

CAPÍTULO VIII

ALIMENTOS

I. Introducción	237
II. Inexistencia del deber legal alimentario.....	238
III. Obligación moral de prestarse alimentos.....	239
IV. De la posibilidad de celebrar pactos	240
1. De la forma de los pactos.....	240
2. Convenios tácitos.....	241
V. De la irrepitibilidad de lo pagado	243
VI. Lo dado en concepto de alimento no está sujeto a la acción de reducción.....	244
VII. De los gastos de la última enfermedad	244
VIII. Derecho Comparado	247
1. Ley de Navarra.....	247
2. Ley de Cataluña	248
3. Ley de Aragón	249
4. La ley de PACS	249
5. La ley de Nueva Escocia	250
IX. Jurisprudencia	251
X. Conclusiones	252

CAPÍTULO VIII

ALIMENTOS

SUMARIO: I. Introducción. II. Inexistencia del deber legal alimentario. III. Obligación moral de prestarse alimentos. IV. De la posibilidad de celebrar pactos. 1. De la forma de los pactos. 2. Convenios tácitos. V. De la irrepitibilidad de lo pagado. VI. Lo dado en concepto de alimento no está sujeto a la acción de reducción. VII. De los gastos de la última enfermedad. VIII. Derecho Comparado. 1. Ley de Navarra. 2. Ley de Cataluña. 3. Ley de Aragón. 4. La ley de PACS. 5. La ley de Nueva Escocia. IX. Jurisprudencia. X. Conclusiones.

I. Introducción

En el presente capítulo nos proponemos abordar los problemas que los alimentos plantean a los miembros de la pareja homosexual, durante la vigencia de la unión y a su disolución. Además trataremos los problemas específicos que se presentan cuando la pareja se disuelve por muerte cuando el sobreviviente pretende repetir de los herederos lo pagado en concepto de gastos de última enfermedad.

La primera cuestión a dilucidar es *si los convivientes están obligados a prestarse alimentos durante la convivencia*. En realidad este interrogante, si bien debe ser respondido, no presenta mayores problemas jurídicos, porque no existen reclamos alimentarios entre los convivientes durante la unión, ya que si los miembros de una pareja deben recurrir a los tribunales para reclamarse lo necesario para la subsistencia, las bases de la pareja necesariamente estarán disueltas y la convivencia finalizada. Por lo tanto, si bien las legislaciones y la doctrina que se ocupan del tema se empeñan en determinar si existe obligación ali-

mentaria entre convivientes durante la vigencia de la unión, esta cuestión difícilmente dé lugar a demandas o a pretensiones judiciales.

Su determinación, sin embargo, tiene importancia para dar respuesta a otras cuestiones, entre ellas a la posibilidad de repetir lo pagado en concepto de alimentos, ya que si afirmamos que existe una obligación de prestarse alimentos éstos serán irrepetibles, mientras que si son pagados sin causa ellos podrían ser repetidos, y si son donaciones pueden ser revocadas por ingratitud.

Por otra parte, la cuestión se puede presentar a la disolución de la unión por muerte frente a los herederos del conviviente, porque si entendemos que lo dado en concepto de alimentos es una donación, ella podría ser motivo de la acción de reducción de donación si excede los límites de la libre disposición. Además corresponde determinar si lo abonado por gastos de última enfermedad puede ser reclamado a los sucesores del conviviente.

La otra cuestión es si a la disolución de la unión convivencial los miembros de la pareja se deben alimentos; para dar respuesta a esta pregunta se debe estar a las previsiones legislativas o contractuales entre las partes.

II. Inexistencia del deber legal alimentario

En nuestro Derecho positivo no existe ningún deber legal de prestarse alimentos entre convivientes homosexuales, ya que el deber alimentario está establecido para los cónyuges y para algunos parientes; el conviviente, si bien puede ser considerado como familia, no es pariente, ni tampoco se le puede aplicar por analogía la obligación alimentaria establecida para los cónyuges¹.

El artículo 377 del Código Civil enumera expresamente los sujetos que se encuentran recíprocamente obligados a prestarse alimentos y sólo se refiere a los ascendientes, descendientes, hermanos y medio

¹ Gustavo Bossert (*Régimen jurídico del concubinato* cit., p. 127) sostiene que para que en el concubinato no pueda aplicarse analógicamente la obligación que en tal sentido pesa sobre los cónyuges, 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.

hermanos. Fuera de los vínculos de sangre únicamente las relaciones que tienen como causa el matrimonio (cónyuges y parientes afines en primer grado) generan una obligación de alimentos, quedando fuera de ellos aquellas relaciones que surgen de la convivencia.

La enumeración que hace el Código de los sujetos obligados a prestarse alimentos es taxativa, porque como toda obligación legal sus obligados no se presumen, y fuera de los expresamente obligados no hay deber legal de alimentos. Por ello podemos concluir afirmando que entre los convivientes homosexuales no existe obligación legal de alimentos, sin perjuicio de que ellos están obligados moralmente a prestárselos.

III. Obligación moral de prestarse alimentos

Creemos que existe un deber moral de prestarse alimentos entre los miembros de una unión homosexual y que surge del deber de solidaridad que la convivencia implica; “estimamos que la convivencia conlleva un deber de conciencia y un deber social de atender el sustento del conviviente”².

Bossert afirma con relación al concubinato heterosexual la existencia de una obligación natural de alimentos y señala que la familia aparente asentada sobre un vínculo concubinario presenta en su interior una estructura real en la que resulta necesaria la solidaridad biológica y ética; presenta, en suma, un permanente devenir interior que lo asemeja al contenido real de la pareja de cónyuges³.

La jurisprudencia italiana ha aceptado explícitamente la obligación moral de prestarse alimentos entre los miembros de una unión de hecho heterosexual que consideramos aplicable al supuesto de las uniones homosexuales. El caso resuelto fue el siguiente: se trataba de una mujer separada de su marido por culpa de ella y que se encontraba viviendo en concubinato con otro hombre que pretendía reclamar alimentos a su marido. En este caso la casación italiana

² GALLEGO DOMÍNGUEZ, ob. cit., p. 304; en nuestro Derecho la existencia de un concubinato hace cesar cualquier obligación alimentaria.

³ BOSSERT, Gustavo, *Régimen jurídico del concubinato*, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1990, ps. 133 y ss.

resolvió que existía una obligación natural de alimentos y de asistencia recíproca entre los unidos de hecho⁴.

IV. De la posibilidad de celebrar pactos

Los alimentos pueden ser de fuente convencional, legal o judicial; como vimos, no existe ninguna obligación legal de prestarse alimentos, pero nada impide que pueda surgir un deber convencional de alimentos que tenga su origen en un pacto expreso o tácito.

Los pactos alimentarios son uno de los puntos que pueden abarcar los convenios patrimoniales entre convivientes. Estos contratos son fuente de obligaciones que surgen de la autonomía privada de la voluntad y sus límites son los límites normales para todo tipo de acuerdo; ello implica que no pueden ser contrarios a la moral y a las buenas costumbres. En principio, no es contrario a la moral reconocer en un pacto que una de las partes se encuentra obligada a prestar alimentos a otra durante la convivencia y a su disolución, salvo que sea el precio del comercio sexual, el que por ser inmoral teñiría de inmoralidad al acto.

En doctrina se señala que los acuerdos pactados “serán exigibles jurídicamente siempre y cuando no tengan una causa ilícita, circunstancia que se producirá, bien cuando una de sus prestaciones consista en meros servicios sexuales, bien cuando su contenido derive del incumplimiento de otras obligaciones legales familiares previamente adquiridas por uno de los contratados. En cualquier caso son los tribunales quienes decidirán si dichos convenios están dotados de la licitud y fuerza obligatoria”⁵.

1. De la forma de los pactos

En el Derecho argentino, al no existir ninguna previsión legislativa sobre los pactos entre convivientes, éstos pueden ser celebrados en la forma que las partes decidan. Rige para ellos el principio general de derecho de libertad de formas.

⁴ Cit. por GALLEGO DOMÍNGUEZ, ob. cit., p. 304.

⁵ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves, *¿Están los convivientes de hecho obligados a prestarse alimentos?*, en *Uniones de hecho* cit., p. 345.

La cuestión de la forma tiene gran importancia en los países donde se regulan las relaciones homosexuales; en ellos las previsiones legislativas son variadas: mientras algunas leyes requieren que el pacto sea hecho por escritura pública, otras admiten que sea realizado por instrumento público o privado, otras tantas exigen la registración, y algunas la presentación en el ámbito judicial.

El Derecho Privado argentino sólo por excepción regula alguna forma en particular para la validez de determinado acto jurídico. En el caso de los convenios entre convivientes no lo hace y se aplica la regla general de que los actos jurídicos en Derecho Privado pueden efectuarse mediante cualquier forma.

Este principio, conocido como de libertad de formas, resulta del artículo 974 que expresa: “Cuando por este Código, o por las leyes especiales no se designe forma para algún acto jurídico, los interesados pueden usar de las formas que juzgaren convenientes”.

De acuerdo a lo antes expuesto, los pactos de alimentos pueden ser celebrados en forma verbal o escrita y en forma expresa o tácita.

El problema de la forma verbal y de la declaración tácita radica en la prueba de la manifestación de la voluntad, ya que un acuerdo verbal será de muy difícil comprobación.

2. *Convenios tácitos*

El artículo 918 del Código Civil establece: “La expresión tácita de la voluntad resulta de aquellos actos, por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad, en los casos en que no se exija una expresión positiva, o cuando no haya una protesta o declaración expresa contraria”.

La cuestión radica en determinar si se puede alegar un pacto tácito como generador de obligación de alimentos entre los convivientes y si de la mera convivencia surge inequívocamente la recíproca obligación de ayudarse y socorrerse mutuamente. Aparece como evidente que uno de los elementos para la existencia de la unión de hecho es el auxilio mutuo.

“Con este planteamiento, la mera convivencia implicaría siempre la existencia de un pacto tácito por el que la pareja quede vinculada

a socorrerse recíprocamente mientras dure la misma. El argumento, en principio perfectamente lógico, a nuestro juicio puede ser cuestionado por la posibilidad de que existan parejas que no tengan voluntad alguna de procurarse un mutuo mantenimiento y mucho menos de obligarse a ello, sino que por el contrario cada uno de ellos atiende su propio sostenimiento. A estas parejas o bien no se las considera integrantes de una unión de hecho, si se cree que no hay una comunidad de vida (cosa que no creemos se pueda hacer a priori, sino caso por caso, analizando la relación en su totalidad), o bien, si se les considera como tal, se les está implícitamente obligando a que declaren expresamente que su voluntad no es la de obligarse a asumir su recíproco mantenimiento, pues a falta de esa declaración, la simple convivencia implicaría un acuerdo tácito generador de la obligación. En tal supuesto se estaría atribuyendo a la relación de convivencia unos efectos similares a los de la relación conyugal, con la diferencia respecto de esta última que surgen de pacto en vez de la ley, y de que cabe la posibilidad de renunciar a tales efectos, no así a los que derivan del estatuto matrimonial. Efectos que no parecen procedentes en este tipo de unión a menos que los convivientes previamente los acuerden. Además, la verdadera intención de la pareja de obligarse recíprocamente tendría escasa relevancia, puesto que de la mera convivencia y salvo declaración en contrario, se deduciría una voluntad que probablemente no siempre sería real”⁶.

Contrariamente a lo sostenido por Martínez Rodríguez, creemos que de la mera convivencia surge la obligación alimentaria mientras ésta dure. Ello porque, en definitiva, toda obligación alimentaria tiene un fundamento ético, es, según señala López del Carril, “una obligación natural de contenido moral derivada de un status –comunidad espiritual y material integrante del deber de asistencia– que es de la naturaleza y esencia del vínculo familiar o parentesco, o sea una obligación de ética subjetiva, que se convierte en una de ética intersubjetiva, reside en la solidaridad biológica, social y ética que fundamenta la familia, y obedece al mantenimiento del sentimiento familiar”⁷.

⁶ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, ob. cit., ps. 350 y ss.

⁷ LÓPEZ DEL CARRIL, Julio, *Derecho y obligación alimentaria*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, p. 70.

Lo que ocurre es que ese convenio tácito de auxilio mutuo que vincula a las partes durante la convivencia no revela que ellas hayan pactado que a la disolución alguno de los miembros debe prestar al otro asistencia alguna.

Por otra parte, el deber moral de auxilio, que es un presupuesto de la unión convivencial, pierde sustrato al momento de la disolución, donde la obligación moral entre las partes se diluye.

V. De la irrepitibilidad de lo pagado

Lo pagado en concepto de alimentos constituye lo que nuestro Código denomina obligaciones naturales, las que en verdad no son estrictamente vínculos jurídicos obligacionales por carecer el acreedor de un derecho de crédito, según explican acertadamente Pizarro y Vallespinos⁸.

Lo importante de encuadrarla dentro de lo que en nuestro Código se denomina obligaciones naturales es establecer la irrepitibilidad de lo pagado.

Quien ha recibido alimentos de su conviviente puede justa y legítimamente retenerlo, porque se sostiene sobre una causa que el ordenamiento jurídico considera suficiente: un deber moral o de conciencia, o un deber social.

En definitiva, lo que se ha pagado en cumplimiento de la obligación moral de prestar asistencia a la persona con la cual se convive surge de lo expuesto en los artículos 791, inciso 5º, y 516 del Código Civil.

El término “pagado” al que alude el artículo 516 del Código Civil debe ser entendido en la amplitud a que alude la nota; ello así, entendemos que comprende no sólo la dación o entrega de cualquier cosa sino también la ejecución de un hecho o la fianza de una obligación, la suscripción de un documento, etcétera.

De lo expuesto surge que aun cuando entre convivientes no exista deber alimentario legal, si se ha establecido una fianza el tercero puede exigir al compañero el cumplimiento de dicha fianza.

⁸ PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. I, p. 218.

VI. Lo dado en concepto de alimento no está sujeto a la acción de reducción

Explica Bossert siguiendo a León que el cumplimiento voluntario de una obligación natural es un pago, y no una donación, por ello no tienen aplicación las normas referidas a la inoficiosidad de las donaciones, y por lo tanto no se puede pedir la reducción de lo abonado aunque afecte la legítima de los herederos (arts. 1830 a 1832 del Cód. Civ.)⁹.

Lo antedicho resulta muy importante porque en concepto de alimentos pueden los convivientes gastar grandes sumas de dinero, sobre todo para hacer frente a las necesidades que surgen de las enfermedades. Así, puede ocurrir que alguna de las partes de la pareja entregue importantes inmuebles para suplir las necesidades alimentarias del otro. Estas entregas de bienes al conviviente no pueden ser consideradas una donación y por lo tanto no dan derecho a que los herederos forzosos intenten la acción de reducción.

VII. De los gastos de la última enfermedad

Los herederos están obligados a pagar, a quien los hiciere, los gastos de última enfermedad.

Desde la óptica de la obligación natural, lo pagado en concepto de gastos de enfermedad por uno de los miembros de la pareja a favor del otro no le da derecho para reclamar el reintegro de la suma desembolsada¹⁰.

En doctrina, Bossert¹¹, Guastavino¹² y García de Ghiglino¹³ consideran que los gastos de última enfermedad del concubino pueden ser repetidos por su pareja.

⁹ BOSSERT, *Régimen jurídico del concubinato* cit., 1982, p. 132.

¹⁰ SALERNO, Marcelo Urbano, *Unión de hecho: la obligación de pagar los gastos de enfermedad del concubino*, en L. L. del 2-6-97.

¹¹ BOSSERT, ob. cit., 1982, p. 133.

¹² GUASTAVINO, Elías, *Gastos de última enfermedad y funerarios: recibos en poder del concubino*, en J. A. 1965-II-454.

¹³ GARCÍA DE GHIGLINO, Silvia, *Unión de hecho*, en *Enciclopedia de Derecho de Familia*, dir. por Lagomarsino y Salerno, Universidad, Buenos Aires, 1994, t. III, p. 849.

Enseña Guastavino que la irrepitibilidad consagrada en el artículo 516 del Código Civil concierne a las relaciones entre los miembros de la pareja y no se extiende a las relaciones entre quien pagó y los obligados por el artículo 2308 del Código Civil.

Existen razones de equidad que justifican este razonamiento, porque en verdad quienes se encuentran jurídicamente obligados a prestar alimentos –y en ellos se comprende los gastos de última enfermedad– son los parientes, quienes a la vez se ven beneficiados con la herencia.

Aparece como inequitativo que al concubino que nada hereda no se le devuelva lo que pagó para atender la necesidad de su conviviente cuando esta necesidad debió ser cubierta por los herederos.

La minoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que “si quien paga los gastos de última enfermedad es el concubino de la enferma, se subroga en los derechos del acreedor desinteresado, pues la obligación cancelada no es propia sino de su compañera enferma. En tal situación, el concubino actúa como un tercero que cancela una deuda ajena, por mérito del respectivo pago sustituye al acreedor desinteresado en la relación de éste con el deudor, sin que interese si el abono fue hecho en su propio nombre o a nombre de la concubina convaleciente” (del voto en disidencia del Dr. Vázquez. La mayoría consideró inadmisibile el recurso).

Entendemos que aun cuando se considere que es una obligación natural del concubino asistir económicamente a su pareja en su última enfermedad, la irrepitibilidad de lo abonado en concepto de gastos de esa naturaleza se daría sólo respecto del enfermo en beneficio del cual se efectuaron, pero no en relación a los herederos, a quienes no alcanzan las razones de conciencia que dan lugar al cumplimiento de tal obligación, y respecto de los cuales el concubino es acreedor de una obligación civil a cuya titularidad llegó en virtud del pago con subrogación efectuado¹⁴.

Prueba de los gastos por última enfermedad

En nuestro país se registra un precedente jurisprudencial en un

¹⁴ CSJN, 17-9-96, “B., E. O. c/R., M. L.”, L. L. del 2-7-97, con nota a fallo de SALERNO, *Unión de hecho...* cit.

caso de concubinato, relativo a la forma de la prueba de los gastos de última enfermedad, que creemos necesario recordar porque sus argumentos pueden ser aplicados a las parejas homosexuales.

La Cámara Civil y Comercial de Santa Fe (sala II, 3-12-62)¹⁵ resolvió que: “La presunción derivada de la posesión de los recibos que acreditan pagos correspondientes a la última enfermedad y sepelio del causante, en el sentido de que su poseedor los ha pagado con fondos propios, pierde vigencia si quien los exhibe vivió en concubinato con el causante, y de que éste –razonablemente– era solvente; no obsta a tal conclusión la solvencia del pretense pagador pues su solvencia no contribuye a consolidar la pretensión desvirtuada en principio por el concubinato, sino en el supuesto de que, además, se hubiese demostrado la impotencia patrimonial del deudor”.

El tribunal deja sentado que si bien el concubino puede reclamar los gastos hechos en concepto de última enfermedad y funerarios, debe probarlos certeramente. La presunción que crea la posesión de los recibos correspondientes a los gastos de última enfermedad cae cuando ese tercero ha sido el concubino del causante, ya que el hecho de la convivencia hace fácilmente explicable que dichos recibos estén en su poder. Deberán considerarse otros medios de prueba, y cuestiones tales como posición económica del muerto y del concubino supérstite.

Probada la insolvencia económica del causante, en un caso¹⁶ se juzgó que la presunción emergente de la posesión de los recibos debía mantenerse aunque el instrumento de pago no estuviese extendido a nombre del poseedor con la persona obligada, y sin que fuera suficiente para destruir esa presunción la convivencia del poseedor con la persona obligada. Por el contrario, de haberse acreditado la solvencia del causante el concubino hubiera debido decidir el caso en sentido adverso a las pretensiones del demandante, tal como ocurrió en la sentencia que se anota. En este caso la concubina para probar su derecho a repetir los gastos de última enfermedad y funerarios presentó recibos

¹⁵ J. A. 1965-II-453.

¹⁶ CCCom. de Rosario, sala 2ª, 13-6-47, *Repertorio Santa Fe*, t. 16, p. 53; sum. en Rep. L. L., t. X (1948), p. 774, N° 9.

extendidos a su nombre; los herederos demandados se opusieron alegando que la concubina no había utilizado fondos propios.

La prueba rendida demostró que el causante, efectivamente, había dispuesto de recursos ordinarios y extraordinarios suficientes para afrontar los gastos sin que fuese necesario que los abonara la concubina. El hecho de la convivencia doméstica derivado del concubinato y de la existencia del matrimonio celebrado en el extranjero fueron considerados por el tribunal para juzgar insuficiente la tenencia de los recibos.

Pensamos que la íntima relación existente entre los convivientes homosexuales posibilita el manejo de los fondos de uno por el otro y el otorgamiento de los recibos en forma indistinta, explicando al mismo tiempo la tenencia de los instrumentos de pago. Pero también creemos que quien es poseedor de recibos emitidos a su nombre cuenta con una prueba a su favor de que fue él quien realizó el pago; en tal caso serán los herederos quienes deberán demostrar la inexactitud del recibo o el abuso del derecho de la pretensión del reclamante.

En tales circunstancias, resulta necesario analizar la capacidad económica de los concubinos y el movimiento de sus patrimonios en el período de los pagos para decidir si razonablemente los gastos fueron o pudieron ser efectuados con dinero del causante o del reclamante.

En síntesis: la convivencia homosexual por sí sola no desvirtúa la presunción emanada de la posesión de los recibos respecto de los fondos invertidos, pero hace necesaria la valoración de todos los hechos relacionados con el desenvolvimiento económico de cada conviviente para decidir la procedencia de la acción de repetición.

VIII. Derecho Comparado

1. *Ley de Navarra*

La legislación de Navarra aprobada el 22 de junio de 2000 establece que los miembros de la pareja pueden regular válidamente las relaciones personales y patrimoniales mediante documentos públicos o privados y que si no lo hicieren los miembros de la pareja estable

están obligados durante la vigencia de la pareja al mantenimiento mutuo mediante la aportación económica o trabajo personal.

Por otra parte, expresamente se prevé en el artículo 4.4: “Al cesar la convivencia, cualquiera de los miembros podrá reclamar del otro una pensión periódica, si la necesitara para atender adecuadamente su sustento en uno de los siguientes casos:

- ”a) Si la convivencia hubiera disminuido la capacidad del solicitante de obtener ingresos;
- ”b) si el cuidado de los hijos e hijas comunes a su cargo, le impidiera la realización de actividades laborales o la dificultara seriamente”.

Rescatamos de esta legislación que:

- (i) Reconoce la posibilidad de pactar lo relativo a alimentos;
- (ii) a falta de pacto establece el deber de asistencia durante la convivencia;
- (iii) en caso de ruptura limita la prestación alimentaria al supuesto de que el conviviente estuviera limitado en su posibilidad de obtenerlos y que su minusvalía guardara relación de causalidad adecuada con la convivencia.

2. *Ley de Cataluña*

La legislación de Cataluña prevé que los convivientes homosexuales pueden convenir en forma verbal o a través de documento público o privado las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia, entre ellas las obligaciones alimentarias.

Salvo pacto en contrario, ambos miembros de la pareja han de contribuir en proporción a sus ingresos, y si éstos no son suficientes en proporción a su patrimonio, con los gastos originados en concepto de alimentos en sentido amplio.

El artículo 26 de la Ley de Parejas de Cataluña expresamente prevé: “Los miembros de la pareja estable tienen la obligación de prestarse alimentos, con preferencia a cualquier otro obligado”.

Para el supuesto de disolución de la unión en vida de los convivientes el artículo 31 establece: “Cualquiera de los dos miembros de la pareja podrá reclamar al otro la pensión alimentaria periódica, si la

necesita para atender adecuadamente su sustento, en caso de que la convivencia haya minado la capacidad del solicitante de obtener ingresos”.

De este ordenamiento ponemos de relieve que, al igual que el de Navarra:

- (i) Reconoce la posibilidad de pactar lo relativo a alimentos;
- (ii) a falta de pacto establece el deber de asistencia durante la convivencia;
- (iii) en caso de ruptura limita la prestación alimentaria al supuesto de que el conviviente estuviera limitado en su posibilidad de obtenerlos y de que su minusvalía guardara relación de causalidad adecuada con la convivencia, y además establece que los convivientes se deben alimentos con preferencia a cualquier otro obligado.

3. *Ley de Aragón*

La ley de Aragón relativa a parejas estables no casadas, al igual que la de Navarra y la de Cataluña, prevé la posibilidad de que los derechos y obligaciones personales y patrimoniales puedan regularse mediante convenio, pero es más estricta que la de Cataluña y la de Navarra en cuanto a la forma, ya que sólo permite que se establezca por escritura pública (art. 5).

Si los convivientes no pactan se encuentran obligados a prestarse lo necesario para su mantenimiento, incluyendo el derecho de alimentos, atenciones médico-sanitarias y vivienda en proporción a sus ingresos respectivos, y si no son suficientes, de acuerdo con sus patrimonios.

El artículo 13 expresamente dispone: “Los miembros de la pareja están obligados a prestarse entre sí alimentos, con preferencia a cualesquiera otras personas legalmente obligadas”.

4. *La ley de PACS*

La Ley 99-944 del 15 de noviembre de 1999 que reformó el Código Civil francés admitiendo el PAC establece en el artículo 515-4 del Código galo que las partes quedan obligadas solidariamente hacia ter-

ceros por las deudas contraídas por uno de ellos para las necesidades de la vida corriente, que incluyen lógicamente todo lo que comprende el deber alimentario en sentido amplio.

Concretamente el artículo 515-4 dice: “Los socios comprometidos por un pacto civil de solidaridad deben aportarse ayuda mutua y material. Las modalidades de esta ayuda son establecidas por el pacto.

”Los socios responden solidariamente con relación a terceros por las deudas contraídas por uno de ellos para las necesidades de la vida ordinaria y para los gastos relativos a la vivienda común”.

Las partes del pacto civil de solidaridad se aportan –dice el artículo 515-4– ayuda mutua y material, según las modalidades fijadas por el pacto. Según interpretación del Consejo Constitucional, esta regla es inderogable, y de ella resulta implícita, pero necesariamente, que si la libre voluntad de las partes puede expresarse en la determinación de las modalidades de esa ayuda, es nula toda cláusula que desconozca su carácter obligatorio; por otra parte, en caso de silencio corresponde al juez definir sus modalidades en función de la situación respectiva de las partes¹⁷.

5. *La ley de Nueva Escocia*

La Ley 75, que entró en vigor el 4 de junio de 2001, surgió para cumplir con ciertas decisiones judiciales, para modernizar y reformar las leyes de la Provincia de Nueva Escocia. Esta ley introduce modificaciones en varias leyes, equiparando a las parejas homosexuales que registran su unión a los matrimonios. La ley enmienda la Ley de Manutención Familiar incorporando la definición de “pareja doméstica”, la que se aplica independientemente del sexo de la pareja. Para que sea aplicable la Ley de Manutención Familiar se necesita que los miembros hayan cohabitado por más de tres años. En dicha normativa también se modifica la definición de “esposos”, al dejar en claro que sólo son esposos un hombre y una mujer que contraen matrimonio.

¹⁷ BELLUSCIO, *El concubinato y el pacto civil de solidaridad en el Derecho francés* cit., ps. 1 y ss.

IX. Jurisprudencia

*"M. vs. H."*¹⁸

La decisión más importante de Canadá que lidió con los derechos y obligaciones de las parejas homosexuales fue *"M. vs. H."*¹⁹ En este precedente la Corte Suprema de Canadá debió resolver a favor o en contra del reclamo de una mujer lesbiana: ella solicitaba la contribución de su ex pareja lesbiana para su sustento, subsumiendo su reclamo bajo la Parte III de la Ley de Familia de Ontario. Los tribunales inferiores habían entendido que la normativa invocada no le era aplicable, ya que la definición de esposo que contenía la mencionada ley no podía extenderse a los convivientes homosexuales. M., entonces, decidió atacar a la norma por inconstitucional. La Corte concluyó que la Ley de Familia discriminaba sobre la base de la orientación sexual al excluir a los convivientes homosexuales. Sostuvo que los propósitos de esa ley eran:

- 1) Resolver de manera equitativa las disputas económicas que suelen surgir cuando una relación afectiva llega a su fin, y
- 2) aliviar la carga pública, haciendo que uno de los miembros de la pareja soporte la obligación alimentaria, en vez de que lo haga el Estado.

Debido a que la Sección IV de la Ley de Familia –sección que regula los contratos domésticos– tampoco cubría la situación de las parejas homosexuales, la Corte señaló que sería un despropósito incluir a los convivientes homosexuales en la Parte III sin enmendar la IV. De allí que decidiera suspender la aplicación de la ley, dándole al gobierno de Ontario un plazo de seis meses para enmendar la legislación. El gobierno de Ontario respondió promulgando una enmienda que en vez de expandir la definición de la noción de "esposo" agregó una nueva categoría, a saber, la de "compañero del mismo sexo"²⁰. Se ha sostenido, a partir de un nuevo caso judicial, que se cuestionará la constitucionalidad de esa distinción.

¹⁸ *"M. vs. H."* [1999] 2 S. C. R. 3, 46 R. F. L. (4th) 32.

¹⁹ HOLLAND, ob. cit.

²⁰ *Ibidem*.

X. Conclusiones

1. Existe un deber moral de prestarse asistencia y alimentos entre los miembros de una unión homosexual que surge del deber de solidaridad que la convivencia implica.

2. Quien ha recibido alimentos de su conviviente puede justa y legítimamente retenerlos, porque se sostiene sobre una causa que el ordenamiento jurídico considera suficiente: un deber moral o de conciencia, o un deber social.

3. Lo pagado en concepto de alimentos entre miembros de una pareja *gay* constituye lo que nuestro Código denomina obligaciones naturales y es irrepetible.

4. Los gastos de última enfermedad sufragados por el sobreviviente de una pareja homosexual pueden ser reclamados a los herederos ya que la irrepetibilidad consagrada en el artículo 516 del Código Civil concierne a las relaciones entre los miembros de la pareja y no se extiende a las relaciones entre quien pagó y los obligados por el artículo 2308 del Código Civil.

5. La convivencia homosexual por sí sola no desvirtúa la presunción de que quien posee los recibos haya realizado los pagos, pero hace necesaria la valoración de todos los hechos relacionados con el desenvolvimiento económico de cada conviviente para decidir la procedencia de la acción de repetición.

6. Se encuentran legitimados los miembros de una unión homosexual para reclamar la indemnización del daño patrimonial ocasionado por la muerte de uno de ellos cuando el fallecido sostenía al sobreviviente o contribuía económicamente con él.