

GACETA JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO XLII

Bogotá, febrero 15 de 1936.

No. 1898

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS, RELATOR DE LA CORTE

"Saber las leyes non es tan solamente en aprender las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento".

(Siete partidas—Ley XIII)

"C'est le droit vivant que l'on veut connaitre, non un droit mort, ou conventionnel, imaginalif, variant au gré de chacun".

(Louis Josserand—Cours de Droit Civil Positif Francais).

Sentencia de la Corte de Apelación de Aix

Aix, 28 de diciembre de 1933.—1º RESPONSABILIDAD, CONCUBINATO, RUPTURA, AUSENCIA DE CULPA. — 2º SOCIEDAD, SOCIEDAD DE HECHO, AMANCEBADOS, EXPLOTACION COMERCIAL O INDUSTRIAL, COLABORACION, ACCION DE IN REM VERSO.

El estado de concubinato, aun prolongado, puede cesar en todo momento por voluntad de uno solo de los amancebados, sin que aquel que haya puesto fin a ese estado pueda, por causa de ese solo hecho, ser demandado para el pago de perjuicios (C. civ., 1382, 1383). La colaboración de uno de los amantes en los negocios del otro es susceptible de dar nacimiento a una sociedad de hecho y de abrir camino a la acción de in rem verso en provecho del que haya asistido al otro en sus empresas. (C. civ. 1382).

S E N T E N C I A :

LA CORTE, en relación con la apelación propuesta por Pozzi en el juicio

intentado: Considerando que la acción introducida contra el apelante por la señora de Grandis no podía ciertamente tener fundamento jurídico en la quiebra de la palabra de matrimonio que ella alegaba ante los jueces, cuando, como lo han comprobado los debates seguidos ante la Corte, estaba, al unirse a Pozzi con vínculos de concubinato, comprometida aún con los de un matrimonio que no se había disuelto y que no lo estaba, al menos según todas las apariencias, cuando terminaron las relaciones existentes entre ella y el apelante; considerando que no podía basarse la acción de la señora de Grandis en los artículos 1382 y 1383 del Código Civil, en que se apoyaba ante los primeros jueces, y que podía cesar el estado de concubinato, siquiera hubiese sido prolongado, sin que por eso e ipso facto pueda ser demandado el que puso fin a esa unión para el pago de perjuicios por causa de ese solo hecho; considerando que se impone, por consiguiente, reformar el fallo proferido en los dos capítulos que preceden; considerando al contrario, en cuanto concierne a la sociedad de he-

cho que puede existir entre abarragados y a la acción de in rem verso, que la colaboración de uno de los amantes en los negocios del otro es susceptible de hacer nacer un derecho en provecho propio sobre los bienes adquiridos a consecuencia de esa colaboración; que los primeros jueces han hecho una exacta apreciación de las reglas dadas desde ese doble punto de vista, ya por la doctrina como por la jurisprudencia más recientes, y que era el caso de autorizar a la señora de Grandis para traer al proceso por vía de información la prueba de los hechos que articuló a ese respecto, los cuales, con excepción de los colocados bajo los números 2 y 3 de su enunciación, se hacen actualmente inoperantes en el estado de la reforma parcial arriba pronunciada, son indiscutiblemente pertinentes, concluyentes y admisibles y responden, por tanto, a las exigencias de la ley, tales como han sido formuladas en el artículo 253 del Código de procedimiento civil; considerando que conviene, en consecuencia, confirmar el juicio propuesto sobre los puntos especificados, pero de tal manera que se circunscriba la información a los hechos enumerados bajo los números 1, 4, 5 y 6 de la enunciación originaria de la señora de Grandis y salvo prueba contraria que permanezca reservada en provecho del señor Pozzi. Por estos motivos y los de los primeros jueces, mas únicamente en cuanto nada tienen contrario a la presente sentencia, reforma el fallo proferido en la parte en que decidió que la acción de la Sra. de Grandis podía tener como fundamento jurídico la ruptura de la pretendida promesa de matrimonio y las disposiciones de los artículos 1382 y 1383 del Código Civil; falla, en consecuencia, que tal acción no puede fundarse en ninguno de los dos capítulos que preceden; confirma, al contrario, el susodicho fa-

llo en lo que que concierne a la posibilidad de la existencia entre abarragados de una sociedad de hecho y en cuanto a la aplicación, en caso semejante, de los principios que rigen la acción de in rem verso; lo confirma, por ende, en cuanto ha autorizado a la Sra. de Grandis para traer por vía de información ordinaria la prueba de los hechos pertinentes, concluyentes y admisibles que invocó a ese tono; falla, sin embargo, que en ese caso sólo serán sometidos a información aquellos hechos que traten de la existencia de la sociedad de hecho pretendida por la señora de Grandis y de la aplicación de la acción de in rem verso, y que figuren bajo los números 1, 4, 5 y 6 de la enunciación originaria de la mentada señora de Grandis; falla y ordena, en consecuencia, que los hechos cuya prueba está autorizada para aducir la señora de Grandis son los siguientes, a saber: 1° Que vivió maritalmente con el señor Pozzi de 1910 a 1927; 2° Que durante el tiempo de esa vida común prestó ella, en la explotación de diversas empresas, diferentes servicios, colaborando con él en un mismo pie de igualdad y sin percibir remuneración alguna; 3° Que esa colaboración fue particularmente fructuosa y permitió a ambas partes realizar importantes economías; 4° Que en el curso del año de 1927 la hizo salir el señor Pozzi de su hogar y vida común, sin motivo alguno, dejándola bruscamente sin recursos, en los precisos momentos en que su estado de salud y su edad no le permitían fácilmente subvenir por sí sola a sus necesidades. La prueba contraria queda formalmente reservada al señor Pozzi.

Corte de Aix, 28 de diciembre de 1933.
(Traducido del Recueil Périodique et Critique de Jurisprudence, de Législation et de Doctrine.—París).

COMENTARIO DE MARCEL NAST, PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD DE ESTRASBURGO, A LA SENTENCIA QUE PRECEDE (1)

La ruptura sin motivo legítimo de las relaciones intersexuales que han revestido el carácter de concubinato o de una unión libre, puede ser causa de responsabilidad jurídica para quien la originó, al menos cuando de ella ha resultado un perjuicio para la víctima del abandono? Están casi acordes la doctrina y la jurisprudencia en responder afirmativamente a esta cuestión cuando el concubinato ha sido consecuencia de una seducción dolosa realizada mediante promesa de matrimonio, y cuando el autor de la ruptura es el concubinario: la joven seducida tiene acción para reclamar indemnización con fundamento en los artículos 1382 y 1383 del Código Civil, cuando justifica un perjuicio cierto, sin que pueda distinguirse si la seducción ha sido seguida o no de preñez. (Josserand, Curso de Derecho Civil Positivo francés, tomo I, N° 1178; H. L. Mazeaud, Tratado de la Responsabilidad Civil, tomo I, N° 15-2; T. II, N° 1494). Pero ocurre lo mismo cuando el establecimiento de las relaciones íntimas o del concubinato no resulta de una seducción dolosa o cuando ha sido libremente consentido por una y otra parte? Divididos están los pareceres. Según una opinión, aún en este caso la ruptura de las relaciones sexuales puede ser, al menos para la concubina, fuente de un derecho a reparación civil. Según otra, se decide al contrario que fué del caso en que ha habido seducción dolosa, la cesación del estado de concubinato, debida a la sola voluntad del concubinario, no puede dar lugar, por sí misma, a indemnización de perjuicios en provecho de la mujer. (H. y L. Mazeaud, obra citada, Toma I, N° 278, nota 3°). Con la segunda opinión se relaciona la sentencia arriba reproducida; conviene, en nuestro sentir, seguirla, porque nos parece la única que está jurídicamente fundada. Y aunque se haya escrito mucho sobre el concubinato o la unión libre, creemos útil insistir sobre los motivos que justifican la negativa a la concubina de toda acción de indemnización, fun-

dada en el solo hecho de la cesación del concubinato, en el caso de que las relaciones íntimas no hayan tenido por origen una seducción dolosa.

Pero antes de discutir la cuestión importa presentar dos observaciones cuyo interés estriba en precisar su alcance y en deducir los elementos de su solución. Desde luego, al leer las sentencias o los estudios doctrinales o los informes dados en ciertos congresos, parecería que no concerniese la cuestión sino a los derechos de la concubina o querida y no a los del concubinario o amante. Se la plantea generalmente así: la concubina abandonada sin motivo legítimo por su amante puede reclamarle indemnización? En la práctica, es siempre la mujer abandonada quien recurre a los tribunales con sus quejas; hasta el presente, ninguna acción de este género parece haber sido ejercitada por los amantes desechados, aunque los haya en número, quizá igual, al de las queridas abandonadas. Preciso es buscar una explicación en el hecho de que las mujeres son más vengativas o más celosas en la defensa de sus intereses que los hombres, o en el de que los hombres refractarios al matrimonio consienten en llevar el deber de mantenimiento que el artículo 314 del Código Civil pone a cargo del marido, o aun en la circunstancia de que los amantes desechados tienen el pudor de no mostrar su infortunio o sus miserias sentimentales ante los Tribunales? O es que temen ellos ver rechazada su demanda por la justicia? Tal parece, en efecto, que la jurisprudencia, ora cuando ha tenido que estatuir sobre la validez de las donaciones entre abarraganados, ora cuando se le ha presentado el caso de conocer de las acciones de indemnización propuestas por concubinas contra los autores de la muerte accidental de sus compañeros, se haya dejado llevar de un curioso "feminismo" tras el cual se encuentra sin esfuerzo un vestigio de ese sentimentalismo romántico que ha inspirado a tantos literatos o novelistas obras destinadas a excitar la compasión del público por las mujeres galantes, las "amiguitas" o viejas queridas abandonadas, y que en muchas ocasiones ha conducido a la concubina a una situación preferible a la de la mujer legítima. Y este parecer se fortifica cuando se comprueba que la única demanda que hasta ahora se ha presentado por un concubinario, en reparación del perjuicio que pretendía haber sufrido por el hecho de la muerte casual de su querida, fue rechazada por motivo de indecencia. Con todo, cualquiera que sea la razón que explique la au-

(1) Hemos dado cabida en estas páginas al comentario del profesor Nast, en atención a su interés jurídico, ya que no podamos conformarnos (*quod absit!*) con la opinión de la licitud moral del acto sexual efectuado fué de matrimonio. A su debido tiempo podrán leer nuestros lectores en uno de los números próximos de la GACETA JUDICIAL una importante sentencia de la Corte y otra del Tribunal de Pasto sobre el interesante tema de la sentencia y comentario que insertamos.

sencia práctica de acciones de indemnización de perjuicios ejercitadas por amantes injustamente despedidos por sus compañeras o queridas, no se podría restringir la cuestión de indemnización por ruptura unilateral del concubinato o de las relaciones fuéra del matrimonio, al único caso en que ella proviniese del hombre; si así no fuese, se correría el riesgo de dejarse dominar, por resolverla, de un sentimentalismo mezclado de feminismo que no tiene nada de jurídico ni legal, y que no puede menos de falsear los elementos del problema. Es posible, con efecto, que haya tenido el amante que sufrir materialmente por causa de la cesación del concubinato o de la ruptura de relaciones fuéra de matrimonio, ya fuera que su querida contribuyera al mantenimiento de los hijos o del pseudo-matrimonio, ya que subviniera sola y en condiciones no deshonrosas al sostenimiento de su mancebo o amante, el cual, achacoso, ciego o paralítico, no podía ganarse la vida. No se ven motivos serios, cuando así sucede, para rehusar al amante un derecho que se reconocería a la querida. Por consiguiente, la cuestión que hay que examinar no debe limitarse a la hipótesis del abandono de la mujer por el hombre, y debe ser propuesta de manera general en estos términos: la ruptura unilateral del concubinato o de las relaciones fuéra del matrimonio, abre en provecho del hombre o de la mujer que la ha soportado un derecho a indemnización contra el otro?

Ahora, pues, la cuestión así planteada es una cuestión de responsabilidad civil. Mas no se trata de responsabilidad contractual que tiene su fuente en la ruptura de un contrato. Puede acontecer, sin duda, y acontece a menudo, que se hayan establecido las relaciones fuéra de matrimonio de común acuerdo, sobre todo cuando revisten la forma de una unión libre o de un "matrimonio aparente"; en la práctica existen uniones ilegítimas que son más sólidas y duraderas que las legítimas. Pero suponiendo que haya intervenido un verdadero contrato para crear entre los amantes una comunidad de vida y de techo, el tal contrato no tiene ningún valor legal, y, por consiguiente, ninguna fuerza obligatoria, así como una donación no tiene en principio valor legal ni fuerza obligatoria si no ha sido hecha en forma notarial; pues la sola unión intersexual a la cual reconoce la ley el valor de un contrato obligatorio, es aquella que tiene nacimiento en un matrimonio celebrado en la forma legal. No puede, pues, tratarse sino de responsabilidad delictual o cuasi-de-

lictual, basada en los artículos 1382 y 1383 del Código Civil y originada de una culpa extracontractual; y está el toque de la cuestión en saber si, en caso de ruptura unilateral e injustificada del concubinato o de las relaciones fuéra de matrimonio, se hallan reunidas las condiciones generales de la responsabilidad delictual o cuasidelictual. No podría responderse a priori al problema así planteado con un fallo negativo deducido del hecho de que al pasar por alto la ley las relaciones fuéra de matrimonio y el concubinato (cuando por lo menos no se halla en juego ninguna relación de filiación), no se puede atribuir a aquel hecho ningún efecto jurídico; porque si la ley no se ocupa de tales relaciones, no las prohíbe, salvo en ciertos casos particulares en que hace de éstos infracciones penales. (valgan por ejemplo la violación, el adulterio, los atentados contra el pudor, etc., etc.); fuéra de esos casos, dichas relaciones son hechos que ni son lícitos ni ilícitos y que, como cualesquiera otros, pueden ser fuente de responsabilidad delictual. Pero, si la cuestión debe ser resuelta negativamente es, primero porque la ruptura del concubinato no constituye culpa jurídica; luego, porque ella no entraña ningún perjuicio actual y cierto, y, finalmente, porque no hay relación alguna de causalidad entre la ruptura y el perjuicio.

Ante todo, constituye culpa romper por su sola voluntad relaciones que se han establecido fuéra del matrimonio? Eso se ha pretendido; pero la justificación que se ha dado a esa opinión no ha sido siempre la misma. Según unos, estribaría la culpa en el hecho mismo de hacer cesar el concubinato, y, especialmente, en el de abandonar sin motivo a la mujer; según otros, en el de haber mantenido relaciones íntimas, aun extrañas a toda maniobra dolosa. Una y otra de esas justificaciones son igualmente inadmisibles. En primer lugar, no constituye culpá el poner fin a relaciones intersexuales que se han creado fuéra del matrimonio. En efecto, culpa delictual es una falta, ya a una obligación legal, ya a una consuetudinaria, vale decir, impuesta por la moral social contemporánea; es el hecho de no haberse portado como lo prescribe la ley o como lo ordenan las costumbres actuales. Ahora bien, no hay ninguna obligación legal para los amancebados de mantener el concubinato, porque la ley no conoce otra unión irrevocable que la del matrimonio y pasa por alto las uniones llamadas libres. No hay para ellos ninguna obligación consuetudinaria de continuar las relaciones que han establecido, puesto que el concubinato es, por

una parte, una unión que los abarraganados, al no casarse, han querido hacer esencialmente precaria, y por otra y por sobre todo, lo que caracteriza al concubinato en las costumbres contemporáneas y lo que explica su considerable extensión, principalmente en los medios obreros, es el ser una unión "libre", un "matrimonio libre", susceptibles de ser disueltos en cualquier momento, aun por voluntad de una sola de las partes y sin que esté obligada a ejercitar una acción judicial para obtener la disolución. Así en la mente de los que forman esa unión como en la opinión pública, el concubinato es, pues, una unión que, por su naturaleza misma, es revocable en todo momento, sin formalidad alguna, sin motivo, de común acuerdo o por voluntad de uno solo. Consiguientemente, no puede resultar obligación de mantenerla y no puede haber culpa en el hecho de ponerle fin, aun sin motivo plausible. Tal era, por lo demás, la opinión de nuestros antiguos autores. Verdad es que en casos de seducción dolosa, la ruptura de relaciones por voluntad del seductor puede originar indemnización de perjuicios en provecho de la seducida; pero, como se ha hecho notar con justicia, la indemnización no es la reparación del perjuicio causado por la ruptura (pues, aun en caso de seducción dolosa, la ruptura es lícita), sino la del perjuicio causado por la seducción dolosa, la cual ciertamente constituye una culpa civil. No pudiéndose considerar por este motivo como un acto culpable la ruptura unilateral del concubinato, se ha querido asimilar jurídicamente la seducción no dolosa a la dolosa y ver una culpa en el solo hecho del establecimiento de relaciones íntimas. Pero esta asimilación no puede aceptarse; fué de los casos en que la ley penal reprime y, por consiguiente, prohíbe las relaciones sexuales, el acto sexual efectuado fué del matrimonio no constituye culpa en el sentido jurídico de la palabra, o lo que es lo mismo, una culpa generadora de responsabilidad civil. Eso era lo que antes se admitía y lo que debe admitirse hoy todavía. Como lo ha dicho en términos muy exactos la Corte de Casación, las relaciones fué de matrimonio no constituyen culpa civil, cuando "han sido resultado de un entendimiento recíproco, de una mutua simpatía, de un acuerdo de voluntades" y cuando los amantes se han "entregado uno a otro libre y conscientemente". (H. y L. Mazeaud, obra citada, tomo II, N° 1494). Por qué? Ante todo, porque si se supone que hubo culpa, ella fue común a ambas partes y no pudo atentar sino contra la sociedad, si se considera que el concubinato

es antisocial; pero no hay ciertamente culpa en perjuicio del hombre ni de la mujer, como que ambos se han puesto de acuerdo para un acto que está, sobre todo, conforme a la naturaleza humana. Esto es verdad, especialmente, cuando la joven ha sido advertida, o cuando ha sido, como acontece frecuentemente hoy, la instigadora de las relaciones sexuales, o cuando la mujer es "experimentada", o cuando es una viuda, o una mujer casada o una mujer casada y divorciada tres veces. Desde el momento en que la culpa no entraña sino un perjuicio social y en que la ley penal no la castiga, ninguna sanción civil puede aplicársele".

Es verdad que muchos autores ven en las relaciones fué del matrimonio una culpa moral y en el concubinato un estado inmoral, y tal parece ser también la opinión de la jurisprudencia, que tiene por inmorales las donaciones entre amancebados, cuando el móvil de ellas ha sido el establecimiento o la continuación de las relaciones sexuales. Pero una culpa moral no constituye necesariamente una culpa civil. Así, las culpas contra sí mismo no son en general culpas jurídicas, como no lo son en relación a aquellos que han dado su adhesión a la culpa: **volenti non fit injuria**. Además, a pesar de lo que digan algunos autores, no está comprobado que el acto sexual fué de matrimonio sea una culpa moral; cuando ese acto se lleva al cabo con amor en particular, no es más inmoral que ciertas relaciones íntimas que se disimulan tras el velo del matrimonio. No se ve por qué un acto es moral o no según que haya sido ejecutado dentro de las normas legales o fué de ellas, y el querer juzgar el acto sexual exclusivamente de acuerdo con la ley moral, conduciría a anular muchos matrimonios que tienen todas las apariencias de verdaderos negocios. Sea lo que fuere, no es dudoso que ni la ruptura unilateral del concubinato, ni las relaciones fué del matrimonio constituyen culpas jurídicas.

Pero aun cuando se considerase como culpa jurídica el abandono injustificado de la concubina o de su amante, no resultaría necesariamente un derecho a indemnización para la víctima del abandono: en caso tal se necesitaría que se hubiese sufrido un perjuicio susceptible, por su naturaleza, de ser tomado en consideración para servir de base a una responsabilidad jurídica. Y eso no es así: porque una de dos: o la víctima del abandono se prevale de un perjuicio moral, consistente en un ataque a su interés de afecto, o invoca un perjuicio material y pecuniario. Si el perjuicio sufrido es solamente moral, la acción de indemnización no es

ciertamente improcedente. Primero, porque el interés de afecto no puede servir de fundamento a una demanda de indemnización sino cuando proviene de un lazo de parentesco o de afinidad, y tal no es el caso para los amancebados. Luego, porque el interés de afecto no puede justificar una acción de responsabilidad civil sino cuando aquélla se dirige contra un tercero, y no contra la persona a la cual estaba unida la víctima del daño por un lazo de afecto, porque para que entonces fuese procedente la acción, sería preciso la existencia de un deber legal de afecto que hubiese sido violado; ahora bien, si no existe deber legal de afecto, ni siquiera entre esposos (art. 212 y siguientes del C. C.), ni entre padres, con mucho menor razón entre amancebados: al afecto, en realidad de verdad, no se le manda. Por tanto, y el hecho merece ser notado, las queridas abandonadas no se duelen nunca contra sus amantes infieles de un perjuicio moral; ellas tienen el espíritu más positivo y realista, y siempre se quejan de un daño material, pero ese mismo daño material es insuficiente en sí mismo para fundar un derecho a reparación. Porque, si proviene del hecho de que la concubina ha sacrificado inútilmente su juventud o su vida, se responderá muy justamente a la demandante que en compensación de su sacrificio se ha beneficiado con ventajas correlativas y especialmente pecuniarias; y si proviene del hecho de que en adelante no será mantenida por su ex-amante, se le responderá, ante todo, que el perjuicio que ha sufrido es eventual, puesto que si el concubinato hubiese continuado, no es cierto que el autor de la ruptura, quien no era sujeto de ninguna obligación alimentaria, hubiese continuado procurándole subsidio, y un perjuicio eventual no puede dar derecho a reparaciones; luego, que ella no tenía ningún derecho a ser mantenida y que no hay perjuicio, en el sentido jurídico de la palabra, cuando el interés lesionado no estaba jurídicamente protegido.

En fin, en la hipótesis de que la concubina rechazada pudiese invocar un perjuicio material cierto, faltaría para la procedencia de su demanda de indemnización por abandono injustificado, otra condición, a saber: una relación de causalidad entre el abandono y el daño sufrido por ella. Este daño, en efecto, no puede consistir sino en la pérdida de los subsidios que suministraba el amante a su querida, el cual no tiene su causa en el solo hecho de la ruptura; la prueba está en que, si el amante continúa suministrando a su querida abandonada con qué subvenir a sus necesidades, o si él hace una donación

en el momento de la ruptura, o aún si se ha comprometido a darle una pensión, el abandono no habrá causado ningún perjuicio material a la concubina y ella no podrá reclamar ninguna indemnización. La causa del daño es, pues, no ya el abandono mismo sino la cesación del mantenimiento de la querida, y no existe ninguna relación de causalidad entre el abandono y el perjuicio. Como, por otra parte, salvo un compromiso escrito, el amante no está obligado a subvenir a las necesidades de la concubina, después de la ruptura, como no lo está antes, no se ve sobre qué podría fundarse el derecho de la concubina a indemnización de perjuicios.

Preciso es, pues, que las concubinas tomen su partido: si sus amantes las abandonan carecen en principio, como no sea en el caso de seducción dolosa, de derecho a indemnización de perjuicios. Hay que dolerse de ellas? No parece, pues al entregarse libre y conscientemente sabían a qué se exponían, y porque en todo momento, una vez desvanecidas las ilusiones del amor, podía cesar su unión por la voluntad del uno o de la otra. Por otra parte, al no exigir el matrimonio, han aceptado y aun preferido una unión libre que pudiera ser disuelta fácilmente: al rechazar las cargas y los inconvenientes del matrimonio, no han podido llegar a aprovechar su principal ventaja, que es la estabilidad e irrevocabilidad de la unión del hombre y la mujer, sobre todo cuando, como en la mayor parte de los casos, su acción de indemnización tiene todas las apariencias de una venganza o de un chantage. En fin, es preciso no olvidar que el divorcio no da, por sí mismo, al esposo inocente un derecho a indemnización; es solamente en el caso en que carece de recursos suficientes para vivir, o en el de que el esposo culpado tiene todos los medios de proveer al sostenimiento del otro, cuando puede obtener la concesión de una pensión alimenticia. Luego conceder en todo caso una indemnización a la concubina abandonada, sería darle a ésta una situación superior a la de la mujer legítima; y esto es inadmisibles mientras que el derecho positivo mantenga la institución del matrimonio.

Una reserva debe hacerse, sin embargo, análoga a la que se admite en jurisprudencia para la ruptura de los esposales. Es posible que la ruptura del concubinato haya sido acompañada de hechos o de circunstancias que, independientemente de la sola cesación de las relaciones íntimas, hayan causado un perjuicio cierto, moral o material, a la víctima de la ruptura. En ese caso

no es dudoso que, por aplicación de los artículos 1382 y 1383 del Código Civil y si las condiciones de la responsabilidad civil se hallan reunidas, puedan tener derecho el amante o la concubina a indemnización de perjuicios. Lo cual sería especialmente así si se hubiese acompañado la separación de golpes, difamaciones o injurias, o aun simplemente con una publicidad tal que hubiese podido redundar en cierto descrédito para la concubina o su compañero. Pero entonces la fuente de la acción de reparación no sería la cesación del concubinato, sino hechos independientes de él.

Es frecuente que no pudiendo obtener las concubinas abandonadas resarcimiento de daños por el solo hecho del abandono, pero deseadas, a pesar de todo, de atacar al amante infiel en su bolsa, traten de utilizar de alguna manera una posición de repliegue que les sea más favorable que la de la responsabilidad civil. Ora recurren ellas a la teoría del enriquecimiento sin causa y ejercitan una acción de *in rem verso*, basada en el provecho que sus amantes han derivado de sus cuidados y servicios; ora, y más a menudo, invocan la teoría de las sociedades de hecho y reclaman una parte de los bienes puestos o adquiridos en común, o una parte de los beneficios obtenidos por sus amantes. Son procedentes tales acciones?

Tres observaciones preliminares se imponen. No parece, desde luego, contrariamente a lo que decide la sentencia citada, que si la concubina se prevale de una sociedad de hecho pueda obrar por la acción de *in rem verso*. A este respecto, la referida sentencia, al declarar procedente esta acción, ha incurrido en error manifiesto. En efecto, la acción de *in rem verso* es una acción subsidiaria, que no puede ser ejercitada sino a falta de otra vía de derecho; desde el instante en que hay sociedad de hecho, tiene la concubina a su disposición la acción *pro socio*, que hace inútil la de enriquecimiento sin causa: por otra parte, esta última acción no puede permitirle obtener sino una indemnización en dinero, igual al provecho procurado, mientras que la acción *pro socio* debe hacerle obtener una porción en frutos de los bienes comunes: no es, pues, indiferente para la concubina que su acción sea la social o la de *in rem verso*. Habiendo invocado la concubina en el juicio citado la existencia de una sociedad de hecho, erró la Corte de Aix al calificar su acción de *in rem verso*; y lo que prueba el error de la sentencia es que reconoció a la demandante un derecho sobre los bienes adquiridos a consecuencia de su

colaboración y que este derecho no puede nacer, como ya se dijo, de un simple enriquecimiento sin causa. La segunda observación que debe hacerse es que el concubinato, aun cuando haya sido acompañado de una comunidad de habitación, no crea por sí mismo una comunidad de bienes, ni aun una sociedad de hecho, como no la crean la cohabitación de un hermano y su hermana, o la de dos amigos, o la de dos hermanos o hermanas. Pero inversamente (y ésta es la tercera observación que se impone), el concubinato no podría ser, por sí mismo y por sí solo, un obstáculo a la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa, o a la de las sociedades de hecho, suponiendo que se encuentren reunidas las condiciones para aplicar esas teorías; por tanto, la jurisprudencia no ha dudado en hacer su aplicación. Se pueden dar dos motivos. El uno es que la ley ignora las relaciones fuera del matrimonio, ya sea para hacerles producir efecto (con excepción del caso en que se halle en juego una cuestión de filiación), ya para atribuirle una incapacidad civil: cualesquiera contratos son, pues, permitidos entre abarraganados, salvo aquellos cuyo único objeto sea el de crear el concubinato o mantenerlo. El otro motivo es el de que no se podría deducir pretexto de la inmoralidad del concubinato para rehusar a los amancebados la aplicación del derecho común, ante todo, porque no es cierto que las relaciones fuera de matrimonio sean necesariamente inmorales; luego, y sobre todo, porque se puede hacer abstracción de las relaciones sexuales para apreciar la situación de hecho creada por el concubinato; hay o puede haber concubinatos blancos, como hay matrimonios blancos, y a menos de verse obligado a ello para apreciar los hechos, no tiene el juez para qué penetrar en los secretos de alcoba, ya sea en el concubinato o en el matrimonio.

En la referida sentencia, habiendo invocado la concubina la existencia de una sociedad de hecho, no tenemos que examinar la cuestión de la admisibilidad de la acción *in rem verso* entre amancebados, sino solamente la de la admisibilidad de la acción *pro socio*. En general, las sentencias admiten esta acción, cuando se establece que ha existido realmente una sociedad de hecho, y especialmente cuando, como acontece a menudo, han explotado los amantes en común un comercio, una industria, una hacienda. Se han emitido dudas, sin embargo, sobre la legitimidad de esta solución por motivo de que no han tenido en mientes los amancebados una partición de beneficios, que es

condición necesaria para que haya sociedad (art. 1832 C. C.), sino solamente poner en común sus ganancias para subvenir a los gastos del pseudo-matrimonio. La verdad es que es imposible adoptar una solución única para todos los casos que se presentan: todo depende de una cuestión de hecho y en particular de la intención de los amantes, con tal que ésta pueda inferirse de la conducta que hayan observado. Cuando han explotado en común un establecimiento industrial o comercial o un fundo rural, convendrá decidir, de acuerdo con las circunstancias, que existía entre ellos una asociación en participación o una sociedad de hecho con nombre colectivo, o que al contrario, no existía entre ellos ninguna sociedad, cuando haya consistido la colaboración del uno con la ex-

plotación gerenciada por el otro solamente, en una prestación de servicios sujeta a remuneración. Cuando los amantes han vivido bajo un mismo techo, en principio, sus bienes muebles e inmuebles permanecerán como una propiedad separada del uno o del otro, así como para los esposos separados de bienes o dos amigos que viven en común; pero se podrá considerar como si fuesen bienes indivisos de ambos, sujetos a partición de frutos, aquellos que hayan adquirido en común o con sus comunes economías, y aquellos cuya propiedad no se sepa a cuál de los dos pertenece.

Marcel Nast,
Profesor de la Facultad de
Derecho de Estrasburgo.
