

DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

LA UNION LIBRE

ANTE EL

DERECHO CIVIL

(Fragmentos y Resúmenes)

POR

JAIME RODRIGUEZ FONNEGRA

Profesor de Derecho Civil (curso de profundización) en el
Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario

BIBLIOGRAFIA

- Aubry & Rau.—*Cours de droit civil français*, 5ª ed.
Capitant.—*De la cause des obligations*.
Cassin.—Nota en S. 1922, 1, 321.
Colin & Capitant.—*Cours élémentaire de droit civil français*.
Chartrou.—Nota en S. 1945, 1, 1.
Demogue.—*Traité des obligations en general*. Crónicas en *Rev. Trim.*
Esmein (Paul).—*Le probleme de l'union libre*, en *Rev. Trim.* 1935,
pág. 747. Nota en S. 1934, 1, 81.
Flour.—Nota en D. 1945, J., 293.
Garaud.—Nota en S. 1929, 2, 1.
Givord.—Nota en D. 1945, J., 99.
Hamel.—*L'Affectio Societatis*, en *Rev. Trim.* 1925, pág. 761.
Haüriou.—Nota en S. 1928, 3, 97.
Hemard.—Nota en S. 1907, 2, 241.
Huc.—*Commentaire théorique et pratique de droit civil*.
Josserand.—*Cours de droit civil positif français*.
Lagarde.—Crónicas en *Rev. Trim.*
Lalou.—Notas en D.: 1924, 2, 33; 1927, 1, 73; 1929, 1, 23; 1934, 2, 83.
Laurent.—*Principes de droit civil français*.
Marty.—Notas en S.: 1931, 1, 145; 1938, 1, 321.
Mazeaud (H. y L.).—*Traité théorique et pratique de la responsabilité civile delictuelle et contractuelle* (1ª, 2ª y 3ª ediciones). Nota en S. 1933, 1, 49. Crónicas en *Rev. Trim.* (desde 1938 hasta 1947).
Nast.—Nota en D. 1935, 2, 41.
Planiol.—*Traité élémentaire de droit civil*. Nota en D. 1905, 2, 305.
Planiol & Ripert.—*Traité pratique de droit civil français*.
Ripert.—*La regle morale dans les obligations*.
Roux.—Notas en S.: 1927, 1, 273; 1937, 1, 153.
Savatie.—*Le dommage mortel et ses conséquences au point de vue de la responsabilité civile*, en *Rev. Trim.* 1938, pág. 187. Notas en D.: 1924, 2, 145; 1927, 1, 113; 1932, 1, 169; 1938, 1, 5. Crónicas en *Rev. Trim.*
Tostat.—Nota en S. 1933, 2, 25.
Voin.—Notas en D.: 1929, 2, 19; 1930, 2, 169; 1930, 1, 49; 1931, 2, 57; 1932, 2, 88; 1932, 2, 130.

S U M A R I O

PRELIMINARES

OJEADA A LA HISTORIA

Derecho romano. Derecho español antiguo. Derecho francés antiguo.

DERECHO MODERNO

Silencio del Código. La Ley 45 de 1936.

MATERIA DEL PRESENTE ESTUDIO

Trátase de lo relativo a intereses patrimoniales. Situaciones y problemas a que el concubinato es ocasionado.

§ I. LA CESACION DEL CONCUBINATO

OPINIONES ENCONTRADAS SOBRE QUE DEBA INDEMNIZARSE

La tesis del incumplimiento. Decisiones de los tribunales franceses. Doctrina de la Corte francesa de Casación. Rechazo del punto de vista en que Nast se coloca.

CONSIDERACIONES QUE TENGO POR DECISIVAS

La ilicitud del pacto. Distinción entre el estado de amancebamiento y el pacto sobre el mismo. Consecuencia. Examen de la alegación fundada en lo culposo del amancebamiento. Lo de que la ruptura del concubinato constituye culpa extracontractual. Conclusiones.

§ II. DAÑO CAUSADO POR TERCERO A UNO DE LOS AMANCEBADOS CON LA MUERTE O LA INCAPACIDAD DEL OTRO

VACILACIONES DE LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA

Estado de la jurisprudencia hasta 1926. La jurisprudencia desde 1926 hasta 1937. Cambios operados en 1937.

EXAMEN DEL ASUNTO

Distinciones indispensables.

A) *Caso de muerte.*

PERJUICIOS MATERIALES

La tesis de que la situación era precaria. La tesis de la falta de interés protegido. La falta de interés legítimo.

PERJUICIOS MORALES

B) *Caso de incapacidad*

Perjuicios materiales. Perjuicios morales.

§ III. SUMINISTROS HECHOS A LA AMASIA Y, EN OCASIONES, AL CONCUBINARIO

Las tesis principales. Defectos de una y otra. Cómo se resuelve el asunto.

§ IV. CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE AMANCEBADOS A TITULO ONEROSO Y GESTION DE NEGOCIOS DE UNO DE ELLOS POR EL OTRO

INTRODUCCION

Aplicación de los principios generales. El asunto sobre que más se ha discutido.

A) *La sentencia de la Corte de Aix*

Doctrina que en ella se consigna. La contradicción. Lo de la *versio in rem*. La generalización de la acción *pro socio*.

B) *La sentencia de la Sala de Casación de la Corte colombiana*

El reconocimiento de la sociedad de hecho. Las tesis de la Corte.

C) *Resumen*

Las situaciones patrimoniales de los amancebados se rigen por los principios generales. Importancia de conocerse cómo se han conducido los amancebados entre sí.

§ V. LIBERALIDADES ENTRE AMANCEBADOS

Nociones generales. La distinción clásica. La tesis de las obligaciones naturales.

ABREVIATURAS PRINCIPALES

Cas. Civ.	Decisión de la Sala de Casación en lo civil de la Corte Suprema de Justicia.
Cass. Civ.	Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte francesa de Casación.
Cass. Crim.	Proveído de la Sala de lo Penal de la Corte francesa de Casación.
C. C.	Código Civil Colombiano.
C. Ch.	Código Civil Chileno.
Cf.	<i>Confero</i> (comparar).
D.	<i>Recueil periodique de jurisprudence Dalloz</i> .
G. J.	Gaceta Judicial.
J. C.	Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.
n.	Número (encasillado del texto).
Neg. Gen.	Decisión de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia.
p. o pág.	Página.
Req.	Decisión de la Sala Calificadora (<i>Chambre de Requets</i>) de la Corte francesa de Casación.
Rev. Trim.	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i> .
S.	<i>Recueil général des Loix et des arrêts de Sirey</i> .
t.	Tomo.
v.	Véase o véanse.

PRELIMINARES

OJEADA A LA HISTORIA

Derecho romano

1. En el antiguo Derecho Romano, traía el amancebamiento situación de mero hecho (1); pero en la época del Bajo Imperio acabó por reconocerse el "*concupinatus*", matrimonio regular pero de orden inferior, cuyos efectos eran el de hacer a los hijos alimentarios del padre, el de permitirse que éstos fueran legitimados —a diferencia de los que no fueran *liberi naturales*—, el de conferir a concubina y a hijos vocaciones hereditarias limitadísimas en la sucesión del padre (2) y algún otro.

Derecho español antiguo

2. Según fuero antiguo de España, se distinguían: el matrimonio propiamente dicho, formal y religioso; el matrimonio a yuras, o simplemente juramentado y oculto, que traía unión indisoluble y la misma situación legal que el matrimonio formal (1); y la barraganía, por lo general enlace de soltero (clérigo o laico) o viudo y soltera o viuda; y aunque el Concilio de Valladolid (1228) prohibió la barraganía, no se logró con ello disminuirla.

En las Partidas se admitió la validez del matrimonio a yuras, aunque allí se decretaron penas para quienes lo contrajesen (2). Mas el

I. (1) V. Gide, *Condition de l'enfant naturel et de la concubine en droit romain*. *Contra Accarias, Precis de droit romain*, t. I, N^o 100, a.

(2) *Cod. Just.*, V, XXVII. *De nat. lib.*, 3, 7. *Cod. Th.*, IV, VI, *De nat. fil.*, 4, 5, 6, 7. *Nov.* 18, cap. 5^o *Nov.* 89, cap. 12, 2, 3, 4, 5, 6.

2. (1) "*Si quis habens uxorem fidelis, concubinam habeat, non commurenicet: coeterum qui non habet uxorem, et pro uxo concubinam habet, a communione non repellatur, tantum est unius mulieris, aut uxoris, aut concubinae, ut sei placuerit, sit conjunctione contentus*" (Concilio de Toledo del año 400, canon XVII).

(2) Part. IV, Tit. III, LL. 1 a 5. V. también Ley 49 de Toro.

Concilio de Trento, en exponiendo que los matrimonios clandestinos celebrados anteriormente eran verdaderos matrimonios a pesar de que la Iglesia detestaba de ellos, declaró que en lo futuro serían nulos aquellos que fueran celebrados sin la asistencia del párroco y testigos (3), y esto se incrustó en el Derecho de la Península.

En cuanto a la barraganía, la situación cambió con la expedición de las Partidas, en que se expresó tolerarla (4); como que en ese código supletorio, exigiéndose la unidad, se establecieron impedimentos (virginidad, orden, matrimonio, parentescos de consanguinidad o afinidad) y se prescribieron formalidades para contraerla con viuda honesta o mujer de buena fama (5).

Pero la barraganía, tal como fue definida en las Partidas, no pro-

2. (3) Sesión 24, cap. I.

(4) "Barraganas defiende Santa Iglesia, que non tengan ningún Christiano, porque biuen con ellas en pecado mortal. Pero los Sabios antiguos que fizieron las leyes, consentieronles, que algunos las pudiessen auer sin pena temporal: porque touieron que era menos mal, de auer vna, que muchas. E porque los fijos que nascieren dellas, fuessen mas ciertos" (Part. IV, Tít. XIV, pr.).

(5). "Comunalmente, segund las leyes seglares mandan, todo ome que non fuesse embargado de Orden, o de casamiento, puede auer barragana, sin miedo de pena temporal; solamente que no la aya virgen, nin sea menor de doze años; nin tal biuda, que biua honesta, e que sea de buen testimonio. E tal biuda como esta queriendola alguno rescibir por barragana, o a otra muger que fuesse libre de su nascencia, que non fuesse virgen, deuelo fazer, quando la rescibiere por barragana, ante buenos omes, diziendo manifiestamente ante ellos, como la rescibe por su barragana. E si de otra guisa la rescibiesse, sospecha cierta seria contra ellos, que era su muger legitima, e non su barragana. E si pleyto nasciesse sobre esta razón, assi lo judgaria al Juez seglar; fueras ende, si fuesse prouando que la ouiesse rescibida por barragana. Pero si fuesse otra biuda que no fuesse atal como sobredicho es, mas que fuesse de muy vil linaje, o de mala fama; o fuesse judgada que auia fecho adulterio con ome que ouiesse muger legitima, maguer ella fuesse suelta; a tal como esta no ha porque la rescibir por barragana ante testigos, segund sobredicho es de la otra. Otrosi ninguno non puede tener por barragana ninguna muger que sea su parienta, nin su cuñada, fasta el quarto grado: e esto, porque farian grand pecado, segund que dicho auemos, que es llamado en latin, incesto. E otrosi dezimos, que omes y a, que pueden auer barraganas, e non podrian rescibir mugeres legitimas. E estos son, de los que son llamados en latin Praesides provinciarum; que quier tanto dezir en romance, como Adelantados de algunas tierras. Ca tal ome como este, non podria rescibir muger legitima de nueuo, en toda aquella tierra onde fuesse Adelantado, en quanto durasse el tiempo del Adelantamiento. E podría y rescibir barragana, si non ouiesse muger legitima. E esto fue defendido, porque por el grand poder que han

ducía otro efecto jurídico que el de conferir a los hijos la calidad de naturales (6).

Derecho francés antiguo

3. En la antigua legislación francesa no se toleró jamás el concubinato, considerándose que éste era contrario al bien del Estado, y castigábase el escandaloso de laicos (1). En cuanto al de los eclesiásticos, prohibido por el Derecho Canónico, se discutió si cuando fuera escandaloso correspondía reprimirlo a la autoridad civil conjuntamente con la espiritual, y acabó por resolverse que no había privilegio en el particular (2). Declaráronse inválidas las donaciones entre amancebados que no fuesen módicas y conducentes al suministro de alimentos (3) y establecióse la incapacidad de la concubina para recibir de su amante por testamento (4).

DERECHO MODERNO

Silencio del Código

4. En el Derecho Moderno, el amancebamiento constituye situación de mero hecho. Así, tal cual advierten expositores que no sacan todas las consecuencias de ello (1), en el Código Napoleónico no se consignó disposición alguna sobre las situaciones a que diera lugar el abarragarse hombre y mujer, como notando que, poniéndose los amancebados fuera de la ley, ésta no se interesaba por ellos o, por mejor decir, que la ley no reconocía efectos civiles al vivir en ese estado; el Código Civil nuestro sólo habló del amancebamiento para autorizar que la mujer

estos atales, non pudiessen tomar por fuerza muger ninguna, para casar con ella... Otrosi ningun ome non puede auer muchas barraganas. Ca segund las leyen mandan, aquella es llamada barragana, que es vna sola; e ha menester que sea atal, que pueda casar con ella, si quisiere, aquel que la tiene por barragana" (*Ibidem*, L. II). Con relación a ciertas personas ilustres, había el impedimento de vileza (*Ibidem*, L. III).

2. (6) V. n. 5, nota (1).

3. (1). Parlamento de París, 16 feb. 1673.

(2) Parlamento de París, 18 nov. 1673; 18 feb. 1747; 7 feb. 1767.

(3). Pothier, *Des donations entre vifs*, N° 13. V. *Coutume de Touraine*, Art. 246; *du Loudunois*, Art. 2, Tít. *Des donations*; de Anjou, Art. 342; de Perche, Art. 100; de Maine, Art. 354; de Cambrai, Art. 7, tít. III. V. también Ordenanza de 1629, Art. 132.

(4). Pothier, *Traité des testaments*, cap. III, Art. 3º.

4. (1). Planiol & Ripert, t. II, N° 72; Josserand, t. I, N° 1.177.

se divorciase cuando lo cometiese el marido (2), y más tarde se erigió el amancebamiento del marido en causa de separación de bienes (3).

La Ley 45 de 1936

5. Pero mediante el artículo 4º, ordinal 4º, de la Ley 45 de 1936, vino a establecerse que la paternidad natural puede ser declarada judicialmente en caso de haber habido concubinato entre la madre y el padre presunto durante cada uno de los días en que pudo ser el hijo concebido; lo cual, sacado de la ley francesa de 16 de noviembre de 1912 (Código Civil francés, Art. 340), no constituye enteramente novedad: "Naturales, e non legítimos, llamaron los sabios antiguos a los hijos que non nascen de casamiento segund ley; assi como los que fazen en las barraganas" se expresó hace más de seis siglos en el Código de Alfonso el Sabio (1).

Las circunstancias del abarraganamiento cuya presencia autoriza al juzgador para declarar la paternidad natural se hallan determinadas en el precitado texto de la ley 45: relaciones sexuales notorias y estables entre hombre y mujer no casados entre sí. El concubinato secreto no encaja en los términos legales (2); y la exigencia de que tales relaciones sean estables implica la de que ellas sean continuadas, frecuentes y regulares (3). Pero, a diferencia de como sucedía en el sistema de las Partidas (4), no es indispensable al efecto la comunidad de habi-

4. (2). C. C., Art. 154.

(3). Ley 8ª de 1922, Art. 2º.

5. (1). Part. IV, Tít. XV, L. I. V. igualmente Nov. Rec. Lib. X, tít. V.

(2). V. Planiol & Ripert, t. II, Nº 905 y la cita que allí se hace: *Req.* 9 dic 1929: S. 1930, 1, 175. *Req.* 19 febrero 1930: S. 1930, 1, 232.

(3). *Req.* 21 dic. 1920: S. 1921, 1, 84. *Req.* 9 nov. 1938, copiado por Lagarde, *Rev. Trim.* 1939, pág. 136, comentando el caso de quien había alegado que al tiempo de la concepción tenía varias concubinas: la Sala consignó allí que para el concubinato notorio de que hablaba el artículo 340 del Código Civil se requerían la continuidad, la regularidad y la publicidad de las relaciones sexuales entre el presunto padre y la madre natural y que bastaba con que se hubieran reunido estas condiciones.

(4). "E otra manera ha de hijos, que son llamados en latín *spurii*; que quier tanto dezir, como de los que nascen de las mugeres, que tienen algunos por barraganas de fuera de sus casas, e son ellas atales que se dan a otros omes, sin aquellos que las tienen por amigas; porende non saben quien es su padre del que nasce de tal muger" (Part. IV, Tít. XI, L. I.).

tación, como se expresa en el texto siguiendo a la más reciente jurisprudencia francesa (5).

MATERIA DEL PRESENTE ESTUDIO

Trátase de lo relativo a intereses patrimoniales

6. En lo que sigue se consideran asuntos de orden pecuniario a que dan cabida el establecimiento, la continuación o la terminación del concubinato propiamente dicho, que puede haberse mantenido en secreto y aun sin que los amancebados hayan vivido juntos, y no lo referente a la declaración judicial de la paternidad natural del concubinario con respecto al hijo concebido por la manceba en las circunstancias a que se refieren el ordinal 4º y el inciso final del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 (1).

Situaciones y problemas a que el concubinato es ocasionado

7. La situación resultante del concubinato, aunque éste se haya hecho notorio, es puramente precaria; pero la amasia abandonada por el amante jamás se conforma con la separación, tal como el hombre se considera ofendido por el hecho de que ella le deje con la esperanza de pasar a mejor vida. Y así, nos abismamos frecuentemente de los recursos de que la imaginación femenina y la experiencia de mujer le aconsejan valerse para evitar que él contraiga matrimonio con otra, o que la novia se case con él; y aun la vemos a menudo haciéndole escándalo, para lograr lo segundo, o por lo menos para vengar lo que, a su modo de ver, constituye felonía. Pasa lo mismo en veces con hombres depravados; sólo que, por envejecer las mujeres relativamente pronto, para la que ha llegado a cierta edad el desamparo y hasta la soledad misma constituyen el más arduo problema que pueda presentársele en la vida, sobre todo cuando nunca ha tenido el hábito de trabajar, o si lo ha perdido. A que se agrega el hecho de que la hembra busque siempre que algún varón la sostenga, luzca y atavie, como realmente corresponde a

5. (5). *Cass. Civ.* 7 febrero 1922: S. 1922, 1, 321, nota de Cassin; D. 1922, 1, 36. V. Lagarde, *Rev. Trim.*, 1939, J., pág. 449; Capitán, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Nº 37.

6. (1). De lo último se tratará en el capítulo sobre paternidad natural de la obra que el autor viene preparando, a que pertenecen los apartes que se publican.

la diferencia de los sexos. No es pues raro que, si no por venganza, para mover al hombre a que se libre de molestias volviendo a su lado, o bien para no quedar en la indigencia, la que deja de ser concubina busque manera de ocurrir a los tribunales reclamando el amparo a que se considera con derecho.

Y no es sólo eso: la defunción del amante que no ha asignado nada a la barragana, o cuyo testamento se reforma en favor de los hijos legítimos, la deja mal librada; y si la muerte del primero ha sido culposa o delictual, ella no la perdona, y considera que el autor del daño debe reparárselo.

Pues bien: la imaginación de los abogados, que a mana se les ofrecen, carece de límites; y así, no a pocos ha llevado a forjar tesis curiosísimas el ánimo de proteger a las desgraciadas que por alguno de esos motivos los ocupan.

8. De otro lado, es natural que la consorte y los herederos de quien ha sido arruinado por la querida o que le ha hecho regalos de alguna importancia, y aun el amante dádivo cuya fortuna ha venido a menos o que siente la afrenta de la infidelidad, se preocupen de si hay o no forma de anular donaciones que el concubinario le haya hecho y de recuperar los bienes donados o de obtener el dinero que los reemplace; y en cuanto ella esté rica, no faltan pleitos sobre el asunto, en que se suscitan problemas graves.

9. Y por su parte la comunidad de vida crea comunidad de intereses patrimoniales: mientras el hombre gusta la comida, o en tanto que deglute, cuenta a su compañera qué negocios ha hecho y la informa de su situación pecuniaria, con reticencias o sin ellas, y de repente resulta que la muchacha ha logrado economías; por manera que en ocasiones de sus charlas surge la concepción de algún negocio, la de hacer inversión más remunerativa que las anteriores o la de mejorar la empresa existente, y más cuando se mira al bienestar futuro de los hijos comunes. De ahí que tratándose de amancebados que han vivido juntos, se presenten complicaciones tales, que llega a ser difícilísimo dar lo suyo a cada uno de ellos. ¿Deben distribuirse, por ejemplo, las utilidades que haya producido la cosecha obtenida en tierra del concubinario cuando se haya hecho la siembra con dinero de ambos, o con fondos suministrados totalmente por la concubina? Y sobre la base de lo afirmativo, ¿cómo se determinan las cuotas? ¿Y habrán de repartirse y cómo las ganancias que se hayan obtenido explotándose pensión o almacén perteneciente a uno de ellos y que haya manejado el otro, o que hayan ad-

ministrado ellos de consuno, o a cuyo establecimiento hayan contribuido los dos amantes? ¿Quién corre con las pérdidas, habiéndolas en uno u otro de esos casos? Cada una de estas preguntas exige contestación adecuada.

10 En fin: viviendo juntos los amancebados, ¿cuál de ellos tiene que pagar los víveres comprados al fiado en la tienda de la esquina, o la mesada que salga debiéndose en el hotel o en la hostería? ¿O la deuda es común del hombre y de su barragana por lo que al acreedor atañe? De la solución de este punto depende, v. g., que la preferencia del posadero se extienda o no al equipaje que ella haya introducido en la posada. También sobre asuntos de esta índole hay abundante literatura forense.

11 En los párrafos en que esta exposición va dividida se examinan separadamente las situaciones en referencia.

§ I. LA CESACION DEL CONCUBINATO

OPINIONES ENCONTRADAS SOBRE QUE DEBA INDEMNIZARSE

La tesis del incumplimiento

12 Teoría de que se ha echado mano para proteger a barraganas abandonadas viene a ser la de que el amante que rompe la unión sin motivo legítimo tiene que indemnizar al otro de los perjuicios que le causa con ello, aunque sus relaciones sexuales no hayan comenzado con seducción dolosa (1).

Decisiones de los tribunales franceses

13 Aceptáronla tribunales franceses en varias ocasiones (1); mas abundó jurisprudencia en contrario (2), y continuando la discusión del

12. (1). V. Planiol & Ripert, t. II, N° 79.

13 (1). Poitiers 28 marz. 1927: S. 1929, 2, 1, nota de Garaud. Poitiers 29 oct. 1928: S. 1929, 2, 1, nota de Garaud; D. 1929, 2, 19 nota de Voirin. Los Mazeaud, *Traité*, t. I, N° 278, nota 3 (2ª edición) citan igualmente: Marsella 6 ab. 1927.

(2). *Req.* 23 ab. 1901: S. 1902, 1, 128: D. 1901, 1, 360. *Cass. Civ.* 3 dic. 1924: D. 1925, 1, 124. París 17 dic. 1920: D. 1921, 2, 59. Lyon 18 en. 1929: D. 1929, 2, 37. V. las numerosas citas que traen los Mazeaud, t. I, N° 278, nota 3 (2ª edición), y t. III, N° 1494 (3ª edición).

punto, entre 1933 y 1935 se dictaron tres fallos al respecto: la Corte de Aix (*Aquae Sextiae*) reputó que el estado de concubinato, aun prolongado, podía cesar en cualquier momento por voluntad de uno de los amancebados, sin que de ello se originase indemnización de perjuicios en favor del otro (3); la de Burdeos se basó en esta misma opinión (4); y la de Nimes (*Nemausus*) declaró que el simple hecho de que alguno tuviese relaciones con mujer no constituía falta que diera lugar a indemnización, ni aun cuando ella hubiera quedado encinta o le hubiera nacido hijo; pero que en el caso de que se trataba, si bien la demandante había aceptado el riesgo grave de ayuntamiento y maternidad, no podía considerarse que ella había consentido en el daño que el abandono le acarrease (5).

Doctrina de la Corte francesa de Casación

14 Pero la Sala Civil de la Corte francesa de Casación puso fin a la polémica: esa entidad infirmó decisión en que se reconocía la indemnización, notando que, dado lo "esencialmente inestable y precario" del amancebamiento, el hecho de que esta situación hubiese durado largo tiempo no bastaba para estimar que se hubiese cometido culpa con la ruptura de ella (1). Sin embargo Boitard sigue declarándose partidario de un régimen favorable a la indemnización de la rotura (2).

Rechazo del punto de vista en que Nast se coloca

15 Señalando la doctrina de la Corte de Aix, pregunta Nast (1) en el comienzo de su nota precitada:

"¿Ocasiona responsabilidad civil la ruptura sin motivo legítimo del

13 (3). Aix, 28 dic. 1933: D. 1935, 2, 41, nota de Nast. Esta sentencia y el "Comentario de Marcel Nast", vertidos en español que trasciende a galiparla, fueron publicados en G. J. N^o 1.898, t. XLII, y están citados en fallo dictado por la Sala de Casación Civil a 30 de noviembre de 1935: G. J. Nos. 1.901 y 1.902, pág. 476; J. C., t. V, vol. II, pág. 539.

(4). Bordeaux 4 dic. 1935: S. 1936, 2, 239.

(5). Nimes 25 jun. 1934, que Lagarde comenta en *Rev. Trim.* 1934, J., página 812.

14 (1). *Cass. Civ.* 9 jul. 1935: S. 1936, 1, 25. V. también *Cass. Civ.* 12 marzo 1936: S. 1936, 1, 177; D. 1937, 1, 16.

(2). Boitard *Rev. Trim.*, 1944, J., pág. 245.

15 (1). Colaborador de Planiol & Ripert, tt. VIII y IX.

amancebamiento o de la unión libre, a lo menos cuando con ella se irroga perjuicio a la víctima del abandono?"

Y el mismo observa:

"Están casi acordes la doctrina y la jurisprudencia en responder afirmativamente a esa pregunta en caso de que, habiendo sido el concubinato a consecuencia de seducción dolosa obtenida mediante promesa de matrimonio, el concubinario deje a la hembra seducida: con tal que demuestre el perjuicio, puede ella reclamar indemnización con apoyo en los artículos 1.382 y 1.383 del Código Napoleónico, haya sido embarazada o no (2). ¿Y será así, fuera del caso de seducción dolosa, en tanto que el concubinato o la unión sexual haya sido libremente consentido por hombre y mujer? Las opiniones se hallan divididas: hay quien sostenga que el amante, o por lo menos la amasia, tiene acción para que se le indemnice de los perjuicios consiguientes a la rotura del amancebamiento; y según otros, ese hecho no causa tal acción, en cuanto no haya ocurrido seducción dolosa (3). En la sentencia a que nos referimos se observa concordancia con esta opinión; la cual, en nuestro sentir, debe seguirse, puesto que ella es la única fundada en Derecho. Por más que se haya escrito sobre el concubinato y la unión libre, conviene insistir en los motivos de que se deduce la negativa a la concubina de toda acción proveniente de la mera cesación del amancebamiento, si no es que éste haya comenzado por acto de seducción dolosa".

Mas, poniendo aparte lo relativo a la excepción, no puedo aceptar el planteamiento del problema, negando yo que, por lo menos entre nosotros, pueda haber rotura del amancebamiento "sin motivo legítimo", según lo que sigue.

CONSIDERACIONES QUE TENGO POR DECISIVAS

La ilicitud del pacto

16 Para que haya concubinato se requiere acuerdo de voluntades, como que *sin la voluntad* de alguno de los amantes habría raptó, seduc-

15 (2). Jossierand, t. I. N^o 1.178; H. & L. Mazeaud, *Traité* t. I, N^o 15, 2; t. II, N^o 1.494. (Estas citas, bien traídas, son del autor). A las referencias que allí se hacen agrego: *Cass. Civ.* 26 jul. 1864; S. 65, 1, 33. Grenoble, 23 enero 1864: S. 64, 2, 222.

(3). H. & L. Mazeaud, *Traité*, t. I, N^o 278, 3^a. La cita, pertinente, es del autor.

ción, cualquier cosa, pero no concubinato. Pues bien: ese acuerdo de voluntades, o pacto sobre el asunto, no produce ninguna obligación civil; como que, regulándose el matrimonio por leyes que exigen condiciones de forma y de fondo para la celebración del mismo, la permanente unión sexual libre, aun siendo entre personas que podrían casarse entre sí en cuanto ambas lo quisieran, resulta no conforme con las instituciones y, por lo tanto, ineficaz para crear situaciones jurídicas (1).

En el particular obra menos la falta de las formalidades prescritas para el matrimonio que la oposición con las normas de fondo sobre el mismo. Tanto es así, que, aun sin considerar lo atañadero a la unidad del matrimonio, tenemos:

a) En los países cuya legislación, como la colombiana, establecen que el matrimonio es indisoluble, lo principal está en la permanencia del vínculo, y no en la forma, impuesta por motivos que no tengo para qué examinar en este lugar, y que son de orden práctico: hasta el Concilio de Trento, como viene Esmein a recordárnoslo (2), no era solemne el contrato matrimonial en el Derecho Canónico (3); pero allí el matrimonio se consideraba celebrado para en cuanto ambos contrayentes vivieran, y el rato y consumado no podía ser disuelto en caso alguno.

b) Y en los países occidentales en que se admite el divorcio perpetuo, o disolubilidad del vínculo, se prohíbe decretarlo por la mera voluntad de los casados: para el Juez de Inglaterra basta con la más leve sospecha de colusión y fingimiento entre los cónyuges para denegar el divorcio, el que en Francia también constituye castigo (4).

Y pues que el pacto sobre amancebamiento, a ser él legal, produciría vínculos disolubles por voluntad de ambas partes, en el supuesto

16 (1). Contra Esmein, *Le probleme*, Nos. 18 y 19. Estoy de acuerdo con el autor en que la sanción del abandono implica el reconocimiento de que el concubinato es algo así como institución creadora de vínculos jurídicos; mas, rechazando que el pacto sobre el asunto valga, niego lo que el mismo opina sobre que a fin de evitar ciertas injusticias, la jurisprudencia debe encaminarse a reglamentar el amancebamiento de personas libres reconociéndose que en cuanto haya monogamia, éste produce obligaciones, y reputándose que en tales circunstancias el abandono inmotivado es hecho moralmente culposo.

(2). Esmein, *Le probleme*, Nº 4.

(3). N. 2, nota (3).

(4). Lo anterior no concierne a países en que pueda ponerse fin al matrimonio por voluntad de ambas partes o de alguna de ellas: refiérome a los países civilizados, y excluyo aquellos cuyos legisladores no hayan salido aún de la barbarie.

de que no dependiese de la voluntad unilateral de alguno de ellos el ponerle fin, se concluye que ese pacto, como opuesto a la institución del matrimonio, adolece de nulidad, por ilicitud del objeto —o por tener causa ilícita en el orden de ideas de los causalistas— y, por lo tanto, que del mismo no se originan obligaciones civiles. Esto último se ve aunque no se atiende a la ilicitud del convenio sobre amancebamiento, sino apenas a la no celebración del contrato formal indispensable para la eficacia del acuerdo sobre unión sexual a que lleguen personas capaces de contraer matrimonio entre sí (5).

Distinción entre el estado de amancebamiento y el pacto sobre el mismo

17 No empece a ello la consideración de que, no hallándose prohibido (1), el estado mismo de amancebamiento no es ilícito, opinión que sostiene Lagarde notando que la barraganía es apenas contraria a la moral y antisocial (2).

A la verdad, los amancebados se encuentran en situación de hecho que no puede calificarse de ilegal ni, por lo tanto, de ilícita (3); sólo que el no manifestarse el amancebamiento como estado jurídico proviene del no presentarse contrato válido que lo coloque en la esfera del Derecho.

18 Lo esencial está, según eso, en la ineficacia del convenio sobre barraganería, que no en la situación de hecho en que los amancebados se encuentren; y reconocida la primera, se observa que, por no haber contraído el concubinario ni la concubina obligación alguna de continuar en el concubinato, el dejar el uno al otro ninguna responsabilidad le acarrea para con el que resulte perdidoso. Mas esta conclusión se funda, no tanto en lo que así Nast (1) como Lagarde (2) apuntan sobre que la intención de quienes se amanceban es la de constituir unión esen-

16 (5). La tesis de que el concubinato crea obligaciones puramente naturales se examina al propósito de las donaciones entre amancebados, única materia en que esa tesis importa.

17. (1). En el antiguo Código Penal se erigió en delito el amancebamiento público y escandaloso, y acaso hoy lo sancione alguno de los Códigos de Policía, materia de Ordenanzas departamentales.

(2). Lagarde, *Rev. Trim.*, 1934, J., p. 812.

(3). *Sic.* Planiol (*Traité élémentaire*, t. I, Nº 697). El autor, que tampoco tiene por ilícita la situación que el amancebamiento ocasiona, afirma que éste no produce efectos jurídicos: "el concubinato se halla fuera del Derecho", agrega.

18 (1). Nota precitada,

(2). Nota precitada.

cialmente precaria, cuanto en la ineficacia del convenio que da principio al concubinato o que interviene para renovarlo; el que, si fuera lícito, determinaría contrato de ejecución continuativa que podría pactarse, en tal evento, para tiempo fijo y que, no habiéndose estipulado alguno para la duración del mismo, finalizaría por desahucio, como el arrendamiento (3), o, preferiblemente, por renuncia de cualquiera de los contratantes, al igual que la sociedad civil (4).

Consecuencia

19 En resolución: de que según las leyes civiles sólo el matrimonio confiere derechos y crea obligaciones entre hombre y mujer que establecen relaciones carnales, se colige la ineficacia del convenio sobre barraganería, y por aquí se colige que ninguno de los amancebados contrae en momento alguno la obligación de mantenerlas ni la de acompañar al otro.

De consiguiente, no puede hablarse jamás de rotura injusta del concubinato (1).

Examen de la alegación fundada en lo culposo del amancebamiento

20 Háse dicho empero que hay culpa en el amancebamiento, y no en la terminación del mismo; y de ahí, contradictoriamente, se ha querido sacar acción de perjuicios en contra del amante que ha puesto fin al amancebamiento y en favor del otro (1).

Nast demuestra que esa alegación es indefensible con razones concluyentes:

“Como lo ha expresado con propiedad la Corte de Casación, el tener relaciones sexuales personas que no se han casado entre sí no determina responsabilidad civil en cuanto esas relaciones hayan resultado de un entendimiento recíproco, de mutua simpatía, de un acuerdo de voluntades’, ni cuando los amancebados se han ‘entregado uno a otro libre y conscientemente’ (2). ¿Por qué? Ante todo, porque la culpa,

18 (3). C. C., Art. 2.009; C. Ch., 1.951.

(4). C. C., Art. 2.134; C. Ch., 2.108.

19 (1). “Poner fin al amancebamiento es frecuentemente salvador. ¿O habrá que proteger a Safo contra su amante?” (Lagarde, *Rev. Trim.*, 1934, J., p. 812).

20 (1). Poitiers, 29 oct. 1928: S. 1929, 2, 1, nota de Garaud; D. 1929, 2, 19, nota de Voirin.

(2). H. & L. Mazeaud, ob. cit., t. II, N° 1494. La cita es del autor.

suponiendo que la haya habido, habría sido común a ambos, y sólo contra la sociedad habría habido atentado, sobre la base de que sea el concubinato antisocial. Además, habiéndose puesto de acuerdo hombre y mujer para lo que es conforme con la naturaleza humana, mal puede hablarse de que alguno de ellos haya cometido culpa con eso para con el otro. Lo cual se ve más claro cuando la joven ha sido advertida; cuando ella ha sido la instigadora de las relaciones sexuales, cual frecuentemente acontece ahora; cuando la mujer es ‘experimentada’; y cuando ella es viuda o casada, o mujer casada y tres veces divorciada”.

Lo de que la ruptura del concubinato constituye culpa extracontractual.

21 Igualmente infundada resulta la alegación de que, no ya el mantenimiento del concubinato, sino la ruptura de tales relaciones, deba mirarse como culpa extracontractual (1); puesto que el fenómeno de la culpa extracontractual no ocurre *inter partes*: cuando ha mediado el consentimiento de ambas partes para la ejecución del hecho o serie de hechos que luego dejan de ejecutarse por alguna de ellas (advértase que la Corte de Casación francesa habla de “acuerdo de voluntades”), el fenómeno es el de la culpa contractual, consistente en el incumplimiento; sólo que si el contrato es ilícito, o si éste no ha llegado a la vida jurídica por no haberse llenado las solemnidades prescritas al efecto, no causa obligaciones civiles, y mal puede hablarse en ninguno de tales casos de incumplimiento de obligación determinada por quien no ha llevado a cabo lo prometido.

22 Y no otro es el fenómeno en el evento que venimos examinando: vaya que la ilicitud del objeto no determine la nulidad del pacto mismo, o acuerdo de voluntades sobre que haya estado de amancebamiento; pero no se afirmará que hay contrato eficaz sobre ello; y dado esto, la responsabilidad contractual no existe, y ni el concubinario ni la manceba tiene acción de perjuicios en caso de incumplimiento, o abandono, por parte del otro. A lo cual se añade que a no ser así las cosas resultaría un absurdo: el concubinario y la concubina estarían en mucho mejor situación que el cónyuge; pues quien se ha divorciado por mala conducta del otro cónyuge carece de acción para que éste le indemnice de los perjuicios que se le sigan de no continuar la vida con él y de tener que liquidarse la sociedad conyugal, no teniendo otro derecho que el de obtener pensión alimenticia, dado caso que haya menester, y en

21 (1). V. Nîmes 25 jun. 1934, a que adelante me refiero.

cuanto sea la mujer quien la exija (arts. 411 y 420) (1). ¿Y acaso la mera ruptura del concubinato no es comparable al caso de que habiéndose dos mujeres asociado para ejercer ambas el comercio sexual y para repartirse las utilidades, una de ellas no pague? A semejante contrato, que no causa obligaciones, puede poner fin cualquiera de las partes, si ha venido siendo ejecutado, sin que ello le traiga responsabilidad alguna (2).

Conclusiones

23 Con apoyo en lo que dejo declarado, acojo de la sentencia de la Corte de Aix y de los fallos de la Sala de lo civil de la Corte francesa de Casación el rechazo de que la simple ruptura de la barraganería dé ocasión alguna vez a indemnización de perjuicios. Y que aprendan las muchachuelas inexpertas lo que deben saber todas las mujeres, lo que saben las viejas: que normalmente las relaciones sexuales no amparadas por el matrimonio terminan porque el hombre abandona a la amante; que por no ajustarse a reglas jurídicas ni a la moral, el concubinato no causa obligación de continuar en él a cargo de ninguno de los amancebados; y, en fin, que sólo el matrimonio crea vínculos jurídicos entre quienes van a ayuntarse carnalmente. No hay sino que sacar las consecuencias de lo último (1).

24 Admito por supuesto, mas no como reserva, que si en cualquier tiempo uno de los amancebados ejecuta hecho doloso o culposo que traiga al otro perjuicio cierto, moral o material, la víctima tiene derecho a indemnización de perjuicios. Lo cual será particularmente, como expresa Nast, "en cuanto se haya acompañado la separación de golpes, difamaciones o injurias, o simplemente de publicidad tal, que haya redundado en descrédito para la concubina o para su amante". "Sólo que

22 (1). Nast hace observación semejante (*Loc. Cit.*) y, asimismo con relación al Derecho Francés, Lagarde (*Loc. Cit.*) anota que la obligación alimenticia desaparece, en principio, con el divorcio; que la fijación del monto de la pensión no es definitiva; y que es nulo el pacto sobre remuneración del consentimiento de uno de los cónyuges para que se decrete el divorcio.

(2). He ahí la contestación rotunda a lo consignado por la Corte de Nimes en sentencia de 25 de junio de 1934, citada por Lagarde (*Rev. Trien.* 1934, página 812, *in fine*), sobre que a pesar de que la hembra haya aceptado "el riesgo grave de la unión sexual y de la maternidad, no puede considerarse que ella haya consentido en el daño que el abandono le acarree".

23 (1). Cf. Lagarde (*Loc. Cit., in fine*), p. 815, 1º y 2º

entonces, continúa el mismo, la fuente de la acción no es la cesación del concubinato, sino hechos de otra índole" (1).

25 Fenómeno semejante ocurre con el amancebamiento que haya empezado con seducción dolosa; hecho que, aun cuando no sea punible conforme al Código Penal, compromete la responsabilidad civil del autor del daño para con la víctima del mismo, según el artículo 2.341 del Código Civil, concerniente a responsabilidad extracontractual. Ese texto, con arreglo al cual todo el que ha inferido a otro daño con dolo o con simple culpa tiene que indemnizarle de los perjuicios consiguientes a la perpetración del acto, y que no es para cuando ha mediado convenio o acuerdo de voluntades entre las dos partes, no atañe a la repetición del concubito entre el seductor y la anteriormente seducida ni al amancebamiento subsiguiente a la seducción misma. Luego el hecho causante de la responsabilidad civil del seductor no es la ruptura del concubinato que haya habido, sino la seducción dolosamente perpetrada (1); es decir, la de virgen no advertida (2) con quien se hayan contraído esponsales o a quien se dé palabra de matrimonio al efecto de que se deje, la obtenida con otro engaño, etc. (3). Tal vez se considerará correctamente que durante el concubinato se ha interrumpido naturalmente la prescripción de la acción que a la seducida compete (4).

24. (1). *Loc. Cit.*

25 (1). *Sic. Planiol & Ripert*, t. II, Nº 73. Concordemente con este punto de vista, se ha considerado válida la promesa efectuada para reparar el daño irrogado con la seducción a la que vino a quedar en condición de barragana. (*Cass. Civ.* 26 julio 1864: S. 65, 1, 33. Grenoble 23 enero 1864: S. 64, 2, 222).

(2). V. París 9 nov. 1916: D. 1920, 2, 96.

(3). V. *Req.* 5 julio 1917: D. 1919, 1, 21. V. Caen 10 junio 1862: D. 62, 2, 129. V. Lyon 30 marzo 1895: D. 96, 2, 278.

(4). C. C., Art. 2.539, inc. 2º; C. Ch., 2.518, inc. 2º.

§ II. DAÑO CAUSADO POR TERCERO A UNO DE LOS AMAN-
CEBADOS CON LA MUERTE O LA INCAPACIDAD
DEL OTRO

VACILACIONES DE LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA

Estado de la jurisprudencia hasta 1926

26 Asunto discutidísimo ha sido el de si al que estaba amancebado corresponde o no acción para que el autor del daño le indemnice de los perjuicios que se le hayan causado con la muerte del amante.

27 Sentose la doctrina afirmativa por la Sala de lo Penal de la Corte francesa de Casación en 1926 (1), cuando había sido consignada en varios fallos de Cortes de Apelación, también fundados en que a la mancha se irrogaba perjuicio con la privación de los subsidios que el amante acostumbraba darle (2). Algunas de ellas habían opugnado este parecer con el argumento de que por constituir situación de hecho contraria a las buenas costumbres, el amancebamiento no creaba vínculo jurídico; de donde se dedujo en ocasiones la inexistencia del derecho a la indemnización demandada (3). La generalidad de la doctrina se pronunció en favor de esta conclusión, y atacó abiertamente la otra (4).

27 (1). *Cass. Crim.* 26 nov. 1926: S. 1927, 1, 273, nota de Roux; D. 1927, 1, 73, nota de Lalou.

(2). París, 5 junio 1923: D. 1924, 2, 33, nota de Lalou. *Montpellier* 24 junio 1924: D. 1924, 2, 145, nota de Savatier.

(3). Amiens, 28 julio 1924: D. 1924, 2, 145, nota de Savatier. En *Rev. Trim.* 1926, J., p. 1.040, Demogue transcribe de sentencia dictada por la Corte de Rennes el 26 de mayo de 1926 lo relativo a dos conceptos: a) En general la situación de hecho que trae el concubinato no puede constituir derecho actual que sirva de base a la acción de perjuicios contra el responsable de la muerte del concubinario que efectuaba suministros a la barragana. b) "Y además, en el presente caso, en que las relaciones de que se trata fueron adúlteras y, por lo tanto, ilícitas, la acción se funda en causa ilícita, y sería por ello improcedente si aquello no impidiera que lo fuese".

(4) V. las notas precitadas y, además, Demogue, *Rev. Trim.*, 1924, J., págs. 104 y 683.

28 Según la mencionada sentencia de 26 de noviembre de 1926, en que se notó que el amancebamiento había durado 28 años en circunstancias de "perfecta dignidad", las relaciones estables, por ser éstas remedo del matrimonio, son bastantes a producir efectos jurídicos de alguna índole, a diferencia de lo que sucede con las pasajeras. De tal manera, aquel fallo se basó en que el artículo 1.382 del Código Napoleónico, sobre responsabilidad de quien irroga daño a otro, no permitía distinguir en cuanto a "la naturaleza del vínculo" de que hubiera resultado perjuicio actual y directo a quien demandase la indemnización de perjuicios; atento lo cual, y habiéndose admitido en el fallo de instancia que la concubina había experimentado "perjuicio directo y cierto" con la muerte del amante, se casó el fallo materia del recurso, denegatorio de la indemnización pedida. Esta sentencia fue duramente censurada (1).

Y en el mismo asunto, que volvió en virtud de otro recurso de casación (2), la propia Sala que la había dictado acogió el parecer, emitido en el nuevo fallo de instancia, de que la situación proveniente del concubinato de que se trataba, como expuesta a modificarse por voluntad de cualquiera de los amancebados, era "esencialmente inestable y precaria"; por lo cual no aparecía demostrado que de la muerte del concubinario se hubiera seguido a la demandante "perjuicio actual y cierto" (3). Declaróse pues que a los jueces de hecho correspondía resolver acerca de si estaba probado o no el perjuicio actual y cierto

28 (1). V. los comentarios que le hicieron Roux y Lalou, precitados. Demogue advirtió en *Rev. Trim.* 1927, J., p. 486, que tal decisión, a más de conducir a la "consagración del amancebamiento", creaba problema tocante con el concubinato adúltero del varón, y agregó: "En este caso, y en tanto que el concubinato haya durado más o menos tiempo, ocurre, según eso, que o la acción corresponde exclusivamente a la amasia, o que ella pertenece a la vez a ésta y a la mujer legítima abandonada, que tiene derecho a alimentos para sí y para sus hijos. Lo último sería la autorización de la poligamia. Algunos de los partidarios de la solución actual, dada por la Corte de Casación, observan que la acción debe rechazarse, en caso de amancebamiento adúltero, en consideración a lo ilícito del hecho; mas ¿cuándo la barragana deja de ser contraria a las buenas costumbres?"

(2). A diferencia de lo que pasa en Colombia, en Francia no es la Corte de Casación quien pronuncia la decisión de fondo cuando ella ha infirmado la sentencia.

(3) *Cass. Crim.* 9 nov. 1928: S. 1930, 1, 137; D. 1929, 1, 23, nota de Lalou.

que la concubina alegara, sin cambiar la tesis, como observan Demogue (4), Esmein (5) y los Mazeaud (6).

La jurisprudencia desde 1926 hasta 1937

29 Insistiendo, la Sala de lo Penal de la Corte francesa de Casación admitió que había lugar a indemnización si el juez de hecho hallaba comprobado que los subsidios, por haber sido suministrados a la manceba durante varios años, no habían sido aleatorios (1); y, orientándose por las enseñanzas de aquella (2), la generalidad de las Cortes de Apelación reconocieron acción a la concubina contra el autor del daño inferido a su amante (3). En fallo de 27 de octubre de 1928, la Corte de Aix la estimó procedente en vista de que el varón, sabedor de que ella estaba encinta, le había manifestado intenciones matrimoniales, y considerando que al juez de hecho correspondía, en cada caso particular, juzgar si el concubinato había tenido la continuidad suficiente para crear "tal especie de comunidad de vida", que estuviera comprobado el perjuicio actual y directo (4); luego, el Tribunal del Sena, denegando tal acción a la viuda legítima, estimó fundada la que promoviera la

28 (4). Demogue, *Rev. Trim.*, 1929, J., p. 107.

(5). "Según esto, la Sala de lo Criminal entiende que a los jueces de fondo corresponde juzgar si en el hecho el concubinato ha constituido o no situación tan estable, que haya producido vínculos jurídicos, exigiendo solamente que ellos se pronuncien al respecto; lo cual envuelve la afirmación de que el remedo de matrimonio (*une union en vrai menage*) produce efectos en Derecho, la de que el amancebamiento es una institución" (Esmein, *Le probleme*, N° 16).

(6). Mazeaud, t. I, N° 283. Ahí notan los últimos que, de acuerdo con esa doctrina, los jueces apreciarán las cosas diferentemente, según el punto hasta el cual estén dispuestos a defender la institución del matrimonio, y que hasta se les permite con ella dictar decisiones "contrarias a la moral y al buen sentido"; lo que ha sucedido, según vamos a ver.

29 (1). *Cass. Crim.* 28 feb. 1930: S. 1931, 1, 145, nota de Marty; D. 1930, 1, 49, nota de Voirin.

(2). V. París 12 jun. 1928: S. 1928, 2, 125; D. 1929, 2, 15.

(3). Lyon 23 oct. 1929 (motivos): S. 1930, 2, 4; D. 1929, 2, 169, nota de Voirin. Lyon, 31 marzo 1930: D. 1930, 2, 64. Seine, 12 febrero 1931: D. 1931, 2, 57, nota de Voirin. París 9 nov. 1932: S. 1933, 2, 25 (infirmada por *Cass. Civ.* 27 julio 1937: D. 1938, 1, 5, nota de Savatier). Etc. Los Mazeaud, t. I, N° 283, notas 3 y 8, citan muchas otras decisiones semejantes.

(4). *Cass. Crim.* 9 nov. 1928: D. 1929, 1, 23, nota de Lalou.

querida (5); la Corte de París llegó a decretar que el tercero indemnizase a un tiempo a dos concubinas del muerto, una que había vivido con él durante 26 años y de cuya situación allí se dijo que podía "asimilarse hasta cierto punto a la de la mujer legítima", y otra a quien el mismo había ayudado y de quien tenía hijo natural reconocido (6); y la Corte de Rennes extendió la indemnización a perjuicios morales (7): todo lo cual, salvo el desconocerse el derecho de la viuda, era rigurosamente lógico en cuanto, debiendo atenderse únicamente a la realidad del daño, no hubiera sino que verificar si éste se hallaba comprobado o no. La inconsecuencia habría estado en exceptuar el amancebamiento adulterino (8).

30 Sin embargo, el Consejo de Estado francés, el cual rechazó desde primero la tesis de la Sala de Casación en lo Penal, expresó en fallo de 11 de mayo de 1928 que no habiendo existido ningún vínculo jurídico entre la manceba y el muerto, que había sido aplastado por vehículo automóvil, ningún derecho se había lesionado con ello a la demandante y que, por lo tanto, el Estado no tenía la responsabilidad que ésta le exigía (1). Posteriormente, la Corte de París apoyó fallo denegatorio de la indemnización en la falta de interés legítimo (2) y el Tribunal Correccional de Orange declaró inadmisibile la acción intentada por basarse la demanda en causa inmoral e ilícita, cual era la pre-existencia del amancebamiento alegado (3). Mas en nueva sentencia, la Sala de lo Penal de la Corte de Casación manifestó que la acción de

29 (5). Trib. Corr. Seine, 12 feb. 1931: D. 1931, 2, 57, nota de Voirin (diez años de amancebamiento adulterino).

(6). París, 18 nov. 1932: S. 1933, 2, 25. Los Mazeaud (*Traité*, t. I, N° 283) observan que en el imperio de esta jurisprudencia puede ser ruinoso atropellar con el coche a quien mantenga serrallo. "He aquí no solamente la consagración del amancebamiento sino también la de la poligamia", exclama Demogue criticando ese mismo fallo (*Rev. Trim.* 1933, J., p. 81). La decisión en referencia fue casada (*Cass. Crim.* 27 abril 1934, a que adelante me refiero).

(7). Rennes, 8 julio 1931: S. 1932, 2, 18; D. 1931, 503 (reformado por París 18 marzo 1932, n. 30, nota 2).

(8). Cf. Demogue, *Rev. Trim.* 1927, J., p. 484.

30 (1) S. 1928, 3, 97, nota de Hauriou; D. 1929, 3, 6 y conclusiones de Andrieux.

(2). París 18 marzo 1932: D. 1932, 2, 88, nota de Voirin.

(3). Trib. Corr. d'Orange, 3 nov. 1932: S. 1933, 2, 25. V. París 29 mayo 1934: S. 1935, 1, 105; D. 1934, 2, 83, nota de Lalou.

la amasia no existía sino en el caso de concubinato duradero y estable (4).

Cambios operados en 1937

31 Pero esta misma entidad acabó por cambiar de opinión, y mediante decisión de 13 de febrero de 1937 declaró infundada la acción que promoviese la que hubiera perdido la situación de concubina del muerto, expresando lo siguiente:

“... Quien pide la reparación del daño consiguiente a infracción de ley penal tiene que demostrar que de ella le ha resultado perjuicio directo, actual y cierto; y el haber cesado la ayuda que la víctima otorgaba al demandante no lo constituye, si no existía obligación civil de suministrarle algo ni era dable que la hubiera (1)...”

32 Y finalmente, la Sala de lo Civil de la Corte francesa de Casación declaró improcedente la acción que alegando el amancebamiento la

30 (4). *Cass. Crim.* 27 abril 1934; S. 1935, 1, 199. Tratábase del caso de los dos amantes (París 18 nov. 1932), de que he hablado. Las consideraciones que motivaron la casación del fallo fueron la de ser contradictorio lo afirmado por la Corte de París sobre que el concubinario habitaba con las dos mujeres y la de que, dado esto y no constando sino lo inmoral, lo precario y lo inestable de las relaciones habidas entre el vagabundo y las dos hembras, resultaba que ninguna de tales relaciones eran bastantes para crear derechos contra el autor de la muerte del primero.

31 (1). “... *lorsque cette assistance n'était pas légalement susceptible de servir de fondement a une obligation valable*” son términos del original, tan rebuscados como confusos. Fuera del caso de prometerse algo a título gratuito, no hay obligación que nazca de ayuda, asistencia, favor, dadivosidad o socorro; y aquel evento no es el que se considera. Y pues la materia de la discusión es precisamente la de si existe o no acción contra el tercero, también se me hace claro que ahí no se emplea la palabra obligación, incorrectamente, para significar “acción de perjuicios”. Mas, inquiriendo el escondido pensamiento, se descubre que éste es el que dejo indicado en el texto: considéranse la preexistencia de obligación valedera a virtud de la cual se prestara la ayuda (obligación civil —contrapuesta a la natural, que no es valedera—) y la anterior posibilidad de que en el particular se formase alguna de esa calidad, como en lo referente a los designados legalmente para alimentarios y que no habían llegado a serlo; v. gr., el abuelo del difunto que no había reclamado alimentos. V. la opinión de Roux: S. 1937, 1, 153. V. igualmente D. 1938, 1, 5, nota de Savatier. Los Mazeaud citan el fallo pronunciado por esa misma Sala a 8 de abril de 1938, en que se repite la expresión viciosa (Mazeaud, *Traité*, t. I, N^o 283, nota (17)).

amasía promoviera contra el tercero causante de la muerte del concubinario, con los vocablos que vierto:

“... Considerando que para la indemnización que se funde en la comisión de culpa o delito se requiere comprobar, no daño cualquiera, sino lesión cierta de interés legítimo, que esté jurídicamente protegido.

“Considerando que en todo amancebamiento, cualesquiera que sean las modalidades y la duración del mismo, se presenta situación de hecho que no podría generar derechos en favor de los abarraganados con relación a terceros; porque en razón de su irregularidad misma, las relaciones que trae el concubinato no pueden presentarse con valor de intereses legítimos protegidos jurídicamente...” (1).

Con lo cual triunfó definitivamente la conclusión de los expositores, opuesta a las primeras tesis de la Sala de lo Penal: la propia Sala de lo Civil, en fallo posterior, reitera que “las relaciones provenientes del concubinato, en razón de su irregularidad misma, no pueden invocarse como intereses legítimos jurídicamente protegidos” ni confieren derechos a los amancebados con relación a terceros (2); y la totalidad de las Cortes inferiores han acatado el concepto emitido por la Sala de lo Civil en 1937 (3).

33 Conviene indicar antes de pasar adelante las diferencias que hay entre la nueva doctrina de la Sala de lo Penal de la Corte francesa de Casación y la expuesta en los dos fallos de la Sala de lo Civil de aquella misma Corte.

Dados los términos empleados por la Sala de lo Penal, ésta exige para que el perjuicio exista, que la víctima tuviera obligación civil para quien por efecto de la muerte dejase de percibir lo que se le suministraba, o que fuese dable que la primera contrajese obligación de esta clase con respecto al segundo; y en las sentencias de la Sala de lo Civil se expresa que para reclamar indemnización del autor del daño se requiere que se haya lesionado “interés legítimo jurídicamente protegido”, es decir —ya que no será esta locución anfibológica— interés jurídico protegido con acción civil (1). Con otras palabras: a tenor de

32 (1). *Cass. Civ.* 27 julio 1937; S. 1938, 1, 321, nota de Marty; D. 1938, 1, 5, nota de Savatier (30 años de concubinato con hijo reconocido).

(2). *Cass. Civ.* 28 nov. 1938; V. Mazeaud, *Rev. Trim.*, 1939, J., p. 463.

(3). Avignon, 15 nov. 1938; Amiens, 29 nov. 1938; Riom., 7 dic. 1938 (citas de los Mazeaud en *Rev. Trim.*, 1939, J., p. 463).

33 (1). Esto difiere de lo manifestado por la misma Sala en decisión anterior sobre que la indemnización no correspondía sino a “las personas con relación

Distinciones indispensables

la sentencia de 13 de febrero de 1937, pueden reclamar indemnización, a más de los alimentarios declarados, los parientes de la víctima que tenían derecho a alimentos y no los habían pedido, y conforme a las de la Sala de lo Civil, los primeros, y no los últimos. Todas ellas excluyen al que estaba amancebado con la víctima, a menos que al principio de sus relaciones o durante ellas hubiera surgido obligación civil que se extinguiera con la vida del occiso; lo que depende, por lo atañadero a promesas hechas por el difunto a la manceba para mientras el primero viviera, de que se miren como válidas o como inválidas las donaciones gratuitas de futuro que entre abarraganados se efectúen (2). Y ninguna de ellas concierne al caso de que el difunto debiera indemnización a la concubina a causa de haberla seducido con dolo, por ser los herederos del muerto los únicos responsables de la deuda civil proveniente de ello.

Por otra parte: la Sala de lo Civil no se limitó a consignar que por no producir intereses legítimos jurídicamente protegidos, el concubinato no obraba en lo tocante con tercero que irrogara daño a uno de los amancebados, sino que, en exponiendo aquella razón de su tesis, agregó en el fallo de 27 de julio de 1937, lo que sigue:

“No obstante ser susceptibles de crear obligaciones a cargo de los abarraganados, esas relaciones (las producidas por el concubinato) son insuficientes para conferirles derechos; y en particular el crédito de la barragana en punto de alimentos, correlativo a obligación natural que en vida del concubinario pesaba sobre éste, no podría servir de base a crédito civil, ni al sobrevenir el accidente ni al morir el amancebado” (3).

Pues bien: ese concepto, que oportunamente será examinado (nn. 68 y sigs.), no se halla en la nueva sentencia de la Sala de lo Penal, a pesar de lo embolismático de cierta expresión que en ella se lee y que arriba comento.

a las cuales tenía el difunto deberes de asistencia en virtud de vínculos legales” (*Cass. Civ.*, mayo 1933: S. 1934, 1, 81, nota de Esmein).

(2) Asunto que se estudia abajo (nn. 64 y siguientes).

(3). En la decisión de 28 de noviembre de 1938 se lee: “Aunque susceptibles de crear obligaciones a cargo de los amancebados, las relaciones que trae el concubinato son ineficaces para conferirles derechos en contra de terceros (n. 32, nota 2).

34 Ha de advertirse ante todo que si es contractual la responsabilidad resultante de la muerte o incapacidad de alguien, como en la ejecución del contrato de transporte, esa responsabilidad no existe para con persona distinta de la víctima o de sus herederos, como que los contratos no producen obligaciones sino entre los contratantes (1); de suerte que el asunto de si al concubinario o a la amasia (2) corresponde o no acción para que se le indemnice de perjuicios en caso de muerte o incapacidad de su amante no puede ser planteado sino en tanto que de responsabilidad extracontractual se trate.

De otro lado: el evento de muerte debe examinarse aparte del de incapacidad.

34 (1). Demogue *Obligations*, t. VI, N° 318. Cf. Mazeaud, *Traité*, t. 1, 207. En fallo de 23 de abril de 1941 (G. J., Nos. 1971 y 1972, t. LI, p. 425), la Sala de Negocios Generales de la Corte se exhibe como ignorante de esa noción fundamental. Recuérdese que, difiriendo sustancialmente la estipulación para otro del Derecho Francés de la institución chilena y colombiana, que supera a aquella, mal podría afirmarse que entre nosotros el pasajero estipula en favor de ciertos parientes (Cf. Savatier, *Le dommage mortel*, N° 5. V. Demogue, *Rev. Trim.* 1933, J., p. 1.225): el artículo 1.506 del Código Civil (1.449 del Chileno) regula el punto de contratarse a nombre de tercero sin derecho de representarle y sin que sea el caso de agencia oficiosa, declarando que el contrato es para el tercero que lo acepte; mas el pasajero contrata en nombre propio. Semejantemente a como en aquella ocasión, volvió a disparatar esa entidad en sentencia de 22 de julio de 1943 (G. J., t. LV, p. 764): a tenor de la demanda, allí transcrita, se trataba de accidente del trabajo, que se regía, como hoy se rige, por normas especiales.

(2). Mal estaría dejar de colocar a los amancebados en pie de igualdad, por lo que a la indemnización atañe. *Sic. Nast*, nota citada; Mazeaud, *Traité*; t. 1, N° 279. “En la práctica no se han visto demandas intentadas por el hombre, salvo la examinada por la Corte de Angers el 4 de abril 1933 (*Dalloz hebdomadaire*. 1933, p. 356), entidad que denegó acción al amante de la concubina muerta a causa de accidente. El motivo de ello está, más que en las tradiciones de galantería, en el hecho de que hasta ahora lo más frecuente ha sido que el hombre sostenga la casa con su trabajo. Pero estoy de acuerdo con Nast en que si la concubina tiene acción, debe tenerla también el concubinario, en cuanto se reúnan las condiciones que respecto a la mujer se exijan. Otra cosa es que la realidad del perjuicio no pueda comprobarse por el varón sino raras veces por el motivo indicado” (Esmein, *Le problème*, N° 15).

35 Y además han de considerarse por separado los perjuicios materiales (terminología en la cual incluyo los que la Corte ha dado en llamar "perjuicios morales objetivados" (1) y los perjuicios morales propiamente dichos; pues que las razones que haya para dar solución al punto concatenado con los primeros no son las mismas atañederas al otro sujeto.

A) CASO DE MUERTE

PERJUICIOS MATERIALES

La tesis de que la situación era precaria

36 ¿Cabe extender a todo concubinato lo que la Corte de Rennes expresó en el fallo que se declaró legal por la mencionada sentencia de 9 de noviembre de 1928 (n. 28, nota 3), sobre que "tal situación, esencialmente inestable y precaria, puede alterarse por voluntad de cualquiera de los amancebados" y sobre que, dependiendo en consecuencia del capricho del varón el romper con la amasia y el privarla de la asistencia pecuniaria que le daba, con la muerte violenta del primero no se irroga "perjuicio actual y cierto" a la segunda? (1).

Observan los Mazeaud que efectivamente nada garantiza con exactitud que si el concubinario hubiera sobrevivido habría continuado ayudando a la manceba; pero los mismos, en afirmando que ese razonamiento no resulta exacto sino en cuanto se admita que ni a terceros ni a parientes que no sean alimentarios del difunto corresponde acción contra el responsable del daño, advierten que esta solución ha sido rechazada con la consideración de que siendo grave la probabilidad que tenían los parientes lejanos y aun los terceros de percibir subsidios del difunto, la desaparición del último les causa daño cierto; agregan que evidencia la realidad de perjuicio cierto aquella que haya pasado muchos años amancebada con la víctima y que además compruebe, no propiamente que recibía regalos del amante, sino que éste la sostenía como un marido a su mujer, y concluyen que allí no está la razón que lleve a rechazar la acción de toda barragana (2).

35 (1). V. Neg. Gen. 23 abril 1941: G. J., Nos. 1.971 y 1.972, t. LI, p. 425. Cas. Civ. 15 marzo 1941: G. J., Nos. 1966 a 1968, t. L., p. 786.

36 (1). V. Esmein, *Le dommage*, N° 14.

(2). *Traité*, t. I, N° 278. En la primera edición de su obra, los Mazeaud sostuvieron lo contrario, y en la segunda (1934) cambiaron de parecer.

A la verdad, tienden actualmente la doctrina y la jurisprudencia a reconocer acción no solamente a los herederos, sino también a los alimentarios del muerto, y aun a quienes se hallaban en condición de lograr esta calidad; y es razonable reconocerla, tratándose de responsabilidad extracontractual, a quien demuestre que se le ha lesionado interés legítimo (3). Sólo que hasta cierto punto ello es ajeno al tema de si en caso de culpa o dolo, civil o criminal, deba indemnizarse o no daño eventual, o ya el consistente en perderse probabilidades; por lo cual no viene exactamente al caso lo que ahí advierten los Mazeaud acerca de que el rechazarse la acción de alguno de ellos bastaría para resolver el problema. Por esto, aquellos autores aducen argumentos en el particular en otro lugar de su obra (4).

Pues bien: a juzgar por multitud de sentencias, de que veremos algunas, y por las discusiones que ellas han suscitado, no se ha establecido todavía jurisprudencia firme al respecto, aun cuando hasta cierto punto hay conformidad en la tesis de que no se repara el perjuicio puramente hipotético (5): las divergencias atañen principalmente a si el perderse un riesgo puede mirarse como daño hipotético, eventual o incierto.

Así, Demogue comenta la decisión dictada por el Tribunal de Ga-

36 (3). En sentencia dictada por la Sala de Negocios Generales a 22 de julio de 1943 (G. J., N° 2.900, t. LV, p. 764) se confunde la situación del heredero con la del posible alimentario futuro: demandaban los padres del muerto alegando esta calidad, y sin embargo se hicieron allí consideraciones sobre "lo que vale la vida económica de un hombre". Con todo, la conclusión de la sentencia resulta más o menos lógica: "La Sala estima que el daño material causado consiste en la imposibilidad de que Cuervo Ruiz sufrague los gastos necesarios a esa asistencia congrua de sus padres. A ello debe limitarse la indemnización, calculándose el valor periódico de tal sustentación congrua, según la condición social de los padres del occiso. No son por esto pertinentes a fijar el perjuicio las consideraciones que hacen los peritos sobre deducción de cierta cantidad en razón de los gastos personales de Cuervo, ni otras deducciones que también sería del caso hacer si el daño se estimase por el procedimiento que siguieron los peritos. Mas como la indemnización ha de referirse a los alimentos congruos de los padres de la víctima, huelga examinar los otros aspectos que se sugieren. El señor Cuervo Ruiz, si viviese, trabajaría para su sostenimiento y con el fin de formar un capital propio, y destinaría lo necesario para sufragar los gastos de manutención congrua de sus padres. Esa misma situación, que se contemplaría hoy si Cuervo no hubiese fallecido, es la que debe informar el avalúo del perjuicio sufrido por los demandantes".

(4). Mazeaud, *Traité*, t. I, N° 219.

(5). *Req.* 1° junio 1932: S. 1933, 1, 49 nota de Mazeaud; D. 1932, 1, 102.

nat el 25 de mayo de 1937, por la cual se desató el pleito a que dio lugar el hecho de que mientras se tramitaban las diligencias conducentes al matrimonio de los amancebados, el varón fue muerto con vehículo automóvil: declaró aquella Corte que para la acción sobre reparación civil era indispensable que se hubiera causado perjuicio cierto y lesionándose interés legítimo, lo que no podía alegar la concubina, por traer el amancebamiento situación inmoral y desconocida por la ley; pero que los esposables lícitos, situación de hecho extralegal y sin embargo eminentemente moral, podían producir determinados efectos jurídicos, a pesar de no ser obligatorios, y en particular el de comprometer la responsabilidad civil del tercero causante de la muerte de uno de los esposos para con el sobreviviente. Y dicho expositor observa:

“Hallamos esta solución exacta y, más aún, estimamos que debe generalizarse: cuandoquiera que alguien que esté en camino de adquirir un derecho se vea en la imposibilidad de lograrlo por efecto de acto culposo de tercero, ha de protegerse. Por ejemplo: si el que está en tratos que van a llevarle a colocarse en situación importante es muerto o herido en el momento en que los interesados no han menester sino de la aprobación de otro, debe tenerse ello en cuenta al justipreciarse los perjuicios. El juez tiene que poner la consideración en lo probable, no sólo para apreciar la extensión del daño, sino también para juzgar si ha llegado a conculcarse interés legítimo o no. Preséntasenos pues el derecho a indemnización de la esposa, admitido por la jurisprudencia (6), como detalle envuelto en asunto más general” (7).

Sin embargo, en fallo de 7 de diciembre de 1938 la Corte de Riom, deduciendo la falta de perjuicio cierto de lo hipotético del matrimonio, denegó la acción a concubina que había celebrado esposables con el difunto; y la Sala de lo Civil de la Corte de Casación aceptó el punto de vista del tribunal inferior (8). Ni ello fue de entonces: apoyándose en que no se veía “daño cierto” por ser éste eventual, la Corte de Pa-

rís, en fallo de 24 de mayo de 1938, había declarado improcedente acción que se fundaba en haberse perjudicado a la demandante, que hasta había gastado en el ajuar, con la no realización del matrimonio proyectado con el occiso; y la Sala de lo Civil fundó la decisión de no infirmarlo en lo puramente eventual del perjuicio, deduciéndolo de que pudiendo el novio romper los esponsales hasta el último instante, no estaba probado que el matrimonio se hubiera celebrado si la muerte no hubiese ocurrido (9).

Todas estas decisiones han sido acremente combatidas. Así, los Mazeaud anotan que en el concepto de que el perjuicio eventual no tiene que repararse no está envuelto que en todo caso deba rechazarse la acción de a quien se ha privado del riesgo que tenía de realizar ganancia o de evitar quebranto; porque, si bien nadie sabe si ello se habría conseguido, no significa esto que también el riesgo fuera necesariamente hipotético. Explicando el punto, dicen ellos: “Los riesgos perdidos no han sido siempre castillos en el aire” (10); “basta con que sean graves los riesgos de que el acontecimiento se efectúe para que los consideren los tribunales” (11); y “el perjuicio eventual no debe repararse; pero quien pierde probabilidades, por lo menos cuando éstas son serias, experimenta, no perjuicio eventual, sino perjuicio cierto, como la jurisprudencia lo ha admitido siempre” (12).

Para comprobar esta afirmación, los propios expositores se refieren a pasaje donde ellos mismos (13) citan fallos sobre casos como éstos: el de incumplimiento de obligación contractual del mandatario, el de negligencia del notario a consecuencia de la cual deja de llevarse a cabo el negocio (14) y el de no oponer el procurador oportunamente la apelación o el recurso de casación contra la sentencia desfavorable a su cliente (15). Sobre lo cual advierto: ninguna de estas sentencias tiene qué hacer directamente con el problema, concerniente a la perjudicial no ejecución de hecho que víctima distinta del reclamante podía efectuar o no efectuar a su arbitrio; mas de ellas resultaría ilógica la

36 (6). Cour d'Assises de la Dordogne, 24 mayo 1930: S. 1931, 2, 71; D. 1930, 2, 133. Colmar, 8 dic. 1934: S. 1935, 2, 172. Estas citas pertenecen al autor. El fallo de la Corte de Colmar se refirió a perjuicios morales, aunque se atendió allí a la “terrible enfermedad” que al esposo había sobrevenido a consecuencia del dolor que experimentara por estar herida su prometida. Opónese la tesis afirmativa de esta Corte con la doctrina que se lee en *Req.* 21 feb. 1931: S. 1931, 1, 123. Sobre la otra sentencia, V. la nota que le puso Lalou, *Loc. Cit.*

(7), Demogue, *Rev. Trim.* 1937, J., p. 608.

(8), *Cass. Civ.* 22 feb. 1944: D. 1945, J. 293, nota de Flour.

36 (9). *Cass. Civ.* 19 oct. 1943: S. 1945, 1, 1, nota de Chartrou.

(10). Mazeaud, *Rev. Trim.* 1939, J., p. 148; *Traité*, N° 219.

(11). Mazeaud, *Rev. Trim.* 1939, J., p. 463.

(12). Mazeaud, *Rev. Trim.* 1944, J., p. 31.

(13). Mazeaud, *Traité*, t. I, N° 219.

(14). *Req.* 26 mayo 1932: S. 1932, 1, 387.

(15). *Req.* 17 jul. 1889: S. 1891, 1, 399. *Req.* 30 junio 1902: S. 1907, 1, 434; D. 1903, 1, 565.

en que se desatendiese a la circunstancia de que lo perjudicial estaba en haberse quitado al demandante probabilidades ciertas de ganar o de no perder.

En estudio posterior, acogen aquellos mismos tratadistas el concepto de que para la acción de reparación es suficiente que el hecho de que depende el perjuicio eventual se haya consumado; porque, si alguien ha detenido el desenvolvimiento de una serie de hechos que iban a ser fuente de ganancias, el perjuicio es cierto, ya que el perjudicado pierde probabilidades "que formaban el activo de su patrimonio"; y ocurriendo esto, "los jueces deben computar lo que valían estas probabilidades y fijar el monto de la indemnización poniéndolo en la cuenta" (16).

37 Para Demogue y para los Mazeaud, pues, la privación de las probabilidades de ganar o de aminorar pérdida puede constituir daño cierto, y no hipotético; y si el riesgo de lograrlo era grave, o, con otras palabras, si las probabilidades de ello eran considerables, el tercero, por cuyo delito o culpa se ha imposibilitado que la víctima lleve a efecto lo que se había propuesto, ha de indemnizar, a quien iba a obtener la ventaja, del perjuicio consistente en haberle dejado sin probabilidades de buen éxito.

38 Sostengo esta conclusión: el riesgo de casarse la muchacha cuyo novio es asesinado al penetrar en la iglesia (1) o en el juzgado para contraer matrimonio con ella es evidente, y el privarla de este riesgo el asesino es causarle daño cierto; mas lo último no ocurre si el novio era otro bandido o, en fin, sujeto que una vez casado le hubiese llevado menos beneficios que males. Y si ese mismo novio tenía seguro de vida, el asesinato perjudica al asegurador; pues que éste pierde el riesgo, que tenía, de que el asegurado viviese algún tiempo más y de percibir nuevas primas. Y si el propio esposo era abogado y manejaba pleito importante, habrá perdido o no, según como estuvieran las cosas, quien le había otorgado poder al efecto de que le defendiera en el juicio. Todo viene a reducirse a problemas de hecho: problemas en extremo delicados y en ocasiones complejísimo que el juez no puede resolver sino

36 (16). Mazeaud, *Rev. Trim.* 1940-1941, J., p. 268. V. igualmente comentario crítico p. 269, *ibidem*.

38 (1). Donde se admite el matrimonio católico.

hilando muy delgadito; que si bien la duración probable de la vida de un hombre se determina con datos estadísticos no siempre fáciles de obtener y apreciar, resultará difícilísimo poner en cuenta otras circunstancias; como sean, por ejemplo, las atañederas a la extensión del riesgo mismo de que el difunto no hubiera casado con la esposa o exigídole (en Francia o en ciertos países) el régimen de la separación absoluta de bienes a última hora, o de que él no hubiera celebrado el negocio que estaba considerando seriamente con los demás interesados porque alguien le aconsejara que no lo celebrase o porque no le prestasen el capital necesario para iniciarlo o para desarrollarlo, o —en el supuesto de tener la amasia acción contra el que le hubiera matado al amante— de que ella hubiera dejado de gustarle, o de que algún sacerdote hubiera convencido al concubinario de que debía poner fin al amancebamiento (2).

En veces pues han de suputarse probabilidades para valorar el perjuicio irrogado al tercero, tal como se pesan riesgos para determinar la indemnización debida a los herederos del occiso, y la extensión de ésta dependerá en ocasiones de la magnitud de lo que a ese tercero toque; pues lógicamente la indemnización debida a los herederos del muerto que se hallaba en ciertas condiciones se determina mediante resta: en los casos de ejemplos propuestos arriba, el minuendo es la cantidad en que el *de cuius* se avalúa; y el sustraendo, el importe de la indemnización correspondiente a la novia del difunto, o (teniendo derecho) a la querida del mismo o al amante a quien ella sostenía, o bien el tanto de la ventaja que habría llevado sobre el causante quien definitivamente iba a celebrar con éste negocio legal pero leonino. Entran aquí en el juego los intereses de los herederos del difunto, pues que se les ha transmitido apenas lo que el *de cuius* tenía en el instante de su muerte, siempre posterior al acaecer el hecho extraño que la produce.

De suerte que de ser la barraganía esencialmente inestable y pre-

38 (2). Los Mazeaud proponen (*Traité*, t. I, N^o 219) que se atienda a las anotaciones de las apuestas mutuas para calcular el importe del riesgo de ganancia o pérdida que tenía el caballo cuya muerte hubiera ocurrido en las carreras por culpa de alguno de los espectadores, para incluir la cantidad correspondiente en el monto de la reparación total, a cargo del autor del daño; mas ello no sería suficiente para fijarla acertadamente en cualesquiera circunstancias. Y con razón ponderan ellos sentencia en que se rechazó que la indemnización debida por muerte del legatario pudiera ser equivalente al legado (*Rev. Trim.*, 1941-42, J., p. 269).

caria, no se desprende que dándose muerte al concubinario o a la manceba, no se irroga al otro ningún perjuicio material, como sienten Demogue y los Mazeaud.

La tesis de la falta de interés protegido

38 Ahora bien: la doctrina de que la persona que estaba amancebada carece de acción para que el autor de la muerte de su amante le indemnice de los perjuicios consiguientes a que por este motivo haya cesado el concubinato ¿halla fundamento en la consideración, que hace la Sala de lo Civil de la Corte francesa de Casación, de que no se trata de intereses lógicos que estén jurídicamente protegidos? (1).

También eso merece objeciones: con los vocablos "jurídicamente protegidos" se expresa la necesidad de que el tercero tuviera acción civil contra el difunto: por esto se excluye el crédito correlativo a obligación natural del mismo, que la Sala reconoce a la manceba (n. 33) (2). Mas ello no es justo, aunque no entrañe la afirmación de que no ha experimentado perjuicio quien estaba en condiciones de exigir alimentos ni quien se hallaba en riesgo inminente de lograr ventaja o de minorar pérdida; lo cual iría contra la realidad, según lo explicado precedentemente (n. 38).

La falta de interés legítimo

40 Convénceme empero la consideración de que, dejados aparte los negocios propiamente dichos que se hayan celebrado entre el concubinario y la barragana, el amancebamiento no crea intereses legítimos. Incluyo en la categoría de las personas cuyos intereses son legítimos, a

39 (1). *Cass. Civ.* 27 julio 1937: D. 1938, 1, 5, precitado. V. ahí la nota de Savatier. V. también Hauriou: S. 1928, 3, 97 y el fallo citado en el N° 30, nota (1).

(2). Tanto más claro resulta eso, cuanto que en la redacción de aquella sentencia intervino Josserand, quien sostiene que no ha lugar a reparar el daño, causado culposamente sino cuando se han lesionado "intereses jurídicamente protegidos", porque las acciones civiles "no son más que derechos en acción": de aquí induce el autor la carencia de acción de la barragana contra el responsable de la muerte del concubinario (Josserand, t. II, N° 424), sin embargo de admitir el mismo que el amancebamiento produce obligación natural de indemnizar a la manceba del perjuicio que se le ha causado (*Ibidem*, t. I., N° 1.178).

más de a los alimentarios, a quienes se hallaban en situación de reclamar alimentos, colocados en el campo del Derecho, y al novio, puesto que los esponsales, no obstante no producir ellos en Colombia obligación natural sino en cuanto se haya estipulado multa (1), se hallan hasta cierto punto dentro del terreno jurídico, y no solamente en el de la moral, en que sólo vendrían a crear vínculos morales; y excluyo a los proveedores, cuyo interés, no obstante ser justo, no alcanza a quedar amparado ni aun siquiera por obligaciones morales. Menos que esto es atendible el hecho de que según la intención de los interesados, el que las operaciones continúen haciéndose depende principalmente de las circunstancias del mercado, y casi exclusivamente de que no se ofrezcan mejores condiciones al parroquiano y de que ni sus posibilidades ni aun sus necesidades cambien.

Y el no generar el amancebamiento intereses legítimos deduzco, juzgando las cosas diferentemente de como suele hacerse, de que el acuerdo de voluntades sobre el concubinato, que da empiezo a las relaciones carnales de los amancebados, que puede renovarse durante ellas y que a menudo se reanuda entre tanto, no puede crear ningún vínculo *inter partes*, puesto que ese convenio adolece de invalidez, como referente a objeto ilícito (2).

He ahí la verdadera razón de que a la demandante de indemnización de los perjuicios que le ha traído la muerte del concubinario se pueda oponer el adagio de "*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*" (3).

41 Tanto Demogue como los Mazeaud llegan a esta conclusión evidente, indiscutible (1); sólo que, por mirar apenas al detalle de que los amancebados aparentan el matrimonio, se colocan ellos fuera del ápice, no parando la consideración en que el amancebamiento ocurre porque las partes se han manifestado recíprocamente la intención de celebrar contrato ilícito.

40 (1). C. C., Art. 111, inc. 2°; C. Ch., Art. 99, inc. 2°.

(2). Aquí repito las razones que expongo atrás para negar que la rotura del amancebamiento dé ocasión a indemnización de perjuicios (nn. 16 a 18) y agregó, con Esmein (*Le probleme*, Nos. 16 y 17), que habría mayor motivo para reconocer acción de perjuicios a la concubina abandonada que a la barragana del muerto.

(3). Nótese la diferencia entre ese caso y el del enfermo recogido por el difunto, cuya acción fue rechazada por *Cass. Crim.* 7 febr. 1913: D. 1913, 1, 373.

41 (1). Mazeaud, *Traité*, t. I, N° 279; Demogue, *Rev. Trim.*, 1938, J., p. 459.

Perjuicios morales

42 Ya que el amancebamiento no produce parentesco, el asunto se presenta de otro modo por lo que hace a perjuicios morales, en cuanto se admita que la acción consiguiente al experimentarlos con el haberse matado a otro corresponde apenas a los consanguíneos y áfines del difunto (1). Esta restricción —determinada, como cualquiera otra que se pusiera, por la necesidad de indicar la extensión pero que tiene, a más de otros defectos, el consiguiente a ni siquiera señalarse los grados de parentesco hasta los cuales pueda haber cariño bastante para que el dolor haya sido justo— no perdurará; como que al fin se darán al problema soluciones satisfactorias, que hasta hoy, por la novedad y complejidad del tema, no han sido propuestas. ¿Habrá motivo para afirmar, por ejemplo, que entre esposos que estén próximos a casarse no existe vínculo de afección legítimo y, por lo tanto, que la doncella recatada cuyo novio fue muerto la víspera del matrimonio, y que ha sufrido al perder con ello las mayores ilusiones de su vida, no recibe daño moral, o que habiéndolo, no debe repararse el perjuicio de esta clase? A sinrazón se niega ello en la decisión limitativa en referencia (2).

43 Mas, cualquiera que sea el punto de vista que deba prevalecer, habrá de exigirse; para que se admita acción referente a reparación o a satisfacción de perjuicios morales provenientes de la muerte del ser con quien el reclamante se hallaba unido por vínculos de cariño, que este vínculo de afección haya sido legítimo; y no cabe duda en que la situación de amancebamiento no produce vínculos de afección legítimos, por ser ella antisocial. Luego la manceba no experimenta perjuicio moral con la muerte del amante. En que ella carece en este caso de acción

42 (1) *Req.* 2 feb. 1931: S. 1931, 1, 123; D. 1931, 1, 38. Allí se expresa que la reparación de perjuicios morales tiene que estar fundada en interés de afección nacido de vínculo de consanguinidad o afinidad que uniera a la víctima inmediata del daño con "aquel de sus causahabientes que demanda la reparación", como exigiendo que se haya transmitido el derecho a ello. Lo último sería contrario a la noción misma de perjuicio moral, puesto que éste consiste en el dolor que se ha causado. ¿Cuánto habría despotricado un Magistrado de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, dado caso que él hubiera conocido eso cuando se escribieron las sentencias que cito en la primera nota del número 34!

(2). V. Cour d'Assises de la Dordogne, 24 mayo 1930: S. 1931, 2, 71; D. 1930, 2, 133. Colmar 8 dic. 1934: S. 1935, 2, 172.

para que el responsable se lo repare hay acuerdo completo (1). El único fallo en que se ha admitido que la concubina puede tener aquella acción (2), respecto al cual observan los Mazeaud que allí no se contiene sino alegato en favor de la unión libre (3), ha sido unánimemente censurado.

B) CASO DE INCAPACIDAD

Perjuicios materiales

44 Por lo general, la incapacidad resultante de lesión corporal no es causa de acción para que el responsable del hecho indemnice a un tercero: el lesionado es quien ha experimentado el perjuicio, y a diferencia de lo que pasa en el evento de muerte, aquí no entran las probabilidades que tercero tuviera de ganar o reducir pérdida llegando a algún trato que el primero pudiera celebrar o no celebrar: éste recibe indemnización compensatoria del perjuicio que se le ha hecho, y teóricamente queda en la situación en que se hallaba (1).

Sin embargo, concíbense hipótesis de que no solamente el lesionado, sino también tercero, experimente daño cierto; v. g., el de inferirse a novio católico herida causante de impotencia, lo cual le impide celebrar matrimonio religioso válido: a menos que fuera a cometer un disparate con el matrimonio, la esposa habrá sido perjudicada en sus intereses materiales, y tendrá acción para que se le indemnice de los perjuicios consiguientes al no poder contraerlo.

Ahora pues: ni el concubinario ni la manceba puede reclamar indemnización al tercero que ha producido lesión o incapacidad al otro; pues ocurriendo casualidad tan sumamente rara como la de ese ejemplo, el amancebado estará en las mismas condiciones que en el evento de haber muerto el lesionado (n. 40).

44 (1). V. Josserand, *Traité*, t. II, N° 442; Mazeaud, *Traité*, t. I, N° 327 y las citas que allí se hacen.

(2). Rennes, 8 julio 1931: S. 1932, 2, 18; D. 1931, 503.

(3). Mazeaud, *Traité*, t. I, N° 327. Ahí se transcriben sus considerandos principales.

44 (1). V. Savatier, *Le dommage*, N° 9.

Perjuicios morales

45 Esto se extiende, por supuesto, a perjuicios morales, si acaso el herirse a alguien es motivo para que otro reclame en el particular (1): para que se decrete la indemnización de perjuicios morales se requiere que en el demandante haya existido sentimiento de afección legítimo, y el del amancebado no lo ha sido (n. 42).

§ III: SUMINISTROS HECHOS A LA AMASIA Y, EN OCASIONES, AL CONCUBINARIO.

Las tesis principales

46 Dos teorías se han concebido en consideración a que, no teniendo noticia del concubinato, el tendero que ha suministrado artículos alimenticios a la que vive con el amante no tiene por qué perjudicarse por el hecho de no haberle preguntado por la partida de matrimonio; a saber:

a) La de que por cometer los amancebados culpa haciendo creer a los demás que están casados, tienen responsabilidad solidaria en cuanto a las operaciones ejecutadas en interés de la familia falsa (1).

b) La de que el concubinario ha dado tácitamente mandato a la barragana semejantemente a como, según la jurisprudencia francesa, el marido lo otorga a la mujer para que atienda ésta a las necesidades domésticas (2).

Defectos de una y otra

47 La primera, como no conducente al pronto pago del precio de lo que se ha suministrado, no es práctica; lleva a resultados que difieren de los previstos por los contratantes y, entre ellos, al de no haber acción

45 (1). *Req.* 22 dic. 1942: D. 1945, J., 99, nota de Givord.

46 (1) V. Planiol & Ripert, t. II, N^o 76; Josserand, t. I, N^o 1.180, a. A las citas con que en uno y otro lugar se ilustra el punto agregó éstas: Demogue: *Rev. Trim.* 1926, J., p. 1.039; 1.933, J., p. 80.

(2) Planiol & Ripert, *Loc. Cit.*; Josserand, *Loc. Cit.* V. Demogue, *Rev. Trim.* 1931, J., p. 395.

resolutoria por incumplimiento; y, con ponderarla autores modernos (1), peca de inexactitud, puesto que ha existido contrato que excluye normalmente la responsabilidad extracontractual de quien haya sido parte en el mismo: lo importante es determinar quienes se hallan contractualmente ligados.

Y la segunda tiene el defecto, que los autores citados anotan, de fundarse en mandato inexplicable a falta de vínculos conyugales.

Cómo se resuelve mejor el asunto

48 Sin embargo, por el último de tales caminos va uno más seguro, en cuanto considere la realidad, a saber: los amancebados que viven juntos y se presentan a la gente como marido y mujer, manifiestan con ello la voluntad de obligarse para con terceros en los mismos términos en que lo harían si estuvieran casados, en lo tocante con los negocios conducentes a la satisfacción de sus necesidades normales; y quien, ignorando la falta de matrimonio, suministra alimentación, víveres o servicios de hotel a alguno de los que en tales circunstancias vienen, contrata sobre la base indicada (1). Luego, si de contratos de esa índole surgen conforme al régimen legal relaciones contractuales entre los cónyuges o uno de ellos, por una parte, y el tercero, por otra parte, esas mismas relaciones se crean, celebrado alguno, entre el tercero y los amancebados o entre aquél y uno de los últimos (2). Lo cual se extiende al caso de que alguien haya presentado a la concubina como a su mujer en algún establecimiento o a persona determinada, por lo atañedor a los actos que ella ejecute en ese establecimiento y a los negocios que haga con esta persona. También aquí entra el brocardico de que *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

Ahora pues: conforme al sistema legislativo anterior a la Ley 28 de 1932, cual era el de la sociedad conyugal administrada por el marido, salía éste responsable de las obligaciones contraídas por la mujer con

47 (1). Planiol & Ripert, *Loc. Cit.*; Josserand, *Loc. Cit.*

48 (1). El asunto será de otro modo alguna vez en materia de responsabilidad extracontractual: la jovencita que atropella al peatón con su propio automóvil no compromete al varón con quien vive amancebada; mas no así la vieja furiosa que suelta el perro a quien llama a la puerta, sabiendo éste que en la casa habita un matrimonio.

(2). Observa Planiol que en el régimen de la separación de bienes, el cual en Francia puede ser convencional, los proveedores, acreedores de ambos cónyuges, tienen ciertamente acción contra el marido (Planiol, t. 3, N^o 1.438).

su autorización (no mandato) (3), y la autorización marital se presumía:

a) En las compras al fiado de objetos naturalmente destinados al consumo ordinario de la familia (4).

b) En las compras al fiado de galas, joyas y muebles preciosos, probándose que se habían comprado con conocimiento y sin reclamación del marido o que se habían empleado en el uso de la mujer o de la familia en esas mismas circunstancias (5).

c) En el evento de ejercer la mujer profesión o industria cualquiera (como la de actriz, la de obstetriz o la de posadera), en lo tocante con los actos de su profesión o industria, mientras no interviniera reclamación o protesta del marido, notificado de antemano al público o especialmente al que contratase con ella (6).

Y actualmente, en que hay separación de bienes y posterior acumulación y repartición de gananciales, ninguno de los cónyuges se grava con las obligaciones del otro; sólo que marido y mujer responden solidariamente de las deudas causadas por contratos conducentes a "satisfacer las ordinarias necesidades domésticas o de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes" (7).

Y así, parándose la consideración en lo arriba declarado, sobre que en las relaciones contractuales con terceros los amancebados se miran como cónyuges en cuanto ellos vivan juntos aparentando matrimonio o en tanto que el concubinario haya presentado a la manceba como su mujer a la persona con quien ésta llega a contratar, se concluye:

I. En el régimen del Código, el varón era responsable no sólo de las obligaciones contraídas por la amasia con autorización expresa del mismo, sino también de las que tomara ésta en los casos en que se presumía la autorización del marido; mas también la querida lo era en cuanto se probase que el contrato había cedido en utilidad personal de ella (8).

II. Y en el régimen de la Ley 28 de 1932, son responsables ambos

48 (3). C. C., Arts. 191, inc. 2º; 1806, inc. 1º. Por lo que hace a la responsabilidad de la mujer, v. nota (8), *infra*.

(4). C. C., Art. 192, inc. 2º.

(5). C. C., Art. 192, inc. 3º.

(6). C. C., Art. 195. La presunción legal no se extendía a la mujer comerciante (C. de Cº. T., Art. 12).

(7). Ley 28 de 1932, Art. 2º.

(8) C. C., Arts. 1.806, inc. 2º, y 1.807, inc. 1º.

abarraganados, solidariamente, de las obligaciones asumidas por alguno de ellos para satisfacer las ordinarias necesidades domésticas (9) o de crianza, educación o establecimiento de los hijos comunes (10).

§ IV. CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE AMANCEBADOS A TITULO ONEROSO Y GESTION DE NEGOCIOS DE UNO DE ELLOS POR EL OTRO

INTRODUCCION

Aplicación de los principios generales

49 No puede negarse la eficacia de los contratos celebrados entre concubinario y barragana a título oneroso, como no sean los referentes al establecimiento o continuación del concubinato (1): si bien el pacto sobre barraganía es ilícito, el estado mismo de amancebamiento no se halla en estas circunstancias (2) ni produce incapacidad de los amantes ni de alguno de ellos, aun cuando haya adulterio de por medio (3); y, acordado entre personas libres para contratar, y no habiendo ni dolo ni violencia, el contrato oneroso en que los amancebados consientan se rige por los principios generales sobre efectos de los pactos onerosos. En el particular están conformes doctrina y jurisprudencia universales (4). Y es de agregar que el concubinato no impide que se rescinda

48 (9). Puede ser el concubinario quien compre ultramarinos al fiado en la tienda de mercader.

(10). Con relación a los gastos de educación o establecimiento de los hijos, cabe notar que a la mujer casada no incumbe emprender en las negociaciones correspondientes, ya que éstas son propias del ejercicio de la patria potestad; por manera que si la barragana matricula al niño en el colegio, no obliga al concubinario, ni aun cuando ellos vivan juntos aparentando matrimonio.

49 (1). En cuanto al *pretium stupri*, v. n. 65.

(2). V. n. 17.

(3). Respecto al concubinato adulterino, V. Aix 28 dic. 1933: D.1.935, 2, 41; Demogue, *Rev. Trim.* 1934, J., p. 397. Siendo casada la concubina, el motivo de anulación no será otro que el de la incapacidad que a la coima haya traído el matrimonio (entre nosotros antes la Ley 28 de 1932).

(4). V. Planiol & Ripert, t. II, Nº 76.

por causa de lesión enorme contrato celebrado entre concubinario y amasia, en cuanto el contrato sea rescindible por ese motivo entre personas que no vivan juntas.

El asunto sobre que más se ha discutido

50 El haber ayudado la querida al amante de alguna manera es lo que ha dado ocasión a más litigios entre quienes venían amancebados, y las decisiones más importantes sobre el asunto han sido: en Francia, la sentencia dictada por la Corte de Aix a 28 de diciembre de 1933 (1); y en Colombia, la pronunciada por la Sala de Casación Civil el 30 de noviembre de 1935 (2), en la cual, haciéndose referencia a la primera, se acogen conceptos en esotra emitidos.

Conviene examinarlas por separado.

A) LA SENTENCIA DE LA CORTE DE AIX

Doctrina que en ella se consigna

51 Siéntase en esta decisión que la colaboración de uno de los amancebados en los negocios del otro da lugar a sociedad de hecho y que esa colaboración basta para conferir la acción *de in rem verso* al amante que haya prestado ayuda eficaz al otro en sus empresas (1).

La contradicción

52 Mas ello envuelve contradicción flagrante: desde luego que se afirma la existencia de la sociedad de hecho cuyos efectos allí se reconocen, mal puede admitirse que "la colaboración de uno de los amancebados en los negocios del otro", que es lo determinante de aquella según el

50 (1). D. 1.935, 2, 41, nota de Nast, citado en n. 13, nota (3).

(2). G. J. Nos. 1.901 y 1.902; J. C. t. V, vol. II, p. 535, también citado en n. 13, nota (3).

51 (1). Allí se dice, con efecto: "...considerando, en lo concerniente a la sociedad de hecho que puede haber existido entre amancebados y a la acción *de in rem verso*, que la colaboración de uno de ellos en los negocios del otro basta para conferirle derechos en lo tocante con la adquisición de bienes consiguientes a ella... confirma el fallo apelado en cuanto hace relación a la posibilidad de que entre abarraganados haya habido sociedad de hecho y al ser admisible la acción *de in rem verso*... y decide, en consecuencia, que a la señora de Grandis incumbe pro-

fallo, abra también el camino a la acción *de in rem verso*, como que la última no es para cuando haya acción contractual.

Sobre lo cual escribe Nast:

"En la declaración de que la acción *de in rem verso* es procedente hay error manifiesto. La *de in rem verso* es, con efecto, acción subsidiaria a que no ha lugar sino a falta de otra acción: habiendo evistido sociedad de hecho, la acción propia de la barragana es la acción *pro socio*, y ésta excluye la de enriquecimiento sin causa. De otro lado: la acción *de in rem verso* conduciría a que la amasia obtuviera indemnización equivalente al provecho procurado; mientras que la otra se encaminaría a la repartición de los bienes comunes y de las ganancias obtenidas. No es, pues, indiferente para la concubina que su acción sea la del socio o la *de in rem verso*; y habiendo invocado la demandante en su demanda la existencia de una sociedad de hecho, erró la Corte de Aix al decir que ella tenía promovida igualmente la *de in rem verso*; por lo cual, reconociéndole derecho en los bienes adquiridos a consecuencia de su colaboración, le reconoció acción que no provenía, como queda expuesto, de simple enriquecimiento sin causa" (1).

Y cualquiera que sea la naturaleza de la acción *de in rem verso*, no cabe duda en que esta acción no es para cuando se haya celebrado contrato válido y firme, no obstante que la jurisprudencia francesa ha variado en cuanto a si la acción *de in rem verso* es supletoria o no, y aunque todavía los autores discuten el punto. Primeramente reputó la Corte francesa de Casación (2) que derivándose esta acción de un principio de equidad y no viniendo ella regulada legislativamente, no podía estar sujeta a condición determinada alguna; mas según jurisprudencia posterior de esa Corte, que ha sido inspirada por Aubry & Rau (3), aquella acción no existe sino en cuanto el empobrecido no tenga contra el enriquecido alguna proveniente de contrato, cuasicontrato, de-

bar los hechos siguientes: 1º Que ella vivió amancebada con el señor Pozzi de 1910 a 1927. 2º Que entretanto ella prestó servicios en la explotación de varias empresas colaborando con su amante en pie de igualdad y sin recibir de éste remuneración alguna. 3º Que, habiendo sido fructuosa, esta colaboración trajo economías importantes para ambas partes..."

52 (1). Nast, comentario a la sentencia que se considera, citado en n. 13, nota (3).

(2). *Cass. Civ.* 15 junio 1892: S. 1893, 1, 281; D. 1892, 1, 596.

(3). Aubry & Rau, t. IX, § 578

lito o culpa (4). Sostienen la segunda de esas tesis Rouast (5), Planiol & Ripert (colaboración de Paul Esmein, Radouant y Gabolde) (6) y Josserand (7); y la combaten Renard (8), Colin & Capitant (9) y Capitant (10). Aducen los últimos que de un mismo hecho pueden resultar varias acciones; mas a ello se contesta que la acción *de in rem verso*, dados los motivos fundamentales de esta acción y la naturaleza de la misma, no puede concebirse en cuanto del empobrecimiento se desprenda alguna contrapartida. Y sea como fuere, en materia contractual no cabe duda: si contrato válido y firme ha producido enriquecimiento de uno de los contratantes, el fenómeno del enriquecimiento sin causa no ha podido efectuarse, como que ese enriquecimiento ha tenido por causa el contrato; y, de tal manera, al empobrecido no se presentan varias vías para escoger: su acción es apenas la que surja del contrato, y hablar de que un mismo hecho o serie de actos produce la acción *pro socio* y la *de in rem verso* es caer en contradicción tal, que es notoria aun a primera vista.

Hay más todavía: ninguna de las aserciones hechas en la contradictoria proposición que vengo comentando es exacta, como voy a demostrarlo en lo que sigue.

Lo de la *VERSIO IN REM*

53 Examinando el fallo de la Corte de Aix, pregunta Demogue si ha habido enriquecimiento injusto cuando la actividad de la manceba ha contribuido al enriquecimiento del concubinario, y el mismo responde: "en este caso, propiamente hablando, ella no se ha empobrecido suministrando su trabajo al varón", y agrega: "en caso parecido, no tiene la acción *de in rem verso* la mujer casada pero separada de bienes, que no habrá hecho sino cumplir con deber; y no es dado poner a la con-

52 (4). *Cass. Civ.* 12 mayo 1914: S. 1918 y 1919, 1, 41. *Cass. Civ.* 2 marzo 1915. D. 1920, 1, 102.

(5). *L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile*, *Rev. Trim.* 1922. página 35.

(6). Planiol & Ripert, t. VII, N° 763.

(7). Josserand, t. II, N° 574.

(8). Renard, *Etude sur les conditions de l'application de l'enrichissement sans cause dans le droit français moderne*, *Rev. Trim.* 1920, p. 243.

(9). Colin & Capitant, t. II, N° 240.

(10). Capitant, *Les grands arrêts*, N° 108.

cubina adulterina en situación mejor que la en que se halla la primera" (1).

No creo decisivo lo último: puesto que el cónyuge que ayuda al otro no hace con ello sino cumplir con deber que tiene a su cargo (2), ese cónyuge no puede exigir compensación de los servicios que haya prestado al segundo con su actividad; mas no ocurre lo propio entre amancebados, ya que, estando fuera del Derecho, la barraganería no produce obligación de asistencia, por lo cual en ocasiones se ha reconocido la acción del asalariado a la concubina que ha servido al amante en algún negocio (3).

Pero, dado que a la existencia de la acción *de in rem verso* es indispensable, a más de ciertas otras condiciones, que para una de las partes haya habido enriquecimiento sin causa ni contrapartida y para la otra empobrecimiento, resulta fundado, como siente Demogue, el carecer de ella la amasia que ha ayudado al enriquecimiento del concubinario con su actividad personal; porque en este caso falta la condición del empobrecimiento. Que el servir personalmente no lo trae es más claro en el Derecho Colombiano que en el Derecho Francés, por cuanto en el primero la agencia oficiosa no produce jamás obligación de remunerar al gerente, como en el inciso 3° del artículo 2.308 del Código Civil se estatuye (4).

Por manera que del enriquecimiento producido por uno de los amancebados al otro mediante actividad realizada sin el asentimiento del segundo, no surge la acción *de in rem verso* en favor del primero; ya que éste no se ha empobrecido con el hecho de prestarla.

54 Y es de observar que tal gestión —por no ser ella efecto de contrato expreso o tácito, sino oficiosa— tampoco produce la acción propia del asalariado ni la del mandatario a que se le remunere el servicio.

De los contratos entre el concubinario y la querida pasa a tratarse.

53 (1). Demogue, *Rev. Trim.* 1934, J., p. 397.

(2). C. C., Arts. 113 (C. Ch., Art. 102) y 176 (C. Ch., Art. 131).

(3). V. n. 55, notas (4) y (9), *infra*.

(4). Aunque es principio del Derecho francés el de la gratuidad de la gestión de negocios ajenos, en ocasiones se han reconocido honorarios a profesionales (Bordeaux 29 nov. 1895: S. 96, 2, 165; D. 96, 2, 103. *Req.* 10 en. 1910: S. 1912, 1, 158). Entre nosotros, sería ello contrario al texto indicado arriba: (C. Ch., Art. 2, 299).

55 El concepto de que la colaboración de los amancebados en un mismo negocio da lugar a sociedad de hecho fue rechazado primitivamente (1); mas acabó por admitirse la posibilidad de que la hubiese habido (2), y como advierte Nast, los tribunales franceses reconocen, por lo general, la acción *pro socio*, "cuando se comprueba que realmente ha existido sociedad de hecho entre los amancebados, y especialmente cuando, como acontece a menudo, los amantes han explotado en común hacienda, comercio o industria" (3).

Y a la verdad no podría rechazarse la acción *pro socio*, comprobada la sociedad de hecho entre el concubinario y la amasia; pero tampoco hay razón para reducir a un solo tipo ni a varios tipos cuantos contratos se hayan celebrado entre amancebados y que no sean el de donación, ni para afirmar con la Corte de Aix que la colaboración de uno de ellos en los negocios del otro determina siempre la formación de compañía de hecho, como vamos a ver.

Aunque en ciertos medios el contrato más frecuente entre amancebados viene a ser el de donación, de que trato aparte, a menudo se acuerda contrato de trabajo (*locatio operarum*) entre concubinario y manceba (4). El mandato entre amancebados no es raro; se habrá visto el caso de que el hombre se encargue de proveer de licores a la querida para que ésta los venda en su propia taberna, o que le consiga los músicos para el restaurante; y aun sin comunidad de habitación, el concubinato es propicio a que los amancebados se hagan comodatos y mutuos recíprocamente, y, habiéndola, a que lleven ellos a cabo compañías civiles, cuentas en participación, etc. Y así, los contratos entre amancebados pueden ser tan complejos como los que celebren entre sí personas que jamás se hayan visto.

El mero comprar cosa mueble con los fondos en que consistan las economías realizadas por ambos amancebados, que los destinen al efecto, da nacimiento a comunidad, o bien a contrato social con respecto al

55 (1). Rennes, 19 dic. 1833: S. 52, 2, 210, nota 1. París 19 agosto 1851: S. 52, 2, 209; D. 54, 2, 84. Bordeaux, 19 mayo 1868: D. 68, 2, 222.

(2). París 13 junio 1872: S. 74, 2, 37; D. 73, 2, 169. V. *Req.* 11 nov. 1907. D. 1908, 1, 63.

(3). Nast *ibidem*.

(4). V. Rennes, 19 dic. 1833: S. 52, 2, 210, nota 1. V. *Req.* 17 mayo 1870, D. 70, 1, 52.

aporte de cada uno, según las circunstancias; pero si el varón ha dejado su dinero o parte de éste en manos de la barragana a título de préstamo, y no se ha propuesto sino ayudarla a realizar la compra de contado, el fenómeno es el de mutuo, y la cosa pertenece enteramente a la mujer compradora, sin carga distinta de la de restituir el dinero y los intereses correspondientes; y si, en el propio ejemplo de compra con fondos pertenecientes a los dos amantes, se ha convenido en que uno de ellos, contrate en su propio nombre con el vendedor y que la compra sea para ambos, ocurre el fenómeno del mandato, a que se refiere el artículo 2.177 (C. Ch., Art. 2.151). Si lo acordado es que uno de los amancebados ponga industria y el otro los productos del arrendamiento de casa determinada o la facultad de ocuparla para empresa no mercantil (sin dar el usufructo de ella), se forma sociedad regular en tanto que las partes se propongan repartirse las utilidades entre sí; mas otra cosa es que el concubinario amueble la pensión que explote la manceba o que ésta permita que el primero le establezca oficina, tienda o muestrario en alguno de los cuartos de la casa.

Ahora bien: pues toda sociedad universal está prohibida, y como de cada contrato válidamente celebrado se originan las acciones propias del mismo, hay que ver, en cada caso, de qué se trata, con relación a cada punto que entre los amancebados o antiguos abarraganados se discuta.

La dificultad para el demandante estará en la prueba de lo pactado en cada ocasión; mas en esta materia no cabe sino atender a las reglas generales, que echan sobre el actor o excepcionante la carga de la prueba de los hechos positivos y de los negativos que no sean negaciones indefinidas, y que llevan a obrar con prudencia en los negocios ordinarios. Sería errónea otra conclusión, porque el amancebamiento no produce ni constituye estado jurídico, y porque no hay solución única para todos los contratos que dos sujetos hayan celebrado entre sí en una misma ocasión, y menos para los que ellos hayan acordado en ocasiones sucesivas. Según esto, y dada la presunción de que el poseedor es dueño, el juzgador no puede afirmar en caso alguno que no ha podido averiguar a cuál de los dos amancebados pertenece la cosa cuyo dominio se litiga; que si bien cuando ellos han vivido juntos, los dos comprobarán posesión de algunos de los muebles con que estaba dotada la casa, habrá de reconocerse comunidad de ambos en cada uno de ellos (5).

55 (5). Resulta, pues, disparatada la manifestación hecha por la Corte del Sena en sentencia de 26 de abril de 1934, que Demogue critica, sobre que el mero ha-

Ni la prueba de que uno de los amancebados ha trabajado para alguna empresa del otro lleva en sí la de que entre los dos haya habido sociedad regular o de hecho —circunstancia indispensable para que proceda la acción *pro socio* en favor del que ha prestado los servicios—, ni aun tratándose de colaboración permanente (6); porque esta colaboración bien puede ser o haber sido a título de prestación gratuita de servicios, o a virtud de contrato de trabajo (7) o por agencia oficiosa (8). Pero el asunto es de otro modo si dos amancebados han fundado empresa común (9): en este caso no podría negarse que los aman-

berse utilizado el moblaje personal de mujer, que pasó ocho años en concubinato, había producido sociedad de hecho (V. Demogue, *Rev. Trim.* 1934, J., p. 629). 55 (6) Acerca de la colaboración transitoria, observa Demogue: "Siendo por ejemplo, relojero el varón y viviendo la manceba entregada a los oficios ordinarios de la casa, el cuidar ésta la relojería en ocasiones por ausencia del concubinario no pone a los amancebados en condición de socios" (Demogue, *Rev. Trim.* 1926, J., p. 170). Agrégase ahí: "la doctrina ha dado esta solución (Hemard, *Nullité des sociétés*, p. 196). V. también Seine 3 mayo 1922, *Gaz. Trib.* 1923, 2, 129".

(7). V. notas (4), *supra* y (9), *infra*.

(8). De la dactilógrafa que no viva con el concubinario pero que sirva en la oficina de este impúdico sacando en limpio las cartas que se le dicten, no se dirá que ha colaborado en las empresas del último en calidad de socio; ni reputará nadie como tal a la mujer que desempeñe el oficio de enfermera en el consultorio del médico abarraganado con ella, y menos a la que, siendo concubina del mismo, le sirva de portera en la sala de espera; ni habrá quien deduzca la existencia de compañía entre la querida y el amante del solo hecho de que la primera haya intrigado para que no quiten el puesto al segundo o para que se le otorgue o se le prórrogué concesión administrativa: en cada uno de los tres primeros casos, habrá contrato de trabajo, por ser lo corriente que la dactilógrafa, la enfermera y la portera ganen salarios, a menos que aparezca inequívocamente que la prestación de servicios ha sido gratuita o en ejecución de otro convenio que excluya la existencia del mismo; y en los otros dos eventos, habrá mandato o agencia oficiosa.

(9). Fíjase la doctrina en fallo dictado el 20 de octubre de 1925 por la Corte de Nimes, de que Demogue transcribe: "Para que haya sociedad de hecho entre amancebados poco importa que ellos vivan juntos y que el público los reputé casados, pues lo esencial para ello es que los amancebados tengan la condición de socios recíprocos; lo cual sucede cuando ambos hayan aportado su actividad y sus aptitudes a negocio común, v. g., fundando y explotando un comercio" (Demogue, *ibidem*). Adviértese en este mismo comentario: "Esa tesis guarda armonía con las decisiones en que se ha tratado como empleada a la concubina que ha trabajado para el amante (París 11 feb. 1911, *Gaz. Pal.* 1911, 2, 131). Puede pues observarse que para la sociedad se requiere que los amancebados ha-

cebados tenían el ánimo de asociarse mutuamente (10).

De la propia manera: en el supuesto de que los amancebados hayan acordado poner en común cada mes cantidad determinada "para subvenir a los gastos del seudomatrimonio" —es decir, para realizar cada uno de ellos economías, o para lograr ambos mejor vida material sería evidente el propósito de asociación, ya que no faltaría ni siquiera la finalidad de que se operase repartición de beneficios apreciables en dinero, indispensable para que el contrato de sociedad se perfeccione (11). En tal suposición este propósito existiría, constituyendo ganancia común la disminución de los gastos comunes; sólo que si no fuese a término fijo, el contrato social, independiente del concubinato propiamente dicho, se entendería celebrado "por toda la vida de los asociados, salvo el derecho de renuncia (12). Y en la propia suposición tendríamos que el uno gozaría de la acción *pro socio* contra el otro en cuanto el último no le hubiese notificado su renuncia; la que —sobraría notarlo— jamás podría ser intempestiva ni de mala fe. Esto último no sería por haber concubinato sino por no realizarse hecho de los indicados en los artículos 2.137 y 2.138 del Código Civil (13).

56 De suerte que acepto, pero con las restricciones que lo anterior comporta, las conclusiones a que llega Nast en la nota precitada:

"Ya que no puede haber solución única para todos los casos que se presentan a diario, todo es asunto de hecho, y depende cada solución de la intención de los amantes; la que se inferirá a veces de la conducta de cada uno de los amancebados para con el otro. Cuando ambos amantes han explotado un establecimiento industrial o comercial o un fundo rural, se dirá, según las circunstancias, que entre los dos existió

yan colaborado en un mismo comercio en pie de igualdad". V. las citas de la nota (4), *supra*.

(10). Será en veces necesario determinar si es que ambos amancebados han fundado la empresa o que lo ha hecho uno de ellos con la ayuda o colaboración del otro. Queda visto, por otra parte, que en este último evento ha de fijarse, en atención a lo que se infiera de cómo se han conducido los amancebados normalmente y de las otras circunstancias que se presenten, si tal ayuda ha sido gratuita o a consecuencia de contrato de trabajo, que puede ser expreso o tácito.

(11). C. C., Art. 2.081; C. Ch., Art. 2.055.

(12). C. C., Art. 2.091; C. Ch., Art. 2.065.

(13). C. Ch., Arts. 2.111 y 2.112, respectivamente.

asociación en participación o sociedad colectiva de hecho (1); y, por el contrario, cuando sea que uno ha colaborado en la explotación gerenciada por el otro, que no hubo sociedad, sino prestación de servicios sujeta a remuneración. Habiendo los amantes vivido bajo un mismo techo, sus bienes muebles e inmuebles se mirarán, en principio, como propiedades separadas, como se hace con respecto a los cónyuges separados de bienes o a dos amigos que viven juntos; pero podrán considerarse como indivisos de los amancebados, sujetos a partición, cuantos bienes hayan adquirido ellos conjuntamente o con sus economías comunes y aquellos de que no se haya podido averiguar a cuál de los dos pertenecen”.

B) LA SENTENCIA DE LA SALA DE CASACION DE LA CORTE COLOMBIANA

El reconocimiento de la sociedad de hecho

57 El caso del pleito llevado a la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, a que atrás me refiero, es el de sociedad *de facto*, sobre la base de la exactitud de los hechos que en el resumen de la sentencia se exponen; a saber:

“Sofía Portocarrero v. de Luque aportó su trabajo al “Club Tumaco”, en compañía de Alejandro Valencia Arango, que aportó la empresa y su industria. En ese Club trabajaba la señora Portocarrero en calidad de compañera de Valencia, obtenía créditos para el Club que se cargaban a Valencia, quedaba al frente del negocio cuando éste se ausentaba, y cooperaba con él en el desarrollo de los negocios. Pasado algún tiempo de vivir con Valencia en esa forma, le demandó para que se declarase que entre ella y él había existido una sociedad de hecho en los negocios del “Club Tumaco”, y sobre otros puntos”.

Porque el objeto de la sociedad era comercial, porque el contrato social no se había hecho con las formalidades prescritas para las compañías mercantiles y porque, si lo tocante con la cuota de cada uno de los socios en los beneficios no estaba en claro, no por ello dejaba de haber principio de sociedad, sino que tocaba al juez determinar cómo debían ser las utilidades repartidas, según el artículo 2.095 del Código Civil (1). El punto de hecho por fijar había sido el de la realidad de los aportes; mas en el particular no podía intervenir la Sala de Casación, dado el principio de que el tribunal de instancia es soberano en

56 (1). V. n. 55, notas (9) y (10).

57 (1). C. Ch., Art. 2.069.

cuanto a la apreciación de las pruebas. Entre éstas se hallaban las de hechos más o menos concluyentes, y la Corte no podía rechazar la conclusión del Tribunal en esta materia.

58 Pero la Corte, que podía y hasta debía fundar el fallo no infirmativo de la sentencia de segunda instancia en la apreciación efectuada por el Tribunal sobre haber existido la sociedad de hecho reconocida por éste, resolvió manifestar públicamente que sus miembros conocían la jurisprudencia francesa en punto de que los negocios entre amancebados eran susceptibles de crear sociedades de hecho. En el particular no había cosa nueva (1); mas sucedió que uno de los Magistrados, a la sazón muy joven, acababa de pasar no más de seis meses en París; donde, sin proveerse de toda la colección del *Dalloz Periodique*, se hizo, de los muchos tomos de esta publicación, a los números correspondientes al año de 1934 y acaso a los de los primeros meses de 1935 (2).

Las tesis de la Corte

59 Léese en la parte considerativa del fallo de la Corte:

“Que el Tribunal haya reconocido la existencia de esa sociedad y haya decretado su liquidación, a pesar de no haberse probado el consentimiento expreso y mutuo de que habla el recurrente, no implica, según lo que acaba de explicarse, violación de los artículos 2.079, 2.083, 2.094 y 2.095 del C. C. y 475 del C. de Co., puesto que, como se ha visto, hay sociedades creadas de hecho o por los hechos que tienen su origen en la colaboración de varias personas en una misma explotación y en las cuales el consentimiento es o puede ser tácito y se deduce del conjunto o la serie coordinada de operaciones efectuadas en común por esas personas”.

A que he de objetar la expresión, que la Corte acepta con descuido resultante de querer ella echarla de modernista, de que hay “sociedades creadas por los hechos”: sin consentimiento no se crea convención; y sin convención de quienes se asocian, ya se trate de sociedad regular o ya se haga sociedad de hecho, no se establece compañía ni prin-

58 (1). V. Laurent, t. 26, N° 450; Planiol & Ripert, t. II, N° 76.

(2). De ahí que, habiéndose dado vuelco al órgano de publicidad de los fallos de la Corte, fuera sacada a luz la “Sentencia de la Corte de Apelación de Aix” en el número 1.898 de la Gaceta Judicial, cuya data fue a 15 de febrero de 1936.

cipio de sociedad, por cuanto en esta hipótesis falta la voluntad de alguna de las partes o de todas ellas en cuanto a que las utilidades hayan de ser repartidas en alguna forma, circunstancia indispensable para que haya asociación (1).

Claro está que “la colaboración de un concubino (uno de los amanecidos?) en los negocios del otro es susceptible de hacer nacer una sociedad de hecho”, como esa colaboración puede ser resultante de contrato de trabajo, esencialmente remunerado, y como la que preste la mujer puede ser gratuita porque ésta sienta que debe corresponder en alguna forma a los servicios personales que el otro le haya prestado (n. 55). Así, de aquella premisa no se sigue la conclusión de que hay sociedades creadas por los hechos, si entre los hechos no se cuenta la intención, expresa o tácita, de que las utilidades se repartan entre personas que lo pacten (2): la Corte misma lo reconoce en cuanto habla de que el consentimiento de los socios “es o puede ser tácito” y de que en ciertas circunstancias la realidad de éste “se deduce del conjunto o la serie coordinada de operaciones efectuadas en común por esas personas”. Si las pruebas de tal conjunto o serie coordinada de operaciones constituyen plena prueba indiciaria de la intención de las partes, con ello basta para juzgar que ha habido sociedad civil o sociedad de hecho, según el caso. La expresión viciosa, empleada por la Corte, puede ocasionar confusiones.

60 La Corte misma declara que sin consentimiento no se forma sociedad regular ni de hecho con las palabras que traslado:

“De las circunstancias de hecho se induce el consentimiento, que puede ser tácito o implícito.

“Se presumirá ese consentimiento; se inducirá de los hechos el contrato implícito de sociedad, y se deberá, en consecuencia, admitir o reconocer la sociedad creada de hecho, cuando la aludida colaboración de varias personas en una misma explotación reúna las siguientes condiciones:

“1º Que se trate de una serie coordinada de hechos de explotación común;

59 (1). C. C., Art. 2.081; C. Ch., Art. 2.055.

(2). Como expresa Hamel, la “*affectio societatis*”, sin la cual no se forma compañía, consiste en “la voluntad de unión”, en la de “participar directamente en los riesgos de la empresa” (Hamel, p. 492).

“2º Que se ejerza una acción paralela y simultánea entre los presuntos asociados, tendiente a la consecución de beneficios;

“3º Que la colaboración entre ellos se desarrolle en un pie de igualdad, es decir, que no haya estado uno de ellos, con respecto al otro u otros, en un estado de dependencia proveniente de un contrato de arrendamiento de servicios, de un mandato o de cualquiera otra convención por razón de la cual uno de los colaboradores reciba salario o sueldo y esté excluido de una participación activa en la dirección, en el control y en la supervigilancia de la empresa;

“4º Que no se trate de un estado de simple indivisión, de tenencia, guarda, conservación o vigilancia de bienes comunes, sino de verdaderas actividades encaminadas a obtener beneficios”.

Todo lo cual está muy bien; pero sólo en lo referente a colaboración continuada con servicios personales. Si la colaboración ha sido pecuniaria, o si ésta ha consistido en servicios de ejecución no continuativa, mal cabe exigir lo que en el ordinal 3º se indica.

Y también es de observar con relación a lo últimamente transcrito:

a) La intención de pactarse compañía de hecho podrá inferirse alguna vez sin “una serie coordinada de hechos de explotación común”, bastando con que se halle demostrado que se han efectuado aportes. No impide esto que la prueba de los aportes consista en la demostración de varios hechos.

b) Más importante que la “explotación común” resultarán en veces los actos iniciales del funcionamiento de la sociedad de hecho, desde el punto de vista probatorio: la explotación puede haber estado a cargo de uno de los socios, y no de ambos; y si lo acordado es fundar compañía, y si en el mismo día del convenio acontece la muerte de uno de los socios, la sociedad ha existido, y la explotación no ha comenzado. En este caso, las pérdidas, consistentes en el monto de los gastos hechos, corren a cargo de la sociedad.

c) Lo del ordinal 1º está comprendido en lo expresado en el ordinal 2º.

d) Y sería mejor que la Corte se hubiera limitado a sentar la doctrina de que el consentimiento “puede ser tácito o implícito”.

61 Por último: parece que la Corte, nada cuidadosa en la elección de los términos, llama “sociedad de hecho” a fenómeno distinto de éste y que esa misma entidad atribuye efectos jurídicos *inter partes* a la sociedad nula por ilicitud de su objeto.

Reza dicho fallo, con efecto:

“Las sociedades de hecho se dividen en dos clases, así:

“Primera. Las que se forman por 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.

“Segunda. Las que se originan en (de?) la colaboración de dos o más personas en una misma explotación y resultan de un conjunto o de una serie coordinada de operaciones que efectúan en común esas personas y de las cuales se induce un consentimiento implícito.

“.....”

Por donde se observa que, no obstante acertar en ciertas apreciaciones, la Corte, que da la denominación de “sociedad de hecho” a la nula por ilicitud del objeto (primera clase), deja de advertir que en ésta no cabe que se liquiden las operaciones anteriores, y antes sugiere lo contrario, mostrando no fijarse en el artículo 2.083 del Código Civil (1), y, sobre todo, que dicha entidad aplica ese mismo nombre a la sociedad civil debidamente constituida (segunda clase).

C) RESUMEN

Las situaciones patrimoniales de los amancebados se rigen por los principios generales

62 Háse visto por lo anterior que dependiendo las situaciones patrimoniales de la voluntad que hayan tenido los amancebados al tiempo de contratar o de que alguna vez haya habido agencia oficiosa, ya que el concubinato mismo no crea relaciones en lo atañadero a los bienes de ellos, no hay solución única para todos los negocios que entre concubinario y barragana lleguen a celebrarse a título oneroso ni para los estados resultantes de ayudar uno de ellos al otro oficiosa o contractualmente, ora haciéndole suministros en dinero o en especie, ora prestándole servicios que le traigan beneficio económico; tal como antes de entrar en observancia la Ley 28 de 1932 no la había para contratos onerosos llevados a cabo entre cónyuges totalmente separados de bienes, y tal como no la hay en lo atinente a cónyuges divorciados.

Según esto, hay que ver en cada caso particular de qué se trata,

61 (1) C. Ch., Art. 2.057.

y sacar las consecuencias. De forma que las preguntas formuladas en el número 9 quedan contestadas así:

1ª En el evento de que la manceba haya suministrado fondos para que sea el concubinario quien siembre en el terreno del último, hay mutuo; pero si ambos han contribuido a la siembra (uno con el terreno y la otra con las semillas y jornales, o ambos con parte de las semillas y jornales), existe sociedad civil en lo referente a ella, y los beneficios y pérdidas serán a prorrata de los aportes, fijándose el valor de la utilización del terreno (1).

2ª Si establecimiento comercial ha sido fundado por concubinario y manceba sin llenarse las formalidades a que la formación de sociedad comercial está sujeta, el fenómeno es el de sociedad de hecho; pero si el concubinario y la manceba han administrado el perteneciente a uno de ellos, o si lo ha manejado el otro, hay o sociedad de hecho con aportes de capital e industria, o contrato de trabajo, o bien prestación gratuita de servicios, según se infiera de las circunstancias. Y si la sociedad concierne al ejercicio de la rufianería, el contrato social es nulo, y no cabe distribuir utilidades (2).

Importancia de conocerse cómo se han conducido los amancebados entre sí

63 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 acerca de la intención que ellos hayan tenido al tiempo de emprender en el negocio cuya naturaleza y cuyos efectos van a ser determinados.

62 (1). C. C., Art. 2.094.

(2). C. C., Art. 2.083, inc. 2ª; C. Ch., Art. 2.057, inc. 2ª.

Nociones generales

64 El amancebamiento no produce incapacidad particular para recibir ni para disponer a título gratuito; y de tal manera, por regla general valen cualesquiera donaciones entre vivos que el concubinario haya hecho a la querida, o ésta al primero con las formalidades legales (1). En Colombia, el contrato de donación entre vivos no es solemne sino en cuanto se dona inmueble (2) y, cualesquiera que sean los bienes prometidos, en punto de donaciones de futuro (3); pero la donación entre vivos se halla sujeta a insinuación, o autorización judicial para llevarla a cabo, en cuanto lo donado valga más de \$ 2.000 (4) y la efectuada sin ella no vale sino hasta esa cantidad (5), aunque sea remuneratoria de servicios específicos (6). En Francia, el contrato de donación es solemne, supuesto que no puede ser otorgado sino por acto notarial y además, en punto de muebles, mediante escrito en que los bienes donados se indican y valoran (7). El motivo de que se exija la insinuación entre nosotros, como el de las formalidades propias del Derecho francés, no es otro que el de facilitar que el donante reflexione.

64 (1). C. C., Art. 1.444; C. Ch., Art. 1.387. Recuérdese por lo que hace al Derecho Francés, que el proyecto primitivo del que se transmutó en el Código de Napoleón contenía el texto siguiente, conforme con la tradición legislativa pero que fue suprimido por la sección de Legislación del Consejo de Estado: "*Ceux qui ont vécu ensemble dans un concubinage notoire sont respectivement incapables de se donner*".

(2). C. C., Art. 1.457; C. Ch., Art. 1.400.

(3). C. C., Art. 1.460, C. Ch., Art. 1.403. Además se reputan gratuitas las donaciones cuya causa onerosa no se expresa en escritura pública (C. C., Art. 1.461, C. Ch., Art. 1.404).

(4). C. C., Art. 1.459: "Cuando lo que se dona es el derecho de percibir una cantidad periódica, será necesaria la insinuación siempre que la suma de las cantidades que han de percibirse en un decenio excediere de dos mil pesos" (V. C. Ch., Art. 1.402).

(5). C. C., Art. 1.458; C. Ch., Art. 1.401.

(6). C. C., Art. 1.491; C. Ch., Art. 1.434.

(7). C. F., Arts. 931 y 948. En cuanto a las excepciones creadas por la jurisprudencia, V. Planiol & Ripert, t. V, Nos. 377 y sigs.

65 La jurisprudencia francesa admite que las promesas hechas por el concubinario para reparar el daño causado con la seducción valen (1) y, hallando que en principio el concubinato no produce incapacidad para recibir ni para disponer a título gratuito (2), declara invariablemente, movida o no por falsa concepción sobre el influjo de la causa en las donaciones entre vivos, que la efectuada con el propósito de establecer el concubinato o de mantenerlo es nula (3); y a esta conclusión evidente se llega mirando al fondo del asunto: puesto que se trata del *pretium stupri*, no hay contrato de donación propiamente dicho, sino convenio ilícito, en la promesa o regalo que se hace y acepta a cambio del establecimiento del concubinato o para continuar en ese estado (4).

66 Pero se pregunta si alguna vez las donaciones entre quienes han

65 (1). *Cass. Civ.* 26 jul. 1864: S. 65, 1, 33. Grenoble 23 enero 1864: S. 64, 2, 222.

(2). *Req.* 1º agosto 1827: S. 28, 1, 49. *Req.* 25 enero 1842: S. 42, 1, 687. *Cass. Civ.* 10 agosto 1885: S. 1888, 1, 470. *Cass. Civ.* 11 marzo 1918: D. 1918, 1, 100. *Req.* 8 junio 1926: S. 1931, 2, 45. *Req.* 21 junio 1926: S. 1926, 1, 194. Nimes 29 Thermidor año XII: S. 4, 2, 543. Turín 7 junio 1809: S. 10, 2, 46. Pau 20 marzo 1822: S. 22, 2, 223. Grenoble 15 jun. 1822: S. 25, 2, 136. Montpellier 23 marzo 1824: S. 25, 2, 273. París 17 julio 1826: S. 29, 2, 104. Montpellier 13 feb. 1829: S. 30, 2, 13. Lyon 25 marzo 1835: S. 35, 2, 241. Toulouse 28 abril 1880: S. 1882, 2, 222. Montpellier 23 feb. 1885: S. 1887, 1, 361. *Contra Req.* 2 julio 1866: S. 66, 1, 356. *Contra* Besancon 19 marzo 1862 (nulidad promesa hecha al fin del concubinato): D. 62, 2, 58. *Contra* Alger 23 dic. 1895: D. 97, 2, 453.

(3). *Req.* 2 feb. 1853: S. 53, 1, 428; D. 53, 1, 57. *Req.* 23 junio 1887: S. 87, 1, 361; D. 89, 1, 35. *Req.* 4 enero 1897: S. 98, 1, 309; D. 97, 1, 126. *Cass. Civ.* 21 mar. 1898: S. 98, 1, 513; D. 1903, 1, 403. *Cass. Civ.* 11 marzo 1918: S. 1918-19, 1, 170; D. 1918, 1, 100. *Req.* 8 junio 1926, precitado. Lyon 11 enero 1859: S. 60, 1, 322. Caen 2 julio 1873: S. 73, 2, 145. Aix 25 enero 1883: D. 83, 2, 237. Dijon 22 marzo 1900: D. 1901, 2, 45. Rennes 7 marzo 1904: S. 1907, 2, 241, nota de Hemard. Bastia 31 julio 1907: D. 1909, 2, 266. París 23 julio 1914 y Lyon 30 marzo 1916: D. 1918, 2, 51. Según Savatier y Demogue, la Corte francesa de Casación (*Req.* 10 marzo 1925) declaró válida liberalidad sujeta a la condición de que la amasia abandonase la casa del concubinario (Savatier, *Rev. Trim.*, 1925, J., p. 631). Comentando esa misma sentencia, Demogue observa: "la promesa de no residir en cierto lugar es válida; pero es dudoso que también lo sea la de establecer residencia en determinado sitio, más limitativa de la libertad que esotra" (Demogue, *Rev. Trim.*, 1925, J., p. 610).

(4). Huc., t. VI, Nº 43; Planiol & Ripert, t. II, Nº 75.

venido amancebados no son para remunerar el concubinato ni para que éste continúe (1), y los Mazeaud llegan a sostener que, por ser precio de sus complacencias futuras, presentes o pasadas, adolece de nulidad toda liberalidad hecha a la manceba del donante, o a quien lo ha sido (2).

Cabe, sin embargo, distinguir: cuando aparece que se ha querido remunerar el concubinato, la imagen de la donación no se presenta (3); pero reputar que las verdaderas donaciones que uno de los amancebados ha hecho al otro son nulas es exagerar y, sobre todo, crear ilegal y caprichosamente incapacidad para disponer entre vivos y por testamento y para recibir a título de donación, herencia o legado (4). Sin duda generaliza a la ligera quien diga que todas las donaciones que uno de los mancebados hace al otro durante el concubinato obedecen a la finalidad de que el donatario no abandone al donante; cuanto más que, mirando el donatario de otro modo el asunto cuando quiera que no haya pensado en dejar al donante porque tenga sentimientos de afección para con éste, o bien porque no le convenga hacerlo, resulta que una de las partes no entiende que se paga el precio del concubinato; por lo cual, mal puede ocurrir el fenómeno de que se pacte *pretium stupri* (5). Ni hay por qué negar que las donaciones entre amancebados o entre quienes lo hayan sido pueden hacerse con el solo ánimo de efectuar liberalidad desinteresada, o para corresponder a los cuidados solícitos que

66 (1). Savatier *Rev. Trim.*, 1931, J., p. 633; *Rev. Trim.*, 1940 y 1941, J., página 305.

(2). Mazeaud, t. I, N^o 279. Los autores, que exceptúan el caso de repararse perjuicio, notan que en ese evento no hay liberalidad.

(3). Sírveme de ejemplo la siguiente carta, escrita por importante hombre público:

“Mi querida Emelina:

“Te mando \$ 20 para los zapatos. En lo sucesivo te daré \$ 40 mensuales. Como María (la mujer legítima) es tan celosa, no te molestaré sino los viernes, en que hay sesión de la Academia de Jurisprudencia.

“Tuyo afectísimo, Fulano”.

(4). Por otra parte, amartelado del Derecho Romano de la Epoca Clásica, siento enemiga por la teoría de la causa impulsiva.

(5). Refiere Savatier que habiéndose atacado el legado hecho a la querida y sirvienta del testador, casada con uno de los obreros del mismo, el Tribunal de Marsella, con aceptar la nulidad de toda liberalidad remunerativa del concubinato, desechó la demanda con apoyo en que a tenor del testamento el legado era “en reconocimiento de los buenos servicios de la legataria”; expresión que el comentador encuentra anfibológica. “Aunque en teoría es fácil —apunta Savatier— afirmar que las liberalidades entre amancebados adolecen de nulidad cuan-

uno de los amantes haya tenido para con el otro con ocasión de enfermedad que éste haya experimentado, o simplemente por amor; a que se agrega el no ser raro que se hagan regalos valiosos a la querida por fanfarronería, o ya con la mira de colocarla en situación tal, que sirva de ayuda al concubinario que pretenda escalar posición política o realizar negocio en que intervengan funcionarios públicos. Y al juez no corresponde averiguar por los sentimientos que hayan movido al donante ni por la impresión que haya quedado en el corazón del donatario, reducido como se halla el papel del mismo a verificar la existencia del contrato que se invoca por una de las partes.

Si apelamos al concepto de que en las donaciones puede haber causa distinta de la liberalidad, a que se aferran multitud de autores (6), se descubre, pues, en primer lugar, que los pactos sobre remuneración del concubinato son nulos y, en segundo término, que por regla general son válidas las donaciones que los amancebados se hagan entre sí, aunque no sean de las estrictamente conducentes a asegurar al agraciado para después de terminar el concubinato.

Pero esto lleva en sí que no valgan las que no reúnan todos los requisitos legales (7) y, por lo que al Derecho Colombiano hace, que las no insinuadas no produzcan efecto sino hasta el valor de \$ 2.000 (n. 64, nota 4).

67 He de añadir antes de pasar adelante que la “infidelidad” no constituye acto de ingratitud que traiga el hacer revocable la donación efectuada con las formalidades legales. A cuento viene la historia que Savatier relata con las palabras que traslado:

“Sin duda porque ignoraba el verso de la señora de Noailles que reza:

Leur coeur pouissant a droit a d'infinis détours, desgraciado amante

do se trata de remunerar el concubinato, en la práctica ninguna de ellas deja de admitir otra explicación”. “Nadie verá en la donataria sino a la sirvienta, a la amiga o a la pobretona”, agrega. Lo que me parece demasiado: más humano es no invalidar sino aquellas promesas y erogaciones con respecto a las cuales haya testimonio de que han sido *pretium stupri*, como en el caso de la carta copiada en la nota (3).

66 (6). Capitant, *De la cause des obligations*; Jossierand, t. III, Nos. 1.454 y siguientes.

(7). *Sic.* Savatier, *Rev. Trim.*, 1926, J., p. 203 y París 5 nov. 1925, allí citada; *Rev. Trim.*, 1931, J., p. 184.

puso fe ciega en la fidelidad de su querida, y habiendo ésta, como de costumbre, sacado regalos a su dádioso amigo, vino a despojarle gozosamente de una quinta situada en Royan y de los terrenos adyacentes a ella, luego del moblaje con que se guarneció la casa y hasta de cantidad importante de valores muebles. Después de lo cual, le dejó galantemente y se fue con otro, sin duda más joven y más atractivo. Arrebatado de cólera, y no queriendo perder todo eso con el honor, el despedido emprendió en peligrosa y difícil persecución de su patrimonio, con tan mala suerte, que no logró sino que la Corte de París (8 de julio de 1926), le condenase en las costas del juicio" (1).

Pues que la demanda se fundaba en que la ingratitud de aquella arpía autorizaba al chasqueado amante para revocar las donaciones en referencia, le contestó seriamente la Corte: "Por reprehensible que sea la conducta de la señora C. con relación al varón que le dio tantas pruebas de afección y generosidad, hay que reconocer que ella era libre y no tenía que guardarle fe". El pleito subió a la Corte de Casación; la cual denegó la infirmación del fallo de la Corte de París observando que ésta se había limitado a exponer al respecto que a falta de circunstancias agravantes particulares, el hecho de que la amada hubiese recobrado su libertad no constituía en sí mismo injuria que autorizase al donante para revocar las donaciones que le había hecho (2).

La tesis de las obligaciones naturales

68 Pero hemos llegado, según expresión feliz de Josserand, a la época del "advenimiento del concubinato"; en que puede resultar para el hombre más oneroso romperlo que dar motivo al divorcio y para la mujer más ventajoso haber estado amancebada que haberse manejado como señora. De ahí la teoría de que el amancebamiento produce no sólo compromisos morales sino también obligaciones naturales, susceptibles de novarse y, por lo tanto, de transformarse en obligaciones civiles: forma que se ha hallado para dar eficacia a las promesas y, en fin, a las dona-

67. (1). Savatier, *Rev. Trim.*, 1926, J., p. 1.086.

(2). El propio Savatier aduce contra la decisión de la Corte de Casación que ésta permite sostener que alguna vez con la rotura del concubinato se irroga injuria grave al amante abandonado (Savatier, *Rev. Trim.*, 1936, p. 892). Este cargo es fundado; pero se dirigirá únicamente contra la sentencia de la Corte de París, cuyas expresiones interpretó la Corte de Casación con latitud notoria.

ciones que uno de los amancebados haya hecho al otro sin las formalidades legales (1).

Conforme a este criterio, las promesas hechas por uno de los amancebados al otro al ponerse fin al amancebamiento o después son irrevocables en favor de los legitimarios (2) e irrevocables, aun cuando el agraciado atente contra la vida del otro, porque no aparece liberalidad, sino acto oneroso. Lo propio ocurre en cuanto a entregas y promesas hechas a la manceba durante el concubinato, que alguna vez se reputará que mediante ellas se han pagado o novado obligaciones meramente naturales.

En crónica referente a fallo dictado por la Corte de Nimes el 25 de junio de 1925, estudia Lagarde esa teoría, acogida luego por la Sala de lo Civil de la Corte francesa de Casación en lo que haga relación a alimentos (n. 33); y allí el comentador apunta que ella es, como dice Ripert, "ficción cómoda para introducir el deber moral en la vida jurídica (3); anota que es contradictorio asimilar esa imaginada obligación natural a la viudedad (*douaire*) del antiguo Derecho francés, que se perdía por mala conducta, y erróneo compararla con la obligación alimenticia entre cónyuges, que en Francia no subsiste al divorcio, y la cual puede reducirse y aun aniquilarse; advierte que el procedimiento técnico de que se trata puede no dar resultados felices; y demuestra que en el pleito decidido con dicha sentencia no había habido la novación reconocida, pues no aparecía el *animus novandi* (4): tratábase con efecto de promesas del concubinario para con la sinvergüenza que había abandonado al marido pobre para llevar vida lujosa, con relación a la cual no se descubre cómo surgió pretensa obligación natural de ayudarla (5).

68 (1). V. Aix 10 enero 1878: S. 78, 2, 211. V. *Req.* 3 abril 1882: D. 82, 1, 150; Rennes 17 marzo 1904: S. 1907, 2, 241, nota de Hemard; D. 1905, 2, 305, nota de Planiol. París 23 julio 1914: D. 1918, 2, 51. *Req.* 8 julio 1925: S. 1927, 1, 129. *Cass. Civ.* 11 abril 1932: S. 1932, 1, 213. Sostienen ese punto de vista Planiol & Ripert (t. II, Nos. 74 y 75), Savatier (*Rev. Trim.*, 1925, J., página 631) y Josserand (t. I, Nº 1.178).

(2). Demogue, *Rev. Trim.*, 1926, J., p. 394.

(3). Ripert, p. 202.

(4). Lagarde, *Rev. Trim.*, 1934, J., p. 812.

(5). V. Seine 2 enero 1931: S. 1931, 2, 45. *Sic.* Savatier, *Rev. Trim.*, 1926, J., págs. 203 y 448; 1931, J., p. 184. *Sic.* Lagarde *loc. cit.*

Ahora pues: en el recurso de atribuirse a la barraganería el producir obligaciones meramente naturales en tales o en cuales circunstancias, no se halla solución técnica deslumbradora; supuesto que de tal manera se desampara a los legitimarios a pesar de la intención legislativa de protegerlos; y esto sin contar con el obstáculo moral de ser lo hecho irrevocable hasta en el evento de que el beneficiado atente contra la vida del pagano. Luego está bien, con otras observaciones de Lagarde, la de no haberse logrado la fórmula óptima que resuelva siquiera problemas ordinarios. En lo que a técnica jurídica se refiere, resulta preferible a todo eso el reconocer efectos a la voluntad formalmente expresada por el donante y, de consiguiente, no pretender que todas las donaciones efectuadas entre amancebados se anulen ni que se desconozcan los tratos que en caso determinado hayan hecho algunos con respecto a asuntos patrimoniales.

¿Y por ventura será la ficción en referencia manera “de introducir el deber moral en la vida jurídica”? Afirmarlo es aseverar que el mero hecho del amancebamiento, haya sido remunerado o puramente sentimental, y haya sido acompañado de comunidad de habitación o bien no lo haya sido, y cualesquiera que hayan sido las disímiles y mudables condiciones en que los amancebados hayan estado, ello es, reitero, afirmar simplemente que el solo hecho del amancebamiento produce obligaciones que la moral reconoce; y no hay tal, sino que se están disfrazando teorías insostenibles de que el amancebamiento es una institución jurídica o moral: “Si apenas se busca dar justificación a liberalidades hechas entre personas unidas por concubinato lícito, es inútil invocar la preexistencia de obligación natural; pero si quieren validarse las donaciones de futuro efectuadas sin las formalidades legales, no podrían justificarse algunas de las decisiones sobre la materia (las referentes a obligaciones meramente naturales) sino en cuanto se admitiese que el amancebamiento creaba deberes de fidelidad y de socorro mutuo”, expresa Esmein (6).

Razones apodícticas obran en el particular: en el estado de amancebamiento, hay situación de hecho, como la Sala de lo Civil de la Corte francesa de Casación ha tenido que reconocerlo (n. 32); pero que sea tal situación de mero hecho es consiguiente a la invalidez del pacto inicial de las relaciones que se han mantenido, en cuya permanencia con-

68 (6). Esmein, *Le probleme*, p. 770. Lo raro está en que Savatier no haya caído en la cuenta de lo que en el texto dejo declarado.

siste el amancebamiento. Por mejores palabras o, cuando menos, más claramente: desde luego que adolece de ilicitud, el pacto sobre concubinato, o acuerdo de voluntades indispensable para que lo haya, no causa ni puede causar obligaciones civiles ni siquiera obligaciones meramente naturales; y ese pacto es ilícito, ya que se trata, no de simple falta de formalidades sin llenarse las cuales surjan obligaciones puramente naturales conforme a la doctrina del artículo 1.527, ordinal 3º, del Código Civil (7), sino de la realización de hecho inmoral, antisocial y contrario a las instituciones tutelares de la familia, cual es el de la unión conyugal disoluble por asentimiento de ambas partes, si no por voluntad de cualquiera de ellas, como se ha demostrado (nn. 16 a 18). En Colombia, los contratos sobre enajenación de inmuebles son solemnes; pero el acuerdo a que falta la formalidad, insuficiente para crear obligaciones civiles, produce obligaciones naturales; y si lo acordado verbalmente es que una de las partes haga tradición de inmueble a cambio de que la otra cometa delito o ejecute hecho contrario a las buenas costumbres, el fenómeno es el de acuerdo tocante con objeto ilícito, y no el de acuerdo convertible en contrato mediante el lleno de las formalidades legales (8). Hablar de unión libre es hablar de apariencia de matrimonio, o sea de unión disoluble, y no hay sino que ver las consecuencias que de ello se desprenden.

69 Ni hay que forjar la teoría de que el amancebamiento produce obligaciones naturales para reconocer, dentro de ciertos límites, la eficacia de las promesas y donaciones hechas por uno de los amancebados al otro con fines distintos del de establecer y el de mantener el concubinato, como se ha visto (nn. 65 y 66): esas donaciones, en cuanto hayan sido hechas formalmente entre personas capaces de donar y recibir

68 (7). C. Ch., Art. 1.470.

(8). Mal cabría establecer grados en la nulidad atendiéndose a la mayor o menor inmoralidad de lo pactado, semejantemente a como lo hizo la Corte de Grenoble en fallo de 25 de febrero de 1925, transcrito por Savatier en *Rev. Trim.*, 1925, J., p. 631. Mezclando conceptos inconexos, allí se dijo: “Considerando que si el concubinato que ha durado varios años puede ocasionar obligación natural susceptible de transformarse en obligación civil y de justificar donación conducente a socorrer al amancebado o a asegurarle recursos, no ocurre lo propio con las relaciones adulterinas, porque dado que son delictuosas, ellas no pueden servir de base a obligación alguna; y en consecuencia, debe anularse la donación hecha con el fin de remunerar relaciones adulterinas” (En Colombia, el adulterio no está erigido actualmente en delito, por obra del nuevo Código Penal).

recíprocamente conforme a las reglas generales, valen y, a diferencia del pago de obligación natural, son susceptibles de rescindirse en cuanto perjudiquen las legítimas, habiendo sido gratuitas y, dado caso que alguna haya sido remuneratoria de servicios que dieran acción contra el donante, en lo concerniente al exceso (1).

Mas he ahí solución que hasta ahora no se había propuesto sin embargo de ser ella la más conforme con la equidad natural y con el espíritu de la legislación civil de los pueblos occidentales.

JAIME RODRIGUEZ FONNEGRA

69 (1). C. C., Arts. 1482 y 1491. C. Ch. Arts. 1425 y 1434.

EL PROBLEMA DE LAS DIVISAS

La crisis de 1929 y las predicciones de Marx

El desempleo y la "Economía Defensiva". Efectos del régimen de divisas. La organización monetaria internacional de Bretton Woods. Los peligros del mercado negro en divisas. El único camino para equilibrar la balanza de pagos.

Por RAMON EMILIANI VELEZ

El problema de las divisas tiene carácter universal. Para apreciarlo hay necesidad de retroceder al año de 1929. A la sazón la economía mundial había estado sujeta al patrón de oro y las crisis anteriores no habían presentado los fenómenos alarmantes que surgían entonces en el campo social. Al descenso de la producción se sumaba el desempleo. El capitalismo como sistema parecía alcanzar la cima de su grandeza y se veía amenazado por la falta de mercados en su proceso de expansión. Se temía que las predicciones hechas por Carlos Marx se cumplieran textualmente.

¿Cuáles eran esas predicciones? Marx sostenía que el sistema capitalista desplazaba la obra de mano no sólo porque la técnica incrementaba la producción a expensas del obrero, sino por cuanto las inversiones hechas en los ensanches mecánicos disminuían la capacidad adquisitiva de los trabajadores, dejando en la miseria a un ejército de desocupados.

A la desocupación se agregaba la baja de los precios. El patrón de oro no era bastante elástico en los intercambios y su escasez producía el efecto de desencadenar una tendencia deflacionista en los mercados internos de las naciones. Así se conjugaban tres elementos para producir la crisis económica más profunda de todos los tiempos: la abundancia de productos, la desocupación y la baja de los precios en todos los mercados del mundo.

La primera medida adoptada para evitar la crisis de 1929 fue el abandono del patrón de oro. Todos los pueblos, incluso Estados Uni-