

LA LEGITIMACIÓN DEL CONCUBINO PARA SOLICITAR RESARCIMIENTO POR DAÑOS Y PERJUICIOS

Por *Marina Andrea Riba**

1. EL TEMA

En nuestro derecho privado la situación de los concubinos o convivientes carece de una regulación integral, comprensiva de sus diversas facetas y problemáticas, pese a que, desde un reconocimiento de la realidad social imperante, se ha avanzado en regulaciones parciales¹, el concubinato sigue siendo, a la fecha, una situación de hecho.

Las razones ideológicas, morales y hasta religiosas han teñido muchas veces las discusiones y soluciones, aunque también argumentos técnicos han jugado un papel de relevancia.

*Jefe de trabajos prácticos de la cátedra de filosofía del derecho de la facultad de derecho y ciencias sociales de la UCC. Miembro asistente del Instituto de Derecho Civil de la UCC. Asistente de Magistrado en el Poder Judicial de la provincia de Córdoba.

¹ Se lo considera en materia sucesoria para excepcionar la exclusión del cónyuge como heredero si hubiese contraído nupcias dentro de los treinta (30) días anteriores al deceso del causante (art. 3575, CC) y ha sido plenamente admitido a los fines provisionales, acogiendo al conviviente bajo su resguardo, con la posibilidad de ser beneficiario de la obra social de su compañero y con el otorgamiento de una pensión derivada (conf. art. 53 de la ley 24.241); aceptando su legitimación a recibir una indemnización por muerte en la legislación laboral (art. 248 de la ley 21.297) y aun determinando su derecho a continuar la locación iniciada por el concubino (art. 10 de la ley 21.342).

No obstante, aún siendo el concubinato un hecho y no un derecho, es un hecho del que pueden derivar derechos. De la situación o estado de concubinato pueden inferirse intereses jurídicos dignos de tutela, deberes, obligaciones y cargas, sea de los concubinos entre sí, sea de estos respecto de terceros.

Un problema particular lo plantea la temática del derecho de daños. Es debatido en doctrina y jurisprudencia si una persona se encuentra legitimada a reclamar un resarcimiento por daños ocasionados con motivo de la muerte del concubino.

Este problema se encuentra agravado en materia de daño moral, por existir en nuestro derecho vigente una regla de legitimación restringida y taxativa.

Examinaremos las tendencias actuales en la materia.

2. DAÑOS PATRIMONIALES

En materia de daños patrimoniales, no se plantean demasiadas discusiones en la actualidad².

En la materia, al no exigirse relación con la víctima como presupuesto de la acción ni existir pautas limitativas de la legitimación, basta la comprobación de los presupuestos generales de la responsabilidad para que el concubino tenga acceso a una vía resarcitoria.

Así la ciencia jurídica nacional se muestra mayoritaria al acordar legitimación a la concubina/o para el reclamo de los daños y perjuicios materiales acaecidos por la muerte de su compañero/a, estando esa legitimación reglada dentro de los términos del art. 1079 y conc. del Código Civil³.

² Cabe reconocer, sin embargo, que el carácter no legal de la unión y la férrea tradición nacional en materia de indisolubilidad del matrimonio y defensa del mismo ante uniones efectuadas a su margen, impuso que el concubino/a fuera rechazado/a como legitimado/a activo/a para reclamar por la muerte de su compañero/a. Luego, los hechos avanzaron más que el derecho y, se fue abriendo camino el criterio de que, en la realidad, el concubino/a, como compañero/a de años, muchas veces padre de los hijos de ambos, tenía derecho a la reparación del daño que le provocaba la falta de su concubino/a.

³ Véase —verbigracia— Cám. Civ. y Com. de Junín, 20 de agosto de 1986, M., G. R. y otra c. Transp. El Resero, *LLBA*, 1996-1140, Cámara Civil y Com.

Se exige que el interés de la concubina, aun cuando no constituya el presupuesto de un derecho subjetivo⁴, sea suficientemente estable y cierto, y el daño resarcible recaído sobre aquel, resulte acreditado.

En efecto, para que el reclamo sea viable es condición *sine qua non* que el reclamante acredite el daño patrimonial causado por la muerte

Federal N° 1, sala I, en autos: “Gómez, Rebeca Gabriela c. Estado Nacional Minist. de Defensa; Est. Mayor del Ejército s/ Accidente en el Ambito Militar y F. Seguridad” del 14 de marzo de 2000, causa N° 3309/98; “Chávez de Serrichio Susana C. C. Estado Nacional — Minist. del Interior— Prefectura Naval s/ Accidente en el Ambito Militar y F. Seguridad”, expte. N° 1046/99 del 09 de noviembre de 2000; “Lagraña, Marta Susana y otros c. Estado Nacional — Minist. Salud Acc. Soc. — Secret. Salud y otros s/ Daños y Perjuicios Varios”, expte. N° 11.018/95 del 1 de octubre de 1998; entre otros, donde se admitiera la reparación del daño material sufrido por la concubina, negando el daño moral reclamado. Asimismo, véase Alberto G., SPOTA, “Los titulares del derecho de resarcimiento en la responsabilidad aquiliana” en *JA*, 1947-II-306; Félix A. TRIGO REPRESAS - Marcelo J., LÓPEZ MESA, *Tratado de la responsabilidad civil*, t. IV, La Ley, p. 505; despacho mayoritario de las Primeras Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Junín, 1985; y conf., J. MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, t. I, p. 146; E. ZANNONI, *El daño en la responsabilidad civil*, ps. 10 y ss., entre otros.

⁴ En la discusión relativa a la legitimación del concubino, se confrontan dos concepciones sobre el daño resarcible: la tesis clásica, que condiciona la resarcibilidad del daño, a la necesidad que el menoscabo recaiga sobre un interés legítimo, derecho subjetivo, o bien jurídicamente protegido y sostiene que el interés lesionado debe ser tutelado por la ley, que si el interés es “de hecho”, el daño no es “jurídico” (sustentada por J. SANTOS BRIZ, *Derecho de daños*, p. 115; G. BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, t. II, p. 404; A. ORGAZ, *El daño resarcible*, p. 119, entre otros; conf., CNCiv., sala A, 23/07/65, LL, 119-630). Frente a dicha concepción, se erige la corriente amplia, que sustenta la resarcibilidad de los daños recaídos sobre todo tipo de intereses, incluso los llamados “simples” (por no gozar de un reconocimiento legal específico), siempre y cuando no sean en sí ilegítimos, no estén repudiados por el Derecho (Conf., H. y L., MAZEAUD, - A. TUNC, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil Delictual y contractual*, t. II, vol. 2, p. 405; A. G. SPOTA, “Los titulares del derecho al resarcimiento en la responsabilidad aquiliana”, *JA*, 1947-II-305). Entre las expresiones más recientes de tal tesitura, MOSSET ITURRASPE y MOLINAS junto a ZANNONI, la sustentaron en las jornadas sobre temas de “Responsabilidad civil en caso de muerte o lesión de personas” (Rosario, 1979): “Para que el daño cierto sea resarcible basta la lesión a un simple interés, siempre que no sea ilegítimo, violatorio de la moral o del orden público”.

de su pareja en los términos del Código Civil, art. 1079⁵. Ello en la comprensión de que la legitimación del conviviente para reclamar los perjuicios que la muerte de su compañero le causa, no se origina en la relación de pareja, sino que surge de la certeza del perjuicio el que debe acreditarse de manera fehaciente.

En este sentido ha expresado la jurisprudencia que “[...] La legitimación del conviviente para efectuar el reclamo no se funda en el art. 1084 ni en el 1085 del Código Civil, ni tampoco directamente en su carácter de miembro de una pareja convivencial alternativa al matrimonio, sino que se origina en su condición de simple damnificado por el hecho ilícito el cual genera una obligación de reparar en virtud de lo dispuesto por los arts. 1079, 1069 y 1109 del Código Civil. De modo tal que la «acción de indemnización podrá ser intentada *‘iure proprio’* por todos aquellos que acrediten la lesión a un interés de hecho no ilegítimo, a raíz del cual se determina un menoscabo patrimonial”⁶.

3. DAÑO MORAL

En materia de daño moral, la situación es diversa.

3.1. Nuestro ordenamiento jurídico establece una legitimación acotada, admitiendo exclusivamente la resarcibilidad de la víctima y, en

⁵ La necesidad de probar el perjuicio es una cuestión que debe ser cuidadosamente considerada por los litigantes, ya que en muchos pleitos el esfuerzo probatorio se dirige a demostrar la existencia de la relación concubinaria olvidando que la demostración del concubinato, es insuficiente para que exista obligación de indemnizar

⁶ Conf. Cámara Civ. y Com. San Isidro, Sala I, 25 de agosto de 2004, in re: “*Fruito, María V. c. Samaniego, Walter Fabián y otra*”, LLBA 2005 (marzo), 216. En sentido similar: “La concubina se encuentra legitimada para reclamar los daños y perjuicios por la muerte de su compañero, estando esa legitimación reglada dentro de los términos del art. 1079 del Código Civil, el cual debe ser interpretado en función de la amplitud que emerge tanto de sus propios términos (... no sólo... y ... sino respecto de toda persona...), como de la situación existencial que define; el hecho de que las partes no hayan estado vinculadas por un matrimonio de carácter civil no puede dejar sin respuesta un pedido de resarcimiento, habiéndose acreditado que la concubina de la víctima era sostenida económicamente por ésta” (confr. SCJBA, 12-11-91,

caso de muerte, de los herederos forzosos. Así, el art. 1.078 del Código Civil expresamente dispone que *“La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo”*, y *“si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos”*.

Una primera visión de la norma, conduce a descartar la legitimación del concubino/a a fin de acceder a un resarcimiento, toda vez que, en el ordenamiento vigente, quien mantuviera una relación de concubinato con la víctima no reviste la calidad de heredera en la sucesión de su compañero.

En este sentido, doctrina y jurisprudencia han negado a la concubina el derecho a requerir el resarcimiento del daño moral por el fallecimiento de su compañero, ya sea en un estricto apego a lo dispuesto por el artículo 1.078 del Código Civil, ya resaltando la inexistencia de derecho subjetivo alguno que ampare el reclamo de los concubinos, al no encontrarse ligados por un vínculo legal dotado de proyecciones jurídicas.

En el primer sentido la doctrina ha sostenido: “[...] *el escollo constituido por la norma de aplicación es contundente, en cuanto le niega acción a la concubina —que no es heredera forzosa— para reclamar indemnización por daño moral, toda vez que el interés jurídicamente protegido depende de pautas normativas que a la nombrada, como regla, no la asisten*”⁷.

Por su parte la jurisprudencia, en idéntica dirección, expresó: “[...] En nuestro ordenamiento jurídico, quien mantuviera una relación de concubinato con la víctima no reviste la calidad de heredera en la sucesión de su compañero. Por lo cual, aun cuando no se ponga en tela de

A., F. E. c. V., I. A., en *LL*, 1992-B, 173, con nota de Gabriel A. STIGLITZ, SCJBA, 10 de abril de 2001, “Lozada, Natividad c/ Peroni, Juan Carlos s/ Daños y Perjuicios”).

⁷ (Conf. CC0102 MP 89356 RSD/124/94 S 05/04/94). En idéntico sentido lo han entendido: Gustavo BOSSERT, (conf. “Régimen jurídico del concubinato”, N° 143, p. 166), Aída R. KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Legitimación activa para reclamar daño moral”, *ED*, 140-895), partiendo de la lectura de una norma que, conforme al axioma *Ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus*, no admite otra interpretación fuera de la que su sentido literal indica: “si del hecho hubiera resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos”. Por su parte el Dr. Jorge MOSSET ITURRASPE, se ha mostrado contrario a la modificación del art. 1078 CC y ampliación de legitimados al efecto, (véase *Responsabilidad por daños*, t.V, *El Daño Moral*, Rubinzal-Culzoni).

juicio los padecimientos y dolor experimentado por M. V. F., forzoso es reconocer que el art. 1078 resulta ser una norma concreta y limitativa de derecho positivo a la procedencia del reclamo impetrado por la misma, de la cual no es dable se aparten los magistrados en sus sentencias [...]”⁸.

En el segundo sentido anotado, destacados juristas responden a la tradicional doctrina que sobre el particular pregonaron ORGAZ y LLAMBÍAS, y niegan legitimación al concubino, más que por la naturaleza misma del vínculo, por la carencia de derecho subjetivo que de aquella se deriva. El concubinato no es fuente creadora de derechos, que sólo gozan quienes encuadran dentro de la preceptiva normativa, la concubina, no tiene un derecho subjetivo porque no está unida al concubino por un vínculo de derecho⁹.

En el mismo sentido se pronuncia ANDORNO explicando que el concubino/a carece de un personal derecho a reparación porque carece de un interés legítimo jurídicamente protegido: “Se trata de una situación de hecho incapaz de generar por sí misma derecho a reparación”¹⁰.

3.2. Por el contrario, sea mediante una lectura extensiva de la norma implicada o contrastándola con principios constitucionales, otro segmento de la jurisprudencia y la doctrina entiende que el concubino/a posee legitimación para reclamar el daño moral.

En tal entendimiento y mediante una interpretación de la norma a la luz de la realidad social actual, en armonía con el ordenamiento jurídico restante y los principios y garantías constitucionales, reparan-

⁸ Confr. C.Civ.y Com.San Isidro Sala I, in re: “Fruto, María V. c. Samaniego, Walter Fabián y otra”, 25 de agosto de 2004, Publicado en: LLBA 2005 (marzo), 216. En idéntico sentido: C.Civ.y Com.San Isidro Sala I causa 86.165 de abril del 2001; CCiv. y Com. 1ª, La Plata, sala II, causa 219.285, RSD-27-95 y sala III, causa 220.423 RSD-62-95; CCiv. y Com., Mar del Plata, sala II, causa 89.356, RSD-124-94; 93.623 RSD-342-95; CCiv. y Com., San Martín, sala II, causa 45.850 RSD-173-99; 47.125, RSD-493-99, entre otras.

⁹ Véase “Falta de Legitimación de la concubina (y del concubino) para reclamar los daños y perjuicios derivados de la muerte del compañero (o compañera) en un hecho ilícito”, nota a fallo por Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI en *JA*, 1979-III-6 y ss.

¹⁰ Véase Luis O. ANDORNO, “Responsabilidad civil: la legitimación activa iure proprio en caso de muerte de personas en el derecho francés y argentino”, en *JA*, 1979-IV, p. 699.

do en su razonabilidad e inteligencia la Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata expresó que la solución del art. 1078 del Código Civil resulta disvaliosa, pues con un fundamento apodíctico, priva de la indemnización a quien, en un nexo causal con el obrar ilícito imputado al demandado, da muestras de la existencia de un menoscabo espiritual [...]”. Asimismo declaró la inaplicabilidad del art. 1078 del Código Civil por resultar lesivo de derechos fundamentales y garantías de raigambre constitucional, como lo son la protección integral de la familia y la igualdad ante la ley, en la certidumbre de que la muerte del compañero ha conculcado en la concubina un derecho proveniente de su emplazamiento existencial [...]”. Señaló en la misma línea argumental que “[...] si bien el art. 1078 del Código Civil limita la acción únicamente a los herederos forzosos, en el caso el rechazo indemnizatorio se parece más a la sanción de la convivencia sin matrimonio que una adecuada respuesta en orden al derecho de daños¹¹.

Por su parte, la doctrina se ha mostrado proclive a la ampliación de la legitimación activa para el reclamo de daño moral por fallecimiento a favor del concubino/a, reconociendo que ninguna razón de política jurídica debiera impedir la compensación de un daño real e injustamente padecido. Se entiende que el daño moral tiene una esencia subjetiva y no objetiva, por lo cual no deviene justo basar el criterio de resarcimiento en un elemento objetivo y de existencia legal, como el parentesco, ya que se privilegia el valor seguridad por sobre el valor justicia¹².

Resulta dable destacar que diversas ponencias y recomendaciones emitidas en Jornadas Nacionales de Derecho Civil han sido contestes en reconocer legitimación al concubino/a para reclamar daño moral, pronunciándose a favor de la ampliación, en una futura reforma del Código Civil, del ámbito de damnificados indirectos legitimados para reclamar el resarcimiento del daño moral¹³.

¹¹ Conf. Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II, en autos: “Rodrigo, Sandra E. c. Bustos, Esteban s/ Daños y Perjuicios”, voto Dres. Oteriño - Zampini, Jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires, en LD - Textos.

¹² Véase Julia Elena GANDOLLA, “Daño moral por muerte del concubino”, en *Revista de derecho de daños*, t. 6, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, “Daño Moral”, p. 217 y ss.; Luis ANDORNO, *Responsabilidad Civil*; Jorge MOSSET ITURRASPE, ob. cit. supra; M. ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de Daños*, t. 2b, “Daños a las Personas. Pérdida de la Vida Humana”, Hammurabi, 1993, p. 394.

¹³ Jornadas de San Juan, suscripta por los Dres. Bueres, Pizarro, Zavala de González, Chiapero de Bas, Junyent de Sandoval, Lloveras de Resky y Stiglitz,

En esa línea, nuestro maestro, el Dr. Luis MOISSET DE ESPANÉS, analizando el proyecto de Reformas al Código Civil, elaborado en 1993 por una Comisión designada por el Poder ejecutivo, comentó favorablemente la redacción dada al artículo 1.596 del proyecto, que reza: *“La acción sólo se transmitirá a los sucesores universales si fue interpuesta por éste. Si del hecho dañoso hubiese resultado la muerte de la víctima, están legitimados el cónyuge, los descendientes, los ascendientes y las personas que convivían con ella al tiempo del hecho”*¹⁴.

3.3. Los argumentos centrales que avalarían la resarcibilidad del daño moral del concubino/a pueden esbozarse, sin agotarse, en los siguientes ítems:

a) La injusticia que engasta el rechazo indemnizatorio por no mediar una unión de derecho (institución matrimonial) implica más una sanción a una conducta (convivencia sin matrimonio) que no se encuentra prohibida (conf. arts. 18 y 19 de la Const. Nacional) que una adecuada respuesta en orden al derecho de daños.

b) La limitación de legitimación activa a quien ha sufrido un daño contrasta con el criterio imperante en materia de daños (reparación plena e integral del daño injustamente sufrido), profusamente abonado en nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia, a partir de inequívoco-

donde se expresa que “Se aconseja ampliar en una futura reforma del Código Civil el ámbito de damnificados indirectos legitimados para reclamar la reparación del daño moral”. Jornadas de Responsabilidad Civil en caso de Muerte o Lesión de personas (Rosario, 1979), el II Congreso Internacional de Derecho de Daños (Buenos Aires, 1991); III Jornadas de Derecho Civil y Comercial de La Pampa (1991); XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán, 1993), entre otras. Asimismo en este punto, el Decreto N° 468/92 del Poder Ejecutivo Nacional propone la ampliación de legitimados, al expresar “La acción por indemnización del daño moral compete a la persona física que lo ha sufrido. Los jueces valorarán la procedencia del resarcimiento del daño moral sufridos por otros damnificados distintos a la víctima”.

¹⁴ Véase art. 1.596 del proyecto y comentario efectuado por el Dr. Luis MOISSET DE ESPANÉS “El daño moral en los proyectos de reforma del Código Civil” en *Daño Moral*, Alveroni Ediciones, Córdoba, ps. 82 y ss.

ca normativa: arts. 1068/9, 1071 bis, 1077, 1078, 1ª parte, 1079, 1080, 1083, 1084/5, 1109 y ss. y concs. del Código Civil.

c) La limitación de la legitimación activa atenta contra la noción de familia en sentido amplio, que conceptualmente excede a la constituida desde bases matrimoniales, comprendiendo la originada en una unión de hecho (arg. art. 14 bis, CN).

d) El precepto resulta lesivo de derechos fundamentales y garantías de raigambre constitucional, como lo son la protección integral de la familia (art. 14 bis, CN), y la igualdad ante la ley (art. 16, CN).

e) La interpretación restrictiva del art. 1.078 Código Civil no se compadece con la verdadera naturaleza de la categoría de daño, resultando incongruente con el criterio legislativo posterior a la sanción de la ley 17.711 en materia de daños.

f) En nuestro ordenamiento jurídico es factible resarcir intereses simples cuya violación ilícita genere daños, más allá del rígido encuadramiento en la categoría de derecho subjetivo.

4. CONCLUSIÓN

El tema que estudiamos puede dirimirse, a nuestro juicio, en el marco del principio de reparación integral del daño, cuyo carácter axial en nuestro sistema de derecho privado es indudable.

Es cierto que la existencia de un daño resarcible no se identifica con la mera existencia de un daño, requiriéndose, entre otros aspectos, uno inherente a la legitimación: un interés digno de tutela jurídica.

Pero no lo es menos que la situación del concubino demuestra de manera tangible la existencia de intereses genuinos y válidos, que muchas veces dejan de tutelarse, menos en razón de motivos técnicos, que en virtud de una visión disvaliosa del instituto.

Creemos que en el marco de una sociedad pluralista, democrática y abierta, la negación de tutela jurídica a intereses reales y comprobables ocasiona un gravamen axiológico y moral mucho mayor al reconocimiento de derechos a los convivientes de hecho. No se trata de una visión parcial y particular sobre la corrección de la práctica de la convivencia sin matrimonio, sino la visión desde el todo (que es más amplia

y panorámica que la de la parte), que rechaza enfáticamente la existencia de segmentos de irresponsabilidad, en los que se admite una libertad para dañar sin consecuencias jurídicas.

En esta lógica, la justicia intrínseca del derecho a la reparación, conjugada con el sistema axiológico constitucional, parece erigirse en un valladar a limitaciones y visiones restrictivas de la legitimación, cuyo colorario resultaría deseable: la desprotección de un interés digno de tutela, en beneficio de un tercero dañador completamente ajeno al vínculo (fáctico, jurídico, de convivencia, de matrimonio) de la víctima y quien reclama el resarcimiento.

Es justo reconocer que la muerte del concubino es idónea para provocar una modificación disvaliosa del espíritu, y a tales fines es irrelevante la existencia de una relación jurídica matrimonial. El dolor es ajeno a estas diferenciaciones legislativas y hasta morales.

Creemos entonces que en este cuadro, en que aparecen implicadas cuestiones que exceden lo técnico-jurídico, debe circunscribirse el problema a la justicia y eticidad del resarcimiento. Debe evaluarse si la indemnización del interés del concubino es válida, sin que entre a tallar la percepción que se tenga del concubinato, que podrá tener sus consecuencias en otros aspectos.

Se discute la rectitud del resarcimiento de un daño causado, y no la rectitud del concubinato.

Sea cual fuera la postura axiológica del sentenciante sobre el concubinato, la indemnización del concubino debe ser acordada en la medida que entrañe una protección justa, razonable y equitativa, evitando condicionamientos externos que terminen negando al derecho y su consustancial eticidad, con la paradójica intención de protegerlo.