

Concubinato ~ Generalidades

Autor: Pellegrini, María Victoria

Título: Los pactos en las uniones convivenciales

Publicado: RDF 70-137

Sección: DOCTRINA

(*)

I. Introducción

Una de las importantes novedades que el Código Civil y Comercial introduce en el derecho argentino es el reconocimiento jurídico de las uniones convivenciales y la consecuente sistematización de sus efectos jurídicos, tanto durante la convivencia como ante su quiebre.

El eje central de la regulación, su columna vertebral, reside en el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de quienes deciden conformar una familia de tipo no matrimonial y, por tanto, sean los propios miembros de la unión quienes diseñen los alcances jurídicos de ella. Dado el carácter multicausal de las uniones convivenciales —en algunos casos, por motivos ideológicos, sus integrantes repelen toda formalidad o cobertura jurídica; en otros, por simple acontecer fáctico las personas conviven; o también a modo de "prueba"—, resultó necesario ofrecer una regulación supletoria para aquellos supuestos en los cuales no se realiza ninguna previsión a la forma de organizar la vida familiar (1). Con acierto, Aída Kemelmajer de Carlucci ha señalado: "Resulta contradictorio que los integrantes de una pareja exijan solidaridad al Estado (en el régimen de la seguridad social, al pretender cobertura por pensiones, por ejemplo) y a los demás (al reclamar legitimación para ser sucesores en los vínculos contractuales locativos) pero, al mismo tiempo, pretendan vivir sin ningún tipo de responsabilidad interna"(2).

Así, las disposiciones del título III del Libro segundo del Código Civil y Comercial se enmarcan en el denominado proceso de contractualización del derecho de familia (3), y otorgan un papel preponderante a la autorregulación de los efectos jurídicos de los miembros de una familia no matrimonial, a través de la celebración de pactos de convivencia.

Sin embargo, la autonomía de la voluntad no es absoluta. En este trabajo intentaré precisar qué son los pactos de convivencia y en qué consisten los límites al diseño particular de regulación de las uniones convivenciales; es decir, qué materias pueden ser válidamente pactadas y cuáles quedan fuera del alcance de la autonomía de la voluntad de los miembros de una unión convivencial.

II. Las uniones convivenciales

Los arts. 509 y 510, CCiv.yCom., precisan el concepto y alcance de las uniones convivenciales, esto es, en qué supuestos una convivencia de pareja se considera "unión convivencial" y genera los efectos de la regulación del título III del Libro segundo. Pero las consecuencias jurídicas de esta forma de vida familiar no se reducen a los efectos señalados en el mencionado título III; ni tampoco las convivencias de pareja que no reúnan los requisitos de una unión convivencial son intrascendentes para el ordenamiento jurídico. Un ejemplo de la primera afirmación es el reconocimiento de la procedencia de adopción conjunta por los miembros de una unión convivencial (art. 599, CCiv.yCom.), y de la segunda: la legitimación activa para reclamar, a título personal, la indemnización de las consecuencias no patrimoniales que provoque la muerte o gran discapacidad de la víctima, a "quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible", es decir, aun cuando no se trate de una unión convivencial (art. 1741, CCiv.yCom.).

La registración tiene una finalidad en principio sólo probatoria (art. 511, CCiv.yCom.), pero que resulta imprescindible para obtener la protección de la vivienda familiar dispuesta por el art. 522, CCiv.yCom., en tanto posible afectación de derechos de terceros, en particular, los acreedores del titular del inmueble en el que esté radicada la vivienda familiar.

Los efectos jurídicos de las uniones convivenciales están previstos tanto durante la convivencia (cap. 3), como ante su cese (cap. 4); pero los protagonistas estelares de todo el sistema son los pactos que los miembros de la unión convivencial pueden celebrar para regular tanto su vida en común como los efectos de su cese (cap. 2).

En principio, los efectos jurídicos previstos en los pactos de convivencia atañen a los convivientes, pero también pueden afectar derechos de terceros, es por ello que se prevé la registración de los pactos (art. 511, CCiv.yCom.) y se establece su oponibilidad a terceros a partir de ese momento. ¿En qué registro procede la inscripción de los pactos? Tanto en el específico de las uniones convivenciales —que deberán ser creados en cada jurisdicción provincial— como en los registros correspondientes a los bienes inmuebles que resulten incluidos en los pactos (art. 517, CCiv.yCom.).

En definitiva, los miembros de una unión convivencial pueden establecer los efectos jurídicos de su unión a través de un pacto de convivencia, con caracteres similares a un verdadero contrato (4). Si no pactan o, más específicamente, si no pactan en contrario a lo dispuesto en los caps. 2 y 3 respecto de los efectos jurídicos durante la convivencia o ante el cese, se les aplican las disposiciones contenidas en dichos capítulos (art. 513, CCiv.yCom.). Todo lo que no sea convenido en forma expresa y contraria será resuelto conforme lo establecido en el título III del Libro segundo del Código Civil y Comercial.

Al celebrar un pacto de convivencia, con previsiones frente a una futura ruptura, probablemente ninguna de las partes desee o especula con que se produzca el quiebre —al igual que cuando uno contrata un seguro de vida—, pero asumen que ello puede ocurrir y dejan establecidos los alcances de los efectos jurídicos de su unión. Cuando los miembros de una unión convivencial realizan este tipo de pactos de convivencia, al inicio o durante el desarrollo de la relación de pareja, se encuentran aún libres de la conflictividad que pudiera surgir ante el quiebre. Por lo tanto, probablemente sus previsiones sean más equitativas con las circunstancias fácticas de cada pareja en particular y, por ello, más eficientes para evitar conflictos posteriores que se presenten al quiebre, cuando los intereses dejan de ser comunes y se "individualizan", o, cuando menos, el afecto y el cuidado por el/la otro/a ya no es de la misma intensidad que durante la convivencia.

La regulación, entonces, es supletoria a la voluntad de los miembros. Tal voluntad debe ser expresada por escrito y es pasible de ser modificada o rescindida (art. 516, CCiv.yCom.), en ambos supuestos por voluntad conjunta de los miembros de la unión convivencial (5). Pero la autonomía de la voluntad, como todos los derechos, tiene sus límites.

III. Los pactos de convivencia

La autonomía de la voluntad expresada en los pactos de convivencia es limitada en dos niveles: a) la imposición de un régimen primario, núcleo duro o piso mínimo obligatorio (arts. 519, 520, 521 y 522, CCiv.yCom., conf. art. 513, CCiv.yCom.); y b) por contrariar el orden público, el principio de igualdad o por afectación de derechos fundamentales de los integrantes de la unión convivencial (art. 515, CCiv.yCom.).

El régimen primario se impone en forma obligatoria, aun ante disposición en contrario de los pactos de convivencia, y responde a mínimos principios de solidaridad familiar o de derechos humanos básicos. Así, integran el piso mínimo obligatorio de todas las uniones convivenciales: la asistencia entre sus integrantes durante la convivencia (art. 519, CCiv.yCom.); la contribución de ambos a los gastos del hogar (art. 520, CCiv.yCom.); la responsabilidad solidaria por las deudas (art. 521, CCiv.yCom.) y, para el caso de las uniones registradas, la protección de la vivienda familiar entre convivientes (art. 522, primer párrafo, CCiv.yCom.) y frente a terceros (art. 522, segundo párrafo, CCiv.yCom.).

La extensión y características tanto de la contribución a los gastos del hogar como de la responsabilidad solidaria por las deudas contraídas por uno de ellos es coincidente con los alcances dispuestos para todo régimen patrimonial matrimonial, conforme las disposiciones comunes a los dos regímenes, previstas en los arts. 455 y 461, CCiv.yCom.; pues se refieren a las mínimas y primordiales responsabilidades propias de la vida familiar. Si una unión convivencial es una forma de ejercer el derecho a la vida familiar y en virtud de ello merece protección, también, y como contracara, genera responsabilidad a quienes así deciden llevar adelante su proyecto familiar.

Por otra parte, la protección de la vivienda familiar (art. 522, CCiv.yCom.) constituye una verdadera herramienta de reaseguro de un derecho humano básico como lo es contar con un hábitat para desarrollar todos los derechos fundamentales (6). Pero como es necesario garantizar la seguridad jurídica, esta protección queda reservada sólo a las uniones convivenciales que se registren.

Por lo tanto, el régimen primario obligatorio responde a principios de solidaridad y responsabilidad familiar, como así también a la protección de derechos humanos fundamentales (7), piso mínimo de reconocimiento de derechos a esta modalidad o tipo de familia.

El segundo límite a la autonomía de la voluntad, previsto en el art. 515 CCiv.yCom., requiere de mayores precisiones.

IV. Contenido de los pactos de convivencia: ¿Qué no se puede pactar? ¿Qué se puede pactar válidamente?

Los miembros de una unión convivencial pueden celebrar: i) pactos de convivencia, o ii) convenir las consecuencias jurídicas de la unión una vez producido el cese de la convivencia. En el primer caso, pueden referirse al reconocimiento o extensión de efectos jurídicos durante la convivencia y también establecer previsiones ante una futura y eventual ruptura.

En el segundo caso, aquellos convenios que se celebren una vez concluida la vida en común servirán para resolver las eventuales diferencias respecto de las pretensiones de cada uno de ellos una vez producido el quiebre; es decir, funcionan como mecanismo de autocomposición de posibles conflictos concomitantes al quiebre, como, por ejemplo, quién continuará habitando la vivienda común o de qué modo se distribuyen los bienes comunes. Este tipo de acuerdos se asemejan al convenio regulador previsto para el divorcio (art. 439, CCiv.yCom.), dejando desde ya aclarado que todas las previsiones relacionadas al ejercicio de la responsabilidad parental, al cuidado de los hijos o a la obligación alimentaria respecto de ellos son exactamente iguales, sean los hijos matrimoniales o no, en virtud del principio de igualdad de efectos en las filiaciones. Las diferencias de regulación entre matrimonio y uniones convivenciales se relacionan con los efectos jurídicos entre los adultos, pero no respecto de los hijos.

En ambos supuestos se trata de pactos relacionados a los efectos jurídicos de una unión convivencial, es decir, son negocios jurídicos familiares, en los cuales las partes se encuentran o se encontraron unidas en un proyecto de vida en común, circunstancia que incide fuertemente en la posterior interpretación de los pactos. No se exige patrocinio letrado para su confección, pero sin dudas resulta de suma conveniencia el asesoramiento jurídico a las partes, dado el carácter de negocio jurídico del pacto.

Los pactos de convivencia que regulen los efectos durante la convivencia se extinguen hacia el futuro ante el cese de la convivencia (art. 516, última parte, CCiv.yCom.). Pero, lógicamente, no se extinguen aquellos que realicen en previsión de una futura ruptura, porque justamente es el quiebre la circunstancia prevista para la regulación convenida.

En esta oportunidad me concentraré en las convenciones que realizan los miembros de una unión convivencial para establecer los alcances jurídicos de su vida en común, tanto durante la convivencia como en previsión de una futura ruptura, dejando de lado aquellos acuerdos a los cuales se arribe una vez finalizada efectivamente la convivencia. Y analizar en qué consiste el límite impuesto por afectación del orden público, el principio de igualdad o por afectación de derechos fundamentales del art. 515, CCiv.yCom., en este tipo de pactos de convivencia.

1. Aquello que no se puede pactar válidamente

En primer lugar, son de objeto prohibido las estipulaciones que establezcan un trato desigual entre los convivientes, como, por ejemplo, que uno de ellos deba someterse a las decisiones del otro (una suerte de "esclavitud"); o que no podrá desarrollar tal o cual actividad fuera del hogar; o que deban habitar en un lugar determinado. Ello por afectación directa de derechos fundamentales y de la dignidad de las personas, conforme el art. 515, y en correspondencia con la regulación del objeto de los actos jurídicos (art. 279, CCiv.yCom.) y del objeto de los contratos (art. 1004, CCiv.yCom.).

Pero, además, carecen de relevancia jurídica aquellas cláusulas que establezcan la obligación de cumplimiento de deberes de tipo personal. Por ejemplo, que impongan el deber de fidelidad entre los convivientes, incluso bajo pena de aplicación de alguna cláusula penal, del tipo: "si A es infiel deberá abonar a B la cantidad de...", pues la amenaza de coerción económica transforma en patrimonial un típico contenido personal, como lo es la exclusividad sexual, incoercible en términos jurídicos y perteneciente al ámbito de reserva protegido por el art. 19 de la Constitución Nacional. Máxime ante la regulación de los deberes matrimoniales del art. 431, CCiv.yCom., que establece el contenido estrictamente moral del deber de fidelidad entre cónyuges, propio del espacio de reserva e intimidad de los cónyuges y sin consecuencias jurídicas, ni en el ámbito del derecho matrimonial ni tampoco en el de la responsabilidad por daños y perjuicios (8).

Tampoco se puede condicionar el reconocimiento de algún efecto a un acontecimiento posterior que provoque una limitación a derechos fundamentales, como por ejemplo: "en caso de ruptura, la atribución de la vivienda familiar corresponderá a A, siempre que no inicie una posterior convivencia", sea ésta indeterminada o con determinada persona o, inclusive, con determinada orientación sexual. Se tendrá por no escrita la condición, por

afectar de modo grave la libertad de la persona (art. 344, CCiv.yCom.).

Se trata de ejemplos, sin pretender agotar las posibilidades que provengan de la casuística. La nota característica es que los derechos fundamentales de los miembros de una unión se convierten en una barrera infranqueable para la validez y/o eficacia de los acuerdos que celebren.

2. Cuestiones que se pueden pactar

A modo ejemplificativo y, por tanto, de carácter sólo enunciativo, el art. 514, CCiv.yCom., establece cuáles son las cuestiones que se pueden regular a través de un pacto de convivencia, sea durante la convivencia (como la contribución a las cargas del hogar, inc. a, o frente a la ruptura (como la atribución del hogar común, inc. b, o la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común, inc. c). En definitiva, como ya se manifestó, los miembros de una unión convivencial pueden organizar jurídicamente su convivencia y/o establecer sus efectos en previsión de una futura ruptura, todo en un mismo pacto.

Durante la convivencia, si bien la contribución a los gastos domésticos es obligación de ambos convivientes (art. 520, CCiv.yCom.) e integra el régimen primario inderogable (art. 513, CCiv.yCom.), su alcance es pasible de acuerdo, ante la expresa remisión al art. 455, CCiv.yCom. Esta norma dispone que el deber de contribución al propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, o de los hijos menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad de uno de ellos pero que conviven con ambos, es de ambos, pero en proporción a sus recursos. Por lo tanto, ambos convivientes podrán acordar de qué manera darán cumplimiento a este deber de contribución, teniendo en cuenta para ello los recursos de cada uno de ellos (por ejemplo, estableciendo qué gastos asume cada uno; o porcentuales diferenciados), o, incluso, contribuyendo con las funciones a ejercer en el ámbito doméstico, ya que el trabajo en el hogar es una modalidad de cumplimiento de la contribución a las cargas (art. 451, última parte, CCiv.yCom.).

El deber de asistencia entre convivientes se establece sólo durante la convivencia (art. 519, CCiv.yCom.) e integra el régimen obligatorio e inderogable. Sin embargo, podrán pactar la continuación de tal asistencia incluso luego de la ruptura de la convivencia, al igual que los cónyuges pueden convenir el mantenimiento de la obligación alimentaria luego del divorcio (art. 432, primer párrafo, y art. 434, último párrafo, CCiv.yCom.). Pueden pactar entonces la procedencia, cuantía, modalidad de pago, posibles incrementos o causas de cese.

Asimismo, podrían pactar una retribución a un conviviente por la colaboración que preste en la actividad empresarial o comercial del otro (y quién asume la carga del pago de la retribución), figura a mitad de camino entre una relación laboral, de tipo colaborativo o societaria, dada la íntima relación afectiva entre los miembros de la unión convivencial.

También podrán pactar cuestiones referidas a las relaciones económicas entre ellos (art. 518, CCiv.yCom.). Podrán convenir la administración conjunta de todos los bienes que cualquiera de ellos adquiera; una administración diferenciada respecto de determinados bienes (por ejemplo, que A administre el campo y B los departamentos) o imponerse mutuamente la exigencia de asentimiento para la disposición de todos o determinados bienes.

Como este tipo de pactos puede afectar derechos a terceros, para ser oponibles deben ser inscritos tanto en el registro de las uniones convivenciales como en los registros correspondientes a los bienes que involucren (art. 517, CCiv.yCom.). Si nada pactan, "cada integrante de la unión ejerce libremente las facultades de administración y disposición de los bienes de su titularidad", con las restricciones referidas a la vivienda familiar, incluidos los muebles (art. 518, CCiv.yCom.).

A su vez, y en previsión de una futura ruptura, pueden pactar la forma de distribuir los bienes que adquieran, sea en forma conjunta (en condominio) o en forma individual. Es decir, como los bienes que cada uno adquiere durante la convivencia integran su patrimonio, al cese de la convivencia se mantendrán en el patrimonio al que ingresaron (art. 528, CCiv.yCom.). Pero es materia pactable. Por lo tanto, podrán acordar que, independientemente de cuál de los convivientes titularice un bien determinado o todos, serán distribuidos en partes iguales o en otras cuantías o proporciones que estimen equitativas. Ciertamente, este tipo de pacto tiene efectos inter partes, no alterando la titularidad de los bienes ni afectando eventuales derechos de terceros, sean acreedores de uno u otro de los miembros de la unión convivencial o incluso sus herederos —ya que la muerte es una de las causas de cese previstas (art. 523, inc. a, CCiv.yCom.), pero que provoca la transmisión patrimonial sucesoria— (9).

Los efectos jurídicos previstos en el Código Civil y Comercial una vez finalizada la convivencia son: a) la compensación económica (arts. 524 y 525, CCiv.yCom.); b) la atribución del uso de la vivienda familiar (art.

526, CCiv.yCom.) y c) la atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes (art. 527, CCiv.yCom.) (10). Estos efectos no integran el régimen primario obligatorio, por lo tanto, son materia de pacto o acuerdo. Ante la falta de acuerdo, se tornan aplicables las normas supletorias y, en la medida en que se configuren los presupuestos fácticos que cada una de ellas impone, resultarán exigibles. Es decir, no proceden en forma automática, sino que requieren que se presenten ciertas y determinadas circunstancias para evaluar su procedencia.

La compensación económica constituye una herramienta legal que tiene por finalidad compensar el desequilibrio económico que dicho quiebre produjo entre los miembros de tal proyecto (11). Propicia la superación de la pérdida económica que la finalización de la vida en común puede provocar en alguno de los cónyuges o convivientes, especialmente cuando la unión (convivencial o matrimonial) y su ruptura haya producido una desigualdad entre las capacidades de ambos para obtener ingresos.

No es una prestación alimentaria, ni indemnizatoria, aunque presente similitudes con ambas figuras, al igual que con la noción del enriquecimiento sin causa. Su naturaleza jurídica es sui géneris y es una obligación de carácter patrimonial. Para ser procedente, requiere que se configuren ciertas circunstancias fácticas: un desequilibrio económico manifiesto, que signifique un empeoramiento de un conviviente frente al otro y, además, que sea a causa de la convivencia y su cese. Es decir, la circunstancia de haber llevado adelante un proyecto de vida en común y su quiebre deben ser las causas de la peor situación económica de uno de los convivientes respecto del otro.

Como no integra el régimen obligatorio, los convivientes podrán pactar diversas cuestiones, como por ejemplo:

a) su procedencia, independientemente de la configuración de los elementos exigidos por el art. 524, CCiv.yCom., en favor de uno de ellos, determinado o determinable al momento de la ruptura según ciertos parámetros preestablecidos por ellos mismos. Por ejemplo: "si se produce la ruptura, A recibirá una compensación económica de xxx... a cargo de B" o "si se produce la ruptura, aquél de los dos que esté desocupado, por carecer de un empleo formal y remunerado, recibirá del otro una compensación económica de xxx...";

b) además de su procedencia, la cuantía y modalidad de pago; causas de modificación y cese; etc.;

c) que, ante una eventual ruptura de la unión, ninguno de los dos exigirá al otro, compensación económica. O que uno de los convivientes, determinado o determinable, no reclamará compensación.

La atribución del uso de la vivienda familiar es otro de los efectos previstos y el art. 526, CCiv.yCom., establece cuáles son los supuestos de procedencia; el plazo de duración de tal uso y las consecuencias jurídicas de la atribución. Sin embargo, como es materia pactable, los convivientes podrán determinar todas estas cuestiones, aun con diferentes alcances que los previstos en dicho artículo. Por ejemplo, que dicha atribución sea procedente ante otros supuestos, como el mero quiebre: "producida la ruptura, el uso del inmueble xxx, sede de la unión convivencial, será atribuido a A"; o durante el plazo que consideren adecuado: "...atribución cuya duración será de 5 años". También podrán pactar sus efectos jurídicos, por ejemplo: "durante el plazo de la atribución pactada en favor de A, éste deberá soportar en forma íntegra el pago de impuestos, tasas y servicios del inmueble"; o sus causas de cese: "la atribución convenida cesará por la falta de uso del inmueble por un período igual o superior a los tres meses, ininterrumpidos". Es decir, podrán desplegar sus propias decisiones, ajustándolas a las necesidades particulares de sus realidades familiares y el art. 526, CCiv.yCom., puede servir de guía, pero no es necesariamente la forma indiscutible de organizar quién, cómo y hasta cuándo seguirá usando la vivienda familiar. Por supuesto que resultan aplicables las disposiciones respecto de los actos jurídicos, siendo inadmisibles las condiciones que afecten la libertad, dignidad u otros derechos fundamentales de alguno de los miembros de la unión convivencial.

También podrán acordar el uso de la vivienda ante la muerte de uno de los convivientes, en las condiciones y extensión que convengan, al igual que si el cese se produce en vida.

Pero en ambos casos de atribución, su oponibilidad a terceros es limitada: en el caso de atribución en vida, frente a los terceros sólo es oponible a partir de su inscripción registral (art. 526, CCiv.yCom.). Y en caso de muerte, es oponible a los herederos del conviviente fallecido, pero inoponible a sus acreedores (art. 527, CCiv.yCom.). Fundamentan estas limitaciones razones de seguridad jurídica y protección de derechos a terceros ajenos a la relación familiar.

¿Podrían los convivientes acordar en un pacto la aplicación integral del régimen de comunidad de bienes, previsto como régimen patrimonial del matrimonio? Si bien extraño, sería factible, ya que una remisión

genérica al régimen patrimonial matrimonial no excede los límites impuestos a la autonomía de la voluntad de los convivientes (12).

V. Eficacia de los pactos convivenciales en previsión de la ruptura

En el apartado anterior analizamos cuáles son las materias que válidamente pueden integrar el contenido de un pacto de convivencia, sea para regir durante ella o en previsión de una futura ruptura. Es decir, nos referimos a la validez del contenido de un pacto de convivencia. Sin embargo, debemos detenernos en analizar la eficacia de ellos, fundamentalmente de aquéllos celebrados para surtir efectos una vez que se produzca la ruptura de la convivencia. Y, más específicamente, aquellos que consisten en excluir uno o más efectos jurídicos del cese de la unión convivencial.

En concreto: como los efectos que no integran el régimen primario o piso mínimo obligatorio pueden ser materia de pacto, los convivientes pueden acordar, por ejemplo, que ninguno de ellos deberá a otro la compensación económica. O que uno, determinado o determinable, renuncia a efectuar al otro reclamo de compensación económica. Un pacto así es válido, porque no "deja sin efecto lo dispuesto en los arts. 519, 520, 521 y 522" (art. 513, CCiv.yCom.). Además, si bien no es pacífica la doctrina extranjera respecto de la naturaleza jurídica de las pensiones compensatorias o prestación compensatoria, es coincidente en el carácter patrimonial (13) de este efecto jurídico tanto del divorcio o de la nulidad matrimonial, como, en la legislación argentina, del cese de las uniones convivenciales.

Sin embargo, producido el quiebre, ¿es eficaz? ¿Es suficiente para excluir los efectos jurídicos de carácter patrimonial del cese de la unión? Por ejemplo, ante una demanda de fijación de compensación económica, ¿bastará oponer un pacto de convivencia en el que excluyeron su reclamo para que se declare improcedente la demanda?

En principio, resulta necesario recordar que tanto la compensación económica (art. 524, CCiv.yCom.) como la atribución de la vivienda familiar (art. 526, CCiv.yCom.) no proceden en forma automática ante el mero cese de la unión convivencial, pues requieren que se configuren los presupuestos fácticos establecidos. Y, además, deber ser peticionados, funcionan a pedido de parte, ya que son de carácter dispositivo. Pero si se considerara válida una renuncia anticipada, ni siquiera sería posible acreditar que tales circunstancias de hecho se presentan (en la compensación, un desequilibrio notorio que implique un empeoramiento en la situación patrimonial de un conviviente respecto a otro y cuya causa radique en la unión convivencial desarrollada y su cese).

Por otra parte, se debe tratar de un pacto celebrado con discernimiento, intención y libertad (art. 260, CCiv.yCom.); por lo tanto, celebrado sin vicios en el consentimiento prestado, sin presiones ni intimidaciones y con pleno conocimiento de las consecuencias de éste. Es decir, un pacto plenamente válido.

Luego, si bien centro el análisis en la compensación económica, lo mismo cabe para un acuerdo respecto de otros efectos, como la atribución de la vivienda familiar o la forma de distribuir los bienes adquiridos durante la unión.

La cuestión se relaciona con el clásico principio *rebus sic stantibus*, es decir, con las alteraciones sustanciales e imprevisibles que pudieran haberse producido desde la celebración del acuerdo hasta el momento en que se pretende su aplicación.

En efecto, durante el transcurso de un largo período de tiempo entre la firma de un pacto y su efectiva aplicación, pueden sobrevenir circunstancias no previstas en el momento de la celebración, que modifiquen drásticamente la proporcionalidad del acuerdo: nacimiento de hijos, dificultades laborales, de salud, mayor edad, etc. O que, lisa y llanamente, de haberse presentado tales circunstancias al momento de su celebración, el acuerdo en cuestión no se hubiese convenido con los mismos alcances.

Es que si bien la autonomía de la voluntad es esencial a las uniones convivenciales y sus pactos, lo cierto es que, de mantenerse a ultranza, podría provocar una situación gravemente inequitativa y, por lo tanto, abusiva (art. 10, CCiv.yCom.).

Se trata de la imprevisión prevista en el art. 1091, CCiv.yCom., para plantear extrajudicial o judicialmente la resolución total o parcial de un contrato, o su adecuación, ya que la alteración extraordinaria de las circunstancias tornó excesivamente gravoso para quien renunció en forma anticipada a un efecto propio del quiebre de la unión convivencial.

Esta morigeración a la eficacia de la autonomía de la voluntad, aun en el ámbito de las relaciones de familia, se

presentó, por ejemplo, en una conocida sentencia inglesa. En el año 2010, la Supreme Court del Reino Unido dictó sentencia en el caso "Radmacher v. Granatino", en la cual se debatían los alcances de un acuerdo prematrimonial celebrado entre una rica heredera alemana y su novio francés, quien renunciaba, en caso de divorcio, a cualquier derecho económico que pudiera reclamar a su novia. Si bien se trató de un pacto prematrimonial (es decir, no de un pacto de convivientes no matrimoniales), resulta interesante la actividad jurisdiccional desplegada por el Tribunal Supremo del Reino Unido, según lo explica Jens Scherpe (14): "La segunda fase del test de la Supreme Court se refiere al contenido del acuerdo. El acuerdo tendrá efecto a menos que en las circunstancias vigentes en el momento de su ejecución no fuera justo su mantenimiento. Esto es así, en especial (aunque no exclusivamente), cuando el acuerdo: '...intenta hacer frente a las contingencias, desconocidas y a menudo imprevistas, de la futura relación de la pareja, puesto que hay mayor margen para que lo que les suceda con el paso de los años pueda convertir en injusto sujetarles al acuerdo. Las circunstancias de las partes con el tiempo pueden cambiar de modos o hasta límites que no podían preverse o simplemente no se previeron. Ello será más frecuente en función de la mayor duración del matrimonio'. De ahí que la atención se centre en el momento en que el acuerdo se invoca, y lo que se examina es si el resultado en caso de que se siga el acuerdo es justo o injusto y, en la terminología que aquí se sugiere, coherente o incoherente. En consecuencia, incluso si la conducta en el momento de la conclusión del acuerdo era completamente inobjetable y el resultado —de haberse ejecutado el acuerdo en ese momento— justo, la ley podrá, por razones políticas (es decir, para proteger al cónyuge más débil y a los menores) anular la decisión original autónoma de la pareja y dar un peso menor o nulo al acuerdo matrimonial, simplemente si el resultado en el momento en que se invoca el acuerdo es injusto o inconsciente. En otras palabras, la ley protege a los cónyuges de sus propias decisiones autónomas originales".

Por lo tanto, sin perjuicio de la validez de un pacto por el cual uno o ambos convivientes excluyan la procedencia de reclamo de alguno de los efectos jurídicos previstos por la regulación jurídica para el cese de las uniones convivenciales, su eficacia estará condicionada a las circunstancias fácticas del momento en el cual se pretende hacer efectivo, y considerar "si ha tenido lugar o no un cambio de circunstancias que haga aquella renuncia insostenible"(15).

El Código de Familia de Cataluña (año 2010) introduce una novedosa y detallada regulación de los acuerdos prematrimoniales en previsión de una futura ruptura, tema que genera un interesante y fecundo debate entre los juristas catalanes y de toda España. Justamente con relación a la eficacia de la renuncia a alguno de los efectos jurídicos, se sostiene: "Por último, es característico de la regulación catalana (art. 231-20,5), la posibilidad de que el juez declare ineficaz un acuerdo con previsiones para el caso de ruptura, nacido válido, cuando, al momento de ejecutarse el resultado es gravemente perjudicial para uno de los cónyuges como consecuencia de un importante cambio de las circunstancias en las que éste se tomó. Para que dicha causa de impugnación prospere es necesario que el resultado perjudicial fuera imprevisible al momento de la firma del acuerdo, de tal suerte que las circunstancias que lo generan sean del todo fortuitas. Dada la excepcionalidad de la medida, el cónyuge que así lo demande debe asumir la carga de la prueba"(16).

VI. Algunas conclusiones provisorias

Ante la difícil tarea de regular las uniones convivenciales, el Código Civil y Comercial argentino sistematiza una de las formas de ejercer el derecho a la vida familiar de un modo equilibrado. Y ello en un doble aspecto: tanto respecto del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las personas que conforman una familia sin contraer matrimonio —por diferentes razones— pero, a su vez, haciéndolos responsables de los vínculos familiares que generan, como también diferenciando los dos tipos familiares: aquél proveniente de un matrimonio y el que emerge de una unión convivencial.

Una de las herramientas indispensables para asegurar el ejercicio de la autonomía de la voluntad es, indudablemente, la celebración de pactos de convivencia dentro de los límites generales y específicos explicados. Si bien se trata de verdaderos pactos, no resulta conveniente su asimilación total a los contratos, dado el particular tipo de vínculo de carácter familiar entre los miembros de una unión, cuestión que incide fuertemente en la interpretación de aquello convenido.

Con la sanción del Código Civil y Comercial argentino se abre una interesante etapa: la de su implementación. Seguramente, las uniones convivenciales y, en particular, los pactos de convivencia, requerirán de un cuidadoso análisis y estudio, pues se trata de una verdadera novedad en el ordenamiento jurídico. Como todas las novedades, genera reacciones: la resistencia o la búsqueda de una implementación acorde al diseño normativo. Sin dudas, la segunda opción es la más estimulante. Bienvenido sea el desafío de plasmar en la realidad un Código Civil estructurado en principios y valores constitucionales y convencionales, y destinado a regir la vida cotidiana y concreta de personas reales.

(*) Abogada Especialista en Derecho de Familia. Profesora titular ordinaria de Derecho de Familia y Sucesiones del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur (UNS). Docente-investigadora Categoría III otorgada por el Programa de Incentivos a Docentes-investigadores conforme resolución conjunta de la Secretaría de Políticas Universitarias 1 y SACT 1, del 12/1/2009, de la CONEAU, Categorización 2009.

(1) Para el estudio de la justificación de la regulación jurídica a las uniones convivenciales ver, entre otros: de la Torre, Natalia, "Algunas consideraciones en torno a la regulación proyectada en las uniones convivenciales. El difícil equilibrio entre el principio de autonomía y la solidaridad familiar", en Graham, Marisa y Herrera, Marisa (dirs.), *Derecho de las familias, infancia y adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea*, y Infojus, Buenos Aires, 2014, p. 325; Lloveras, Nora; Orlandi, Olga y Faraoni, Fabián, comentarios a los arts. 509 a 528, en *Tratado de derecho de familia según el Código Civil y comercial de 2014*, t. II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 9 a 236; Lamm, Eleonora y Molina de Juan, Mariel, "Efectos patrimoniales del cese de las uniones convivenciales", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2014-3, *Uniones Convivenciales*, enero 2015, p. 281.

(2) Kemelmajer de Carlucci, Aída, "La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino", en Graham, Marisa y Herrera, Marisa (dirs.), *Derecho de las familias...*, cit., p. 17.

(3) La regulación de las uniones convivenciales del Código Civil y Comercial argentino difiere de los pactos civiles de solidaridad (PaCS) del derecho francés, pero el contexto en el cual emerge es similar. Respecto de los PaCS, se ha sostenido: "El PaCS se inscribe en el proceso de contractualización de la vida conyugal que desde los años setenta viene caracterizando el derecho de la familia de los países desarrollados. De hecho, el combate feminista por la igualdad de las mujeres y la generalización de la unión libre han permitido la emergencia de un instituto como el PaCS. Según A. Guiddens, fueron las mujeres el motor de la democratización de la vida familiar al hacer del matrimonio un contrato entre individuos iguales capaces de deliberar, negociar y elegir entre diferentes cursos posibles de acción". Borrillo Daniel, "El pacto civil de solidaridad: ¿contractualización del matrimonio o matrimonialización de la convivencia more uxorio?", AP AP/DOC/1766/2012. Y específicamente en relación a la "contractualización de la familia", Aída Kemelmajer de Carlucci explica: "Por 'contractualización de la familia' se entiende el hecho de otorgar relevancia cada vez mayor a los acuerdos de voluntad en la organización de las relaciones familiares. La tendencia no se reduce, pues, a los convenios que contienen vínculos obligacionales cuyo objeto es susceptible de tener valoración económica y que responden a un interés, aunque no sea económico del acreedor. Comprende también, otro tipo de acuerdos que no son susceptibles de tener valoración económica. La terminología utilizada no es unívoca. Algunos prefieren no mencionar a la contractualización y se refieren al 'poder de los cónyuges de regular autónomamente sus intereses recíprocos', o a la 'auto-regulación'; otros al negocio jurídico de la vida familiar, expresión suficientemente amplia para comprender una fenomenología de amplio espectro". Kemelmajer de Carlucci, Aída, "La autonomía de la voluntad...", cit., p. 6.

(4) Similares en tanto requieren del acuerdo de voluntades para regular las relaciones jurídicas entre ellos. Pero diferentes a los contratos en sentido estricto, ya que no es necesario que sean íntegramente bilaterales o unilaterales —pueden contener cláusulas con obligaciones o contraprestaciones a cargo de una parte y no de la otra, y también cláusulas con obligaciones recíprocas—, ni tampoco son clasificables como onerosos o gratuitos, ya que su finalidad es establecer la regulación de efectos jurídicos de la convivencia. Se trata, en definitiva, de negocios jurídicos de tipo familiar.

(5) Así lo establece en forma expresa el art. 516, CCiv.yCom. Para ampliar, ver Lloveras, Nora; Orlandi, Olga y Faraoni, Fabián, comentarios a los arts. 509 a 528, cit., p. 109.

(6) El Código Civil y Comercial se ocupa de proteger este derecho humano esencial no sólo en relación a los núcleos familiares (sean matrimoniales o convivenciales) sino también respecto de toda persona, conforme se regula en el capítulo 3 del título II del Libro primero.

(7) Para el estudio del alcance particular de cada uno de los artículos mencionados, ver: Lloveras, Nora; Orlandi, Olga y Faraoni, Fabián, comentarios a los arts. 509 a 528, cit., ps. 9 a 236; Pellegrini, María Victoria, "Las uniones convivenciales en el anteproyecto de Código Civil", JA 2012-II-1255 y ss.

(8) La coherencia del sistema jurídico del Código Civil y Comercial impone tal solución. En efecto, la eliminación del contenido jurídico del deber de fidelidad se condice con la previsión legal de una única modalidad de acceder al divorcio, de tipo incausado, en el cual no trascienden jurídicamente los motivos que provocaron el quiebre matrimonial. Pero tampoco inciden en el derecho de daños. En los Fundamentos al Anteproyecto, enfáticamente se afirma: "Los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema general de la responsabilidad civil son aquellos que no tienen su causa en el vínculo matrimonial en sí mismo ni en los

deberes que de él emanan, sino en la condición de persona. Se separa, así, lo relativo al vínculo matrimonial del derecho de daños".

(9) Sin embargo, resultará sumamente útil al respecto recurrir al testamento como forma de organizar voluntariamente la transmisión sucesoria (art. 2462, CCiv.yCom.), teniendo en cuenta la disminución de las legítimas hereditarias que incorpora el Libro quinto del Código Civil y Comercial. Se deja aclarado que no se les reconoce vocación sucesoria a los miembros de una unión convivencial (arts. 2424 y 2444, CCiv.yCom.). Es otro reconocimiento legal a la autonomía de la voluntad.

(10) Una vez cesada la convivencia, probablemente se planteen controversias respecto de la distribución de los bienes adquiridos durante la unión, cuestión que es materia de pacto, conforme fuera explicado, y que, a falta de pacto, resuelve el art. 528, CCiv.yCom.

(11) Para un análisis más pormenorizado sobre la compensación económica, efecto previsto tanto ante la ruptura matrimonial como de una unión convivencial, compulsar: Molina de Juan, Mariel F., "Compensaciones económicas en el divorcio. Una herramienta jurídica con perspectiva de género", RDF 57-187, AP AP/DOC/4234/2012; Pellegrini, María Victoria, "Efectos del divorcio", en Kemelmajer de Carlucci, Aída; Lloveras, Nora y Herrera, Marisa (dirs.), Tratado de derecho de familia, t. I, y Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 412/479; "La compensación económica en la reforma del Código Civil argentino", en Graham, Marisa y Herrera, Marisa (dirs.), Derecho de las familias..., cit., ps. 349/388.

(12) Sin embargo, en España esta cuestión es debatida; fundamentalmente ante la inexistencia de una regulación jurídica integral y nacional de las uniones convivenciales. Molina de Juan y Lamm comentan: "Esta cuestión ha sido ampliamente tratada por la doctrina y la jurisprudencia española. Una tesis, con fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad, admite la posibilidad de acordar la implementación de la sociedad universal de ganancias. El TS español, en una sentencia de 30 de octubre de 2008 abunda en esta idea: 'Esa diferencia entre la unión de hecho y el matrimonio, y la voluntad de eludir las consecuencias derivadas del vínculo matrimonial que se encuentra ínsita en la convivencia more uxorio, la que explica el rechazo que desde la jurisprudencia se proclama de la aplicación por analogía legis de las normas propias del matrimonio, entre las que se encuentran las relativas al régimen económico matrimonial; lo que no empece a que puedan éstas, y, en general, las reguladoras de la disolución de comunidades de bienes o de patrimonios comunes, ser aplicadas, bien por pacto expreso, bien por la vía de la analogía iuris —como un mecanismo de obtención y de aplicación de los principios inspiradores del ordenamiento a partir de un conjunto de preceptos y su aplicación al caso no regulado—, cuando por facta concludentia se evidencie la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común (sentencias de 22 de febrero y de 19 de octubre de 2006), pues los bienes adquiridos durante la convivencia no se hacen, por ese mero hecho, comunes a los convivientes, sino que pertenecen a quien los ha adquirido, salvo que, de forma expresa o por medio de hechos concluyentes se evidencie el carácter común de los mismos (sentencia de 8 de mayo de 2008)'. Otra la niega argumentando que el matrimonio es la 'conditio iuris' de su aplicación y que este régimen se inicia con el matrimonio, aunque hubiera habido convivencia anterior (no se retrotrae al momento de inicio de la convivencia por más que luego se hubieran casado). La resolución española de la DGRN de 7 de febrero de 2013 adhiere a esta última postura. Si bien los miembros de una pareja de hecho pueden pactar lo que deseen a efectos de regular su economía, no pueden remitirse genéricamente a un régimen como el de la sociedad de gananciales (aunque puedan llegar casi a los mismos efectos con pactos concretos". Lamm, Eleonora y Molina de Juan, Mariel, "Efectos patrimoniales...", cit., p. 281.

(13) Respecto de las discusiones sobre la naturaleza jurídica de la compensación económica, ver: Molina de Juan, Mariel F., "Compensaciones económicas...", cit.

(14) Scherpe, Jens M., "Los acuerdos matrimoniales en Inglaterra y Gales tras Radmacher v. Granatino", Indret 2/12, Barcelona, abril 2012, www.indret.com/pdf/890_es.pdf (compulsado el 28/3/2015).

(15) Roca i Trias, Encarna, Libertad y familia, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 103.

(16) Cervilla Garzón, María D., "Los acuerdos con previsiones de ruptura en el Código de Familia de Cataluña y en el derecho norteamericano", Diario La Ley, nro. 8011, Sección Doctrina, 29/1/2013, ref. D-34,; LL 14/2013; www.laleydigital.es (compulsado el 19/11/2014). Resulta interesante señalar que, entre las características del sistema catalán, la autora señala la exigencia de reciprocidad de la renuncia de derechos en los siguientes términos: "e. Se incluye, como requisito de validez de los pactos que contengan una renuncia de derechos, la reciprocidad de éstos y su claridad (art. 231-20, 3). No existe tradición en la jurisprudencia española en exigir tal reciprocidad, pues los pronunciamientos judiciales favorables a dotar de validez la renuncia de la pensión compensatoria no lo incluyen como requisito del que dependa su eficacia. Sin embargo, esta opción me parece elogiada pues evita que pueda tacharse el acuerdo de 'no equitativo', aun cuando el

resultado fuese más favorable para la parte económicamente más débil, lo que sucede cuando el que lleva a cabo la renuncia es económicamente más potente. Ahora bien, el calificativo de 'más favorable' no puede ni debe aplicarse a una situación no resuelta; a saber, el hecho de que el renunciante sea, en el momento de celebrar el contrato, el sujeto que cuenta con una mejor situación económica de partida, no quiere decir, necesariamente, que lo sea cuando el acuerdo despliegue sus efectos, es decir, cuando tiene lugar la ruptura. De ahí la importancia de constatar una igualdad formal, que se alcanza con el requisito de la reciprocidad, y que evita que, en el futuro, pueda ésta convertir en una desigualdad real que pudiera afectar a la validez de lo consensuado. El principio de claridad, impide una interpretación extensiva de su contenido, priorizando la interpretación estricta de lo pactado". Probablemente contribuya a una buena práctica la previsión de renunciaciones recíprocas al momento de la confección de los pactos de convivencia en miras de una mayor probabilidad de eficacia al momento de la ruptura.