

CAPÍTULO VII

LA LIQUIDACIÓN DE BIENES POR DISOLUCIÓN DE LA UNIÓN DE HECHO HOMOSEXUAL

I.	Introducción	195
II.	La liquidación de los bienes según previsiones contractuales.	196
1.	La validez de los pactos reguladores de la unión.	196
2.	Forma de los convenios	197
3.	Homologación de los convenios	198
4.	Duración	198
5.	Tipos de pactos.	198
	A) Convenio de régimen económico matrimonial de ganancialidad.	198
	B) Convenio de separación de bienes	200
	C) Sociedad universal de ganancias	200
	D) Sociedades mercantiles entre los unidos de hecho	201
	E) Comunidad de bienes	201
III.	La liquidación de los bienes en el supuesto de sociedad de hecho	201
1.	Existencia de aportes	203
2.	Participación en los beneficios y en las pérdidas.	203
3.	La <i>affectio societatis</i>	204
4.	La doctrina en la sociedad de hecho no da solución a la liquidación de la vivienda en común.	204
IV.	La liquidación de los bienes en los casos de inexistencia de una sociedad de hecho	205
1.	La liquidación de los bienes según una comunidad de hecho	205
2.	De la división de los bienes muebles	206
3.	De la división de los bienes inmuebles	207
	A) Jurisprudencia dictada para parejas heterosexuales aplicable analógicamente al caso	208
	B) Jurisprudencia dictada para parejas homosexuales.	209
4.	Principio del enriquecimiento sin causa	213
	A) Enriquecimiento injusto del conviviente demandado.	214
	B) El empobrecimiento correlativo del conviviente	215
	C) Relación de causalidad entre enriquecimiento y empobrecimiento	215
	D) La falta de causa en el enriquecimiento patrimonial	215

V. Derecho Comparado.....	216
1. Soluciones legislativas en el Derecho Comparado	216
A) Países que regulan las relaciones entre los convivientes ...	216
B) Países que no reconocen efectos a la unión	226
2. Soluciones jurisprudenciales en el Derecho Comparado.	229
A) Disolución de la unión de hecho.....	229
B) Pedido de quiebra conjunta.....	234
C) Demanda de divorcio	235

EFFECTOS ENTRE PARTES

CAPÍTULO VII

LA LIQUIDACIÓN DE BIENES POR DISOLUCIÓN DE LA UNIÓN DE HECHO HOMOSEXUAL

SUMARIO: I. Introducción. II. La liquidación de los bienes según previsiones contractuales. 1. La validez de los pactos reguladores de la unión. 2. Forma de los convenios. 3. Homologación de los convenios. 4. Duración. 5. Tipos de pactos. A) Convenio de régimen económico matrimonial de ganancialidad. B) Convenio de separación de bienes. C) Sociedad universal de ganancias. D) Sociedades mercantiles entre los unidos de hecho. E) Comunidad de bienes. III. La liquidación de los bienes en el supuesto de sociedad de hecho. 1. Existencia de aportes. 2. Participación en los beneficios y en las pérdidas. 3. La *affectio societatis*. 4. La doctrina en la sociedad de hecho no da solución a la liquidación de la vivienda en común. IV. La liquidación de los bienes en los casos de inexistencia de una sociedad de hecho. 1. La liquidación de los bienes según una comunidad de hecho. 2. De la división de los bienes muebles. 3. De la división de los bienes inmuebles. A) Jurisprudencia dictada para parejas heterosexuales aplicable analógicamente al caso. B) Jurisprudencia dictada para parejas homosexuales. 4. Principio del enriquecimiento sin causa. A) Enriquecimiento injusto del conviviente demandado. B) El empobrecimiento correlativo del conviviente. C) Relación de causalidad entre enriquecimiento y empobrecimiento. D) La falta de causa en el enriquecimiento patrimonial. V. Derecho Comparado. 1. Soluciones legislativas en el Derecho Comparado. A) Países que regulan las relaciones entre los convivientes. B) Países que no reconocen efectos a la unión. 2. Soluciones jurisprudenciales en el Derecho Comparado. A) Disolución de la unión de hecho. B) Pedido de quiebra conjunta. C) Demanda de divorcio.

I. Introducción

La finalización de la unión de hecho por causa distinta a la muerte

da origen a cuestiones jurídicas que revisten importancia tanto para los miembros de la pareja como para los terceros.

Las soluciones a los problemas dependen de la actitud y previsión que haya tomado la pareja. Distinta será la situación si sus miembros han convenido la manera en que distribuirán los bienes a la disolución de la convivencia, si han constituido una sociedad de hecho o si no han realizado ningún tipo de previsión, ni han conformado una sociedad de hecho.

Analizaremos los tres supuestos por separado.

II. La liquidación de los bienes según previsiones contractuales

En este punto abordaremos lo relativo a:

- (i) La validez genérica de los pactos entre convivientes;
- (ii) la forma en la que deben celebrarse;
- (iii) los diversos tipos de pactos;
- (iv) en especial, la imposibilidad de pactar un régimen de ganancialidad.

Sabemos que si bien en este momento no está en nuestras costumbres la celebración de pactos entre convivientes homosexuales, mientras no exista un estatuto legal que regule sus uniones será de buena práctica celebrarlos.

1. *La validez de los pactos reguladores de la unión*

En aquellos países donde no existe una regulación específica sobre las uniones de hecho las partes han comenzado a realizar contratos para regular los derechos y obligaciones durante la convivencia en sus aspectos económicos, previendo las atribuciones y compensaciones que se realizarán al momento de la disolución. También se realizan convenios cuando la unión finaliza para solucionar la liquidación patrimonial.

A los convenios patrimoniales de los convivientes se los denomina “contratos de *ménage*” o “contratos de convivencia”; en países de habla inglesa se los llama *cohabitation contracts*; en países franceses, *contracts de ménage*; en Italia, *contratti di convivenza*. Se dice

que en España tienen sus antecedentes históricos en las cartas de mancebía o compañería de los siglos XII y XIV¹.

La cuestión reside en determinar si estos pactos son válidos.

Podría pensarse que no lo son por las siguientes consideraciones:

- Por ilicitud de causa.
- Por ser contrarios al orden público.
- Porque las uniones homosexuales no pueden ser objeto de reconocimiento jurídico.

Por nuestra parte pensamos que el convenio realizado entre los convivientes homosexuales no es nulo por ilicitud de causa, ni por ser contrario al orden público, ya que las uniones homosexuales no pueden ser consideradas como un fenómeno jurídicamente condenable; ello así, los pactos resultan válidos, salvo que tuvieran como fin el pago de los servicios sexuales de otra persona.

Consideramos que las uniones homosexuales deben ser objeto de reconocimiento jurídico, ya que constituyen una opción lícita de vida realizada en la esfera de la libertad, como un modo de convivencia familiar², por lo cual es perfectamente posible su regulación contractual.

En definitiva, entendemos que en principio estos convenios son válidos sin perjuicio del alcance del contenido que los convenios pueden tener.

2. *Forma de los convenios*

Rige en esta materia la libertad de las formas y por lo tanto las convenciones pueden ser expresas o tácitas y, a su vez, las primeras podrán ser realizadas en escritura pública o privada.

La libertad de formas no se aplica cuando el pacto en cuestión requiere de una forma expresa como, por ejemplo, en el caso de una constitución societaria.

¹ OTERO, Giacomo, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 12.

² Múltiples son los precedentes jurisprudenciales en los que se ha aceptado que la unión de hecho homosexual constituye una familia. En nuestro país ha sido aceptado por el JCCom. y Minas N° 10 de Mendoza, en 1998, E. D. 180-247, donde se afirmó que la familia es principalmente convivencia en función de afectividades y lazos emocionales conjuntos y que los homosexuales constituyen una familia.

3. *Homologación de los convenios*

La homologación otorga fuerza ejecutiva al convenio (art. 500, inc. 1º del CPCCN).

Resulta aconsejable que los convenios realizados a la disolución de la unión sean presentados para su homologación para que cualquiera de las partes pueda solicitar la ejecución, porque el convenio homologado tiene la misma fuerza de ejecución que la sentencia.

4. *Duración*

En principio los pactos que tienen como base la convivencia homosexual duran mientras ésta esté vigente, pero en algunos casos puede extenderse más allá de la convivencia homosexual, como en el supuesto de constitución de sociedades o de pactos de trabajo, o de los convenios sujetos a la condición de la disolución de la unión.

5. *Tipos de pactos*

Hemos admitido que los convivientes pueden celebrar pactos que regulen los efectos patrimoniales durante la vigencia de la unión y en cuanto a su disolución.

Nos proponemos analizar qué tipos de pactos puede celebrar la pareja homosexual.

A) *Convenio de régimen económico matrimonial de ganancialidad*

Una cuestión debatida en la doctrina es si los convivientes pueden pactar que la unión homosexual se rija por las disposiciones de las sociedades gananciales que establece el Código Civil, incluso con efectos frente a terceros, con trascendencia registral en la medida necesaria para su plena efectividad.

Esta cuestión ha dado lugar a opiniones encontradas en la doctrina y en la jurisprudencia españolas. En algunos precedentes hispánicos se ha aceptado como viable el pacto de un régimen de gananciales entre dos convivientes heterosexuales de hecho. A saber.

*Sentencia de la Audiencia Provincial
de Córdoba del 21 de abril de 1986*

Se trataba de un concubinato entre un hombre y una mujer que duró largos años. Durante la vigencia de la unión concubinaria las partes adquirieron un inmueble manifestando que lo adquirirían para su sociedad de gananciales. Al fallecimiento de uno de los concubinos el sobreviviente alegó la existencia de un pacto expreso de régimen de gananciales obligatorio tanto frente a los contratantes como frente a los herederos.

La Audiencia Provincial de Córdoba consideró que: "resulta obligado concluir que el contrato objeto de esta litis no sólo es lícito sino ciertamente encomiable, dado que la finalidad del mismo no es otra que la voluntaria ordenación de los medios económicos al cumplimiento de los sagrados e ineludibles deberes que la institución familiar impone y cuyo 'reconocimiento, respeto y protección ha de informar la práctica judicial'. Por consiguiente, como lógica consecuencia de la licitud y de reunir el contrato en cuestión los requisitos prevenidos para su eficacia en el artículo 1261 del Código Civil, el mismo no sólo obliga a las partes que en él intervinieron (art. 1258, Cód. Civ.), sino también a quienes son sus herederos universales, por ser reiteradísima la jurisprudencia de nuestro Tribunal Superior para proclamar que no es lícito accionar contra los actos anteriores a quienes lo han ejercitado, ni a los sucesores universales y que tiene la consideración de actos propios del sucesor a título universal los realizados por su causante"³.

Por nuestra parte, pensamos que no resulta posible pactar la vigencia del régimen económico patrimonial de gananciales para las uniones de hecho por las siguientes consideraciones:

- Se trata de un régimen legal que presupone un matrimonio: el matrimonio es un acto formal y la unión de hecho no lo es, por lo tanto existirían dudas con respecto al momento del nacimiento del régimen.
- Imposibilidad de acceso registral: el régimen de ganancialidad

³ MERINO GUTIÉRREZ, Arturo, *Las uniones libres y su perspectiva actual. Las parejas no casadas*, en L. L. 1998-I-1109 a 1111.

tiene efectos no sólo entre las partes sino frente a terceros; para que sea oponible a terceros requiere de publicidad registral, que no se puede obtener porque ni las uniones de hecho homosexuales ni los pactos que celebren los convivientes pueden ser registrados en el Registro Civil ni en el Registro de la Propiedad Inmueble, ni tampoco en el Registro de la Propiedad del Automotor.

No obstante lo antes dicho, consideramos viable que a la ruptura de la unión las partes convengan que la liquidación de su patrimonio se realice de acuerdo a las normas de las sociedades gananciales, siempre y cuando ello no perjudique a terceros⁴.

B) *Convenio de separación de bienes*

El pacto de separación de bienes tiene como ventaja que soluciona de manera sencilla los problemas que se presentan a la disolución de la unión. Entendemos que es lícito este tipo de pacto no como un régimen patrimonial matrimonial, sino como un contrato que aclara que cada uno de los miembros de la unión mantiene la propiedad de los bienes que adquiera y no participa de los adquiridos por el otro.

C) *Sociedad universal de ganancias*

Cabe preguntarse si los convivientes pueden realizar un contrato de sociedad civil universal de ganancias. Entendemos que ello es posible pero que habrá que determinar claramente el objeto social, ya que estas sociedades tienen como fin abarcar todas las actividades de los socios y en definitiva buscan traducir al ámbito patrimonial una comunidad de vida entre ellos.

La sociedad debe tener un patrimonio común conformado por los aportes de los miembros. Se señala que en la sociedad universal de ganancias no existe una aportación inicial de capital o de bienes, a diferencia de lo que sucede en la sociedad universal de todos los bienes presentes⁵. Por otra parte, las sociedades deben tener la intención de

⁴ GALLEGO DOMÍNGUEZ, *Las parejas no casadas...* cit., p. 142.

⁵ GALLEGO DOMÍNGUEZ, ob. cit., p. 148.

un logro común partible; esta intención no se encuentra presente en la unión de hecho homosexual porque en principio los unidos de hecho no buscan lucrar con la actividad del compañero sino formar una comunidad de bienes.

Lo que se busca a través de la sociedad civil universal de ganancias es proporcionar una infraestructura patrimonial a ciertas comunidades de vida⁶.

D) *Sociedades mercantiles entre los unidos de hecho*

Es válido que los convivientes puedan constituir sociedades comerciales, pero estas sociedades comerciales no van a dar respuestas a todos los problemas que pueden existir a la disolución de la convivencia, ya que se puede hacer uso de ellas para un determinado objeto social, que no cubre todas las relaciones que se engendran en una comunidad de vida.

E) *Comunidad de bienes*

No es posible pactar una comunidad futura sobre bienes no concretos y aún no adquiridos, pero la comunidad o copropiedad puede pactarse al momento de adquirir cada cosa o derecho. Es decir, sujetando los bienes a una propiedad pro indivisa.

III. La liquidación de los bienes en el supuesto de sociedad de hecho

Cuando no se ha realizado pacto sobre la manera de disolver los bienes al momento de la finalización de la pareja es común recurrir al instituto de la sociedad de hecho para solucionar problemas.

Al respecto hay que tener en cuenta que la unión de hecho homosexual no da origen de por sí a la existencia de una sociedad de hecho, por ello quien requiera la restitución de sus bienes al otro miembro de la pareja no debe caer en el equívoco de demandar la disolución de una sociedad de hecho partiendo del error de que la sola existencia de la pareja la origina.

⁶ GALLEGO DOMÍNGUEZ, ob. cit., p. 150.

En el caso de concubinatos heterosexuales la jurisprudencia nacional y extranjera ha sido unánime en sostener que la mera existencia de la relación concubinaria no da origen a una sociedad de hecho. Esta jurisprudencia es analógicamente aplicable al caso de las uniones de hecho homosexuales.

Podemos concluir afirmando que la pareja homosexual puede constituir una sociedad de hecho, pero que ésta no surge de la mera convivencia homosexual, sino que debe ser demostrada mediante la prueba de los aportes y de la participación en las utilidades y en las pérdidas.

En el precedente “Dresler” resuelto por la sala 1ª de la Cámara Civil y Comercial de San Isidro, expresamente se afirmó que la unión de hecho homosexual no da origen de por sí a una sociedad de hecho⁷. En este caso el tribunal por el principio del *iura curia novit* definió la cuestión por los principios de división de copropiedad.

La sociedad de hecho es un contrato por el cual dos o más personas acuerdan poner en común alguna cosa con objeto de repartirse el beneficio que pueda obtenerse, y deben existir tres elementos para que se considere demostrada, ellos son:

- a) La existencia de aportes;
- b) la participación en los beneficios o en las pérdidas;
- c) la intención de celebrar un contrato de sociedad.

De lo expuesto surge que mientras no exista una actividad en común, con aportes de ambos y participación en los beneficios y en las pérdidas, no se puede pretender la devolución de los aportes o la restitución de los bienes acudiendo a la disolución de la sociedad de hecho. Así, por ejemplo, si lo que se pretende es la restitución de la mitad de los bienes muebles que conformaban el ajuar doméstico o de los aportes hechos para la compra de la vivienda en común no se debe recurrir a la acción de la disolución de la sociedad de hecho porque no existe ninguna sociedad de hecho.

A continuación analizaremos los hechos que deben probar para acreditar la existencia de una sociedad de hecho.

⁷ CCCom. de San Isidro, sala 1ª, 8-6-99, “D. J. A. c/V. V. E. y otro”, L. L. Buenos Aires del 9-10-99, p. 1072.

1. *Existencia de aportes*

La prueba de los aportes puede ser realizada por cualquier medio, y los aportes a su vez pueden ser de trabajo o de capital.

Doctrinariamente se ha señalado que en el caso de los convivientes, la aportación en industria o trabajo no puede resultar de una simple colaboración económica, ni tampoco de una relación de trabajo, de forma que uno de ellos resulte asalariado del otro, puesto que en este caso, faltando la igualdad de rango de los convivientes dentro de la sociedad, faltaría asimismo la *affectio societatis*⁸.

Por otra parte, no resulta suficiente el aporte realizado al inicio de la relación; es preciso que este aporte tenga una relación con la actividad común. Así, por ejemplo, si uno de los miembros de la pareja aporta una importante cifra de dinero para la reparación de la vivienda del otro donde se desarrollará la vida en común, no puede pretender recuperar ese dinero mediante el pedido de disolución de sociedad de hecho, ya que tal aporte no tiene como fin una actividad en común que vaya a generar pérdidas o beneficios económicos.

Lo mismo acontece con las tareas domésticas que no guardan relación de causalidad con la comunidad de trabajo originada por la sociedad de hecho, ya que el objeto de una sociedad consiste en la explotación de un negocio.

Bossert enseña que la mera compra en común, acreditando que ambas partes aportaron fondos para ello, de un inmueble en el que se asienta el hogar de la pareja no implica la intención de realizar una gestión económica asociada destinada a producir utilidad⁹.

2. *Participación en los beneficios y en las pérdidas*

Este requisito, que es de muy fácil demostración en la sociedad de hecho que no depende de la convivencia, es muy difícil de probar en la sociedad entre convivientes, porque los beneficios están por lo general afectados a la subsistencia de los socios, no se distribuyen

⁸ ESTRADA ALONSO, *Las uniones extramatrimoniales...* cit., ps. 196 y ss.

⁹ BOSSERT, Gustavo, *La prueba de la sociedad de hecho*, en E. D. 85-245, y *Bienes adquiridos por ambos concubinos*, en J. A. 1979-III-297.

durante la unión libre y sólo cuando se trata de conseguir su reparto, después de la disolución de la sociedad, es cuando se suscitan las discusiones. Las pérdidas reducen proporcionalmente el “tren de vida” de los concubinos y en esta misma proporción contribuyen cada uno¹⁰.

3. *La “affectio societatis”*

La *affectio societatis* es la intención de las partes de constituir una sociedad. Normalmente esta intención societaria surge del contrato, pero en el caso de los convivientes las más de las veces el contrato no existe. Por ende, la prueba deberá surgir de hechos externos que permitan presumir la intención de constituir una sociedad.

Se admite cualquier tipo de prueba; a título ejemplificativo podemos señalar los siguientes supuestos: cuando los fondos de comercio sean explotados por los dos convivientes (aunque los mismos figuren a nombre de uno solo); cuando los dos contribuyan con su esfuerzo a la actividad común dirigida a la construcción de un inmueble destinado a negocio (con independencia de que los préstamos solicitados para ello estén a nombre de uno solo); cuando hayan arrendado conjunta y solidariamente unos fondos de comercio o un inmueble, o bien suscriban conjuntamente una póliza de seguros o compren a los proveedores; cuando pagan juntos los impuestos; cuando colaboran sobre un pie de igualdad; explotación común de un hotel; percepción por los terceros de la calidad de asociada de la conviviente; cuando contribuyen con el trabajo al éxito de la empresa; cuando ejercen ostensiblemente el comercio juntos o registran el comercio a nombre de los dos miembros de la unión¹¹.

4. *La doctrina en la sociedad de hecho no da solución a la liquidación de la vivienda en común*

La prueba de la existencia de la sociedad de hecho tiene como efecto la partición de la misma en proporción a lo que cada socio

¹⁰ DEMAIN, Bernard, *La liquidación de bienes en las uniones de hecho*, Reus, Madrid, 1992, p. 40.

¹¹ ESTRADA ALONSO, ob. cit., ps. 198 y ss.

haya aportado, debiendo partirse por mitades los bienes comunes de la sociedad, es decir los afectados a la actividad negocial.

El problema consiste en que la disolución de la sociedad de hecho no da soluciones para dividir los bienes que componen el ajuar doméstico ni la vivienda en común. Por ello se afirma que en cuanto a la liquidación de la comunidad de vida, la doctrina de la sociedad de hecho no da soluciones y sus propios elaboradores reconocen, en consecuencia, que no resuelve todos los problemas de la liquidación del patrimonio de los compañeros¹².

IV. La liquidación de los bienes en los casos de inexistencia de una sociedad de hecho

1. La liquidación de los bienes según una comunidad de hecho

Cuando los convivientes de hecho no han constituido ningún tipo de sociedad, en algunos casos se ha admitido la existencia de la comunidad de hecho y se admite el reparto de esta comunidad en proporción a las aportaciones.

Para fundamentarlo se parte de afirmar que cuando los convivientes han vivido bajo el mismo techo en principio, sus bienes muebles e inmuebles seguirán siendo de propiedad separada de uno u otro, como los esposos con separación de bienes o dos amigos que vivan juntos; pero pueden también ser considerados como bienes indivisos de los dos, sujetos a su reparto en especie, los que hayan adquirido en común o con sus ahorros comunes o aquellos de los que no se puede probar a quién pertenece.

En nuestro Derecho no existe ningún tipo de previsión legislativa que fije el régimen de bienes de la pareja de hecho homosexual. Cuando sus miembros no han previsto cómo van a dividir su patrimonio resulta necesario determinar cuáles son los bienes cuya propiedad corresponde a los convivientes y cuáles son los que, indivisos, deben ser repartidos.

En principio, si los miembros de la unión no han previsto convencionalmente la forma de dividir sus patrimonios, ni han formado una sociedad ni se han realizado donaciones, cada uno mantiene la pro-

¹² ESTRADA ALONSO, ob. cit., p. 204.

piedad de los bienes que tenía en el momento del inicio de la vida en común y es propietario de los que adquiera con posterioridad a título gratuito y a título oneroso con dinero propio, y deberá dividir los bienes que hayan sido adquiridos con el aporte de ambos convivientes.

La diferencia entre comunidad de derecho y sociedad de hecho ha sido correctamente evidenciada en un fallo de la Cámara Nacional Civil y Comercial, sala B, dictado en un caso de pareja heterosexual aplicable analógicamente al caso con voto de la doctora Piaggi, donde se dijo:

“Si los concubinos desarrollan tareas en común asociando esfuerzos personales y/o dinero sin finalidad lucrativa, existirá una comunidad de derecho e intereses”¹³.

Las cuestiones se complican porque:

- Muchas veces no se puede probar la titularidad del dominio, sobre todo en el caso de los bienes muebles.
- Muchas veces los bienes registrables se inscriben a nombre de una de las partes y en verdad son adquiridos con dinero aportado por ambos.

2. *De la división de los bienes muebles*

La cohabitación no puede ser ignorada especialmente en el caso de la posesión. Ponemos el acento en este punto porque puede ocurrir que uno de los miembros de la pareja se retire del hogar en común y luego reclame la mitad de los bienes muebles, de las joyas o de los cuadros, de los cuales normalmente no se tiene ningún título que pruebe ni el origen de los fondos con los cuales se adquirió ni el titular de la adquisición.

Creemos que, en el caso anteriormente expuesto, quien se mantiene en la casa habitación que fuera el hogar común no podrá ampararse en la presunción de propiedad que proviene de la posesión y que surge del artículo 3412 del Código Civil. Por consiguiente, en defecto de toda prueba de la propiedad de los bienes no registrables hay que presumir que éstos fueron adquiridos por ambos.

¹³ CNCom., sala B, 18-12-98, “P. A. M. c/D. C. R. y otros”.

También es difícil determinar la propiedad del dinero o el porcentaje que le corresponde a cada uno de los miembros de la unión a la disolución.

La sala B de la Cámara Nacional Comercial de la Capital tuvo oportunidad de decir que:

“No parece irrazonable deducir que si los concubinos convivían en un inmueble cuyo dominio determinaban por mitades y ambos aportaron capital y esfuerzos para desarrollar una gestión económica con miras a obtener utilidades traducibles en dinero participando en ganancias y pérdidas, quedó probada una comunidad de bienes y en ausencia de prueba en contrario es razonable inferir que las sumas de dinero depositadas en una cuenta a nombre de ambos les pertenecían en igual proporción”¹⁴.

3. De la división de los bienes inmuebles

Para dividir los bienes inmuebles habrá que estar en primer lugar a las constancias que surjan del título; ello así, si el bien está en condominio se dividirá por las reglas de condominio.

La cuestión más difícil de resolver se presenta cuando el bien registrable se inscribe a nombre de uno de los convivientes pero es comprado con el aporte de ambos, o con fondos de quien no aparece como titular registral; en este caso el miembro no titular deberá probar tres cosas:

- El aporte económico realizado para la compra.
- La causa por la cual la inscripción registral no refleja la realidad económica que le dio origen.
- La inexistencia de *animus donandi* al entregar el dinero para la adquisición del bien.

En principio, no bastará con demostrar el aporte hecho para la compra del bien porque aun probándolo la otra parte puede alegar que se trató de una donación que su compañero le hizo, y como la donación es un contrato permitido entre las partes de una pareja, de alegarse una donación válida ésta impediría la devolución de lo aportado.

¹⁴ Ídem nota anterior.

Por ello insistimos en que hay que demostrar aunque sea a través de indicios la causa o el motivo por el cual la inscripción del bien se realizó a nombre de uno solo de los aportantes del dinero.

A) *Jurisprudencia dictada para parejas heterosexuales aplicable analógicamente al caso*

La jurisprudencia nacional registra un interesante caso resuelto por la Corte de Mendoza en un supuesto de concubinato heterosexual donde se ordenó la partición de un bien inmueble por mitades a pesar de que éste había sido inscripto registralmente a nombre de la concubina.

Se trataba de un empleado de correo que había adquirido la vivienda a través de la asociación gremial correspondiente a su empleo cuando vivía en concubinato adulterino, ya que no se encontraba divorciado.

A fin de evitar que el bien inmueble pudiera ser incluido en la disolución de la sociedad conyugal, la casa la inscribió a nombre de quien era en ese momento su concubina. Luego de más de veintidós años la pareja se separó y el hombre reclamó la mitad de los bienes pretendiendo disolver una sociedad de hecho.

La Corte de Mendoza sostuvo que no existía sociedad de hecho, pero entendió que había un condominio entre las partes. En ese precedente se tuvieron fundamentalmente en cuenta los aportes hechos por el hombre, y se valoró la imposibilidad de la mujer para comprar la casa sin el auxilio de su compañero.

Por otra parte, el superior tribunal mendocino puso de relieve que:

- (i) Originariamente el derecho al bien construido por una cooperativa era de titularidad del hombre, y que éste cedió los derechos a la mujer, quien escrituró la casa a su nombre, y concluyó que
- (ii) la causa de la inscripción a nombre de la mujer radicó en la circunstancia de que el hombre aún estaba casado¹⁵.

La doctora Kemelmajer de Carlucci –preopinante en el precedente que venimos citando– sostuvo que es admisible el condominio entre concubinos y que puede ocurrir que ambos hayan aportado para la compra de algunas cosas que luego poseyeron en común, no obstante

¹⁵ SCJ de Mendoza, sala 1ª, 15-12-89, “O., H. C. c/A. M. C.”, L. L. 1991-C-379.

que frente a los terceros aparezcan como de titularidad de uno solo¹⁶. Además sostuvo que “tratándose de bienes adquiridos a nombre de uno solo de los compañeros debe investigarse si éstos han sido comprados con fondos comunes o si, por el contrario, lo han sido con fondos que pertenecen exclusivamente a uno de ellos. En el primer caso el juez no se limitará al título de propiedad, sino que tratándose de las relaciones entre concubinos o sus sucesores universales, debe admitir toda clase de pruebas para acreditar tal cotitularidad”.

Esta solución ha sido consagrada por los superiores tribunales de países con legislación similar a la nuestra. Así, por ejemplo, la Corte Suprema de Chile ha dicho, hace ya varias décadas, que ni aun la circunstancia de tratarse de inmuebles inscriptos a nombre de uno de los concubinos impide reconocer el carácter común de la cosa¹⁷.

B) *Jurisprudencia dictada para parejas homosexuales*

Antecedentes del caso

Juan Alberto y Luis Ernesto Ramón iniciaron una unión de hecho homosexual en el año 1976 y convivieron juntos hasta el día 4 de diciembre de 1996, fecha en la cual fallece Luis Ernesto Ramón a consecuencia de sida.

Durante los veinte años de convivencia mantuvieron una comunidad de vida estable, duradera y pública, contribuyendo en forma conjunta a las necesidades mutuas.

En el proceso se probó la unión de hecho homosexual con las declaraciones de múltiples testigos, quienes dieron cuenta de la publicidad de las relaciones, de los frecuentes viajes al extranjero que realizaba la pareja, y del auxilio mutuo que se prestaban tanto en la contribución económica a las necesidades del hogar común como en la atención de las enfermedades.

Es de destacar, en lo que hace a la contribución conjunta de las

¹⁶ BOSSERT, *Régimen jurídico del concubinato* cit., N° 60; TEMPLE, Henri, *Les sociétés de fait*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1975, N° 148.

¹⁷ Octubre de 1937, sentencia citada por QUINTANILLA PÉREZ, Álvaro, *Algunas cuestiones en torno al concubinato*, en *Estudios de Derecho Civil en memoria de V. Pescio*, Universidad de Chile, Valparaíso, 1976, p. 237.

necesidades mutuas, que el señor Ernesto otorgó a Juan Alberto una extensión de su tarjeta de crédito. Los testigos afirmaron que cuando salían juntos con amigos Luis Ernesto abonaba los gastos, que se ocupaba de cocinar, que las comidas eran elaboradas, que se hacía cargo de las reparaciones de la vivienda y que abonaba los gastos que ésta producía, y que Juan Alberto cuidó a Luis Ernesto en su última enfermedad.

Durante la vigencia de la unión homosexual, ambos miembros realizaron múltiples viajes conjuntos al exterior y al interior de nuestro país (demostrado con los pasajes aéreos acompañados) y convivieron en diferentes domicilios, donde recibían correspondencia que los aludía como pareja y que fue acompañada a la causa y donde eran visitados por parientes y amigos, según se demuestra con las fotografías acompañadas.

Concretamente, la pareja habitó conjuntamente en diversos domicilios en calidad de inquilinos. Con posterioridad habitaron en la casa de Virginia (hermana del fallecido) en calidad de comodatarios hasta agosto de 1995, ya que el esposo de Virginia trabajaba en el Ministerio de Relaciones Exteriores y como estaba agregado en una embajada no vivían en el país.

Finalmente, la pareja homosexual se trasladó a vivir a un inmueble comprado con dinero aportado por los dos miembros de la unión y con \$ 30.000 prestados por la hermana del causante.

El inmueble costó \$ 82.000, de los cuales \$ 30.000 fueron abonados con dinero que había sido prestado por la hermana de Ernesto y el resto fue pagado con dinero aportado por los dos convivientes, según surge de las declaraciones unánimes de los testigos. El aporte hecho por Juan Alberto para la compra de la vivienda provino del pago de un retiro voluntario de un laboratorio y de lo obtenido en un juicio ganado.

Ante la enfermedad de Ernesto, por recomendación del médico se le practicaron análisis a fines de 1996, que dieron como resultado que era portador del virus de HIV, motivo por el cual el galeno, enterado de la relación convivencial con Juan Alberto, le recomendó la realización del test de detección del HIV, cuyo resultado demostró que también era portador del virus.

El sida produjo la muerte de Ernesto, quien fue cuidado en su última enfermedad por Juan Alberto.

Muerto Ernesto, Juan Alberto solicita a sus herederos el reconocimiento de la parte de dinero con la cual él había contribuido a la compra del inmueble que fuera escriturado a nombre de Ernesto.

Los hermanos del fallecido se negaron a reconocerle participación alguna, motivo por el cual el sobreviviente de la unión de hecho homosexual inicia un juicio en el que solicita el reconocimiento del aporte de capital para la compra del bien en cuestión; a la acción la denomina reconocimiento de sociedad de hecho y en el pleito fundamentalmente se prueba la existencia de la unión homosexual y la compra de la vivienda con el dinero de ambos.

El juez de primera instancia hizo lugar a la pretensión y consideró acreditada la existencia de la unión y de la sociedad de hecho y estimó que la actora había contribuido en la adquisición del bien inmueble.

Ambas partes apelaron el fallo. Los demandados, no conformes con la equiparación del concubinato a la unión existente entre dos hombres, entienden que no hubo sociedad de hecho, mientras que el actor considera que su porcentaje de aporte en la compra de la vivienda fue mayor que el aceptado por el sentenciante.

La sala 1ª de la Cámara Civil y Comercial de San Isidro resolvió que:

I. Las uniones de hecho homosexuales son uniones de dos personas del mismo sexo que mantienen una comunidad estable de habitación y de vida, que es conocida públicamente. Sus caracteres son la estabilidad, la publicidad, la comunidad de vida o cohabitación y la singularidad.

II. La diferencia que se advierte en el Derecho Comparado entre las uniones homosexuales y las heterosexuales radica en que las parejas heterosexuales pueden en general contraer matrimonio y acceden con mayor facilidad a la adopción (no en nuestro país) y a las técnicas de fecundación asistida, mientras que en el caso de parejas de homosexuales la igualdad sexual de sus miembros en general los imposibilita a contraer nupcias, a adoptar y a acceder a las técnicas de fecundación asistida.

III. Las diferencias entre las uniones de hecho homosexuales y

heterosexuales que justifican una disimilitud de tratamiento jurídico en orden al derecho a casarse, a adoptar, al acceso a la fecundación asistida y a la filiación no existen en los conflictos estrictamente patrimoniales suscitados al fin de la unión, por ello corresponde solucionar los problemas patrimoniales generados a la disolución de una unión homosexual aplicando las pautas dadas para la unión heterosexual y dirimir esas controversias teniendo en cuenta –por analogía– la vasta experiencia jurisprudencial existente en nuestro país en resolución de conflictos económicos motivados por la finalización del concubinato.

IV. La pareja homosexual puede constituir una sociedad de hecho, pero ésta no surge de la mera convivencia homosexual, sino que debe ser demostrada mediante la prueba de los aportes y de la participación en las utilidades y en las pérdidas (en el caso no se demostró la existencia de una sociedad de hecho).

V. Por el principio de la autonomía de la voluntad los miembros de una comunidad homosexual pueden establecer el régimen patrimonial que más les convenga para regir durante la vigencia de la unión e inclusive regular los efectos de la disolución en vida de ambos convivientes, o por causa de la muerte, siempre y cuando se respeten los principios de orden público que reglan el Derecho de Sucesiones. De no pactarse reglas que regulen las relaciones patrimoniales, se deben aplicar las pautas del Derecho común.

VI. Cuando los dos convivientes homosexuales trabajan en relación de dependencia no se puede presumir que todo lo ganado por uno de ellos (que trabajaba en dos empleos) fuera para el mantenimiento de ambos convivientes homosexuales y que lo ganado por el otro (que era el que trabajaba en un solo empleo) se empleara para comprar bienes a su nombre.

VII. Si de la prueba acompañada surge de manera indubitable el aporte en dinero de los dos convivientes para la compra del bien inmueble, que se registró a nombre de uno solo de ellos¹⁸, se debe admitir la existencia de un condominio con interposición de personas.

¹⁸ CCCom. de San Isidro, sala 1ª, 8-6-99, “D. J. A. c/V. V. E. y otro”, L. L. B. A., año 6, Nº 9, octubre 1999, y en J. A. 1999-IV-167, con nota del Dr. Jorge Azpiri, *Reflexiones sobre las cuestiones patrimoniales emergentes de una unión de hecho homosexual* cit.

4. Principio del enriquecimiento sin causa

Cuando no se puede probar la existencia de una sociedad de hecho ni una comunidad se busca solucionar los problemas económicos suscitados por el fin de la unión recurriendo al principio del enriquecimiento sin causa.

Uno de los principios generales del Derecho radica en que “nadie debe enriquecerse injustamente a costa de otro”.

La cuestión reside en determinar si se puede alegar el enriquecimiento sin causa para reclamar al ex conviviente la restitución de bienes o el aporte en dinero.

Si una de las partes demuestra haberse empobrecido sin justa causa y al mismo tiempo prueba el enriquecimiento de su ex compañero, la acción *in rem verso* funcionará.

Lo que ocurre es que la prueba del empobrecimiento es muy difícil ya que no bastará con que uno de los dos miembros aparezca como más rico que el otro, porque *quien no fue el artífice de la riqueza no puede reclamar parte de ella si no demuestra que por su parte ha sufrido un perjuicio*.

Además hay que tener en cuenta que la acción *in rem verso* es siempre subsidiaria y su ejercicio es rechazado, ya sea porque el reclamante puede ejercer otra acción o porque no puede utilizarla por no reunir todos los requisitos exigidos o porque la ha perdido¹⁹.

Por tratarse de una acción subsidiaria ésta no puede ser ejercida cuando es posible la acción derivada del contrato de trabajo, ya que en teoría nada se opone a su validez, o bien incluso la acción pro socio al haber aportado el homosexual su actividad a una sociedad.

De lo expuesto se deduce que uno de los convivientes no podría alegar el enriquecimiento ilícito manifestando que trabajó para su compañero o que trabajó en la empresa de su compañero y que éste se

¹⁹ La subsidiariedad de la acción es criticada en la doctrina española porque sólo se justifica si se entiende la acción como una acción de equidad o una acción moral. Ver ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio, *El enriquecimiento sin causa*, Comares, Granada, España, 1989, p. 108; DÍEZ-PICAZO, Luis, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Cívitas, Madrid, 1991, ps. 39 y ss.

benefició con su trabajo mientras que, por su parte, se ha empobrecido porque sus servicios no le fueron remunerados.

En este supuesto lo que debe intentarse son las acciones derivadas del contrato de trabajo.

Para que funcione la teoría del enriquecimiento sin causa habrá que probar:

- a) Un enriquecimiento injusto del conviviente demandado;
- b) el empobrecimiento correlativo del conviviente demandante;
- c) la relación de causalidad entre enriquecimiento y empobrecimiento correlativo, y
- d) la falta de causa en el enriquecimiento patrimonial.

A) *Enriquecimiento injusto del conviviente demandado*

Muchas veces uno de los miembros de la pareja realiza las tareas domésticas o cuida a los hijos propios o a los de su compañero, mientras que el otro trabaja fuera del hogar y aporta lo necesario para la subsistencia del primero.

En estos casos, quien trabaja en el hogar puede alegar que se ha producido un enriquecimiento porque el compañero se ha visto beneficiado con la actividad no remunerada del otro conviviente o remunerada insuficientemente.

En general se ha rechazado la acción *in rem verso* cuando está basada en la contribución al hogar o en los aportes de los trabajos domésticos, porque se estima que estas actividades están suficientemente compensadas con el mantenimiento que le procura la otra parte²⁰.

En las modernas legislaciones se admite la compensación al momento de la disolución de las tareas no remuneradas o insuficientemente remuneradas. Así, la ley de Cataluña expresamente dispone que cuando la convivencia cesa en vida de ambos convivientes homosexuales, aquel que sin retribución o con una retribución insuficiente haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente tiene derecho a recibir una compensación económica en caso de que

²⁰ ESTRADA ALONSO, ob. cit., p. 225.

se haya generado por este motivo una desigualdad entre el patrimonio de ambos que implique un enriquecimiento injusto²¹.

Similares disposiciones tienen las leyes de Aragón y de Navarra.

B) *El empobrecimiento correlativo del conviviente*

La existencia de un enriquecimiento por parte de una persona no basta para hacer lugar a la *actio de rem in verso*, es necesario además que exista una pérdida o empobrecimiento del otro.

El empobrecimiento deviene de haber prestado servicios sin retribución o de haber aportado bienes sin ánimo de donarlos.

C) *Relación de causalidad entre enriquecimiento y empobrecimiento*

Debe existir una relación causal entre ganancias de uno y pérdidas del otro para que prospere la acción.

D) *La falta de causa en el enriquecimiento patrimonial*²²

Éste es el punto más discutido para que prospere la acción porque la causa del empobrecimiento puede ser el *animus donandi* y ya hemos dicho que el contrato de donación es uno de los contratos permitidos entre los miembros de la pareja.

La causa del empobrecimiento también puede estar en la contraprestación que le ha sido proporcionada por el enriquecido.

A pesar de la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento sin causa y de la dificultad de probar la falta de causa en el enriquecimiento patrimonial, la institución del enriquecimiento injusto se presenta como un instrumento válido al que se puede acudir para resolver los problemas patrimoniales surgidos a la disolución de la unión cuando no exista ningún tipo de acción y cuando motivos de equidad justifiquen su utilización.

²¹ Para un análisis más detallado de la ley ver MEDINA, Graciela, *Personas, familia y sucesiones*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 22, sección Derecho Comparado, p. 551.

²² DíEZ-PICAZO, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa* cit., ps. 39 y ss.

V. Derecho Comparado

1. Soluciones legislativas en el Derecho Comparado

A) Países que regulan las relaciones entre los convivientes

Francia²³

En cuanto a la regulación patrimonial de los bienes de la pareja, la ley de PACS dispone que:

Artículo 515-5 – Los socios de un pacto civil de solidaridad deben indicar, en la convención autenticada de acuerdo al tercer párrafo del artículo 515-3, si ellos acuerdan someterse al régimen de indivisión de muebles mobiliarios que adquirirán a título oneroso con posterioridad a la celebración del pacto. A falta de ello, estos muebles se presumen indivisos por mitades. Lo mismo ocurre cuando la fecha de adquisición de estos bienes no puede ser establecida.

Los otros bienes de los cuales los socios se convierten en propietarios a título oneroso con posterioridad a la celebración del pacto se presumen indivisos por mitades si el acto de adquisición o de suscripción no dispone algo distinto.

El Consejo ha aclarado que la presunción de indivisión puede ser dejada de lado por la voluntad de los celebrantes²⁴.

Según la norma antes transcrita, quienes celebran un PAC pueden indicar si entienden someter al régimen de indivisión los muebles de la vivienda que adquieran a título oneroso tras la celebración del pacto. Si no se realiza esta disposición la ley presume que se los ha adquirido en copropiedad por partes iguales; esta presunción también se aplica cuando no se pueda establecer la fecha de la adquisición.

Según el último párrafo del artículo 515-5, los demás bienes que adquieren los convivientes que hubieran celebrado un PAC se presumen indivisos si en el acto de constitución no hubieran dispuesto otra cosa. Señala Belluscio que la norma no es clara, especialmente

²³ Para un análisis más detallado de la ley francesa ver MEDINA, *Personas, familia y sucesiones* cit., p. 552.

²⁴ *La Semaine Juridique* del 24-11-99, III-20.173.

respecto de las adquisiciones de inmuebles: “¿disponer otra cosa significará que el adquirente debe manifestar expresamente que no adquiere en indivisión, es decir calificar al bien de personal, o será suficiente con que adquiera a su solo nombre? La prudencia aconseja la manifestación expresa, ya que en caso de omisión o de juzgarse insuficiente el segundo término de la alternativa, no existe la posibilidad –que se da en el régimen patrimonial– ni de demostrar el origen de los fondos empleados en la adquisición para que opere la subrogación real, ni la de hacer valer las recompensas. Por otra parte, hay bienes que no se adquieren por un acto jurídico sino por su creación: tal es el caso de las obras intelectuales o artísticas, o aun de un fondo de comercio: ¿cómo establecer en esos casos la propiedad exclusiva?”²⁵

Asimismo, la existencia de PAC's genera varias consecuencias impositivas, entre ellas que los socios tributan conjuntamente para el impuesto a las ganancias y tributan menos para la transmisión gratuita de bienes y las donaciones.

El artículo 517-7, inciso 4º establece: “4º. Los socios mismos deben proceder a la liquidación de los derechos y obligaciones que para ellos resulten del pacto civil de solidaridad. A falta de acuerdo, el juez debe resolver sobre las consecuencias patrimoniales de la ruptura, sin perjuicio de la reparación del daño eventualmente sufrido”.

Por otra parte, el artículo 515-6 establece que las disposiciones del artículo 832 (que se refieren a la partición de herencias) son aplicables entre socios de un pacto civil de solidaridad en caso de disolución de éste, a excepción de aquellas relativas a todo o parte de una explotación agrícola, como también a una cuota parte indivisa o a las partes sociales de esta explotación.

Según el Consejo Constitucional, debe reputarse no escrita toda cláusula del pacto que prohíba el ejercicio del derecho a obtener esa reparación, que entiende que existe en todo caso de ruptura uni-

²⁵ BELLUSCIO, Augusto C., *El concubinato y el pacto civil de solidaridad en el Derecho francés*, en L. L. del 2-6-2000; conf. en cuanto al concubinato adulterino, BEIGNIER, Bernard, *Aspects civils*, en revista *Droit de la Famille*, diciembre de 1999, p. 33.

lateral, incluso en la derivada del matrimonio, ya que no puede excluirse la regla básica del artículo 1382 del Código Civil que obliga a reparar el daño causado por culpa; ello abre la puerta al examen de la culpa en la ruptura. De todos modos, es impreciso el alcance de las “consecuencias patrimoniales de la ruptura”, lo que lleva a preguntarse si están comprendidas las consecuencias financieras, es decir, si por razones de equidad pueden ser otorgadas prestaciones compensatorias como en el caso de la disolución del matrimonio por divorcio²⁶.

España

Ley de Cataluña

La ley de Cataluña prevé que las uniones estables se extinguen por las siguientes causas:

- a) Por común acuerdo;
- b) por voluntad de uno de los miembros de la pareja;
- c) por defunción de uno de los miembros de la pareja;
- d) por separación de hecho por más de un año, y
- e) por matrimonio de uno de los integrantes.

En cualquiera de estos casos, los dos miembros de la pareja estarán obligados, no necesariamente de manera conjunta, a dejar sin efecto la escritura pública que se haya constituido.

Asimismo, la ley establece que cuando la convivencia cesa en vida de ambos convivientes, aquel que sin retribución o sin una retribución suficiente haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente tendrá derecho a recibir una compensación económica en caso de que se haya generado por este motivo una desigualdad entre el patrimonio de ambos que implique un enriquecimiento injusto. La parte legitimada para efectuar el reclamo cuenta con un año para hacerlo. La parte obligada posee un plazo de tres años para abonarlo en efectivo, y a menos que el juez autorice por razones justificadas su pago en especie.

²⁶ BELLUSCIO, *El concubinato...* cit., p. 3.

Ley de Aragón

La pareja estable puede pactar sus derechos y obligaciones, y puede convenir los efectos económicos de la disolución en defecto de pacto. La ley prevé, ante la extinción de la pareja estable en vida, una compensación económica a favor de aquel de los convivientes que:

- a) Contribuyere económicamente o con su trabajo a la adquisición o mejora de cualquiera de los bienes comunes o privativos del otro miembro de la pareja estable no casada, y
- b) sin retribución o con retribución insuficiente se haya dedicado al hogar o a los hijos comunes del otro conviviente o haya trabajado para éste.

Ley de Navarra

La ley de Navarra establece en su artículo 4.5 que: “En defecto de pacto, cuando la convivencia cesa en vida de los otros convivientes, aquel que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente, tiene derecho a recibir una compensación económica en caso de que se haya generado por este motivo una situación de desigualdad entre el patrimonio de ambos que implique un enriquecimiento injusto”.

Nuevo artículo: “Reclamación de pensión periódica y de compensación económica.

”1. La reclamación de los derechos a que hacen referencia los apartados 4 y 5 del artículo anterior debe formularse en el plazo de un año a contar desde el cese de la convivencia”.

Ponemos de resalto que la ley de Navarra otorga una compensación cuando haya existido un enriquecimiento injusto de uno de los convivientes y que los convivientes pueden convenir cuál será la compensación económica que se otorgarán en el supuesto de disolución de la pareja, respetando, en todo caso, los derechos mínimos contemplados en la ley foral, los cuales son irrenunciables hasta el momento en que son exigibles.

Dinamarca

En el año 1989 se sancionó la Ley 372 sobre el Registro de las

Parejas que establece que dos personas del mismo sexo podrán tener registrada su relación de pareja y obtener similares derechos y obligaciones que rigen un matrimonio²⁷. En este país la disolución de la unión homosexual no presenta problemas porque se rige por las reglas establecidas para los cónyuges.

Noruega

En 1993 se dictó una ley de parejas que permite que dos personas del mismo sexo registren su unión, con las mismas consecuencias legales en materia patrimonial que un matrimonio.

Al igual que en Dinamarca, las uniones homosexuales que se disuelven se rigen en lo pertinente por el estatuto de las personas casadas.

Holanda

El 19 de diciembre de 2000, la Cámara Alta del Parlamento holandés aprobó un proyecto que permite que las personas del mismo sexo contraigan matrimonio. La ley, conocida como Bill 26.672, entró en vigencia a partir de enero de 2001, y las parejas homosexuales podrán acceder a la institución del matrimonio, estén ellas registradas o no, y obtener los mismos derechos que tienen los matrimonios heterosexuales.

En la actualidad, en Holanda las parejas del mismo o de distinto sexo tienen la posibilidad de registrar su unión gracias a la Ley de Parejas Registradas, y el derecho a casarse gracias a la nueva ley. Sin embargo, la pareja registrada no posee los mismos efectos que un matrimonio.

En agosto de 1999 el gobierno holandés sacó un comunicado²⁸ en donde explicaba el significado que la nueva legislación tendría para las parejas del mismo sexo. Básicamente el informe daba cuenta de las similitudes y de las diferencias existentes entre el matrimonio y el registro de parejas. A modo de ejemplo, explicaba que si una pareja

²⁷ Para un análisis más detallado de la ley de Dinamarca ver MEDINA, *Informe de Derecho Comparado sobre la situación legislativa mundial en relación con los homosexuales* cit., p. 522.

²⁸ Augustus 1999/F&A JUS000600, *Same-sex couples to be able to marry*, Parliamentary paper 26.672, en www.minjust.nl.

de homosexuales decidía casarse tenía que tener presente que su unión estaría sujeta a las formalidades matrimoniales tanto en lo que concierne a la celebración como a la disolución y a las consecuencias del matrimonio: si luego quisieran divorciarse tendrían que acudir a una Corte, al tiempo que tendrían la obligación de mantener a su esposo/a como lo hacen los ex esposos bajo el régimen holandés.

*Suecia*²⁹

El legislador sueco reguló la cohabitación extramatrimonial en la Ley 1987:232 del Hogar Común de Cohabitanes Extramatrimoniales. Con ella se buscó evitar la creación de un “matrimonio de segunda clase” y ofrecer una forma legalmente regulada para solucionar los conflictos que puedan surgir de la cohabitación entre parejas no casadas. La ley sueca protege a la parte más débil para el caso de disolución de la unión y regula exclusivamente lo que ha de hacerse con la vivienda y enseres comunes; no regula la situación del resto de los bienes. Vale aclarar que la ley distingue entre parejas registradas y aquellas que no lo son. Estas últimas son asimiladas al concubinato.

Islandia

A principios del año 2000 el Parlamento islandés aprobó una Ley de Registro de Uniones de Parejas. A partir de su entrada en vigencia las parejas registradas tienen los mismos derechos y obligaciones que un matrimonio, incluyendo los derechos sucesorios, patrimoniales, impositivos y en materia de seguros de vida.

Una pareja registrada en Islandia puede terminar por la muerte de uno de sus miembros, por cancelación o por divorcio. Todas las disposiciones concernientes a la disolución de la relación matrimonial previstas en la Ley de Matrimonios son también aplicables a la disolución de la unión. Si la pareja fue reconocida en Islandia los tribunales de familia locales serán competentes para entender en la disolución.

²⁹ MEDINA, *Informe de Derecho Comparado sobre la situación legislativa mundial en relación con los homosexuales* cit., p. 524.

Hungría

En 1996 Hungría aprobó una ley aplicable tanto a las parejas de hecho heterosexuales como a las homosexuales. Posteriormente, el Parlamento revisó la Ley de Cohabitación, a fin de que las parejas homosexuales pudieran tener derecho a los mismos beneficios económicos y patrimoniales que otorga el matrimonio.

Canadá

Enmienda de Ontario

Luego del caso "M. vs. H."³⁰, el gobierno de Ontario introdujo cambios en numerosas leyes locales. Su respuesta más directa frente al precedente citado consistió en agregar una nueva categoría, la de "compañero del mismo sexo", en vez de expandir la definición de "esposo", como muchos esperaban. La distinción no es superficial, atento a que esta conducta pone en duda la aplicación de algunas normas que sí se aplican a las parejas heterosexuales.

Winfred Holland³¹ señala que esta enmienda permitió que en poco tiempo las parejas homosexuales alcanzaran en cuanto a efectos y derechos a las heterosexuales. Con la nueva enmienda las parejas del mismo sexo están cubiertas por las regulaciones de contratos domésticos, pensiones, alimentos y reclamo de daños. Sin embargo, han quedado excluidas de la Parte I y II de la Ley de Familia. Las consecuencias de dicha exclusión no son menores. Si bien tanto las parejas homosexuales como las heterosexuales están cubiertas por los principios del enriquecimiento sin causa y poseen similares derechos patrimoniales, la utilización de la Ley de Familia brinda algunas ventajas. La legislación patrimonial relativa al matrimonio presume la contribución de los cónyuges en la adquisición de los bienes que adquieren durante el matrimonio. En cambio, aquellos que buscan un remedio a través del enriquecimiento sin causa deben probar que ha existido un enri-

³⁰ "M. vs. H." (1999) 2 S. C. R. 3, 46 RFL (4th) 32.

³¹ HOLLAND, Winfred, *Intimate relationships in the new millenium: The assimilation of marriage and cohabitation?*, en *Canadian Journal of Family Law* N° 114, 2000.

quecimiento, una privación proporcional y la ausencia de una causa justificatoria del enriquecimiento. El cohabitante, además, tendrá por lo común dificultades para acceder a ciertos bienes, tales como acciones societarias u otras inversiones financieras³².

Asimismo, ni las parejas heterosexuales ni las homosexuales tienen derecho a los derechos posesorios relacionados con la vivienda matrimonial.

Ley de Nueva Escocia

Esta ley, que entró en vigor el 4 de junio de 2001, surgió para cumplir con ciertas decisiones judiciales y para modernizar y reformar las leyes de la Provincia de Nueva Escocia. La ley 75 introduce modificaciones en varias leyes, equiparando a las parejas homosexuales que registran su unión a los matrimonios. Así, la pareja doméstica finaliza cuando:

- a) Las partes presentan una declaración ante el Registro señalando su intención de terminar la pareja;
- b) las partes viven separadas por un lapso mayor a un año, y ambas tienen la intención de terminar la relación;
- c) uno de los miembros de la pareja contrae matrimonio con otra persona;
- d) las partes realizan un acuerdo privado en el que establecen que ya no son pareja.

Cuando las partes deciden ponerle fin a su unión (al igual que cuando deciden unirse) están sujetas a los mismos derechos y obligaciones que los esposos.

Estados Unidos

Ley de Vermont

En marzo de 2000 el Estado de Vermont sancionó la Ley de Uniones Civiles, que permite que las parejas estables homosexuales registren su unión, obteniendo los mismos derechos y obligaciones que los matrimonios, en lo que respecta a las leyes estatales. Entre esos beneficios y

³² HOLLAND, ob. cit.

responsabilidades se encuentran los relativos al título, tenencia, transferencia entre vivos o por causa de muerte³³. Las partes de la unión civil pueden modificar los términos y condiciones de su régimen patrimonial igual que las personas casadas pueden modificar sus contratos prenupciales.

La disolución de la unión debe realizarse bajo el mismo procedimiento que la disolución de un matrimonio, y los tribunales de familia están legitimados para entender en ella. La disolución, además, tendrá los mismos derechos subjetivos y obligaciones que los otorgados en la disolución del matrimonio, inclusive los relativos a la residencia.

Australia

En Australia existen leyes que regulan tanto a nivel estatal como federal en materia de relaciones entre convivientes y los efectos de la ruptura de la unión. Hasta hace muy poco estas leyes sólo eran aplicables a parejas heterosexuales. Sin embargo, a partir de julio de 1999, por medio de la sanción de la enmienda a la Ley de Efectos Patrimoniales de las Parejas, varias de estas disposiciones se extendieron a las parejas homosexuales. Algunos consideran que esta enmienda facilitó la sanción de las leyes más liberales que hasta ahora se han promulgado en Australia. Esta enmienda no sólo da un nuevo marco regulatorio frente a la ruptura de la pareja homosexual, sino que además permite que las transferencias de bienes entre los miembros de la unión estén exentas del impuesto a las transferencias al igual que las que se llevan a cabo entre cónyuges.

Desde principios de la década de los '90 las parejas heterosexuales eran tratadas como si estuvieran casadas en lo que concierne a los derechos hereditarios, compensación por accidentes y empleo. Sin embargo, ninguna jurisdicción australiana contemplaba la posibilidad de que las parejas hetero u homosexuales contaran con un régimen de distribución o alteración de sus intereses patrimoniales³⁴.

³³ Para un análisis más detallado de la ley de Vermont ver MEDINA, *Informe de Derecho Comparado sobre la situación legislativa mundial en relación con los homosexuales* cit., p. 527.

³⁴ GRAYCAR, Reg and MILLBANK, Jenni, *Symposium: The bride wore pink... to the property (relationships) legislation Amendment Act 1999: relationships law reform in New South Wales*.

En 1994 el Territorio Capital australiano se convirtió en la primera jurisdicción en promulgar un régimen de división de bienes aplicable a las parejas homosexuales, sea que cohabitaban o no. En el año 1998 la Comisión de Reforma Legal introdujo un proyecto de ley que recién fue promulgado en 1999. Esta nueva propuesta reglamentó, como hemos visto, un régimen de división de bienes para parejas de facto. En junio de 1999 el Parlamento incluía dentro de la definición de esposos a los miembros de las parejas de hecho homosexuales. Con la introducción de esta enmienda varias leyes debieron adaptarse de manera tal que los homosexuales pudieran hacer uso de ellas. Una de las enmiendas fue la Ley de Efectos Patrimoniales (de las parejas) de 1984, con lo que ante una ruptura de la pareja homosexual, aquel miembro de la pareja que no puede mantenerse por sí mismo está legitimado para reclamar una pensión alimenticia.

*Queensland*³⁵

El 9 de diciembre de 1999 las lesbianas y los *gays* de Queensland ganaron una larga batalla, cuando el Parlamento local promulgó una ley que permite que las parejas hetero u homosexuales resuelvan los conflictos patrimoniales que pueden surgir cuando una relación de más de dos años de antigüedad llega a su fin. Con anterioridad a esta ley, las parejas podían obtener una solución acudiendo a la justicia. Sin embargo, los procesos tendían a ser largos, costosos y muchas veces prohibitivos debido a su complejidad.

Nueva Zelanda

El 21 de noviembre de 2000 el Parlamento de Nueva Zelanda aprobó una Ley de Propiedad por la que las parejas homosexuales, que hayan mantenido una relación por más de tres años, adquieren legitimación para recurrir a los tribunales en búsqueda de la división patrimonial o de la disolución de la sociedad tal como lo hacen los matrimonios. Paralelamente, el Parlamento promulgó una enmienda adicional que incluyó en la Ley de Propiedad a los concubinatos heterosexuales. Las parejas

³⁵ *Sydney Star Observer* N° 487, del 16-12-99, p. 3. Iain Clacher, www.gaylaw-net.com.

domésticas tienen la opción de crear sus propios acuerdos prenupciales (equivalentes) para determinar el reparto de sus bienes si es que no desean la solución judicial *standard*, es decir 50% y 50%. La nueva ley condiciona la discreción judicial al incluir como patrón a tener en cuenta a la hora de resolver la distribución patrimonial la duración de la relación, la naturaleza y extensión de la residencia, la existencia o no de una relación sexual, el grado de dependencia financiera, el grado de compromiso mutuo, el cuidado y la manutención de los hijos.

B) Países que no reconocen efectos a la unión

En este apartado analizaremos de qué manera las parejas homosexuales reaccionan ante la ausencia de legislación que reglamente sus disputas patrimoniales.

Cuando un hombre y una mujer contraen matrimonio adoptan un régimen que regulará las relaciones patrimoniales entre los contrayentes, y entre ellos y terceros. Dependiendo del ordenamiento en donde se celebre el matrimonio, los contrayentes podrán elegir o no el régimen al que someterán la regulación de la propiedad y administración de los bienes que cada cónyuge aporta al contraer matrimonio, de los que adquieran con posterioridad, de la contribución al sustento de la familia y de la medida de la responsabilidad de los esposos por las obligaciones contraídas a favor de terceros³⁶. Los gays y las lesbianas no siempre pueden adquirir un régimen patrimonial por medio del casamiento o del registro de su unión. Generalmente esos casos son la excepción, por lo que las parejas homosexuales recurren a otras formas alternativas de regulación patrimonial.

Sostiene Winfred Holland³⁷ que el reconocimiento de la cohabitación homosexual ha sido lento. En un principio era incierto que las parejas homosexuales pudieran regular su relación utilizando “acuerdos” o “contratos” de cohabitación. Sin embargo, la situación comenzó a volverse más clara cuando se adoptaron diversas medidas para paliar la discriminación sobre la base de la orientación sexual en los códigos de derechos humanos.

³⁶ BELLUSCIO, *Manual de Derecho de Familia* cit., t. II, p. 3.

³⁷ HOLLAND, ob. cit.

Las parejas homosexuales pueden reglar sus responsabilidades y derechos por medio de acuerdos, que para muchos son una potencial fuente de litigios judiciales. Señala el señor juez David Malcom³⁸ que los tribunales, a la hora de resolver disputas patrimoniales entre cónyuges, suelen evaluar:

- a) La contribución financiera directa o indirecta que cada una de las partes realizó para adquirir, conservar o mejorar cualquier parte del patrimonio;
- b) la contribución (no sólo financiera) directa o indirecta que cada una de las partes realizó para adquirir, conservar o mejorar cualquier parte del patrimonio;
- c) la contribución que cada una de las partes efectuó para el bienestar de la familia que ambos constituían.

Asimismo, se suele evaluar la edad, la salud, el ingreso, el patrimonio, los recursos financieros y la capacidad socioeconómica de las partes.

A modo de ejemplo, bajo la Ley de Familia de Australia³⁹, los intereses patrimoniales de una pareja podrían sufrir alteraciones en su patrimonio sobre la base de las contribuciones que las partes hubieran realizado, ya sean financieras o no, y sobre la base de los medios y necesidades presentes o futuras, independientemente de cualquier contribución a esa propiedad.

Asimismo, los tribunales del *common law* deciden de acuerdo a principios legales y de equidad. En cuestiones de división patrimonial, usualmente se emplean dos principios:

- 1) El *resulting trust*, y
- 2) el *constructive trust*.

El *resulting* surge cuando el título legal de una propiedad cae sobre una persona distinta a la que aportó el dinero para adquirirlo. Ya sea que el bien esté a nombre de uno de los miembros de la pareja o de

³⁸ The Hon Mr. Justice David Malcolm AC, Chief Justice of Western Australia, *Same sex couples: Equity's response*, en *E-Law Murdoch University Electronic Journal of Law*, vol. 3, N° 3, september 1996.

³⁹ Para ver el desarrollo jurisprudencial australiano en materia de división patrimonial de parejas hetero y homosexuales, consultar The Hon Mr. Justice David Malcolm AC cit.

los dos, existe una presunción de que la parte que aportó el dinero no lo hizo con la intención de beneficiarlo, sino que tan sólo le confió el bien. Cuando el bien está registrado a nombre de uno de los miembros de la pareja, pero ambos contribuyeron con el precio, existe una presunción legal de que se realizó un *resulting trust* a favor de la otra parte. Cuando, por el contrario, está registrado a nombre de los dos, la presunción legal reza que el bien es de propiedad conjunta y que ambos se han confiado el bien en la proporción que cada uno aportó.

El *constructive* (o forzoso), a diferencia del anterior, es un principio impuesto por los tribunales independientemente de las intenciones presuntas o actuales de las partes. Los tribunales australianos aplican los principios mencionados tanto sobre las parejas heterosexuales como sobre las homosexuales.

En los Estados Unidos esta doctrina surgió en la sentencia del Tribunal Supremo de California en el caso "Marvin vs. Marvin", en el que la concubina reclamaba al célebre actor Lee Marvin una parte de su patrimonio.

En este precedente, el actor Lee Marvin había convivido con Michele Triola, quien incluso llegó a cambiar su apellido por el de su conviviente y abandonó su carrera de cantante para dedicarse al actor. Rota la unión de hecho el actor pagó a su ex conviviente una pensión durante diecinueve meses, tras los cuales dejó de hacerlo, motivo por el cual Michele recurrió a los tribunales alegando la existencia de un convenio verbal con el demandado y reclamando la mitad del patrimonio adquirido durante la convivencia. En primera y en segunda instancia su pretensión fue rechazada, pero el Tribunal Supremo de California apartándose de toda la tradición admitió los reclamos de la actora, en ausencia de contrato expreso, porque consideró que del comportamiento de las partes podía inferirse implícitamente la intención de compartir la utilidad producida durante la convivencia.

En definitiva, "se trata de valorar y reconocer de alguna manera los servicios prestados durante el tiempo que duró la relación a aquella parte de la misma que pudo resultar menos favorecida con la ruptura y partición de bienes"⁴⁰.

⁴⁰ ESTRADA ALONSO, ob. cit., p. 192.

Los remedios propios de los sistemas anglosajones resultan difíciles de aplicar en nuestro sistema porque parten de una serie de categorías y conceptos que no son propios de nuestro sistema continental codificado⁴¹.

2. Soluciones jurisprudenciales en el Derecho Comparado

A) Disolución de la unión de hecho

*“Anderson vs. Luoma”*⁴²

La pareja que constituían las señoras Anderson y Luoma tenía una antigüedad de diez años cuando llegó a su fin. La señora Luoma había adquirido tres propiedades con anterioridad a la relación: una vivienda en Wellington, otra en Richmond y una tercera en la Península Sechelt. La pareja residía en la vivienda de Wellington. Ésta había sido adquirida mediante un préstamo bancario que fue cancelado nueve años después de comenzada la relación. Los pagos se hacían por medio de una cuenta conjunta. Lo mismo sucedió con la propiedad de Richmond. La de la Península de Sechelt, en cambio, fue cancelada a través de recibos laborales. Antes de que la relación llegara a su fin, la pareja refaccionó la vivienda de Wellington a un costo de \$ 50.000. Dicho importe fue afrontado de la siguiente manera: \$ 10.000 provenían de la cuenta conjunta, \$ 30.000 de un préstamo personal que había solicitado la señora Luoma y \$ 10.000 que les había prestado el padre de la señora Anderson. Ambos préstamos fueron cancelados desde la cuenta bancaria conjunta.

Afirma el señor juez David Malcom que durante el tiempo que duró la relación, la señora Anderson a veces trabajaba como empleada y otras tantas se ocupaba de la casa y de los niños, fruto de un procedimiento de inseminación artificial. Estimó que en el transcurso de la relación la señora Anderson contribuyó a la cuenta común con \$ 80.000.

Evaluando las pruebas aportadas, el sentenciante aplicó el principio del *constructive trust* –analizado anteriormente–, concluyendo que la señora Anderson merecía la mitad de la propiedad de Wellington y 20% de la propiedad de Sechelt. En cuanto a la propiedad de Richmond,

⁴¹ GALLEGO DOMÍNGUEZ, ob. cit., p. 228.

⁴² “Anderson vs. Luoma” (1986) 50 RFL 127 at 151.

el sentenciante afirmó que nada de ella correspondía a la señora Anderson, debido a que el bien había sido adquirido con anterioridad al inicio de la relación y no había requerido ningún recurso de la cuenta bancaria conjunta.

Explica el señor juez David Malcom que el sentenciante aplicó el *standard* sentado en el precedente “Pettkus vs. Becker”⁴³, en donde se sostuvo que para aplicar el principio del *constructive trust* se debían cumplir tres requisitos:

- 1) Enriquecimiento;
- 2) una privación correlativa, y
- 3) la falta de justificativo (tal como un contrato) para tal enriquecimiento.

En “Anderson vs. Luoma” el tribunal encontró que la contribución de la señora Anderson era significativa y que era evidente que la señora Luoma había recibido el beneficio de su trabajo.

“Small vs. Harper”⁴⁴

El caso en cuestión obedeció a la ruptura de la pareja que conformaban las señoritas Small y Harper. La demanda fue iniciada por Small, quien sostenía que ella y la demandada habían realizado un acuerdo verbal para adquirir una residencia familiar por la suma de \$ 17.360 y para compartir todos los gastos derivados de la adquisición. Aunque afirmó que también habían resuelto, por razones de conveniencia, inscribir el bien a nombre de la demandada. En la demanda, la señora Small también reclamaba su porción patrimonial sobre otros bienes compartidos, alegando que había sido injustamente excluida de ellos. Subsidiariamente, la demandante solicitó que la relación fuese entendida como una serie de *joint venture*.

La demandada, por su parte, expresó que se habían convertido en amantes homosexuales por pocos meses, aun antes de que ella se separara de su marido en julio de 1965.

Si bien el tribunal reenvió el caso para un nuevo juicio, en un *obiter dictum* expresó que no existían consideraciones de política

⁴³ “Pettkus vs. Becker” (1980) 117 DLR (3d) 257 at 274.

⁴⁴ “Small vs. Harper”, Court of Appeals of Texas, 1st D. Houston, 1982.

pública del Estado de Texas que impidieran que la apelante recuperara las porciones patrimoniales que reclamaba.

*“Ireland vs. Flanagan”*⁴⁵

La demandante se presentó ante los tribunales de apelaciones de Oregon reclamando el 50% de la vivienda que se encontraba a nombre de la demandada y que habían ocupado durante su convivencia. Asimismo, reclamaba un canon locativo por el tiempo en que su ex pareja había residido en la vivienda desde la separación. El tribunal resaltó el hecho de que el caso presentaba una contienda aguda en lo que hacía al arreglo financiero de las partes.

La accionante en la audiencia oral explicó cuál era el arreglo que mantenía con su compañera: “todo lo mío era de ella, y todo lo que ella tenía era mío. Esto incluía al dinero, a los autos, a los muebles y cualquier otra cosa que adquiriéramos”. Relató, además, que para pagar la cuota inicial de la casa la demandada había tomado un préstamo de una unión crediticia por \$ 5.000 y que ella había vendido su auto por \$ 2.000. Sostuvo que en un principio habían planificado adquirir la propiedad conjuntamente, pero que luego creyeron que era más conveniente, desde el punto de vista impositivo, que figurara la señora Flanagan como titular, y que en cualquier caso, más adelante, lo inscribirían a nombre de las dos. Numerosos testigos, incluyendo al agente inmobiliario que preparó los documentos para la venta de la casa, afirmaron que las partes habían adquirido la propiedad conjuntamente. Incluso, muchos de ellos aseguraron que la demandada solía decir que de separarse se dividirían los bienes en partes iguales.

Para el tribunal, la cuestión central era discernir la intención de las partes. Sostuvo que aunque éstas fueran personas del mismo sexo, les era perfectamente aplicable la doctrina sentada por la Corte Suprema en “Beal vs. Beal”⁴⁶; allí el tribunal superior afirmó:

“Creemos que la división de la propiedad acumulada durante el período de cohabitación debe reflejar la intención de las partes. Cuando esto es obviamente cierto ante un acuerdo escrito, es justo que también

⁴⁵ “Ireland vs. Flanagan”, 51 Ore. App. 837, 1981.

⁴⁶ “Beal vs. Beal”, 282 Or. At. 124-127.

se siga la misma línea cuando no hay tal escrito. La diferencia radica en la sofisticación de las partes, los tribunales deben, entonces, indagar cuál fue la voluntad implícita de las partes”.

Cuando la relación llegó a su fin, la demandante abandonó la vivienda, y luego, cuando la demandante se retiró, la señora Flanagan regresó. El tribunal sostuvo que:

- 1) Tanto la apelante como la apelada eran testigos poco confiables;
- 2) habían acordado compartir gastos y beneficios durante su relación hasta agosto de 1978;
- 3) en marzo de 1977 la demandada había comprado una casa y asumido la hipoteca que pesaba sobre el inmueble;
- 4) la actora había contribuido con \$ 2.000 de los \$ 7.000 que hubo que abonar al inicio;
- 5) ambas vivían en ese inmueble;
- 6) durante su estadía la actora había realizado mejoras en el inmueble, mientras que los materiales para llevarlos a cabo habían sido adquiridos conjuntamente;
- 7) las deudas de las mejoras habían sido realizadas sólo por la demandada, y
- 8) su relación, tal como ellas la habían construido, les imponía una obligación moral de cuidar y proveer a la otra, similar a la del matrimonio.

Por lo tanto, la actora también tenía la obligación de reembolsarle a la demandada la porción del pago de la hipoteca que le correspondía pagar a ella.

Aunque a partir del precedente “Marvin vs. Marvin” las Cortes norteamericanas suelen reivindicar los acuerdos patrimoniales explícitos o implícitos que realizan las parejas heterosexuales solteras o las homosexuales, algunos tribunales se han negado a hacerlos cumplir por entender que descansan en consideraciones ilegales o inmorales⁴⁷.

⁴⁷ HOLAB, Marisa J., *Respecting commitment: A proposal to prevent legal barriers from obstructing the effectuation of intestate goals*, en 85 *Cornell L. Rev.* 492, julio 2000. Aquí la autora cita como precedentes de los tribunales que se han negado a reconocer tales acuerdos a “Bergen vs. Woods”, 18 Cal. Rptr. 2d 75 App., 1993; “Rehak vs. Mathis”, 238 S. E. 2d 81, 1977, y “Schwergman vs. Schwergman”, 2d 316, L. A. Ct. App., 1983.

*"Hartigan vs. Widdup"*⁴⁸

El siguiente caso presenta una situación interesante. Las partes se disputaban un porcentaje de la vivienda en donde residían como pareja. Lo particular es que la vivienda había sido adquirida por uno de los compañeros con anterioridad al comienzo de la relación (y sin vistas de ella); no obstante ello, la reclamante buscaba obtener una recompensa por los años que había contribuido con las tareas domésticas, facilitándole el trabajo a su ex pareja.

El señor Hartigan era dueño de una vivienda en Narrabudds. Cuando en agosto de 1991 pidió se cancelara la hipoteca que pesaba sobre la vivienda, su ex pareja, Widdup, solicitó al tribunal se abstuviera de levantar el gravamen si antes no determinaba lo que a él le correspondía de esa propiedad. El señor Widdup afirmó que él había vivido por más de diecisiete años con el señor Hartigan, aliviándole la carga de tener que afrontar expensas y gastos, hecho que le hizo más fácil el pago de la hipoteca. Si bien el señor Hartigan reconoció las contribuciones realizadas por Widdup, sólo ofreció nombrarlo en su testamento. El tribunal inferior sostuvo que existía un fideicomiso forzoso sobre la propiedad, y que las partes debían compartir su valor en partes iguales. El fallo fue apelado, primero por entender que no era aplicable la doctrina del fideicomiso forzoso, y luego, porque entre las partes no existía acuerdo patrimonial alguno.

El tribunal de apelaciones rechazó la primera observación, puesto que el principio del fideicomiso forzoso podía operar sobre la vivienda, ya que "en algunas instancias el 'fideicomiso forzoso' es empleado con respecto a personas cuya responsabilidad es puramente personal, y no en su calidad de propietaria de la cosa".

En cuanto a la segunda cuestión, el tribunal explicó que no existía ningún argumento que buscara hacer cumplir una promesa realizada sobre consideraciones sexuales inmorales. Asimismo, señaló que justamente si existía un *constructive trust* no era porque así se desprendía de las intenciones de las partes, sino porque lo imponía la ley para remediar la conducta de Hartigan, quien se había beneficiado del título de la propiedad.

⁴⁸ "Hartigan vs. Widdup", S. C. N° 631, 1992.

En este sentido, el tribunal afirmó que estas reglas debían aplicarse siempre que existiera una relación de propiedad como consecuencia de la cohabitación en una vivienda de titularidad exclusiva de una de las partes, sea ésta de naturaleza heterosexual, dual, o múltiple. De esta manera, el tribunal señaló que la equidad lo obligaba a remediar la situación a través de un *constructive trust*, en la medida en que la retención exclusiva de la propiedad era contraria a los principios de equidad.

B) *Pedido de quiebra conjunta*

*“Allen vs. Favre, Debtors”*⁴⁹

Este precedente involucra a una pareja de homosexuales y un pedido de quiebra. Los deudores eran pareja y solicitaron se les permitiera pedir su quiebra conjunta como deudor y esposo, de acuerdo con la Sección 302 del Código de Bancarrotas. Los deudores habían vivido como pareja durante siete años y habían intercambiado votos en una ceremonia religiosa conducida por un ministro bautista. La pareja había contraído conjuntamente el 92% de sus deudas. Los solicitantes afirmaron que la Corte debía definir el término “esposo” caso por caso, pues negarles su pedido equivaldría a violar sus derechos a ser tratados como iguales. La Corte rechazó el pedido de la pareja, ya que entendió que el término “esposo” sólo era aplicable a parejas legalmente casadas. En la audiencia se discutió la posibilidad de que los peticionantes pidieran su quiebra individualmente, y que luego nombraran un administrador común. Sin embargo, esta opción también fue cercenada, pues la administración conjunta sólo tenía lugar entre marido y mujer, o entre socios. Los deudores propusieron la siguiente definición del término “esposo”: “Dos personas que cohabitan, y que tienen un acuerdo positivo mutuo, como resultado de una relación permanente y exclusiva, en donde se comparte el ingreso, las expensas y las deudas, al igual que en un matrimonio”.

La Corte señaló que este test subjetivo crearía un estándar federal,

⁴⁹ “Allen vs. Favre, Debtors”, 186, B. R. 769, 1995.

cuando ellos mismos habían sostenido que la ley estatal resultaba irrelevante para definir el término “esposo” en la Sección 302.

La Corte sostuvo que si un Estado aceptara el matrimonio homosexual, la pareja allí casada podría solicitar bajo la Sección 302 la quiebra conjunta, pues lo que exigía el artículo era que los peticionantes estuvieran legalmente casados, con independencia de su orientación sexual.

C) *Demanda de divorcio*

*“De Santo vs. Barnsley”*⁵⁰

El 16 de febrero de 1981 John De Santo presentó en los tribunales de Pensilvania una demanda de divorcio contra su ex pareja, William Barnsley. En su escrito sostenía que el 14 de junio de 1970 habían contraído matrimonio en una ceremonia frente a sus amigos. El señor De Santo no sólo solicitó el divorcio, sino también la distribución de bienes, una pensión alimentaria, litispendencia y costas. El demandado en su responde negó que estuvieran casados. Esta negativa motivó que el accionante solicitara que judicialmente se determinara su estado civil, de acuerdo con la Sección 206 del Código de Divorcio de 1980. La Corte rechazó el 17 de febrero de 1982 la petición del demandante y agregó como *obiter dictum* que dos personas del mismo sexo no podían contraer un matrimonio legal. Con posterioridad a esta decisión, el demandante apeló y presentó testigos para afianzar la credibilidad de sus dichos. El tribunal agregó que aunque dos personas del mismo sexo pudiesen contraer matrimonio, el señor De Santo no había podido alcanzar el estándar probatorio.

La Corte afirmó que en la cuestión planteada no bastaba con determinar si bajo la Ley de Matrimonio de Pensilvania dos personas del mismo sexo podían contraer matrimonio, pues el demandante alegaba la existencia de un matrimonio legal, si no un concubinato. Sin embargo, los sentenciantes luego agregaron que el concubinato debía estar definido por los límites del matrimonio legal. La Ley de Matrimonio de Pensilvania no define al matrimonio; a pesar de ello, la

⁵⁰ “De Santo vs. Barnsley”, Pa. Sup. 181, 476 A 2d 952.

Corte argumentó que existía una sólida inferencia para concluir que se trataba de la unión de un hombre y de una mujer. Para respaldar esta afirmación citó de un precedente la definición de matrimonio:

El matrimonio en Pensilvania es un contrato civil entre un hombre y una mujer que se toman recíprocamente por marido y mujer. Existen dos tipos de matrimonio: 1) el ceremonial y 2) el concubinato.

El primero es un casamiento o matrimonio que tiene lugar ante una autoridad religiosa o civil. Normalmente, se olvida que un concubinato es aquel que tiene lugar por expreso consentimiento de las partes sin una ceremonia, sin testigos, sólo con palabras y con hechos. En realidad, el concubinato ha sido el reconocimiento judicial de un contrato verbal, para legitimar hijos, proteger herencias, u otorgar beneficios de la seguridad social⁵¹.

El demandante señaló que la función del concubinato, ésta es, la de proteger relaciones estables y prolongadas, también se cumplía ante los matrimonios homosexuales. El tribunal, entonces, sostuvo que ni la historia del concubinato ni las consideraciones de política social permitían extenderlo a parejas homosexuales. Por todo ello, resolvió que no podía decretar un divorcio cuando la pareja nunca había estado casada.

⁵¹ "Manfredi Estate", 399 Pa. 285, 159 A 2d 697.