

## Sociedades de Hecho entre Concubinos (1)

Por HUMBERTO MURCIA

### 1) IMPORTANCIA DEL TEMA

Abordaré este complicado problema, que, aunque ha sido olvidado por los cultores de nuestro derecho positivo, tiene trascendentes consecuencias jurídico-económicas en nuestra sociedad. Esta manera de cohabitar, de juntarse dos sujetos para llevar la vida ante el desamparo de las leyes y el menosprecio de la sociedad culta, se hace cada día más frecuente, a medida que los frenos morales se relajan, y está, por esto, exigiendo la atención de los legisladores para regular sus efectos.

### 2) EL PROBLEMA EN EL DERECHO FRANCES

a) *En la época antigua.*—En la antigua legislación francesa no se toleró jamás el concubinato; considerándose que era contrario al bien del Estado, y había sanciones penales para el concubinato escandaloso. El Derecho Canónico prohibía el concubinato a los eclesiásticos y estableció fuertes sanciones espirituales para el religioso que desatara la prohibición. Las leyes civiles establecieron, en esta época, la invalidez jurídica de las donaciones entre amancebados, que no fuesen módicas y conducentes al suministro de alimentos, y se consagró igualmente la incapacidad de los concubinos para recibir por testamento de su amante.

b) *En la época moderna.*—En el derecho moderno, el amancebamiento en Francia constituye una situación de mero hecho, pero no por esto ha sido olvidado por el legislador.

Existen en la legislación civil francesa dos artículos, el 1382 y el 1383 del C. C., que dicen: “El estado de concubinato, aún prolonga-

(1) Capítulo tomado de su tesis de grado.

do, puede cesar en todo momento por voluntad de uno solo de los amancebados, sin que aquél que haya puesto fin a ese estado, pueda por causa de ese sólo hecho, ser demandado para el pago de perjuicios.” Y “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”.

Como se ve de la transcripción de los dos artículos anteriores los legisladores franceses sí han regulado las relaciones económicas y jurídicas del concubinato. Puede decirse, que allí la legislación consagra estos dos principios básicos al respecto: 1º) Que cada uno de los amancebados está asistido legalmente de la facultad de poner fin a esa situación de hecho, en el momento que le plazca, sin que su determinación le engendre obligación alguna a favor del amante abandonado, y 2º) Que el concubinato puede ser fuente creadora de sociedad de hecho, cuando entre los sujetos ha habido actividad en común, caso en el cual cada uno de ellos está asistido de una acción de enriquecimiento sin causa.

La jurisprudencia francesa ha sido fiel en todos sus tiempos en la interpretación de los postulados legislativos consagrados en su código. En sentencia de 28 de septiembre de 1933 la Corte de apelación de Aix afirmó la posibilidad legal de la existencia entre abarraganados de una sociedad de hecho, y la aplicación al caso de los principios del enriquecimiento sin causa, siempre que se operen los siguientes presupuestos:

- 1º) Convivencia marital;
- 2º) Que durante el tiempo de esa vida común se presten por los amantes diferentes servicios en la explotación de diversas empresas, con la colaboración mutua y en el mismo pie de igualdad sin percibir por alguno de ellos remuneración;
- 3º) Que esa colaboración sea fructuosa, y
- 4º) La suspensión en cualquier tiempo de esa convivencia, llevándose uno solo de ellos el producto de la actividad mancomunada.

La interpretación de los postulados legales antes citados, dio nacimiento en aquel país a diferentes problemas jurídicos, que la jurisprudencia y la doctrina se encargaron de solucionar y que pueden sintetizarse en los siguientes:

- 1º) La ruptura sin motivo legítimo de las relaciones intersexuales, con carácter de concubinato, origina responsabilidad jurídica para quien la causó;

2º) Si existe esa responsabilidad a favor del concubino abandonado por su compañero, ¿qué clase de responsabilidad será?;

3º) La acción de *In Rem Verso* consagrada por la ley, le corresponde tanto al concubinario como a la concubina, ¿o solamente a la mujer?, y

4º) ¿Cuál es el fundamento jurídico de esta acción de indemnización?

### 3) PRIMER PROBLEMA

Se presentó entonces allí el problema de saber si la ruptura sin motivo legítimo de las relaciones intersexuales que han revestido el carácter de concubinato o de una unión libre, es causa de responsabilidad jurídica para quien la originó, al menos cuando de ella ha resultado un perjuicio para la víctima del abandono.

La doctrina y la jurisprudencia dieron soluciones diferentes, según que el concubinato haya sido consecuencia de una seducción dolosa, o cuando resulta del consentimiento libre de los dos sujetos. En el primer caso, los autores responden afirmativamente, y dicen que la joven seducida y engañada por la acción maliciosa del hombre tiene la acción que le dan las leyes para reclamar indemnización, cuando justifica un perjuicio cierto. (Josserand, *Curso de Derecho Civil Positivo*. H y L. Mazeaud, *Tratado de responsabilidad civil*.)

En el segundo caso, esto es, cuando el concubinato no nace del engaño sino del consentimiento libre de los dos sujetos, cuando es el resultado de un entendimiento recíproco, de una mutua simpatía, cuando los amantes se han entregado uno a otro libre y conscientemente, algunos autores dicen que sí hay lugar a responsabilidad civil; mientras que otros niegan su existencia. Quienes niegan que sí hay lugar a indemnización en este caso, dicen que es preciso que las concubinas tomen su partido: que si sus amantes las abandonan, carecen en principio del derecho a la indemnización de perjuicios. Arguyen que al entregarse libre y conscientemente a un mancebo, sabían a qué se exponían, y porque en todo momento, una vez desvanecidas las ilusiones de amor, podía cesar su unión por voluntad de uno o del otro; que, por otra parte, al no exigir el matrimonio, serán en los más de los casos, las alentadoras de esta situación de hecho; que han aceptado y preferido una unión libre que puede ser disuelta

fácilmente; que, al rechazar las cargas y los inconvenientes del matrimonio, no han podido llegar a aprovechar su principal ventaja que es la estabilidad irrevocable de la unión del hombre y la mujer, sobre todo cuando, como en la mayor parte de los casos, su acción de indemnización tiene todos las apariencias de una venganza o de un chantaje.

Arguyen en defensa de su tesis los juristas antes citados, que es preciso no olvidar que el divorcio no da, por sí mismo, al esposo inocente un derecho a indemnización, que es solamente en el caso en que carece de recursos suficientes para vivir, o en el de que el esposo culpable tiene todos los medios de proveer al establecimiento del otro, cuando puede obtener la concesión de una pensión alimenticia. Luego, —dicen—, 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.

### 4) SEGUNDO PROBLEMA

Si existe responsabilidad civil a favor del concubino abandonado por su compañero, ¿qué clase de responsabilidad será? ¿Es responsabilidad contractual o extracontractual?

La mayoría de los autores están acordes en afirmar que no se trata de responsabilidad contractual la que, como es bien sabido, tiene su fuente en el rompimiento de un contrato, sino de una responsabilidad extracontractual.

Puede suceder, y generalmente acontece que, en la mayoría de los casos, estas relaciones sexuales extramatrimoniales se han establecido por el común acuerdo de los sujetos, sobre todo cuando revisten la forma de una unión libre formando un matrimonio aparente. Pero, aún en el caso de que haya intervenido en la génesis del concubinato el pleno consentimiento de las partes, que haya habido entre ellas un verdadero contrato para crear una comunidad de vida y techo, tal acto jurídico carecería de todo valor legal, de toda fuerza obligatoria, ya que la unión sexual única a la que la ley reconoce efectos es el matrimonio efectuado en legal forma. Con estos presupuestos, se soluciona el problema que se contempla, diciendo que se trata de una responsabilidad extracontractual antes que contractual.

## 5) TERCER PROBLEMA

Si las leyes consagran la acción de *In Rem Verso*, ésta le corresponderá tanto al concubinario como a la concubina, ¿o solamente a la mujer?

A este problema le da solución el célebre profesor Marcel Nast quien dice al respecto: "Pero antes de discutir la cuestión importa prestar dos observaciones cuyo interés estriba en precisar su alcance y en deducir los elementos de su solución. Desde luego, al leer las sentencias a los estudios doctrinales parecería que no concerniese la cuestión sino a los derechos de la concubina o querida y no a los del concubinario o amante. 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 la solución en el hecho de que las mujeres son más vengativas y más celosas en la defensa de sus intereses que los hombres, o en el hecho de que los hombres, refractarios al matrimonio y sintiéndose en el caso de amantes desechados, tienen el pudor de no mostrar su infortunio o sus miserias sentimentales ante los tribunales o en el hecho de que ellos temen ver rechazada su demanda por la justicia. Tal parece, en efecto, que la jurisprudencia, cuando le ha tocado 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 queridas abandonadas, y que en muchas ocasiones ha conducido a la concubina a una situación preferible a la de la mujer legítima."

Continúa luego el célebre tratadista exponiendo el problema, en donde no se sabe qué admirar más, si la belleza del lenguaje, o la precisión y exactitud de su criterio de jurista, para terminar diciendo que el derecho consagrado por la ley le asiste tanto a la concubina abandonada como al amante desengañado, al decir que cualquiera que sea la razón que explique la ausencia práctica de acciones de indemnización de perjuicios incoadas por los amantes injustamente despedidos por sus otrora amadas compañeras, no se podría restringir

la cuestión de indemnización por ruptura unilateral del concubinato, al único caso en que ella proviniese del hombre, "si así no fuese, —continúa el expositor—, se correría el riesgo de dejarse dominar, 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, como en efecto sucede, que haya tenido el amante que sufrir materialmente por causa de la cesación del concubinato o de la ruptura de relaciones fuera del matrimonio, ya fuera que su querida contribuyera al mantenimiento de los hijos o del pseudo-matrimonio, ya que subviniera solo y en condiciones no deshonrosas, al sostenimiento de su mancebo o amante, el cual, achacoso, ciego o paralítico, no podrá ganarse la vida. No se ven motivos serios, cuando así sucede, para negarle al amante un derecho que se reconocería a la mujer".

## 6) CUARTO PROBLEMA

Llevado a estos términos el tema, surge entonces el interrogante de saber en dónde se encuentra el fundamento jurídico de esta acción de indemnización consagrada por la ley francesa, en favor del concubino abandonado. Esto es, averiguar ante todo si constituye culpa civil el rompimiento unilateral de las relaciones extramatrimoniales.

La contestación a esta pregunta ha sido afirmativa, por algunos autores, quienes justifican su afirmación diciendo que la culpa estriba en el hecho mismo de cesar el concubinato, y especialmente el de abandonar sin motivo a la mujer. Según otros, la culpa radica en el hecho de haber mantenido relaciones íntimas, aun cuando éstas sean extrañas a toda maniobra dolosa. Hay una tercera teoría, propugnada por los hermanos Mazeaud, quienes niegan que haya culpa en rompimiento unilateral del concubinato, y hacen radicar el fundamento jurídico de la acción de indemnización, en los perjuicios materiales que se causen con el dicho rompimiento. Ponen como ejemplo el caso de la concubina que ha sacrificado inútilmente su juventud o su vida, y que en adelante no será mantenida por su ex amante, que ya no le dará más el subsidio, y que ésta, enferma y agotada, no podrá satisfacer sus necesidades vitales. Para ser consecuentes con su afirmación, arguyen que sólo tiene derecho a ejercer la acción de indemnización el concubino abandonado que demuestra haber sido víctima de perjuicios materiales ciertos por ocasión del rompimiento.

Dicen pues, que no constituye culpa el hecho de poner fin a relaciones intersexuales que se han creado fuera del matrimonio, y fundamentan su tesis así: considerando que la culpa es una falta, ya a una obligación legal, ya a una consuetudinaria; que es el hecho de no haberse comportado como lo prescribe la ley o la costumbre, y que como no tienen los amancebados ninguna obligación legal o consuetudinaria de mantener ese estado, ya que la ley no conoce otra unión irrevocable distinta del matrimonio; el rompimiento de esa unión ilegítima, no puede originar ninguna especie de culpa.

El concubinato, así en la mente de los que forman esa unión libre, como en la de la sociedad, es una unión que, por su naturaleza misma, es esencialmente revocable en cualquier momento, sin formalidad alguna, sin motivo, de común acuerdo o por voluntad de uno solo de los cómplices. Siendo esto así, no puede resultar obligación alguna de mantenerlo, y mal puede entonces haber culpa en el hecho de ponerle fin, aun sin motivo plausible.

#### 7) PERJUICIOS MATERIALES CAUSADOS POR HECHOS INDEPENDIENTES DE LA UNION LIBRE

Es posible que la ruptura del concubinato vaya acompañada de hechos o circunstancias que, independientemente de la sola cesación de las relaciones íntimas, hayan causado otros perjuicios morales o materiales a la víctima de la ruptura. En este caso, también debe tener derecho el amante o la concubina a ser indemnizado de esos perjuicios sufridos. Es el caso en que la separación va acompañada de golpes, difamaciones, injurias, etc., pero entonces, la fuente de la acción de reparación no sería la cesación del concubinato, sino los hechos mismos que han dado ocasión a esta clase de perjuicios.

#### 8) CRITICA A LA ACCION DE *IN REM VERSO* CONSAGRADA POR LA LEY

La doctrina francesa ha hecho enérgica crítica a la acción de *In Rem Verso* que consagra la ley francesa en favor de los sujetos del concubinato. El artículo 1383 del Código Civil francés, admite la posibilidad de la creación de una sociedad de hecho por los concubinos, cuando uno de ellos ha colaborado en los negocios del otro, y consagra, en favor del que haya asistido a su cómplice en sus empresas, la acción de enriquecimiento sin causa.

Este principio fue aplicado por la jurisprudencia de aquel país con motivo de un litigio sobre sociedad de hecho entre concubinos, en sentencia del año de 1933. Habiendo declarado la Corte de Apelación de Aix, la existencia de la sociedad de hecho entre abarraganados, concedió a la amante abandonada la acción de *In Rem Verso*, para que su ex amante le indemnizara los perjuicios sufridos, con parte de los bienes adquiridos a consecuencia de la colaboración mutua en la explotación de negocios, durante la época del concubinato.

La doctrina ha hecho, —sin duda alguna con razón—, fuerte crítica al contenido jurídico de la sentencia aludida. Dice que probada la existencia de la sociedad de hecho, la acción que corresponde no es la de enriquecimiento sin causa sino la acción pro-socio, ya que la primera es una acción subsidiaria, que no puede ser ejercitada sino a falta de otra vía expedita. Desde el instante en que hay sociedad de hecho tiene la concubina a su disposición la acción pro-socio, que hace inútil e improcedente la de *In Rem Verso*. Por otra parte, arguyen que esta última acción no puede permitirle obtener sino una indemnización en dinero, igual al provecho procurado, mientras que la acción social debe hacerle obtener una porción en frutos de los bienes comunes, no siendo pues, indiferente para el abandonado del concubinato que su acción sea la social o la de enriquecimiento sin causa.

El tratadista Marcel Nast, al comentar la sentencia precitada dice: “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, de un simple enriquecimiento sin causa.”

#### 9) EL PROBLEMA EN EL DERECHO ARGENTINO

La jurisprudencia argentina ha dicho en reiteradas ocasiones que si la existencia de la sociedad de hecho entre concubinos no ha sido consagrada expresamente por la ley; no por eso puede desecharse su existencia. Le atribuye sí un carácter especial, dentro del cuadro general de las sociedades irregulares, al que presenta la sociedad formada por el hombre y la mujer que no se han unido en matrimonio; por cuanto se trata de una sociedad con respecto a la que no sólo no han

sido cumplidas las formalidades de publicidad, sino que ni siquiera se ha redactado contrato escrito.

Quizá la naturaleza particular de estas relaciones concubinarias, no se presta, a que se formalice por documento público o privado, la existencia de una sociedad entre los cónyuges.

Sea lo que fuere, lo cierto es que esta jurisprudencia sí ha admitido expresamente la posibilidad de existencia de una sociedad de hecho entre concubinos. Así, en sentencia de la Cámara de Apelaciones de Rosario en 1946 se dijo: "El concubinato no excluye la existencia de una sociedad de hecho, pero no la presupone o presume, ni es por sí solo prueba de ella, pues, por sí solo, no la crea, es decir, la mera circunstancia de la vida en común de dos concubinos no demuestra que haya mediado entre ellos una sociedad de hecho por lo que la existencia de una sociedad de hecho entre concubinos debe probarse como si el concubinato no hubiera existido."

Entonces allí se considera posible que los concubinos formen una sociedad de esta naturaleza, y que quien la alega, debe probar que ha contribuido con su trabajo o sus bienes a la obtención del capital común; que cuando, además de la convivencia, hubo aportes de recursos propios y de trabajo personal en la atención y administración de los negocios, y es, precisamente, el establecimiento y la explotación en común de un negocio por los concubinos, lo que constituye una sociedad de hecho.

#### 10) EL PROBLEMA EN EL DERECHO COLOMBIANO

La legislación colombiana, por ninguna parte ni en ningún momento de su ya larga historia, ha intentado siquiera regular las relaciones jurídico-económicas nacidas del concubinato. No existe, —a diferencia de otras legislaciones—, ningún texto positivo que haga alusión al caso. Así las cosas, es apenas obvio, que las dificultades que el tema trae a los administradores de la justicia sean más numerosas y más frecuentes que en otros países.

#### 11) LA ILICITUD DEL CONCUBINATO A LA LUZ DE LA LEGISLACION

Nuestro derecho positivo, —refractario siempre a lo ilícito, dada su característica esencialmente moral—, ha mantenido al margen de su legislación en todas las épocas el concubinato, y, cuando sobre él ha hablado, ha sido para condenarlo por considerarlo como un estado

atentatorio a la ética social, y por menoscabar la institución matrimonial, que es la primera base formativa de la colectividad humana.

La ley colombiana ha considerado pues al concubinato como un hecho ilícito, y por tanto le ha negado toda clase de efectos jurídicos. Nada que sea fruto de esta convivencia prohibida tiene protección legal. Mas, es quizá indubitablemente errado sostener esta afirmación, por lo menos en la forma absoluta en que hasta ahora lo ha sido.

#### 12) EL CONCUBINATO Y LAS CONSECUENCIAS ECONOMICAS, SURGIDAS DE EL

En la circunstancia misma del concubinato, deben distinguirse dos aspectos bien diferenciados en sí, y que son:

1º) Las relaciones sexuales en sí mismas, y

2º) Las consecuencias de diferente índole que nacen de la unión ilícita.

Si el primero de estos aspectos ha sido considerado siempre, y debe seguir siéndolo, como un hecho ilícito por ser violatorio de los más elementales postulados éticos, no así el segundo, en que las más de las veces conlleva una causa tan lícita como lo exigen la moral y las leyes.

En rigor jurídico, debe hacerse distinción entre la finalidad del concubinato, y las consecuencias económicas que él origina.

Puede afirmarse, que en la casi totalidad de los casos, el amancebamiento, encuentra su motivo propulsor en la tendencia misma de la naturaleza humana. En este estado encuentran los hombres, la manera fácil y libre para satisfacer sus deseos erótico-sexuales. He aquí, —en mi sentir—, el único aspecto siempre reprochable del estado de hecho que contemplo, y lo que ha dado pie, —sin duda alguna—, para que sea desamparado, despreciado y condenado por la ley de los países católicos y civilizados.

El concubinato es una unión que los amancebados, al no casarse, han querido hacer esencialmente precaria, y que en las actuales costumbres lo que explica su considerable extensión principalmente en los medios sociales menos cultos, es el ser una unión libre, susceptible de ser disuelta en cualquier momento aún por voluntad unilateral, sin necesidad de incoar acción judicial alguna.

Pero este amancebamiento origina de hecho en la práctica infinito número de consecuencias, que en estricta lógica jurídica mal pueden estar cobijadas por alguna presunción de ilicitud. En efecto, los

sujetos procrean hijos, venden, compran, explotan en común una empresa, forman un capital y, en fin, celebran un sinnúmero de actos jurídicos. Este es, —en mi opinión—, un aspecto plenamente lícito de la unión ilegal, y que no puede relegarse al olvido por el legislador.

### 13) VALIDEZ JURIDICA DE LOS PACTOS ENTRE CONCUBINOS

No puede negarse eficacia jurídica a los contratos celebrados por los amancebados entre sí, como no sean los referentes al establecimiento o continuación del concubinato. Si bien el pacto sobre el concubinato es ilícito, el estado mismo de éste no produce incapacidad legal de los amantes para celebrar actos jurídicos. Si es acordado por personas libres y capaces para contratar, y no habiendo ni dolo ni violencia, el contrato por ellos celebrado será válido, y deberá regirse por los principios generales que regulan los efectos de las convenciones.

En ninguna parte, —y no hay motivos serios para que así fuese—, la ley prohíbe a los concubinos celebrar entre sí actos jurídicos, ni tampoco les niega valor a los por ellos celebrados. Siendo esto así, es perfectamente ilícito, a la luz del derecho, que los amantes celebren entre sí contratos, y quien alegue la ilicitud de la causa en ellos, deberá probarla, como debe demostrarse en todos los casos en que no la presume la ley.

Analizando pues, con criterio sereno y realista, el concubinato, y para que la equidad quede a salvo, se hace indispensable marcar los límites entre los hechos que surgen en virtud de la convivencia ilícita a la luz de la moral y otros que, si aparentemente son producto de lo inmoral, son en el fondo independientes de todo lo que rechaza el derecho.

Esta diferenciación de hechos en el concubinato fue ya mirada por el legislador colombiano, aunque en grado ínfimo, en el año de 1936. No otra cosa se colige de los términos mismos en que está concebida la ley 45. El legislador de este año, con gran acierto y rindiéndole tributo a la justicia, reconoció derechos a los hijos de los concubinos y reglamentó su situación jurídica, al dejar de considerarlos como las víctimas obligadas, aunque inocentes, de la conducta indebida de sus padres.

Pero nuestra ley sí ha guardado total silencio en cuanto a las relaciones económicas que surgen para los amantes con motivo de su unión libre. Pero como es el caso de que si no las ha regulado, tam-

poco ha prohibido los actos jurídicos entre ellos; entonces, cuando paralelamente a las relaciones sexuales ilícitas surgen operaciones jurídicas entre ellos, el derecho debe entrar a normarlas y dejar de considerarlas como extrañas a su órbita de acción.

### 14) ¿EXISTE SOCIEDAD DE HECHO ENTRE CONCUBINOS?

Aquí ha venido la jurisprudencia a llenar el vacío dejado por la ley, afirmando que es posible lícitamente la existencia de una sociedad de hecho entre concubinos. Nuestro más alto Tribunal de Justicia en sentencia de casación fechada el 30 de noviembre de 1935, y en la cual fue magistrado ponente el doctor Eduardo Zuleta Angel, dijo: “Las sociedades de hecho se dividen en dos clases, así: 1ª) Las que se forman en virtud de un consentimiento expreso y que por falta de uno, o de varios o de todos los requisitos o de las solemnidades que la ley exige para las sociedades de derecho no alcanzan la categoría de tales. 2ª) Las que se originan en la colaboración de dos o más personas en una misma explotación y resultan de un conjunto o de una serie coordinada de operaciones que efectúa en común y de las cuales se induce un consentimiento implícito.”

Al hacer nuestra Corte en la anterior sentencia la distinción de las sociedades de hecho, dice que dada la naturaleza de las de segunda clase es posible su nacimiento entre concubinos. Pero para que ello sea así, será necesario que a lo ya dicho se sumen otros requisitos que establece la Corte en la misma sentencia, con los siguientes términos: “Si la sociedad, —lo que es muy frecuente—, se ha creado de hecho entre concubinos, será necesario que medien, además, para poderla reconocer, estas dos circunstancias adicionales: 1ª) Que la sociedad no haya tenido por finalidad el crear, prolongar, fomentar o estimular el concubinato, pues si esto fuere así, el contrato sería nulo por causa ilícita, en razón de su móvil determinante.

En general, la ley ignora las relaciones sexuales fuera de matrimonio, sea para hacerlas producir efectos, sea para deducir de ellas una incapacidad civil, y por ello, en principio, no hay obstáculo para los contratos entre concubinos, *pero cuando el móvil determinante en esos contratos es el de crear o mantener el concubinato hay lugar a declarar la nulidad por aplicación de la teoría de la causa.* 2ª) Como el concubinato no crea por sí solo comunidad de bienes, ni sociedad de hecho, es preciso, para reconocer la sociedad de hecho entre

concubinos, que se pueda distinguir claramente lo que es la común actividad de los concubinos en una determinada empresa creada con el propósito de realizar beneficios, de lo que es el simple resultado de una común vivienda y de una intimidad extendida al manejo, conservación o administración de los bienes de uno y de otro o de ambos.”

Así, pues, la jurisprudencia ha sostenido desde el año de 1935 en Colombia, la posibilidad de la existencia de una sociedad de hecho entre concubinos.

#### 15) LOS CONCUBINOS Y EL CONTRATO DE TRABAJO

Mas no podrá decirse acertadamente que siempre que un hombre y una mujer se unan libremente con fines a relaciones sexuales ilícitas, prestándose mutua colaboración con intención de realizar beneficios, exista entre ellos una sociedad de hecho. Será falso afirmar, que las relaciones económicas de los concubinos dan, en todos los casos, nacimiento a una sociedad de esta naturaleza.

Muy a menudo sucede en la práctica que los concubinos, y especialmente la mujer, movida por la fuerza del amor hacia su compañero, despliegue una intensa actividad para colaborar en los negocios de la unión con incuestionable finalidad lucrativa. En el continuo discurrir de la vida social, se presenta a cada instante, este caso. Mas, por este sólo hecho no puede decirse que se ha creado una sociedad entre ellos. Muy bien puede ser esto la consecuencia de la preexistencia entre los amancebados de un contrato de trabajo, y entonces, toca a las leyes laborales regular estas relaciones. Todo es pues asunto de hecho; sólo que la conducta que haya seguido cada uno de los amancebados para con el otro debe tenerse en cuenta, al juzgar la intención que ellos hayan podido tener al tiempo de iniciar el negocio, cuya naturaleza y cuyos efectos van a ser determinados.

La jurisprudencia del trabajo en Colombia, ha sido bastante refractaria en admitir la existencia de un contrato presuntivo de trabajo entre concubinos. En efecto, el Tribunal Supremo del Trabajo en casación de 28 de octubre de 1949 dijo: “El contrato de trabajo difiere de las relaciones sexuales extralegales por todos los aspectos, entre los cuales se deben destacar los de que en éstas ni se prestan servicios de carácter laboral, ni existe subordinación jurídica, ni hay remuneración de índole asalariada. Cualquier elemento de los indicados, que aparentemente pueda presentarse, sería de naturaleza extra-

ña al contenido económico social de la relación de trabajo y ajeno a la protección característica de la legislación especial”... y agrega luego el Tribunal. “...La distinción debe plantearse con toda nitidez para no desamparar lo propiamente laboral en lo que corresponda, y para no proteger el concubinato como si fuera contrato de trabajo, confundiéndonlos.”

Como se ve en esta sentencia, por los términos en que ella fue concebida por el magistrado ponente doctor Juan Benavides Patrón, el Tribunal Supremo dice prácticamente que es imposible ante la ley la existencia de la relación laboral entre los sujetos del concubinato.

No considero muy ceñida a la verdad jurídica la anterior sentencia. En ninguna parte el Código Sustantivo del Trabajo prohíbe la configuración de este contrato entre amancebados. No es extraño que la mujer sea una simple empleada de su amante, y que con tal carácter, coadyuve activamente los negocios de su patrón y concubino; y si así es, tocará entonces a la justicia del Trabajo, en mérito a la equidad, reconocerle a la mujer abandonada o al hombre, si fuere el caso, la plenitud de los derechos que para el trabajador consagran nuestras leyes laborales. Mas, para que así suceda, será necesario comprobar durante el proceso respectivo, la existencia entre los concubinos del contrato de trabajo, lo que se logrará cuando queden plenamente establecidos los requisitos que estructuran y tipifican este contrato, y que son según la doctrina imperante: a) La prestación de un servicio personal. b) Remuneración; y c) Continuada subordinación o dependencia.

No veo las razones que haya tenido el Tribunal Supremo para considerar la imposibilidad de que confluyan entre concubinos los elementos enunciados. Tal vez el elemento que con alguna dificultad se deja entrever en este caso, es el llamado *continuada subordinación*; pero si se ha de entender, como debe ser según reiterada doctrina, que ella no solamente abarca la dependencia material sino también la moral y la económica, bien fácilmente se logra aquí su hallazgo.

Supóngase por ejemplo el caso de una secretaria que por una remuneración periódica preste un servicio personal a un patrón, recibiendo sus órdenes, y que con el pasar del tiempo conjuntamente resuelven hacer vida en común, continuando en sus relaciones externas el estado inicial. Si se está en presencia de estas circunstancias, no puede, no debe descartarse la existencia entre ellos de un contrato de trabajo.

Pero no podrá tampoco afirmarse que pueden estar involucrados en las relaciones económicas de los concubinos, los contratos de sociedad y de trabajo; esto es, la coexistencia entre los sujetos de la unión libre, de estas dos convenciones. Esto no sería posible, si se tiene en cuenta que la naturaleza jurídica de esta clase de contratos es diferente y que se excluyen de por sí.

#### 16) PRESUPUESTOS PARA QUE EXISTA SOCIEDAD DE HECHO ENTRE CONCUBINOS

Para que exista una sociedad de hecho entre concubinos es entonces indispensable que se reúnan los elementos necesarios que hacen relación a esta situación de hecho; ya como contrato en general, ya como contrato de sociedad, y ya como contrato especial de sociedad celebrado por dos sujetos que observan una conducta indebida.

Para la validez de la sociedad como contrato en general sin consideración a especies como dice el Código Civil y el de Comercio, o a clases, como dice el Código de Minas, es preciso que los contribuyentes sean legalmente capaces, que consientan en dicho acto sin que su consentimiento adolezca de vicios; que los mueva una causa justa y que su voluntad recaiga sobre un objeto lícito, como lo establece el artículo 1502 del C. C.

Como contrato de sociedad, todas las especies o clases requieren estos elementos esenciales: 1º) Dos o más personas. 2º) Aportes. 3º) Fondo común. 4º) Repartición de ganancias o pérdidas. 5º) Objeto social, con fines especulativos; y 6º) Animo de asociarse.

Pero no parañ aquí las exigencias legales y jurisprudenciales, para que exista sociedad de hecho entre concubinos. A las anteriores enunciadas, se han agregado otras que es preciso conocer y que son: 1ª) La actividad de dos o más personas en una explotación común, y 2ª) Que esa colaboración de actividades busque beneficios, estando los socios en un mismo plano de igualdad.

Y cuando la sociedad ha nacido a consecuencia de un concubinato, es preciso que confluyan también estos requisitos: 1º) Que su finalidad no sea fomentar o estimular el concubinato, y 2º) Que se trate de la común explotación por los amantes de una determinada empresa con fines lucrativos, y no de la común vivienda extendida al manejo de los bienes suyos.

Si se reúnen en un caso determinado las anteriores condiciones, se debe concluir que se está en presencia de una sociedad de hecho, y

que cada uno de los concubinos tiene la acción pro-socio para pedir la liquidación de ella y para que se le devuelva su aporte, adicionado de las ganancias que le corresponden como socio, si la sociedad logró utilidades, o disminuído de su proporción en las pérdidas, en el caso contrario.

#### 17) LOS CONCUBINOS Y EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

Pero bien puede suceder que las relaciones económicas de los concubinos no estructuren ninguno de los dos contratos anteriores; esto es, que no pueda decirse que entre ellos se creó una sociedad de hecho o que hubo una relación de trabajo. En este caso, tampoco puede quedar desamparado por el derecho, el concubino que con su actividad contribuyó al enriquecimiento de su amante, a costa de sacrificar su capacidad para el trabajo. El derecho, por su esencia misma, no puede amparar enriquecimientos torticeros, y debe condenar el entuerto en cualquier campo que asome.

Sabido es que para que se reconozca por la justicia un derecho debe pedirse acertadamente; que tanto da no tener el derecho, como tenerlo pero pedirlo por vía equivocada. Muy a menudo sucede en la práctica que los abogados de las partes, ya por falta de diligencia en el ejercicio profesional, ya por ignorancia, ya por mala fe, etc., le hacen perder a sus representados, por incoar acciones improcedentes, el derecho que *ab initio* les pertenece. Si el actor, desconociendo la vía procesal a seguir, ejercita ante los Tribunales de Justicia la acción pro-socio cuando debe pedir el reconocimiento de las consecuencias de una relación de trabajo; o pide éstas, cuando entre los sujetos de la unión libre se ha creado una sociedad, necesariamente el juzgador tendrá que negar sus pretensiones, ya que según la doctrina imperante el procedimiento, como regulador de las formas de los juicios, es de orden público, y como tal, no puede modificarse aunque así lo quieran las partes o el juez.

Es esta la razón, atribuible sólo a los litigantes por deficiente comprensión de las leyes, lo que ha dado pie, para que se lancen apresurados gritos de protesta contra la justicia, por los profanos del saber jurídico.

Pero, antes de alejarme, debo volver al caso enunciado anteriormente, esto es, cuando las relaciones jurídicas de los concubinos no estructuran ni contrato de trabajo, ni sociedad de hecho. He dicho,

que en este caso tampoco puede quedar al desamparo del derecho el concubino que consumiendo su energía vital, fue con su actividad factor preponderante en el enriquecimiento de su compañero de vida ilícita.

En mi opinión puede hacerse encajar este caso dentro de la teoría del enriquecimiento sin causa, y otorgarle entonces al amante abandonado y desamparado la acción correspondiente, el *actio In Rem Verso*, para que su otrora amado compañero le indemnice los perjuicios de que ha sido víctima.

Sabido es que el enriquecimiento sin causa, —*condictio indebiti* o *condictio sine causa*, como le llamaron los romanos—, es según la doctrina moderna, fuente de obligaciones. Igualmente es sabido, que nuestro código civil C. C. no consagra de manera explícita, —según sucede en otras legislaciones como la suiza y la alemana—, esta institución jurídica del enriquecimiento sin causa, pero sí lo hace implícitamente en muchísimos casos. Con estas bases la jurisprudencia colombiana lo consagró entre nosotros y funda su contenido jurídico en el principio de que “nadie puede enriquecerse torticeramente a costa de otro”.

Cinco son los requisitos exigidos por la Corte para que exista el enriquecimiento sin causa: 1º) Que haya un enriquecimiento. 2º) Que se produzca un empobrecimiento correlativo. 3º) Que la ventaja patrimonial obtenida por el enriquecido carezca de causa. 4º) Que la persona que ejercita la acción *In Rem Verso* carezca de otro medio de acción con base en una de las otras fuentes de las obligaciones; y 5º) Que no se pretenda soslayar una disposición imperativa de la ley.

Dados los presupuestos que para el contenido, dominio y campo de aplicación del enriquecimiento sin causa ha establecido nuestra jurisprudencia, no se ven motivos para negar al amante abandonado al *actio In Rem Verso* contra su compañero de vida que ha visto aumentar su patrimonio precisamente por la actividad productora del otro. Si se analizan los elementos que tipifican la mentada institución jurídica, bien fácilmente se deduce que por ella puede quedar cobijado el caso del concubino que, careciendo de acción pro-socio y de las derivadas del contrato de trabajo, ha colaborado activamente en el aumento patrimonial de su amante. En efecto, refiriéndose al primero de estos requisitos, dice la Corte que es preciso que el en-

riquecido lo sea de veras, es decir, que haya obtenido una ventaja patrimonial positiva o negativa. Esta exigencia se satisface plenamente con gran frecuencia en el caso del concubinato.

Es talvez en el segundo de los elementos enunciados donde puede encontrarse alguna dificultad, en ciertas relaciones concubinarias para aplicar la teoría aquí citada. Al exigir la Corte que el enriquecimiento sea correlativo a un empobrecimiento de la contraparte, ¿será entonces necesario que, para dar aplicación a la teoría, quien ejercite la acción haya sufrido menoscabo en su patrimonio económico?

Si hasta aquí llegara el alcance de la jurisprudencia no podría incoar la acción de perjuicios el concubino que al ser abandonado queda tan pobre económicamente como lo estaba al iniciar la unión ilícita. El derecho, como norma social que es, no puede ser inflexible, y, antes por el contrario, debe plegarse a las circunstancias de casos semejantes. Es evidente que si el concubino abandonado no ha sufrido menoscabo en su patrimonio económico, puesto que en la mayoría de los casos no lo tiene, sí ha visto disminuirse y hasta extinguirse su capacidad para el trabajo. Además, esta disminución o extinción de su actividad productora, conlleva una íntima relación con el enriquecimiento de la otra parte, por ser, las más de las veces, su causa inmediata. Siendo pues, que el enriquecimiento le ha costado algo al concubino que lo alega, debe concluirse que sí es admisible jurídicamente la aplicación de la teoría en este caso. No sobra para sustentar esta afirmación transcribir el artículo 812 del C. C. alemán que consagra esta institución: “Quien por una prestación o de cualquier otro modo realiza, a costa de otro, una adquisición sin causa jurídica, está obligado a restituirla...”

En la legislación alemana, pues, el fundamento jurídico del enriquecimiento sin causa no se restringe al hecho de que el enriquecimiento sea correlativo a un empobrecimiento, sino que en forma general se hace radicar en *una prestación o de cualquier otro modo*.

Los otros elementos que según la Corte configuran el principio del enriquecimiento sin causa, bien fácilmente puede notarse que es perfectamente posible que ellos confluyan en el caso de los concubinos, debiéndose por tanto, por ser admisible jurídicamente, dar aplicación al principio del enriquecimiento sin causa.