una sociedad de hecho entre convivientes es necesario demostrar: la *afectio societatis* (esto es, la voluntad de constituir una

sociedad), los aportes efectuados a la sociedad por ambos integrantes de la pareja ya sea en trabajo, bienes o dinero y también la participación de ambos en las ganancias y en las pérdidas. Esto se desprende de la norma del 1648 del C. Civil, que reza “*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*” . La necesidad de participar en las pérdidas surge de la doctrina y de las normas de la ley 19550 que regula las sociedades comerciales.

En este tipo de sociedades sus socios hacen aportes durante la vigencia de la misma para aplicarlos a una empresa común dividiéndose las ganancias y soportando las pérdidas. Al disolverse la sociedad se liquidan los bienes, distribuyéndolos en proporción a los aportes. Es por esto que no se presume la existencia de una sociedad de hecho entre convivientes sino que deben probarse los aportes que habrían realizado cada uno de los socios a la empresa común.

Con relación a la prueba de la existencia de la sociedad de hecho entre convivientes no existe unanimidad en los antecedentes jurisprudenciales exigiendo algunos una prueba rigurosa - documental- de la conformación de un ente social distinto de las partes y otros, más flexibles, admiten cualquier tipo de prueba, inclusive la de presunciones, “no siendo necesaria la prueba de la *affectio societatis* en sentido estricto, bastando demostrar la comunidad de intereses que se logra con la colaboración de las partes mediante dinero o trabajo” (Cámara 1º en lo Civil y Comercial, Mar del Plata, sala II, 4/11/81 , LL,1981-415)

Asimismo se ha sostenido que no basta para probar la existencia de la sociedad de hecho entre convivientes la contribución, aunque sea permanente, a los gastos del

hogar, adquisición conjunta de los muebles que lo adornan o, la administración conjunta de los bienes. “Ello resulta ser así dado que el aporte integrativo del capital social, que traduce la efectiva voluntad del socio de asumir tal condición ha de ser verdadero, real y a ese título y no a otro”⁹

Con algunas excepciones, en la mayoría de los casos analizados, la apreciación de la prueba de los aportes y del fin de constituir una sociedad entre los convivientes es realizada por los tribunales con criterio restrictivo, ya que se sostiene que “la relación concubinaria puede crear una apariencia de comunidad de bienes o de existencia de una sociedad (C.N.Com., sala D, 9/3/01 LL, 2001-D-379). De manera que suele prosperar el reclamo fundado en la supuesta existencia de una sociedad de hecho si no hay indicios concretos de aportes realizados a los fines de integrar la sociedad o para afectarlos a una actividad productiva, con ánimo de obtener ganancias, participar en ellas y soportar las pérdidas (C.N.Com., sala C, 23/6/04, L.L. 2004-E-981; C.N.Com., Sala D, 9/03/01, LL, 2001-D-379)”

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, decidió que “ si bien es cierto que cuando ha existido una relación concubinaria no existe disposición alguna que imponga un criterio “restrictivo” para apreciar la prueba de la alegada sociedad de hecho, no lo es menos que tampoco hay fundamento suficiente para sostener que ese criterio deba ser liberal” AC. 42.400 del 27/11/90, Ac.60.072 del 04/06/96

⁹ONOFRE ALVAREZ, OSVALDO, Concubinato y sociedad de hecho, comentario de la sentencia 44501-C.N.Civ, Sala A, Nov. 13, 1991. I.L.H. c/ S.A.B , EL DERECHO, T. 148, PÁG. 475

A manera de ejemplo, se ha admitido la existencia de una sociedad de hecho entre los convivientes cuando los fondos de comercio son explotados por ambos (aunque los mismos figuren a nombre de uno solo), cuando los dos contribuyeron con su esfuerzo a una actividad común dirigida a la construcción de un inmueble destinado a negocio (con independencia de que los préstamos solicitados para ello estuvieran a nombre de uno solo); cuando ambos arrendaron conjunta y solidariamente unos fondos de comercio o un inmueble; o bien suscribieron conjuntamente una póliza de seguros, compraron a los proveedores y pagaron juntos los impuestos; ejercieron ostensiblemente el comercio juntos o registraron el comercio a nombre de los dos miembros de la unión¹⁰.

Concordante con lo expuesto, es interesante la lectura de los fundamentos de una sentencia que hizo lugar a la demanda de disolución de sociedad interpuesta por una ex conviviente contra su compañero. Éste había constituido y explotado un negocio en forma exclusiva (remisería) y ella había inscripto a su nombre en la Municipalidad una “escuela de tránsito y conducción” en el mismo domicilio en que se instaló la agencia de remises y varios de los automotores que trabajaban en la misma estaban inscriptos a nombre de ella. Dice en los considerandos dicha sentencia que “sin desconocer que la mera comunidad de bienes no acredita la existencia de una sociedad de hecho, tampoco es posible soslayar que, varios automotores se encontraban afectados a una empresa de remises, aunado al hecho de que también estaba destinado a dicha explotación un vehículo de propiedad exclusiva de la actora”. Concluye que “en función de su seriedad,

¹⁰ Disponible en: <http://www.graciamedina.com/proceso-de-las-uniones-de-hecho-y-concubinato/>
(15/06/2013)

gravedad, precisión y concordancia, la existencia de aportes mutuos, encaminados a la obtención de un lucro o ganancia que demuestran en definitiva la *afectio societatis* entre los litigantes, con lo cual es posible inferir la presencia de estos dos elementos o caracteres que integran una sociedad, en el caso comercial por su objeto o bien porque se halla destinada a la producción o intercambio de bienes o servicios como lo indica la ley de sociedad comerciales argentina (Art.1, LSC.19550)”¹¹

Condominio. Es posible que los convivientes hayan comprado bienes con dinero de ambos, sin que exista propósito lucrativo, p.ej. una casa destinada a vivienda común. “Ninguna dificultad habrá si la compra ha sido hecha por los dos en proporción a sus aportes: se constituirá un condominio”¹²

En caso de no existir prueba de los aportes de cada uno de los socios y existiendo bienes de uso en común se acude actualmente al instituto del condominio para su justa distribución entre ambos convivientes.

El problema se presenta en los bienes registrables cuando están inscriptos a nombre de uno de los convivientes. En este caso puede el/la conviviente supérstite titular aducir que fue una donación que -como dijimos-, es perfectamente válida entre convivientes siempre que se den los presupuestos legales.

El reclamante, por su parte, deberá probar que su titular no podía con sus ingresos adquirir el bien o de ellos y la causa por la cual se lo inscribió a nombre de aquél. En el caso, se trata de un condominio con interposición de personas.

¹¹ C. Civ. Com. Familia y contencioso administrativo de Río Cuarto, 09/05/08, LLC, 2008, 810

¹² BELLUSCIO, A.C., Manual de Derecho de Familia, 10° Ed. Actualizada, Ed. AbeledoPerrot, Bs.A.s, 2011, pág.987

En caso de existir bienes inscriptos a nombre de uno solo de los convivientes, debe investigarse si fueron adquiridos con fondos comunes, o con fondos de uno solo de ellos. En el primer caso los jueces no se limitan a resolver con base en los títulos sino que buscando la verdad “real” admiten toda clase de pruebas, incluso las presunciones, para lograrlo.

Enriquecimiento ilícito. Pero de no hacerse lugar a la demanda de disolución de sociedad de hecho o de división de condominio incoada por la conviviente que hizo aportes en bienes, dinero o trabajo a la comunidad, se configuraría un enriquecimiento ilícito del titular de los bienes adquiridos durante la vigencia de aquella. Todo traspaso de bienes de una persona a otra debe tener una causa que lo justifique. “Resulta contrario a la equidad que una persona pueda enriquecerse a costa del empobrecimiento de otra sin un motivo legítimo. Cuando esto ocurre, la ley confiere al empobrecido una restitución llamada enriquecimiento sin causa en defensa de su patrimonio” (BORDA, 2002)

La *actio in rem verso* sólo puede prosperar cuando el/la conviviente supérstite no cuente con otra acción derivada de un vínculo contractual, por ej. las mejoras que el/la conviviente hubiera realizado en el inmueble de su pareja “con su trabajo personal o afrontando los gastos que demandan” (BOSSERT, 2006).

Así, Alles Monasterio de Ceriani Cernadas, se pregunta “¿Qué pasa con los aportes, esfuerzo y ganancias de ambos compañero cuando uno de ellos, a costa del otro, comienza adquirir bienes registrables o no a su solo nombre?” Si se le contesta que puede aplicarse el principio jurídico que niega la posibilidad de invocar a su favor la propia torpeza, responde que la jurisprudencia de la C.N.Civil de C. F. ha dispuesto lo contrario (sala C, 29/552, LL, 63-825). De modo que, como no puede aplicarse en

estos casos por analogía las normas que regulan la sociedad conyugal, tampoco sería justo el enriquecimiento de uno de los integrantes de esa unión de hecho a costa del otro cuando no pueda invocarse una sociedad de hecho, y concluye “procede la acción *in rem verso* cuando ninguna otra relación jurídica constituida entre ambos concubinos justifique el beneficio o enriquecimiento incorporado al patrimonio de uno de ellos”¹³

Gestión de negocios ajenos. En ocasión de resolver una causa en la que se demandaba por disolución de sociedad de hecho, la Cámara Nacional en lo Civil, Sala C, sostuvo que “cuando los hechos probados revelan que la parte aportó en la adquisición y conservación de una cosa, más que una sociedad de hecho hay gestión de negocios que harían aplicables los art.2298 y 2382 del Código Civil, por cuyo motivo habría que reconocer un crédito respecto al inmueble así adquirido y conservado en la medida de tales aportes (sentencia del 19/9/89, LL, 190- A- 678)

Al comentar este fallo, el Dr. Novellino dice no estar de acuerdo “por cuanto el precitado articulado se refiere a la gestión de negocios “ajenos”, y para que haya gestión de negocios es necesario que el gerente se proponga hacer un negocio de otro, obligándolo eventualmente. “Y no estamos de acuerdo porque en el concubinato no puede concebirse la realización de un negocio ajeno ni un concubino es gerente. (NOVELLINO, 2006)

Bienes muebles e inmuebles. Descartada la sociedad universal entre convivientes y siendo una excepción los casos que configuran una sociedad de hecho

¹³ALLES MONASTERIO DE CERIANI CERNADAS, ANA M., Concubinato: supone la existencia de una sociedad de hecho?, LL, 1994- D- 1622.

entre ellos, se analizará el derecho del conviviente supérstite respecto de bienes particulares adquiridos durante la convivencia.

Con relación a los bienes muebles puede no tener problema el/la conviviente supérstite ya que tiene plena vigencia el principio jurídico que declara “la posesión vale título” consagrado en el art. 2412 del Código Civil que reza “*la posesión de buena fe de una cosa mueble, crea a favor del poseedor la presunción de tener la propiedad de ella y el poder de repeler cualquier acción de reivindicación, si la cosa no hubiese sido robada o perdida*”

Conforme la norma transcrita, se presume la buena fe del poseedor de cosas muebles y la mera tenencia, es decir el corpus posesorio, hace presumir la propiedad de una cosa.

Se requiere en el poseedor de una cosa mueble que la posea con buena fe y con “*animus domini*”, es decir poseer la cosa con ánimo de dueño. Es el caso del mobiliario y demás bienes muebles que el/ la conviviente supérstite tuviera en su vivienda.

La presunción establecida por el art.2412 es *juris tantum* ya que puede ser desvirtuada por prueba en contrario. Por ejemplo, si la posesión se funda en un título nulo, quien detente la cosa no podrá alegar la buena fe de la posesión.

Esta presunción también cede en caso de que los bienes muebles hayan sido adquiridos por su actual poseedor en forma gratuita y aunque sea de buena fe éste deberá restituirla a su propietario. Así sucedería si el causante le hubiera donado a su concubina bienes que pertenecían a un tercero y éste prueba que son suyos. Estos últimos casos están contemplados en el art.2778 del Código Civil que dispone “*sea la cosa mueble o inmueble, la reivindicación compete contra el actual poseedor, aunque fuere de buena fe, que la hubiese tenido del reivindicante, por un acto nulo o anulado y*

contra el actual poseedor, aunque de buena fe, que la hubiese de un enajenante de buena fe, si la hubo por título gratuito y el enajenante estaba obligado a restituirla al reivindicante, como el sucesor del comodatario que hubiese creído que la cosa era propia de su autor”.

En definitiva, salvo las dos excepciones descritas, el/la conviviente supérstite nada tiene que probar respecto de los bienes muebles que posee ya que se presume que son suyos siempre que no sean cosas robadas o perdidas.

Hasta acá se trató de bienes muebles particulares pero en el caso de universalidades jurídicas la presunción del art.2412 del Código Civil no rige. También aquí hay que realizar una salvedad, ya que una sociedad universal sólo existe en el matrimonio (art.1261 del Cód. Civil) pero no puede por analogía extenderse a las uniones de hecho el régimen de la sociedad conyugal. La unión convivencial por prolongada que sea, no genera por sí sola una comunidad de bienes y según NOVELLINO, si terminada la unión convivencial se pretendiera la liquidación de una sociedad “quedaría reconocido para este tipo de parejas el efecto propio de una sociedad universal” (NOVELLINO, 2006).

No obstante, se ha resuelto que “si los concubinos convivían en un departamento regido por la ley de propiedad horizontal 13512 y cuyo dominio detentaban por mitades, cabe presumir que compartían también a medias la titularidad de los útiles y enseres que se hallaban en dicho hábitat” C.1º de Bahía Blanca, Sala II, 29/6/82, ED del 26/7/85”.

Automotores. Con relación a las cosas muebles un caso especial está representado por los muebles registrables (automotores) cuyo valor pecuniario puede superar en algunos casos el de muchos inmuebles y se puede plantear el problema de que un heredero cuestione la veracidad de la inscripción registral. Las situaciones que se

pueden presentar, sean los bienes muebles o inmuebles, son las siguientes: 1) que un bien adquirido con dinero de uno de los convivientes se inscriba a nombre del otro; 2) que el bien adquirido con dinero de uno de los convivientes se inscriba a nombre de ambos; 3) que ambos convivientes hayan contribuido con dinero para la compra del bien que se ha registrado a nombre de uno solo de ellos; 4) que el bien figura en los registros como adquirido a título oneroso siendo un conviviente el comprador y el otro el vendedor, cuando es el resultado de una transmisión a título gratuito entre ambos; 5) el bien fue adquirido por un conviviente con dinero donado o prestado por el otro.

Con relación a los automotores, no debe olvidarse que después del dictado del decreto ley 6582/ 58 se exige la inscripción en el Registro del Automotor correspondiente al domicilio del comprador, tanto de la adquisición del dominio de los automóviles como de las sucesivas transmisiones. Pero la inscripción de los automotores tiene una particularidad: es constitutiva tanto para las partes como respecto de terceros, por lo que después de la inscripción no podría haber controversia sobre la titularidad o el dominio del bien.

En un ensayo sobre el tema dicen Moisset de Espanés y Lloveras Cossio que el decreto ley 6582/58 le asigna “carácter constitutivo a la inscripción del dominio, en lugar de limitarse a los efectos meramente declarativos de oponibilidad a terceros del acto registrado que tienen los registros inmobiliarios de acuerdo al sistema organizado por el nuevo art.2505 del Código Civil completado por la ley 17801”.¹⁴

¹⁴ LLOVERAS COSSIO RICARDO Y MOISSET DE ESPANÉS, La propiedad de los automotores, Jurisprudencia argentina, Doctrina 1973- 558,

Es importante recordar la letra de la ley: el art.1º del referido decreto ley 6582/58 establece *“la transmisión (...) sólo producirá efectos entre las partes y con relación a terceros desde la fecha de su inscripción en el Registro del automotor”* y a su vez el art.2º del decreto expresa: *“la inscripción de buena fe de un automotor en el Registro confiere al titular de la misma la propiedad del vehículo y el poder de repeler cualquier acción de reivindicación si el automotor no hubiese sido hurtado o robado”*.

En consecuencia, el decreto ley ha consagrado una inscripción registral de naturaleza constitutiva, pues *“entre las mismas partes no se produce la transmisión, modificación o constitución del derecho sin la inscripción.”*

Pero no obstante la claridad de las normas trascritas, cuando los tribunales de nuestro país han debido resolver demandas de reivindicación de uno de los convivientes respecto del automotor inscripto a nombre del otro, lo determinante para la aceptación o rechazo de la demanda ha sido la prueba de los aportes o su falta por parte del reclamante.

Para saber cómo resuelven esta cuestión los tribunales a modo ilustrativo es interesante la jurisprudencia de la Sala I de la Cámara Civil y Comercial de Lomas de Zamora, en sentencia dictada en fecha 24/02/05 hizo lugar a la demanda incoada por quien fuera compañero de una mujer durante 17 años, con quien tuvo dos hijos y a nombre de quien compró una flota de seis automóviles para la explotación como taxis, sobre quien recaía a su vez la titularidad de las licencias. Tanto en primera como en segunda instancia se hizo lugar a la demanda en consideración de las declaraciones expresas efectuadas por la demandada durante una exposición en sede policial en la que reconoció que *“quiere dejar expresado que se encuentran a su nombre seis*

vehículos los cuales fueron adquiridos y comprados por L. B., o sea su concubino” (B.L. C/A.M.R, LL, 2005,973)

Conforme la jurisprudencia transcripta, producida la ruptura de la unión convivencial, uno de los integrantes de la pareja puede demandar al otro por la entrega de su parte en un automóvil inscripto a nombre del demandado siempre que pueda demostrar en forma fehaciente e indubitable los aportes que realizó para la compra. Así también si la unión terminó por fallecimiento del conviviente y existen herederos forzosos que reclamen derechos sobre automotores de propiedad del/la conviviente supérstite deberán probar que la compra se efectuó con aportes del conviviente fallecido.

Por lo tanto, podemos decir que en principio cada uno de los convivientes es dueño exclusivo de los bienes inscriptos a su nombre, pero podrá el otro o sus sucesores reclamar su parte en los bienes si pueden probar que se adquirieron con dinero de ambos convivientes o es fruto del esfuerzo común. No debe olvidarse tampoco que la libertad contractual existente entre los convivientes está limitada por las normas de orden público y no puede afectar derechos de terceros como sería la porción legítima de los herederos forzosos.

Bienes inmuebles. Con respecto a la inscripción registral de los bienes inmuebles dispone el art.2505 del Código Civil (reformado por la ley 17.711) que “la adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles, solamente se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda. Esas adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas”

En los considerandos la sentencia hace alusión al fundamento expuesto por la Dra. Graciela Medina en la sentencia de 4 de julio de 2002 de la Cámara de San Isidro que exige que “cuando se trata de bienes registrados a nombre de uno de los convivientes, pero comprado con el aporte de ambos, el miembro no titular debe probar tres cosas: a) el aporte económico realizado para la compra, b) la causa por la cual la inscripción registral no refleja la realidad económica que le dio origen, c) la inexistencia de *animus donandi* al entregar dinero para la adquisición del bien”.

El último requisito se explica porque si bien la donación está prohibida entre los cónyuges (art.1807 inc.1° del Código civil) puede ser perfectamente válida entre convivientes y si el/la supérstite alega que el dinero se le entregó en concepto de donación podría rechazarse el reclamo de su ex pareja de restitución del dinero aportado para la compra del bien. Pero en caso de fallecimiento del conviviente no titular existiendo herederos forzosos la donación será válida siempre que no excedan la porción disponible porque en este caso podrán éstos pedir la reducción de la donación hasta que queden cubiertas sus legítimas.

Como nuestro Derecho no regula un régimen general de división de bienes e intereses, se utiliza la teoría de la división de condominio para el supuesto en que el conviviente demuestre sus aportes para la adquisición de bienes que poseyeron en común durante la convivencia no obstante que inscribieron a nombre de uno solo.

Esta conclusión resulta de los siguientes presupuestos: 1) que la existencia del conviviente no hace nacer por sí mismo un conviviente y la prueba debe analizarse con severidad porque en las consecuencias jurídico-patrimoniales se equipararían el matrimonio y la unión de hecho 2) que tratándose de bienes adquiridos a nombre de uno solo de los convivientes corresponde admitir toda clase de pruebas para acreditar la

cotitularidad; 3) que cuando ambos convivientes acreditan tener ingresos propios, puede deducirse que éstos benefician a ambos, salvo que se pruebe que la ganancia de uno de los convivientes fue utilizada en provecho propio o son frutos de bienes adquiridos antes de la convivencia o provienen de un negocio exclusivo de uno de los convivientes, 4) que si bien la mera duración de la unión de hecho es insuficiente por sí sola para probar aportes comunes, la permanencia en el tiempo debe tenerse en cuenta al momento de resolver.

En consonancia se ha resuelto que “si el reclamo se funda en sostener que con aportes de uno y otro se han construido y adquirido inmuebles a nombre del demandado, ya no se trata de la figura típica de la sociedad de hecho sino de la más amplia y genérica de la comunidad de derechos e intereses” C. NAC. CIV. SALA F, 5/11/91, “P.B.S. vs. C.M.J” J. A 1992-II-117

No debe confundirse la sociedad de hecho con la compra de bienes inscripto a nombre de uno de los convivientes pero adquiridos con dinero aportado por ambos. La sociedad de hecho exige que haya aportes de capital, trabajo o dinero por los socios, *ánimus lucrandy affectio societatis*. Por su parte, el condominio se acredita con los aportes dinerarios de los condóminos y los motivos que indujeron a inscribirla a nombre de uno solo de los copropietarios.

En los últimos tiempos la jurisprudencia ha atenuado la exigencia de la prueba del fin común de “obtener una utilidad apreciable en dinero” fundado en que no es obstáculo para reconocer el derecho de uno de los convivientes sobre los bienes de ambos aunque inscriptos a nombre de uno solo, la ausencia de prueba del fin lucrativo. “No es posible que para admitir el condominio o la copropiedad se exija la prueba de

circunstancias que no hacen a ella sino a la sociedad, como la finalidad lucrativa y el ánimo de partir los beneficios” (BELLUSCIO, 1991)

En los casos analizados se trata de dilucidar la realidad detrás de las apariencias, el verdadero acto jurídico que se oculta tras la inscripción registral. Los interesados suelen alegar la existencia de un acto viciado de simulación entre los convivientes.

Según la definición legal existe simulación “cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten”.

Si la titularidad de los bienes del concubinato no se corresponde con lo aportado para su adquisición por cada uno de sus miembros, la verdadera situación patrimonial de los convivientes debe evidenciarse ejerciendo la acción de *simulación* cuando hubiere interposición ficticia de personas en la venta de un bien o –en su caso-la de *mandato* si hubiere interposición real, es decir, sin que intervenga el vendedor auténtico. (NOVELLINO, 2006)

La simulación es absoluta cuando el acto nada tiene de real, y relativa “*cuando se emplea para dar a un acto jurídico una apariencia que oculta su verdadero carácter*” (art.954 C.Civil).

Pueden los interesados pedir la nulidad del acto simulado pero no siempre. Ya que no es reprobada por la ley la simulación “*que a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito*” (art.957 del Cód. Civil) por lo que no puede anularse el acto cuya simulación sea relativa “*si no hay en él violación de la ley ni perjudica a terceros*”(art.958 del Código Civil)

Entre los convivientes, si existe, suele darse la simulación relativa y si el no titular demandara a quien figura inscripto en el registro como propietario, debería presentar el contradocumento. Pero no es común que éste se suscriba entre convivientes por la mutua confianza que suele existir entre ellos, por lo que podrá el no titular alegar imposibilidad moral de presentar la prueba exigida por la ley. Dada la intimidad y la mutua confianza existente entre los convivientes “no es razonable” exigirle al conviviente supérstite el contradocumento para hacer valer sus derechos a participar en la titularidad del bien.

También puede prescindirse del contradocumento *cuando mediaran circunstancias que hagan inequívoca la simulación* (art.960 del C.Civil)

Pero no obstante lo expresado, no debe olvidarse que conforme el art.959 del Código Civil quienes hubieren simulado un acto con el fin de violar las leyes o perjudicar a terceros *“no pueden ejercer acción el uno contra el otro sobre la simulación salvo que la acción tenga por objeto dejar sin efecto el acto y las partes no puedan obtener ningún beneficio de la anulación”*.

En la hipótesis que interesa para este trabajo, siendo el conviviente supérstite titular registral de bienes adquiridos contemporáneamente a la unión convivencial, puede ser demandado por los herederos de su ex pareja.

Si se trata de simulación absoluta, será demandado con el fin de demostrar que el bien que aparece inscripto en los registros públicos a su nombre, en realidad no entró nunca en su patrimonio.

También pueden alegar simulación relativa cuando no obstante figurar en los registros un conviviente como titular, el bien entró en su patrimonio pero lo adquirió el otro para él o le donó el dinero para que él lo adquiriese. En este caso, siendo un

negocio permitido, ya que la donación -como todo contrato lícito- no está prohibida entre convivientes, solamente los herederos forzosos pueden intentar la acción contra el conviviente supérstite en defensa de la legítima.

En este caso, los herederos forzosos del causante deberían promover la acción de simulación “destinada a demostrar el carácter gratuito de la adquisición de la concubina” y la acción de reducción de la donación “en resguardo de su porción legítima” (BOSSERT, 2006, pág.89)

El Dr. Raymundo Salvat, sostuvo al fundar un fallo de la Cámara Civil 2º de la Capital “que el heredero puede actuar en carácter de tal, o en su propio nombre, por considerar que la venta ha sido otorgada en perjuicio y fraude de sus derechos hereditarios y que con esa operación se afecta su legítima hereditaria” y agrega una distinción “si la simulación se demanda como heredero del vendedor, se aplica el principio de la necesidad de contradocumento, porque ocuparía el lugar del causante. Si por el contrario, la demanda se promueve por su derecho propio y en salvedad de su legítima hereditaria, esa situación es la de un tercero, autorizado para probar la simulación por toda clase de medios”¹⁵

Es decir que los herederos forzosos de quienes celebraron el acto simulado pueden acudir a toda clase de pruebas, inclusive las presunciones, para probar la simulación ya que deben ser considerados terceros respecto del acto simulado. Las presunciones, siendo “graves, precisas y concordantes” pueden acreditar la existencia de un acto simulado, habiéndose considerado que reúnen tales caracteres, según la jurisprudencia reseñada por BOSSERT, p.ej. la falta de dinero o ingresos por parte del

¹⁵Cám. Civil 2, Cap., 19/6/39, LL, 15-19

conviviente que aparece adquiriendo a título oneroso, el precio vil que figura en la instrumentación del acto, el haber tenido los convivientes un hijo en común, etc. (BOSSERT, 2006, pág.90)

En los casos de simulación se busca la verdad real tras la apariencia de los documentos y por más que en los registros públicos aparezca como titular uno de los convivientes, el otro o sus sucesores, podrán cuestionar la titularidad registral y con la prueba de los aportes efectuados para la adquisición del bien, reclamar su participación en el mismo, esto es, la devolución de la parte proporcional del valor del bien que aportó para su compra.

Pero el conviviente demandado no debe abstenerse de defenderse, adoptando una actitud pasiva en el entendimiento de que se aplicaría el principio procesal que reza “la carga de la prueba de un hecho recae sobre quien lo alega”. Aquí jurisprudencialmente se ha decidido “una redistribución del *onus probandi*” que si bien no importa una inversión de la carga de la prueba, establece que el principio por el cual la prueba de un hecho pesa sobre quien lo alega “no es de aplicación absoluta en materia de simulación” ya que no se puede exigir al actor una prueba negativa “eludiendo el demandado producir pruebas sobre hechos de los que sólo él tiene conocimiento”¹⁶ ya que si el hecho ocurrió no tendrían dificultad quienes participaron en él de aportar la prueba acerca de su veracidad.

Si el bien que figura adquirido por el conviviente supérstite fue adquirido con dinero aportado sólo por el causante, los herederos deberán demostrar que se adquirió con dinero del causante y para él, habiendo acordado los convivientes inscribirlo a

¹⁶C.N.Civ., Sala A, 7/8/61, E.D., 1- 368.

nombre de quien figura como titular, sin dejar de reconocer ambos que el verdadero propietario era el fallecido. Porque si no se acreditan ambos extremos sino solamente que el dinero con que se adquirió era del causante, el supérstite podrá aducir en su defensa que su compañera/o le dio el dinero por razones de “afecto, en donación o préstamo” y eso determinará el rechazo de la acción de simulación. Si esto ocurriera, los herederos forzosos podrían pedir luego la reducción de la donación o la devolución del dinero, si esas liberalidades excedieran la porción disponible por el causante afectando su legítima.

Cuando de las pruebas aportadas en la causa surge que no se ha podido demostrar un acto simulado entre los convivientes, los jueces por el principio *iura novit curia* suelen recurrir a la figura del mandato, invocando la existencia de un mandato oculto, aplicando la figura de la interposición real de personas. Existiendo interposición real de personas no hay simulación, ya que el transmitente ignora que haya un tercero pero cuyo nombre se le ha ocultado. Por eso, en los casos en que los bienes adquiridos figuran a nombre de un conviviente solamente, si el otro puede probar que aportó dinero para que su conviviente efectuara la compra, deberá accionar contra su compañera/o o sus herederos, en su caso, como mandatario infiel, “sin poder impugnar la compraventa efectuada por éste, que ha sido real y entre personas que asistieron al acto, ni hablar de acto simulado”¹⁷

¹⁷ALLES MONASTERIO DE CERIANI CERNADAS, ANA M., Concubinato: supone la existencia de una sociedad de hecho, LL, 1994- D- 1027.

Al respecto corresponde hacer algunas aclaraciones conceptuales. En la venta simulada el vendedor vende simuladamente, la compraventa es un acto no querido por las partes. En la compraventa con interposición de persona, el vendedor vende realmente, la compraventa es real no simulada, pero el bien se inscribe a nombre de una persona diferente. Quien aparece adquiriendo el bien es el representante oculto del verdadero destinatario del acto.

Como ejemplo de ello se puede analizar lo decidido por la Cámara Civil y Comercial de San Isidro en el caso de una unión homosexual que podemos resumir en estos términos: un hombre compra una casa pagando su precio en parte con dinero propio y lo restante con dinero que le presta un hermano suyo y con lo aportado por su pareja conviviente con quien mantenía una prolongada relación. Al fallecer el comprador de la casa, su concubino se hace parte en la sucesión reclamando a los herederos que le reconozcan su aporte en la compra del inmueble. La Cámara, al resolver concluye que “si de la prueba acompañada surge indubitable el aporte en dinero de los dos convivientes para la compra de bien inmueble que se registró a nombre de uno solo de ellos, se debe admitir la existencia de un condominio con interposición de personas”¹⁸

La Dra. Graciela Medina, integrante de la Cámara de San Isidro que dictara la sentencia transcrita precedentemente, dice que “la interposición de personas es un acto indirecto, en el cual, para la consecución de un fin se utiliza una vía oblicua, es decir, no se toma la vía normal. El contrato de venta es real pero el comprador utiliza una persona

¹⁸CAM. CIV. Y COM. SAN ISIDRO, SALA 1, 09/06/99, D.J.A vs. V.V. y otro, J.A. 1999 IV-157

interpuesta. En este caso, en lugar de comprarse en condominio se compró a nombre de uno de los convivientes”.

En resumen, la pretensión del conviviente o de sus herederos que reclama el 50% del bien que fue inscripto totalmente a nombre de su pareja, está dirigida a que una prestanombres (mandataria oculta) cumpla con el convenio (de mandato oculto) que los unía, y a que el bien se inscriba a nombre de ambos, probados los aportes para la compra del bien, la inexistencia de animus donandi y la causa de la simulación.

Pero el fallo de la Cámara de San Isidro no fue unánime, en disidencia votó la Dra. Carmen Cabrera de Carranza, quien sostuvo que “la mera convivencia en una unión de hecho no crea una copropiedad de bienes. (...) Generalizar la tesis según la cual probado el aporte de ambos concubinos para la adquisición, será a cargo de quien desee destruir la tesis de la adquisición para ambos acreditar que medió otra figura, resulta peligroso y atentatorio contra la libertad (de los concubinos) ya que, quienes han optado por este sistema de relación es precisamente para mantener esa libertad”

En consonancia con la Dra. Cabrera de Carranza, otro jurista al comentar dicho sentencia expresa: “La solución no me parece acertada. El dominio es un derecho real que establece una relación entre una persona y una cosa que tratándose de inmuebles sólo se adquiere por la escritura pública pertinente, mediante la inscripción en el Registro y la tradición del bien que es objeto de tal derecho (art.2005 del Código Civil.)”

En el caso analizado el reclamante, conviviente supérstite del titular registral, no había cumplido con ninguno de los requisitos legales: ni firmó la escritura, ni la inscribió ni recibió la posesión. “Vale decir que no hubo relación directa entre el reclamante y la cosa adquirida. La tesis adoptada por el fallo, que presume la existencia

de un mandato oculto otorgado por el actor al adquirente fallecido no encuentra asidero en la prueba de autos y aunque cuenta con precedentes ilustres, como el voto de Llambías y la opinión de su comentador Bossert, no resulta fácil admitir que la doctrina y los fallos puedan sustituir a los hechos acreditados en el juicio”¹⁹

Pero la doctrina sentada en la sentencia de la Cámara de San Isidro es la aceptada por la generalidad de los autores. El Dr. Belluscio sostiene que cuando se adquieran bienes con dinero de ambos convivientes pero se inscriben a nombre de uno solo de ellos, “finalizada la unión convivencial, el otro conviviente -o sus herederos -, deberá demostrar cuánto dinero aportó o cuál fue su participación en compra de los bienes y deberán dividirse esos bienes en proporción a tales aportes o por mitades, en caso de no poderse demostrar la entidad de los correspondientes a uno y otro”²⁰

Siguiendo el análisis del Dr. Bossert sobre este tema, se puede decir que según se hayan configurado las relaciones patrimoniales entre los convivientes, podrán darse diversas situaciones para el conviviente supérstite o para los herederos del causante que quieran reclamar el reconocimiento de sus derechos: 1)si se hace lugar a la demanda de simulación entablada por supérstite que demuestra que el bien que se inscribió a nombre de su compañera/o se adquirió con su dinero, el bien se reintegrará a su patrimonio; 2)si lo que se acredita es que el causante había donado dinero a su conviviente que éste utilizó en la compra de un bien registrable, sólo habrá un crédito personal por el valor actualizado de aquella suma en tanto deba prosperar la acción de reducción por violación de la legítima de los herederos forzosos, 3)por último puede

¹⁹ El Búho, Un condominio artificioso, ED, 184-55

²⁰ BELLUSCIO, AUGUSTO C., La distribución patrimonial en las uniones de hecho, LL, 1991- C- 958

ocurrir que si bien el dinero lo aportó un conviviente, quien aparezca adquiriendo el bien sea su pareja pero no hubo donación previa de ese dinero a ésta. En este caso hay donación de la cosa no del dinero. Puede haber donación de un bien por parte de un conviviente a otro bajo la apariencia de una venta, o que el bien comprado por uno de los convivientes se ponga a nombre del otro. En este caso, pese a las discrepancias doctrinarias, se puede concluir que el conviviente supérstite “estaría facultado para pagar a los herederos forzosos su valor hasta cubrir la legítima y, en consecuencia, conservar el bien. Esta solución se asienta en relacionar diversos institutos legales. Por ejemplo: que la legítima se basa esencialmente en valores; que el interés e los herederos forzosos para reducir las donaciones desaparece si se paga su precio, en virtud de lo dispuesto por el art.3281 del C.Civ., al establecer que la sucesión universal “tiene por objeto un todo ideal, sin consideración de su contenido especial”, y que así como es válida la venta del bien por el causante “nada impide que valga la donación como acto oneroso en que el adquirente (donatario) deba pagar el precio. (BOSSERT, 2006, pág. 95)

Cuentas bancarias conjuntas. Puede existir que los convivientes hayan abierto cuentas bancarias compartidas. Al producirse la ruptura de la relación por muerte de un conviviente surge la pregunta de si puede el supérstite ser demandado por los herederos del premuerto para pedirle la rendición de cuentas en caso de que haya retirado dinero de la cuenta luego de la muerte de su ex pareja.

Podemos concluir que la acción es perfectamente viable porque se ha decidido en una causa entablada por la conviviente contra su pareja luego de concluida la relación que “Toda persona que haya administrado bienes o gestionado negocios que no le pertenecen exclusivamente o ejecutado un hecho que suponga el manejo de fondos

ajenos, se encuentra obligado a presentar las cuentas de su administración o gestión, salvo que la ley o el que tenga derecho a examinarlas, lo eximan expresa o tácitamente” y que “en la especie obran constancias suficientes que permiten juzgar acreditada la existencia de una administración de bienes parcialmente ajenos, que involucran- con meridiana claridad- el interés de la accionante”.

En la misma causa se dice que “tal como tiene decidido nuestro superior Tribunal de Justicia, los fondos depositados a la orden recíproca se presume que pertenecen por partes iguales a ambos titulares” por ello, se resolvió que “la presunción de la existencia de un crédito a favor de la actora, por el hecho de figurar como titular de la cuenta en caja de ahorros, acarrea en forma indefectible que la parte emplazada justifique fehacientemente el destino del 50% de la totalidad de los fondos que extrajera”.²¹

Así la Cámara Nacional Civil, Sala A, en fecha 12/11/96 resolvió “en los depósitos a plazo fijo y a la orden recíproca o indistinta de dos personas, resultan aplicables, ante la ausencia de disposiciones expresas en el Código de Comercio, los arts.674 y 691 del Código Civil. En consecuencia, a falta de acuerdo o previsión alguna en contra, corresponde presumir que el importe depositado les pertenece por mitades” LL, 1997 –D-39. Es decir que en caso de pluralidad de titulares del depósito se presume la solidaridad activa.

Al analizar este tema, el Dr. Jorge Oscar Perrino entiende que “sin embargo, entendemos que si existen pruebas indudables en el sentido de que la totalidad de los

²¹Cám. Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, Sala I, B.L. C/A.M.R., 24/ 02/05, LLBA, 2005, 973.

fondos habidos en el certificado de depósito a plazo fijo pertenecen en realidad al causante, y si no se acredita por la otra parte que percibía ingresos, tenía dinero o bienes de fortuna suficiente como para invertir las señaladas sumas, debe ceder dicha presunción y tener por titular de los mismos al causante”²².

A continuación, comenta una causa resuelta por la Cámara Nacional en lo Civil, Sala E, el 02/11/04 en la cual, los herederos del causante demandaron a la ex conviviente de éste reclamando el reintegro de las sumas que estaban depositadas en el Banco de la Nación Argentina con más sus intereses, a la tasa pasiva promedio que ésta había retirado después del fallecimiento de su pareja. La demandada contestó que los fondos eran de su exclusiva propiedad, y a todo evento, de no admitirse lo argumentado, solicitó que se considerara como una donación. La Cámara consideró acreditado que la totalidad de los fondos pertenecían al causante, cotitular con la demandada del depósito, pues de la prueba rendida resultó que el causante había revocado el testamento en que instituía a su conviviente, instituyendo como únicos herederos a sus hijos. “Por lo tanto, se condenó a la cotitular del depósito a reintegrar a los herederos testamentarios del otro cotitular, el monto retirado con posterioridad a la muerte del causante”

En definitiva, si existieran cuentas bancarias abiertas a la orden conjunta o recíproca de los convivientes podrá el conviviente supérstite ser demandado por los herederos de su pareja en reclamo del crédito resultante y en su caso, la rendición de cuentas respecto de los movimientos de fondos posteriores a la fecha del deceso. Deberá también probar ingresos propios que destinó a la cuenta común

²² PERRINO, Jorge Oscar, Derecho de Familia, Tomo I, LexisNexis, Bs. As., 1° Ed., 2006, pág.269

Hasta este punto se analizó cuáles serían los derechos de los convivientes sobre los bienes que adquirieron durante la unión convivencial. Ahora se hará un repaso de algunas decisiones jurisprudenciales que avanzaron en el reconocimiento de algunos derechos a los convivientes.

CAPITULO CUARTO

TRATAMIENTO DE LAS UNIONES CONVIVENCIALES DEL PROYECTO DEL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL

LAS UNIONES CONVIVENCIALES EN EL PROYECTO DE UNIFICACIÓN DE LOS CÓDIGOS CIVIL Y COMERCIAL

Pero la ley debe dar respuesta a los reclamos de la sociedad y ante la proliferación de uniones convivenciales en nuestro país, el proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial sin equipararlo al matrimonio, contiene regulaciones expresas de dichas uniones que implican un reconocimiento de derechos y un respeto a la autonomía de la voluntad de las personas.

Este proyecto, elaborado por prestigiosos magistrados y juristas de nuestro país contiene normativas que adaptan la ley a la sociedad actual, responden a antiguos reclamos populares y permiten dar solución a problemas que la legislación vigente no contempla.

Art. 509: *ÁMBITO DE APLICACIÓN: las disposiciones de este título se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o diferente sexo.*

Esta norma nos da una definición de unión convivencial reconociendo una base en el afecto de los convivientes, y atribuyéndole los caracteres de unidad, permanencia y publicidad, acorde con la opinión de juristas estudiosos de estas uniones. De conformidad con la ley 26618 sobre matrimonio igualitario y como no podía ser de otro modo, reconoce una unión convivencial pueden integrarla no sólo una pareja heterosexual (un hombre y una mujer), sino también personas del mismo sexo (dos hombres o dos mujeres).

La Universidad Católica Argentina elaboró un análisis crítico del proyecto de unificación redactado por diversos profesores de la Universidad. Específicamente en el tema que nos ocupa, el análisis lo realiza la Dra. Úrsula C. Basset.

La primera crítica que realiza la Dra. Basset se refiere al nombre utilizado. No está de acuerdo con el Título del Libro porque introduce un neologismo, y propone que en lugar de uniones convivenciales las denomine “uniones concubinarias, uniones de hecho, convivencias de hecho u otro semejante”²³

No estamos de acuerdo con la crítica porque si bien el adjetivo no está admitido por la Real Academia Española, el sugerido -“concubinaria”- no está exento de descalificaciones y estigmatismos que no son propios de una legislación. Si bien el calificativo convivencial no está aceptado aun por la Real Academia Española ya lo receptará como lo ha hecho con muchísimos vocablos jurídicos que nacieron como neologismos. No consideramos tampoco que sea un eufemismo porque el cambio de nombre puede derivar en mayor tolerancia social.

Al respecto, en los fundamentos el proyecto aclara que varios de los nombres que se usaban para definir este tipo de uniones “han sido considerados peyorativos y negativos porque revelan la censura social y jurídica. El lenguaje no es neutro. En la Argentina la palabra “concubinato” receptado en el Código Civil vigente tiene sentido peyorativo. El proyecto pretende no sólo nombrar instituciones con precisión técnica sino que las palabras utilizadas reflejen el real significado que la sociedad les asigna

²³ BASSET, URSULA- U.C.A. Facultad de Derecho (2012). Análisis del Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012 (en línea) Bs. As.: El Derecho. Disponible en:<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/libros/análisis-proyecto-nuevo-codigo-civil.pdf>

(...) La convivencia en aparente matrimonio es uno de los elementos estructurantes de esta forma familiar. El término unión tiene la ventaja de la consolidación social y jurídica”²⁴

También sostiene Basset que la regulación de las uniones de hecho “supone una opción paternalista” y que “conferir efectos presuntivos a esas uniones implica una limitación a la libertad de relación de las personas. Quien ingresa en una unión libre, lo hace precisamente porque no quiere que la ley lo alcance”²⁵ Tampoco acordamos con esta crítica: es una falacia porque al ignorar o evitar regular la unión convivencial de todos modos el Estado se inmiscuye en la relación ya sea negando derechos o desconociendo virtualidad jurídica a los negocios o actos de los convivientes.

Por su parte, el Proyecto en sus Fundamentos, declara que “en la tensión entre la autonomía de la voluntad y orden público el proyecto reconoce efectos jurídicos a la convivencia en pareja de manera limitada. Mantiene diferencias entre las dos formas de organización familiar (la convivencial y la matrimonial) que se fundan en aceptar que

²⁴Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. (2012)

²⁵ BASSET, URSULA- U.C.A. Facultad de Derecho (2012). Análisis del Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012 (en línea) Bs. As.: El Derecho. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/libros/análisis-proyecto-nuevo-codigo-civil.pdf>

(15/06/2013)

en respeto al art.16 de la C.N., es posible brindar un tratamiento diferenciado a modelos distintos de familia”²⁶

ART.510: REQUISITOS: *El reconocimiento de los efectos jurídicos previstos por este Título a las uniones convivenciales requiere que: a) Los dos integrantes sean mayores de edad; b) no estén unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados ni colateral hasta el segundo grado; c) no estén unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta; d) no tengan impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea; e) mantengan la convivencia durante un período no inferior a dos años.*

La U.C.A. al comentar los art.509 y 510 cuestiona que “la modalidad relacional de las uniones de hecho es más exigente que la del matrimonio y eso torna incoherente el sistema.” Considera “muy llamativo que se exija un tiempo de espera, singularidad, permanencia y la convivencia a las uniones convivenciales y se quite el tiempo de espera, la singularidad, la permanencia y la convivencia al matrimonio. Las uniones son más exigentes que el matrimonio”.²⁷

²⁶www.lavoz.com.ar/files/FUNDAMENTOS_DEL_ANTEPROYECTO_DE_CODIGO_CIVIL_Y_COMERCIAL_DE_LA_NACION.pdf (15/06/2013)

²⁷BASSET, URSULA- U.C.A. Facultad de Derecho (2012). Análisis del Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012 (en línea) Bs. As.: El Derecho. Disponible en:<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/libros/análisis-proyecto-nuevo-codigo-civil.pdf> (15/06/2013)

También nos parece insostenible esta crítica porque todos esos requisitos aunque no los exija expresamente la ley, están ínsitos en la institución misma del matrimonio y están reconocidos por la doctrina y jurisprudencia de modo unánime. Además, la singularidad sí es un requisito legal del matrimonio ya que un matrimonio anterior no disuelto es un impedimento dirimente para la ley argentina.

Para Basset el proyecto “propone que se ingrese al régimen imperativo de las uniones de hecho de dos maneras a) por prescripción adquisitiva (si transcurren dos años) o por inscripción en el registro”.

La Dra. Basset entiende que la primera modalidad -que ella irónicamente califica de “prescripción adquisitiva” degradando el estado de conviviente a la calidad de cosa adquirible por prescripción - genera “bastante inseguridad jurídica” porque dice que “bastaría aparentemente la confesión de uno de sus integrantes para probarla y reclamar los efectos” y porque “la prueba de los signos no jurídicos (afecto, proyecto de vida en común) es casi imposible”.

Art.511: REGISTRACIÓN: la existencia de la unión convivencial, su extinción y los pactos que los integrantes de la pareja hayan celebrado, se inscriben en el registro que corresponda a la jurisdicción local sólo a los fines probatorios. No procede una nueva inscripción de una unión convivencial sin la previa cancelación de la preexistente.

Por el contrario, creemos que justamente lo que persigue el Anteproyecto es darles seguridad y certeza a los convivientes pues evita la multiplicación de uniones y a los terceros que contraten con ellos pues también la ley protege la vivienda donde se asienta la familia de los convivientes contra ejecuciones de los acreedores. Pero

entendemos que esté o no registrada la unión convivencial los derechos y obligaciones de los convivientes se regirán por las normas de este Título.

Art.512: PRUEBA DE LA UNIÓN CONVIVENCIAL: la unión convivencial puede acreditarse por cualquier medio de prueba; la inscripción en el Registro de uniones convivenciales es prueba suficiente de su existencia.

Si bien la registración es prueba suficiente de la unión, no es requisito esencial para su demostración ya que no impide sea realizada por otros medios como la confesión, testigos, prueba documental, etc.

PACTOS DE CONVIVENCIA Art.513. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LOS CONVIVIENTES: las disposiciones de este Título son aplicables excepto pacto en contrario de los convivientes. Este pacto debe ser hecho por escrito y no puede dejar sin efecto lo dispuesto en los art.519, 520, 521 y 522.

“El proyecto prioriza la autonomía de la voluntad de los integrantes de la pareja expresada en forma escrita, que debe ser inscripta si la unión convivencial es registrada pero la libertad no es absoluta”²⁸ por lo que la ley impone restricciones a la voluntad de los convivientes

Es decir que estas normas de este Título no son imperativas, se aplican en ausencia de pactos en contrario de los convivientes. Es así que los convivientes pueden apartarse de las prescripciones legales si lo desean y pueden celebrar pactos que amplíen sus derechos siempre que no implique perjudicar a terceros ni contradigan normas de orden público como p.ej. la porción legítima que la ley reconoce a los herederos forzosos, tampoco pueden traspasar los límites impuestos por el art.515

²⁸Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. (2012)

respecto del principio de igualdad de los convivientes ni afectar seriamente los derechos de alguno de ellos.

Estos pactos tendrán efectos contra terceros y en caso de ruptura de la relación siempre que sean registrados. Por lo general hay acuerdos tácitos entre los convivientes sobre la distribución de las responsabilidades y la contribución a los gastos que seguirán existiendo al margen de la ley y que los convivientes respetarán porque así lo acordaron. La diferencia es que desde la sanción de la ley esos acuerdos para que surtan efectos entre sí (por lo general al cese de la convivencia) y respecto de terceros deberán ajustarse a los límites legales e inscribirse ante el registro que se cree al efecto.

Art.514: CONTENIDOS DEL PACTO DE CONVIVENCIA: *los pactos de convivencia pueden regular, entre otras cuestiones: a) la contribución a las cargas del hogar durante la vida en común, b) la atribución del hogar común, en caso de ruptura; c) la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común, en caso de ruptura de la convivencia. Esta enumeración de las cláusulas que puede contener el pacto es meramente orientativa y no limitativa ni excluyente de otros acuerdos.*

Esta enunciación del contenido responde a los puntos que comúnmente generan mayores controversias en caso de ruptura y que pueden ser ampliados respecto de otros temas que los convivientes pueden disponer como obligaciones respecto de los hijos no tenidos en común, donaciones entre convivientes, etc.

Art.515.LÍMITES: *los pactos de convivencia no pueden ser contrarios al orden público, ni al principio de igualdad de los convivientes, ni afectar los derechos fundamentales de cualquiera de los integrantes de la unión convivencial.*

Con esta disposición se busca asegurar la viabilidad de los pactos que no podrán contener normas abusivas de los derechos de alguno de sus miembros, establecer

prerrogativas para alguno de ellos o de algún modo afectar derechos o libertades de los convivientes.

Art.516: MODIFICACIÓN, RESCISIÓN Y EXTINCIÓN. Los pactos pueden ser modificados y rescindidos por acuerdo de ambos convivientes. El cese de la convivencia extingue los pactos de pleno derecho hacia el futuro.

Esta extinción ipso iure para el caso de ruptura por cualquier causa, nos parece limitativa y contraria a la posibilidad de existencia de estos pactos pues no podrían contener obligaciones relativas a alimentos, tenencia de los hijos o visitas para el futuro una vez terminada la convivencia y obligarían a judicializar los convenios lo cual nos parece un exceso y un límite a la importancia o a la necesidad de celebrar esta clase de convenios.

Art.517: MOMENTOS A PARTIR DE LOS CUALES SE PRODUCEN EFECTOS RESPECTO DE LOS TERCEROS. Los pactos, su modificación y rescisión son oponibles a los terceros desde su inscripción en el registro previsto en el art.511 y en los registros que correspondan a los bienes incluidos en estos pactos. Los efectos extintivos del cese de la convivencia son oponibles a terceros desde que se inscribió en esos registros cualquier instrumento que constate la ruptura.

Se obliga a los convivientes que celebren pactos de convivencia a inscribirlos en el Registro de uniones convivenciales y cuando esos pactos afecten bienes inmuebles o muebles registrables de alguno de ellos o de ambos, deberán inscribir dichos pactos en el Registro Inmobiliario o del Automotor que corresponda. Este artículo pretende proteger los derechos de terceros que contraten con los miembros de la pareja que deberán acudir a esos registros para constatar las condiciones de los bienes de la pareja.

EFFECTOS DE LAS UNIONES CONVIVENCIALES DURANTE LA CONVIVENCIA

Art.518: RELACIONES PATRIMONIALES. Las relaciones económicas entre los integrantes de la unión se rigen por lo estipulado en el pacto de convivencia. A falta de pacto, cada integrante de la unión ejerce libremente las facultades de administración y disposición de los bienes de su titularidad, con la restricción regulada en este Título para la protección de la vivienda familiar y de los muebles indispensables que se encuentren en ella.

La ley otorga libertad a los integrantes de las uniones convivenciales para regular sus relaciones patrimoniales. Aquí la ley hace imperar la autonomía de la voluntad. No establece aquí normas imperativas que deban respetarse al momento de concertar los pactos de convivencia. Tampoco es obligatorio para los convivientes firmar los pactos ya que de no hacerlo, en forma subsidiaria las relaciones económicas entre los miembros de la pareja se regirán por las normas de este título. Por ejemplo, a falta de pacto, cada miembro de la pareja podrá disponer y administrar los bienes de que sea titular con la excepción de la vivienda donde está establecido el hogar de los convivientes ni los muebles que la integran. De todos modos existirá la obligación de colaborar en los gastos que demanden la convivencia, la manutención y la educación de los hijos.

Art.519: ASISTENCIA. Los convivientes se deben asistencia durante la convivencia.

Es natural que “tratándose de un derecho básico que se deriva del principio de solidaridad familiar, se dispone que los integrantes de la unión se deben mutuamente asistencia”²⁹

Si dos personas acuerdan unir sus vidas para compartir un proyecto común esa unión va más allá de la mera convivencia bajo un mismo techo. No sólo compartirán su vivienda sino también sus necesidades serán mutuamente satisfechas y este deber común es bueno que esté reconocido como obligación legal para poder ser exigido judicialmente en caso de negativa.

Art.520: CONTRIBUCIÓN A LOS GASTOS DEL HOGAR. Los convivientes tienen obligación de contribuir a los gastos domésticos de conformidad con lo dispuesto en el art.455.

“Con la independencia de la existencia o no de pacto, ambos miembros de una unión convivencial tienen la obligación de contribuir a los gastos domésticos en los mismos términos que en el matrimonio”³⁰

Es obligación de ambos convivientes cuando trabajen en relación de dependencia de contribuir en proporción a sus ingresos a los gastos que demande la vida en común Esta natural corresponsabilidad por los gastos que la convivencia demande puede hacerse valer en el caso de que algún miembro de la pareja sea renuente a compartir los gastos y habilita al afectado a demandar judicialmente al otro para el cumplimiento de sus obligaciones para con el hogar y los hijos.

²⁹Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. (2012)

³⁰Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. (2012)

Hay una expresa equiparación en esta obligación de la unión convivencial con el matrimonio.

Art.521. RESPONSABILIDAD POR LAS DEUDAS FRENTE A TERCEROS. Los convivientes son solidariamente responsables por las deudas que uno de ellos hubiera contraído con terceros de conformidad con lo dispuesto en el art.461.

“El proyecto establece que los convivientes son solidariamente responsables por las deudas asumidas por cada uno de los integrantes de la pareja para la atención de los gastos domésticos”³¹

Este artículo también iguala a la unión convivencial con el matrimonio en cuanto a obligaciones se refiere. Aquí ambos miembros de la pareja son solidariamente responsables por las deudas contraídas por cualquiera de ellos para solventar las necesidades del hogar y el sostenimiento y educación de los hijos.

Está bien que ambos convivientes colaboren en los gastos que demande la convivencia y respondan solidariamente frente a los terceros que contrataron con ellos pues conviven en aparente matrimonio.

Art.522: PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR. Si la unión convivencial ha sido inscripta, ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de la vivienda. El juez puede autorizar la disposición del bien si es prescindible y el interés familiar no resulta comprometido. Si no media esta autorización, el que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto

³¹Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. (2012)

dentro del plazo de caducidad de SEIS (6) meses de haberlo conocido, y siempre que continuase la convivencia.

La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial, excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

Esta protección de la vivienda sólo funciona cuando la convivencia ha sido inscrita en el registro que se habilita al efecto, lo cual tiene su fundamento en la publicidad que tal registración importa y en la protección de los derechos de terceros.

La sustracción de la vivienda de los convivientes de la ejecución por sus acreedores nos parece una excelente medida para proteger a la familia de los convivientes de las contingencias económicas y de los efectos que los malos negocios puedan traer para el patrimonio familiar. Por lo menos se asegurarán la permanencia de la vivienda en manos de la familia.

Los convivientes no registrados podrían acudir al instituto del bien de familia, regulado en Título III “Bienes”, Sección 3º “Bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva”, Capítulo 3 “Vivienda”, arts. 244 a 256 del Proyecto, que permite la afectación del inmueble destinado a vivienda y que incluye entre los beneficiarios a los convivientes (art.246 inc. a). Dicha afectación impide la ejecución de la vivienda por deudas posteriores a su inscripción (art.249).

El plazo de caducidad tan reducido puede perjudicar a las mujeres convivientes de zonas alejadas o de poca instrucción que pueden desconocer o no entender los alcances perjudiciales para ella y sus hijos de los negocios de su pareja.

CESE DE LA CONVIVENCIA. EFECTOS.

Art.523.CAUSAS DEL CESE DE LA UNIÓN CONVIVENCIAL. La unión convivencial cesa: a) por la muerte de uno de los convivientes; b) por la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento de uno de los convivientes; c) por matrimonio o nueva unión convivencial de uno de sus miembros; d) por el matrimonio de los convivientes; e) por mutuo acuerdo; f) por voluntad unilateral de alguno de los convivientes notificada fehacientemente al otro; g) por el cese durante un período superior a un (1) año de la convivencia mantenida. La interrupción de la convivencia no implica su cese si obedece a motivos laborales u otros similares, siempre que permanezca la voluntad de vida en común.

Esta norma enumera las causales de cesación de la unión convivencial y sólo la muerte real o presunta de uno de los convivientes es la causal que comparte con el matrimonio. Aquí se respeta la voluntad de los convivientes expresa o presunta porque no sólo se da relevancia al acuerdo de las partes sino también la presunta que se infiere del abandono de la convivencia por el plazo de un año. En caso de matrimonio de los convivientes las relaciones entre los cónyuges pasarán a regirse por el régimen matrimonial.

Art. 524. COMPENSACIÓN ECONÓMICA. Cesada la convivencia, el conviviente que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de situación económica con causa adecuada en la convivencia y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única o en una renta por un tiempo determinado que no puede ser mayor a la duración de la unión convivencial. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o en su defecto decida el juez.

Así como en caso de divorcio el art.441 del Proyecto prevé recompensas para el cónyuge que sufra un empeoramiento de su situación económica, también prevé una compensación económica para el conviviente que vea disminuida su economía por causa de la cesación de convivencia y ruptura. En ambos casos esa compensación puede consistir en una prestación única o en una renta por un tiempo determinado. La diferencia es que en el caso de la unión convivencial ese tiempo no puede superar la duración de la unión y para el caso del matrimonio no se establece ese límite y también permite que la renta se establezca por un plazo indeterminado. Es decir que existe una evidente desigualdad de trato legal que deriva en situar en situación más favorable al/ la cónyuge respecto de el/la conviviente que siempre verá limitada en el tiempo su compensación económica.

Estas diferencias entendemos violatorias del principio de igualdad consagrado en el art.16 de la C.N. y en todos los pactos internacionales incorporados como ley suprema a nuestro derecho interno.

ART.525: FIJACIÓN JUDICIAL DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA. CADUCIDAD. El juez determina la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras: a) el estado patrimonial de cada uno de los convivientes al inicio y a la finalización de la unión; b) la dedicación que cada conviviente brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos y la que debe prestar con posterioridad al cese; c) la edad y el estado de salud de los convivientes y de los hijos; d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del conviviente que solicita la compensación económica; e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro conviviente; f) la atribución de la vivienda familiar.

La acción para reclamar la compensación económica caduca a los 6 meses de haberse producido cualquiera de las causas de finalización de la convivencia enumeradas en el art.523.

Esta disposición, que no exige registración de la unión, si bien nos parece que no hace sino reconocer derechos que nuestros tribunales venían plasmando en numerosos antecedentes jurisprudenciales, tiene un plazo de caducidad muy exiguo. Propiciamos que el plazo sea de prescripción no de caducidad y que se extienda a los dos años para no perjudicar a los convivientes de menores recursos o de zonas alejadas.

Este artículo equipara en forma absoluta al matrimonio con la unión convivencial ya que el art.442 del Proyecto está redactado en los mismos términos.

Art.526: ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR. El uso del inmueble que fue sede de la unión convivencial puede ser atribuido a uno de los convivientes en los siguientes supuestos: a) si tiene a su cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad; b) si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata.

El juez debe fijar el plazo de la atribución. El plazo no puede ser mayor al que hubiera durado la convivencia con un máximo de dos (2) años a contar desde que se produjo el cese de la convivencia, conforme a lo dispuesto en el art.523. A petición de parte interesada, el juez puede establecer: una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del conviviente a quien no se atribuye la vivienda; que el inmueble en condominio de los convivientes no sea partido ni liquidado. La decisión produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral. Si se trata de un inmueble alquilado, el conviviente no locatario tiene derecho a continuar en la locación hasta el

vencimiento. El derecho de atribución cesa en los mismos supuestos previstos en el art.445.

En caso de divorcio esta situación está regulada por el art.443 de modo similar aunque se permite contemplar ‘el estado de salud y edad de los cónyuges’ y ‘los intereses de otras personas que integran el grupo familiar’ que no están previstos como razones para atribuir la vivienda de un conviviente al otro en caso de ruptura. También existe diferencia entre acreditar una simple “situación económica más desventajosa” exigida para los cónyuges que demostrar una “extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata” exigencia mucho más rigurosa para los convivientes.

Es sumamente injusto el plazo máximo de 2 años como límite para habitar la vivienda del conviviente y existe aquí trato discriminatorio para él pues este plazo límite no existe para los cónyuges.

Nos parece que en caso de que existan hijos menores, incapaces o con capacidad disminuida el plazo de atribución del hogar (2 años de plazo máximo) es muy limitado, sostenemos que debería atribuirse hasta que los hijos alcancen la mayoría de edad y en los otros casos, mientras subsista la necesidad de la conviviente y/o de los hijos enfermos.

Esta norma no sólo atenta contra igualdad entre concubinos y cónyuges sino que también desconoce las normas de jerarquía internacional que prohíben hacer distinciones discriminatorias entre hijos matrimoniales y nacidos fuera del matrimonio y atenta contra “el interés superior del niño” y desconoce la normativa y los compromisos asumidos por nuestro país al suscribir la Convención Internacional sobre los derechos del niño (art.3)

Art.527. ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA EN CASO DE MUERTE DE UNO DE LOS CONVIVIENTES. El conviviente supérstite que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de dos (2) años sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante.

Se extingue si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio, o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a ésta.

Con esta disposición “el conviviente tiene protegida la vivienda pero su derecho es más débil que el derecho real de habitación gratuito reconocido al cónyuge supérstite, distinción que encuentra su justificación en la necesidad de compatibilizar la autonomía de la voluntad con el deber de solidaridad familiar”³²

Por nuestra parte, si bien consideramos una buena medida reconocer el derecho real de habitación al conviviente supérstite, nos parece muy exiguo el plazo de este derecho real y sumamente injusto que, en caso de que no hubiera hijos en común ni ascendientes ni descendientes del causante, un tercero (hermano, sobrino del causante por ej.) que no convivió, ni asistió, ni cuidó ni tuvo una relación afectiva con él herede la vivienda y obligue a la conviviente supérstite a desalojar el inmueble al que seguramente contribuyó a sostener.

³²Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. (2012)

Este caso en la práctica puede ser muy común porque en una sociedad patriarcal y machista como la argentina, los hombres que no se casan por egoísmo o porque quieren una constante y continua prueba de fidelidad y sumisión de sus mujeres, generalmente cuando compran una vivienda la inscriben a su nombre por temor al abandono o como medida de prevención para una posible ruptura.

Por otra parte consideramos injusto y discriminatorio para los convivientes en relación con los cónyuges que a aquéllos no se les reconozca el derecho de habitación que el 3573 bis actual y el Proyecto en el art.2383 otorga al cónyuge supérstite “el derecho real de habitación vitalicio y gratuito de pleno derecho sobre el inmueble propiedad del causante, que constituyó el último hogar conyugal, y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas”.

Esta discriminación la consideramos inconstitucional por desconocer el principio de igualdad entre las personas y establecer diferencias irritantes entre el/la cónyuge supérstite y el/la conviviente sobreviviente que claramente son violatorias de los pactos internacional con jerarquía constitucional que son ley suprema de nuestro país. (art.31 C.N.)

528: DISTRIBUCIÓN DE LOS BIENES. A falta de pacto, los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron, sin perjuicio de la aplicación de los principios generales relativos al enriquecimiento sin causa, la interposición de personas y otros que puedan corresponder.

“Ante la inexistencia de pacto, y a modo de régimen legal supletorio, en el proyecto se establece que los bienes adquiridos durante la convivencia se mantiene en el patrimonio al que ingresaron, sin perjuicio de que, por aplicación de los principios generales del Derecho Civil (por ej., enriquecimiento sin causa, etc.) uno de los

convivientes pueda solicitar -después del cese de la unión- derechos sobre los bienes adquiridos durante la convivencia. De esta manera, el proyecto reconoce y habilita de manera expresa, solicitudes en materia patrimonial que ya la jurisprudencia nacional ha admitido en ciertas oportunidades y bajo determinadas circunstancias”³³

Esta medida beneficia a las mujeres que trabajan fuera del hogar y que pueden demostrar que contribuyeron en los gastos que demandó la vida en común, pero sigue dejando desamparada a las convivientes que se dedicaron por falta de trabajo o por imposición de sus parejas al cuidado de la casa y a las tareas domésticas. También desatiende los derechos de quienes trabajan fuera del sistema formal – en negro o sin registración- y que no tuvieron el cuidado de conservar los comprobantes de los bienes que adquirieron para la pareja.

En materia de Sucesiones

Es interesante también para este Trabajo final, analizar las disposiciones que contiene el Proyecto en materia de sucesiones y que puedan ser aplicables en caso de existir un/a conviviente supérstite.

En primer lugar nos parece criticable que se negando al/la conviviente la calidad de heredero, lo cual constituye una injusticia y un anacronismo que podría haberse salvado con su inclusión en esta reforma.

El Proyecto disminuye la porción legítima de los descendientes a los dos tercios (2/3) y la de los ascendientes a un medio (1/2), manteniendo la del cónyuge en un medio (1/2), “responde, de este modo a una doctrina mayoritaria que considera excesivas las

³³Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. (2012)

porciones establecidas por Vélez Sarsfield y más justo ampliar las posibilidades de libre y definitiva disposición del futuro causante”.³⁴

Es muy importante esta reducción de la legítima y el consiguiente aumento de la porción disponible ya que actualmente se suelen observar casos injustos de herederos que en vida se olvidaron de su ascendiente y sólo aparecen al momento de reclamar su herencia.

Para el caso del conviviente supérstite puede significar una mejora de su institución testamentaria o legado que ahora asciende de un quinto (1/5) a un tercio (1/30) del acervo hereditario.

“Se prevé también el legado de alimentos a favor de una persona capaz que opera como legado de prestación periódica en la medida dispuesta por el testador”³⁵. Entendemos que este legado puede beneficiar a la conviviente y no es incompatible con las normas que regulan la unión convivencial que deberán ser conjugadas para lograr un justo reconocimiento de los derechos del conviviente supérstite contemplando también los derechos de los herederos legítimos del causante.

Para nuestro tema de investigación es innovadora y plausible la inclusión de la conviviente entre los beneficiarios del bien de familia (“vivienda” en el proyecto, art.246), institución establecida para proteger a la familia de las contingencias de los negocios y de los avatares de la economía nacional. Al poner la vivienda familiar al resguardo de los terceros acreedores de los convivientes se tiene en cuenta los problemas que provoca el déficit habitacional, el altísimo costo de la construcción, el

³⁴Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. (2012)

³⁵Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. (2012)

encarecimiento de los alquileres, la inseguridad del trabajo y las recurrentes crisis económicas a que estamos expuestos.

Pero la norma esperada que no se incluye en el Proyecto es la que reconoce vocación hereditaria al/la conviviente. Esta omisión también nos parece discriminatoria y violatoria del principio de igualdad.

CONCLUSION

CONCLUSIONES: Luego de un sucinto recorrido por la evolución de las uniones convivenciales, su regulación positiva o la ignorancia de estas relaciones humanas en la legislación y ante una realidad donde proliferan estas uniones no legalizadas, debemos concluir que la unión convivencial se ha impuesto como una forma de relacionarse de las personas que apuestan a una convivencia basada en el afecto y se comprometen a mantenerse juntos mientras ese afecto perdure. A estas parejas los une el deseo de estar juntos y no se atreven a realizar un juramento de amor eterno que no están seguros que puedan cumplir. Son relaciones más auténticas menos hipócritas, que se renuevan día a día y se afianzan a través del tiempo porque no hay lazos legales sino sólo –y nada menos- que vínculos de amor, compromisos de respeto y mutua entrega y tácitas apuestas a una pervivencia de la relación por la recíproca y constante voluntad de mantenerse unidos.

Lo que las parejas necesitan es que se les reconozca su voluntad de mantenerse unidos por el sólo vínculo del afecto y la necesidad de compartir sus vidas. Si esa unión se ve truncada abruptamente por el fallecimiento de alguno de los convivientes es el Estado el que impone su voluntad por sobre la voluntad de las partes y decide a quién corresponderán los bienes o en su defecto la necesidad de demostrar judicialmente que el/la cónyuge superviviente contribuyó con su trabajo o dinero a la adquisición de los bienes. Antiguamente se solía acudir a la figura de la sociedad de hecho que se habría configurado entre los convivientes. Hoy en día prácticamente ha sido descartada. Deberá demostrarse en juicio que ambos participaron en una sociedad comercial, que quisieron constituirla, que aportaron bienes o trabajo y participaron en las ganancias y las pérdidas.

La única seguridad que tiene la concubina supérstite de que se le reconozca la titularidad sobre los bienes adquiridos durante la convivencia se refiere a su propiedad sobre las cosas muebles que se presume con su sola posesión y descarta toda reivindicación si no fuesen robadas o perdidas.

Si los bienes fueran inmuebles o muebles registrables tendrá que defender sus derechos ante los estrados judiciales. Si su concubino estuvo anteriormente casado y ese matrimonio no se disolvió legalmente tendrá que enfrentarse con la cónyuge supérstite de su compañero -si ésta no fue responsable de la separación- y con los hijos de aquél si existieren.

Si los bienes estuvieran inscriptos a su nombre exclusivamente puede ser sometida a la eventualidad de demostrar si fue con dinero propio o con sus ingresos que realizó la compra, caso contrario deberá compartir la propiedad de esos bienes con los herederos forzosos de su ex -pareja.

Si los bienes estuvieran registrados en condominio con el causante, deberá defender asimismo su parte, demostrando cómo participó en la adquisición del mismo invirtiendo en la compra parte de su propio patrimonio.

Si su ex – compañero inscribió a nombre de él los bienes adquiridos en común o sólo dinero de su concubina, ésta deberá accionar judicialmente para reclamar su derecho a ser reconocida como copropietaria o propietaria exclusiva de los bienes demostrando también cómo colaboró en la compra de los mismos.

En todos los casos en que los registros públicos no reflejen la realidad se podrán demostrar que hubo simulación relativa o mandato oculto.

En última instancia, podrá intentar la acción por enriquecimiento ilícito si efectuó mejoras en el inmueble de su conviviente y no puede reclamar derechos de propiedad sobre dicho bien.

Como toda cosa mueble, el dinero que posea en efectivo o depositado en cuentas bancarias a su nombre, son de su propiedad exclusiva e incuestionable.

En la actualidad las mujeres de clases medias y altas generalmente son las que trabajan y pueden demostrar que contribuyeron a formar el patrimonio convivencial. Pero en una sociedad como la argentina en la cual gran parte de los trabajadores no están registrados, la prueba de los aportes y trabajos se torna imposible o diabólica.

Los miembros de las clases privilegiadas generalmente se casan pues quieren preservar su patrimonio en las manos de su familia y muchas veces por esta causa no se divorcian.

Pero en Argentina la más perjudicada es la mujer de las clases bajas que generalmente tiene muchos hijos por lo que está obligada a quedarse en su casa a cuidarlos o trabajar de empleada doméstica generalmente por horas y en negro, por más que ahora exista una legislación que las ampare. En caso de fallecimiento de su concubino, si vive en un inmueble de propiedad de éste, no tendría derecho a esa vivienda porque no podría demostrar ni trabajos ni aportes. Si tiene hijos éstos heredarán esa vivienda, pero ¿si no los tiene? Perderá todo lo que tenía en manos de los familiares de su ex pareja.

Se nos dirá y con razón “si no tenían inconvenientes legales ¿por qué no regularizaron su situación y se evitaron esos problemas?” Y es aquí donde la ley debe contemplar la realidad ya que el matrimonio se ha convertido en una rareza o un lujo en las clases menos favorecidas. Los jóvenes ahora no se casan, tienen relaciones sexuales

cada vez más temprano y tienen hijos cuando todavía son niños. Comienzan la convivencia antes de que nazcan sus hijos y la vida sigue sin que se cuestionen la necesidad de contraer matrimonio, lo que para ellos no es una necesidad ni tampoco un problema, acuciados por la urgencia de mantenerse día a día.

Estas parejas de convivientes seguramente después de aprobado el nuevo régimen legal tampoco se casarán y mucho menos celebrarán pactos de convivencia. Sería necesario reconocerles sus derechos sin necesidad de registrar la unión.

Si bien consideramos un avance la inclusión de las uniones convivenciales en el Proyecto de unificación, la normativa establece distinciones discriminatorias entre matrimonio y unión de hecho que son insostenibles en una sociedad civilizada y respetuosa de los derechos y de las decisiones de sus miembros.

De todos modos, es de destacar como curiosidad que la Constitución de Chaco en su art.35 reconoce a las uniones de hecho y las equipara al matrimonio.

Si los legisladores provinciales pudieron avanzar en la ampliación de derechos a sus representados, no se entiende cómo no se hacen extensivos tales derechos a todos los habitantes de la Nación.

Se pierde una preciosa oportunidad para ponernos a tono con las nuevas tendencias legislativas y específicamente, la de nuestros países hermanos con los cuales nos unen la tradición y una conciencia social común. Pero sobre todo, se cierran los ojos a la realidad y se legisla al margen de las necesidades y reclamos de la población.

Lo más grave es que en lo relativo a las uniones convivenciales, tanto en la legislación actual como el Proyecto de Reforma, se vulneran derechos constitucionales como el derecho a la igualdad (art.16 C.N.), el derecho de propiedad (art.17 C.N.) y se desconocen los tratados internacionales con jerarquía constitucional

ya que se establecen irritantes distinciones entre familias legalmente constituidas y familias nacidas de una unión de hecho, se discrimina a la mujer, se desconocen derechos a los hijos de los convivientes que se otorgan a los hijos nacidos de un matrimonio civil.

Mientras no se respeten los derechos y libertades de todos los ciudadanos, sin distinciones ni discriminaciones basadas en el sexo o en la cuna o en su lecho, no podemos asumirnos como un país civilizado, igualitario ni justo.

BIBLIOGRAFIA

- Borda, G.A. (2002). *Manual de Derecho Civil: Familia* (13ªed.) Buenos Aires
- Bossert, G. A, y Zannoni E.A. (2007). *Manual de derecho de familia*. (2ªreimpresión). Astrea. Buenos Aires.
- Belluscio, Augusto César, *Manual de Derecho de Familia*, (10º Edición actualizada). AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2011
- Argentina. Códigos (2012). *Proyecto de Código Civil de la Nación*.-la ed.-Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2012
- Méndez Costa, María Josefa y otros, *Derecho de Familia*, Tomo IV, Rubinzal Culzoni, Bs.A., 2008
- Novellino, N.J., *La pareja no casada. Derechos y obligaciones*, Ediciones La Rocca, 2006, Buenos Aires
- Bossert, G.A. (2006) *Régimen Jurídico del Concubinato* (4ªed) Buenos Aires
- ZANONI, E, *Tratado de Derecho de Familia*, Ed. Astrea, 2008
- PERRINO, JORGE OSCAR, *DERECHO DE FAMILIA*, Tomo I, (2006), 1º Ed., LexisNexis, Buenos Aires, pág.269.
- Grisolia, J.A (2001) *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (5ªed) Buenos Aires
- Salas, Trigo Represas (1984) *Código Civil y Leyes Complementarias* (6ªreimp) Buenos Aires
- Lorenzetti, R.L (2003) *Contratos-Parte especial*,(TII)Buenos Aires
- Belluscio, Augusto César, *La distribución patrimonial en las uniones de hecho*, LL1991-C-958

Basset, Úrsula-UCA. Facultad de Derecho (2012). Análisis del Anteproyecto del Código Civil y Comercial 2012. Bs As: El Derecho

Cám. Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, Sala I, B.L. C/A.M.R., 24/ 02/05, LLBA, 2005, 973.

BELLUSCIO, AUGUSTO C., La distribución patrimonial en las uniones de hecho, LL, 1991- C- 958

El Búho, Un condominio artificioso, ED, 184-55

ALLES MONASTERIO DE CERIANI CERNADAS, ANA M., Concubinato: supone la existencia de una sociedad de hecho?, LL, 1994- D- 1622

LLOVERAS COSSIO RICARDO Y MOISSET DE ESPANÉS, La propiedad de los automotores, Jurisprudencia argentina, Doctrina 1973- 558,

C. Civ. Com. Familia y contencioso administrativo de Río Cuarto, 09/05/08, LLC, 2008, 810

ONOFRE ALVAREZ, OSVALDO, Concubinato y sociedad de hecho, comentario de la sentencia 44501- C.N.Civ, Sala A, Nov. 13, 1991. I.L.H. c/ S.A.B, EL DERECHO, T. 148, PÁG. 475

www.lavoz.com.ar/files/FUNDAMENTOS_DEL_ANTEPROYECTO_DE_CODIGO_CIVIL_Y_COMERCIAL_DE_LA_NACION.pdf

<http://www.graciamedina.com/proceso-de-las-uniones-de-hecho-y-concubinato/>

LeonelliMorey.L (2011) Jueces reconocen derecho a concubinos [Versión electrónica], Diario LaVoz.

García, M. (2012), Cambio social: Por primera vez hay más solteros que casados. [Versión electrónica], *Diario Clarín*, N°24412

CONSTITUCION NACIONAL

CODIGO CIVIL ARGENTINO

CODIGO PENAL ARGENTINO

LEY DE MATRIMONIO IGUALITARIO N°26.618

LEY LABORAL N°21.297

LEY PREVISIONAL N°24.241

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR

TESIS DE POSGRADO O GRADO

A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	GODOY ARAVENA VANESA ELIZABETH
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	28841800
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	APROXIMACIÓN AL MARCO LEGAL DE LOS DERECHOS DEL CONVIVIENTE SUPÉRSTITE RESPECTO DE LOS BIENES ADQUIRIDOS DURANTE LA CONVIVENCIA
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	Elizabeth.aravena21@gmail.com
Unidad Académica	Universidad Siglo 21

<i>(donde se presentó la obra)</i>	
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de toda la Tesis <i>(Marcar SI/NO)</i> ^[1]	SI
Publicación parcial (informar que capítulos se publicarán)	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha:SAN JUAN, 28/10/14

Firma

^[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.

Aclaración

Esta Secretaría/Departamento de Posgrado de la Unidad Académica: _____
_____ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta
dependencia.

Firma

Aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado