



UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Regional Rosario

Carrera de Abogacía

DESOCUPACION DE LA VIVIENDA EN EL CONCUBINATO

2008

Tutor: Dutto, Ricardo

Alumna: Viñas, Ana Carolina

Título al que aspira: Abogada

Fecha de presentación: 31 de Octubre de 2008.

Este trabajo está dedicado a todas aquellas personas, que desde su lugar, me acompañaron permanentemente a lo largo de todo este recorrido que hoy termina:

A mis padres, a mi novio, a toda mi familia, y a mis amigas:

Gracias.

Doy gracias a todos los docentes de la Universidad, que me acompañaron durante toda mi carrera, ya que gracias a ellos adquirí el conocimiento y el saber de lo que es la Ciencia del Derecho.

Resumen.

La temática abordada en el presente trabajo tiene por fin analizar el concubinato a la luz del derecho, reconociendo los problemas que a los concubinos se les presentan en sus relaciones de familia, en sus negocios jurídicos, entre sí y con terceros; y en especial, la relación que existe entre el concubino no propietario y el inmueble que habita.

Se trata de establecer si asiste derecho al concubino no titular para continuar ocupando el inmueble asiento de la convivencia una vez concluida la relación, sea por decisión de alguno de los miembros de la pareja, o por fallecimiento de quien aparece como titular del dominio; y en su caso cual es la naturaleza de ese derecho. O, si por el contrario, puede resultar legitimado pasivo del proceso de desalojo.

En diversos aspectos, la problemática del concubinato ha variado sustancialmente con el transcurso del tiempo. La ley 23.264, de patria potestad y filiación, y fundamentalmente la ley 23.515, que modificó el régimen matrimonial e introdujo el divorcio vincular, posibilitan hoy soluciones más adecuadas respecto de innumerables cuestiones vinculadas al concubinato que, antes, obtenían un tratamiento injusto.

Esto se puede decir que obedece, entre otras, a cuestiones sociales, ya que con el transcurso de los años se puede advertir que cada vez son menos las parejas que optan por la institución del matrimonio, dejando así un camino abierto para otro tipo de relaciones heterosexuales, en este caso el concubinato.

En vano sería negar este nuevo tipo de uniones, ya que la presencia de éste surge de la realidad misma, de los hechos y por sobre todo de la jurisprudencia, a pesar de todos los obstáculos que puedan surgir de nuestro derecho positivo.

Para este trabajo se ha recopilado material general como así también específico del tema abordado, reunido de diversas fuentes, como ser: libros de texto, doctrina y jurisprudencia argentina.

Comenzaremos realizando una breve reseña histórica de la institución concubinaria, pasando por un exhaustivo análisis y características del mismo, ahondando sobre la desocupación de la vivienda en el concubinato y sus diferentes supuestos y posturas doctrinarias.

Luego nos encargaremos de conocer el proyecto de ley sobre concubinato para poder comprender así una nueva forma de convivencia.

También encontraremos en el presente trabajo la figura del matrimonio, la cual no puede ser dejada de lado, por tratarse esta de una institución social legalmente reconocida y tan semejante a la del tema estudiado.

Propongo entonces, establecido el ámbito al que nos avocaremos, imbuirnos acerca de esta problemática tan actual para encontrar soluciones que en la realidad de nuestros días nuestro régimen abstencionista no nos brinda.

1.- Área:

Derecho de Familia

2.- Tema:

Desocupación de la vivienda en el concubinato

3.- Título Provisorio:

Concubinato

4.- Problema:

¿Cuál es la verdadera relación del concubino no propietario con la cosa?

5.- Hipótesis:

La relación que existe entre el concubino no propietario y el inmueble que ocupa es de mero ocupante. Es un huésped sin protección.

5.1. Puntos provisorios de tesis que se demostrarán y defenderán:

5.1.a.- La unión concubinaria conforma el asiento de un hogar compartido.

5.1.b.- Es necesaria la existencia de una legislación respecto a la vivienda en las uniones de hecho.

6.- Objetivos:

6.1.- Objetivo general

Delimitar el encuadre jurídico que corresponde a la ocupación del inmueble, propiedad de uno de los concubinos, por parte del otro.

6.2.- Objetivos Específicos

6.2.a.- Identificar los elementos que debe reunir la unión extraconyugal para configurar un concubinato.

6.2.b.- Profundizar las diferentes corrientes doctrinarias y jurisprudenciales sobre el problema formulado.

6.2.c.- Fundamentar la no aplicación de la normativa matrimonial respecto del concubinato para soluciones del problema planteado.

6.2.d.- Ver la aplicación práctica de la doctrina en el tema a investigar, a través de los distintos fallos.

7. Marco Teórico:

Entendemos que no resulta fácil precisar el encuadre jurídico de la relación del concubino con el inmueble que no le pertenece, pero que ocupa.

Gustavo Bossert señala que: “el concubino no habrá adquirido derechos respecto de la titularidad del inmueble, aunque invoque la existencia de una sociedad de hecho

con su concubino, mientras no pruebe dicha existencia y, además, que el inmueble pertenece a la sociedad”¹.

Pero, en cambio, no es aceptable sostener que a la concubina se la pueda considerar “intrusa”, porque se niega a desocupar el inmueble cuando así se lo requiere su compañero, después de haber convivido con él².

Podemos también dejar sentado lo referido por nuestro profesor Dr. Dutto, Ricardo, quién estableció que el fundamento en la exclusión de la vivienda concubinaria está dado por un *acto necesitado* en esa relación de hecho atribuible a uno de los convivientes, y respecto de la morada común³.

Al ya fundado principio de libertad que rige en estas uniones lo cual implica que no puede imponer consecuencias del matrimonio a quien no lo ha querido, se le suma un cercenamiento al principio de igualdad ante la ley pues se aplica igual solución legal a situaciones diversas y cabría invocar contra quién pretende esa aplicación analógica la doctrina de los actos propios, ya que habiendo aceptado convivir en una relación extralegal recurre al régimen legal que quiso eludir para fundar sus pretensiones contra el otro conviviente de hecho. Todos estos fundamentos, sumados a la gravedad institucional que una decisión basada en la aplicación analógica de normas, llevan a Ferrer a considerar que procede el recurso extraordinario de inconstitucionalidad, ante una sentencia que acoja dicha pretensión⁴.

Jurisprudencialmente se sostuvo que la pretensión de excluir a quien hace vida concubinaria con la demandante no admite la invocación de lo dispuesto en el art. 231

¹ CN Paz, Sala II, 15/12/69, LL 138-126

² CN Paz, Sala VI, 17/11/69, LL 140-124. En contra, SCBA, 2/5/55, JA, 1955-III-361; CN Paz, Sala II; 15/12/69, LL, 138-127, en que se ordenó el desalojo, considerando intrusa a la concubina.

³ Dutto, Ricardo; “Demanda de exclusión del hogar conyugal” Ed. Juris Rosario, 1993.

⁴ Ferrer, Francisco A M., Desalojo del concubino. Aplicación del art. 231 C. Civil. Improcedente extensión analógica de la normativa matrimonial a la convivencia concubinaria. Revista de Jurisprudencia Provincial (Buenos Aires, La Pampa, Río Negro) 1993, nº 2, pág. 126.

del Código Civil, norma referida a los matrimonios, si, en cambio, ha sido aceptada con sustento en las disposiciones de las leyes sobre violencia familiar que, con finalidad tuitiva, extiende sus alcances a las uniones de hecho⁵.

Encontramos también, opiniones como las de los Dres. Gracilazo y Fuster, quienes fijan su posición, y desestiman el concepto de que el concubino es un mero ocupante con obligación de restituir, semejante a un simple huésped. Consideran que ambos tienen poder efectivo sobre las cuestiones atinentes a ese inmueble. Que hay tenencia y que el concubino no propietario goza de un comodato sin plazo pero con facultades del titular de requerir el reintegro del inmueble.⁶

Por advertirse diferentes corrientes y posturas, tanto doctrinarias como jurisprudenciales, sobre el problema a investigar, y por el alto grado de raigambre en las costumbres que tienen estos tipos de convivencia, hace que la desocupación de la vivienda en el concubinato no sea una mera abstracción de gabinete, por el contrario, las controversias crecen día a día, haciéndose necesaria una orientación que permita encontrar la resolución del conflicto.

Adhiero a la postura de estos autores, pues considero que la unión concubinaria conforma una verdadera familia en donde se asienta un hogar compartido, en el que ambos convivientes tienen derechos y obligaciones sobre las cuestiones referentes al inmueble, cuidado, limpieza, pago de impuestos, protección de la vivienda frente a terceros, etc. Por tal motivo también, consideramos necesario la legislación

Consideramos importante el tratamiento de este tema en el presente trabajo a fin de analizar a la luz del derecho hoy vigente los problemas que a los concubinos se les

⁵ C.Civil., Com. y Lab. De Reconquista, mayo, 27-1996, Zeus 72-J

⁶ Gracilazo, Oscar y Fuster, Sergio; Desocupación de la vivienda en el concubinato, Ed. Fas, 1998, p.9

pueden presentar entre sí, en sus relaciones de familia, en sus negocios jurídicos, y con terceros.

Capítulo I

CONCUBINATO

SUMARIO: 1. Concubinato. 1.1. Introducción. 1.2. Referencia Histórica. 1.3. La unión extraconyugal en la Argentina. 1.4. Causas de la unión extraconyugal. 1.5. Unión de personas libres y concubinato. 1.6. Concepto de concubinato. 1.7. Elementos integrantes del concubinato. 1.8. Ausencia de algún elemento. 1.9. Actos jurídicos del concubinato contenidos en el Código Civil. 1.10. Relaciones patrimoniales entre los concubinos: Sociedad de hecho. 1.11. Prueba de la existencia de la sociedad de hecho a través de los aportes. 1.12. Criterio con que deben apreciarse los hechos. 1.13. Inaplicabilidad de las normas de la sociedad conyugal. 1.14. Administración. Rendición de cuentas. 1.15. Conclusiones

CONCUBINATO

1.1 Introducción.

En el presente trabajo abordaremos la temática del concubinato, y en particular la desocupación de la vivienda en este tipo de uniones.

Intentaremos demostrar que el concubino no propietario del inmueble que ocupa no es un mero ocupante, y que por lo tanto necesita ser protegido, pues las uniones concubinarias, actualmente conforman el asiento de un hogar compartido.

No es objeto de esta investigación establecer un juicio de valor del concubinato, sólo intentamos mostrar que el curso de los años no ha borrado las causas por las cuales muchas parejas se unen prescindiendo del régimen matrimonial.

En las consideraciones del concubinato las dificultades concurren desde establecer que entendemos por concubinato, es decir si es toda unión de un hombre y una mujer, o si sólo se refiere a la unión sexual de quienes no tenían impedimentos para unirse en matrimonio.

Todo esto desemboca en otro interrogante que es el relativo a las consecuencias de esta unión, y en particular el tratamiento de la vivienda y desocupación de la misma ante la ruptura de la pareja.

Es por todo lo expuesto que consideramos de gran importancia desarrollar y conocer en el capítulo primero los aspectos fundamentales de esta forma de convivencia, su evolución histórica, características generales de la figura, y los actos realizados entre los integrantes de la pareja y sus consecuencias, entre otros aspectos.

Luego, en el capítulo segundo, nos encontraremos con un tratamiento específico de la desocupación de la vivienda en el concubinato, advirtiéndose allí las diversas situaciones; y ante ello, las soluciones a las que arriba nuestro ordenamiento jurídico, la doctrina y también la jurisprudencia.

Las parejas unidas por el vínculo matrimonial y las parejas ya divorciadas, tienen un estatuto legal que regula sus derechos. En cambio, las parejas que viven en concubinato, y cuya convivencia tiene asiento en inmuebles cuyos propietarios no están unidos por ley, con frecuencia atraviesan diversos conflictos que la ley, hoy por hoy, no soluciona.

Es por tal motivo que resulta de vital importancia poder delimitar y establecer la relación que existe entre el concubino no propietario del inmueble que ocupa y dicho bien.

Podemos decir que nuestro código adoptó una posición abstencionista por la influencia sufrida del código de Napoleón. Pero la postura de Velez fue desbordada por la fuerza de la realidad, y en diversos aspectos, normas específicas tuvieron que regular efectos parciales del concubinato. Pero son casos parciales que no quitan el carácter abstencionista del ordenamiento, lo que trajo como consecuencia un gran vacío legal y en muchos casos injustas soluciones. Por esto es que se considera que la ley debe intervenir.

Damos así lugar al tercer capítulo, donde se verá y analizará el proyecto de ley sobre las uniones de hecho.

Y por último, desarrollaremos una breve síntesis de la institución del matrimonio, señalándose los principales aspectos y características que están íntimamente relacionados con el tema a desarrollar.

1.2. Referencia Histórica.

El concubinato no es producto de la vida moderna, ni los problemas que de ella derivan son nuevos, sin embargo las connotaciones sociales y jurídicas hacen que debamos distinguir el tratamiento del concubinato en el Derecho Romano y Español, de aquel que nace del liberalismo.

1.2.1. Derecho Romano.

El concubinato comenzó a ser regulado en el derecho romano bajo el primer emperador, Octavio Augusto. A comienzos de la Era cristiana dicho monarca trató de estructurar la figura buscando, sin duda, poner orden en el medio social donde esta unión era un hecho frecuente; y así, distinguió, mediante requisitos y efectos, el concubinato de las restantes uniones extramatrimoniales¹.

En cuanto a los requisitos, cabe destacar que en dicha legislación se estableció que se debía tratar de personas púberes sin vínculo de parentesco afín o consanguíneo que constituyen impedimento matrimonial, debiendo ser soltero el concubino. Caso contrario, si la unión era entre parientes o personas casadas, o habiéndose ejercido corrupción o violencia sobre personas honestas para lograr la unión, tratábase de *incestum*, o *adulterium*, o *stuprum*, respectivamente.

Además, el concubinato debía presentar carácter de singularidad: no podía mantenerse con más de una concubina.

Se podía tomar como concubina, solamente, a una mujer de bajo rango: actrices, prostitutas, mujeres sorprendidas en adulterio. Si una mujer honrada o ingenua consentía en ser tomada por concubina, debía ello ser acreditado por un medio formal (bajo riesgo, para el hombre, de ser considerada la unión con ella *stuprum*). Pero aceptando la mujer, y constituyéndose el concubinato, perdía aquella su posición en el medio social y el título de *mater familiae* que implicaba distinción y honra a la mujer romana.

Tenía el concubinato gran importancia como determinante del carácter de la filiación. Los nacidos de esa unión eran hijos naturales, en tanto que los habidos de otras uniones extramatrimoniales eran *spurii*; éstos no tenían jurídicamente padre, por lo que resultaba imposible su reconocimiento, cosa que no ocurría con los hijos naturales.

1.2.2. Derecho canónico.

El derecho canónico contempló siempre el concubinato. Pero lo hizo de dos modos diametralmente opuestos.

Desde el comienzo, el derecho canónico recogió la realidad social que el concubinato implicaba, y con criterio realista, antes de sancionarlo trató de regularlo, concederle efectos, y por medio de ellos la monogamia y la estabilidad de la relación de la pareja. La inexistencia de otros vínculos (conyugales o concubinarios) y el carácter de permanencia, estaba ya, para ese derecho, en la base de las características que la relación tenía que presentar para obtener aceptación y efectos.

En el año 400 era aceptado el matrimonio “clandestino” o “presunto”, que no era sino la unión de un hombre y una mujer, que, aún a solas, convenían tomarse por marido y mujer, se hacía aplicación práctica de la primitiva doctrina canónica que consideró siempre ministros de la unión a los propios contrayentes².

Pero a fines del siglo XV, el poder material de la Iglesia comienza a debilitarse, no sólo por la trascendencia de la renovación, en la estructura cultural, que implicó el movimiento renacentista, sino principalmente por las transformaciones de toda índole que comenzó a desencadenar la Reforma. Surge entonces del seno de la Iglesia, como reacción y defensa el movimiento de la Contrarreforma; fueron muchas las medidas adoptadas a fin de preservar y fortalecer el poder de la Iglesia, y entre ellas, y figurando quizás entre las de más importancia, se encuentran las adoptadas en 1563 por el Concilio de Trento, destinadas a asegurar al poder eclesiástico el control absoluto del matrimonio de sus feligreses. Dicho concilio prohibió el matrimonio “presunto”; estableció la obligatoriedad de contraer matrimonio ante el cura párroco, en ceremonia pública, con dos testigos, y creó los registros parroquiales. Y en consonancia con esa nueva política, se proscribió el concubinato, se dictaron penas severas contra los concubinos que, advertido tres veces, no cesarán en su relación; y así, se impuso la

excomunión y hasta la calificación de herejía. Incluso después del siglo XV, se llegó a autorizar el uso de la fuerza pública para romper las uniones extramatrimoniales.

1.2.3 Liberalismo.

El concubinato tanto en el derecho romano como en el español estaba sustentado en la estratificación basada en desigualdades de clase, cargos, rangos y honores. Con la aparición del individualismo liberal se borraron las desigualdades, presuponiéndose la absoluta libertad e igualdad de todos los hombres, lo que trajo aparejado que el concubinato como unión irregular frente al derecho se transfiguró. Ni se legisló sobre él ni se lo combatió. El concubinato fue ignorado como hecho jurídico.

Sin embargo, ya en este siglo, las vivencias de las uniones concubinarias han resultado inevitables, incluso en la tradición jurídica liberal. En la misma Francia, donde Bonaparte sostuvo en el Consejo de Estado: “Los concubinos prescinden de la ley; la ley se desentiende de ellos”, abrió una brecha al dictar una ley en 1896 que aumentó los derechos sucesorios de los hijos naturales y en 1912 se modificó el artículo 340 del *Code* que acepta la declaración judicial de la paternidad si los progenitores durante el período de la concepción vivieron en concubinato notorio.

Luego vinieron una serie de leyes que obedecieron a una necesidad concreta motivada en circunstancias de emergencia (1ª guerra mundial): la enorme cantidad de hogares que, aún sin fundarse o constituirse sobre el matrimonio, sufrían el desamparo material y moral por haberles arrebatado a quién cotidianamente aportaba su sustento. Pero estas leyes no se consolidaron definitivamente: mantuvieron siempre el carácter emergencial y fueron resistidas.

1.2.4 Derecho Francés.

El código de Napoleón ignoró totalmente el concubinario, y se abstuvo de regular los efectos de que puede producir ante determinados conflictos de intereses o negocios jurídicos. Sin duda, esta actitud legislativa ha sido de gran importancia para la

adopción de la línea “abstencionista” asumida, en esta materia, por la mayor parte de las legislaciones occidentales.

Fue así que, en Francia, la jurisprudencia tuvo que realizar, durante el siglo XIV, una lenta y compleja elaboración para ir resolviendo, no obstante el silencio de la ley, los concretos problemas que, en torno al vínculo concubinario se planteaban³.

A tenor de las graves necesidades que impuso la Primera Guerra Mundial, entre 1914 y 1918 se sancionaron numerosas leyes que trataron de solucionar concretos y urgentes problemas que se planteaban a las concubinas de los soldados. Después de finalizada la guerra, se promulgaron esporádicamente leyes vinculadas a la materia; pero la jurisprudencia continuó realizando, al respecto, una vasta y valiosa labor⁴.

1.2.5 El concubinato en América Latina.

El concubinato en América Latina no constituye un fenómeno esporádico y sí una verdadera institución social que subsiste al lado del matrimonio y, al contrario de éste, está sustraída a cualquier disciplina jurídica.

No obstante la profunda diversidad que marca una visión de conjunto que pretenda ser unitaria a las veinte repúblicas latinoamericanas, puede generalizarse en una impronta común: la estratificación en casta más que en clases que el subdesarrollo ha consolidado, en muchas de ellas con un rigor a veces inimaginable.

Lo característico de la estratificación es la impermeabilidad que acusan los estratos a los factores de movilidad social y a las probabilidades abiertas a la circulación de los individuos dentro de la “pirámide social”.

En Latinoamérica las dos determinantes fundamentales de la estratificación social son: a) sistema de clases que se virtualiza en la distribución de los recursos productivos eminentemente agrarios y la distancia entre una “elite” aristocrática propietaria de tales recursos y una extendida clase marginal; y b) el desarraigo de éstas

últimas en los procesos socioculturales que se agrava por la diferenciación racial, cultural y hasta religiosa.

1.2.6 El concubinato en la Argentina.

Salvo lo dispuesto por el artículo 232⁵ del C.C, y el artículo 223⁶, no existe en nuestro derecho positivo un derecho orgánico de las uniones concubinarias.

Ello no ha impedido que ya por vía legislativa en ciertos casos, ya por vía jurisprudencial en otros, se hayan reconocido ciertos efectos personales y patrimoniales a las uniones concubinarias.

El concubinato en nuestra legislación opera como una sanción civil en algunos casos, en otros da lugar a sanciones civiles, también permite la pérdida, caducidad y adquisición de derechos operando como una presunción *juris tantum*.

Opera como sanción en el supuesto del art. 223⁷ del C C. inc. 1º al establecer que la nulidad tendrá como consecuencia que la unión será reputada como concubinato. El matrimonio debe celebrarse libre de impedimentos para ser válido, cuando se ha celebrado mediando impedimento dirimente, con conocimiento de ambos, se sanciona dicha unión no dándole validez y por ello no otorgándole ningún efecto.

Acarrea una sanción en el supuesto, por ejemplo, del art. 210⁸ del C.C al establecer que todo derecho alimentario cesará si el cónyuge que lo percibe vive en concubinato. El art. 3574⁹ del C.C, por otra parte, determina que los esposos que conservarán vocación hereditaria, la perderán en caso de que vivieran en concubinato.

Estos últimos supuestos contemplan la vocación sucesoria en los casos de separación personal por las causales del art. 202¹⁰ C.C. (adulterio, tentativa contra la vida del otro o de los hijos, instigación a cometer delitos, injurias graves, abandono voluntario y malicioso) o por las causales objetivas del art. 203¹¹ C.C: (alteraciones mentales, alcoholismo, drogadicción) y 204¹² C.C. (separación de hecho sin voluntad de unirse).

El fundamento de la sanción está en el hecho de que está subsistente el matrimonio y por ello también subsiste el deber de fidelidad, por ello, al vivir en concubinato el cónyuge beneficiario de los alimentos, del derecho de habitación o de la vocación sucesoria ha infringido ese deber y entonces es sancionado con la pérdida de los mismos.

El concubinato acarrea también una sanción al traer aparejada la caducidad de derecho cuando dispone la pérdida de la prestación alimentaria y el derecho de asistencia, cuando el cónyuge divorciado beneficiario de esos derechos, viviese en concubinato. El fundamento de ésta pérdida está dado por el hecho de que los alimentos para el divorciado inocente intentan equilibrar al cónyuge el nivel de vida perdido a causa del divorcio, si entra a vivir en concubinato ya no necesita de su anterior cónyuge, pues supuestamente con el conviviente formará una nueva pareja y vivirá de acuerdo a sus ingresos.

Se intenta evitar un fraude a la ley y por ello se equipara como causas de cesación el concubinato y el matrimonio. Si no fuera así, podría ocurrir que en vez de casarse decidiera vivir en concubinato para mantener el derecho alimentario.

El concubinato habilita para la adquisición de un derecho dentro del ámbito civil en los supuestos siguientes:

El art. 9 de la ley 23.091¹³ establece respeto del conviviente que acredite haber convivido y recibido ostensible trato familiar para continuar la locación hasta el vencimiento del plazo.

En el art. 3573¹⁴ del C.C. nos encontramos con el matrimonio *in extremis* por el que se le confiere vocación sucesoria al cónyuge supérstite si se hubiera celebrado para regularizar una situación de hecho, debiendo probar el concubinato anterior a las nupcias.

Así también el art. 257¹⁵ C.C. establece una presunción legal de paternidad si al tiempo de la concepción había concubinato entre la madre y el supuesto padre¹⁶.

1.3. La unión extraconyugal en la Argentina.

No es posible precisar la cantidad de uniones extraconyugales que, en la actualidad, existen en nuestro país, justamente su falta de estructura formal y de registro, hacen sumamente difícil establecer su número.

También era, con anterioridad a la ley 23.515¹⁷, elemento ilustrativo el conocimiento de los numerosísimos trámites de segundo matrimonio en el extranjero que, a través de ciertas oficinas, y al margen totalmente del ordenamiento legal argentino, realizaban personas divorciadas.

Este hecho era notorio y por todos conocido, y constituía una práctica frecuente, no obstante la falta de validez de esa segunda unión ante el derecho argentino. Pero precisamente, por realizarse al margen de nuestro ordenamiento positivo, no permitía determinar su número con precisión.

De manera que la existencia, en cantidad, de uniones extraconyugales estables o uniones concubinarias es un dato empírico que es posible obtener de la observación de la realidad en nuestro ámbito social, pero sobre el cual no se pueden dar cifras precisas¹⁸.

1.4. Causas de la unión extraconyugal.

En cada país, y en cada época o circunstancia histórica, puede sostenerse que prevalecen unas u otras causas para el desarrollo de las uniones extramatrimoniales.

Las causas que en nuestro país concurren a la existencia de esas uniones extraconyugales son:

1.4.a Económicas: En ciertas regiones del país, incide especialmente el factor económico para el desarrollo del concubinato. En los sectores de menores ingresos, puede suponerse que existe una mayor dificultad para establecer, por medio del

matrimonio, un vínculo familiar regularmente organizado, prefiriéndose, en su reemplazo, el mantenimiento de uniones extraconyugales, aunque sean estables, pero que no crean cargas ni obligaciones de base legal. Como se advierte, a esta causal sólo puede oponerse una transformación económica que dé al hombre de trabajo, no sólo una mayor participación en la riqueza, sino también una mayor seguridad sobre su futuro.

Estas consideraciones deben ser atendidas en relación no tanto al hombre de las principales ciudades, donde el nivel de vida ha alcanzado ya cierta cultura, sino especialmente respecto a los habitantes de otras regiones que, aunque parezca irreal dada su falta de evolución, pertenecen al mismo país que las ciudades del centro litoral argentino.

1.4.b Culturales: Junto al atraso y falta de seguridad económica, se señala, como causa de la unión extraconyugal, a la falta de desarrollo educacional o por una cuestión ideológica o de filosofía de vida.

1.4.1. Incidencia del divorcio vincular.

Antes de la sanción de la ley 23.515¹⁹, la indisolubilidad del matrimonio argentino durante la vida de los cónyuges era una causa importante de desarrollo de los concubinatos, destacable en nuestro país, ya que la Argentina era uno de los pocos en el mundo que no admitían, en su ordenamiento jurídico, el divorcio vincular.

De manera que, a diferencia de otros países, especialmente latinoamericanos, en Argentina una de las causas principales de la gran cantidad de uniones de hecho, consistía en la imposibilidad, para quién se había divorciado anteriormente, de regularizar su nueva unión. De ese modo, la institución del matrimonio legítimo había perdido la relevante posición que antes ocupaba en la valoración de la conciencia moral media de nuestro ámbito social.

Como se ve, es independiente de esa lamentable realidad que sucede –y que se traduce generalmente en un juicio de divorcio- el estudio valorativo de las dos

posibilidades que se abren tras la separación de los cónyuges: que éstos mantengan una vida en soledad o que reorganicen su vida en una nueva pareja estable.

Por todo ello y fundamentalmente porque la reorganización de la vida en pareja, tras un fracaso matrimonial, constituye una natural inclinación del hombre, nuestro medio social aceptó la segunda unión, antes de la sanción de la ley.

Pero requirió, para esa aceptación, la realización de un acto formal, como, por ejemplo el trámite de “celebración” de matrimonio en el extranjero, lo que significaba que los integrantes de la pareja habían concretado, en un acto determinado, formal su decisión de constituir una unión estable.

En el medio social se advertía tal aceptación, pasando por alto que ese acto formal carecía totalmente de relevancia ante la ley argentina en razón de que esto escapa a las posibilidades de los concubinos. No podían resolverlo. No realizaban un acto formal inválido porque quisieron sustraerse al estatuto matrimonial, con todo el peso de obligaciones que implica; sino que no podían concertar el acto formal válido, porque nuestra legislación no admitía el divorcio vincular, y el ligamen subsistía.

Esa es la explicación, también de porque la conciencia social media no otorgó igual aceptación a quienes, pudiendo casarse, no lo hicieron y vivieron en concubinato; es decir, quienes voluntariamente han evitado someterse al estatuto matrimonial argentino.

1.4.2. Matrimonio contraído mediando impedimento dirimente y su calificación de concubinato.

El caso de un matrimonio mediando impedimento dirimente es calificado de concubinato por el art. 223, inc. 1^o²⁰, del C.C, si ambos contrayentes son de mala fe, es decir si hubieran conocido o debido conocer al día de la celebración el impedimento que causa la nulidad (art. 224)²¹.

Sin embargo, es oportuno puntualizar que la calificación de concubinato que realiza el art. 223, inc. 1º²², exige la previa declaración de nulidad del matrimonio, sin perjuicio de que sus efectos operen retroactivamente *-ex tunc-* al día de su celebración.

Mientras tanto, el matrimonio, aún cuando esté afectado de impedimento dirimente en uno o ambos contrayentes emplaza en estado aparente de derecho y no, habiéndose juzgado la buena o mala fe de aquéllos, no puede reputárselos a priori como concubinato. Ello no impide que, aunque la nulidad no haya sido juzgada, pueda eventualmente reputarse inoponible el título de estado matrimonial si el vicio aparece manifiesto.²³.

1.5. Unión de personas libres y concubinato.

Afirmaba López del Carril²⁴, antes de la sanción de la ley 23.515²⁵, que el único caso en que se puede hablar de concubinato es el contemplado por el art. 89 de la ley 2393²⁶ –hoy derogado– pero similar al art. 223²⁷ del código civil, en tanto que no existiendo impedimentos matrimoniales, debe llamársela “unión de personas libres”.

Aludiendo al mismo tema, el autor citado ha dicho posteriormente que la unión libre es “la comunicación o trato de la mujer que habita con algún hombre como si fuera su marido, siendo ambos libres y solteros, y pudiendo contraer entre sí legítimo matrimonio”; en tanto que el término “concubinato” se reservaría para la “unión irregular, adulterina, incestuosa y siempre de carácter y orden inmoral”²⁸.

Analizando el tema en el contexto del Código de Vélez, creemos que ambos casos, la unión de personas con impedimentos matrimoniales y la de quienes no los tienen, son especies de un mismo género, que es el concubinato.

Que Vélez en el art. 232²⁹, repetido después por el art. 89, inc.1º, de la ley 2393³⁰, y hoy en el art. 223³¹, haya dicho que entre quienes contrajeran de mala fe matrimonio viciado de nulidad, “la unión será reputada como un mero concubinato”, no implica que éste sea el único caso en que esta figura aparece.

1.6. Concepto de concubinato.

Bajo el término “concubinato”, se agrupan diversas especies de uniones extraconyugales, en todas las cuales aparece un elemento común: cierta estabilidad en la relación de pareja.

Pero en doctrina, se ha ensayado formular distinciones, dentro del concepto genérico, en razón de diversas circunstancias, como son: la actitud ante terceros de los sujetos que se hacen pasar por casados adoptando la mujer el apellido de su concubino; la unión de personas que no se hallan vinculadas a otras por matrimonio, distinta del concubinato “adulterino”, y aún del “incestuoso”, que existiría cuando los concubinos tienen impedimento de consanguinidad para casarse entre si, la existencia de un acto matrimonial no válido, que en nuestro país aparece especialmente contemplado en el artículo 223³² del código civil, cuando ese matrimonio que se anula fue contraído con mala fe por ambos cónyuges.

Entendemos que puede considerarse que el concubino “es 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”³³.

Revisando las distinciones que dentro del concepto genérico se proponen, vemos que no hay motivo alguno, para apartarse de la denominación tradicional, concubinato, derivada del término latino *concubinatos*, sustantivo verbal del infinitivo *concumbere*, que literalmente significa: “dormir juntos”, utilizado ya en el derecho romano.

No obstante, hay que destacar que se han utilizado y se utilizan diversas expresiones, con sentido equivalente a la de concubinato, así por ejemplo Belluscio³⁴, lo definió como la situación de hecho en que se encuentran dos personas de distinto sexo que hacen vida marital sin estar unidos en matrimonio.

Por su parte, Zannoni³⁵, lo define como la unión de un hombre y una mujer en estado conyugal aparente o de hecho, ello es, sin atribución de legitimidad, pero con aptitud potencial a ella.

La pareja de hecho, no casada o concubinato es la situación de hecho en que se encuentran dos personas de distinto sexo que hacen vida en común sin estar unidos en matrimonio³⁶.

Así también se definió éste como el hecho jurídico, voluntario y lícito por el que una pareja heterosexual, deciden hacer vida en común con carácter o intención duradera, con la finalidad de formar una familia, sin mediar ceremonia matrimonial civil alguna.³⁷

En el derecho francés, habiéndose abstenido el Código de 1804 de aludir a esta figura, se incorpora la expresión en 1912, mediante la reforma del artículo 340 del Código, en el que se alude, para conceder beneficios, al “estado de concubinato notorio”.

En disposiciones legales francesas, posteriores a la mencionada, no se ha utilizado la expresión concubinato, sino “persona a cargo”; es de destacar que se trata de normas que otorgan beneficios basados principalmente en el hecho real de haber estado, la concubina, en virtud de la vida en común, a cargo del concubino a lo largo del tiempo, similarmente a como lo está la esposa, aunque en este caso con fundamento y amparo normativo.

En el ámbito jurisprudencial francés prevalece la utilización del término “concubinato”³⁸.

También en el ámbito de la doctrina francesa, junto con la expresión tradicional, se han utilizado otras con sentido equivalente: unión libre, familia natural, familia fuera de la ley hogar aparente, matrimonio de hecho, falso hogar, entre otras. Sin embargo prevalece en la doctrina francesa la expresión concubinato.

En nuestro país, los jueces invariablemente aluden al concubinato. Y a través de la expresión, que ya ha perfilado nítidamente su significado, se han distinguido, en ciertos fallos, otras situaciones, en las que, aún manteniéndose una relación sexual estable, le han faltado elementos que resultan necesarios para representar con precisión un concubinato.

Lo mismo ocurre en el ámbito de la doctrina nacional. En las obras aparecidas hasta el presente, específicamente dedicadas al tema, se utiliza el término concubinato.

Claro está que, dentro de esta noción genérica es posible aludir, como especie, al “concubinato adulterino”, que es aquel en el cual uno de los sujetos tiene impedimento de ligamen para contraer matrimonio. Esta distinción aparece en las disposiciones de algunos de los países que regulan el concubinato.

1.7. Elementos integrantes del concubinato.

1.7.a. Cohabitación, comunidad de vida y de lecho: El rasgo que, decididamente, distingue una unión concubinaria de una mera relación circunstancial, es el de la cohabitación.

Si los sujetos carecen de un domicilio común, no es posible sostener la existencia de un concubinato para los diversos efectos que éste puede invocarse en el ámbito jurídico.

Esta cohabitación implica, por tanto, la comunidad de vida; es decir, posibilita que la pareja, en mayor o menor medida, comparta la vida en todos esos aspectos que determinan situaciones que exigen consideración y solución por parte del derecho; por ejemplo, derechos sucesorios.

Careciéndose de este elemento, la cohabitación puede implicar otras situaciones muy distintas, que frente a concretos problemas jurídicos, pueden determinar distintas soluciones.

La relación sexual es un elemento que está presente en un matrimonio normalmente constituido. Y de la semejanza que con el matrimonio, considerada la figura en su normalidad, presenta el concubinato, es de donde éste obtiene su trascendencia jurídica.

1.7.b Notoriedad: La unión del hombre y la mujer consistente en una comunidad de lecho, de habitación y de vida, debe ser susceptible de público conocimiento; es decir, no debe ser ocultada por los sujetos. Si así no fuera, mal podría hablarse de una apariencia de estado matrimonial.

1.7.c Singularidad: Este concepto implica que la totalidad de los elementos que constituyen el concubinato debe darse solamente entre los dos sujetos; pero no se destruye la singularidad por el hecho de que alguno de dichos elementos se dé entre uno de los concubinos y otro sujeto, en la medida en que ello resulte posible. Por ejemplo: la singularidad no se destruye, si el concubino mantiene una momentánea relación sexual con otra mujer, o si la concubina le es infiel, en un momento dado, al concubino.

Debe entenderse por aparente fidelidad recíproca el hecho de que si bien en el concubinato, al igual que en el matrimonio, puede existir la infidelidad, la misma debe quedar reservada a la esfera íntima del conocimiento de los sujetos, no pudiendo la misma destruir el concepto de concubinato.

1.7.d Permanencia: La relación de los concubinos no puede ser momentánea, ni accidental. Debe ser duradera, prolongada en el tiempo. A tal punto que, faltando esta modalidad, resulta inaplicables la casi totalidad de los efectos que cabe adjudicar al concubinato.

En algunos fallos, concernientes a distintos aspectos, se ha dicho expresamente que el concubinato requiere “carácter de permanencia”.

Pero así como en el matrimonio hay alejamientos momentáneos de los cónyuges, también en el concubinato puede haber breves rupturas, momentáneas separaciones

seguidas de pronta reconciliación, sin que ello afecte el carácter de permanencia que la relación presente.

Pero el problema a solucionar es determinar que lapso de a la relación este carácter de permanencia, siendo dos los aspectos fundamentales para tener en cuenta: 1) la naturaleza del problema a resolver y 2) la edad de los sujetos.

Si se forma una pareja y ambos tiene veintiún años y viven sólo cinco unidos porque a los veintiséis años uno de ellos fallece, si bien la relación subsistió sólo ese lustro, como estado que ha permitido la duración de la vida del ahora fallecido, no cabe pedir mayor estabilidad. Distinto sería si falleciera a los sesenta años tras una relación de cinco años; no bastará ese término para reconocer el concubinato, porque en los sesenta años de vida, el episodio de cinco años puede no tener significancia.

1.8. Ausencia de algún elemento.

La inexistencia de algún elemento constitutivo del concubinato no implica la inaplicabilidad, en ciertos casos, de determinadas soluciones. En tales supuestos no existirá, en plenitud, concubinato; pero habrá de estudiar el problema concreto que se plantea, para precisar si, aunque esté dado en otra forma de relación extraconyugal, dicho problema presenta los mismos caracteres, bases y consecuencias prácticas que cuando aparece en el concubinato.

Y si se diera esa similitud, no habría razón alguna para dejar de extender a ese caso la solución que dentro del concubinato se ofrece a un supuesto similar. Por ejemplo, si faltara la cohabitación, igualmente podría establecerse la existencia de una sociedad de hecho, probando los aportes realizados, la voluntad de obtener ganancias y repartir utilidades. Dándose todos los elementos del concubinato, excepto la notoriedad, tendrá vigencia la presunción de paternidad que en ciertos casos existe respecto de los hijos de la concubina, pues dicha presunción está basada principalmente en la comunidad de lecho, habitación y vida, en condiciones de singularidad.

1.8.1 Concubinato carencial.

El concubinato carencial está integrado por una pareja que carece de impedimentos matrimoniales, que tiene aptitud para casarse, que vive en posesión de estado, pero que sin embargo, carece de motivación para celebrar su matrimonio civil.

Este tiene sus causas en la falta de nivel económico y cultural de las parejas que se encuentran en esa situación. Una economía insuficiente, precaria, no permite asumir los gastos, los esfuerzos y las complicaciones económicas que significaría contraer matrimonio. Se vive para lo imprescindible. Si se agrega un bajo nivel de alfabetización, la falta de comprensión de los beneficios del régimen legal matrimonial y la protección que significa para los esposos, se integra el cuadro del concubinato carencial.

Indiferencia por falta de lo imprescindible, indiferencia por falta de cultura. Esas son las causas de la proliferación de los concubinatos carenciales en grupos humanos víctimas del subdesarrollo económico y cultural.

1.8.2. Concubinato sanción.

El concubinato sanción es aquel donde uno o ambos integrantes de la pareja de concubinos, con posesión de estado matrimonial, tiene ligamen anterior.

1.8.2.a La condena a la castidad de la ley argentina.

El conflicto que replantea es que el divorciado no vincular recibe por la ley argentina una sanción gravísima, está condenado a la castidad o transformarse en un anacoreta.

Esta singular condena se aplica por igual al cónyuge culpable, como al cónyuge inocente y de ejemplar vida matrimonial. La ciencia moderna reconoce fundamentalmente la necesidad del hombre y de la mujer de integrarse y vivir en pareja.

Tal tendencia estimula en el viudo o en el divorciado, cualquiera que sea su sexo, la formación de una nueva pareja, a la que aspira toda persona. Frente a esa situación, la ley puede optar entre dos conductas: el deber ser de la norma permite a la

nueva pareja un matrimonio válido mediante la existencia del divorcio vincular y la formación de una familia legítima; o el deber-ser de la norma prohíbe el divorcio vincular y provoca la ilegitimidad de cualquier familia así constituida, y la imposibilidad de contraer un matrimonio válido.

1.8.3. Concubinato utópico.

En este caso, los integrantes de la pareja viven en posesión de estado matrimonial, no tienen impedimentos para contraer matrimonio, no carecen de lo indispensable para llevar una vida decorosa. Sin embargo, no quieren contraer matrimonio por razones filosóficas que los llevan a considerar el vínculo jurídico del matrimonio como una intromisión del Estado en su vida privada.

1.8.4. El artículo 3573 del Código Civil y la ley 17.711: Antecedentes en nuestro Código Civil.

El texto del Código Civil no reconocía efecto alguno al concubinato, de acuerdo con la posición abstencionista en que estaba enrolado.

Como excepción, el derogado art. 232, luego sustituido por el art. 89 de la Ley de Matrimonio Civil, hacía mención incidental del concubinato al referirse al matrimonio nulo, en el caso de que ambos cónyuges lo fueran de mala fe. Para ese supuesto, el Código decía, en su inc.1º se determinaba que en cuanto a la persona de los cónyuges, su unión será reputada como un mero concubinato. El texto del art. 89 de la Ley de Matrimonio Civil mantiene la mención referida.

En el art. 3573³⁹ del C.C. se podía leer que la sucesión deferida al viudo o viuda, no tendrá lugar cuando hallándose enfermo uno de los cónyuges al celebrarse el matrimonio, muriese de esa enfermedad dentro de los treinta días siguientes. La nota a éste explicaba que en los casos de matrimonios *in extremis* no hay razón alguna para dar a los cónyuges derechos sucesorios.

Luego, en el año 1968 se dicta la ley 17.711⁴⁰, advirtiéndose también una reforma para el artículo en cuestión.

Apenas incorporada la última parte del artículo, hubo autores que, en desmedro de la evolución doctrinaria y jurisprudencial, quisieron justificar la fórmula empleada por la ley como de carácter amplio, en el que correspondería incluir, por ejemplo, un largo noviazgo.

Sin embargo, el texto legal es claro y se refiere a la existencia de una vida en común, de un aparente matrimonio; de un concubinato.

1.9. Actos jurídicos del concubinato contenidos en el código civil.

Según lo establecido en nuestro ordenamiento jurídico el matrimonio celebrado mediando impedimento dirimente, es calificado de concubinato por el art. 223 inc. 1º⁴¹ del C.C, si ambos contrayentes fuesen de mala fe, es decir, hubieran conocido o debido conocer al día de la celebración, el impedimento que causa la nulidad.

La calificación de concubinato que realiza el artículo mencionado, exige la previa declaración de nulidad del matrimonio, sin perjuicio de que sus efectos operen retroactivamente -ex tunc- al día de su celebración. Mientras tanto, el matrimonio, aún cuando esté afectado de impedimento dirimente en uno o en ambos contrayentes, emplaza en un estado aparente de derecho, y, no habiéndose juzgado, la buena o mala fe de aquellos, no puede reputárselo a priori como concubinato, en los términos del art. 223⁴² y con los alcances que esa norma confiere al término.

Son uniones sin atribución de legitimidad, a las cuales el derecho positivo, omite en principio reconocer aunque constituyan un hecho social. El art. 223, inc. 1º⁴³ dice que el matrimonio anulado no putativo produce, en cuanto a la unión, los efectos del concubinato.

Así mismo el art.3573⁴⁴ de nuestro Código Civil el cual dispone en su primer párrafo, que el derecho hereditario conferido al cónyuge supérstite no tendrá lugar si el

matrimonio se hubiere celebrado encontrándose enfermo el premuerto y el fallecimiento hubiese sido consecuencia de la misma enfermedad dentro de los treinta días siguientes a la celebración. De la nota al pie, se deduce que se trata de evitar la captación de herencias mediante el matrimonio con una persona enferma que presumiblemente morirá.

Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia propiciaron no realizar una interpretación literal de la norma, sino valorar cada caso en concreto. Se juzgó que, cuando a la celebración del matrimonio *in extremis*, había precedido una prolongada convivencia concubinaria entre los contrayentes no se aplicaba la presunción sentada en el art. 3573⁴⁵. No se trataría de captación de herencia sino del propósito loable de regularizar o legitimar esa unión de hecho, sobre todo cuando, como es común, de ella hay hijos que participan de su calidad⁴⁶.

A partir de la entrada en vigencia de la ley 17.711⁴⁷, la exclusión hereditaria del artículo subsiste como norma general, pero el art. 3573⁴⁸ deja a salvo el caso en que el matrimonio se hubiese celebrado para regularizar una situación de hecho. La salvedad alude al concubinato o unión irregular y el cónyuge que concurre a la sucesión deberá probar, para enervar la caducidad de la vocación hereditaria, el hecho del concubinato anterior a la celebración de las nupcias *in extremis*, con los caracteres de singularidad y estabilidad que le son propios⁴⁹.

En lo que se refiere a los alimentos, por no haber norma que lo imponga, no pesa sobre el concubino obligación civil de dar alimentos a su concubina⁵⁰ ni aún durante la vigencia de la relación, ni en caso de extrema necesidad. No puede tampoco aplicarse, por analogía, la obligación que en tal sentido gravita sobre el marido, frente a su cónyuge, ya que ella es exclusiva del estatuto matrimonial; tampoco puede invocarse la obligación alimentaria recíproca que existe entre parientes, pues el concubinato no crea esa clase de vínculo.

Obviamente, tampoco la concubina está obligada a dar alimentos al concubino.

Entre concubinos, no existe obligación civil, es decir exigible, de prestarse, entre sí, alimentos.

La afirmación tiene el fundamento de que el derecho alimentario es una obligación legal derivada del parentesco o del vínculo conyugal, la prestación asistencial exigible no se entiende más allá de las personas que en cada caso enumera la ley ⁵¹.

Sin embargo, nos preguntamos si los alimentos que durante la convivencia prestó el otro voluntariamente deben reputarse como el cumplimiento de “una obligación natural” en los términos del art. 515⁵² del C.C. Sabemos que las obligaciones naturales son aquellas que, fundadas en el “derecho natural y en la equidad”, no confieren acción para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas por el deudor, autorizan a retener lo que se ha dado en razón de ellas.

Ello implica resolver dos problemas previos. En primer lugar; si la enumeración del art. 515⁵³ del C.C debe considerarse meramente enunciativa y no taxativa en cuanto a los supuestos que constituyen obligaciones naturales. En segundo lugar, si se acepta que existe un deber moral o ético de asistencia entre concubinos.

En lo que se refiere al primer punto estimamos que la enumeración del art. 515⁵⁴ del C:C es simplemente ejemplificativa. Es decir que “todo principio de justicia o equidad que sirva de fundamento a una pretensión es, simultáneamente, causa determinante de una obligación natural”⁵⁵.

Más controvertido puede resultar afirmar que entre los concubinos existe un deber moral de asistencia recíproca. Cuando de la convivencia hay hijos reconocidos, la jurisprudencia no ha vacilado en declarar que “el concubino es guardador de los hijos menores de su mujer a causa de las relaciones domésticas y afectivas que se forman, y

porque con ellas el hombre se impone un deber de colaboración en la asistencia moral y material de esos seres”.

En cuanto al deber moral de la asistencia de los concubinos entre sí, en este caso, depende de una adecuada interpretación sistemática de nuestro derecho positivo. A este respecto es interesante observar cómo en él se ha incorporado la entidad de las relaciones maritales de hecho. La legislación de emergencia en materia de locaciones ha conferido al concubino supérstite los beneficios de la continuación de la locación contratada con el causante.

También la legislación laboral (art. 248, ley 20.744, texto ordenado por ley 21.297) acuerda a la concubina derecho a percibir indemnización por muerte, si “hubiere vivido públicamente con el mismo, en aparente matrimonio durante un mínimo de dos años anteriores al fallecimiento”. Tratándose de un trabajador casado, la concubina que hubiese vivido durante los últimos cinco años anteriores al fallecimiento, tiene igual derecho, si el trabajador estuviese divorciado o separado de hecho de su esposa por culpa exclusiva de ésta o por culpa de ambos.

Así también, nuestra legislación, en lo referente a las donaciones manifiesta que si bien el concubinato no crea entre los sujetos, por sí mismos, derechos y obligaciones, los concubinos tienen plena libertad de contratación entre sí. Esta capacidad se extiende sin restricciones a los actos a título gratuito. De manera que las donaciones, las disposiciones testamentarias donde se designa heredero al concubino o se le hace un legado, y los otros actos de liberalidad que medien entre concubinos, son válidos y no pueden ser impugnados en razón de la existencia del concubinato. Es decir, serán válidos los actos de liberalidad en tanto el concubino actuó libremente, con real y libre ánimo de beneficiar a su compañera.

Por aplicación del art. 953⁵⁶ del C.C, que exige que el objeto de los actos jurídicos no sea contrario a las buenas costumbres, la donación, como cualquier otro

acto de liberalidad, carecerá de efectos jurídicos cuando ella no responde a un “móvil afectivo”, sino que tiende a pagar relaciones sexuales ya sostenidas o por sostener.

Sentado este principio hay que considerar, que tras una relación estable y perfectamente constituida, pesa sobre el concubino que abandona a la mujer, al menos una obligación natural de indemnizar los perjuicios materiales y los daños morales que le ha ocasionado.

De no mediar prueba contraria, habrá que considerar que se trata del voluntario cumplimiento de la obligación natural de indemnizar, que pesa sobre el concubino. Es decir como principio general corresponde interpretar que se ha efectuado voluntariamente el cumplimiento de la obligación natural mencionada; y sólo se aceptará el pedido de nulidad cuando se pruebe acabadamente que la liberalidad fue “el precio de la ruptura”. Este criterio interpretativo halla fundamento en el principio de conservación de los actos jurídicos⁵⁷.

Cuanto se ha afirmado precedentemente acerca de las donaciones, resulta aplicable también a los legados y a todo acto de liberalidad, ya que todo beneficio que se otorga sin mediar una obligación preexistente o una contraprestación claramente señalada, es susceptible de ser considerado pago de favores íntimos; y demostrado esto, la causa sufriría el vicio de inmoralidad.

En cuanto al legado, también puede ser atacado por causa torpe. Pero en este sentido, hay que tener en cuenta que la disposición de última voluntad pudo haber sido revocada por un testamento con posterioridad al que contiene la institución del legado. De manera que, probándose que hubo un acto posterior de revocación del legado, es posible suponer que en el causante hubo realmente un ánimo, determinado con libertad, de beneficiar a quién fue su concubina.

En Francia, los jueces, desde principios de siglo XX, tienen sentada la doctrina acerca de la posibilidad de declarar la nulidad de legados y otras disposiciones testamentarias hechas a favor de la concubina, cuando se prueba que medió causa torpe.

Tratándose de revocación de donaciones por ser casado el concubino se ha sostenido la revocabilidad de la donación, si el donante es casado, fundándose en que tal donación viola el deber de fidelidad.

En primer lugar cabe separar las acciones que, en ciertos casos, pueden corresponder a la cónyuge por tratarse de un bien que integra la sociedad conyugal. Es decir, en plena vigencia de la sociedad conyugal, podrá la esposa pedir la revocación de la donación si se la realizó para defraudarla; invocando su carácter de socia⁵⁸.

Si bien la facultad de donar bienes muebles no registrables sin necesidad de consentimiento conyugal, está otorgada a cada esposo por el art. 1276⁵⁹ del C.C, ella, como todos los actos a que están facultados los esposos, encuentra su límite en la noción del fraude; el sentido ético de del derecho determina que todo acto jurídico ha de caer si fue hecho con intención fraudulenta, aunque no haya norma expresa que establezca la sanción.

Independientemente de las acciones que el cónyuge pueda ejercitar en virtud de su derecho de cotitularidad en los gananciales que integran la masa del otro, hay que determinar si la donación al conviviente puede ser anulada, fundándose en que viola el deber de fidelidad. Con anterioridad a la ley 23.515⁶⁰, tal deber de fidelidad subsistía tras el divorcio.

En cuanto a los gastos de última enfermedad del concubino o concubina, así como los de su velatorio o entierro, sufragados por su compañero, implican el cumplimiento de un deber moral para con el fallecido.

No obstante, tenemos que considerar por separado estos supuestos, para determinar si los alcanza la irrepitibilidad de lo pagado que precepto el art. 516⁶¹ de nuestro código civil.

Pensamos que a pesar de tratarse del cumplimiento de un deber moral, lo que se ha pagado en concepto de gastos funerarios puede ser repetido por el concubino, de acuerdo a lo que puede inferirse de los artículos 2306⁶², 2307⁶³ y 2308⁶⁴ de nuestro C.C

De conformidad con los artículos mencionados, nuestros tribunales han resuelto en diversas oportunidades que el concubino puede reclamar el pago de lo gastado por última enfermedad y entierro, habiéndose hecho aplicación “de los principios inherentes a la gestión de negocios y al empleo útil consagrados en el art. 2288⁶⁵ y siguientes del C.C, y asimismo las normas sobre el pago por tercero que determinan la subrogación en su favor de los derechos del acreedor, establecidos en los artículos 727⁶⁶ y 768 inc. 3^o⁶⁷ del mismo cuerpo legal⁶⁸.

Y por último, podemos mencionar también, entre los actos en cuestión, a lo referido a la indemnización por ruptura del concubinato. En general suele hablarse de la concubina y su derecho a obtener una reparación por el daño material y moral que le produce esa muerte. Con la modificación del art. 1078⁶⁹ del C.C por la ley 17.711⁷⁰, corresponde excluir el daño moral: la acción por indemnización del daño moral –reza la norma- sólo competará al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos.

Los argumentos en contra por los cuales la concubina no puede invocar un perjuicio jurídico y sí solamente del hecho es que la muerte de su compañero no lesiona derecho alguno de ella, porque ninguno tenía para exigir ayuda de la víctima⁷¹.

Con refuerzo normativo favorable a la indemnización, los arts. 1068⁷² y 1079⁷³ del C.C, proporcionan directivas lo suficientemente amplias: b fundamental es que el

interés pueda ser objeto de lesión cierta y actual siempre que el perjuicio no emerja de situaciones ilícitas o inmorales⁷⁴.

En nuestro país, hasta la sanción de la ley 23.515⁷⁵, la ley 2393⁷⁶ no reconocía esponsales de futuro y que ningún tribunal admitirá demanda sobre la materia, ni tampoco por indemnización de los perjuicios que el incumplimiento de la promesa de matrimonio puede causar.

Nuestros tribunales aplicaron con firmeza el principio legal, vedando toda acción destinada a obtener indemnización por ruptura de promesa de matrimonio, por cierto no hay precedentes, tampoco, de que haya hecho lugar a una pretensión de cumplimiento de la promesa de matrimonio.

Hoy, el art. 165⁷⁷ del C.C, mantiene la carencia de valor vinculante a la promesa de matrimonio, en cuanto pudiere obligar a su celebración, al dejar sentado que no reconoce esponsales de futuro. No habrá acción para exigir el cumplimiento de la promesa de matrimonio

1.10. Relaciones patrimoniales entre los concubinos: Sociedad de hecho.

Se ha dicho que existe la aptitud de contratar entre concubinos. Ello alcanza a la posibilidad de formar sociedades que, en la práctica, se concreta más a través de sociedades de hecho que mediante sociedades formalmente constituidas.

El concubinato no implica la existencia de una sociedad de hecho, pero la posibilidad de constituirla no debe inducir al error al suponer que el mero hecho de la existencia de la unión extraconyugal implica por sí solo la presencia de una sociedad entre sujetos.

Los concubinos, además de sus relaciones estrictamente concubinarias, pueden haber realizado esfuerzos, acumulado aportes, con miras a obtener una utilidad

traducible en dinero, participando ambos en las ganancias y en las pérdidas que la empresa común produzca.

Sí así ocurre los concubinos están unidos por un vínculo societario, ya que se dan los elementos exigidos por el art. 1648⁷⁸ del C.C.

Por lo tanto, el concubinato no determina, ni hace presumir la existencia de una sociedad⁷⁹. Pero entre concubinos, ésta puede existir⁸⁰.

Si se ha formalizado un contrato societario, será plenamente válido y a él habrá que atenerse. Pero en caso de inexistencia del contrato, como instrumento se estaría en presencia entonces de una sociedad de hecho.

Por aplicación de lo dicho, tampoco la existencia de una sociedad de hecho puede presumirse o inferirse de la relación concubinaria. Es esta, una solución que, por su prevalencia en el ámbito de la doctrina de nuestros autores y jueces, puede considerarse, frente a nuestro derecho positivo, un concepto ya aceptado.

La opinión de López del Carril, representa, quizá, la única disidencia frente a este criterio dominante. Parte de distinguir entre la “unión de personas libres”, o sea aquellas que, haciendo vida extramatrimonial, no tienen impedimentos para contraer matrimonio, y el caso de los cónyuges cuyo matrimonio se ha anulado, declarándose la mala fe de ambos, para los cuales el código reserva el nombre de concubinos⁸¹.

En ocasiones, resulta dificultoso deslindar cuestiones tales como lo que es un verdadero aporte a la sociedad de hecho, de lo que no pasa de ser una simple colaboración con el concubino en la gestión económica exclusiva de éste; por ejemplo la colaboración que la concubina presta en el almacén del concubino puede ser un efectivo aporte de trabajo personal, con vista a producir y repartir ganancias para ambos, o una mera ayuda circunstancial o esporádica que no alcanza el carácter de societario.

De manera que, al no existir la presunción de existencia de una sociedad de hecho, la cuestión dependerá de la prueba de los efectivos aportes hechos por los concubinos con miras a la producción y reparto de utilidades.

Estos aportes pueden haber consistido en trabajo personal o en bienes; en este caso, para concluir que se trata de efectivos aportes societarios, los bienes deberán ser de entidad significativa en relación al negocio y debe mediar una razonable correspondencia entre el destino de éste y la función de los bienes aportados; por ejemplo: en un negocio de fotografía, que atendía personalmente el concubino, si fue la concubina quién adquirió los principales elementos para el equipamiento del taller, podrá considerarse probada la sociedad de hecho.

No será un aporte societario a computar, las tareas domésticas que la concubina cumple en el hogar común, pagar los gastos del hogar o de la atención de enfermedades padecidas por uno u otro concubino; de la supervisión de los gastos personales de ambos, en tanto resultan independientes de las erogaciones que hacen al giro del negocio del otro concubino.

1.11. Prueba de la existencia de la sociedad a través de los aportes.

Hemos dicho que para considerar la existencia de una sociedad entre los concubinos tiene que quedar evidenciado que ambos han hecho aportes., en bienes o trabajos, con el fin de realizar una gestión económica común, para repartir y obtener utilidades.

De ello se infiere que las pruebas que acrediten que, por ejemplo, se produjeron realmente los repartos de las ganancias producidas en el negocio en que ambos trabajaban, serán de importancia decisiva para la dilucidación del caso. Pero lo que ocurre es que, sobre todo entre concubinos, el reparto de utilidades, cuando se concreta, se hace sin documentación, por la mutua confianza existente, sin testigos, dada la intimidad que hay entre ellos.

También serán decisivos los elementos que acrediten fehacientemente que existía el ánimo societario, y que él presidía las actividades, lo cual, por lo común, se probará con testigos.

No obstante, tampoco este aspecto, por los motivos indicados será siempre posible probarlo en forma autónoma. De manera que, en muchos casos, de la misma prueba de los aportes se pretende obtener la conclusión de que existió un ánimo societario presidiendo la gestión económica en común.

La pregunta, por tanto, es sí la mera prueba de los aportes puede llegar a ser suficiente para dejar acreditada la prueba de la sociedad.

En muchas oportunidades se ha afirmado, genéricamente, que la sociedad de hecho debe surgir de la evidencia de que ambos han hecho aportes de bienes o trabajo.⁸² Sin embargo, esta afirmación no puede menos que entenderse en cuanto dichos aportes, fehacientemente acreditados, por sus características, permitan inferir la existencia de una gestión económica común, hecha con ánimo societario. De otro modo, serían simples préstamos de bienes, o servicios gratuitos o locaciones de servicios.

Corresponde entonces separar los casos de aportes de trabajo personal del de aportes de bienes.

1.11.1. Prueba de la existencia a través de aportes de trabajo personal.

En reiteradas oportunidades, la simple prueba de los aportes consistentes en trabajo personal, se ha considerado suficiente para inferir la existencia de la sociedad de hecho. Ello, en razón de las características de presencia y colaboración que dichos aportes significaron en la gestión económica en común, y no habiéndose, en cambio, acreditado que se los hubiera realizado en otro concepto.

Es necesario puntualizar que, para que resulte aplicable esta solución, la naturaleza de las tareas y el modo y continuidad con que se prestó, deben ser las que

corresponden a un socio, según el orden normal de los sucesos; si es así, se podrá extraer la conclusión de que la sociedad existió.

1.11.2. Prueba de la existencia, a través de aportes hecho en bienes.

El problema se agudiza cuando los aportes de la concubina han consistido únicamente en bienes, que fueron usados en el negocio que pertenecería a una sociedad de hecho y no exclusivamente a su concubino.

Para poder inferir la existencia de la sociedad del hecho mismo de los aportes en bienes, éstos deben ser de cierta consideración en relación al capital del negocio, y tiene que haber una total coincidencia entre el destino de éste y la función que cumplen los bienes aportados; como también habrá de tenerse en cuenta si tales aportes fueron hechos desde el comienzo del giro comercial, o caso contrario, si desde su incorporación posterior tales aportes posibilitaron una modificación o ampliación real del giro económico del negocio. En suma: circunstancias fácticas, que deberán señalar que, por su importancia y oportunidad, los bienes incorporados al giro y a la actividad del negocio, pudieron representar, en el ánimo de los sujetos, aportes societarios.

Como la doctrina argentina indica, hay que distinguir entre las relaciones personales de los concubinos y sus vínculos patrimoniales. Este criterio debe servir también para aquilatar supuestos como éste, en que se trata de resolver con qué carácter la concubina coloca en un negocio determinados bienes para su utilización. El efecto, el amor, la intimidad entre los concubinos no debe condicionar la interpretación que surge de los hechos económicos, como es el valor de los bienes, su destino, su relación con la envergadura del negocio, la época de su incorporación a él, para precisar la relación patrimonial que unió a los sujetos.

1.11.3. Medios de prueba.

Sobre los medios de prueba tendientes a acreditar la existencia de la sociedad de hecho, cabe señalar distintas orientaciones en el ámbito de la jurisprudencia.

En la justicia nacional civil ha prevalecido un criterio amplio, que admite la acreditación de la existencia a través de cualquier medio probatorio, incluidos testigos y presunciones, sin requerir principio de prueba por escrito, considerando la enumeración de nuestro cuerpo legal meramente enunciativa, principalmente cuando el juicio es entre los presuntos socios o sus herederos⁸³. Agregándose en diversos pronunciamientos, que la existencia de la sociedad de hecho, para invocarla contra un tercero, no podrá probarse sólo por testigos, requiriéndose principio de prueba por escrito⁸⁴.

Pero también en el fuero comercial se ha advertido, en diversos fallos, una tendencia distinta, es decir la exigencia del principio de prueba por escrito para admitir la prueba testimonial, de conformidad con lo dispuesto por el art. 209⁸⁵ del Cód. de Comercio⁸⁶, solución que se ha sostenido incluso tras la sanción de la ley 19.550, no obstante lo dispuesto por el art. 25 de dicha ley, que señala, aludiendo a las sociedades irregulares y de hecho, que “la existencia de la sociedad puede acreditarse por cualquier medio de prueba”.

Por nuestra parte, creemos que hay que distinguir entre la prueba del contrato de sociedad, para la cual sí resultan válidas exigencias como la del principio de prueba por escrito (art. 1193⁸⁷ C.C.), y la prueba de los hechos que acreditan la existencia de la sociedad, a los efectos de pedir su liquidación, según dispone el art. 1663⁸⁸ del C.C.⁸⁹.

Esta distinción, a la que adherimos, es recogida por una sólida corriente interpretativa en el ámbito judicial.

1.11.4. El trabajo puede ser aporte societario o cumplimiento de una relación laboral.

El aporte a la sociedad de hecho puede consistir en trabajo personal desempeñado por la concubina o concubino. Pero es necesario tener en cuenta que dicho trabajo puede ser realizado, no como aporte societario, sino como el cumplimiento de

una relación laboral en la que, quien lo desempeña, trabaja en beneficio del otro sujeto o del negocio que, exclusivamente o con terceros, éste posee.

Deslindar, en cada caso concreto, que figura debe considerarse tipificada, dependerá de circunstancias fácticas.

Por ejemplo, habrá de interpretarse que sólo medió una relación laboral, si la concubina ingresa a trabajar a un establecimiento que ya pertenecía al concubino, y allí se desempeña en distintas tareas, aunque éstas incluyan funciones de dirección de personal.

1.11.5. Gestiones económicas vinculadas a la vida en común.

Tampoco pueden considerarse aportes a una sociedad de hecho la colaboración que, en ocasiones, la concubina presta al hombre en sus tareas, cuando esa colaboración puede considerarse como simples actos o gestiones que, a causa de la fuerza de los acontecimientos diarios, realizan por lo general todos los seres de ambos sexos cuyo ayuntamiento es más o menos prolongado.

Ello ocurre, por ejemplo, cuando la concubina del dueño de la pensión se encarga de cobrar el alquiler a los pensionistas, y colabora con él en los aspectos menores del negocio, ya que tales actos “devienen lógicamente como consecuencia de la vida en común de la pareja”.

Esas gestiones, en tanto son servicios que no corresponden a la profesión o modo de vivir de la concubina, se consideran prestados con la intención de beneficiar al concubino, intención que la ley presume cuando se habita en la casa del otro sujeto.

1.11.6. Compra de bienes en común.

En cambio, no puede inferirse, sólo de la adquisición conjunta de bienes por parte de los concubinos, la existencia de la sociedad de hecho, cuando el destino de ellos no es instalar o ampliar la gestión económica común que, se pretende, era el objeto de una sociedad de hecho.

En tal supuesto, se podrá estar ante una comunidad de intereses, lo cual representa una noción genérica que admite diversas especies, como la sociedad, el condominio.

La mera compra de bienes en común ha sido sostenida reiteradas veces como fundamento de la existencia de la sociedad.

Pero, como la noción genérica de la comunidad de bienes e intereses no tiene normas específicas que la regulen, es pasable acudir por vía analógica, y en cuanto resulten compatibles, a las que regulan algunas de sus formas específicas, por ejemplo, las del condominio, para resolver su liquidación.

De manera que la liquidación o distribución de bienes comprados por los concubinos en común, se hará según lo que cada uno de ellos haya aportado para la compra, y en caso de que no pueda acreditarse la participación exacta de cada uno en la suma total con que se los compró, se distribuirán por partes iguales los bienes o el valor de ellos después de su liquidación (art. 2708⁹⁰ C.C)⁹¹.

1.12. Criterio con que deben apreciarse los hechos.

Votando como miembro de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en numerosos fallos, Llambías⁹² ha sentado el principio, en virtud del cual deben indagarse los hechos y considerarse la prueba con un criterio especialmente estricto, sin dejarse confundir por la engañosa apariencia de comunidad en materia económica que puede darse en las relaciones de los concubinos y ser producto, solamente, de la comunidad de vida que los sujetos mantienen.

Sin embargo, este concepto no debe llegar a exagerados extremos, ya que no es posible inferir de la relación concubinaria, por sí sola, consecuencias de índole económica.

Por cierto que el juez no ha dejarse engañar por circunstancias ajenas al plano económico, pero tampoco compartimos la idea de que actúe con prevención, y de ese

modo, llegué a considerar con más rigor, por ejemplo, aportes hechos a un negocio, destinados por su naturaleza a su utilización en él, y de la sola circunstancia de que exista entre las partes un concubinato inferir que no constituyeron verdaderos aportes a una sociedad de hecho, sino, por ejemplo, depósito o préstamo de uso.

Consideramos, pues, que la existencia del concubinato no debe incidir para evaluar los datos que ofrecen los hechos económicos por sí mismos. Sin perjuicio de que no se deje el juez confundir por los actos que no han de alcanzar relevancia jurídico-económica por sí solos, porque caen en el ámbito de las relaciones puramente personales.

Probada que sea la existencia de la sociedad de hecho, para la determinación de los bienes aportados, las ganancias y las obligaciones asumidas, que serán objeto de rendición de cuentas, y para la liquidación y la división del patrimonio, se aplicará lo establecido para el contrato de sociedad⁹³.

1.13. Inaplicabilidad de las normas de la sociedad conyugal.

No es posible aplicar, ni aún por analogía, para la liquidación de los bienes comunes de los concubinos, las normas que regulan la liquidación de la sociedad conyugal.

La distinción entre bienes propios y gananciales, la recuperación de aquéllos por parte de cada esposo, y la división por mitades de los gananciales, sin consideración al aporte efectivamente realizado por cada uno (art. 1315⁹⁴ C.C), se asienta sobre principios de orden público, concernientes al régimen de bienes en el matrimonio, que constituye una comunidad de ganancias, y responde a la integración que, también en lo patrimonial, se pretende que exista entre los cónyuges. De manera que nada tiene que ver con la razón de ser de las normas de la sociedad conyugal la liquidación de una sociedad entre quienes no están unidos por matrimonio.

1.14. Administración. Rendición de cuentas.

A quien de hecho ejerció la administración de la sociedad, el otro socio puede pedirle rendición de cuentas hasta la efectiva liquidación de aquellas.

Pero en la práctica, tratándose de concubinos, esa noción atempera su rigor. Es de presumir, en principio, que habiéndose prolongado a lo largo del tiempo en que vivieron juntos la existencia de la sociedad, las cuentas entre ellos, mientras existió la unión, se arreglaban privadamente.

Para considerar si efectivamente existió la administración exclusivamente a cargo de uno de los concubinos, habrán de probarse circunstancias de hecho, acreditables por cualquier medio, como el ejercicio del negocio, las características de su conducción, teniendo en cuenta que, por ejemplo, las tareas de atender los pedidos en un negocio, cobrar sus cuentas, son actividades propias de la administración. Pero habrá de tenerse en cuenta también que la circunstancia de ser concubinos los socios, y la intimidad que entre ellos existe, autoriza a pensar que, hallándose ambos a atender el negocio común, los dos ejercieron de hecho la administración, y que recíprocamente se rindieron cuentas, hasta la fecha en que sólo uno de ellos quedó a cargo del negocio.

Por el tiempo posterior, deberá ese socio rendir cuentas al otro hasta la efectiva liquidación.

1.15. Disolución de la sociedad de hecho.

La sociedad de hecho se disuelve en virtud de la manifestación que, en tal sentido, formula uno de los concubinos.

Pero esa manifestación debe ser auténtica y claramente dirigida a producir la disolución. No producirá dichos efectos si se la formula con reservas o equívocamente; y requiere además que se haga conocer al otro socio. Esto último se hará mediante la interposición y notificación de la demanda en la que uno de los concubinos expresa su voluntad de disolver la sociedad y pide su liquidación.

1.16. Conclusiones.

El problema del concubinato se presenta, como pudimos advertirlo, en buena parte de América Latina. La falta de difusión de la cultura y el aislamiento de ciertos sectores sociales parecen favorecer la no regularización de esas uniones de hecho conforme a las legislaciones vigentes.

Por lo tanto podemos decir que hoy es una realidad social la unión extramatrimonial, tanto sea por razones económicas, como en aquellas parejas que no pueden contraer nuevas nupcias por encontrarse pendiente sus divorcios, o como en aquellas que sin mediar impedimentos rehuyen al matrimonio.

Diferentes consecuencias trae aparejadas la falta de un régimen legal, y a pesar de que muchas parejas de convivientes no les interesa ser protegidas por el Derecho, sin embargo, cuando se produce la ruptura de la relación o finalización de la misma recurren a la normativa buscando soluciones para los que hoy nuestro ordenamiento positivo no brinda.

El concubinato a través de toda esta exposición podemos afirmar que es considerado como una verdadera familia, un hogar compartido, en el que ambos integrantes de la pareja tienen derechos y obligaciones, reconocidos todos ellos por la ley.

Finalizamos el presente capítulo, y desarrollaremos a continuación la desocupación de la vivienda en el concubinato y las diferentes situaciones que pueden presentarse tras la ruptura de dichas uniones.

Capítulo II

DESOCUPACION DE LA VIVIENDA EN EL CONCUBINATO

SUMARIO: 2. Desocupación de la vivienda en el concubinato. 2.1. Introducción. 2.2. Inmueble de propiedad del otro concubino adquirido con anterioridad a la unión de hecho. 2.3. Locación. 2.4. Acciones para la desocupación del inmueble cuando no existen hijos menores que habiten el hogar. 2.5. Inmueble adquirido en vigencia de la unión de hecho a nombre de uno de los concubinos. 2.6. Acciones para la desocupación del inmueble cuando existen hijos menores frutos de la unión. 2.7. La desocupación de la vivienda en el proyecto de ley sobre el régimen jurídico en las uniones de hecho. 2.8. Conclusiones.

DESOCUPACION DE LA VIVIENDA EN EL CONCUBINATO.

2.1. Introducción.

En el presente capítulo trataremos en forma exhaustiva la desocupación del inmueble en el concubinato y la relación existente entre los concubinos con el inmueble que habitan.

Se debaten distintas posturas doctrinarias, y asimismo distintas soluciones jurisprudenciales⁹⁵.

Una primera mirada contempla al concubino que vive en un inmueble de propiedad del otro integrante de la pareja. No tiene posesión, reconoce en el otro el dominio.

Pero, ¿Cuál es la verdadera relación del concubino no propietario con la cosa? Formulamos distintas teorías.

Es considerado un mero ocupante con obligación de restituir, puede exigirse el cumplimiento inmediato de esa obligación. Es un huésped sin protección.

Otra postura, sostiene que tiene la tenencia, la posesión material de la cosa, el corpus, pero reconoce en otro la propiedad y carece de animus.

Para los partidarios del comodato, el préstamo de uso genera la obligación de restituir al dueño que así lo exige.

Hay quienes se detienen aún antes del comodato y sostienen que ocupa el inmueble por un acto de liberalidad o tolerancia de su dueño, y pueden requerirle la devolución en cualquier momento.

La Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, no admite la obligación exigible de restituir a los herederos del concubino propietario, cuando el otro integrante de la pareja ha ingresado al inmueble y ha convivido en posesión de estado matrimonial.

Desestimamos el concepto de que el concubino es un mero ocupante con obligación de restituir, semejante a un simple huésped⁹⁶.

La unión concubinaria conforma una verdadera familia, que se asienta en un hogar compartido. Ambos tienen poder efectivo sobre las cuestiones atinentes a ese inmueble; cuidado, reparaciones, muebles, impuestos, y servicios, y protección de la vivienda frente a terceros entre otras responsabilidades y obligaciones.

Hay tenencia y el concubino no propietario goza de un comodato sin plazo pero con facultades del titular de requerir el reintegro del inmueble.

Un segundo supuesto se refiere al concubino que vive en el inmueble adquirido por su pareja durante la unión de hecho.

En principio hay una situación similar a la anterior, pero esa presunción puede destruirse si se acreditan aportes para la compra, o participación en una sociedad de hecho que genere recurso al titular⁹⁷.

2.2. Inmueble de propiedad del otro concubino adquirido con anterioridad a la unión de hecho.

Si bien son numerosas las opiniones acerca del carácter que tiene el concubino no propietario, en algo parece haber una coincidencia generalizada en doctrina: no es poseedor, según lo que se desprende del artículo 2351 C.C.⁹⁸, por lo que son necesarios dos elementos: el *copus* y el *animus*.

El primero está constituido por la detentación de la cosa por una persona “bajo su poder” siendo genéricamente tres sus requisitos: disponibilidad, posibilidad física de acceso a la cosa, y exclusividad o posibilidad de excluir a terceros, mientras que el segundo está caracterizado por la voluntad de tener la cosa como suya sin reconocer la propiedad en terceros, es decir que sólo puede surgir de la expresión categórica de tener la cosa a título de dueño.

Puede existir "corpus" pero se carecerá siempre de "animus", por cuanto le faltará al concubino aquella intención de someter la cosa al ejercicio de un derecho de propiedad, a ello debe agregarse que no se admiten dos posesiones iguales y de la misma naturaleza sobre la misma cosa, con lo que si una posesión anterior continúa, la nueva no puede nacer, ergo, nunca podrá inferirse que el concubino sea poseedor de la finca adquirida por el otro conviviente con anterioridad al hecho.

El artículo 2401⁹⁹ C.C sienta el principio de que dos posesiones iguales y de la misma naturaleza, no pueden concurrir sobre la misma cosa.

En contra de lo expuesto se encuentra parte de la jurisprudencia. Así, la naturaleza especial del juicio de desalojo sólo permite la discusión de derechos personales, pero no de los reales, pues la controversia a su respecto se debe tramitar en juicio aparte. En el juicio de desalojo no puede controvertirse ni tampoco decidirse el derecho de propiedad ni el posesorio. No alcanzamos a advertir en base a que fundamentos quién nunca participó de la adquisición del bien pueda acreditar no sólo derecho posesorio, sino además derecho de propiedad sobre una cosa absolutamente ajena.

Descartamos el carácter de poseedor. Podemos indicar que se han sostenido tres teorías principales.

La teoría del mero ocupante con obligación de restituir, la que parte de la distinción entre el simple "contacto material con la cosa" y la "tenencia", ya que cuando todo o parte de un inmueble sigue bajo la esfera de custodia de una persona, ya sea poseedor o tenedor, la que lo ocupa con su consentimiento no puede considerarse como titular de la tenencia.

Algunos fallos y doctrina hacen uso de esta explicación doctrinaria genérica y la traen a colación al supuesto en análisis, equiparando en definitiva al concubino con un huésped o mero ocupante, no tenedor con obligación inmediata de restituir ante el

pedido del propietario, quien incluso puede desalojarlo mediante el simple expediente de cambiar la cerradura sin incurrir en un ilícito penal. La jurisprudencia acorde con esta posición indica que “la concubina sólo ostenta la calidad de huésped del dueño de casa, y, por ende, se halla desprovista del título jurídico de tenencia sobre el lugar que la misma ocupaba” es decir que “la concubina es mera habitante y no tenedora del inmueble¹⁰⁰”.

Quienes se enrolan en la teoría de la tenencia parten de una premisa básica de cimiento normativo, el art 2352¹⁰¹ del C.C que define al tenedor como el que tiene efectivamente una cosa pero reconoce en otro la propiedad.

No son coincidentes las opiniones en si este tenedor tiene una obligación de restituir o entregar que sea exigible, y en tal caso que tipo de contrato u obligación existe entre ambos, o si directamente no existe esa obligación de restituir.

Entre quienes consideran que existe obligación de restituir no existe coincidencia en cual es la causa fuente o título en que se funda la misma, así se ha sostenido que la tenencia que ostenta el concubino no propietario surge por:

a) comodato teniendo como máximo referente a Bossert, quién sostenía que la figura del comodato es la que más se asemeja a la unión libre entre un hombre y una mujer, en cuanto a los efectos sobre la vivienda que ambos comparten, y el modo de efectuar la desocupación¹⁰². Coincide con ello parte de la jurisprudencia que ha entendido que la relación en cuestión encuadra “en la figura del comodato, dentro de cuyo régimen la concubina en su calidad de comodante, se encuentra en condiciones de exigir unilateralmente la restitución de la cosa.

b) liberalidad o mera tolerancia; sosteniéndose que la precarista-concubino demandado para desocupar el inmueble- ocupa la cosa a raíz de un acto de liberalidad o tolerancia por parte de su dueño y sin plazo alguno, razón por la cual este último puede requerir la devolución en cualquier momento.

c) contrato innominado: Refiere Ricardo Dutto que el supuesto en análisis, mientras dure la convivencia, implicaría una suerte de contrato combinado de comodato y donación, ya que el concubino no titular del inmueble también se aprovechará de frutos y aumentos sobre el inmueble¹⁰³ por lo que se ha afirmado entonces que se trata de un contrato innominado (art. 1143¹⁰⁴ C.C y su nota) que configura un título resoluble, y consecuentemente, el titular no está sujeto a plazos que deban respetarse.

Entre quines sostienen que no existe obligación de restituir; afirmó la Corte Suprema de Bs. As. que no existe comodato cuando un concubino ha accedido al inmueble de propiedad del otro habiendo ambos convivido en él, por lo que no existe entonces obligación exigible de restituir careciendo los herederos del concubino propietario de legitimación activa para entablar juicio de desalojo.

Coincidimos desde ya en que como regla general, el concubino no propietario, habiendo sido adquirido en inmueble con anterioridad a la unión de hecho, no puede reputarse poseedor ya que parece obvio que reconoce en el otro la propiedad del bien y carece de derecho real alguno sobre este.

Lo que la ley no admite, es que la mera voluntad del tenedor, alcance para trocar su tenencia en posesión.

Si pretende haber intervertido el título originario habrá de demostrar fehacientemente actos posesorios que hayan tendido a excluir del inmueble al titular del mismo mientras mantenían la relación concubinaria exteriorizando de forma inequívoca su conducta. En tal caso sería autor material del delito de usurpación.

No nos parece correcto generalizar que el concubino sea un mero ocupante con obligación de restituir, semejante a un simple huésped, ya que ello podría sostenerse en una relación de pareja que recién comenzó a convivir.

En efecto, entendemos por concubinato a 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 por lo que al tratarse pues de “una unión de hecho con caracteres de estabilidad y permanencia; quedan indudablemente excluidas de su concepto tanto la unión transitoria de corta duración cuanto las relaciones sexuales estable pero no acompañadas de cohabitación.

2.2.1. Inmueble de propiedad del otro concubino adquirido durante la unión de hecho.

Como presunción genérica y atendiendo a lo meramente formal, el concubino no propietario es un simple tenedor con obligación de restituir exigible por el propietario.

Esta presunción, admite prueba en contrario, y puede llegar a ser totalmente desvirtuada por la verdad de los hechos, pues en todos aquellos casos en que se pruebe que existió entre los concubinos una sociedad de hecho y además, que el inmueble pertenece a la sociedad, el concubino que no es titular registral deberá reputarse socio con derecho a poseer la cosa en su calidad de tal, no pudiendo el otro concubino exigir la restitución del bien para sí con exclusividad.

¿Cuándo existe entonces sociedad de hecho entre los concubinos? No es la convivencia extramatrimonial la que *per se* genera tal sociedad ni hace presumir de que exista y permita reclamar la mitad de los bienes ingresados al patrimonio del concubinato durante la época de la convivencia; la existencia de la sociedad de hecho deberá hallar su base en la conjunción de: aportes comunes, contribución en las pérdidas y ganancias, y también la *affectio societatis*¹⁰⁵; esto no es cuestionado en el ámbito de la doctrina ni de la jurisprudencia, ya que es necesario distinguir la esfera de las relaciones personales existentes entre concubinos, de la esfera de las relaciones patrimoniales que entre ellos pueden surgir¹⁰⁶.

La prueba de la sociedad se regirá por las reglas generales (art. 1662¹⁰⁷ C.C.) siendo aplicables las soluciones de los arts. 1190¹⁰⁸ y siguientes del C.C., sin embargo se discute si para acreditar la existencia de la sociedad es admisible como medio

probatorio la testimonial debido a las contradicciones entre el límite que establece el art. 1193¹⁰⁹, el cual establece: que los contratos que tengan por objeto una cantidad de mas de mil pesos, deben hacerse por escrito y no pueden ser probados por testigos, y el art. 1163¹¹⁰ del C.C que parece admitir toda clase de prueba a falta de instrumento escrito. Entendemos que debe distinguirse entre la prueba del contrato en sí y la de las actividades sociales; éstas son hechos y como tales pueden acreditarse por cualquier medio, incluso testigos, cualquiera que sea el valor del contrato.

Esta solución se desprende del artículo *ut supra* citado y es la que ha terminado por consagrar la doctrina y jurisprudencia mayoritaria¹¹¹.

También puede ocurrir, que la tenencia sea desvirtuada sin que se acredite sociedad de hecho. Ello ocurrirá en aquellos casos en que se pruebe que el bien ha sido adquirido con fondos provistos por ambos pero a nombre de uno sólo de los concubinos, es decir que existen aportes comunes pero no finalidad lucrativa, con lo que habrá comunidad de bienes o de intereses sin que se llegue a configurar una sociedad, por lo tanto el bien no habrá salido del patrimonio del copartícipe no titular registral, siendo de rigor su recuperación en especie si no ha mediado venta.

2.2.2 Inmueble adquirido en condominio por ambos concubinos.

Cualquiera de los concubinos condóminos será co-poseedor legítimo y gozará, respecto al bien, del derecho real regulado en los artículos. 2673¹¹² y siguientes del C.C, y por lo tanto dispondrá, respecto de su parte indivisa, de los derechos inherentes a la propiedad, compatibles con la naturaleza de ella, y podrá ejercerlos sin el consentimiento del otro co-propietario (art. 2676¹¹³ C.C.).

2.3. Locación.

2.3.1. Locación por uno de los concubinos.

El concubino que ha contratado exclusivamente a su nombre la locación, sea que lo haya hecho con anterioridad o durante la existencia de la unión de hecho, es simple tenedor del bien por el plazo y con las obligaciones y derechos previstas en el contrato.

El concubino no locatario no tiene relación contractual alguna con el locador, pero en cambio entendemos que es un tenedor, similar al precario, que mantiene frente al otro concubino una relación contractual innominada de carácter gratuito que configura un título resoluble sin que el locatario esté sujeto a plazos que deba respetar antes de requerir la desocupación del inmueble por el otro concubino; salvo que la locación se hubiera contratado en vigencia de la unión concubinaria y el concubino no locatario probara la existencia de la sociedad de hecho en la forma y con los alcances indicados, en cuyo caso podría enervar la pretensión de desocupación.

Esta solución solo es viable mientras el concubino locatario continúa ocupando la finca locada porque habiendo este abandonado la misma o en caso de su fallecimiento, ni él ni sus herederos podrán demandar la desocupación, ya que se hace aplicable la norma prevista en el artículo 9 de la ley 23.091¹¹⁴. La solución de esta norma es de carácter similar a las de las anteriores leyes de locación urbana, es decir el vínculo contractual se traslada al concubino que ha continuado la ocupación, quién tendrá sólo obligación de restituir frente al locador y en los términos del contrato.

2.3.2. Locación por ambos concubinos.

Ambos locatarios son tenedores, y no existe entre ellos obligación exigible de restituirse el bien ya que se encuentran en un mismo estado de paridad de derechos, y sólo hay obligación de entregar el inmueble frente al locador.

2.4. Acciones para la desocupación del inmueble cuando no existen hijos menores que habiten en el hogar.

Como en toda familia pueden o no existir hijos menores con la compleja variedad de derechos, obligaciones y problemas que ello puede generar, existiendo diversas hipótesis que pueden plantearse.

Si quién pretende la desocupación es el concubino propietario del inmueble, el art. 517¹¹⁵ del CPCC de la Provincia de Santa Fe establece los sujetos contra los que procede el juicio de desalojo. Entre quienes están comprendidos en la norma encontraremos, amén de locatario y sublocatario, a comodatarios, guardadores, depositarios, mandatarios, administradores, gestores, arrendatarios, aparceros, simplemente tenedores, y todo aquel que tenga una obligación de restituir el inmueble que le sea exigible, con total prescindencia de que exista o no contrato entre las partes.

Se ha sostenido en algunos fallos de antigua data que el concubino no propietario que se niega a desocupar el inmueble de dominio del otro es un usurpador, pero verdad es, que nadie puede ser calificado de intruso cuando accede a la ocupación del inmueble con la conformidad de su propietario, de modo tal que una simple incidencia propia del diario convivir no puede trastocar el carácter con que se ocupó la finca desde el inicio¹¹⁶.

El concubino no propietario es un tenedor que tiene una obligación de restituir que le es exigible y que no está sujeta a plazo alguno, de allí que la vía para obtener la desocupación en este supuesto es la del juicio de desalojo, que en nuestra provincia habrá de tramitar por vía del juicio sumario.

Cabe aclarar que el titular registral no podrá, ante la negativa del otro conviviente y sin que medie orden judicial a tal efecto, expulsar sin más al otro concubino del inmueble, aún cuando sin utilizar violencia sobre su persona consume el despojo mediante un simple cambio de cerradura o colocación de pasadores, ya que, al

gozar el concubino no propietario del carácter de tenedor de la cosa recibe la protección que al mismo acuerda el art. 181 Código Penal. De allí, que como cualquiera puede ser sujeto activo de este delito, incluso el titular del derecho de dominio sobre el inmueble¹¹⁷, el propietario que despoje por vías de hecho al otro concubino contra su voluntad y pretendiendo hacer justicia por su propia mano, incurrirá en el delito de usurpación, ya que dicho tipo penal tutela como sujeto pasivo no sólo al propietario, sino también al poseedor, tenedor, o al que ejerciere un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él, o expulsando a los ocupantes.

Desde otro punto de vista¹¹⁸, se ha sostenido que el propietario puede solicitar la aplicación al caso de las disposiciones del art. 231¹¹⁹ C.C y de esta forma obtener la desocupación del otro conviviente, así se determinó en un fallo que “cualquiera de las dos acciones que promueve la normativa (de exclusión o de reintegro) pueden ser extendidas a las relaciones concubinarias en que por su extensión y solidez, los concubinos tienen posesión de estado matrimonial conformando de este modo un matrimonio.

En cambio, si quien pretende la desocupación es el concubino no propietario, el que goza del dominio de la cosa y habita en la misma, no puede ser obligado a desocuparla por el otro, ya que cuenta con todas las protecciones que al efecto otorga el art. 17 de la Constitución Nacional¹²⁰ y la normativa pertinente del Código Civil, sin violentar en manera alguna el “ejercicio regular” de su derecho al que hace referencia el artículo 2513¹²¹ del mencionado cuerpo normativo.

Si hubiere un condominio entre concubinos, ninguno de los condóminos cuenta con una acción autónoma tendiente a excluir al otro de la cosa para poder usarla en forma exclusiva, ya que ambos pueden gozar de la cosa común conforme al destino de ella con tal que no la deterioren en su interés particular, pero como el condominio es por

naturaleza divisible ya que el buen funcionamiento del mismo “exige una armonía, una coincidencia de intereses y a veces de afectos, desaparecidos los cuales el mantenimiento del condominio no es ya razonable”¹²², cualquiera de los co-propietarios está autorizado a pedir en cualquier tiempo la división de la cosa común.

¿Qué ocurre si uno sólo de los concubinos usa con carácter exclusivo la cosa? La solución que ha dado en forma unánime la jurisprudencia es que mientras se toleró el uso no puede exigirse una indemnización, pero una vez notificado de la oposición al uso exclusivo de la cosa, procede la fijación de una suma mensual a título de compensación a cargo del condómino ocupante.

De lo expuesto surge que la única forma de exigir la desocupación del inmueble será a través del juicio de división de condominio.

2.5. Inmueble adquirido en vigencia de la unión de hecho a nombre de uno de los concubinos.

Si quien pretende la desocupación es el titular registral, en principio, el concubino no propietario es un mero tenedor con una obligación de restituir que le es exigible. Éste puede alegar la existencia de una sociedad de hecho, y bien se ha dicho que “no es bastante para rechazar la demanda de desalojo la circunstancia de que el actor -propietario del inmueble- hubiera vivido en concubinato con la demandada, aunque haya podido existir entre ambos una sociedad de hecho o la demandada pueda ser acreedora por mejoras practicadas en la finca con dinero suyo” si la concubina demandada no ha probado la existencia de una sociedad de hecho emergente de esa relación. En cambio, si así lo hiciera, la vía del desalojo resultaría ineficaz pues constituye un medio procesal para recobrar ante el tenedor, pero no para privar de la posesión, aunque desde luego no basta con la mera invocación sino que es necesario una demostración prima fascie. Lo aquí expuesto es también aplicable, cuando el concubino

que no es titular registral, sin llegar a acreditar sociedad de hecho, prueba la existencia de una comunidad de bienes, en cuyo caso, deberá reputarse poseedor.

Si se dan alguna de las variantes aquí desarrolladas, el actor podrá intentar ab initio la acción reivindicatoria, y el demandado podrá reconvenir por reconocimiento de sociedad de hecho, inclusión del inmueble en el patrimonio de la sociedad, disolución y liquidación de ésta; o bien reconvenir solicitando la disolución de la comunidad de bienes y liquidación de la misma. En este caso la acción tramitará por la vía del juicio ordinario y será competente el Juez de Primera Instancia de Distrito (Art. 70 Ley 10.160).

Entendemos que no es conveniente iniciar acciones posesorias, de recobrar (art. 2487¹²³ y conc. C.C.), ya que si bien en ellas el trámite es más acotado, el concubino accionado puede, entre otras numerosas excepciones y defensas posibles, llegar a probar su carácter de legítimo poseedor o la ausencia de despojo propiamente dicho, y hacer fracasar esta demanda.

Las acciones posesorias “tienen por fin tutelar simplemente el hecho posesorio”. Además de estas acciones posesorias, existen los llamados remedios posesorios, tendientes a la defensa del “corpus posesorio”, “los cuales amparan inclusive al tenedor y están reglamentados localmente en algunas jurisdicciones a través de los interdictos¹²⁴”.

El interdicto de recobrar es una medida de naturaleza policial, tendiente a prevenir la violencia y el atentado de hacerse justicia por sí mismo. No es una acción posesoria propiamente dicha ni una acción real fundada en una presunción de propiedad, sino una disposición de orden público destinada a restablecer el orden alterado: ampara el nuevo hecho de la tenencia, es recurso urgente y sumario, dado contra quien perturba con violencia o clandestinidad la posesión, cualquiera sea el

tiempo que esta haya durado o su origen. Tiende a evitar vías de hecho. Su fin es retrotraer las cosas al estado de hecho anterior al despojo.

No puede ser confundido con la acción posesoria del art. 2487¹²⁵ C.C que tiende a obtener la restitución de la posesión, entendida ésta en sus dos elementos corpus y animus domini, y con los caracteres de anual, continua, no interrumpida y también no viciosa respecto al demandado: dicho interdicto ampara aún al simple tenedor.

Podemos citar un fallo en materia de concubinato, el cual se desarrolló del siguiente modo: Una mujer alquilaba un departamento al que luego fue a vivir su concubino. Luego el concubino adquirió a su nombre el bien. Tiempo después, y tras numerosas desavenencias, agresiones y violencia, el hombre intentó excluir a su concubina de la vivienda blindándole la puerta, y ésta luego, a su vez, como respuesta a ello, introduciéndose a través del balcón de la vecina, cambió la cerradura y logró impedirle a él la entrada. El concubino interpuso un interdicto con la intención de recobrar el bien de su titularidad. La sentencia recordó que “en el interdicto de recobrar no cabe dilucidar el derecho a la ocupación. Pues, lo que tiende a proteger es la ocupación misma, de quien fuera despojado con violencia o clandestinidad. Siendo su objeto, evitar que los interesados acudan a vías de hecho para solucionar sus desavenencias” y tras analizar los hechos concluye que en la especie existió una coposesión del inmueble por parte de quienes en él convivieron en concubinato, no obstante que el dominio perteneciera tan sólo al actor. Ello es posible por cuanto la llamada “posesión precaria” en la demandada bien pudo coexistir con la posesión animus domini del propietario.

Pero tal acogimiento no implicará la restitución plena y exclusiva del inmueble sino la coposesión compartida habida.

2.6. Acciones para la desocupación del inmueble, cuando existen hijos menores, fruto de la unión.

La existencia de hijos menores no extingue derechos y obligaciones, sino que la presencia de estos viene a agregar nuevas situaciones.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales. Este postulado fue luego receptado y desarrollado en profundidad por numerosos tratados internacionales, en particular por la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica y la Convención sobre los Derechos del Niño, deben entenderse complementarios de los derechos y garantías reconocidos en nuestra Constitución Nacional.

Si quién pretende la desocupación es el concubino propietario del inmueble, el planteo de la demanda por la tenencia de los menores involucrados es crucial. La misma, al incoarse en forma autónoma tramitará por la vía del juicio ordinario y se solicitará con carácter de cautelar la tenencia provisoria y el depósito de los menores en la vivienda, medida que conllevará como consecuencia la exclusión del hogar del concubino perdidoso, lo que podrá ser confirmado o no en la sentencia.

En cambio, si quién pretende la desocupación es el concubino no propietario, habrá aquí en juego derechos constitucionales que llevan a limitar, restringir e incluso subyugar temporalmente el ejercicio del derecho de propiedad.

Los derechos pueden ser limitados por las leyes que reglamentan su ejercicio, más aún cuando entran en conflicto con otras normas de igual o superior jerarquía como son la protección integral de la familia y el acceso de la misma a una vivienda digna.

Los intereses que en estos casos entran en colisión son; por una parte el interés meramente patrimonial e individual de uno de los miembros de la pareja, y por la otra

parte un interés habitacional de los hijos menores y del concubino al que se le atribuye la tenencia de los mismos.

Creemos que entre el derecho de propiedad de uno de los padres enfrentado al interés de sus hijos menores, debe prevalecer el superior derecho de estos últimos. No obstante, creemos que el concubino propietario no puede ser excluido *sine die* de su inmueble por lo que “la resolución que lo excluye deberá establecer un plazo prudencial para solucionar la cuestión. Sin embargo, el problema puede ser salvado cuando el concubino propietario esté obligado al cumplimiento de prestaciones alimentarias que le sean exigibles a favor de los menores.

2.7. La desocupación de la vivienda en el proyecto de ley sobre el régimen jurídico en las uniones de hecho.

Dicho proyecto aborda el tema entre los artículos 6, 7 y 8. Si bien el espíritu de esta propuesta legislativa avanza en demasía sobre la libertad de los individuos que, sin infringir la ley, viven en pareja y no desean que se les apliquen las regulaciones de la institución matrimonial, creemos que si merece una regulación, teniendo en mira los legítimos derechos de los hijos menores que no pueden verse afectados por la decisión libre de sus padres de no contraer nupcias.

De allí que participamos de la necesidad de legislar respecto a la vivienda en las uniones de hecho.

2.8. Conclusión.

Las diferentes situaciones planteadas en este capítulo nos permite ver las dificultades que se generan en las convivencias o uniones de hecho, cuando sólo existe un inmueble y la relación culmina, advirtiéndose así la incidencia del aspecto económico entre los concubinos.

Claro está que en caso de que de la unión concubinaria se pudiera inferir la existencia, quizá, de más de un inmueble, tal vez alguno de estos inconvenientes podrían ser evitados, hasta llegar a un acuerdo entre los ex concubinos.

También se mostraron las acciones que se generan cuando no hay hijos menores, como así también cuando existen hijos menores que habitan el inmueble.

En lo que atañe a las situaciones planteadas entre los concubinos y el hogar sede de la convivencia, se trata de un buen comienzo, entonces, reconocer que todo ello merece ser legislado, dando así una respuesta legal a todos estos hechos que están empezando a superar al derecho, y que son materia cotidiana en nuestra realidad.

Reconociendo entonces la necesidad indispensable e impostergable de establecer un ordenamiento legal en el que se determinen los derechos y deberes de los concubinos, es que damos paso entonces al próximo capítulo en donde se muestra el proyecto de ley que intenta dirimir todas estas cuestiones.

Capítulo III

ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY SOBRE CONCUBINATO

SUMARIO: 3.1. Introducción. 3.2. Fundamentos. 3.3. Análisis del articulado. 3.4. Derecho de los concubinos. 3.5. De los bienes. 3.6. Modificaciones a la ley vigente 3.7. Conclusión.

ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY SOBRE CONCUBINATO.

3.1. Introducción.

El propósito de este capítulo es estudiar el proyecto de ley sobre uniones de hecho, el cual intenta resolver todas las cuestiones pendientes, planteadas a lo largo del presente trabajo.

Si bien nuestro código se enrola en la corriente abstencionista respecto de este tipo de uniones, a esta altura de los acontecimientos no podemos ignorar un hecho social de este tipo y continuar cerrando los ojos a una realidad que acarrea infinidad de veces injustas soluciones.

Este tema entonces, se ha convertido en una asignatura pendiente para el legislador.

3.2. Fundamentos.

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

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

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

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

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

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

Así entre otros, el Código Civil Guatemalteco de 1963, conforme a las previsiones de la Constitución de 1956, incorpora un verdadero estatuto de las uniones de hecho. El Código Civil Paraguayo de 1987, dedica expresas normas a la unión de hecho o extramatrimonial pública y estable, reconociendo la validez de la obligación alimentaria contraída por el concubino a favor de la concubina abandonada y reconociendo a esta una indemnización adecuada si medió seducción o abuso de autoridad, son también válidas las ventajas económicas concertadas por los concubinos entre sí o contenidas en disposiciones testamentarias y se reconoce la posibilidad de probar las sociedades de hecho entre los concubinos, la que se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes matrimoniales.

En nuestra legislación, existen disposiciones asiladas referidas al tema. En tal sentido el art. 3575¹²⁶ del C:C, referido al matrimonio *in extremis*, a partir de la reforma de la ley 17.711¹²⁷, mantiene como norma general la exclusión hereditaria, pero con la reforma introducida por dicha ley se dejó a salvo el caso en que el matrimonio se hubiese celebrado para regularizar una situación de hecho.

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

La legislación laboral acuerda a la concubina derecho a percibir indemnización por muerte “si hubiere vivido públicamente con el mismo, en aparente matrimonio durante un mínimo de dos años anteriores al fallecimiento. Tratándose de un trabajador

casado, la concubina que hubiese convivido públicamente con el mismo durante los últimos cinco años anteriores al fallecimiento tiene igual derecho, si el trabajador estuviese divorciado o separado de hecho de su esposa por culpa exclusiva de esta o por culpa de ambos.

La Ley Nacional del Sistema integrado de Jubilaciones y Pensiones n° 24.241¹²⁸, incorpora a los convivientes como beneficiarios de la pensión.

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

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

En el primer título se realiza la definición de la unión de hecho. Se tratan asimismo los requisitos contemplados a los efectos de la aplicación de la ley. En el segundo título se tratan los derechos de los concubinos. En lo que se refiere a los bienes adquiridos, tratados en el título III, no puede desconocerse que los concubinos fuera de sus relaciones estrictamente concubinarias, pueden haber realizado esfuerzos, con mira a obtener una utilidad traducible en dinero, participando ambos en las ganancias y en las pérdidas. Muchos son los reclamos en tal sentido ya sea entre concubinos o entre uno de los concubinos y los sucesores del otro. En este caso la jurisprudencia ha resuelto que es necesario probar la existencia de una sociedad de hecho, siendo indispensable probar los aportes ya sea en bienes o en trabajo personal.

Como solución a lo expuesto el presente proyecto propone disponer que, dada una convivencia, con determinadas características y por un período de tiempo determinado, cada uno de los integrantes tenga derecho a la mitad de los bienes obtenidos durante la convivencia, así como en caso de muerte y no habiendo descendientes ni ascendientes, el derecho a que el otro conviviente lo suceda. La

propuesta implica que los sujetos que resuelven convivir sin unirse en matrimonio, asuman las consecuencias económicas de tal unión.

Finalmente el proyecto consta de un título dedicado a las modificaciones a la legislación vigente, realizando cambio en los temas de adopción, bien de familia, e indemnización por antigüedad, tema que es modificado para equiparar la mujer concubina-derecho que ya estaba vigente- con el concubino varón.

En lo que se refiere a los beneficiarios de la pensión por fallecimiento, se propone una modificación referida a lo no exigencia de tiempo mínimo de convivencia anterior al fallecimiento si es que existiera descendencia.

En cuanto a la modificación propuesta a los artículos 1084 y 1085 del C.C., referidos a las personas legitimadas para reclamar los perjuicios sufridos con motivo de un delito cometido por un tercero, ya la doctrina y jurisprudencia vienen sosteniendo que deberían concederse la acción a los concubinos, acreditando un perjuicio propio y directo.

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

3.3. ANÁLISIS DEL ARTICULADO.

3.3.a ARTÍCULO 1º. DEFINICIÓN.

En este artículo encontramos la definición de unión de hecho o concubinato. El análisis de su redacción es imprescindible a los fines de determinar con precisión que supuestos prácticos quedan comprendidos en la norma. En el artículo se enumeran los elementos caracterizantes del concubinato, comenzando por el de la permanencia que se vincula particularmente con el de estabilidad.

En cuanto a la “estabilidad” se excluye del concepto de concubinato a la unión sexual ocasional entre un hombre y una mujer, y se requiere, por el contrario, un verdadero matrimonio aparente o de hecho. Este elemento está vinculado, a su vez, con el de “aparente”, que el proyecto de ley analizado, prevé con el término “notorio”. La “permanencia” hace referencia a la perdurabilidad en el tiempo, de los roles de marido y mujer que asumen los convivientes.

Siguiendo el orden de la enumeración, nos encontramos con la “singularidad de la unión” que se traduce en que debe ser monogámica. Cabe aclarar, que no obstante este elemento caracterizante, cualquiera de los concubinos podría mantener relaciones sexuales circunstanciales con terceras personas. En este sentido si se equiparan los efectos del concubinato a los efectos del matrimonio, se estaría colocando al concubino en una situación ventajosa frente al cónyuge que debe cumplir con el deber de fidelidad que impone el vínculo matrimonial. De esta forma se crearía una desigualdad que no puede ser permitida.

Pero sin duda, el carácter que más polémica aparece es el de que la unión debe ser “libre”. Algunos autores suelen distinguir los conceptos de concubinato y de unión libre.

La unión libre sería la unión de personas no afectadas entre sí de impedimentos matrimoniales. En este supuesto los convivientes tendrían abierto el camino para contraer matrimonio. Por el contrario, los concubinos sufrirían de impedimentos para poder regularizar su unión.

Actualmente la distinción planteada carece de importancia en nuestro derecho, porque se trata de un hecho no contemplado en general por la ley, por lo cual, la posibilidad de que hubiesen contraído matrimonio, resulta indiferente. Esta situación cambiaría radicalmente si este proyecto de ley fuera aprobado debido a que sólo estaría

otorgando efectos jurídicos a la unión de hecho en que los convivientes gozan de aptitud nupcial. (art. 2 inc. b).

Con esta restricción se estaría dejando de lado gran parte de las uniones de hecho: las que se dan entre personas que carecen de aptitud nupcial, generalmente porque uno o ambos convivientes reconocen un vínculo matrimonial anterior no disuelto.

Y decimos “gran parte” porque es necesario tener en cuenta que en nuestro país el concubinato proliferó especialmente por una razón precisa: la falta de divorcio vincular.

Sin embargo, la limitación nos parece atinada, porque de lo contrario, se estarían burlando los intereses del cónyuge anterior de uno de los convivientes. Continúa la norma “...de un hombre y una mujer...”. Con esta previsión se están descartando expresamente las uniones entre personas del mismo sexo.

Esto no nos parece adecuado si tenemos en cuenta que en los fundamentos del proyecto bajo análisis, la autora del mismo, expresa que la regulación del concubinato es necesaria porque no puede desconocerse una realidad que se da tanto en nuestro país como en el resto del mundo, y eso es precisamente lo que se lograría si se dejaran de contemplar las uniones de hecho entre homosexuales, que más allá de las opiniones al respecto, son una realidad que no puede ser dejado de lado.

Para finalizar, el artículo requiere que mantengan una “comunidad de vida”. La misma confiere estabilidad a la unión y otorga la posesión de estado matrimonial. Además agrega “...similar a la de los cónyuges...”, lo que consideramos innecesario, si tenemos en cuenta que se intenta aludir, esencialmente, a la existencia de una cohabitación.

3.3.b ARTÍCULO 2º. REQUISITOS.

Este artículo se relaciona estrechamente con el artículo primero. Se establecen en él los requisitos con que debe contar la unión para que se acuerden los efectos previstos por el proyecto de ley. La exigencia de que no formen una unión de hecho con otra persona en el mismo momento hace a la singularidad que caracteriza al concubinato.

Con relación a la ausencia de relaciones de parentesco, en la línea recta por consanguinidad no prevé ninguna limitación en cuanto al grado.

También se excluye a la relación que emana de la adopción.

Se fija un término mínimo de cinco años en los que debe haberse mantenido la unión concubinaria. Respecto del plazo previsto por el proyecto coincide con el mínimo exigido por el artículo 53 de la ley 24.241¹²⁹ (Sistema de Jubilaciones y Pensiones) que reconoce al conviviente supérstite, derecho a pensión en caso de muerte del jubilado. A tal efecto se requiere que el o la causante se halle separado de hecho o legalmente, o fuese viudo, soltero o divorciado, y hubiera convivido públicamente en aparente matrimonio durante “al menos” cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento.

Este plazo se reduce a dos años si existiesen descendientes reconocidos por ambos convivientes.

En cuanto al choque de sus intereses patrimoniales entre cónyuge supérstite y el conviviente del causante, el mismo artículo prevé: cuando el cónyuge supérstite hubiese sido declarado culpable de la separación personal o del divorcio, el o la conviviente lo excluirá absolutamente. Si no es así y cuando el causante hubiese estado contribuyendo al pago de alimentos o éstos hubiesen sido demandados judicialmente, la prestación se otorgará al cónyuge supérstite y al conviviente por partes iguales.

Pero lo más novedosos de este inciso es la excepción que introduce para el caso de que haya habido descendencia, supuesto en que los efectos propios que acuerda este proyecto de ley al concubinato, se retrotraen al tiempo de la concepción.

3.3.c ARTÍCULO 3°. EXTINCIÓN DE LA UNIÓN DE HECHO O CONCUBINATO.

Entre las causales que se prevé en el artículo tres para la extinción de la unión, las únicas que merecen ser analizadas son la separación de hecho por más de seis meses y el matrimonio de uno de los concubinos.

La separación de hecho por más de seis meses nos induce a pensar que si se separan por menos tiempo, el cómputo del tiempo necesario para que exista concubinato no se vería interrumpido y el proyecto produciría sus efectos.

Ahora, dos cuestiones se plantean cuando se interpreta la causal prevista en este inciso. Cuestiones, que creemos, la norma debió haber dejado en claro.

Si el tiempo de seis meses debe contarse ininterrumpidamente o se suma al tiempo en que los convivientes estuvieron separados en otras oportunidades por ejemplo, si anteriormente estuvieron separados durante un período de tres meses, luego del cual volvieron a convivir y ahora vuelven a separarse ¿cuanto deberíamos esperar para considerar extinguido el concubinato? ¿tres meses o los seis sin tener en cuenta esa separación previa?.

La otra cuestión tiene que ver con algunas excepciones que quizás deberían preverse para que no opere la extinción del concubinato en el plazo fijado. Por ejemplo, si alguno de los convivientes fue trasladado a otra ciudad en la que tuvo que radicarse por más de seis meses por motivos laborales.

Resulta bastante obvio pensar que si cualquiera de los concubinos contrajere matrimonio se estaría menoscabando la singularidad que debe tener la unión concubinaria. Además, el matrimonio impone el deber de fidelidad que torna incompatible con la unión matrimonial cualquier otro tipo de relación.

3.4. DERECHO DE LOS CONCUBINOS.

3.4.a ARTÍCULO 4º. DERECHO DE LOCACIÓN DESTINADO A VIVIENDA.

El tema referido al concubino supérstite y la sucesión locativa ha generado un arduo debate en legislación, doctrina y jurisprudencia.

El debate tiene su punto de partida en el año 1949 con el artículo 8 de la ley 13.581 que disponía que “en caso de fallecimiento del inquilino de la vivienda, la prórroga beneficiaría a los miembros de su familia y a las personas legalmente a su cargo que habitualmente vivieren con él”.

Es evidente que este artículo introdujo dos importantes modificaciones al régimen del Código Civil (que en esta materia simplemente disponía que los derechos y obligaciones de la locación, pasan a los herederos de locador y locatario):

1º sólo suceden al locatario fallecido los familiares que vivieron efectivamente con él.

2º se comprende a partir de este artículo a las personas que sin tener vocación hereditaria, se encontraban legalmente a su cargo cuando ocurrió su fallecimiento, con la condición de haber vivido habitualmente con el causante.

No fue necesario mucho tiempo para que se planteara la situación del concubino supérstite y la manera en que este podría quedar comprendido en alguna de las dos categorías que prevé el artículo; a saber: “miembros de su familia”, dando a este concepto un alcance amplio y “personas legalmente a su cargo”.

Aunque cabe agregar que otra postura entendía que el artículo 8 no comprendía en ningún caso a la concubina del inquilino fallecido.

En un fallos plenario de las salas de la ex Cámara Nacional de Paz se decidió que “en el supuesto previsto en el párrafo 1º del artículo 8 de la ley 13.581 está comprendido quién ha vivido habitualmente con el locatario recibiendo trato familiar sin estar ligado al mismo por vínculo de parentesco”. Aquél plenario excluyó a la

concubina como persona (legalmente) a cargo del locatario con derecho a suceder en su locación, pero, en cambio, dando un alcance al amplio concepto de “familia” incluyó dentro de esta a la concubina.

Algunas leyes posteriores intentaron ampliar el alcance del artículo 8 de la ley 13.581 aclarando, a su vez, la situación de la concubina.

Aunque hoy parece estar claro que el conviviente supérstite tiene derecho de continuar en la vivienda asiento del hogar, este artículo del proyecto viene a borrar cualquier tipo de duda que pueda plantearse al respecto.

Si existiera descendencia, no sería necesario probar que la pareja convivió por un tiempo no inferior a cinco (5) años, con lo cual replantearía una excepción a los requisitos que el artículo 2 preveía para que el proyecto produjera sus efectos.

3.4.b ARTÍCULO 5. DERECHO DE HABITACIÓN.

El caso que prevé este artículo es muy similar al anterior, sólo que aquí el fallecido era titular del inmueble (y no locatario como en el caso precedente).

Esta norma reconoce al sobreviviente el mismo derecho con que cuenta el cónyuge supérstite respecto de la casa-habitación propia del cónyuge premuerto.

Para hacer un paralelo con el artículo 7º, en el caso que la pareja se separara, el derecho real de habitación corresponderá al que ejerza la tenencia de los hijos menores o incapaces. Lo que se desprende de esta redacción es que en esta situación práctica, la existencia de hijos es un requisito ineludible para alegar el mentado derecho.

3.4.c ARTÍCULO 6º. DERECHO DE RESTRICCIÓN PARA DISPONER DEL INMUEBLE ASIENTO DEL HOGAR.

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

El artículo otorga, al concubino que no esté de acuerdo con la venta del inmueble asiento del hogar, el derecho de oponerse. Para lo cual se exigen 2 requisitos, que el inmueble sea asiento del hogar; y que hubiese descendientes.

Consideramos que la expresión “Y” nos da la pauta de que son necesarios ambos supuestos, lo cual no nos parece demasiado apropiado porque si el inmueble estuviera bajo la titularidad de uno de los concubinos, este quisiera enajenarlo y no existiera entre ellos descendientes, el otro concubino no tendría derecho a oposición, o al menos el proyecto no lo menciona expresamente.

Si relacionamos este tema con el régimen del matrimonio, vemos que para ciertos actos de disposición es necesario el asentimiento del cónyuge no titular.

A nuestro entender el segundo requisito, alude a los hijos menores e incapaces, ya que se tiende a la protección de los intereses de los mismos, que podrán verse perjudicados en caso de que uno de sus padres intente desprenderse del inmueble donde viven. Por esta razón se le otorga este derecho al conviviente no propietario, en resguardo del techo de sus hijos.

3.4.d ARTÍCULO 7°. DERECHO A LA ASIGNACIÓN DE LA VIVIENDA.

El objeto de esta norma encuentra similitud con la anterior, tendiente a la protección del hijo menor o incapaz de la pareja, ya que en caso de una eventual separación, se le adjudica la vivienda al concubino que “ejerza la tenencia de los hijos, siempre que las condiciones económicas así lo indiquen”.

Establece a su vez, la cesación, del derecho en caso de que mejore la fortuna del/a concubino/a que ejerce la tenencia, o si contrajese nuevas nupcias, o formare nueva unión de hecho. Todo esto bajo consideración del juez.

Esto nos parece pertinente, en cuanto al amparo que se denota en la redacción del artículo. Pero observamos que no se da esta estipulación de la vivienda, cuando en

caso de separación, no existieren hijos entre ambos. Verbigracia, si se separan los concubinos y uno de ellos tiene la titularidad del inmueble, no existen descendientes en común, y uno de los concubinos se encuentra en una situación económica denigrante o en estado de enfermedad grave, no tiene derecho de asignación de la vivienda, o al menos no en los términos de este artículo.

Además vemos que si comparamos este artículo con lo dispuesto para el matrimonio, el artículo 211¹³⁰ del C.C., le da la posibilidad a la cónyuge supérstite de acceder a la vivienda en caso de enfermedad y de pobreza.

3.4.e ARTÍCULO 8º. DERECHO-DEBER DE ASISTENCIA.

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

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

Se trata de una serie de supuestos que atienden a fines éticos, que se traducen en el compromiso y la solidaridad en situaciones extremas. Es al menos lógico que si nos situamos en una relación de pareja que encamina una vida juntos, uno de ellos tiene el deber de asistir al otro en caso de enfermedad. El proyecto no intenta regular una relación pareja, con fines sexuales, o de goce, sino una relación de amor, que por alguna razón no se somete a lo normado por el código civil, pero que de algún modo intentan procurarse protección en caso de enfermedad, al igual que en el matrimonio.

En cuanto al segundo párrafo del artículo; comprendemos se refiere a que ante el fallecimiento del concubino obligado, la prestación alimentaria del enfermo, estará a cargo de la sucesión del concubino premuerto, debiendo los herederos prever antes de la partición el modo de continuar su cumplimiento. Es decir que le corresponde a la sucesión del concubino premuerto los gastos de la enfermedad del concubino vivo, y no a los herederos en sí. De los bienes que el fallecido dejaré, se debitarán los gastos que irrogue el concubino enfermo.

3.4.f ARTÍCULO 9º. DERECHO A LOS GASTOS DE FUNERAL.

El derecho a gastos de funeral encuentra su analogía en el artículo 2.308¹³¹ del C.C que regula la obligación por parte del cónyuge del pago de estos gastos. Por lo tanto cabe señalar que se tiende, a nuestro parecer, al cumplimiento de un deber moral para con el fallecido.

Con esta norma, se estaría saldando la discusión doctrinaria acerca del derecho de repetición por parte de la concubina que hubiese pagado tales deudas.

La doctrina mayoritaria de nuestros días sostiene que tanto los gastos de internación como de los medicamentos, gastos funerarios y los de entierro, aquellos que se hubiesen tenido que realizar, con motivo de última enfermedad del concubino, son repetibles por el concubino vivo, tiene derecho a exigirle a los herederos forzosos lo invertido en tal ocasión. Lo cual tiene sustento en los artículos 2306¹³², 2307¹³³, y 2308¹³⁴.

El sujeto pasivo de la reclamación, sería la masa hereditaria, si hubiera bienes; en cónyuge sobreviviente del concubino fallecido; y en su defecto los parientes del muerto que tenían obligación de alimentarlo.

Sostiene la jurisprudencia, que el concubino al pagar puede pedir que se le reembolse ya que su deber moral vincula al solvens con su concubino, pero no con los herederos, cónyuge o parientes.

Toda esta elaboración doctrinaria, tendiente a proteger al concubino que se hace cargo de las deudas del funeral, se da en nuestros días porque no existe una regulación del concubinato como la que se propone con este proyecto. Por lo tanto, en los términos del mismo el conviviente que soporte los gastos funerario, podrá exigir el reembolso en el caso que no tuviese bienes y “las persona que tenían obligación de dar alimento al fallecido cuando vivía”, razón por la cual ya no podrá reclamarle al cónyuge del concubino fallecido porque este tenía aptitud nupcial para convivir en concubinato, y no existe obligación de alimentos por parte del cónyuge anterior.

3.4. g ARTÍCULO 10º. SUCESIÓN DEL CONCUBINO.

Se prevé el supuesto de la división de bienes gananciales ante la muerte de uno de los concubinos, estableciendo en el último párrafo del artículo el derecho de heredarse recíprocamente en el caso que no hayan quedado descendientes ni ascendientes. Esto es un avance reconociéndole derechos sucesorios al concubino vivo sobre el patrimonio del prefallecido.

Sin embargo el artículo en ningún momento menciona la división de bienes propios adquiridos antes de la convivencia y no reotorga a la concubina la calidad de legítima heredera, ni derecho sobre los mismos. En tanto en el matrimonio por ejemplo estos bienes se dividen entre los descendientes y la cónyuge en partes iguales conforme artículo 3570¹³⁵.

El presente artículo no detalla tal supuesto. Por lo que encontramos un vacío normativo o al menos no fue intención del legislador incorporar régimen alguno para estos casos.

3.5. DE LOS BIENES.

3.5.a ARTÍCULO 11º. BIENES COMUNES.

Lo dispuesto en el artículo resuelve que será de carácter equitativo lo referido a la división de bienes.

Surge entonces el conflicto con relación a la división de bienes, puesto que en otra época era generalmente el hombre quien realizaba las tareas productivas que sostenían el hogar, mientras que la mujer queda a cargo de tareas domésticas, cosa que hoy en día no sucede ya que con respecto a la cuestión laboral la concubina y el concubino se encuentran en una situación equiparada.

Como consecuencia de esto es que se propicia como herramienta de equidad que cada uno de los convivientes tenga derecho a la mitad de los bienes adquiridos por cualquiera de ellos, o por los dos, durante el tiempo que estuvieron juntos, es decir, se formará una masa patrimonial como el sistema de ganancialidad que opera durante el matrimonio y se dividirá por los dos integrantes de la pareja.

3.5.b ARTÍCULO 12°. ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES COMUNES.

Cabe distinguir los actos de disposición de los de administración. Son actos de administración los que tienen por finalidad la conservación del capital de un patrimonio o la obtención de renta, utilidades o productos que correspondan de acuerdo con su destino económico.

La norma no prevé que ocurre en el caso de que la administración se hubiere otorgado a uno de los concubinos y el otro quisiera realizar algún tipo de acto de administración.

Por el contrario y respecto al matrimonio, el código contempla expresamente este supuesto y requiere mandato expreso o tácito conferido por el cónyuge administrador.

Respecto a los gastos y las obligaciones en que incurre uno de los concubinos para la satisfacción de las necesidades recíprocas y de los hijos deberán ser afrontadas por ambos.

Esta solución nos parece adecuada ya que resulta justo que el llevar una vida en común en todos sus aspectos implique también el patrimonial evitando una situación desfavorable tanto para uno como para el otro.

3.6. MODIFICACIONES A LA LEY VIGENTE.

3.6.a ARTÍCULO 13º: PENSIÓN POR FALLECIMIENTO.

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

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

En los supuestos de los incisos c) y d) se requerirá que el o la causante haya sido soltero, viudo o divorciado y hubiera convivido públicamente en aparente matrimonio durante por lo menos cinco (5) años inmediatamente anteriores al fallecimiento. El plazo de convivencia no será exigido cuando exista descendencia reconocida por ambos convivientes. El concubino o la concubina excluirá al cónyuge superviviente cuando éste hubiere sido declarado culpable de la separación personal o de divorcio. En caso contrario y cuando el o la causante hubiere estado contribuyendo al pago de alimentos o éstos hubieran sido demandados judicialmente, o la causante hubiera dado causa a la separación personal o al divorcio, la prestación se otorgará al cónyuge y al conviviente o concubino por partes iguales.

El presente artículo regula el caso de pensión social, otorgando el carácter de beneficiario a la concubina/o, cuestión que en la normativa vigente (art. 53 de la ley de jubilaciones y pensiones) no se mencionaba.

En el orden nacional, la Corte Suprema de Justicia, en 1975, admitió la equiparación de la concubina con la viuda a los efectos previsionales, en tanto aquella hubiese cumplido de hecho y en forma estable el deber de asistencia como si en realidad hubiera habido matrimonio, y el derecho a pensión sustituyera los alimentos prestado por el afiliado en vida. Pero modificada su composición, por fallo del 27 de julio de 1976 cambió su criterio, denegando el derecho a pensión en casos similares.

A su vez en nuestro país, sólo se reconocía el derecho a pensión a la viuda.

Luego en el orden provincial y municipal se fue abriendo camino la tesis de conceder a la concubina el mencionado derecho.

En el año 1957 Corte Suprema de Justicia de la Nación otorga pensión con la sola existencia de matrimonios religiosos y no civiles. Luego, en 1972 la Municipalidad de Rosario, mediante el Dpto. Ordenanzas 47.532 se reconoce el beneficio a la concubina. En 1973, la Municipalidad de Bs. As., mediante Ordenanza 27.944 confirió a la mujer que hubiese convivido públicamente en aparente matrimonio durante un período mínimo de cinco (5) años inmediatamente anteriores al fallecimiento del hombre, los mismos beneficios previsionales que a la viuda. El plazo se reducirá a un (1) año si existía un hijo del causante con la peticionaria, reconocido por ambos. Igual beneficio se otorgaba al varón que sufriese incapacidad total laborativa y no hubiese existido impedimento matrimonial, excepto que el existente fuese de ligamen.

Así mismo la ley 23.226 equipara la concubina a la viuda. Debe acreditarse la convivencia en aparente matrimonio por el tiempo de cinco (5) años anteriores al fallecimiento.

Excepción: Sólo deben acreditarse dos (2) años en caso de que hubiere descendencia reconocida; y si el causante fuese viudo, soltero o divorciado o separado legalmente.

El conviviente excluye al cónyuge supérstite salvo: que el causante sea culpable del divorcio o separación, o que el causante pasase alimentos al cónyuge supérstite.

Con todo lo expresado anteriormente se denota cómo nuestro régimen jurídico, ha intentado proteger la situación del concubino para obtener el derecho a pensión ante la eventualidad de la posible muerte del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad.

3.6.b ARTÍCULO 14°. ADOPCIÓN.

Si quién demanda la adopción, vive en concubinato, ésta no puede ser una causal de descalificación objetiva y a priori para la procedencia de la adopción, pero será uno de los elementos fácticos que el juez tendrá en cuenta para poder formar su juicio sobre la conveniencia del menor, analizando la estabilidad del hogar a la que habrá de incorporarse.

De esta relación concubinaria hay características que deben tenerse en cuenta, así como todos los elementos que constituyen la personalidad moral del demandante, para llegar a un juicio de valor sobre la conveniencia que para el menor pueda implicar la adopción.

Es el juez que deberá observar si se trata de un hogar estable, asiento de una relación donde hay armonía y paz, condiciones de estabilidad en la pareja y deberá además observar si el hogar fue constituido sobre la base del matrimonio legítimo.

Ahora, cabe aclarar que este juicio que hace el juez no se da solo para el caso de que sean concubinos sino también cuando los demandantes sean cónyuges.

Si bien el principio que sustenta la norma es que nadie puede ser adoptado por más de una persona, cuando se contempla el caso de muerte de/los adoptante/s se permite que recaiga sobre el mismo menor una nueva adopción. La razón de esta salvedad es clara: evitar que el adoptado quede en una situación de desamparo si

tenemos en cuenta que la protección al menor es uno de los objetivos primordiales de la ley de adopción (ley 24.779)¹³⁶.

Una innovación que introduce este artículo del proyecto es la posibilidad que otorga a los convivientes de adoptar a pesar de no constituir un matrimonio regular conforme al código y a la ley de matrimonio civil.

En relación a esto encontramos dos posiciones claramente diferenciadas: Parte de la doctrina considera que el concubinato no constituye un hecho que deba objetivamente valorarse. Otros autores como Méndez Costa¹³⁷ consideran que el concubinato es inapropiado a los fines de constituir un vínculo adoptivo.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que esta polémica no tiene ninguna relevancia en la práctica. Hoy en día, los convivientes podrían por vía de la adopción unipersonal evadir la restricción que respecto de ellas impone el código. Es importante aclarar que no obstante la opinión de alguna doctrina, nuestra legislación se ha inclinado por admitir la adopción individual.

3.6.c ARTÍCULO 15°. BIEN DE FAMILIA.

Se ha modificado el artículo 36 de la Ley 14.394¹³⁸, incluyendo a él o la conviviente como beneficiario del bien de familia, situación que no estaba contemplada por el artículo 36 originario, ya que éste solo nombraba a la cónyuge.

Consideramos también que el artículo amplía el concepto originario de familia, al incluir a la concubina. Este concepto, establecido en el proyecto concuerda con nuestra Constitución Nacional en su artículo 14 bis, abarcando tanto la unión matrimonial como la basada en la de hecho.

Más allá del carácter programático de la cláusula constitucional que establece el acceso a una vivienda digna, tiene un sentido orientador en aras a la protección de la vivienda familiar.

3.6.d ARTÍCULO 16°. INDEMNIZACIÓN POR ANTIGÜEDAD.

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

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

El artículo en análisis, no plantea ninguna innovación con relación a la ley de contrato de trabajo.

Creemos que la incorporación de este artículo en el presente proyecto, obedece a una necesidad de unificar, todas las disposiciones relativas al concubinato.

3.6.e ARTÍCULO 17°. INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL.

Después de la sanción de la ley 17.711¹³⁹, se introdujo una reforma al segundo párrafo del artículo 1078¹⁴⁰, este dispone: “La acción por indemnización del daño solo competará al damnificado directo. Si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima únicamente tendrán acción los herederos forzosos”. A la luz de lo normado la concubina no es heredera forzosa del muerto, por lo que no hay dudas de que ella carece de acción para reclamar indemnización por daño moral.

El proyecto mantiene intacta la primera parte del artículo, modificando sólo el final, al conferir expresamente a la concubina la acción por indemnización del daño moral, equiparándola a un heredero forzoso.

Pensamos que por la misma afección al sentimiento que padece una esposa/o, sería equitativo asimilar al mismo régimen a él o la conviviente.

Para finalizar, el artículo analizado establece también los requisitos para que la concubina/o pueda hacer uso de la acción, tales como haber convivido en familia estable, singular, y permanente por un período no inferior a cinco (5) años.

3.6.f ARTÍCULO 18°. INDEMNIZACIÓN POR HOMICIDIO.

Proponemos el análisis de este artículo con el siguiente por la vinculación que ellos mismos detallan en su redacción.

3.6.g ARTÍCULO 19°. DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN.

Originariamente se habla de que la mujer que vive permanentemente con un hombre y comparte, no solo el hogar, sino la vida en todos sus aspectos, puede estar dependiendo para su subsistencia, de este compañero de vida. La muerte del concubino puede producir, en los hechos, la pérdida del modo como efectivamente hallaba atención a sus necesidades, además de provocar, en los casos normales, una afección a sus sentimientos. Pero en nuestros días las posibilidades laborales son tanto para hombres como para mujeres, por lo que este derecho a indemnización se prevé para cualquiera de ellos.

El tema a examinar si es el o la concubina/o está legitimado para accionar contra el autor de un hecho ilícito (doloso o culposo) que ha ocasionado la muerte del concubino.

La indemnización por daño material que el concubino vivo invoca, consiste en la privación del aporte material, económico del concubino prefallecido. Además, podría demandar indemnización por el daño moral que ha sufrido por el deceso de su compañero/a.

También debe determinarse la posibilidad de exigir el reembolso de los gastos que hubiere hecho para atender a la enfermedad sobreviviente o intento de curación, y para atender luego a los gastos de velorio y entierro.

En cuanto a los gastos que se realizaron en concepto de asistencia médica y del funeral del fallecido, tiene derecho a reclamos directamente del responsable de la muerte, según la letra expresa de los artículos 1.084¹⁴¹ primera parte y 1.085¹⁴² primera parte del Cód. Civil.

Sin embargo es indispensable tener en cuenta que estos artículos deben estudiarse conjuntamente con los artículos 1.077¹⁴³ y 1.078¹⁴⁴ del Cód. Civil.

Dichas normas aluden indistintamente a las personas legitimadas para reclamar los perjuicios sufridos con motivo de un delito cometido por un tercero. Efectivamente, el artículo 1.077¹⁴⁵ establece que la obligación de reparar un daño causado por un delito existe, respecto del damnificado directo, y respecto de toda persona que por el hubiese sufrido, aunque sea de una manera indirecta.

Pero los artículos 1.084¹⁴⁶ y 1.085¹⁴⁷ aluden a persona determinadas, para conferirle la posibilidad de realizar determinados reclamos al responsable del ilícito.

Correspondería ahora preguntarse si puede accionar quien cuenta con un interés simple y no con derecho subjetivo regulado y protegido jurídicamente.

En el ámbito de nuestra doctrina prevalece la respuesta negativa a dicha cuestión, es decir, que solo puede accionar quien invoca la lesión a un derecho subjetivo, a un interés jurídicamente protegido.

Sin embargo, ha ganado terreno y adhesiones, la doctrina que considera resarcible, por el daño recibido, el interés simple.

La jurisprudencia no es uniforme sobre el tema: si bien se registran pronunciamientos, que niegan la indemnización al concubino por carecer de interés fundado en derecho subjetivo, en los últimos años se han dictado, también, diversos

fallos que admiten la demanda basada en el interés simple que no implica un derecho subjetivo (C. 2° Civ. Y Com., Mar del Plata, sala II, 23/11/04, A.A.C/ Bustos Esteban y otro).

Finalmente este debate doctrinario y jurisprudencial encuentra solución con el proyecto que se está presentando al conferirle expresamente al concubino la posibilidad de reclamar la indemnización tanto material como moral.

3.7. Conclusión.

La presente ley no intenta desplazar ni erigirse en desmedro del matrimonio civil, con el que continuaría teniendo grandes diferencias, simplemente se entiende que en un estado de derecho corresponde legislar para mayorías y minorías creando normas con contenido social.

Que no existe motivo alguno para no proceder a la reglamentación de una situación de hecho que desbordó el criterio abstencionista por los resultados desfavorables que provoca en el medio social mantener tal criterio y porque existe una esfera absolutamente íntima y subjetiva en el plano decisorio de los individuos que no corresponde juzgar.

Evidentemente, regulada o no la unión de hecho o concubinato siempre existió, existe y seguirá existiendo, ya sea por tradición, costumbre, cultura, o cuestiones económicas.

Se intenta simplemente prevenir efectos no deseados, ya que en la naturaleza de estas relaciones componentes de singularidad y permanencia, elementos que evidencian la voluntad de constituir verdaderas familias, con los típicos roles de esposa y esposo, es por eso que acudimos a la norma para fomentar el compromiso, la conciencia del deber y el proceder responsable. Que sepa quien inicia una relación de hecho que ésta también trae aparejados derechos y obligaciones y actúe y elija en consecuencia.

Abordaremos en el próximo capítulo el estudio de la institución matrimonial, y sus aspectos fundamentales.

Capítulo IV

MATRIMONIO

SUMARIO: 4. Matrimonio. 4.1. Introducción. 4.2. Concepto. 4.3. Naturaleza Jurídica. 4.4. Caracteres. 4.5. Requisitos. 4.6. Efectos patrimoniales del matrimonio. 4.7. Características del régimen legal argentino. 4.8. Bienes del cónyuge. 4.8.1. Clasificación. 4.9. Prueba del carácter de los bienes. 4.10. Disolución de la sociedad conyugal. 4.11. Conclusión.

4. MATRIMONIO.

4.1. Introducción.

En el presente capítulo desarrollaremos todo lo concerniente a la figura del matrimonio, institución legalmente reconocida y regulada por nuestro ordenamiento, que se encuentra estrechamente relacionada con el concubinato, aunque con algunas diferencias.

Analizaremos aspectos fundamentales del mismo, como ser su concepto, su naturaleza jurídica, características principales y requisitos, para luego llegar así a comprender sus efectos patrimoniales, y conocer el régimen impuesto por nuestro codificador.

Resulta de vital importancia el estudio del matrimonio, pues originariamente este tipo de uniones eran las únicas consideradas, por muchas legislaciones, como los únicos modelos de familia. Pero, con el transcurrir de los años se ha ido debilitando, por motivos y causas diferentes, y es por ello que hoy muchas de las normas regulatorias de esta institución son aplicadas a las uniones extramatrimoniales.

4.2. Concepto.

El matrimonio, desde el punto de vista sociológico, constituye la institucionalización de las relaciones que tienen por base la unión intersexual. Es evidente que el matrimonio trasciende como una institución social, ya que está gobernado por normas institucionalizadas, en cuanto marido, mujer y también los hijos conceptualizan posiciones sociales o roles que la sociedad reconoce, respeta y también organiza.

El matrimonio es, desde este punto de vista, tributario de la noción sociológica, que a su vez incorpora también los componentes éticos y culturales que denotan el modo en que cada sociedad, considera legítima unión intersexual.

Desde este punto de vista, puede distinguirse el matrimonio de todas las demás uniones entre un hombre y una mujer no institucionalizadas, como las concubinarias, en las que si bien existe el trato intersexual, y puede convivir convivencia estable, fidelidad y apariencia matrimonial, lo cierto es que carecen precisamente de las condiciones establecidas por la ley para ser consideradas como un matrimonio.

La distinción de matrimonio y concubinato es una exigencia que deviene de la necesidad adecuar las pautas de control social sobre el modo en que se desenvuelven las relaciones entre hombre y mujer.

Debe tenerse en cuenta que la institucionalización de la unión intersexual, que llamamos matrimonio, se logra en virtud de un acto jurídico, es decir, un acto voluntario, lícito, que tiene por fin inmediato establecer las relaciones jurídicas conyugales¹⁴⁸.

Etimológicamente surge de las palabras latinas “matris” y “monium” como aceptación referida a una carga o gravamen materno, dadas las consecuencias que del mismo resultaban para la mujer en relación al embarazo, el parto y el cuidado de los hijos.

No existe definición en el Código Civil, en otra ley o decreto/ley. Es manifiesta la dificultad para elaborar un concepto técnico y único porque es necesario hacer abstracción de los aspectos religiosos y morales que no tienen consecuencia en el derecho y por la diversidad de caracteres en los distintos regímenes contemporáneos.

La doctrina al precisar el concepto refiere a las dos acepciones que la palabra alude: a) Acto de celebración, por el cual se constituye el matrimonio, y b) Estado matrimonial, que deriva de aquel acto.

Es indispensable distinguir entre el consentimiento matrimonial y el matrimonio como hecho.

El momento constitutivo del matrimonio depende del consentimiento y ese acuerdo de voluntades, verdadero acto funcional, puede ser calificado como “contrato” pero en sentido distinto del campo patrimonial. No es que no exista autonomía de la voluntad en el consentimiento, pero a diferencia del contrato patrimonial, la indisponibilidad de los efectos matrimoniales lo hace especial por el objeto y la causa.

4.3. Naturaleza Jurídica.

Quienes sostienen que el matrimonio constituye un acto jurídico encuentran que responde en plenitud al encuadre fijado en el artículo 944¹⁴⁹ del C.C., en tanto hay acto voluntario, lícito y fin inmediato de establecer una relación jurídica en el caso, la relación jurídica conyugal; acto jurídico que por referirse a una relación jurídica familiar se encuentra comprendido entre los actos jurídicos familiares.

Esta posición es compartida por la generalidad de la doctrina argentina y sostenida por Lafaille, Diaz de Guijarro, y Belluscio.

Spotta, por su parte, señala que el matrimonio es un vínculo o relación jurídica emergente de un acto o negocio jurídico cuya celebración la pronuncia en nombre de la ley el oficial público, sobre la base del consentimiento de los contrayentes expresados ante ese funcionario del Estado. Sostiene éste que se trata de un acto jurídico bilateral, por surgir de declaraciones de voluntad de las dos partes, pero complejo por la declaración de voluntad del órgano estatal, y que el acto jurídico matrimonial tiene por fin inmediato establecer una relación jurídica, lo que lo distingue de la simple situación de hecho propia de la mera convivencia¹⁵⁰.

En lo que respecta al matrimonio como estado de familia, el mismo responde a la doctrina de la institución, única que otorga debida respuesta al interrogante sobre la naturaleza jurídica de la situación resultante del emplazamiento de los cónyuges en el nuevo estado familiar. Es la posición de Vélez Sarfield¹⁵¹.

4.4. Caracteres.

Desde el punto de vista jurídico y en atención de lo que resulta de nuestro derecho positivo, podemos señalar del matrimonio los siguientes caracteres:

4.4.a Unidad: Este carácter está implícito, cuando aludimos a la institucionalización de la unión intersexual monogámica. Esto quiere decir que la existencia de un matrimonio subsistente impide la constitución de otro vínculo matrimonial. Así lo establece nuestro código civil al consagrar el llamado impedimento de ligamen, es decir, el matrimonio anterior mientras subsista¹⁵².

Su fundamento es ético y en cuanto a sus caracteres es absoluto, no dispensable, transitorio y su violación acarrea la anulabilidad de la nulidad absoluta.

Desaparece el impedimento con la disolución del vínculo, esto es por la muerte de uno de los cónyuges, divorcio vincular o el matrimonio que celebre el cónyuge del muerto presunto. También en caso de nulidad de matrimonio¹⁵³.

4.4.b Permanencia o estabilidad: La unión matrimonial es permanente o estable en la medida de que se contrae con la intención de que perdure y de que su estabilidad quede garantizada por la ley. Desde este punto de vista, el vínculo matrimonial es irrevocable como centro de seguridad ético y jurídico.

4.4.c Juridicidad: El matrimonio es la unión de hombre y mujer legalmente sancionada, lo cual implica que se perfecciona por medio de la celebración del acto jurídico revestido de las solemnidades que la ley impone a los contrayentes. La ley busca que el matrimonio se consagre a través de signos exteriores, formales, que permitan captar el establecimiento de las relaciones conyugales, y a su vez, que posibiliten ejercer un adecuado control de la legalidad de la unión que pretende constituirse.

4.5. Requisitos.

Los requisitos del matrimonio se agrupan en internos o subjetivos y externos o formales.

La trascendencia de estos recaudos aparece evidente cuando reconsideran sus efectos según que de ellos dependa la existencia, la validez o sólo la licitud de las nupcias.

La diversidad de sexos y el consentimiento son los requisitos internos que hacen a la existencia del matrimonio; la presencia de autoridad competente para recibirlo expresado personalmente es el requisito externo de idéntica significación. La capacidad de los contrayentes que se configura a través de la ausencia de impedimentos dirimentes y el libre consentimiento no viciado, hacen a la validez del matrimonio. La violación de impedimentos impeditivos no afecta al matrimonio existente y válido, acarreando sanciones por su ilicitud ya que constituye una infracción al régimen legal. (Belluscio emplea el término “requisitos” y los distingue en intrínsecos o de fondo y extrínsecos o de forma)¹⁵⁴.

4.6. Efectos patrimoniales del matrimonio.

Es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones patrimoniales de los cónyuges entre sí y con relación a terceros¹⁵⁵.

El matrimonio determina el surgimiento de relaciones de carácter personal entre los cónyuges con las consecuentes facultades y deberes recíprocos. Pero, además, derivan de él consecuencias de índole patrimonial, ya que la comunidad de vida crea la necesidad de atender las erogaciones que el hogar común y la vida familiar van exigiendo; además, por la especial característica que tiene la vida de los esposos, es necesario organizar un régimen referido a la propiedad y al manejo de los bienes que cada uno adquiere o que adquieren ambos. De manera que el régimen matrimonial

comprende una de las consecuencias jurídicas del matrimonio: la referente a las relaciones patrimoniales.

Estas relaciones determinan como contribuirán marido y mujer en la atención de las necesidades del hogar, así como la repercusión que el matrimonio tendrá sobre la propiedad y administración de los bienes que los cónyuges aportan o que adquieren durante la unión, y también, la medida en que esos bienes responderán ante terceros por las deudas contraídas por cada uno de los cónyuges.

De lo explicado se desprende un doble orden de relaciones.

4.6.a Relaciones patrimoniales de los cónyuges entre sí: Si bien el contenido particular de estas relaciones variará según cuál fuera el régimen patrimonial, lo esencial es que tienden a satisfacer requerimientos fundamentales de orden económico que provoca la unión matrimonial: la adecuada contribución en los gastos comunes, y, la gestión de los bienes del matrimonio de cada uno de los cónyuges, a partir de la celebración de las nupcias.

4.6.b Relaciones patrimoniales de los cónyuges con terceros: Éstas tienden fundamentalmente a mantener un adecuado equilibrio entre el interés patrimonial de cada cónyuge y el de quienes, con ellos, han establecido relaciones jurídicas de orden patrimonial¹⁵⁶.

4.7. Caracterización del régimen legal argentino.

En nuestro Derecho el régimen patrimonial de los conyugues es legal, imperativo en su origen, relativamente inmutable, de comunidad restringida a los gananciales, de gestión separada, con elementos de gestión conjunta, de separación de deuda como regla y de partición por mitades.

Tanto la inmutabilidad como la separación de deudas admiten acepciones, existen gananciales que no serán compartidos a la finalización del régimen y cabe cierto reconocimiento de la voluntad de los conyugues en la partición. A su vez, el inciso 3º

del artículo 1217 prevé una convención nupcial, que por ser la única permitida, no constituye obstáculo suficiente para excluir el calificativo de legal atribuido al sistema de relaciones patrimoniales de los esposos. El régimen patrimonial matrimonial comienza con la celebración del matrimonio¹⁵⁷.

Antes de la ley 17.711¹⁵⁸, la naturaleza jurídica de la llamada “Sociedad conyugal” había suscitado un amplio espectro de divergencias doctrinarias.

El carácter societario surge del artículo 1262¹⁵⁹, y también de muchos otros, y de las denominaciones de capítulos que emplean es terminología particular del contrato de sociedad.

Con precisión, no puede negarse que se mantienen los elementos de la sociedad conyugal como sociedad en el sistema de Vélez Sarfield, la denominación no ha sido modificada, la ubicación dentro de los contratos subsiste, no se ha alterado el artículo 1262¹⁶⁰ y su origen voluntario reside en la voluntad matrimonial generadora de todos los efectos del vínculo.

Se conservan asimismo los caracteres de la especialidad que la distinguen estructurada alrededor de su cualidad de orden público. Ciertamente, la denominación de “sociedad conyugal” es aceptable por una razón de fondo, porque la idea de sociedad es la idea de esfuerzo común para obtener un resultado a disfrutar en común, compartiendo igualmente riesgos y desventajas.

Así entendida, la expresión “sociedad conyugal” es sinónimo de régimen patrimonial matrimonial y la referencia al contrato de sociedad civil resulta innecesaria.

El empleo de la terminología del codificador se justifica, entonces, dándole el alcance lógico (por ejemplo disolución de la sociedad conyugal significa fin o extensión del régimen patrimonial matrimonial), teniéndose presente que, existe otro régimen patrimonial matrimonial, el de “separación de bienes”, al que corresponde el calificativo de excepcional¹⁶¹.

El régimen patrimonial matrimonial argentino, se caracteriza, por la formación de una masa de bienes que se divide entre los cónyuges o sus sucesores a la disolución de dicho régimen, sin que sean elementos configurantes ni la gestión conjunta ni la unidad de masa.

La indivisión y la gestión conjunta son elementos no esenciales del régimen económico de comunidad de gananciales en el matrimonio, por lo tanto, no es incompatible con ella que cada cónyuge sea propietario exclusivo de bienes gananciales, ni menos que los administre libremente.

Es decir si conforme al Código Civil cada cónyuge puede administrar y disponer lo que es suyo, y responde por sus deudas, la palabra “comunidad” no refleja exactamente el acontecer patrimonial de los esposos en la Argentina.

En conclusión y posteriormente a la ley 23.515¹⁶² puede decirse que el régimen patrimonial del matrimonio en Argentina es: * imperativo, * inmutable, * de comunidad restringida a los gananciales, * de administración separada de acuerdo a la titularidad, y de administración conjunta por los bienes de origen dudosos, * de disposición separada del titular, con la facultad de control hacia el otro cónyuge, * de separación de deudas con responsabilidad hacia los terceros de los bienes que estén bajo la titularidad de cada cónyuge, con excepciones respecto a las deudas comunes, y de partición por mitades, respecto de los bienes gananciales.

En lo que respecta a la jurisprudencia se puede decir que el régimen patrimonial matrimonial es el de administración separada, aunque con tendencia a la gestión conjunta, pues los actos económicos y jurídicamente más relevantes requieren el asentimiento conyugal.

No obstante como durante la vida de la sociedad conyugal los bienes gananciales adquiridos por uno solo de los cónyuges no son de propiedad común, solo dispone el cónyuge titular, es decir, no hay codisposición.

Respecto de las obligaciones nacidas de deudas contraídas por uno solo de los cónyuges con terceros, rigen durante la comunidad los artículos 5¹⁶³ y 6¹⁶⁴ de la ley 11.357¹⁶⁵ tratándose de los bienes registrables es suficiente que el bien figure adquirido por uno de los cónyuges para que este responda por el total de las deudas contraídas por el titular y sea excluido de la acción de los acreedores del otro, sin perjuicio de que estos puedan probar que el bien ha sido ilegítimamente sustraído a la responsabilidad que le es debida¹⁶⁶.

4.8. Bienes de los cónyuges.

4.8.1. Clasificación.

Los bienes de los cónyuges se distinguen en propios y gananciales. La calificación reviste máxima importancia en lo que hace a la actividad económico-jurídica de los cónyuges, la responsabilidad por sus deudas y el derecho a la participación una vez concluido el régimen.

Es asimismo importantísimo en materia sucesoria por el distinto destino hereditario que la ley impone a propios y gananciales en cuanto a los llamados a recibirlos y a las porciones que le corresponden¹⁶⁷.

El régimen de la sociedad conyugal es de orden público de modo que los cónyuges no pueden atribuir por su voluntad el carácter propio o ganancial a los bienes que formen el capital o que hubiera sido adquiridos durante la existencia de la sociedad, sino que dicha clasificación resulta impuesta por el origen de las adquisiciones conforme a las previstas en los artículos 1261¹⁶⁸, 1263¹⁶⁹, 1264¹⁷⁰, 1267¹⁷¹, del Código Civil¹⁷².

Los esposos no pueden tildar de propios gananciales bienes que no lo son, ello no significa que no puedan admitir por vía de confesión las circunstancias fácticas y de tiempo que le ley contempla para discernir uno u otro carácter de los bienes.

La clasificación importa para la actividad económica-jurídica de los conyugues: administración, disposición y gravamen, la responsabilidad por las deudas, el derecho a la participación, concluida la sociedad conyugal y el destino hereditario en la sucesión en cuanto a los llamados a recibirlo y porciones que les corresponde.

4.8.1.a. Bienes Propios.

En forma genérica puede decirse que son los llevados por los conyugues al matrimonio y los que adquieran después por título gratuito. El concepto se deduce de los artículos. 1263¹⁷³ y 1271¹⁷⁴ del C.C. donde se sienta una presunción general favorable a la ganancialidad en el sentido de establecer que tienen ese carácter, los bienes adquiridos a partir de la celebración del matrimonio y existentes al momento de disolverse la sociedad conyugal, salvo la prueba de que ellos pertenecían a uno de los conyugues con anterioridad o de que los adquirió posteriormente por herencia, legado o donación.

El ordenamiento civil incluye algunos casos particulares de bienes propios en el art.1267¹⁷⁵. La regla de este artículo establece que es propia la cosa adquirida onerosamente durante la vigencia de la sociedad conyugal si la causa o título de adquisición ha existido antes de dicha vigencia y el precio ha sido pagado con bienes de uno de los conyugues.

La redacción no es clara y ha suscitado innumerables y variada reflexiones alrededor de los dos elementos o requisitos que enuncia, a saber, la anterioridad a la nupcias de la causa o título de adquisición y el pago con fondos que se tipifican por su pertenencia al patrimonio de uno de los esposos sin calificarlos como propios o gananciales¹⁷⁶.

4.8.1.b. Bienes gananciales.

Denominados gananciales, ganancias o adquisiciones, no existen por si mismos, sino en consecuencia de la existencia de ciertos regimenes matrimoniales. En principio,

se habla de gananciales cuando cada esposo tiene algún derecho, actual o potencial, sobre bienes adquiridos por el otro, lo que es típico en los regímenes de comunidad y de participación, pero siempre que la comunidad sea restringida porque no se distinguen en los de comunidad universal, en los cuales todos los bienes son o, al menos, tienen un destino común.

Siendo el régimen argentino un régimen de comunidad restringido a los gananciales, conforman uno de sus rasgos característicos. El fundamento de la ganancialidad se confunde, a su vez, con la razón de ser de los regímenes de comunidad: el reconocimiento del esfuerzo común empleado en lograr los bienes y la solidaridad que el matrimonio crea entre los esposos.

Para definir los gananciales en nuestro Derecho se dispone de tres criterios de orientación: 1) Época de la incorporación del bien al patrimonio del conyugue, durante la vigencia del régimen, 2) Carácter oneroso de la incorporación y 3) Destino común que ha de concretarse a la finalización de la sociedad conyugal.

En efecto, el art. 1272 del C.C es demasiado estrecho, y a la vez, en exceso comprensivo para conceptuar los gananciales y tampoco es totalmente correcto atenerse al criterio impuesto por el destino de los bienes a dividirse porque hay gananciales que no se compartirán. No obstante, es este art. el que proporciona la línea de orientación más segura por lo que los gananciales que no han de dividirse pueden calificarse de anómalos.

Por lo tanto, del contenido de este artículo relacionados con los artículos 1263¹⁷⁷ y 1271¹⁷⁸ resulta el concepto de gananciales como el de los bienes incorporados al patrimonio de los esposos, vigente el régimen patrimonial matrimonial, por causa distinta de la herencia, el legado o la donación, en términos generales onerosamente, pero siempre que no corresponda calificarlo como propios, presumiéndose la cualidad de gananciales en todos los bienes existentes a la terminación del régimen¹⁷⁹.

Pueden citarse como bienes gananciales a bs adquiridos onerosamente durante la vigencia del régimen patrimonial matrimonial, a bs adquiridos posteriormente a la disolución de la sociedad conyugal, pero, por causa anterior, bs frutos civiles de la profesión, trabajo o industria, las utilidades por la participación de uno de los conyuges en una S.R.L., a los frutos y productos de bienes gananciales, también premios obtenidos en loterías, juegos, y apuestas entre otros.

4.8.1.c. Bienes mixtos.

Tienen esta denominación los bienes que son en parte propios y en parte gananciales.

La posibilidad de la calificación dual, es discutible a lo que se suma la dificultad práctica que acarrea. Es decir, si bien no están expresamente prohibidos por Código resulta incompatible con las soluciones adoptadas entorno al acrecimiento material, o compensación por el valor de las mejoras.

Pueden plantearse los siguientes ejemplos:

Bienes adquiridos empleando simultáneamente fondos propios y gananciales: uno de los cónyuges compra un inmueble abonando el precio con dinero heredado y parte con dinero de su profesión, industria o trabajo: el inmueble es propio o ganancial según la mayor parte de la suma empleada (Borda, Guastavino, Mazzinghi, Zannoni).

Bienes adquiridos empleando sucesivamente fondos propios y gananciales: Un cónyuge compra un inmueble, escritura y paga parte del precio antes de casarse, y constituye hipoteca por el saldo de precio que abona estando casado. El inmueble es propio por aplicación del art. 1267¹⁸⁰ del C.C. Idéntica solución para el caso que firme un boleto de compra venta y escritura estando casado, pues la “causa” es anterior al matrimonio.

Adquisiciones de partes indivisas durante la vigencia de la sociedad conyugal: Si el esposo recibe en herencia la mitad del bien y compra la otra mitad con dinero ganancial el bien es propio.

Si un cónyuge y su madre compran un inmueble en condominio y luego muere la madre y el cónyuge recibe la otra porción indivisa por vía hereditaria el bien es ganancial (art. 1272 párrafo segundo C.C.).

En caso de que un cónyuge reciba por herencia la mitad indivisa de un inmueble, y el otro cónyuge compra la mitad con el producido de su profesión, éste sería un bien mixto, mitad propio de un cónyuge y mitad ganancial del otro porque no hay acrecentamiento del derecho originario del primero ni unificación en el patrimonio de éste.

4.9. Prueba del carácter de los bienes.

Existe una presunción de ganancialidad respecto de los bienes existentes a la disolución de la sociedad conyugal. Dicha presunción es *iuris tantum*: quien sostenga que un bien existente en el patrimonio de cualquiera de los esposos al producirse la extinción del régimen patrimonial matrimonial (“disolución de la sociedad conyugal”) es bien propio, debe demostrarlo.

La presunción de ganancialidad se limita a ser una regla de prueba.

La oportunidad para calificar el bien puede presentarse desde la celebración del matrimonio hasta la partición de los bienes gananciales, aunque es frecuente el planteo durante la liquidación y no cuando el matrimonio está unido.

Se admite toda clase de medio probatorio, pero el mismo debe ser concluyente. El principal problema se plantea en torno a la subsistencia o no de los artículos 1246¹⁸¹ y 1247¹⁸² C.C. Es una forma de preconstituir prueba del carácter de los bienes empleados y por consiguiente en la calificación final que se haga del bien (normalmente se pretenderá acreditar el carácter de fondos propios) y extensivos al marido y no solo a la mujer.

A partir de la sanción de la ley 17.711¹⁸³, la norma contenida en el artículo 1246¹⁸⁴ del C.C no solamente mantiene su vigencia, sino que además resulta aplicable a

ambos cónyuges, por cuanto el nuevo régimen ha colocado a ambos en una situación de igualdad jurídica en lo que atañe al régimen patrimonial de los bienes y, además porque el marido ya no puede, como en el régimen anterior, disponer de sus bienes gananciales sin consentimiento del otro cónyuge.

La manifestación del origen propio de los fondos empleados en la compra de un bien crea una nueva presunción *iuris tantum* que beneficia la cónyuge adquirente, sin perjuicio por supuesto de la prueba en contrario que pudiera ofrecer el consorte que no estuvo presente en la celebración del acto.

La “subrogación real” es una institución jurídica en cuya virtud puede inferirse en general que los bienes que se adquieren durante el matrimonio conservan el carácter de propios si se ha empleado el dinero propio o por permuta de bien propio.

El eje de la problemática del artículo 1246¹⁸⁵ es la previsión legal de un instrumento destinado a asegurar la acreditación origen de los bienes esgrimidos en la calificación de un bien adquirido después del matrimonio; cuya proyección trascendental concreta se revela al considerar la situación de los herederos y terceros protegidos por el orden público en materia de régimen patrimonial del matrimonio.

Es importante consignar no sólo la manifestación del empleo de dinero o fondos propios de uno de los cónyuges, así también como el dinero le pertenece a ese cónyuge.

Es de práctica incluir en la manifestación de conformidad del cónyuge del adquirente para evitar futuras contradicciones y los terceros que adquieran el bien calificado como propio, a título oneroso y de buena fe no son afectados.

Suele emplearse en contra del firmante de conformidad la teoría de los actos propios la cual tiene como fundamento el principio general de la buena fe, que impregna la totalidad del ordenamiento jurídico. De atacar el mismo sólo podría fundar su presencia y su firma del acto en la existencia de algún vicio de consentimiento o simulación.

A los efectos de establecer el carácter de un bien son elementos a tener en cuenta, la venta de otro realizado poco tiempo antes de la nueva adquisición y el monto similar de las operaciones, aún cuando la proximidad temporal entre ambas no sea un elemento indispensable al efecto, como tampoco la igualdad matemática de los precios.

4.10. Disolución de la sociedad conyugal.

Llamamos “disolución de la sociedad conyugal” a la situación jurídica que determina la extinción del régimen patrimonial matrimonial¹⁸⁶.

Por su parte, Méndez Costa, lo definió como el fin del régimen del patrimonial legal.

Como consecuencia de haber creado para los cónyuges, en sus relaciones patrimoniales entre sí y con respecto a terceros, un régimen imperativo estructurado sobre la distinción entre los bienes propios y gananciales y destinados los últimos a dividirse en los términos del artículo 1315¹⁸⁷, el Código Civil debió prever las causas que determinarían o hicieran necesaria o posible la división y los efectos que comportaría.

Sobre las disposiciones pertinentes incidió la ley 14.394¹⁸⁸ en materia de muerte presunta y las leyes 17.711¹⁸⁹ y 23.515¹⁹⁰ se proyectaron de manera fundamental en algunos aspectos importantes.

El artículo 1291¹⁹¹ establece las causales de la disolución de la sociedad conyugal encontrándose entre ellas la separación judicial de los bienes, por declararse nulo el matrimonio y la muerte de algunos de los cónyuges.

A esta enumeración corresponde agregar el caso de la ausencia con presunción de fallecimiento y la separación personal, y el divorcio vincular introducido por la ley 23.515¹⁹².

4.10.1. Muerte del cónyuge.

La muerte del cónyuge produce la extinción del vínculo conyugal y, consecuentemente, el régimen patrimonial matrimonial que es uno de sus efectos, *ipso iure*, sin que sea reemplazado por ningún otro régimen e irreversiblemente.

La disolución se produce en el momento del fallecimiento conforme a lo dispuesto en el artículo 3282¹⁹³ del Código que fija la apertura de la sucesión en la muerte del causante, coherentemente con el principio adoptado de la sucesión en la persona del difunto¹⁹⁴.

4.10.2. Nulidad del matrimonio.

4.10.2.a Matrimonio nulo por buena fe de ambos.

Según el artículo 221¹⁹⁵ del C.C existe sociedad conyugal. La disolución de la sociedad conyugal se produce con efecto retroactivo al momento de la notificación de la demanda. Si la disolución fuere al día de la sentencia, durante el juicio de nulidad la comunidad subsistiría e incluso tendría efectos más extensos que el divorcio vincular o la separación personal. En el régimen anterior la sociedad conyugal tenía efectos hasta el dictado de la sentencia.

4.10.2.b Matrimonio nulo por buena fe de uno de los cónyuges.

En el caso del matrimonio putativo el cónyuge de buena fe tiene una triple opción para liquidar la sociedad conyugal: a) conserva todos los bienes propios y gananciales de su titularidad, prescindiendo del régimen patrimonial matrimonial, b) igual que si fuera una sociedad conyugal normal y divide según el artículo 1315¹⁹⁶ del C.C., y c) igual que si fuera una sociedad de hecho, esto es dividir los bienes según los aportes de cada consorte.

4.10.2.c Matrimonio nulo por mala fe de ambos cónyuges.

No hay sociedad conyugal y la unión es catalogada de concubinato (art. 223, inc. 2º C.C)¹⁹⁷.

4.10.2. d Divorcio vincular y separación personal.

La disolución se produce de plena derecho con el dictado de la sentencia de divorcio vincular o la de separación personal, con efecto retroactivo a la fecha de notificación de la demanda, si el juicio es contencioso o a la fecha del escrito de presentación conjunta si es por mutuo acuerdo (art. 1306¹⁹⁸ C.C).

4.10.2. e Separación judicial de bienes.

El art. 1294¹⁹⁹ del C.C fue modificado por la ley 23.515²⁰⁰ e indica la mala administración, el concurso y el abandono de hecho como causales para solicitar la disolución del acervo ganancial, con la particularidad que el matrimonio sigue vigente.

La mala administración cualquiera de los conyuges puede solicitar la disolución cuando la mala administración del otro le acarree el peligro de perder su eventual derecho a los gananciales que el otro administra.

La mala administración debe analizarse en su conjunto pero puede bastar un solo acto si por su magnitud aparece el peligro que la ley quiere evitar, esto es la pérdida de los gananciales que eventualmente le corresponde en la partición societaria.

La noción genérica de mala administración comprende también la administración fraudulenta, es decir, cuando media dolo específico para defraudar al otro en su derecho en los gananciales.

4.10.2.f El concurso.

Esta causal comprende tanto el concurso preventivo como la quiebra de uno de los cónyuges.

La norma revestía utilidad en el contexto de la administración marital del C.C. pero con las sucesivas reformas y teniendo en cuenta el régimen de responsabilidad de

los esposos, admitida la separación judicial por esta causal, el efecto no será la posibilidad para el solicitante de retirar la mitad de los gananciales que administraba el otro, concursado o fallido, de la masa del concurso o la quiebra.

4.10.2. g Abandono de hecho de la convivencia.

El abandono de hecho se presenta cuando uno de los cónyuges interrumpe unilateral e injustificadamente la cohabitación. No obstante si la separación de hecho – acordada- permite ser argumentada como causal de divorcio y por ende de disolución de la sociedad conyugal, con mayor razón puede alegarse ese esta fáctico para pedir solamente la separación de bienes aunque siga vigente el matrimonio.

Desde el momento de la disolución en adelante los bienes que adquiera cualquiera de los esposos serán propios, con las características que ello implica en cuanto a la gestión y la responsabilidad frente a terceros por los mismos. Será importante consignar en los respectivos instrumentos el completo estado civil del cónyuge adquirente.

4.10.2. h Matrimonio del cónyuge del muerto presunto.

La declaración de muerte presunta de un cónyuge autoriza al otro a contraer matrimonio quedando disuelto el primer vínculo matrimonial y por ende la sociedad conyugal al celebrase las segundas nupcias, las que no serán afectadas en su validez por la reaparición del presuntamente fallecido.

En el caso que el cónyuge presente hubiera prenotado los bienes, transcurridos cinco años del día presuntivo del fallecimiento u ochenta del nacimiento del ausente, aquel puede pedir la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, pues queda sin efecto la predotación prescripta (vencimiento del plazo de prenotación).

Tratándose de muerte presunta el esposo presente después de la declaración de muerte presunta del otro y antes que se produzca la disolución de la sociedad conyugal

por vencimiento del plazo de prenotación o segundo matrimonio de aquel puede solicitar la separación de bienes y en consecuencia se disolverá la sociedad conyugal.

4.11. Conclusión.

Pudimos advertir aquí los principales aspectos del matrimonio y la normativa que deja a la luz de todos, las consecuencias a las que las parejas unidas en matrimonio quedan sujetas.

No implica ello, que este siga siendo el único régimen regulatorio de las uniones entre hombres y mujeres, y se mantenga así el vacío legal que hasta hoy podemos advertir en nuestra sociedad.

Con este capítulo damos por finalizado nuestro análisis e invitamos al lector a conocer la propuesta surgida de la presente investigación.

Capítulo V

SUMARIO: 1. Conclusiones generales. 2. Propuesta.

CONCLUSIONES GENERALES.

En el desarrollo del presente trabajo, se ha explicado el surgimiento y la evolución de esta nueva forma de convivencia, de una nueva forma de familia.

Desde hace un tiempo ya, aproximadamente 20 años que en algunos sectores de nuestra sociedad se esta haciendo natural iniciar una convivencia de tipo concubinaria, sin contraer matrimonio, aunque no existan impedimentos matrimoniales para hacerlo.

El concubinato es una opción que se estableció como una práctica regular en nuestra sociedad. Hoy en día vivir de este modo precede a la ceremonia de matrimonio, considerándose a este como una simple ceremonia de regulación conyugal.

Actualmente no existe la reprobación social que en los tiempos de Vélez hubiera hecho que se considerara trasgresor y hasta inmoral la convivencia de un hombre y una mujer que deciden convivir sin estar unidos por el matrimonio, por lo que la tarea del legislador será menos dificultosa que en aquellos tiempos.

Lo curioso de esto, es que muchas parejas permanecen en concubinato precisamente porque no quieren que su patrimonio se vea sujeto, quizá, al régimen de la sociedad conyugal propio del matrimonio, que a veces termina siendo uno de los obstáculos para contraer nupcias.

Las normas de orden público que rigen la institución matrimonial no pueden ser aplicadas por extensión a quienes sin violar la ley tampoco ingresan en el marco que la misma brinda., ya que el concubinato por definición consiste en una unión libre, es decir que si dos personas deciden convivir sin casarse, están haciendo ejercicio de su libertad.

Suele decirse que la función específica del derecho consiste en dirimir los conflictos entre las personas, con arreglo a normas establecidas para ser cumplidas por los integrantes de la sociedad., pero en lo que se refiere al tema estudiado, existe un gran vacío legal lo que conlleva en muchas oportunidades a injustas soluciones.

No podemos dejar de reconocer que la propuesta legislativa en estudio representa un avance legal indudable, pues rompe el silencio legal frente a una realidad incontrastable conformada por una multiplicidad de convivencias.

Paralelamente, no puede dejar de advertirse la creciente relevancia que han adquirido los derechos humanos. La Constitución Nacional consagra el acceso a una vivienda digna en el art. 14 bis, que se articula con la incorporación con jerarquía constitucional de los tratados que enuncia el art. 75 inc. 22, según la reforma de 1994.

El problema planteado entre los concubinos respecto a la desocupación del inmueble en el que habitan al poner fin a su relación, como se pudo advertir, no tiene un criterio único y jurisprudencial de solución, ya que todo dependerá de cómo se considera la relación que existe entre el inmueble y el concubino no propietario.

Diferentes teorías se han planteado al respecto. Algunos doctrinarios lo consideran como un mero ocupante con obligación de restituir, otros lo consideran beneficiario de un comodato; y otros en cambio sostienen que existe un acto de liberalidad o tolerancia por parte de su dueño.

Nos preguntamos también si corresponde asignar al concubino la condición de intruso. La intrusión carece de una caracterización legal. Según lo advertido por la doctrina es intruso quién ilegalmente y careciendo de derecho se introduce en un inmueble. Por ende, quien tuvo consentimiento voluntario de su propietario, no podrá ser calificado de intruso aun cuando permanezca en la detentación de la tenencia.

Sin embargo, hasta hace algunos años prevalecía en la jurisprudencia argentina la idea de que la concubina o concubino, por carecer de todo derecho de propiedad y posesión sobre el inmueble del otro, al momento de la ruptura podía ser desalojado como un simple intruso, si se negaba a desocupar el inmueble ante el requerimiento del concubino propietario.

Esta jurisprudencia fue severamente criticada; se dijo que se trataba de una

solución antisocial y sin cobertura legal. El conviviente, se afirmo, no es un intruso, pues tal calidad requiere un acto de intrusión ilegal, sin derecho y contra la voluntad del dueño.

Luego de una evolución devenida en este aspecto se estableció que no es aceptable sostener que a la concubina se la pueda considerar intrusa porque se niega a desocupar el inmueble cuando así se lo requiere su compañero, después de haber convivido con él.

Actualmente, la mayoría de los tribunales del país rechazan la acción de desalojo instaurada contra la concubina cuando se la pretende excluir del uso del bien alegando su carácter de intruso.

En relación a lo expuesto no sólo debe tenerse en cuenta las particularidades que pueden plantearse en cada caso concreto sino también, como criterio de interpretación insoslayable, la protección del derecho a la vivienda y el paulatino crecimiento y reconocimiento que vienen otorgando la legislación, la doctrina y la jurisprudencia al status concubinario, sin que ello implique de manera alguna su asimilación a la institución matrimonial.

Será misión de los jueces resolver, actuar y fallar con justicia y equidad.

PROPUESTA.

Encontrándome ya en la etapa final de este trabajo de investigación a modo de conclusión se advierte que el concubinato y la desocupación de la vivienda en donde conviven los integrantes de la pareja no encuentran soluciones justas, obedeciendo ello a diferentes causales.

Podemos decir que hoy en día no serán estas las mismas causas que años atrás llevaban a las parejas a convivir bajo este régimen, pues la presencia de estas uniones en nuestra sociedad han ido incrementándose de forma tal que las normas que antes se aplicaban a ocasionales planteos de esta naturaleza hoy ya resultan completamente insuficientes.

Por ello es que el tema propuesto no encuentra soluciones uniformes por parte de nuestros tribunales, y al momento de las rupturas o separaciones es donde se pone de manifiesto la falta de normas.

Son muchos los supuestos que pueden plantearse en torno a la relación del concubino no propietario con el inmueble en el que habita, pero ninguna de las soluciones a las que pueda arribarse pueda considerarlo intruso.

Permítase recordar cuáles son las posibilidades de un concubino hoy en el orden patrimonial, dirigidas a proteger a su pareja: la pensión le corresponde legalmente si convivió los últimos cinco años o dos si hay hijos de la unión, el derecho a continuar en la locación, pueden adquirir libremente cosas en condominio, ser copropietarios de bienes, testar por el ciento por ciento si no hubiera herederos forzosos, crear sociedades entre otras.

Si bien el proyecto de ley expuesto en el capítulo III brindará una solución muy importante al vacío legal hoy existente, también es cierto que quienes mantengan una relación concubinaria quedarán sometidos pues, a ciertas reglas que quizá hoy, muchas de esas parejas permanecen en concubinato porque precisamente no desean que sus

patrimonios se vean sujetos al régimen de sociedad conyugal propio del matrimonio, el cual en algunos casos termina siendo uno de los obstáculos para contraer nupcias.

En base a las consideraciones anteriormente enunciadas formulo la siguiente propuesta para la problemática hasta aquí desarrollada.

Se trata de dar a los concubinos la posibilidad de determinar y proyectar, más allá del marco legal que impere en la época, el régimen patrimonial al que quedarán sometidos una vez que la relación pueda ser considerada como tal, es decir que cumpla con los requisitos exigidos de unidad, permanencia y notoriedad; mediante la posibilidad de la celebración de los llamados “contratos preconcubinarios”, como lo son las convenciones prematrimoniales en otras legislaciones.

Celebrados dichos contratos, se evitarán en adelante todo tipo de conflictos ante una ruptura intempestiva o de común acuerdo.

Las convenciones hechas en los contratos por las partes, deberán ser respetadas como la ley misma, según se desprende del artículo 1197²⁰¹ de nuestro C.C. Para el caso concreto del inmueble en el que la pareja habitaba, quedará este, sometido a lo establecido por las partes al momento de la celebración de dicho acto.

En caso de que los concubinos no desearan celebrar el respectivo contrato, se entenderá que quedan sometidos al régimen legal vigente al momento del conflicto.

Estos contratos tendrán siempre como límites la buena fe e igualdad entre las partes, principios básicos y generales de todo contrato, evitándose así la lesión de cualquier derecho subjetivo de alguno de los concubinos.

Deberán analizarse las distintas situaciones fácticas que normalmente se presentan tales como la ruptura intempestiva del concubinato o fallecimiento de uno de ellos, y en todo caso evaluar y tener presente lo acordado al momento de la celebración del contrato.

No debe dejar de tenerse en cuenta que en la actualidad, muchas parejas, por desconocimiento, pierden quizá, bienes aportados al inmueble en que vivían, cuando dichos conflictos podrían haberse evitado, o posteriormente solucionado si existieran mayores normas o posibilidades de resolución de tales conflictos entre las partes.

ANEXOS

PROYECTO DE LEY SOBRE CONCUBINATO.

DISPOSICIONES GENERALES.

ARTÍCULO 1º. Definición: A los efectos de la presente ley, se entiende por unión de hecho o concubinato, a la unión permanente, estable, singular, pública, libre y notoria de un hombre y una mujer, que sin haber celebrado matrimonio, mantienen una comunidad de vida, similar a la de los cónyuges.

ARTÍCULO 2º. Requisitos: La presente ley producirá efectos siempre que los concubinos se encuentren encuadrados en los siguientes requisitos:

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

ARTÍCULO 3º. Extinción de la unión de hecho o concubinato. Las uniones de hecho se extinguen por las siguientes causales:

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

DERECHO DE LOS CONCUBINOS.

ARTÍCULO 4º. Derecho de locación destinado a vivienda. En caso de fallecimiento del locatario concubino, el arrendamiento destinado a vivienda podrá ser continuado en las condiciones previamente pactadas y hasta el vencimiento del contrato, por el concubino supérstite, si existiera descendencia de la pareja o hubieren convivido al menos por cinco años, en los términos definidos por el artículo primero.

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

ARTÍCULO 6º. Derecho de restricción para disponer del inmueble asiento del hogar: Uno de los concubinos podrá oponerse a la venta del inmueble del otro, en caso que fuera asiento del hogar y si hubiere descendientes.

ARTÍCULO 7º. Derecho a la asignación de la vivienda: En caso de separación, corresponde a la asignación de la vivienda donde está radicado el hogar, al concubino que ejerza la tenencia de los hijos menores o incapaces de la pareja, siempre que las condiciones económicas del mismo así lo indiquen. Podrá declararse la cesación del derecho otorgado cuando la fortuna de la concubina o del concubino mejorase ostensiblemente a criterio del juez o cuando contrajese nuevas nupcias o formare nueva unión de hecho y de esto derivare una nueva situación a ser considerada por el magistrado.

ARTÍCULO 8º. Derecho-deber de asistencia: Para el caso de enfermedad o secuelas de las mismas, sobrevenidas durante el concubinato, el concubino sano deberá procurarle los medios necesarios para su tratamiento y recuperación, teniendo en cuenta las necesidades y recursos de ambos componentes de la pareja.

ARTÍCULO 9º. Derecho a los gastos de funeral: No dejando el difunto bienes, los gastos funerarios serán pagados por el concubino sobreviviente, y cuando este no tuviese bienes, por las personas que tenían la obligación de dar alimento al fallecido cuando vivía.

ARTÍCULO 10º. Sucesión del concubino: Disuelta la unión de hecho por muerte de uno de los concubinos se procederá a la división de los gananciales en la sucesión del conviviente prefallecido. Si no han quedado descendientes ni ascendientes de los concubinos, que han mantenido su unión por un período no inferior a cinco (5) años y cuentan ambos con aptitud nupcial, se heredan recíprocamente.

DE LOS BIENES.

ARTÍCULO 11º. Bienes comunes: Transcurridos cinco (5) años de convivencia, los bienes adquiridos a título oneroso desde el inicio de la relación por cualquiera de los integrantes de la pareja, o en cuanto se hubiere acrecentado el patrimonio propio de cada uno de ellos durante la vigencia de la unión, se consideran comunes a ambos, y se dividirán en un cincuenta por ciento para cada una de las partes o sus herederos cuando la unión finalizara.

ARTÍCULO 12º. Administración de los bienes comunes: Los bienes comunes se administrarán por u otro concubino. Los gastos que realice uno de ellos y la obligación que contraiga para la satisfacción de las necesidades recíprocas y de los hijos obligan también al otro.

3.6. MODIFICACIONES A LA LEY VIGENTE.

ARTÍCULO 13º. Pensión por fallecimiento: Reemplazase el texto del artículo 53 de la ley 24.241 por el siguiente:

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

- a) la viuda;
- b) el viudo;
- c) la concubina o conviviente;
- d) el concubino o conviviente;
- e) los hijos solteros, las hijas solteras y las hijas viudas siempre que no gozarán de jubilación, pensión retiro o prestación no contributiva, salvo que optaren por la pensión que acuerda la presente, todos ellos hasta los dieciocho (18) años de edad.

ARTÍCULO 14º. Adopción: Reemplazase el texto del artículo 312 del Código Civil por el siguiente texto:

Art. 312 Cód. Civil.- Nadie puede ser adoptado por más de una persona simultáneamente, salvo que los adoptantes sean cónyuges o convivan en una unión de hecho o concubinato. Sin embargo, en caso de muerte del adoptante o de ambos cónyuges o concubinos adoptantes, se podrá otorgar una nueva adopción sobre el mismo menor. El adoptante debe ser por lo menos dieciocho años mayor que el adoptado salvo cuando el cónyuge supérstite o concubino adopta al hijo adoptado del premuerto.

ARTÍCULO 15º. Bien de Familia: Reemplazase el artículo 36 de la Ley 14.394 por el siguiente texto:

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

ARTÍCULO 16º. Indemnización por antigüedad: Reemplazase el texto del artículo 248 de la Ley 20.744 por el siguiente texto:

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

ARTÍCULO 17º. Indemnización por daño moral: Reemplazase el artículo 1078 del Cód. Civil por el siguiente texto:

La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral solo competirá al damnificado directo: si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, tendrán derecho a la acción los herederos forzosos y la o el concubino que al momento de la muerte de la víctima hubiere vivido con la misma en forma estable, singular y permanente por un período no inferior a cinco (5) años.

ARTÍCULO 18º. Indemnización por homicidio: Reemplazase el texto del artículo 1084 del C.C. por el siguiente texto:

Si el delito fuere homicidio, el delincuente tiene la obligación de pagar todos los gastos hechos en la asistencia del muerto y en su funeral, además lo que fuere necesario para la subsistencia del que enviudara, concubino permanente, estable y singular que acredite una convivencia de cinco (5) años e hijos del muerto, quedando a la prudencia de los jueces, fijar el monto de la indemnización y el monto de satisfacerla.

ARTÍCULO 19º. Derecho a la indemnización: reemplazase el artículo 1.085 del C.C por el siguiente texto:

El derecho de exigir la indemnización de la primer parte del artículo anterior, compete a cualquiera que hubiere hecho los gastos de que allí se trata. La indemnización de la segunda parte del artículo, podrá ser exigida por el cónyuge o concubino permanente, estable y singular que acredite una convivencia de cinco (5) años, y por los herederos necesarios del muerto, sino fueran culpados del delito como autores, o cómplices, o sino lo impidieron pudiendo hacerlo.

ARTÍCULO 20º.- Comuníquese el Poder Ejecutivo.

¹ BOSSERT, Gustavo, A., “Régimen jurídico del concubinato”, 3ª Ed., Astrea, Buenos Aires, 1990, Pág. 11.

² REBORA, Juan C., La Familia, Bs. As., La Facultad, 1926, t I, pág. 64.

³ AMEGLIO ARZENO, Carlos; El régimen jurídico del concubinato, pág. 39.

⁴ MANGIONE MURO, Mirta H., “Concubinato. Cuestiones patrimoniales, personales y previsionales”, Editorial FAS, Rosario, 1999/2000, pág. 22.

⁵ Art. 232 C.C: “En los juicios de separación personal o divorcio vincular no será suficiente la prueba confesional ni el reconocimiento de los hechos, a excepción de los dispuesto en los artículos 204 y 214, inc. 2”.

⁶ Art. 223 C.C: “Si el matrimonio anulado fuese contraído de mala fe por ambos cónyuges, no producirá efecto civil alguno. La nulidad tendrá los siguientes efectos: 1) la unión será reputada como concubinato, 2) en relación a los bienes, se procederá como en el caso de la disolución de una sociedad de hecho, si se probaren aportes de los cónyuges, quedando sin efecto alguno las convenciones matrimoniales”.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Art. 210 C.C. “Todo derecho alimentario cesará si el cónyuge que lo percibe vive en concubinato e incurre en injurias graves contra el otro cónyuge”.

⁹ Art. 3574 C.C. “Estando separado los cónyuges por sentencia de juez competente fundada en los casos del artículo 202, el que hubiere dado causa a la separación no tendrá ninguno de los derechos declarados en los artículos anteriores. Si la separación se hubiese decretado en los casos del artículo 203, el cónyuge enfermo conservará su vocación hereditaria. En los casos de los artículos 204, primer párrafo y 205, ninguno de los cónyuges mantendrá derechos hereditarios en la sucesión del otro. En caso de decretarse la separación por mediar separación de hecho anterior, el cónyuge que probó no haber dado causa a ello, conservará su vocación hereditaria en la sucesión del otro”.

¹⁰ Art. 202 C.C: “Son causales de separación personal: 1. El adulterio, 2. La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos, sean o no comunes, ya como autor principal, cómplice o instigador. 3) La instigación de uno de los cónyuges al otro a cometer delito. 4) Las injurias graves. Para su apreciación el juez tomará en consideración la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse. 5) El abandono voluntario y malicioso”.

¹¹ Art. 203 C.C. “Uno de los cónyuges puede pedir la separación personal en razón de alteraciones mentales graves de carácter permanente, alcoholismo o adicción a la droga del otro cónyuge, si tales afecciones provocan trastornos de conducta que impiden la vida en común o la del cónyuge enfermo con los hijos”.

¹² Art. 204 C.C. “Podrá decretarse la separación personal, a petición de cualquiera de los cónyuges, cuando éstos hubieran interrumpido su cohabitación sin voluntad de unirse por un término mayor de dos años. Si alguno de ellos alega y prueba no haber dado causa a la separación, la sentencia dejará a salvo los derechos acordados al cónyuge inocente”.

¹³ Ley 23091 de Locaciones Urbanas [en línea]. [Citado 10/06/08] [Disponible en Internet en www.infoleg.gov.ar] [Última consulta 10/08/08].

¹⁴ Art. 3573 C.C. “Si a la muerte del causante este dejare un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario y que hubiera constituido el hogar conyugal, cuya estimación no sobrepasare el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia, y concurrieren otras persona con vocación hereditaria o como legatarios, el cónyuge supérstite tendrá derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita. Este derecho se perderá si el cónyuge supérstite contrajere nuevas nupcias”.

¹⁵ Art. 257 C.C “El concubinato de la madre con el presunto padre durante la época de la concepción hará presumir su paternidad, salvo prueba en contrario”.

¹⁶ MANGIONE MURO, Mirta H., Op. Cit., pág. 22.

¹⁷ Ley 23.515 de Régimen del Matrimonio. [En línea]. [Citado 20/04/07] [Disponible en Internet en www.portaldeabogados.com.ar] [Última consulta 11/06/08].

¹⁸ BOSSERT, Gustavo, A., Op., Cit., pág. 2.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Art. 223 C.C: “Si el matrimonio anulado fuese contraído de mala fe por ambos cónyuges, no producirá efecto civil alguno. La nulidad tendrá los efectos siguientes: 1º la unión será reputada como concubinato. 2º En relación a los bienes, se procederá como en el caso de la disolución de una sociedad de hecho, si se probaren aportes de los cónyuges, quedando sin efecto alguno las convenciones matrimoniales”.

²¹ Art. 224 C.C “La mala fe de ambos cónyuges consiste en el conocimiento que hubiere tenido, o debido tener, al día de celebración del matrimonio, del impedimento o circunstancia que causare la nulidad. No habrá buena fe por ignorancia o error de derecho. Tampoco lo habrá por ignorancia o error de hecho que no sea excusable, a menos que el error fuere ocasionado por dolo”.

²² *Ibidem*.

-
- ²³ ZANNONI, Eduardo, "Derecho de Familia" t. 2, 3º edición, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1998.
- ²⁴ LOPEZ DEL CARRIL, Julio, "Estudios de Derecho de Familia", pág. 18.
- ²⁵ Ibidem.
- ²⁶ Ley 2393 de Matrimonio Civil. [en línea] [Citado 22/04/08] [Disponible www.infoleg.gov.ar] [Última consulta 15/05/08].
- ²⁷ Ibidem.
- ²⁸ LOPEZ DEL CARRIL, Julio, "Derecho y obligación alimentaria, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1963, pág.289.
- ²⁹ Ibidem.
- ³⁰ Ibidem.
- ³¹ Ibidem.
- ³² Ibidem.
- ³³ BOSSERT, Gustavo, A., Op., Cit., pág. 36.
- ³⁴ BELLUSCIO, Augusto c., "Derecho de Familia", Buenos Aires, Editorial Depalma, 1974.
- ³⁵ ZANNONI, Eduardo, Op, Cit., pág. 257.
- ³⁶ DUTTO, Ricardo, J. "Manual doctrinal y jurisprudencial de Familia", Rosario, Editorial. Juris, 2005, pág. 10.
- ³⁷ MANGIONE MURO, Mirta H., Op., Cit., pág. 19.
- ³⁸ MANGIONE MURO, Mirta H , Op., Cit., pág. 37.
- ³⁹ Ibidem.
- ⁴⁰ Ley 17.711 Modificaciones al Código Civil [en línea]. [Citado 20/07/2008]. [Disponible en Internet en www.infoleg.gov.ar] [Ultima consulta 16/08/2008].
- ⁴¹ Ibidem.
- ⁴² Ibidem.
- ⁴³ Ibidem.
- ⁴⁴ Ibidem.
- ⁴⁵ Ibidem.
- ⁴⁶ DIAZ de GUIJARRO, Enrique, "El matrimonio in extremis y el concubinato anterior en relación a los derechos hereditarios del cónyuge supérstite. J.A. 48-473.
- ⁴⁷ Ibidem.
- ⁴⁸ Ibidem.
- ⁴⁹ CIFUENTES, Santos, "Matrimonio durante la última enfermedad", J.A. Doct. 1972-282.
- ⁵⁰ CnCiv, Sala A, 4/7/68, LL, 134-1001,; Civil 1ºCap., 16/11/25, JA, 18-529.
- ⁵¹ ZANNONI, Eduardo, Op, Cit., pág. 278.
- ⁵² Art. 515 C.C: "Las obligaciones son civiles o meramente naturales. Civiles son aquellas que dan derecho a exigir su cumplimiento. Naturales son las que, fundadas solo 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, tales son: las obligaciones que principian por ser obligaciones civiles, y que se hayan extinguidas por la prescripción. Las que proceden de actos jurídicos, a los cuales faltan las solemnidades que la ley exige para que se produzcan efectos civiles, como es la obligación de pagar un legado dejado en un testamento, al cual faltan formas substanciales. Las que no han sido reconocidas en juicio por falta de prueba, o cuando el pleito se ha perdido, por error o malicia del juez.. las que derivan de una convención que reúne las condiciones generales requeridas en materia de contratos; pero a las cuales la ley, por razones de utilidad social, les ha denegado toda acción; tales son las deudas de juego".
- ⁵³ Ibidem.
- ⁵⁴ Ibidem.
- ⁵⁵ BUSSO, Eduardo, Código Civil Anotado, T III, Buenos Aires, Editorial Ediar, 1945, pág. 343.
- ⁵⁶ Art. 953 C.C "El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto".
- ⁵⁷ BOSSERT, Gustavo, A., Op., Cit., pág. 116.
- ⁵⁸ FASSI, Santiago- BOSSERT, Gustavo A., "Sociedad Conyugal", T II, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1977, pág. 183, 184.
- ⁵⁹ Art. 1276 C.C. "Cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales adquiridos con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo, con la salvedad prevista en el artículo 1277".
- ⁶⁰ Ibidem.
- ⁶¹ Art. 516 C.C "El efecto de las obligaciones naturales es que no puede reclamarse lo pagado, cuando el pago de ellas se ha hecho voluntariamente por el que tenía capacidad legal para hacerlo".

⁶² Art. 2306 C.C: “Cuando alguno sin ser gestor de negocios ni mandatario hiciese gastos en utilidad de otra persona, puede demandarlos a aquellos en cuya utilidad se convirtieron”.

⁶³ Art. 2307 C.C: “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, no reputándose tales gastos en bien del alma después de sepultado el cadáver, ni el luto de la familia, ni ningunos otros, aunque el difunto los hubiese determinado”.

⁶⁴ Art. 2308 C.C: “No dejando el difunto bienes, los gastos funerarios serán pagados por el cónyuge sobreviviente, y cuando éste no tuviese bienes, por las personas que tenían obligación de alimentar al muerto cuando vivía”.

⁶⁵ Art. 2288 C.C: “Toda persona capaz de contratar, que se encarga sin mandato de la gestión de un negocio que directa o indirectamente se refiere al patrimonio de otro, sea que el dueño del negocio tenga consentimiento de la gestión, sea que la ignore, se somete a todas las obligaciones que la aceptación de un mandato importa al mandatario”.

⁶⁶ Art. 727 C.C: “El pago puede hacerse también por un tercero con asentimiento del deudor y aún ignorándole este, y queda la obligación extinguida con todos sus accesorias y garantías. En ambos casos, el que hubiese hecho el pago puede pedir al deudor el valor de lo que hubiese dado en pago. Si hubiese hecho el pago antes del vencimiento de la deuda, solo tendrá derecho a ser reembolsado desde el día del vencimiento”.

⁶⁷ Art. 768 C.C. “La subrogación tiene lugar sin dependencia de la cesión expresa del acreedor a favor: 1º del que siendo acreedor paga a otro acreedor del que es preferente; 2º del que paga una deuda al que estaba obligado con otros o por otros; 3º del 3º no interesado que hace el pago, consintiéndolo tácita o expresamente el deudor, o ignorándolo; 4º del que adquirió un inmueble, y paga al acreedor que tuviese hipoteca sobre el mismo inmueble; 5º del heredero que admitió la herencia con beneficio de inventario, y paga con sus propios fondos la deuda de la misma”.

⁶⁸ GUASTAVINO, Elías, “Gastos de última enfermedad y funerarios: recibos en poder del concubino”, JA, 1965-II-454.

⁶⁹ Art. 1078 C.C: “La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos”.

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ BORDA, Guillermo A., “Derecho Civil. Obligaciones, T II, Buenos Aires, 1971. pág. 404.

⁷² Art. 1068 C.C: “Habrà daño siempre que se causare a otro perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por mal hecho a su persona o a sus derechos o a sus facultades”.

⁷³ Art. 1079 C.C: “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 el hubiese sufrido, aunque sea de una manera indirecta”.

⁷⁴ ALTERINI, Atilio, “Responsabilidad Civil”, 2º Edición., Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1979.

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ Ibidem.

⁷⁷ Art. 165 C.C: “Este código no reconoce esponsales de futuro. No habrá acción para exigir el cumplimiento de la promesa de matrimonio”.

⁷⁸ Art. 1648 C.C: “Habrà sociedad, cuando dos o más personas se hubiesen mutuamente obligado, cada una con una prestación, con el fin reobtener alguna utilidad apreciable en dinero, que dividirán entre sí, del empleo que hicieren de lo que cada uno hubiere aportado”.

⁷⁹ C1º CivCom La Plata, Sala II, 12/4/55, LL, 79-94; C1º CivCom Tucumán, 5//7/60, LL, 105-730; C1º CivCom Rosario, 5/12/52, Juris, 2-16; CNCiv, Sala A, 29/9/61, LL, 105-80.

⁸⁰ (CNCiv, Sala F, 27/4/65, LL, 119-174; id., Sala D, 12/11/80, LL, 1981-B-49).

⁸¹ LOPEZ DEL CARRIL, Julio, Op., Cit., pág 17 y siguientes.

⁸² CNCiv, Sala D, 11/10/69, JA. 1-1969-387; id., Sala E, 9/11/72, ED, 48-607; id., íd., 21/12/71, ED, 41-728.

⁸³ CNCiv, Sala A, 5/4/55, LL, 79-646; id., Sala B, 19/5/55, LL, 79/615.

⁸⁴ CNCiv, Sala A, 8/9/81, L.271.725; id., Sala E, 12/7/77, ED, 76-229.

⁸⁵ Art 209 C. Comercio: “La prueba de testigos, fuera de los casos expresamente declarados en este Código, sólo es admisible en los contratos cuyo valor no exceda de 200 pesos fuertes. Tratándose de asuntos de mayor cuantía, la prueba testimonial sólo será admitida existiendo principio de prueba por escrito. Se considera principio de prueba por escrito, cualquier documento público o privado que emana del adversario, de su autor o de parte interesada en la contestación o que tendría intereses si viviera”.

⁸⁶ CNCCom, Sala C, 16/3/60, LL, 99-106; id., Sala b, 29/11/57, LL, 90-312.

⁸⁷ Art. 1193 C.C: “Los contratos que tengan por objeto una cantidad de mas de diez mil pesos, deben hacerse por escrito y no pueden ser probados por testigos”.

- ⁸⁸ Art. 1663 C.C: “Cuando la existencia de la sociedad no pueda probarse, por falta del instrumento, o por cualquier otra causa, los socios que hubiesen estado en comunidad de bienes o de intereses, podrán alegar entre sí la existencia de la sociedad, para pedir la restitución de lo que hubiesen aportado a la sociedad, la liquidación de las operaciones hechas en común, la partición de la ganancias y de todo lo adquirido en común sin que los demandados puedan oponer la nulidad o no existencia de la sociedad”.
- ⁸⁹ BORDA, Guillermo, “Tratado de derecho civil Familia”, 5° edición, T II, Buenos Aires., Editorial Abeledo Perrot, 1973, pág. 317.
- ⁹⁰ Art. 2708 C.C: “Habiendo duda sobre el valor de la parte de cada uno de los condóminos, se presume que son iguales”.
- ⁹¹ CNCiv, SalaF, 31/8/84, L6255. En CNCiv, Sala C, 14/9/82, L. 277.219, se resolvió que, habiéndose probado que ambos concubinos juntaban sus ahorros e ingresos para afrontar gastos comunes y comprar bienes, cabe considerar que “el mismo temperamento se siguió para la compra de los muebles” correspondiendo el cincuenta por ciento a cada uno, “a falta de la proporción que cada uno solvento.
- ⁹² CNCom, Sala C, 16/3/60, LL, 99-106; id., Sala b, 29/11/57, LL, 90-312.
- ⁹³ SPOTTA, Alberto G., “Tratado de derecho civil. Derecho de Familia”, Buenos Aires., Editorial Depalma, 1962.
- ⁹⁴ Art. 1315 C.C:” Los gananciales de la sociedad conyugal se dividirán por iguales partes entre marido y mujer, o sus herederos, sin consideración alguna al capital propio de los cónyuges, y aunque alguno de ellos no hubiese llevado a la sociedad bienes algunos”.
- ⁹⁵ GARCILAZO, Oscar D.-FUSTER, Sergio L.,” Desocupación de la vivienda en el concubinato” Editorial FAS, Rosario, 1998, pág. 8.
- ⁹⁶ GARCILAZO, Oscar D.-FUSTER, Sergio L.,” Op., Cit., pág. 9.
- ⁹⁷ GARCILAZO, Oscar D.-FUSTER, Sergio L Op., Cit., pág. 10 y siguientes.
- ⁹⁸ Art. 2351 C.C “Habrá posesión de las cosas cuando alguna persona, por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad”.
- ⁹⁹ Art. 2401 C.C: “Dos posesiones iguales y de la misma naturaleza no pueden concurrir sobre la misma cosa”.
- ¹⁰⁰ CNCrimm. Y Correcc., Sala V, Diciembre 19-961, “Mirol, Eugenio T.”, ED 2-131 con nota laudatoria de M.A:M.. En el mismo sentido: CNPenal, Marzo 1-957, JA 1957-II-158 y LL 88-209.
- ¹⁰¹ Art. 2352 C.C: “El que tiene efectivamente una cosa, pero reconociendo en otro la propiedad, es simple tenedor de la cosa, y representante de la posesión del propietario, aunque la ocupación de la cosa repose sobre un derecho”.
- ¹⁰² BOSSERT, Gustavo, A., Op., Cit., pág. 71.
- ¹⁰³ DUTTO, Ricardo, “Demanda de exclusión del hogar”, Editorial Juris, Rosario, 1993.
- ¹⁰⁴ Art. 1143 C.C: “Los contratos son nominados o innominados, según que la ley los designe o no, bajo una denominación especial”.
- ¹⁰⁵ ZANNONI, Eduardo A., “Derecho Civil-Derecho de Familia”, T. II, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989, pág. 272.
- ¹⁰⁶ Conf. BORDA, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil-Contratos”, T. II, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1979.
- ¹⁰⁷ Art. 1662 C.C. “El contrato de sociedad puede ser hecho verbalmente o por escrito, por instrumento público, o por instrumento privado, o por correspondencia. La prueba de él está sujeta a lo dispuesto respecto a los actos jurídicos. El valor del contrato será el de todo el fondo social por la tasa de la ley”.
- ¹⁰⁸ Art. 1190 C.C: “Los contratos se prueban por el modo que dispongan los códigos de procedimientos de las Provincias Federadas: por instrumentos públicos; por instrumentos particulares firmados o no firmados; por confesión de partes, judicial o extrajudicial; por juramento judicial; por presunciones legales o judiciales; por testigos”.
- ¹⁰⁹ Ibidem.
- ¹¹⁰ Art. 1163 C.C: “El que se obliga por u tercero, ofreciendo el hecho de éste, debe satisfacer pérdidas e interés, si el tercero se negare a cumplir el contrato”.
- ¹¹¹ Conf. BORDA, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil- Contratos”, T. II, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1979, página 276.
- ¹¹² Art. 2673 C.C: “El condominio es el derecho real de propiedad que pertenece a varias personas, por una parte indivisa sobre una cosa mueble o inmueble”.
- ¹¹³ Art. 2676 C.C: “Cada condómino, goza respecto de su parte indivisa de los derechos inherentes a la propiedad, compatibles con la naturaleza de ella, y puede ejercerlos sin el consentimiento de los demás copropietarios”.
- ¹¹⁴ Art. 9 Ley de Locaciones Urbanas: Continuadores del locatario: ”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 y recibido del mismo ostensible trato familiar”.

¹¹⁵ Art. 517 CPCCSF: “El juicio de desalojo procede contra el locatario, sublocatario, tenedor precario, intruso o cualquier otro ocupante o tenedor cuya obligación de restituir o de entregar sea exigible”.

¹¹⁶ MOSSET ITURRASPE, Jorge, y NOVELLINO, Norberto J., “La locación y sus procesos judiciales”, Editorial Rubinzal-Culzoni Santa Fe, 1997, pág. 119.

¹¹⁷ SOLER, Sebastián, “Derecho Penal Argentino”, T V, Editorial Topográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1963, pág. 415.

¹¹⁸ KELMEMAJER de CARLUCCI, Aída, “Protección jurídica de la vivienda familiar”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1995, pág. 414/5.

¹¹⁹ Art. 231 C.C: “Deducida la acción de separación personal o de divorcio vincular, o antes de ella en caso de urgencia, podrá el juez decidir si alguno de los cónyuges debe retirarse del hogar conyugal, o ser reintegrado a él, determinar a quién corresponda la guarda de los hijos con arreglo a las disposiciones de este Código y fijar los alimentos que deban prestarse al cónyuge a quién correspondiere recibirlos y a los hijos, así como las expensas necesarias para el juicio”.

¹²⁰ Art. 17 Const. Nacional: “La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley...”

¹²¹ Art. 2513 C.C: “Es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular.

¹²² BORDA, Guillermo, “Tratado de Derecho Civil-Derechos Reales”, T. O. 3ª edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1984.

¹²³ Art. 2487 C.C: “Las acciones posesorias tienen por objeto obtener la restitución o manutención de la cosa”.

¹²⁴ ANDORNO, Luis O., “las acciones posesorias con relación a las cosas muebles, JA 1986-II-7019

¹²⁵ Art. 2487 C.C: “Las acciones posesorias tiene por objeto obtener la restitución o manutención de la cosa”.

¹²⁶ Ibidem.

¹²⁷ Ibidem.

¹²⁸ Ley 24241 de Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones. [en línea] [Cotado 31/07/08] Disponible en Internet en www.infoleg.gov.ar [ultima consulta 02/09/08].

¹²⁹ Ibidem.

¹³⁰ Art. 211 C.C: “Dictada la sentencia de separación personal el cónyuge a quién se atribuyó la vivienda durante el juicio, o quién continuó ocupando el inmueble que fue asiento del hogar conyugal, podrá solicitar que dicho inmueble no sea liquidado ni partido como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal si ello le causa grave perjuicio, y no dio causa a la separación personal, o si este se declara en los casos del art. 203 y el inmueble estuviese ocupado por el cónyuge enfermo.

En iguales circunstancias, si el inmueble fuese propio del otro cónyuge, el juez podrá establecer a favor de éste una renta por el uso del inmueble en atención a las posibilidades económicas de los cónyuges y al interés familiar, fijando el plazo de duración de la locación. El derecho acordado cesará en los casos del art. 210. También podrá declararse la cesación anticipada de la locación o de la indivisión si desaparecen las circunstancias que le dieron lugar”.

¹³¹ Art. 2308 C.C: “No dejando el difunto bienes, los gastos funerarios serán pagados por el cónyuge sobreviviente, y cuando éste no tuviese bienes, por las personas que tenían obligación de alimentar al muerto cunado vivía”.

¹³² Ibidem.

¹³³ Ibidem.

¹³⁴ Ibidem.

¹³⁵ Art. 3570 C.C: “Si han quedado viudo o viuda e hijos, el cónyuge sobreviviente tendrá en la sucesión la misma parte que cada uno de sus hijos”.

¹³⁶ Ley 24779 de Adopción. Modificación del Código Civil. Derogación de la ley 19.134. [en línea] [Citado 13/03/08] [Disponible en Internet en www.infoleg.gov.ar [ultima consulta 21/06/08].

¹³⁷ MENDEZ COSTA, Ma. Josefa, “Derecho de Familia” Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa fe, 1983, pág 229.

¹³⁸ Ibidem.

¹³⁹ Ibidem.

¹⁴⁰ Ibidem.

¹⁴¹ Ibidem.

¹⁴² Ibidem.

¹⁴³ Art. 1077 C.C: “Todo delito hace nacer la obligación de reparar el perjuicio que por él resultare a otra persona”.

¹⁴⁴ Ibidem.

¹⁴⁵ Ibidem.

¹⁴⁶ Ibidem.

¹⁴⁷ Ibidem.

- ¹⁴⁸ BOSSERT, Gustavo A.-ZANNONI, Eduardo A., *Manual de Derecho de Familia*, 5° edición, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1999, pág. 72.
- ¹⁴⁹ Art. 944 C.C: “ Son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato, establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos”.
- ¹⁵⁰ SPOTA, Alberto G., *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia* Editorial Desalma, Buenos Aires, 1968, pág.106.
- ¹⁵¹ MENDEZ COSTA, Ma. Josefa- FERRER, Francisco A.-D ANTONIO, Daniel H., “Derecho de Familia”, T. I, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, pág 234.
- ¹⁵² BOSSERT, Gustavo A.-ZANNONI, Eduardo A Op., Cit., pág. 77.
- ¹⁵³ MENDEZ COSTA, Ma. Josefa- FERRER, Francisco A.-D ANTONIO, Daniel H., “Código Civil Comentado T. I, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, pág 44.
- ¹⁵⁴ MENDEZ COSTA, Ma. Josefa- FERRER, Francisco A.-D ANTONIO, Daniel H Op., Cit., pág. 261.
- ¹⁵⁵ DUTTO, Ricardo, J. “Manual doctrinal y jurisprudencial de Familia”, Rosario, Editorial. Juris, 2005, Pág.231.
- ¹⁵⁶ BOSSERT, Gustavo A.-ZANNONI, Eduardo A Op., Cit., pág. 217.
- ¹⁵⁷ MENDEZ COSTA, Ma. Josefa- FERRER, Francisco A.-D ANTONIO, Daniel H, T. I Op., Cit., pág. 67.
- ¹⁵⁸ Ibidem.
- ¹⁵⁹ Art. 1262 C.C: “La sociedad conyugal se rige por las reglas del contrato de sociedad, en cuanto no se opongan a lo que está expresamente determinado en este título”.
- ¹⁶⁰ Ibidem.
- ¹⁶¹ MENDEZ COSTA, Ma. Josefa- FERRER, Francisco A.-D ANTONIO, Daniel H , T .I. Op., Cit., pág. 68.
- ¹⁶² Ibidem.
- ¹⁶³ Art. 5 Ley 11.357: “Los bienes propios de la mujer y los bienes gananciales que ella adquiera no responde por las deudas del marido, ni los bienes propios del marido y los gananciales que el administre responden por las deudas de la mujer”.
- ¹⁶⁴ Art. 6 Ley 11.357: “Un cónyuge sólo responde con los frutos de sus bienes propios y con los frutos de los bienes gananciales que administre, por las obligaciones contraídas por el otro, cuando sean contraídas para atender las necesidades del hogar, para la educación de los hijos, o para la conservación de los bienes comunes”.
- ¹⁶⁵ Ley 11.357 Ampliación de la capacidad civil de la mujer. [en línea] [Cotado 01/03/08] Disponible en Internet en www.infoleg.gov.ar [ultima consulta 21/06/08].
- ¹⁶⁶ DUTTO, Ricardo, J. “Manual doctrinal y jurisprudencial de Familia”, Op., Cit., pág. 235.
- ¹⁶⁷ MENDEZ COSTA, Ma. Josefa- FERRER, Francisco A.-D ANTONIO, Daniel H, T .II. Op., Cit., pág. 80.
- ¹⁶⁸ Art. 161 C.C: “La sociedad principia desde la celebración del matrimonio, y no puede estipularse que principie antes o después”.
- ¹⁶⁹ Art. 163 C.C: “El capital de la sociedad conyugal se compone de los bienes propios que constituyen el dote de la mujer, y de los bienes que el marido introduce al matrimonio, o que en adelante adquiera por donación, herencia o legado”.
- ¹⁷⁰ Arr. 164 C.C: “Los bienes donados, o dejados en testamento a marido y mujer conjuntamente con designación de partes determinadas, pertenecen a la mujer como dote y al marido como capital propio en la proporción de terminada por el donador o testador; y a la falta de designación, por mitad a cada uno de ellos”.
- ¹⁷¹ Art. 1267 C.C. “La cosa adquirida durante la sociedad, no pertenece a ella aunque se haya adquirido a título oneroso, cuando la causa o título de adquisición le ha precedido y se ha pagado con bienes de uno de los cónyuges”.
- ¹⁷² FASSI, Santiago, “El orden público y la calidad de los bienes propios o gananciales de los bienes de la sociedad conyugal”. LL, 142-416.
- ¹⁷³ Ibidem.
- ¹⁷⁴ Art. 1271 C.C: “Pertenecen a la sociedad como gananciales, los bienes existentes a la disolución de ella, si no se prueban que pertenecían a alguno de los cónyuges cuando se celebró el matrimonio, o que los adquirió después por herencia, legado, o donación”.
- ¹⁷⁵ DUTTO, Ricardo, J. “Manual doctrinal y jurisprudencial de Familia”, Op., Cit., pág. 239.
- ¹⁷⁶ MENDEZ COSTA, Ma. Josefa- FERRER, Francisco A.-D ANTONIO, Daniel H., “Código Civil Comentado T. I Op., Cit., pág. 113.
- ¹⁷⁷ Art. 163 C.C: “El capital de la sociedad conyugal se compone de los bienes propios que constituyen el dote de la mujer, y de los bienes que el marido introduce al matrimonio, o que en adelante adquiera por donación, legado o herencia.
- ¹⁷⁸ Ibidem.

¹⁷⁹ MENDEZ COSTA, Ma. Josefa- FERRER, Francisco A.-D ANTONIO, Daniel H, T .I. Op., Cit., pág. 68.

¹⁸⁰ Ibidem.

¹⁸¹ Ibidem.

¹⁸² Art. 1247 C.C: “Corresponde también a la mujer lo que con su consentimiento se cambiare con sus bienes propios, expresándose también el origen de los bienes que ella diere en cambio”.

¹⁸³ Ibidem.

¹⁸⁴ Art. 1246 C.C: “Los bienes raíces que se compraren con dinero de la mujer, son de la propiedad de ella si la compra se hiciese con su consentimiento y con el fin de que los adquiriera, expresándose así en la escritura de compra, y designándose como el dinero pertenece a la mujer”.

¹⁸⁵ Ibidem.

¹⁸⁶ DUTTO, Ricardo, J. “Manual doctrinal y jurisprudencial de Familia”, Op., Cit., pág. 238.

¹⁸⁷ Art. 1315 C.C: “Los gananciales de la sociedad conyugal se dividirán por iguales partes entre marido y mujer, o sus herederos, sin consideración alguna al capital propio de los cónyuges, y aunque alguno de ellos no hubiese llevado a la sociedad bienes algunos”.

¹⁸⁸ Ibidem.

¹⁸⁹ Ibidem.

¹⁹⁰ Ibidem.

¹⁹¹ Art.1291 C.C: “La sociedad conyugal se disuelve por la separación judicial de los bienes, por declararse nulo el matrimonio y por la muerte de algunos de los cónyuges.”

¹⁹² Ibidem.

¹⁹³ Art. 3282 C.C: “La sucesión o el derecho hereditario, se abre tanto en las sucesiones legítimas como en las testamentarias, desde la muerte del autor de la sucesión, o por la presunción de muerte en los casos prescriptos por la ley”.

¹⁹⁴ MENDEZ COSTA, Ma. Josefa- FERRER, Francisco A.-D ANTONIO, Daniel H, T .I. Op., Cit., pág. 243.

¹⁹⁵ Art. 221 C.C: “Si el matrimonio anulado hubiese sido contraído de buena fe por ambos cónyuges producirá, hasta el día en que se declare su nulidad, todos los efectos del matrimonio válido. No obstante, la nulidad tendrá los efectos siguientes: 1 en cuanto los cónyuges, secaran todos los derechos y obligaciones que produce el matrimonio, con la sola excepción de la obligación de prestarse alimentos de toda necesidad conforme al artículo 209. 2 en cuanto a los bienes, será de aplicación a la sociedad conyugal lo dispuesto en el artículo 1306”.

¹⁹⁶ Ibidem.

¹⁹⁷ Ibidem.

¹⁹⁸ Art. 1306 C.C: “La sentencia de separación personal o de divorcio vincular produce la disolución de la sociedad conyugal con efecto al día de la notificación de la demanda o de la presentación conjunta de los cónyuges, quedando a salvo los derechos de los terceros de buena fe. Los alimentos que paso uno de los cónyuges al otro durante el trámite del juicio se imputaran en la separación de bienes a la parte que corresponda al alimentado, a menos que el juez fundado en motivos de equidad derivados de las circunstancias del caso, dispusiese hacerlos pasar sobre el alimentante. Producida la separación de hecho de los cónyuges, el que fuere culpable de ella no tiene derecho a participar en los bienes gananciales que con posterioridad a la separación aumentaron al patrimonio del no culpable”.

¹⁹⁹ Art. 1294 C.C: “Uno de los cónyuges puede pedir la separación de bienes cuando el concurso o la mala administración del otro le acarree peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales, y cuando mediare abandono de hecho de la convivencia matrimonial por parte del otro cónyuge”.

²⁰⁰ Ibidem.

²⁰¹ Art. 1197 C.C: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”.

BIBLIOGRAFIA

a) General

BOSSERT, Gustavo, A., “Régimen jurídico del concubinato”, 3ª edición, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1990.

FASSI, Santiago- BOSSERT, Gustavo A., “Sociedad Conyugal”, T II, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1977.

MANGIONE MURO, Mirta H., “Concubinato. Cuestiones patrimoniales, personales y previsionales”, Rosario, Editorial FAS, 1999/2000.

ZANNONI, Eduardo, “Derecho de Familia” t. 2, 3º edición, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1998.

b) Especial

BOSSERT, Gustavo, A., “Régimen jurídico del concubinato”, 3ª edición, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1990.

BOSSERT, Gustavo A.-ZANNONI, Eduardo A., “Manual de Derecho de Familia”, 5º edición, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1999.

DUTTO, Ricardo, J. “Manual doctrinal y jurisprudencial de Familia”, Rosario, Editorial. Juris, 2005.

FASSI, Santiago- BOSSERT, Gustavo A., “Sociedad Conyugal”, T II, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1977.

GARCILAZO, Oscar D.-FUSTER, Sergio L.,” Desocupación de la vivienda en el concubinato” Rosario, Editorial FAS, 1998.

MENDEZ COSTA, María Josefa, “Derecho de Familia” Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa fe, 1983.

MENDEZ COSTA, María. Josefa- FERRER, Francisco A.-D ANTONIO, Daniel H., “Código Civil Comentado” T. I, Santa Fe, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2008.

MENDEZ COSTA, Ma. Josefa- FERRER, Francisco A.- D ANTONIO, Daniel H., “Derecho de Familia”, 1º edición, T. I, II, Santa Fe, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2008.

INDICE

Capítulo I

EL CONCUBINATO

1.1 Introducción	12
1.2 Referencia Histórica	13
1.2.1 Derecho Romano	14
1.2.2 Derecho Canónico	15
1.2.3 Liberalismo.....	16
1.2.4 Derecho Francés.....	16
1.2.5 El concubinato en América Latina.....	17
1.2.6 El concubinato en Argentina.....	18
1.3 La unión extraconyugal en la Argentina.....	20
1.4 Causas de la unión extraconyugal.....	20
1.4.a Económicas.....	21
1.4.b Culturales.....	21
1.4.1 Incidencia del divorcio vincular.....	21
1.4.2 Matrimonio contraído mediando impedimento dirimente y su calificación de Concubinato.....	22
1.5 Unión de personas libres y concubinato.....	23
1.6 Concepto de concubinato.....	24
1.7 Elementos integrantes del concubinato.....	2 6
1.7.a Cohabitación, comunidad de vida y de lecho.....	2 6
1.7.b	2
Notoriedad.....	7
.....	
1.7.c	2
Singularidad.....	7
.....	
1.7.d	2
Permanencia.....	7
.....	

1.8	Ausencia	de	algún	2
elemento.....				7
1.8.1			Concubinato	2
carencial.....				9
1.8.2			Concubinato	2
sanción.....				9
1.8.2.a	La	condena	a la castidad de la ley	2
argentina.....				9
1.8.3			Concubinato	3
utópico.....				0
1.8.4	El art. 3573 del Código Civil. y la ley 17.711: Antecedentes en nuestro			
Civil.....			Código	3
1.9	Actos jurídicos del concubinato contenidos en el Código Civil.....			3
1.10	Relaciones patrimoniales entre los concubinos: Sociedad de hecho.....			3
1.11	Prueba de la existencia de la sociedad de hecho a través de los aportes....			8
1.11.1	Prueba de la existencia a través de aportes de trabajo personal.....			4
1.11.2	Prueba de la existencia a través de aportes hecho en bienes.....			1
1.11.3		Medios	de	4
prueba.....				2
1.11.4	El trabajo puede ser aporte societario o cumplimiento de una relación laboral.....			4
.....				3
1.11.5	Gestiones	económicas	vinculadas a la vida común.....	4
1.11.6	Compra	de	bienes en común.....	4
1.12	Criterio	con	que deben apreciarse los hechos.....	4
1.13	Inaplicabilidad de las normas de la sociedad conyugal.....			5
1.14	Administración.	Rendición	de	4
cuentas.....				7
1.14	Disolución	de	la sociedad de	4
hecho.....				7
1.15				4
Conclusiones.....				8

Capítulo II

DESOCUPACION DE LA VIVIENDA EN EL CONCUBINATO

2.1		5
Introducción.....		0
.		
2.2 Inmueble de propiedad del otro concubino adquirido con anterioridad a la unión de hecho.....		5 1
2.2.1 Inmueble de propiedad del otro concubino adquirido durante la unión de hecho.....		5 5
.....		
2.2.2 Inmueble adquirido en condominio por ambos concubinos.....		5 6
2.3		5
Locación.....		7
.		
2.3.1 Locación por uno de los concubinos.....		5 7
2.3.2 Locación por ambos concubinos.....		5 7
2.4 Acciones para la desocupación del inmueble cuando no existen hijos menores que habiten el hogar.....		5 8
2.5 Inmueble adquirido en vigencia de la unión de hecho a nombre de uno de los concubinos.....		6 0
2.6 Acciones para la desocupación del inmueble cuando existen hijos menores frutos de la unión.....		6 3
2.7 La desocupación de la vivienda en el proyecto de ley sobre el régimen jurídico en las uniones de hecho.....		64
2.8. Conclusiones.....		64

Capítulo III

ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY SOBRE SONSUBINATO

3.1				6
Introducción.....				7
.				
3.2				6
Fundamentos.....				7
...				
3.3	Análisis		del	7
articulado.....				0
3.3.a	Artículo		1.	7
Definición.....				0
3.3.b	Artículo		2.	7
Requisitos.....				3
3.3.c	Artículo 3. Extinción de la unión de hecho o			7
concubinato.....				4
3.4	Derecho		de los	7
concubinos.....				5
3.4.a	Artículo 4. Derecho de la locación destinada a			7
vivienda.....				5
3.4.b	Artículo 5. Derecho		de	7
habitación.....				6
3.4.c	Artículo 6. Derecho de restricción para disponer del inmueble			
asiento			del	7
hogar.....				6
.....				
3.4.d	Artículo 7. Derecho a la asignación de la			7
vivienda.....				7
3.4.e	Artículo 8. Derecho		de	7
asistencia.....				8
3.4.f	Artículo 9. Derecho a los gastos de			7
funeral.....				9
3.4.g	Artículo 10. Sucesión		del	8
concubinato.....				0
3.5	De		los	8
bienes.....				0

3.5.a	Artículo	11.	Bienes	8
comunes.....				0
3.5.b	Artículo	12.	Administración de los bienes	8
comunes.....				1
3.6	Modificaciones	a	la ley	8
vigente.....				2
3.6.a	Artículo	13.	Pensión	por 8
fallecimiento.....				2
3.6.b	Artículo		14.	8
Adopción.....				4
3.6.c	Artículo	15.	Bien	de 8
familia.....				5
3.6.d	Artículo	16.	Indemnización	por 8
antigüedad.....				6
3.6.e	Artículo	17.	Indemnización	por daño 8
moral.....				6
3.6.f	Artículo	18.	Indemnización	por 8
homicidio.....				7
3.6.g	Artículo	19	Derecho a la	8
indemnización.....				7
3.7				8
Conclusión.....				9

Capítulo IV

MATRIMONIO

4.1		92
Introducción.....		
.....		
4.2		92
Concepto.....		

4.3	Naturaleza	93
Jurídica.....		
4.4		95
Caracteres.....		
.		
4.4.a		95
Unidad.....		
.....		
4.4.b	Permanencia	o 95
estabilidad.....		
4.4.c		95
Juridicidad.....		
.....		
4.5		96
Requisitos.....		
.		
4.6	Efectos patrimoniales del	96
matrimonio.....		
4.6.a	Relaciones patrimoniales de los	97
cónyuges.....		
4.6.b	Relaciones patrimoniales de los cónyuges con	97
terceros.....		
4.7	Características del régimen legal	97
argentino.....		
4.8	Bienes de los	10
cónyuges.....		0
4.8.1		10
Clasificación.....		0
4.8.1.a	Bienes	10
propios.....		1
4.8.1.b	Bienes	10
gananciales.....		1
4.8.1.c	Bienes	10
mixtos.....		3
4.9	Prueba del carácter de los	10
bienes.....		4
4.10	Disolución de la sociedad	10
conyugal.....		6
4.10.1	Muerte del	10
cónyuge.....		7
4.10.2	Nulidad del	10
matrimonio.....		7

4.10.2.a.	Matrimonio nulo por buena fe de	10
	ambos.....	7
4.10.2.b.	Matrimonio nulo por buena fe de uno de los	10
	cónyuges.....	7
4.10.2.c.	Matrimonio nulo por mala fe de	10
	cónyuges.....	8
4.10.2.d.	Divorcio vincular y separación	10
	personal.....	8
4.10.2.e.	Separación judicial de	10
	bienes.....	8
4.10.2.f.		El
	concurso.....	8
4.10.2.g.	Abandono de hecho de la	10
	convivencia.....	9
4.10.2.h.	Matrimonio del cónyuge del muerto	10
	presunto.....	9
4.11		11
Conclusión.....		0

Capítulo V

Conclusiones	112
generales.....	
Propuesta.....	115

Anexo

Proyecto	de	ley	sobre	11
concubinato.....				9
Bibliografía.....				13
.....				2

