
EL CONCUBINATO EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

Análisis de la evolución del tratamiento jurisprudencial en el Uruguay

MARÍA FEDERICA BRUGNINI - ISABEL LAVENTURE

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. LAS RELACIONES PATRIMONIALES ENTRE CONCUBINOS. A) La tesis de la sociedad de hecho. B) Tesis del enriquecimiento sin causa. C) Tesis de la asimilación a la sociedad conyugal. III. DESALOJO DE UN CONCUBINO POR EL OTRO. IV. PENSIÓN ALIMENTICIA. V. INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD. VI. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

La protección de la familia es, y debe serlo, uno de los pilares fundamentales de nuestro Derecho, y no debe entenderse actualmente reducida a la familia legítima. El artículo 40 de nuestra Carta Magna dice, simplemente, que "la familia es la base de nuestra sociedad", no haciendo distinción entre la legítima y la natural. La manifestación más clara de esta equiparación se da con relación a la filiación. La propia Constitución, en su artículo 42, señala que los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio, -o sea, los hijos naturales-, los mismos deberes que respecto a los nacidos en él.

El tema en discusión no es aquí, entonces, el de la protección de los hijos naturales, sino si esta tutela a la familia natural abarca asimismo a las uniones de hecho, no ya en lo concerniente a los hijos, sino en las relaciones entre los propios miembros de la pareja. Las consecuencias jurídicas derivadas del concubinato será, pues, el punto a estudiar en el presente trabajo.

El silencio del legislador hasta el momento, ha forzado a que el desarrollo de este tema haya sido realizado por la doctrina y fundamentalmente por la jurisprudencia. Es a este desarrollo jurisprudencial al que haremos aquí especial referencia, debido a que consideramos que han sido nuestros Magistrados quienes han jugado un rol fundamental, desde las primeras décadas del siglo XX, en lo que hace al presente tema.

Como veremos, la doctrina y jurisprudencia han debatido por años, y aún lo hacen en el presente, si nos encontramos ante verdaderas lagunas legales, dignas de ser integradas o ante situaciones frente a las cuales el legislador no ha intervenido, no por olvido o ignorancia, sino por el desfavor con el que mira ciertas relaciones.

Acotaremos este trabajo a los puntos más relevantes en torno a la problemática en análisis. Las relaciones patrimoniales entre los concubinos, el desalojo de uno de los miembros de la pareja, la posibilidad del reclamo de una pensión alimenticia y la investigación de la paternidad serán, pues, los ítems objeto de desarrollo.

II. LAS RELACIONES PATRIMONIALES ENTRE CONCUBINOS

En las primeras décadas del siglo XX, la actitud de los Tribunales nacionales con relación a las reclamaciones patrimoniales entre concubinos fue oscilante, contando con la ausencia de previsiones legislativas respecto del tema.

Sin embargo, no podía continuarse ignorando una realidad que se hacía cada vez más corriente. Era evidente que los magistrados no podían abstenerse de señalar soluciones, frente a un hecho dejado de lado por el legislador.

Esta necesidad de injerencia por parte de los jueces no fue, como es lógico en un punto tan álgido y debatido, compartida por todos. Es así que en una sentencia de Francisco Jardí Abella¹ puede leerse: "Si el legislador no se ha ocupado de tal hecho, si no ha contemplado en forma alguna las relaciones de los concubinos, no ha sido por imprevisión, por no conocer el problema, sino sencillamente porque rechaza esa unión por ser contraria a los intereses de la sociedad". La protección de la institución del matrimonio y la inexistencia de una convención entre los concubinos fueron los dos ejes en que se basó esta doctrina para justificar el silencio del ordenamiento jurídico en lo que hace a las uniones irregulares.²

A pesar de la resistencia inicial, es en el campo de las relaciones patrimoniales entre los concubinos donde se ha proyectado básicamente el reconocimiento de esta figura como fuente de relaciones jurídicas.

Podemos anotar tres tendencias en la jurisprudencia nacional para canalizar el problema de las relaciones patrimoniales entre concubinos. Una primera solución consiste en la aplicación de las reglas de la sociedad de hecho (art. 1890 del Código Civil). Superada ésta, al no poder hacer frente a las críticas de las que fue objeto (principalmente, la necesidad de la existencia de aportes, de un fin lucrativo, y de la llamada "affectio societatis", extremos que no nacen por la mera existencia de la unión de hecho), aparece un segundo enfoque, que trata de responder a la cuestión a través de la acción "in rem verso" (cuasi-contrato de enriquecimiento sin causa, artículo 1308 Código Civil). Pero la evolución en torno a este punto siguió todavía, y es así que, en un intento por superar una mirada estrictamente patrimonialista de este problema, y tratando de encontrar una solución más acorde con las bases y los fines del concubinato "more uxorio", es que surge una tercera posición, que busca la respuesta en la aplicación por analogía de las reglas establecidas para la sociedad conyugal.

La meta, sin embargo, es común: proteger a la parte más débil, en la gran mayoría de los casos la mujer, cuya situación muchas veces atenta contra el sentido más elemental de justicia. La protección de la familia, que por mandato constitucional debe ser tutelada por el Estado, sin distinguir según su carácter de legítima o natural, constituye la fundamentación jurídica básica de la tesis jurisprudencial que reconoce efectos patrimoniales al concubinato more uxorio.

La cuestión será, entonces, determinar las reglas aplicables a las relaciones patrimoniales originadas entre concubinos.

A) La tesis de la sociedad de hecho.

En este sentido, cabe destacar el fallo de Enrique C. Armand Ugon, que abrió camino a la jurisprudencia para admitir este tipo de reclamaciones, si bien sobre la base de una argumentación que se considera hoy superada. El sentenciante expresa que: "la actuación de las partes de común acuerdo, durante muchos años (...), crea una situación de hecho que se aproxima a la de las sociedades de hecho, con las consecuencias jurídicas emergentes de la existencia de éstas."³ La sentencia califica al concubinato como un hecho jurídico que produce efectos como tal. El Tribunal que entendió en la segunda instancia, si bien confirmó la sentencia, moderó sus términos, estableciendo que: "el concubinato, (...) para la ley no existe como fuente de obligaciones, pero el concubinato no puede impedir que surjan relaciones entre los concubinos".^{4 5 6}

La sentencia de Armand Ugon reconoció en el concubinato more uxorio los elementos constitutivos de la sociedad de hecho, mientras que la de segunda instancia solamente estableció que el concubinato puede ser el ámbito propicio para que surja una sociedad de hecho, pero la existencia de ésta no es una consecuencia necesaria de la relación concubinaria. El solo hecho del concubinato no determina que como corolario de la relación se den los presupuestos para promover una reclamación.

La opinión de Armand Ugon recibió, en su momento, apoyo doctrinario y es así que en un trabajo del Dr. Carlos Salvagno Campos se dice: "Cuando un hombre y una mujer llegan a unir sus destinos con el vínculo natural y estable de un concubinato permanente y more uxorio, se produce siempre entre ambos,

¹ LJU, c. 87, T 1, págs. 104 y ss, Juzgado Primera instancia en lo Civil de 1º Turno, 17 de noviembre de 1938

² "El concubinato es un estado irregular de carácter marital, tolerado, pero no protegido. Es evidente que esta protección abierta implicaría un ataque a principios éticos y sociales defendidos explícitamente por la carta constitucional." LJU, c. 16/0, 1. 8, año 1944

³ LJU, T 5, c. 1129, págs. 186 y ss. Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo civil de 5º turno, 27 de febrero de 1934

⁴ LJU, T 5, c. 1129, págs. 186 y ss, Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno

⁵ En este sentido, ver c. 7546 LJU. "El concubinato, en sí mismo, no engendra derechos de clase alguna, aún cuando puede originar o crear el ambiente propicio para que se den determinadas situaciones de hecho especialísimas de las que deriven determinados derechos amparables tanto por el instituto de la sociedad de hecho, como por el cuasi-contrato de enriquecimiento sin causa"

⁶ La propia Suprema Corte de Justicia ha sostenido, con distintas integraciones, que el concubinato por sí solo no tiene efectos patrimoniales. En caso de que existan aportes comunes, interés de negociar en común y ánimo de lucro habrá sociedad de hecho. De lo contrario, de configurarse los elementos exigidos por el artículo 1308 del Código Civil, se podrá incoar la acción in rem verso del enriquecimiento sin causa.

no como consecuencia jurídica del mismo, sino por la fuerza de la realidad de las cosas, una sociedad especial de hecho".⁷

Actualmente puede decirse que este enfoque ha sido dejado atrás, ya que la jurisprudencia sostiene en forma unánime que la configuración de la sociedad de hecho depende de que existan los extremos que tipifiquen tal instituto: a) efectividad de aportes, b) intención de realizar negocios en común, c) ánimo de lucro y d) voluntad de participar tanto de los beneficios como de las pérdidas. Cuando tales requisitos se verifican, nuestros magistrados han señalado que "corresponde declarar el derecho de la concubina a la mitad de los bienes y derechos patrimoniales adquiridos por su concubino durante el período que duró el concubinato, por cuanto, resulta probado en autos, el aporte social de aquella, constituido por un esfuerzo laboral en la actividad comercial primero, y la reinversión después en el giro sucesivo del comercio de las utilidades que aquél generó, circunstancias estas que trasuntan la *affectio societatis* y que ambas, configuran la existencia de una sociedad de hecho entre los concubinos".⁸

Cabe anotar que la figura elegida por la jurisprudencia para encuadrar las relaciones patrimoniales entre los concubinos no es intrascendente, puesto que mientras que la aceptación de la sociedad de hecho implica el derecho de reivindicar una porción de los bienes, la del enriquecimiento sin causa genera un mero derecho de crédito del concubino que se ha visto empobrecido, frente al otro. Siguiendo la opinión de Gamarra, en el cuasicontrato de enriquecimiento sin causa, el monto de la reparación se determina por la relación empobrecimiento - enriquecimiento, siendo el menor de los dos términos de dicha correlación el que corresponde otorgar al reclamante, y no la división por mitades como sucede en la liquidación de la sociedad de hecho.

B) Tesis del enriquecimiento sin causa.

Nuestra jurisprudencia se ha inclinado en forma predominante hacia la figura del enriquecimiento sin causa para la dilucidación de las cuestiones patrimoniales que se suscitan al culminar el concubinato, al requerir la sociedad de hecho la prueba de ciertos elementos, como la existencia efectiva de aportes y la *affectio societatis*, que no surgen como regla general de un concubinato, independientemente de su duración.

Esto no significa que entre dos concubinos no pueda existir una sociedad de hecho, sino simplemente que en la gran mayoría de los casos los extremos requeridos para que pueda considerarse que ésta ha surgido, no nacen de la mera "comunidad de lecho, techo y mesa" que supone el concubinato *more uxorio*.

En un trabajo publicado en el año 1950, Gamarra señala que la sociedad de hecho y aún la formación de una comunidad de bienes es, para el enfoque general y objetivo de los concubinatos, una construcción puramente artificial, ya que la intención primaria de los concubinos es la de mantenerse libres, y no puede derivarse de ello un contrato o un propósito claro y definido de constituir una comunidad de bienes con participación de los mismos.⁹

La acción de enriquecimiento sin causa es un remedio de carácter general en que se manifiesta el principio según el cual no es admisible el perjuicio patrimonial ajeno sin una razón justificada.

Enseña Gamarra, en su trabajo anteriormente citado, que las condiciones del ejercicio de la acción de *in rem verso* son: a) enriquecimiento del demandado (el enriquecimiento puede ser de dos tipos, positivo, cuando el patrimonio es aumentado por la entrada de valores; negativo, cuando se impide un gasto que debía realizarse); b) empobrecimiento del demandante (la pérdida de una ganancia equivale a un empobrecimiento); c) correlación entre el empobrecimiento y el enriquecimiento (es decir, la existencia de un vínculo de conexión entre ambos); d) ausencia de causa (existe enriquecimiento sin causa cuando el provecho es contrario, o no se encuentra amparado por el ordenamiento jurídico donde tiene lugar).

Según el prestigioso doctrino, es en esta figura en la que debemos subsumir las relaciones patrimoniales entre concubinos. Sin embargo, continúa diciendo, no todo concubinato supone un enriquecimiento sin causa; existirá enriquecimiento sin causa toda vez que la concubina colabore en la formación del acervo común, sin percibir remuneración. No puede afirmarse que la concubina actúa con intención de hacer una liberalidad, porque ésta no se presume. La medida del perjuicio experimentado por la concubina dependerá de la labor efectiva cumplida por la misma y, por ende, variará en cada especie concreta.

Pese a que el fundamento de la acción *in rem verso* ha sido el de equilibrar la situación de los concubinos una vez finalizada su relación, no puede decirse que la jurisprudencia se encuentre conteste en lo que respecta

⁷ "La sociedad de hecho en el concubinato *more uxorio*", RDJA, T. 38, pág. 221

⁸ Tribunal Civil 4º turno, sent. Nº 232, 27 de setiembre de 1978, Odriozola (red.), Catalurda, Colombo

⁹ Revista Facultad D. y C. Sociales, Año I, nº3, pág. 888 a 918, 1950

a la solución a dar en el supuesto en que la concubina presta servicios gratuitos al concubino. Es el caso, por demás común, de la concubina que se dedica a las tareas del hogar, sin realizar ninguna tarea remunerada, viviendo la pareja a costa de lo percibido por el concubino. Nuestros jueces se dividen aquí entre quienes sostienen que estos servicios se prestan con el ánimo de liberalidad propio de este tipo de relación, no pudiendo decirse que exista aquí, además, un enriquecimiento del demandado y un empobrecimiento de la actora, quien, por decirlo de alguna manera, vivió en forma "gratuita" durante los años que duró la relación y quienes creen que en estos casos puede ser procedente la acción por enriquecimiento sin causa, sobre la base de que el enriquecimiento del demandado puede ser tanto positivo como negativo, configurándose el último en los casos en que se produce el ahorro de un gasto. Del mismo modo, la concubina sufrió un empobrecimiento, desde el momento en que dejó de realizar tareas remuneradas para dedicarse al cuidado del hogar.

Ejemplos de la primera posición mencionada encontramos en lo que se transcribe a continuación: "Los servicios que la actora prestara en el hogar común hallan su razón de ser en la propia relación sentimental y consecuente convivencia, y suponen que el demandado aportó, además de su afecto, lo necesario para el mantenimiento del hogar. (...) No hubo enriquecimiento ni empobrecimiento de ninguno de los miembros de la pareja, sino aportes de ambos en beneficio del hogar común, en función de sus respectivas posibilidades, condiciones y circunstancias, que deben reputarse equivalentes".¹⁰

Esta postura, tal y como se señaló en los párrafos anteriores, no es compartida por todos nuestros Tribunales. En este sentido, puede verse el caso 11.020 de La Justicia Uruguaya: "La concubina puede realizar dos tipos de aportes: a) aportes directos, en trabajo o capital, y en tal supuesto, en principio, pueden inferirse los elementos configurativos de la sociedad irregular; b) pero el aporte puede ser también indirecto; es decir, sin realizar aportes de capital, sin colaborar efectivamente en empresa o tareas lucrativas de su concubino, la compañera realiza las tareas domésticas y tiene a su cargo la atención y orientación de los hijos. Esta última actividad proyecta evidentes consecuencias en las correlativas de su concubino: lo desahoga, lo "libera", de todas aquellas tareas que pudieran distraerle o restarle tiempo y energía para sus actividades lucrativas. Hay entonces una colaboración indirecta, pero efectiva y valorable; en cierto modo, una verdadera "división del trabajo", con una finalidad común, lo que permitiría, incluso, mientras otras circunstancias no la desvirtúan, invocar una verdadera sociedad de hecho; pero aún cuando esta solución no fuera aceptable, regirían igualmente los principios del enriquecimiento sin causa para fundamentar la reclamación de la concubina.

Por otra parte, no puede decirse que la posición de la Suprema Corte de Justicia sea clara en lo que refiere a este punto. El caso 12.701 de La Justicia Uruguaya marca la posición jurisprudencial de la Corte en la década de 1990 sobre el mismo. En dicha sentencia, por mayoría, con votos de Marabotto, Torello y Alonso de Marco, se sostiene que "los servicios que la actora pudo haber prestado en el hogar hallan su razón de ser en la propia relación sentimental y consecuente convivencia, y suponen que su concubino aportó lo necesario para el mantenimiento del hogar". Pero existen en el caso dos discordias que vale la pena destacar. Según Mariño, "la actora evitó que el patrimonio del causante se empobreciera, lo que en realidad se traduce en un enriquecimiento (...) La actora no realizó aporte de capital; pero el aporte puede ser también indirecto (...), que produce el enriquecimiento del causante a costa del esfuerzo de la actora". A su vez, Cairolí sostiene que considera que en el caso se configuran todos los elementos del enriquecimiento sin causa, ya que acorde al artículo 1308 del Código Civil, no es necesaria una disminución en el patrimonio, al limitarse el artículo a decir: "... en daño de otro".

C) Tesis de la asimilación a la sociedad conyugal.

Existe también en nuestro país, cierta doctrina y jurisprudencia que sostiene que el criterio regulador de las relaciones patrimoniales entre concubinos debe ser la sociedad conyugal, basándose en las similitudes entre ambas situaciones.

Según Jorge Lanzaro Peyre, en la realidad de las cosas, este tipo de concubinato (el *more uxorio*) aparece como una relación – personal y patrimonial – sustancialmente idéntica al matrimonio regular. Siendo así, la solución ha de buscarse por el lado de las normas que regulan las relaciones, patrimoniales en el caso, de los cónyuges en el matrimonio.¹¹

"Cuando el concubinato tiene todos los caracteres de estabilidad, de seriedad, de constitución de una familia, las relaciones patrimoniales que afectan la pareja y que pueden afectar a terceros, deben regularse por los principios de la sociedad conyugal, aplicando por analogía las normas de la sociedad legal en la medida

¹⁰ LJU, c. 10.122, Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3º Turno

¹¹ Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, T.68 págs. 154 a 163

de los posible".¹² "Las razones del legislador para consagrar respecto del matrimonio legal el régimen de comunidad de bienes, se presenta, también, en el caso de la unión irregular o concubinaria (...) Por otra parte, para nosotros el matrimonio no es ya un sacramento; ni la unión de concubinos, con apariencia matrimonial puede considerarse inmoral ni ilícita (...) Por consiguiente, no parece existir mayor inconveniente para extender a la unión de hecho los principios de la sociedad legal".¹³ Estos dictámenes de Nicolliello encontraron una fuerte resistencia por parte de un importante sector de la jurisprudencia nacional. En una sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º turno puede leerse que "Tanto la legislación como la doctrina y jurisprudencia han ido paulatinamente reconociendo efectos jurídicos al concubinato, evolución que en algunos países se ha concretado en su equiparación al matrimonio, reconociendo sus mismos efectos, lo que no ocurre en el Uruguay. En nuestro país se distingue nitidamente la situación económica del concubinato de la situación económica derivada del matrimonio. La normativa de la sociedad conyugal no se extiende a la sociedad concubinaria; en aquella, y en consideración al matrimonio, el legislador impone que el cónyuge que no ha aportado participe del enriquecimiento logrado, aun en forma exclusiva por el otro. En cambio, el concubinato se gobierna ya sea por las normas de la sociedad de hecho o del enriquecimiento sin causa, admitiéndose el derecho de la concubina o del concubino en su caso, a ser recompensado únicamente tomando en consideración el aporte efectivamente efectuado, ya sea con su apoyo material y/o espiritual, al enriquecimiento concreto del otro".^{14 15}

III. DESALOJO DE UN CONCUBINO POR EL OTRO.

En lo referente a este tema, ya no nos encontramos en una hipótesis de posiciones doctrinarias y jurisprudenciales enfrentadas sino que la jurisprudencia se encuentra ente la dificultad de encuadrar el tema dentro de nuestra legislación.

La concubina difícilmente puede ser ubicada dentro de la figura contractual del comodataria precario regulada por los artículos 2337 y 2238 inc. 1 del Código Civil. Y así lo establece acertadamente una sentencia dictada por el Juez Departamental de Maldonado de 1er Turno, al decidir que la ocupación no tiene su origen en una convención o contrato, salvo que se considere al concubinato como convención o contrato (tesis largamente superada respecto del matrimonio). La concubina, entonces, solo podría hallarse en la situación prevista por el inciso 2do. del art. 2238 de Código Civil: tenencia de la cosa, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño.

Tal solución es objeto de discusión en doctrina y jurisprudencia. Arlas afirma "... parece claro que el concubinato, por sí solo, no da derecho a ocupar el inmueble perteneciente al concubino o que éste ha arrendado y que, terminada la relación concubinaria, la concubina solo permanece en el bien por tolerancia del propietario o arrendatario, revistiendo así calidad de comodataria precaria." ¹⁶ En una postura contraria, Vescovi señala: "... la jurisprudencia... ha dicho que la concubina no puede ser desalojada como precaria, lo que parece indiscutible, pese a la redacción de la nueva ley."¹⁷

Dicha discusión también se presenta en el plano jurisprudencial: Víctor Hugo Bermúdez en una sentencia publicada en LJU. T 67 C. 8045 sostuvo que: "...en el plano de la pura especulación doctrinaria el "status" de concubina desplaza a la figura del precario, pues no se configuran alrededor las notas que definen la ocupación precaria."

Por otro lado, Thevenet De Andrea revocó dicha sentencia, considerando que la concubina era ocupante precaria pues aunque no encuadraba estrictamente en ninguna de las categorías de los artículos 2237 y 2238 del Código Civil, debía entenderse que la figura de la ocupación precaria trascendía los términos del inciso segundo del art. 2238 para comprender a todo aquel que por un acto de liberalidad del propietario disfruta de un bien ajeno.

¹² Juzgado civil 1º, sent. N° 92, 15 de abril de 1974, Nicolliello

¹³ LJU, c. 8.699, Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 1º Turno

¹⁴ Trib. Civil 2º, sent. N° 2668, 29 de octubre de 1990, Fernández Rey (red), Varela de Motta, Brito del Pino

¹⁵ En el mismo sentido: "Existen razones de orden jurídico que impiden que cuando se verifica un concubinato "more uxorio" los efectos patrimoniales del mismo se regulen por las normas de la sociedad conyugal. Si la ley ha previsto la sociedad conyugal es porque ha pretendido reforzar la institución matrimonial con esa relación patrimonial. Y si bien por razones de justicia y humanidad también se ha protegido a la familia natural, el constituyente y el legislador han dado carácter prioritario y preferente a la familia legítima, en tanto ella representa el orden que ha instituido nuestro sistema jurídico, filosófico y social". Trib. Civil 3º, sent. N° 184, 22 de junio de 1988, Rodríguez de Vecchi (red), Pessano, Echeverría

¹⁶ "La legitimación en las leyes n. 14.219 y 14.220"; en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, año 1975 n. 1 pág. 42

¹⁷ "Del procedimiento en arrendamientos y desalojos urbanos y rurales". Mvdeo, 1976, pág. 13

La realidad es que, en la gran mayoría de los casos, la comunidad de vida y la habitación consiguiente no han sido "toleradas" por el concubino, dueño del inmueble. La concubina no accede a la finca por ignorancia o mera tolerancia de su concubino, sino por la expresa e inequívoca voluntad de éste. La habitación es el efecto o consecuencia de la relación concubinaria, y ésta, el medio por el cual satisface al concubino una necesidad física y afectiva.

Establecen las sentencias que al hablar de concubinato, se refieren al *more uxorio*, es decir, a una unión dotada de cierta duración, estabilidad y continuidad, con apariencia de vida matrimonial, en razón de que, si se trata de una relación sexual accidental y transitoria que mantenga una pareja fuera del matrimonio, aquí si se configuraría claramente la figura del precario. Esto es así ya que de lo que se trata es de proteger jurídicamente a la concubina en tanto miembro de un núcleo familiar constituido.

Resulta sin embargo interesante destacar que, en general, las sentencias se preocupan en precisar que su enfoque "de ninguna manera pretende una equiparación entre las figuras del matrimonio y del concubinato."

Existe un fallo de un Juzgado de Paz de Salto¹⁸ que se pronuncia en el mismo sentido. Establece que: admitiendo que el concubinato haya sido tácitamente reconocido por nuestras leyes, aunque solo produzca efectos limitados, dejando de ser moralmente reprochable y contrario a nuestras costumbres, cabe preguntarse qué clase de concubinato ha de ser objeto de protección o tolerancia. La única exclusión procedente es la de las meras relaciones sexuales accidentales o transitorias.

La sentencia concluye que "naturalmente, en el plano de la pura especulación doctrinaria, el status de concubina, desplaza la figura del "precario", pues no se configuran alrededor de ésta las notas que definen la ocupación precaria. Pero extinguida la relación, en cuyo mérito se verificó la habitación, la exacta calificación de la situación de la concubina ha de depender, en buena medida, de los efectos que se atribuyen a la unión libre. La concubina, no puede ser ocupante precaria pues no se configuran respecto de aquella los elementos individualizantes del precario legal".

En lugar de preguntarse qué derecho asiste a la concubina a permanecer en la finca, ¿por qué no invertir el razonamiento y preguntarse qué derecho asiste al demandante para ampararse en la cesación de un estado que él contribuyó a forjar?

Siendo el concubinato un mero estado de hecho, que puede cesar por voluntad de cualquiera de las partes, habría que admitir el derecho del concubino a desalojar a su concubina, incluso con sus hijos, en el momento que decidiera promover la ruptura del vínculo. Pero ocurre que todo sujeto de derecho debe ser responsable de sus actos u omisiones, y soportar las consecuencias de su conducta (o inconducta). Quien voluntariamente ha sido partícipe de una relación "no reglamentada ni amparada por la ley", no puede pretender el amparo de la misma ley; no puede así pretender el amparo de la justicia.

La misma sentencia explica: "no es la concubina... es la madre y en último término la familia natural, quien ha de ser cubierta por el manto tutelar de la justicia. Y si un fundamento jurídico ha de exigirse para apuntalar una solución instintiva, humana y equitativa, él debe encontrarse en el principio constitucional de protección de la maternidad, que cualquiera sea la condición o estado de la mujer, tiene derecho a la protección de la sociedad y a su asistencia en caso de desamparo" (artículo 42 inc 2º Constitución).

"...La calidad de concubina *more uxorio*, no solo desplaza la figura del precario sino que, y por lo demás, debe ser objeto de protección."

Ya se ha examinado dentro del desalojo, el tema referente al concubino, propietario o arrendatario del inmueble en el cual habitó la concubina, que pretende el desalojo de la misma, una vez finalizada la relación, alegando la calidad de ocupante precaria. Queda, sin embargo, por mencionar una segunda situación. Tal como lo explicita María Ines Varela de Motta¹⁹ se trata de otro tipo de reclamaciones, provenientes del tercero propietario del inmueble que lo había arrendado a la pareja, y una vez fallecido el arrendatario, pretende obtener el desalojo del otro, también como precario.

Se establece en el mismo trabajo que, "el planteo que ha sido formulado ante los tribunales, es el del propietario que arrendó la finca al concubino y habiendo finalizado la relación concubinaria, el arrendatario abandonó la finca en la que permanecieron la ex compañera y los hijos provenientes de dicha unión. El propietario promovió el desalojo del núcleo familiar que quedó habitándola. En una sentencia dictada en 1981, siendo Juez Letrado en lo Civil de 12º Turno²⁰, se sostuvo que la finca había sido arrendada para el inquilino (concubino) y su familia. Al haberse retirado aquel por ruptura de la unión libre, quedaron habitándola la concubina y una hija de ambos. Se dijo que no se trataba de terceros extraños a la relación arrendaticia ya

¹⁸ LJU. No. 8045

¹⁹ RUDFT. XII p. 11-14 "El concubinato en la Jurisprudencia Uruguaya"

que ambos formaban la familia del arrendatario con derecho a permanecer en la vivienda, aún cuando no hubieran sido mencionados en el contrato en forma expresa."

IV. PENSIÓN ALIMENTICIA

Se trata aquí de determinar si existe o procede obligación alimentaria entre los concubinos.

Del estudio del ordenamiento jurídico vigente no surge que exista alguna norma que imponga la obligación legal, civil, de alimentos a cargo del concubino a favor de su concubina, ya sea durante la relación concubinaria o bien, después de que ésta haya concluido.²¹

Entrando ya a lo dispuesto por la jurisprudencia nacional, el Tribunal de Familia de 2do Turno²², hace referencia a la misma circunstancia, citando a Irureta Goyena, quien señala que: "la obligación alimentaria en nuestra legislación solo alcanza a las personas unidas por vínculos de familia, ya sean éstos los del parentesco consanguíneo legítimo o natural, del parentesco por afinidad, del matrimonio o de la adopción, y ello es así porque el fundamento de la obligación alimentaria legal se halla en un deber ético de asistencia entre parientes, de "pietas" que impone la comunidad de sangre y las relaciones de familia como condición necesaria para el mantenimiento de esta institución social."²³ Se señala en doctrina que las fuentes de la obligación alimentaria son tres: la ley, el contrato y el testamento; es decir, la ley y la voluntad del hombre.

Concluye por lo tanto la sentencia en análisis que "el concubinato, en consecuencia, no constituye una situación atendible en el ámbito de la obligación alimentaria, desde que no se contempla a su respecto, por lo menos en el actual entoque normativo positivo vigente, una solución específica amén de las previstas para las relaciones de parentesco y/o familia." Establece como conclusión que "en el tiempo presente, y en atención a la normativa jurídica imperante, la relación concubinaria no es fuente de obligación alimentaria alguna."

En dicha sentencia, tuvo lugar una discordia, muy citada en diversas obras, del Ministro Dr. Tobía Fernández, "por entender, como se ha dicho, en argumentos enteramente compartibles, en aplicación de los principios de solidaridad y protección de los componentes más débiles de la familia, institución constitucionalmente amparada sin distinguir entre familia legítima o natural, y reconociéndose que el derecho alimentario reposa en el derecho a la vida (principio igualmente de protección en rango constitucional) debe concluirse en que la finalidad del derecho alimentario es el de hacer posible la existencia, es la satisfacción de las necesidades de la vida, con lo cual, en situaciones.... en las cuales se denuncia situación de indigencia de la componente del núcleo familiar natural fracturado, debe reconocerse el derecho de reclamar alimentos por la concubina, posibilidades que no significan igualar situaciones con fundamento en el instituto matrimonial, sino, en cambio, propone conceder legitimación activa para el reclamo a quien se encuentra en la indigencia, en situación de desamparo, generada por la fractura del núcleo familiar natural."

V. INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD

El tema a tratar ahora, se aparta de los vistos anteriormente ya que aquí, nuestro Código Civil presenta una norma expresa en su artículo 241 numeral 4: "La paternidad ilegítima puede ser judicialmente declarada cuando el pretendido padre haya vivido en concubinato notorio con la madre durante el período de la concepción". Ya no se trata aquí de posiciones doctrinarias enfrentadas ni de lagunas normativas.

Por lo tanto, descartada una situación de falta de regulación normativa, nos encontramos para este caso, frente a un problema de interpretación ya que el concepto de "concubinato notorio" ha tenido diferentes interpretaciones, o exigencias para su configuración en nuestra jurisprudencia.

Son dos básicamente las posiciones que se han encontrado, y que reflejan una interpretación histórica-evolutiva en el entendido de que "concubinato notorio" no es hoy en día lo que pudo ser varios años atrás.

Es así que una sentencia del año 1990, dictada por el Juzgado Letrado de Familia de 6º Turno considera necesaria la cohabitación, esto es, la comunidad de techo, lecho y mesa para que se configure el concubinato notorio y proceda así la investigación de la paternidad ilegítima. Establece que hay una sutil y definitoria diferencia entre la calidad de "amantes estables" y concubinos y la exigencia de un domicilio común entre los sujetos, es imprescindible ya que sin él no es posible sostener la existencia de un concubinato.

²⁰ caso 653/81

²¹ Ordoqui, "El concubinato". Ediciones Del Foro, 1995, p. 175

²² caso 12.908 LJU

²³ "Der. de Fam." Compilación a cargo de los Dres. Rivero de Arhancety y Vaz Ferreira, p. 71 y 89

En resumen, la posición que adopta dicha sentencia radica en la interpretación de concubinato notorio como concubinato *more uxorio*.

El Lombardi, discorda en dicha sentencia, expresa que: "el concubinato notorio a que alude la norma no puede entenderse en el sentido de *more uxorio*. Si se ha acreditado que las partes eran amantes, llevando una relación relativamente extendida en el tiempo y que la mujer no tenía comercio con otro hombre en ese período, puede concluirse que ambos vivían en concubinato notorio, como quiere la ley, pese a que no tenían la comunidad de techo, lecho y mesa".

Su discordia ya es más cercana a la segunda posición mencionada, recogida en sentencias posteriores. Efectivamente, se entiende actualmente que no es necesaria la cohabitación.

"El concubinato puede ser con apariencia de matrimonio o sin ella; en este último caso, es suficiente que exista la unión o relación sexual de un hombre y una mujer".²⁴

"La sala se afilia a la posición del concubinato en el sentido amplio respecto de la causal edictada por el art. 241 n° 4 del C.C. El concubinato notorio a que alude la norma citada no puede entenderse en el sentido de *more uxorio*. No cabe duda que la natural evolución de las pautas sociales y culturales debe incidir en la interpretación de las normas".²⁵

Así también el Trib. de Flia. 1^{ra},²⁶ se afilia al concepto amplio de concubinato notorio según el cual cabe exigir las notas de continuidad, notoriedad y estabilidad para reputarlo configurado, sin que quepa requerir la cohabitación como elemento esencial.

En otra sentencia el mismo Tribunal sostiene que "no es necesario que haya entre sus integrantes la comunidad de techo, lecho y mesa requerida cuando nos referimos a un concubinato *more uxorio*, sino que para considerar que estamos frente a un concubinato notorio son necesarias determinadas pautas tales como la existencia de relaciones íntimas de la pareja, que tienen una determinada duración en el tiempo, que son notorias, de carácter exclusivo y que para el caso de la investigación de la paternidad natural son contemporáneas a la fecha de la concepción".

La expresión "concubinato notorio" no ha tenido una interpretación unánime en nuestra jurisprudencia. Queda por analizar la concepción en torno al noviazgo que más ampliamente se ha aceptado. La cuestión radica en determinar si procede la investigación de la paternidad respecto de un novio. Es decir, el noviazgo ¿configura hipótesis de concubinato notorio?

Pocas sentencias hacen referencia directa al noviazgo propiamente dicho. Sí establece sin embargo, en reiteradas ocasiones, que la comunidad de habitación no es condición indispensable; que basta con las relaciones sexuales continuas, notorias y exclusivas sin que sea menester la habitación común; que el concubinato notorio a que alude el artículo 241 n. 4 del Código Civil no puede entenderse en el sentido de *more uxorio*; que la natural evolución de las pautas sociales y culturales debe incidir en la interpretación de las normas, etc.

De esta forma, una sentencia del Tribunal de Familia de 1º Turno²⁷ establece: "en el momento actual, el concepto de noviazgo ha variado; años atrás no eran aceptadas en general las relaciones sexuales prematrimoniales y quienes las mantenían durante el noviazgo, se encontraban en una situación incómoda ante la sociedad. En el momento actual, la situación ha variado y se encuentra generalizada la idea de que cuando estamos ante una pareja de novios, que mantiene una relación de carácter sentimental frente a sus conocidos, familiares y amigos, además de existir una relación sentimental, la misma se integra con la existencia de relaciones íntimas, lo que en la mayoría de los casos nos lleva a la conclusión de la existencia de un concubinato que conlleva los caracteres de notorio, no requiriéndose en momento alguno el vivir juntos."

Otra sentencia anterior en el tiempo²⁸ expresa que existe una "sutil y definitiva diferencia entre la calidad de amantes estables y concubinos... si los sujetos carecen de un domicilio común, no es posible sostener la existencia de un concubinato para los diversos efectos que éste puede invocarse en ámbito jurídico. Va de suyo entonces, que la cohabitación se perfila como un elemento esencial de la figura concubinaria. Esa cohabitación se resume en el régimen de las tres comunidades (techo, lecho y mesa)".

En dicho fallo, se presenta una discordia de Lombardi por entender que "el concubinato notorio al que alude la norma citada no puede entenderse en el sentido de *more uxorio*. De tal manera que, si se ha acreditado que las partes eran amantes, llevando una relación relativamente extendida en el tiempo y que la

²⁴ S.C. de Just., sent. n° 832. 24/11/95. Cairoli, Alonso de Marco, Marabotto, Torello, Mariño.

²⁵ Trib. De Flia. 2º, sent. N° 30, 8/4/94, Pitanza, Viña, Toscano Laguarda.

²⁶ Sent. 917/2/99

²⁷ Sentencia No. 527/4/99 Battistella de Salaberry, Martínez Rosso y Monserrat Grau.

²⁸ Tribunal de Apelaciones de familia 2º Turno. L.J.U.N. 11611 24/7/90

mujer no tenía comercio con otro hombre en ese período, puede concluirse que ambos vivían en concubinato notorio, como quiere la ley, pese a que no tenían comunidad de techo, lecho y mesa."

Analizando los diferentes fallos que adoptan una u otra posición, es fácil notar que en nuestra jurisprudencia puede considerarse superada la posición que exigía la existencia de un concubinato *more uxorio*. Las últimas sentencias que han fallado sobre el tema se inclinan hacia la posición contraria mostrando así una evolución, más acorde con la realidad, que el Derecho debe siempre acompañar y regular.

VI. CONCLUSIONES

A lo largo del análisis de nuestra jurisprudencia, debe destacarse que aunque se aprecia una clara evolución respecto de la protección de las relaciones concubinarias a medida que pasa el tiempo, aún subsisten posiciones enfrentadas.

Cuando se parece haber cubierto una laguna, o un estado de incertidumbre, alguna sentencia aislada, insiste en mantener vigentes posiciones que se creían ya olvidadas. Esto se da, a nuestro entender, debido a la imposibilidad de considerar los problemas del concubinato en su faz exclusivamente jurídica, prescindiendo de las connotaciones familiares, humanas y morales que, en forma explícita o implícita, gravitan en el ánimo de los Magistrados.

Esto refleja el problema que aún se mantiene latente en lo referente al concubinato, justamente cuando datos estadísticos y la propia realidad nos demuestran día a día el auge del concubinato, desplazando al matrimonio, que en las últimas décadas ha sufrido un menoscabo asombroso.

El aumento del número de divorcios tampoco pasa desapercibido. Las razones para todo lo expuesto son diversas, y van desde el descrédito de la institución matrimonial y la familia legítima, el temor a las formalidades, pero fundamentalmente, un cambio en las sociedades modernas: el concubinato ya no es algo "mal visto" a los ojos del ciudadano común, sino que se ve, en muchas esferas, como una opción de vida alternativa e incluso igual de válida que el matrimonio.

No es nuestra intención en este trabajo calificar al concubinato desde el punto de vista moral, sino simplemente, y frente a la constatación de una realidad evidente, tratar de sentar pautas para la solución de los problemas que puedan plantearse, ya que el Derecho no puede cerrar los ojos frente a la realidad. Nos encontramos en la actualidad con una realidad que, para bien o para mal, ha avanzado frente al Derecho, dándose origen a todo un cúmulo de relaciones que no han sido abordadas aún por la legislación.

Si bien puede llegar a decirse, como se ha hecho en ciertas sentencias, que quien entró en una situación no regulada o incluso desalentada por el derecho no puede pretender luego el amparo del mismo, no consideramos de justicia la aplicación de esta máxima a las resoluciones de las reclamaciones entre concubinos.

En los últimos tiempos, ha tenido una gran relevancia en el campo del Derecho Civil la llamada "teoría de los actos propios". En síntesis podemos decir que dicha teoría consiste en que quien ha creado una expectativa cierta en otra persona, no puede lícitamente privar de ella a la otra por su mera voluntad. Las aplicaciones de esta teoría a la problemática que pueda suscitarse entre los concubinos, es, a nuestro entender, de una gran trascendencia, y así lo han entendido también ciertos magistrados, quizás aplicando el razonamiento sin mencionar la denominación de la teoría aplicada.

Cuando existen lagunas legales, en materia civil, el juez está obligado a fallar. El artículo 16 del Código Civil establece que, "Cuando ocurra un negocio civil, que no pueda resolverse por las palabras ni por el espíritu de la ley en la materia, se acudirá a los fundamentos de las leyes análogas, y si todavía subsistiere la duda, se acudirá a los principios generales de derecho y a las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso."

En el caso del concubinato creemos que es claro que correspondería, en principio, la aplicación por analogía, del régimen regulador del matrimonio. Esta afirmación merece dos aclaraciones. En primer lugar, nos estamos refiriendo aquí, como lo hemos hecho a lo largo de todo este trabajo (salvo en el tema de la investigación de la paternidad), a un concubinato *more uxorio*, es decir, aquel en que existe la triple comunidad de lecho, techo y mesa; una unión concubinaria con apariencia de matrimonio, que, a los ojos de los demás, funciona como tal. En segundo lugar, cabe aclarar que no se propone aquí, una aplicación automática, por decirlo de alguna manera, de la analogía. Los jueces deberán analizar, en cada caso concreto, si se dan las circunstancias de hecho necesarias para amparar el reclamo del o de la concubina basado en este régimen. Como formas supletorias, es decir, cuando estas circunstancias (que consistirán esencialmente en un sistema de organización familiar asimilable al matrimonial), podrá aplicarse, en lo que hace a las relaciones patrimoniales, el principio del enriquecimiento sin causa del art. 1308 del CC y, en casos excepcionales, el régimen de la sociedad de hecho.

Será esta la única manera de cumplir con el mandato impuesto por nuestra Constitución, de protección a la familia, sin distinción.