

**SITUACION JURIDICA DEL CONCUBINATO EN COLOMBIA
Y PROYECTO DE REFORMA**

LUZ AMPARO FRANCO RESTREPO

UNIVERSIDAD DE CALDAS

FACULTAD DE DERECHO

MANIZALES, 1984

34612

UNIVERSIDAD DE CALDAS

BIBLIOTECA

DE 10/0

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
 BIBLIOTECA
 BARRANQUILLA

NO INVENTARIO: 4034692

PRECIO

FECHA: 29 FEB. 2008

COD. DE

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
 BIBLIOTECA
 BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
 BIBLIOTECA
 BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR

CIENCIA

COMUNICACIÓN

375

FECHA: _____
NOMBRE: _____
CARRERA: _____
GRUPO: _____

SITUACION JURIDICA DEL CONCUBINATO EN COLOMBIA
Y PROYECTO DE REFORMA

LUZ AMPARO FRANCO RESTREPO

Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de ABOGADO.

Presidente :

DR. HERNANDO DEVIS ECHANDIA

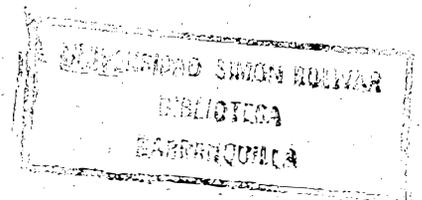
UNIVERSIDAD DE CALDAS

FACULTAD DE DERECHO

MANIZALES, 1984

3.	HISTORIA DEL CONCUBINATO EN COLOMBIA	28
4.	¿ QUE ES EL CONCUBINATO ?	34
4.1	CONCUBINATO SIMPLE O PERFECTO	34
4.2	CONCUBINATO PLURAL O IMPERFECTO.	35
5.	LA JURISPRUDENCIA FRENTE AL CONCUBINATO	54
5.1	LA SOCIEDAD DE HECHO EN EL CONCUBINATO.	58
5.2	PROCESO DE DISOLUCION	64
5.3	CAUSALES DE DISOLUCION	64
5.3.1	En la sociedad regular.	64
5.3.2	En la sociedad de hecho	64
5.3.3	Por terminación de la cohabitación o de la vida marital	65
5.4	DURACION DE LA SOCIEDAD DE HECHO	65
5.5	LIQUIDACION DEL PATRIMONIO CONCUBINARIO	66
5.5.1	Determinación del activo.	67
5.5.2	Cuales son los bienes consubunarios	67
5.6	PARTICION DEL ACERVO CONCUBINARIO	70
6.	EFFECTOS Y CONSECUENCIAS DEL CONCUBINATO	72
6.1	EFFECTOS PERSONALES	72
6.2	DERECHO Y OBLIGACIONES PERSONALES ENTRE CONCUBINOS.	73
6.3	EFFECTOS SOCIALES	73
6.3.1	La procreación	73
6.4	EFFECTOS PATRIMONIALES	75

6.5	PROYECTOS DE LEY SOBRE EL CONCUBINATO	Pág 78
	CONCLUSIONES	81
	BIBLIOGRAFIA	88
	ANEXOS	89



INTRODUCCION

La institución del matrimonio, no dió origen a la familia, siendo que ésta última existió primero que aquella, como un hecho natural y propio de la evolución social, viniendo después la creación de la institución del matrimonio para regular aquella.

Con la existencia de la institucionalización del matrimonio, se generó paralelo a ella el concubinato o la unión extramatrimonial, como consecuencia lógica de la división a que se vió avocada la familia.

En la actualidad, el matrimonio sufre una gran crisis como lo comprueba sociólogos, antropólogos, sicólogos y trabajadores sociales, etc. quienes observan que la institución matrimonial se está resquebrajando y concluyen, que es necesario proteger la familia como tal, sin atender a la forma como está constituida.

La unión extramatrimonial o concubinato, ha sido en nuestro país tema de discusión, pero para el Estado, fuente de olvido. El legislador más bien ha pretendido ignorarla, teniendo conciencia del gran problema que origina. El úni-

co campo regulado, es el de los hijos que han sido procreados fuera del matrimonio.

Al regular el Estado el Concubinato o Unión Extramatrimonial, protegerla directamente a la mujer, quien es en últimas, la que se encuentra más desprotegida, siendo ella la base de la familia por muchos aspectos como son : el nacimiento de los hijos, la crianza, el apoyo moral etc., dependiendo de la mujer por su naturaleza, la integración del hogar.

La proliferación del Concubinato o Unión Extramatrimonial, hecho social indice y significativo, reclama del legislador, la protección debida para una familia que no pierde su carácter de tal por el hecho de su origen.

El avance en las legislaciones de otros países al reglamentar sobre el Concubinato o Unión Extramatrimonial, constituye otra fuente de partida que institucionalizar en nuestro país la protección de la familia que se forma a través de ésta.

1. RESEÑA HISTORICA DEL CONCUBINATO

1.1 DERECHO ROMANO

El concubinato fué considerado como una unión de orden inferior, pero lícita y duradera para que se diferenciara de las relaciones pasajeras, consideradas ilícitas.

Para el derecho romano, nació el concubinato en la necesidad o costumbre de tomar como concubina a una mujer, que por su propia condición o en virtud de la ley no podía ser esposa. El concubinato estuvo reglamentado en sus requisitos y consecuencias; sólo se permitía entre personas puberes, respecto de quienes no existiera impedimento para el matrimonio, pero se prohibió tener más de una concubina y también se prohibió para quién tenía esposa legítima.

Sus efectos, eran :

a) Entre los concubinatos : la concubina , siempre era tratada y tenida en condición inferior, tanto en privado como en público, bajo la prohibición de

ejercer o de disfrutar el rango de su concubinato.

b) Para los hijos : éstos no estaban sometidos a la autoridad del padre y eran cognados de la madre y los parientes de ésta, en la época justiniana, se reconoció el vínculo natural entre el padre y el hijo nacido del concubinato, apareciendo la calificación de "hijos naturales", a quienes se les reconocieron ciertos derechos sucesorales.

1.2 DERECHO ESPAÑOL ANTIGUO

En el antiguo derecho español, podemos diferenciar tres clases de uniones : el matrimonio propiamente dicho, el matrimonio a Yuras y religioso; el a Yuras, es el simplemente juramentado y oculto, siendo de todas formas un matrimonio religioso pero secreto, de conciencia. Esta última clase de matrimonio, traía como consecuencia la unión indisoluble y la misma situación legal que generaba el matrimonio formal.

La barragania, se trata por lo general de un enlace de soltero (clérigo o laico) o viudo y soltera o viuda. En la edad media estuvo muy en boga en España este contrato que implicaba una unión sexual bajo las condiciones de permanencia y fidelidad, siendo disoluble dicha unión. Los fueros municipales, contienen gran cantidad de disposiciones relativas a la barragania; así por ejemplo el fuero de Zamora permite dejar por herederos a los hijos siem-

pre que se les instituya solemnemente.

El fuero de Cuenca, autoriza la barragania encinta, para pedir alimentos a la muerte de su señor; el de Plasencia dispone que la barragana que pruebe haber sido fiel a su señor, y buena, herede la mitad de las ganancias. Aunque en los fueros se hable con alguna frecuencia de los hijos de los clérigos, en el fuero juzgo se les impedía a los mismos la barragania, prohibición también consignada en las partidas pero inoperante en la práctica, razón por la cual, en el concilio de Valladolid (1228) se consagran penas tales como excomuni6n, infamia, privaci6n de sepultura cristiana, desherdamiento e incapacidad para cargos contra clerigos que tuvieran barraganas, contra ellas y los hijos.

En las siete partidas del Rey don Alfonso el Sabio, se tolera la barragania y adem6s se le concede el efecto jur6dico de dar la calidad de naturales a los hijos.

En las condiciones de don Alfonso El Sabio, es factible decir que la noci6n de Barragania equivale al concepto cl6sico de concubinato visto en el derecho romano, en el cual se exigía fundamentalmente la permanencia fiel en cohabitaci6n de personas que podían e contraer matrimonio.

Podía ser recibida por barragana toda mujer ingenua, liberta o sierva; siempre que no fuera v6rgen, ni menor de 12 a6os, ni viuda honesta, ni cuñada o pa-

riente hasta el cuarto grado, porque de serlo se cometería incesto.

Podía tenerse por barragana a una sola mujer y para recibir una mujer libre como barragana, era menester que el hombre lo hiciera ante Homos bono diciendo manifiestamente, en su presencia, que la tomaba por su barragana. Si la recibía de otra manera se presumía que era mujer legítima y no su barragana.

Los hijos nacidos en barragania tenían la calidad de naturales. En las leyes de Toro (1505), se le concede dicha calidad no solamente al hijo nacido en barragania, sino también a los nacidos de padres que a la época de la concepción o la fecha del parto, pudieran casarse entre sí, sin necesidad de recurrir a una dispensa para salvar el impedimento.

1.3 DERECHO FRANCÉS ANTIGUO

En la antigua legislación Francesa jamás se toleró el Concubinato, pues se lo consideraba contrario al bien del Estado. Se declararon inválidas las donaciones entre amancebados que no fueran médicas y conducentes al suministro de alimentos, además se estableció la incapacidad de la concubina para recibir de su amante por testamento.

1.4 INGLATERRA

Antes del siglo XVI, la iglesia inglesa, no exigía como requisito esencial para

la validez del matrimonio la presencia del sacerdote, ni la categoría sacramental de la unión; solamente era necesario el consentimiento de los contrayentes mutuo y libre, aceptándose como una declaración de intención, además no exigía la cohabitación desde el momento de iniciar la unión al igual que en el derecho germánico y en alguna época del Derecho Romano.

La unión sexual después de la promesa de matrimonio verbal para el futuro, era considerada como matrimonio con toda fuerza de la validez y con los efectos personales, sociales y patrimoniales.

Con la reforma Anglicana a la luz del derecho canónico de Enrique VIII y Ana Bolena, surgieron grandes problemas creados por matrimonios clandestinos obligando a los tribunales seculares de Inglaterra a dictar una disposición de bienes conyugales, por medio de una ceremonia informal, cuyo fin era la de dar publicidad a la unión, suprimiendo la clandestinidad en beneficio de terceras personas, aunque esta condición no era necesaria para que se formara el matrimonio como tal, puesto que solo se requería el consenso y por lo tanto, los cónyuges podrían ignorar la ceremonia eclesiástica. Esta figura se denominó Common Law Marriage.

Después de 1753 la ley inglesa exigió una certificación de la Iglesia Anglicana o del cura de Inglaterra como requisito informal, pero que realmente era una condición probatoria y no afectó el concepto que seguía teniendo el matrimonio.

2. REGIMEN CONCUBINATARIO EN OTROS PAISES

2.1 CUBA

El Código Civil de la familia de Cuba, contempla y da mucha importancia al matrimonio por comportamiento.

Artículo 18. La existencia de la unión matrimonial entre un hombre y una mujer con aptitud legal para contraerla y que reúna los requisitos de singularidad y estabilidad, surtirá todos los efectos propios del matrimonio formalizado legalmente cuando fuere reconocido por tribunal competente.

Cuando la unión matrimonial estable no fuere singular porque uno de los dos estaba unido en matrimonio anterior, el matrimonio surtirá plenos efectos legales en favor de la persona que hubiera actuado de buena fe, y de los hijos habidos en la unión.

Artículo 19. La formalización o el reconocimiento judicial del matrimonio entre el hombre y la mujer unidos en la forma señalada en el artículo que ante-

cede, retrotraerá sus efectos a la fecha de iniciada la unión, de acuerdo con lo manifestado por los cónyuges y testigos en el acta de formalización del matrimonio o de la declarada en sentencia judicial.

Artículo 20. La ejecutoria recaída en el proceso sobre reconocimiento de la existencia de la unión matrimonial será inscrita en el libro de la sección correspondiente al Registro del Estado Civil del domicilio conyugal.

De tal manera, una vez reconocida la unión matrimonial, ésta surtirá todos los efectos jurídicos de un matrimonio común, desde su iniciación.

2.2 ALEMANIA

No existe en este país una protección expresa a las sociedades de hecho, pero de una manera general, el estado incentiva para que tales sociedades se transformen en matrimonios, principalmente al nacimiento de los hijos, aunque se desaprobe el concubinato. O sea, que en Alemania una unión de hecho no le interesa al Estado hasta que no hayan hijos, al llegar éstos, se incentiva la regulación de la unión para normalizar la posición del hijo nacido dentro de la legislación alemana.

2.2 CHILE

Puede existir una sociedad expresamente pactada por los concubinos, que podrá ser civil o comercial. En este caso la suerte de los bienes de la sociedad

quedan regidos por los preceptos legales que reglamentan estos contratos.

En otros casos podrá existir entre los concubinos una "sociedad regular de hecho", considerada como una sociedad consensual, como la colectiva civil, siempre que concurren los elementos de ésta, es decir, aporte, participación de las pérdidas y ganancias y la *efectio societatis*. Respecto a este último requisito, no puede darse por existente por el sólo hecho del concubinato, sino que su presencia, debe obtenerse de otras circunstancias como sería por ejemplo, la cuenta bancaria a nombre de los dos concubinos, la correspondencia dirigida a ambos; el que los concubinos estén en el mismo pie de igualdad en la dirección del negocio, etc.

También puede haber entre los dos concubinos una "sociedad irregular de hecho", la cual se presenta cuando, tratándose de una sociedad solemne, no se cumple con las solemnidades exigidas por el legislador, por ejemplo, en las sociedades mercantiles. En este caso también hay una sociedad de hecho, que en este país han llamado "irregular de hecho", para diferenciarlo del caso anterior, (artículos 2057 del Código Chileno Civil y 357 y 359 del Código de Comercio).

Puede entre los concubinos existir una comunidad universal con respecto a los bienes que han adquirido durante el Concubinato con el esfuerzo común y la cooperación mutua. Siendo ésta es la situación que se presenta con mayor frecuencia ante los Tribunales Chilenos.

2.4 MEXICO

En el actual proyecto de reforma del Código Civil Mexicano, se contempla el concubinato, pues hasta ahora los que vivían en este estado, habían quedado al margen de la ley. El legislador consciente de que éste es ya un modo de vivir muy generalizado en algunas clases sociales, reconoce en el proyecto que el concubinato produce algunos efectos jurídicos, ya en bien de los hijos, ya en bien de la concubina que al mismo tiempo es madre y que ha vivido mucho tiempo con el padre cabeza de la familia. Estos efectos, se producen cuando alguno de los dos no es casado y que vive en concubinato, pues se quiso reconocer la prevalencia del matrimonio, que la comisión considera como la forma legal y moral de constituir la familia.

La necesidad evidente de reglamentar ese estado social, se patentiza en los casos de pago a las familias de obreros por accidentes de trabajo, pues en la mayoría de los casos los patronos responsables eluden la obligación de indemnización fundándose en que la mujer de la víctima no es su esposa legítima y en la dificultad que hay para demostrar la filiación de los hijos nacidos fuera del matrimonio, cuando no han sido registrados.

Se reglamentó también en el proyecto más clara y convenientemente, la necesidad de sucesión del concubinato, estableciendo reglas que no permiten que la concubina quede desamparada cuando ha vivido maritalmente con el autor

de la herencia durante los últimos cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte, o cuando ha tenido con él hijos; siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato.

De esta manera, se quiso que no quedarán fuera de la ley esos matrimonios de hecho tan frecuentes en las clases humildes mejicanas, que aún cuando no están sancionadas por el juez, ni por el cura, no forman uniones efímeras sino verdaderas familias ligadas con lazos duraderos.

Por eso, es que el proyecto, en sus artículos 1367 y 1603 reformados, no concede derechos hereditarios a toda concubina, sino solamente a aquella que suple, por decirlo así, a la esposa legítima.

Tampoco tienen derecho a heredar las concubinas cuando son varias, porque este caso no se ha formado un hogar que tenga puntos de semejanza con el que forma marido y mujer.

Sin embargo, aún en el caso de que se trata, no se quiso equiparar la concubina a la esposa y por eso los derechos hereditarios de la concubina, son menores de los que tendría si fuera la esposa.

2.4.1 Texto vigente del Código Civil Mexicano

Artículo 383. Se presumen hijos del concubinario y la concubina :

a) Los nacidos después de 180 días contados desde que empezó el concubinato.

b) Si concurriere con hijas que sean suyas y con hijos que el autor de la herencia hubo con otra mujer, tendrá derecho a las dos terceras partes de la porción de un hijo.

c) Si concurre con ascendientes del autor de la herencia, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que forman la sucesión.

d) Si concurre con parientes colaterales dentro del cuarto grado del autor de la sucesión, tendrá derecho a una tercera parte de ésta.

e) Si el autor de la herencia no deja descendientes, cónyuge o parientes colaterales dentro del cuarto grado, la mitad de los bienes de la sucesión pertenecen a la concubina y la otra mitad a la beneficiaria pública.

Si al morir el autor de la herencia tenía varias concubinas en las condiciones mencionadas en este artículo, ninguna de ellas heredará.

Se concluye que a pesar de que el Código Mexicano no le dió un tratamiento igual a la esposa legítima y a la concubina, consideró que tratándose de un concubinato de muchos años con el cual se ha constituido una familia verda-

dera con hijos, la concubina tiene todos los derechos de una mujer que haya contraído válidamente matrimonio, puesto que el papel que ella desempeña en el hogar es exactamente el mismo de una esposa.

Artículo 1368 : el testador, debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes :

a

b

c

d

e A la persona con quién el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los cinco años que prescidió inmediatamente a su muerte y con quién tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato y que el superviviente está impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes.

Este derecho subsistirá mientras la persona de que se trata, no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueren varias las personas con quién el testador vivió como si fuera su cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos.

f

Artículo 1602 : tienen derecho a heredar por sucesión legítima :

- a) Los descendientes, cónyuge, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado, y en ciertos casos la concubina.
- b) A falta de los anteriores, la Beneficencia Pública.

Artículo 1635 : la mujer con quien el autor de la herencia vivió como si fuera su marido durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el Concubinato, tienen derecho a heredar conforma a las reglas siguientes :

2.5 GUATEMALA

En su artículo 173, del Código Civil de Guatemala reconoce la "unión de hecho", así :

La unión de hecho de un hombre y una mujer con capacidad para contraer matrimonio, puede ser declarada por ellos mismos ante el Alcalde de su ciudad o ante notario, para que produzca efectos legales, siempre que exista hogar y la vida común se haya mantenido constantemente por más de tres años, ante sus familiares y relaciones sociales, cumpliendo los fines de pro-

creación, alimentación y educación de los hijos y de auxilios recíprocos.

Artículo 178. También puede solicitar el reconocimiento de la unión de hecho una sola de las partes, ya sea por existir oposición o por haber muerto la otra, en cuyo caso deberá presentarse el interesado ante el juez de primer instancia competente, quién en sentencia hará la declaración de la unión de hecho si hubiere sido plenamente probada. En dicha declaración fijará el día o fecha probable en que la unión dió principio, los hijos procreados y los bienes adquiridos durante ella. La certificación de la sentencia favorable al demandante deberá presentarse al registro civil y al de la propiedad si hubiere bienes inmuebles para que se proceda a las respectivas inscripciones.

Artículo 180 : se considera ilícita la unión de hecho con un hombre y mujer que tenga registrada una unión con otra persona. Si hay varias personas, se prefiere la más antigua.

Como muestra clara del reconocimiento del concubinato en la ley Guatemalteca, tenemos además de los artículos ya mencionados, el numeral 4o. de su Constitución, que dice :

Artículo 4o. párrafo 2o: la ley determinará los casos en que por razón de equidad, la unión entre personas con capacidad legal para contraer matrimonio, debe ser equiparada por su estabilidad y singularidad al matrimonio civil.

sucesoral permite.

En cuanto a los bienes que se adquieren dentro del Concubinato, no existe legislación específica, pero la jurisprudencia, ha llenado este vacío al determinar que la concubina tiene derecho al 50% de los bienes adquiridos por el concubino durante la vigencia de hecho.

2.8 U.R.S.S

A partir de la revolución de octubre, la legislación soviética avanzó mucho en este sentido, basada en el principio contractual y de la autonomía de la voluntad, elegido como tipo para el matrimonio. En la legislación soviética no existía fórmula ni solemnidad alguna para efectos de la celebración del matrimonio; la sola coincidencia de la voluntad entre el hombre y la mujer, para unirse suplía las formalidades; el solo hecho de la unión constituía el matrimonio, sin la necesidad de la intervención de ningún funcionario, ni tampoco se formaba ningún expediente, ni mediaba declaración oficial en nombre de la ley, ni de la sociedad.

Era la más pura y neta unión de hecho, como matrimonio. Y solo se dejó a voluntad del hombre y de la mujer la inscripción para que dicho matrimonio fuera legalmente reconocido y cumpliera sus efectos en muchos actos de la vida social y administrativa.

También se reconoce el concubinato en Bolivia donde se introduce el requisito de dos años de existencia como tiempo mínimo, este tiempo de vida en común se verificará por todos los medios de prueba o al nacimiento de un hijo, siempre que las partes tengan capacidad legal para contraer enlace.

2.6 PANAMA

El artículo 56 de la Constitución Panameña de 1972, dice : " La unión de hecho entre personas legalmente capacitadas para contraer matrimonio mantenida durante cinco años consecutivos, y en condiciones de singularidad y estabilidad, surtirá todos los efectos del matrimonio civil. Para este fin bastará que las partes interesadas soliciten conjuntamente el registro civil la inscripción del matrimonio de hecho. Cuando no se haya efectuado esa solicitud, el matrimonio podrá probarse para los efectos de la reclamación de sus derechos, por cualquier interesado, mediante los trámites que determine la ley judicial.

2.7 PERU

La legislación Peruana en general, no reconoce derechos de la concubina, salvo casos muy aislados, como la de cierta indemnización y alimentos, previstos en los artículos 369 y 370 del Código Civil. No tiene derechos hereditarios, salvo la posibilidad del legado, pero dentro de los límites que la ley

El título oficial soviético que acreditaba el matrimonio era la inscripción, sin ser obligatorio, ya que tenía un carácter meramente facultativo. Si esta inscripción se verificaba, el matrimonio quedaba comprobado en todo momento; si aquella no tenía lugar, había que justificar el hecho, o sea, la convivencia voluntaria ante los tribunales para obtener una declaración de existencia que se retrotraía al momento que comenzó la unión. Este tipo de unión apareció como un sistema jurídicamente aceptado después de la revolución rusa.

En 1917, en los países socialistas, fueron expedidos una serie de decretos según los cuales, toda persona que hubiere cohabitado e inscribiere esa unión en la oficina de registro, quedaba por ese procedimiento legalmente casada. Y toda persona que hubiere contraído matrimonio por el régimen anterior (zarista) y quisiera divorciarse, solo tenía que manifestarlo expresamente así ante la misma oficina de registro y esa manifestación era suficiente para que la persona quedara divorciada o separada.

En 1918, se produjo el primer código relacionado con el matrimonio, en el cual la cohabitación se convertía en el matrimonio por la sola manifestación y el registro. No obstante, el registro era opcional, se acababa de terminar la guerra y la situación demográfica presentaba un aumento de personas solteras y jóvenes, especialmente mujeres, lo cual justificaba una legislación transitoria.

En 1926 se modifica la ley y el Código de Familia se dá un ultimatum a las

uniones de hecho " solamente las personas que aparezcan registradas tendrán el carácter de casadas" y en efecto, se hacía con carácter retroactivo a la fecha en que se hubiera iniciado la cohabitación.

El artículo 30 de este código de familia, decía : "Las personas que vivan maritalmente de hecho y cuyo matrimonio no esté registrado conforme al sistema establecido, tienen el derecho de formalizar en cualquier momento sus relaciones mediante el registro, indicando el plazo que efectivamente hubieran vivido en común".

Los artículos 11 y 12 del Capítulo 3o. de los derechos y obligaciones de los cónyuges, agregan :

Artículo 11: "Las prescripciones del artículo 10 del presente código comprenden también el patrimonio de las personas que se encuentran en relaciones matrimoniales de hecho aún cuando no estuviesen registradas, si tales personas se reconocen mutuamente cónyuges o si las relaciones maritales entre ellas han sido comprobadas por el tribunal, según los signos del ambiente de su vida real".

Artículo 12. En el caso de que los matrimonios no se hayan registrado, el tribunal admitirá como prueba el hecho de la cohabitación, la existencia de esta junto con la economía común la exteriorización de las relaciones de carácter matrimonial ante terceras personas, en la correspondencia personal y

otros documentos, así como, según las circunstancias del caso, el sustento material recíproco y la mutua educación de los hijos.

O sea, que los tribunales desde 1926 consideraron como pruebas de tal naturaleza : " El hecho de la convivencia, la economía común y la exteriorización de las relaciones matrimoniales ante terceras personas, en la correspondencia personal y otros documentos, así como, según las circunstancias del caso, el sustento material recíproco y la mutua educación de los hijos.

La falta de esas pruebas en las relaciones entre hombre y mujer, puede demostrar la existencia entre ellos de relaciones ocasionales, pero no de relaciones matrimoniales.

Más adelante, en 1928, se modificó el código y ya no se permitió ningún derecho a las personas que cohabitaban libremente; para obtenerlos, la inscripción tenía el carácter de obligatoriedad. Este código familiar y tutelar conservó la primera ley matrimonial del 16 de septiembre de 1918, dictada al comienzo de el triunfo revolucionario bolchevique y que negaba todo valor jurídico al matrimonio religioso en su artículo 2o.

Las anteriores disposiciones están actualmente derogadas pero es importante anotarlas para que se vea claramente la diferencia con el régimen actual. Las nuevas leyes expedidas en Rusia a partir de 1944 han variado este régimen y solo

existe hoy el matrimonio registrado. Quienes viven de hecho, es decir, un concubinato, pueden convertir ese estado en matrimonio haciéndolo registrar, lo que prácticamente equivale a celebrar el matrimonio.

Por otra parte, en virtud de las leyes dictadas en 1926, el hijo natural se asimiló al legítimo, pero las nuevas leyes de 1944, establecieron diferencias entre unos y otros, por lo cual hoy en día en Rusia no es lo mismo ser hijo de matrimonio que ser hijo de un estado de concubinato.

Así el decreto del Presidium del Soviet Supremo de la URSS del 8 de julio de 1944, dice en el capítulo 5o, que modifica las leyes sobre el matrimonio, la familia y la tutela :

Artículo 19 : "Solo el matrimonio registrado origina entre los cónyuges los derechos y obligaciones previstas en el Código del matrimonio familia y tutela de las repúblicas federales. Las personas que mantuviesen relaciones maritales de hecho, al ser publicado este decreto podrán registrarlas mediante el registro del matrimonio, indicando el tiempo durante el que efectivamente hubiesen vivido en común".

Artículo 20: "Queda abolido el derecho de la madre ante tribunal estableciendo la paternidad y reclamando alimentos para la manutención del hijo a un hombre con quién no esté unida en matrimonio legalmente registrado".

Artículo 21. "Al registrar el nacimiento de un hijo cuya madre no está unida en matrimonio legalmente registrado, las oficinas de inscripción del departamento de actas del estado civil lo inscribirán con el apellido de la madre y le atribuirán el patrnimico que designe la madre".

Queda claro, como en el periodo postrevolucionario, la uniónde hecho estaba admitida y regulada en la URSS y que a partir de 1944 su posición cambió radicalmente pues la ley sólo regula el matrimonio legal; estableciendo además, diferencias entre los hijos por razón de su origen o circunstancias de orden legal que rodean la procreación.

En la última ley sobre familia hay nuevas modificaciones, ésta fué expedida el 27 de julio de 1968. En ellas los hijos tienen más o menos los mismos derechos y deberes, cualquiera que sea su origen y, se establecen múltiples principios y jerarquias en relación con los padres y los hijos.

También ha variado la legislación con relación al matrimonio porque para que sea reconocido como tal, requiere estar revestido de ciertas y determinadas formalidades y requisitos, anteriormente inexistentes.

En la actualidad, existe el matrimonio religioso y el civil en la URSS pero sólo este último es reconocido por la legislación soviética.

Es de anotar que uno de los principios rectores del derecho de familia sovié-

tico es la plena igualdad de derechos de la mujer y el hombre en todo el ámbito de la vida familiar y social.

2.9 FRANCIA

La actitud actual del derecho francés frente a la unión de hecho, hay que mirarle bajo varios puntos de vista; ya que no podría decirse que el derecho francés al garantizar la institución del matrimonio condene la unión de hecho, pues parece que su posición es más bien la de tolerar lo que se muy difícil de impedir, esto para el derecho penal.

Para el derecho civil, lo inmoral se asemeja muchas veces a lo ilícito. Se puede incurrir en falta civil cuando se obra en desacuerdo con las sanas y buenas costumbres. Tratándose en este caso de reglas de la costumbre moral, especialmente de la moral sexual. Esta legislación no se pronuncia sobre la moralidad o inmoralidad de la unión de hecho. Le basta con constatar empíricamente que la población del país en su mayor parte considera el matrimonio como la forma normal de relaciones sexuales. El derecho civil no considera falta la relación fuera del matrimonio a menos que se presenten circunstancias particulares como la seducción, el escándalo o el adulterio estable.

En el derecho laboral, existen varias leyes que indirectamente protegen la unión de hecho :

- c) Prestaciones familiares (ley de agosto 22 de 1964, articulo 20)
- d) Arrendamientos urbanos (ley del 10 de septiembre de 1948, articulo 50).

En Francia, el concubinato se entiende como las prestaciones sexuales fuera del matrimonio siempre y cuando éstas presenten un cierto carácter de duración y estabilidad. Si un hombre y una mujer viven maritalmente frente a la sociedad, responden a esta noción. Cuando no hay residencia común, se debe demostrar la estabilidad que es otro elemento constitutivo del concubinato.

En el derecho francés, no existe obligación alimentaria, ni deber de socorro entre los concubinos. Pero en la jurisprudencia, cuando la concubina ha comprado a crédito implementos para el hogar y los acreedores cobran al concubino, el tribunal se los permite. Esta solución jurisprudencial no es una admisión de la unión de hecho sino una deducción de la teoría de la apariencia, comparable al artículo 220 que consagra el poder doméstico de la mujer casada. El concubino cometió una falta al dejar creer a los acreedores que su concubina era su esposa. Se sanciona la apariencia mentirosa. Esto explica porque esta jurisprudencia no es aplicable a todos los casos de concubinato sino a aquellos que viven en forma marital aparentando un matrimonio.

Cuando se separan los concubinos los tribunales pueden decidir que existió una sociedad de hecho (nula porque estaba basada en una causa inmoral, por lo tanto, no funcionó en realidad y debe liquidarse).

En consecuencia, la mujer puede tomar parte en los beneficios económicos de su compañero, siempre y cuando pueda demostrar que entre los concubinos se dieron los elementos ordinarios de un contrato de sociedad; aporte de las dos partes en trabajo e interés de participar en las pérdidas y ganancias.

O sea, que el simple hecho de vivir en concubinato no es suficiente para crear la sociedad de hecho, mientras que el sólo hecho de casarse crea la sociedad conyugal, como en la mayoría de los países latinoamericanos inspirados en el derecho francés.

De otro lado, en el derecho francés no hay ninguna incapacidad para el concubino de recibir donaciones o legados del otro, puesto que jurídicamente son extrañas. Pero la jurisprudencia ha puntualizado que éstos pueden ser anulados por causas ilícitas o inmorales. Así que tendríamos; si la donación tuvo como fin amarrar a la mujer u obligarla a tener relaciones irregulares, aparece como el salario al vicio y debe ser anulada; pero si la intención del concubino (habiéndose acabado el concubinato) era la de reparar o el perjuicio material o moral o asegurar los últimos días de la concubina, estos móviles morales pueden modificar la liberalidad y por tanto no hay lugar a anularla.

Hay algunos ejemplos concretos sobre la protección que la ley le da a la concubina, como los siguientes :

La ley 1a. de septiembre de 1948, sobre la relación entre ocupantes y dueños de edificaciones urbanas, dispone en su artículo 5o. que cuando muera el dueño de una habitación, los miembros de su familia o las personas a cargo que vivieren habitualmente con él desde hacia seis meses, tendrán derecho a quedarse en el sitio. Si él o la concubina llenan este requisito se pueden quedar. Respecto a la indemnización por perjuicios reclamada por la concubina cuando el concubino ha tenido un accidente de trabajo en el que ha perdido la vida, la jurisprudencia se pronunció al respecto en la sala mixta del 27 de febrero de 1970, al desarrollar varias reglas que contribuyan a precisar la posición del concubino en el sistema jurídico francés.

- La concubina no tiene unión de derecho con el concubino.

- Ella puede sin embargo obtener indemnización en caso de muerte porque su perjuicio material o moral es una realidad.

- Por excepción pierde derecho a la indemnización en los siguientes casos :
 - . Si el concubinato no tenía perspectivas de estabilidad.
 - . Si estaba revestido de adulterio.

3. HISTORIA DEL CONCUBINATO EN COLOMBIA

En la colonia rigieron las leyes españolas entre las cuales sobresalen las del Fuero Juzgo, el Fuero Real, las Ordenanzas de Tuferies, las leyes del Estilo, las leyes de Toro, las Forales y las Siete Partidas, que en el cuarto se ocupaba de los hijos legítimos e ilegítimos. Estas terminaron en 1263, la Nueva Recopilación de 1567, la Novísima Recopilación de 1804 y la Recopilación de las leyes de los reinos de Indias de 1680. Todas estas formadas en la inspiración teocrática, sin que ninguna se ocupara en particular de la familia natural o el concubinato. Así siguió influyendo la legislación española en las Instituciones de la República, hasta el año de 1821 en el que la Constitución de Cúcuta en su artículo 188 dispuso :

"Se declaran en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las notarías y puntos que directa o indirectamente no se oponga a esta Constitución, ni a los decretos y las leyes que expidiera el Congreso".

La ley de procedimiento civil del 13 de mayo de 1825 estableció como orden o jerarquía en la observancia y aplicación de las leyes :

a) Las decretadas por el poder legislativo.

b) Las pragmáticas, cédulas, ordenanzas, órdenes y decretos del Gobierno Español sancionadas hasta el 8 de marzo de 1803.

c) Las leyes de la recopilación de Indias;

d) Las de la Nueva Recopilación de Castilla;

e) Las siete partidas.

En 1845 se formó la Compilación Granadina, actualizada en 1850 y hasta entonces la familia no había sido objeto de regulación diferente.

La ley del 20 de julio de 1853, impuso y reglamentó el matrimonio civil, otorgando a los casados y a sus hijos los mismos derechos y obligaciones que hasta entonces se habían reconocido a los individuos católicos, guardando absoluto silencio sobre la familia extramatrimonial. Fué derogada esta ley por la del 8 de abril de 1856, que dió nuevamente validez al matrimonio católico y combatió reprobando con más dinamismo el concubinato al disponer :

Artículo 1o. Para los efectos civiles y políticos la ley considera el matrimonio como un contrato.

Artículo 3o. No produce efectos civiles y políticos si su celebración no tiene

lugar en la forma o con los requisitos establecidos en la ley.

Artículo 4o. El matrimonio solo puede disolverse por la muerte de alguno de los contrayentes; todo pacto en contrario es nulo.

En virtud de esta ley y último artículo, fué proscrito el divorcio de la legislación colombiana, a partir de 1856, y reimplantado por la ley primera de 1976.

A pesar de autonomía legislativa que tuvo cada uno de los estados soberanos, en el federalismo (entre 1855 y 1886) la mayoría de estos portaron por incorporar como suyo el Código Civil Chileno con excepcionales modificaciones, hecho que obligó a acoger e imponer como de Legislación Civil Nacional la obra de don Andrés Bello (mediante la ley 84 de 1873) reemplazando así la legislación española que aún regía en algunos estados y reconociendo como único el matrimonio civil.

Esta obra de Don Andrés Bello fué adoptada como Código Civil de la República, mediante la ley 57 de 1887, con las reformas que sobre el tema desprenden.

El concubinato fué objeto de especial prohibición por la Legislación Penal (Código Penal de 1890) que en el artículo 451 determina :

"Las personas de diferente sexo que sin ser casadas hicieren vida como tales en la misma casa de una manera pública y escandalosa" incurrirían con tal conducta en el delito de amancebamiento público, el cual tenía como objetivo a base de protección la unión y el respeto sagrado del hogar, no obstante, no era punible el amancebamiento cuando el sujeto activo tenía recursos pecuniarios suficientes para mantener la concubina fuera de su casa, y exonerados de pena "los amancebados que contrajeron matrimonio antes de producirse sentencia condenatoria" (artículo 452), y sujetos después a pena atenuada, los amancebados que celebraran matrimonio después del fallo (artículo 453); todo ésto influyó para que a partir del 11 de junio de 1937 (Código Penal, ley 92 de 1937 dejara de tenerse el concubinato como hecho punible.

El Código Civil en sus artículos 329 y 396, estableció indirectamente, la noción de concubinato así :

"Artículo 329. Para los efectos del artículo anterior, no se tendrá como concubina de un hombre sino la mujer que vive públicamente con él como si fueran casados siempre que uno y otro sean solteros o viudos.

"Artículo 396. La posición notoria del matrimonio consiste, principalmente, en haberse tratado los supuestos cónyuges, como marido y mujer en sus relaciones domésticas sociales; y en haber sido la mujer recibida en ese carácter por los deudos y amigos de su marido, y por el vecindario de su domicilio general".¹

¹ALEJO CAÑAS, Pedro. Sociedad conyugal y concubinato. p. 179.

Esta posesión del estado de matrimonio, podía demostrarse mediante testimonio, según Casación de agosto 30 de 1923 :

"Para poder determinar las circunstancias determinantes de la posesión notoria del estado de matrimonio que señala el artículo 396 del Código Civil, no es necesario tener relación de amistad con las personas que aparecen casadas entre sí. Bien pueden los testigos rendir testimonio de los hechos que constituyen la posesión notoria del estado civil con solo observarlos; cosa que puede ser fácil en lugares o ciudades poro populosas " Casación de 30 de agosto de 1923.

El juez debía ser estricto en la apreciación de la prueba testimonial sobre la posesión notoria del matrimonio, según se deduce de la Sentencia de abril 30 de 1930, que dice :

"De conformidad con el artículo 399 del Código Civil (1930), la posesión notoria del estado civil a de probarse por un conjunto de testimonio fidedignos, que la establezcan de modo irrefragable, es decir, que no se pueda contrarrestar.

La aducción de la prueba de la posesión notoria se rige por principios especiales; y tratándose de la de un estado del matrimonio, el juez ha de ser muy estricto en la apreciación crítica del conjunto de testimonios con el fin de alejar el riesgo de convertir un amancebamiento en unión conyugal ". Senten-

cia abril 30 de 1930.²

En estas condiciones y no obstante el rigorismo del juez al calificar la prueba, testimonial, podría tenerse como matrimonio lo que realmente era un concubinato; para evitarlo, a partir de la vigencia del Decreto 1260 de 1970, artículos 2o, 5o, 67 a 72, 101 y 105. Se distingue entre el acto de celebración del matrimonio y la inexistencia de su prueba, en tal forma que si el matrimonio fué celebrado, es un hecho que debe inscribirse en el Registro Civil y si no se inscribió, puede hacerse esta inscripción, solo en presencia de instrumento público, de copia de la partida religiosa o de decisión judicial que se haya basado en testimonios presenciales, en actos constitutivos del estado civil. De esta manera queda claro que a partir de 1970, no puede tener lugar la duda y la transformación en matrimonio de lo que en realidad era concubinato.

²

ALEJO CAÑAS, Pedro. op. cit. p. 180.

4. ¿ QUE ES EL CONCUBINATO ?

Esencialmente, el concubinato se basa en las relaciones de hecho. Pero, pueden distinguirse dos grandes formas en el concubinato, uno, el concubinato simple o perfecto, y el otro un concubinato plural o imperfecto. Enseguida haremos un breve análisis de cada una de estas modalidades.

4.1 CONCUBINATO SIMPLE O PERFECTO

"La unión aceptada mutuamente de un hombre y una mujer con apariencia matrimonial pero llevada a cabo por fuera de la ley, en la cual se presenta una comunidad de hecho y de vida estable o permanente, siempre que no medie entre los que en tal estado viven impedimentos para unirse legítimamente".³

De esta definición, podemos concluir que los elementos que conforman el concubinato perfecto, serían :

3

INDABURU LIZARRALDE, Carlos Alberto y ESTRADA P. Gloria Cecilia. El concubinato en Colombia, sus derechos y obligaciones. Librería Jurídica Wilches. Bogotá, 1980.

- Relaciones sexuales entre un hombre y una mujer
- Comunidad de vida
- Estabilidad o permanencia en la comunidad de hecho y de vida.
- Mutuo consentimiento o acuerdo de voluntades susceptible de presumirse por la sola cohabitación.
- Ausencia de cualquier impedimento para contraer matrimonio.
- Unión que aunque se realiza sin el lleno de las formalidades exigidas para contraer matrimonio, sugiere una vida en común con apariencia matrimonial.

Estos requisitos son esenciales para que se configure el concubinato perfecto, si se suprime cualquiera de ellos no hay lugar a hablar de dicha figura. Conviene tener en cuenta que el concubinato solo difiere del matrimonio en la ausencia de formalidades legales, de acuerdo con el artículo 113 del Código Civil, que dice : "el matrimonio, es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente".⁴

4.2 CONCUBINATO PLURAL O IMPERFECTO

Es prácticamente de las mismas características del primero, con la única di-

⁴ CODIGO CIVIL. Artículo 113, 1979.

ferencia, que en esta relación de hecho una de las dos personas que lo conforman, -generalmente el hombre- tiene un matrimonio anterior, o sea, que habría un impedimento para unirse legalmente con la concubina. En este tipo de concubinato, se presentan también dos modalidades, la del hombre o mujer que es separado de la persona con quien se unió en su primer matrimonio, o sea, que no comparte con ella su vivienda y que solamente tienen una relación derivada de las obligaciones para con los hijos comunes, y del hombre que sostiene y vive con su esposa legítima y tiene además otra mujer con la que también comparte su tiempo, sus obligaciones, hijos comunes, etc. En muchos casos, este pluralismo puede tener las mismas características en ambos casos. Se presenta el caso de un hombre que en la misma ciudad tiene dos casas, dos mujeres, hijos en cada una de ellas, con la única diferencia que existe vínculo legal de matrimonio con una solamente.

Es de resaltar, que además de una mujer por fuera de la casa; se dan casos en que pueden llegar a ser dos y hasta tres, teniendo con todas ellas un verdadero concubinato, por sus características, duración, hijos, etc.

Después de definir las diferentes clases de concubinato, quiero resaltar la similitud que existe entre la familia producto del matrimonio y la familia producto del concubinato. O sea, la familia legítima y la familia natural. A decir verdad, considero que tal vez, la única diferencia que existe entre la familia legítima y la familia natural, es que la primera se desprende de un ma-

rimonio, válidamente celebrado, y la segunda, simplemente de la voluntad de dos personas, un hombre y una mujer sin que medie entre ellos ningún contrato o ceremonia. Por que, ¿qué es la familia?

"La familia, es un hecho social, natural, primario o instintivo. Ella es la fuente y el principio de toda organización. En ella se encuentra el rudimento de la autoridad y con ésta, el principio de la subordinación, base y sentido de todo poder. Grupo nacido espontáneamente al impulso del instinto y de la necesidad y primera etapa en la integración del hombre hacia una finalidad común en obediencia de ese mandato instintivo que está en la naturaleza humana : su sociabilidad.

Grupo que en esencia sigue siendo el mismo a pesar de la evolución del pensamiento humano y de sus instituciones. Es la misma atracción sexual de nuestros primitivos padres la que sentimos hoy y la que nos hace buscar una mujer para con ella satisfacer nuestro instinto de procreación y supervivencia. Y sigue siendo la misma, no obstante los perjuicios y las ideas morales, religiosas o políticas que se practiquen.

La diferencia que en la práctica se ha dado y que ha conducido a aberrantes injusticias todavía subsiste. Diferenciación que viene desde muy lejos y que puede situarse en forma más concreta en la influencia de la doctrina cristiana que desde la decadencia del imperio Romano empezó a regir los

destinos morales y políticos del mundo. Así empezó a considerarse como pecado toda unión extramatrimonial y como cosas despreciables a las personas y a los hijos nacidos en estas circunstancias.

El concilio de Trento comenzó a castigar severamente a los que vivían amancebados. El concepto de bastardos -especialmente en las leyes de sucesión de las casas reales imperantes- influyó poderosamente en su desconocimiento. Esa influencia religiosa se agudizó en la edad media (época de mayor florecimiento de la doctrina Católica) y que tuvo por resultado los regímenes teocráticos donde el jefe del poder temporal era depositario del espiritual en virtud sobre el poder público. Esto se tradujo como era de esperar, en el derecho y en la organización social general.

Las normas dictadas por la iglesia fueron modelos de las instituciones civiles que poco a poco se iban formando a su nombre. De allí que se hiciera la combinación, aún no bien superada, de lo religioso y lo pagano; y que siquiera campeando en el mundo estrictamente civil el concepto del pecado. Y éste, se quedó allí sentado como prejuicio. Y el derecho a lo justo, empezó a sufrir mutilaciones, lo que es un absurdo. Desde ese entonces -parece- no es justo sino lo que está de acuerdo con determinada moral y la moral, en sentido etimológico, no es más que la costumbre y como tal limitada.

La Revolución Francesa, producto del racionalismo y de un sinnúmero de fe-

nómenos sociológicos y económicos, busco una solución más justa al problema; equiparó la familia legítima a la natural.

El concubinato como tal, estaba en el mismo pie de igualdad con el matrimonio. Pero esta situación duró muy poco. La reacción que produjo la revolución volvió las cosas a su estado primitivo y como producto de ella nació el código de Napoleón matriz de la mayoría de los códigos modernos que desconoció las uniones irregulares y los derechos y las obligaciones de los padres e hijos naturales: guardando sobre ellos un silencio culpable, ya que una realidad social de esta magnitud no se resuelve con el solo hecho de darla la espalda. Y de allí partió la jurisprudencia. Con ella se trató de salvar ese vacío y poco a poco se fué estructurando una doctrina en parte más justa, más humana y más ceñida a la realidad. Pero desgraciadamente, siguió primando el prejuicio y la nueva orientación buscó reglamentar los efectos de una institución olvidándose de la institución misma y echando sobre ella una a modo de "tábú".

Empezó a hablarse de hijos naturales y nadie dijo una sobre la familia natural y en especial sobre el concubinato, su fuente más comprensiva.

En nuestro país, para no ir más lejos, la ley 45 de 1936 llegó a representar el sumun del progreso. Se elogio demasiado y se ocultaron bajo las fosas sus graves vacíos y deficiencias; deficiencias y vacíos que claman por una pronta

revisión en pro de un equilibrio completo con la familia legítima y en favor de una reglamentación de la natural, como causa que es de esos efectos que se quieren estudiar aislados.

Como se infiere en estricto sentido, no hay familia legítima, ni familia natural. Ella es una misma y una sola realidad sociológica. Claro que esta afirmación la hacemos desde un punto de vista civil, ya que desde la moral (moral católica), la unión libre es un pecado y por lo tanto, no lo discutimos aquí entre otras razones, porque éste es un trabajo estrictamente de derecho. No es justo que por el solo hecho de no quererse supeditar los padres a determinadas normas, los hijos vayan a ser mañana una lacra para la sociedad, unos parias sin Dios y sin ley que los proteja, antes por el contrario, las circunstancias sociales mismas obligan a la ley a una mayor consideración, para así aliviar en parte la desesperada situación en que se encuentran y evitar por esos medios que el legítimo derecho a subsistir que todos tenemos, los convierta en fuente de inestabilidad y de crimen. Y además, la familia legítima no es más que una creación artificial de la ley.

La familia, es una realidad sociológica definida. Sea legítima o natural su realidad se impone. En Colombia, por ejemplo, es demasiado grande el número de los que descienden de familias organizadas por fuera de la ley". 5

5

VALENCIA ARANGO, Jorge. La concubina en el derecho colombiano. Sentencia del Consejo de Estado. Edic. Lex. Bogotá, 1980.

Ligia de Ferrufino⁶ define la familia en los siguientes términos : "La familia es un grupo social que consta de dos o más adultos de sexo diferente y sus hijos".

Según su origen podríamos dividir la familia en dos grandes grupos :

Familia de Derecho : Grupo social conformado por dos adultos de sexo diferente que han contratado matrimonio sea civil o católico con el lleno de todas las formalidades solemnes para que dicho acto surta efectos con relación a los derechos y obligaciones entre los contrayentes y entre éstos y sus hijos.

Familia de hecho : retomando a Ligia de Ferrufin "Es un grupo social que consta de dos o más adultos de sexo diferente, unidos con intención duradera y constituido por individuos de diverso origen respecto al estado a su estado civil anterior, y sus hijos".⁷

Se puede presentar bajo las siguientes formas : amañío, unión libre concubinato, concubinato simple y concubinato doble.

La familia de hecho es en nuestro país una realidad, por esta razón el Esta-

⁶ LIGIA E. de Ferrufino, la familia ante la ley. p. 157.

⁷ Ibid. p. 158.

do no puede darle la espalda, es necesaria una regulación legal que proteja el concubinato como tal y sus efectos, la falta de una regulación positiva del hecho concubinario y sus manifestaciones es un foco de injusticia especialmente en la mujer concubina.

Las principales razones por las cuales considero que el concubinato debe ser tenido en cuenta por nuestra legislación son :

- Una regulación positiva del concubinato desestimularia este tipo de uniones, y detendría en gran parte las injusticias que por dicha causa se viene presentando.

La primera por que ante el silencio de nuestra ley, el varón se siente sin ninguna atadura o responsabilidad, viviendo en concubinato, y sin que éste le acarree ninguna obligación con respecto sobre todo a la mujer, y en términos generales teniendo en cuenta también los hijos sus responsabilidades no son tan estrictas como las que se derivan del matrimonio legal.

Teniendo el concubinato reglamentación dentro de nuestra legislación, habría por lo menos un poco más de cuidado y se pensaría con más responsabilidad para formar este tipo de unión.

La segunda razón, porque debido a la falta de protección social esta mujer

la que se encuentra en una situación de mayor desamparo al terminarse por cualquier razón la unión concubinaría con el hombre.

El concubinato y los problemas que de él se derivan, van muy ligados a la posición social de sus componentes y especialmente de la mujer. Podemos deducirlo de las obras de numerosos antropólogos, sociólogos y estudiosos de la familia en Colombia entre los cuales se destaca Virginia Gutiérrez de Pineda,⁸ que nos dice hablando de la familia de hecho en nuestro país " La legitimidad en este complejo proviene de tres formas de facto : el concubinato, la unión libre y la relación esporádica. Las tres se reparten en porcentajes de intensidad variable la familia de hecho. El primer lugar lo ocupa la unión libre, el segundo las relaciones esporádicas y finalmente el concubinato se sitúa en último lugar. Estas tres tipos de uniones se encuentran predominantemente en la clase baja me explico mejor, dentro de este tipo de uniones el Ego femenino (la progenitora) siempre se ubica dentro de los sectores populares y debilmente se insinúa dentro de las clases medias bajas del área urbana o rural. En cambio el Ego masculino tiene ubicación en cualquiera de los estratos".

En igual sentido se expresan Carlos Alberto Indaburo y Gloria Cecilia Estrada al mencionar como las principales causas que generan en nuestro país unio-

⁸

GUTIERREZ DE PINEDA, Virginia. Familia y cultura en Colombia. p. 179.

nes extramatrimoniales, el factor étnico, las categorías de ingreso, los niveles educativos y la posición social de la pareja, y agregan : "Según estudios realizados, en la medida que el ingreso sea menor son menores las uniones legales; igual hecho sucede con respecto a los niveles educativos en las personas que solamente han realizado estudios primarios incompletos se presentan los más altos índices de uniones consensuales; por último es en la clase social baja donde se encuentran cifras más significativas de ayuntamiento ilegítimo".⁹

En la mayoría de los textos y escritos que se encuentran sobre el concubinato, se puede apreciar que como regla general, los tratadistas solamente dan importancia al concubinato simple o concubinato perfecto, o sea, es para esta clase de concubinato que se proponen soluciones legales. Está claro que por ser éste el que más se asemeja al matrimonio legítimo, es el que más posibilidades tiene de protección legal, ya que como lo dijimos anteriormente su única diferencia con el matrimonio es la falta de ceremonia, porque el hombre y la mujer que lo componen son libres de contraerla en cualquier momento. A mi modo de ver, este tipo de concubinato una vez demostrada ante una autoridad competente todos los elementos que lo componen y a petición de ambos concubinos o de uno de los dos a falta del otro, o falta de su consentimiento, debería ser inscrito en el registro civil, para que así las personas que lo integran sobre la concubina que es la mayoría de los casos, la persona más desprotegida

⁹

INDABURU, Carlos Alberto, ESTRADA PIEDRAHITA, Gloria Cecilia. El concubinato en Colombia. p. 84.

en esta situación pudieran gozar de todos los derechos que la ley le confiere a las personas unidas en matrimonio. Sobre todo y en caso de muerte o separación, a que la mujer no quede económicamente desprotegida.

Pero, que pasa con el gran número de personas que por no estar libres de un círculo anterior, se ven obligadas a vivir en concubinato?. Considero que nuestra legislación al darle un mayor énfasis al derecho de familia debería poner sus ojos en estas personas, si existiera en nuestro país una separación del estado y la iglesia. Y el matrimonio civil fuera obligatorio para todos los ciudadanos, éstos tendrían una mayor posibilidad de recurrir al divorcio como remedio para su situación de incomprensión y así poder legalmente unirse a otra persona. De todas maneras, considero que el estado no debe descuidar a las familias que son producto de estas relaciones, porque al analizar muchas de ellas, se puede observar que en nada se diferencian de las derivadas del matrimonio o de un concubinato perfecto.

Resumiendo, el concubinato perfecto es un hecho social de tal magnitud que merece toda la atención del derecho, no solamente por la gran proporción en que se presenta, sino fundamentalmente, por ser fuente de la familia y ésta de la sociedad.

El legislador colombiano no se ha preocupado por tomar una posición definitiva a las manifestaciones concubinarias. Nuestra ley, no protege ni reprueba el

concubinato, trata de ignorarlo. Se dice que trata de ignorarlo, porque siendo las manifestaciones sociales tan notorias es imposible una actitud absolutamente pasiva.

La misma familia como fuente de la sociedad, no puede decirse que se encuentra armónica y suficientemente regulada. En nuestra Constitución Política actual, no se encuentra ningún artículo dedicado a erigir la familia como altar que merece todo el beneplácito del Estado, por ser célula primaria y esencial de la sociedad. En las cartas fundamentales a las de 1886, se consagraba una discriminación en contra de los varones que hacían vida marital por fuera del matrimonio, se consideraba ciudadanos a los varones que llegaban a cierta edad, o a los que hayan sido o sean "casados".

Puede decirse que la ley de nuestro país, ha consagrado sus preceptos en materia de unión libre propia, con el único y exclusivo fin de regular la situación del hijo habido fuera del matrimonio. En cuyo campo se ha avanzado en forma notable, llegando hasta el momento actual donde un hijo natural y un hijo legítimo son iguales ante los ojos de la ley.

Por fuera del campo de la filiación ilegítima, la ley se ocupa en muy pocos casos del concubinato, éstos en su gran mayoría, se refieren a logros alcanzados en el campo laboral para la mujer concubina. Pero el concubinato como tal no encuentra en nuestra legislación la protección que merece como núcleo familiar que es.

Este desgano legislativo frente a la familia, empieza desde la Constitución Nacional que no consagra ningún artículo que plasme la responsabilidad que tiene el estado de velar por la familia como célula primaria y vital de nuestra sociedad. Encontramos en ella solamente tres artículos que tocan más bien indirectamente aspectos familiares que no son propiamente un reconocimiento a la jerarquía de la institución familiar. Ellos son :

Artículo 23o. Nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en las leyes.

Artículo 25o. Nadie puede ser obligado en asunto criminal, correccional o de policía, a declarar contra sí mismo o contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad.

Artículo 50o. Las leyes determinarán lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes. Así mismo podrán establecer el patrimonio familiar inalienable e inembargable.

Se ha procurado regir a la institución familiar, aunque no de manera estructurada y armónica, por medio de disposiciones que se encuentran especialmente en los Códigos Civil, sustantivo del Trabajo, Penal y de Policía. Pero no existe una norma que establezca la obligación para el estado de proteger y custo-

diar la familia como institución, solo que tomándola en su forma integral, aunque existen leyes que dan garantías civiles y sociales a los miembros integrantes de la familia, considerados aisladamente. Estas leyes se nutren en el mandato constitucional del artículo 16. "Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del estado y de los particulares".

Es importante resaltar algunos de los logros alcanzados en el campo legal por la concubina o los derechos que hasta el momento la ley colombiana le ha reconocido :

1. En el campo laboral.

En la ley 90, de 1946 mediante la cual se estableció el seguro social obligatorio contra los riesgos de enfermedad, profesional o no profesional, de maternidad, de invalidez de accidentes de trabajo, de vejez y de muerte, para todos los trabajadores menores de 60 años, los hizo beneficiarios de pensión y de asistencia médico quirúrgica y farmacéutica, extensivos al viudo o viuda, a los ascendientes y descendientes legítimos o naturales y a falta de viuda será tenida como tal a la mujer con quien el asegurado haya tenido hijos, siempre que ambos hubieren permanecido solteros durante el concubinato; si en varias mujeres concurren estas circunstancias, solo tendrán un derecho proporcional las que tuvieron hijos del difunto (ley 90 de 1946), artículo 55.

Esta norma fué implementada mediante :

a) El acuerdo del Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales, número 536 de 1974 que dice : "Artículo 19 : la esposa del asegurado que hubiere cotizado un mínimo de cuatro semanas, tendrá derecho a las prestaciones asistenciales previstas en caso de maternidad. A falta de esposa tendrán derecho a las mencionadas prestaciones, la mujer con quién el asegurado está haciendo vida marital, siempre que sean solteros y que la compañera hubiere sido inscrita en Seguro Social con ocho meses de anticipación, por lo menos, a la fecha de iniciación del reposo prenatal. Este último requisito no se exigirá cuando se compruebe la existencia de hijos comunes".

Artículo 24: la esposa del asegurado o la compañera reconocida como tal por el seguro, cuando aquél deje de ser afiliado, tendrá derecho a las prestaciones sociales por maternidad siempre que la concepción haya ocurrido con anterioridad a la fecha de su retiro y que el asegurado hubiere cotizado un mínimo de cuatro semanas.

b) El Decreto 1848 de 1969, que hizo extensiva a la concubina del empleado oficial la asistencia médica y pediátrica, así :

Artículo 42. Asistencia médica para la esposa e hijos del empleado la entidad en previsión social a la cual está afiliado el empleado oficial, suministrará también asistencia médica por la maternidad a la esposa o compañera

permanente del afiliado, lo mismo que asistencia pediátrica a los hijos de éstas, hasta los seis meses de edad mediante el pago de tarifas económicas especiales.

c) La ley 12 de 1975 trasladó de concubino superstite del trabajador (público o privado) el derecho a la pensión de la cual no disfruta el fallecido por no haber llegado a la edad exigida.

Artículo 1o. El cónyuge superstite o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado trabajador del sector público, y sus hijos menores o inválidas tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si ésta falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrada para ello en la ley o en las convenciones colectivas.

La ley para todos estos eventos reconoce a la concubina el mismo derecho que tuviera la cónyuge legítima, con quién no concurre, esto es, habiendo consorte legítima, es ella la llamada al beneficio prestacional, siempre y cuando se encuentre presente y hubiere estado conviviendo con el trabajador fallecido; si hubiere estado separada, por su culpa o simplemente conviviera en infidelidad, es reemplazada -por ser preferida por la ley- por la concubina o esta compañera permanente del trabajador fallecido, caso éste en el cual la concubina excluye la cónyuge legítima.

Para los efectos de las prestaciones ya indicadas solo se exige como prueba del concubinato la confesión o la simple declaración del asegurado ante el Instituto de Seguros Sociales, desde cuya fecha se tomará el término a que lugar.

Acuerdo 536 de 1974 del Instituto de Seguros Sociales.

Artículo 33. Para la comprobación de la duración del tiempo de vida marital de que trata el artículo 55 de la ley 90 de 1946, únicamente se aceptará como prueba la declaración que ante el Instituto hubiere hecho el asegurado, de acuerdo con las normas reglamentarias que éste dicte, y el mencionado tiempo se contará solamente a partir de la fecha de dicha declaración.

Existen además algunos casos en los cuales considero que la ley debería tener en cuenta el concubinato y las personas que lo integran, entre otros y para tener un ejemplo podríamos citar:

a) El artículo 411 del Código Civil debería incluir a la concubina el concubino en la lista de personas a las cuales se les debe alimentos, el orden podría ser el siguiente :

1. Al cónyuge
2. A los descendientes legítimos
3. A los ascendientes legítimos.

4. A la mujer divorciada sin culpa suya (a cargo del cónyuge culpable, el cónyuge divorciado o separado de cuerpos sin su culpa. Ley de 1976, art. 23).
5. Al concubino o la concubina según el caso.
6. A los hijos naturales y su posterioridad legítima, (a los hijos naturales y su posterioridad legítima y a los nietos naturales, ley 75 de 1968, art. 31).
8. A los hijos adoptivos
9. A los padres adoptantes.
10. Al que hizo una donación cuantiosa sino hubiere sido rescindida o revocada.

La acción del donante se dirigirá contra el donatario.

No se debe alimentos a las personas aquí designadas en caso que una ley se los niegue.

Esta medida corregiría graves injusticias, cuando se termina el concubinato y la concubina en la mayoría de los casos queda ende esta unión.

b) En materia penal, es bien conocida la norma que exonera del deber de formular denuncia penal contra ciertas personas : dice el artículo 13 del Código Penal en concordancia con el artículo 25 de la Constitución Nacional.

"Nadie está obligado a formular denuncia penal contra sí mismo, contra su cónyuge o contra sus parientes, dentro del cuarto grado civil de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil".

Las razones que tuvo el legislador para excluir de este artículo al cónyuge, serían igualmente válidas para el concubino o concubina. Ya que lo que prima son los lazos de afecto que unen con la persona que ha cometido el hecho delictuoso.

También debería excluirse al concubino o concubina de la obligación de rendir declaración.

5. LA JURISPRUDENCIA FRENTE AL CONCUBINATO

Refiriéndonos concretamente al régimen patrimonial de los concubinos, encontramos que ante el vacío legislativo nuestra jurisprudencia a tenido que abordar las materias expositas, bajo tres supuestos principalmente :

- La sociedad de hecho
- Enriquecimiento injusto
- Contrato de trabajo.

En lo que hace a la sociedad de hecho entre concubinos, según la Corte Suprema de Justicia, hay que tener en cuenta :

- a) El concubinato, no crea por sí solo sociedad de hecho, ni comunidad de bienes.
- b) La sociedad de hecho admite dos : la que se forma en virtud de un consentimiento expreso y la creada por los hechos. En la sociedad creada por los hechos, se considera al consentimiento como tácito o implícito, es decir, da-

dos ciertos hechos y requisitos se presume tácitamente la voluntad de asociarse y puede entonces hablarse de sociedad creada por los hechos.

c) Aunque la cohabitación por sí no da nacimiento a ninguna compañía patrimonial, nada se opone a que se forme una sociedad de hecho entre el concubino y la barragana. Dicha sociedad generalmente se presenta bajo la forma de sociedad creada por los hechos.

d) Para que de los hechos pueda inducirse el consentimiento implícito y por lo tanto, reconocerse la sociedad creada de hecho o por los hechos, se requiere: que se trate de una serie coordinada de hechos de explotación común; que se ejerza una acción paralela y simultánea entre los presuntos asociados, tendiente a la consecución de beneficios; que la colaboración se desarrolle en pie de igualdad, por lo tanto, sin que medie ninguna relación de dependencia y 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.

e) Además para que pueda darse una sociedad creada de hechos entre concubinos se requiere, fuera de los requisitos anunciados y lógicamente los propios del contrato en general y los específicos de la sociedad, los siguientes adicionales: que el móvil determinante de ese contrato social no sea el de crear o mantener el concubinato, pues de serlo, el contrato sería nulo por causa ilícita; y que pueda distinguirse claramente la actividad común de los

concubinos en una determinada empresa creada con el propósito de obtener beneficios, del simple resultado de una vivienda en común y una intimidad en el manejo, conversación o administración de los bienes individuales o comunes.

f) Configurada como se ha expuesto la sociedad de hecho, el concubino y sus herederos tienen la "acción pro-socio" (por una sociedad) para hacer valer sus derechos, en la partición de los bienes adquiridos en común.

Frente al enriquecimiento injusto entre concubinos, la posición puede resumirse, así :

a) El concubinismo por sí mismo no supone el enriquecimiento injusto; sin embargo, por razón del concubinato puede configurarse siendo de muy remota ocurrencia.

b) Siguiendo a Bannecase, nuestra corte considera que los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa son dos : un elemento de hecho y uno de derecho.

El elemento de hecho consiste en la pérdida o desplazamiento de un valor que sale de un patrimonio en provecho de otro. El elemento de derecho se da cuando no existe ninguna justificación, en derecho, de ese desplazamien-

to o pérdida de valor.

c) Como nadie puede enriquecerse torticeramente a costa de otro, configurado el enriquecimiento sin causa surge la acción denominada *in rem verso*, para eliminar la pérdida patrimonial no justificable en derecho. Esta acción tiene carácter subsidiario, por tanto, no puede hacerse efectiva cuando el actor tiene otra vía (V.gr. acción pro-socio), o cuando el empobrecido teniendo otra acción la perdió por su culpa o por cualquier hecho. Además, como cosa que se cae de su peso el ejercicio de la acción no puede dirigirse a violar o desconocer una disposición imperativa de la ley.

d) Para que la acción prospere se exige entonces : que exista un enriquecimiento por parte del demandado y un empobrecimiento correlativo en cabeza del actor; que no exista ninguna causa justificada de derecho (legal o contractual) del empobrecimiento; que el demandante carezca de cualquier otra acción y que con ella no se pretenda soslayar una disposición imperativa de la ley.

Sobre la última posibilidad : el contrato de trabajo entre concubinos, es claro al igual que en los dos anteriores supuestos: el concubinato por sí mismo no supone la existencia del mencionado contrato. En la relación concubinal, al decir el Tribunal Supremo del Trabajo, no se prestan servicios de carácter laboral, ni existe subordinación jurídico, ni hay remuneración de índole asalariada.

No hay duda en aceptar que el contrato de trabajo difiere de las relaciones

sexuales extramatrimoniales, pero tampoco puede afirmarse que el concubinato excluye la relación laboral. Nada se opone para que se configuren los elementos de trabajo en la pareja concubinario. Pueden concurrir los dos tipos de relaciones, laboral y concubinal en una misma pareja siempre que no se confundan la una con la otra, sino que exista una distinción clara de que el servicio no se preste en consideración a la relación concubinaria, o como una simple colaboración espontánea a manera de "ama de casa".

La unión de hecho no implica para los concubinos ninguna merma de su capacidad "ni pérdida de aptitud para contratar en sus relaciones recíprocas".

Entre concubinos pueden celebrarse válidamente toda clase de contratos, siempre que la causa de éstos no sea la creación o fomento del "estado antimatrimonial".

Más aún, de nuevo dice la Corte, la nulidad absoluta con que el artículo tercero de la ley 28 de 1932 sanciona a las donaciones irrevocables y los contratos relativos a inmuebles (salvo el mandato general o especial), celebrados entre cónyuges, no es aplicable por analogía a los concubinos, ya que se trata de una sanción de carácter estricto y la ley no considera inconciliable la situación de los concubinos con dichas convenciones.

5.1 LA SOCIEDAD DE HECHO EN EL CONCUBINATO.

Actualmente y de acuerdo con nuestro sistema legal encuentro que el camino

más correcto al que se puede recurrir en caso de disolverse el concubinato por muerte o cualquier otra causa con el fin de reconocer derechos patrimoniales a los componentes del concubinato especialmente a la concubina, el de la sociedad de hecho.

Por esta razón procederá a estudiar más profundamente este tema, como principal salida legislativa en el campo patrimonial al problema del concubinato.

Para que ésta pueda formalizarse o por lo menos existir, deben estar presentes, y demostrarse, todos y cada uno de los elementos propios del contrato de sociedad, ya que es independiente de las relaciones puramente afectivas de los concubinos, cuyas relaciones no se pueden confundir con la empresa.

La Corte Suprema de Justicia, ha aceptado la posibilidad de las sociedades de hecho entre los concubinos dentro de las condiciones y límites que en este fallo se expresaron así :

"Las sociedades de hecho, se dividen en dos clases así : 1a) Las que forman en virtud de un consentimiento expreso y que, por falta de uno o de varios o de todos los requisitos o de las solemnidades que la ley exige para las sociedades de derecho, no alcanzan la categoría de tales. 2a.) las que se originan en la colaboración de dos o más personas en una misma explotación y resultan de un gran conjunto o de una serie coordinada de operaciones que efectúan en común esas personas y de las cuales se induce un consentimiento im-

plícita".¹⁰

Contra el reconocimiento de las sociedades de hecho de la segunda clase, que los expositores llaman sociedades creadas de hecho o por los hechos, no puede alegarse que la sociedad es un contrato que no se firma sino por manifestaciones recíprocas y concordantes de la voluntad de las partes y que este elemento fundamental no existe en esas denominadas sociedades de hecho; en éstas tal acuerdo no falta; lo que acontece es que se acredita por medio de una presunción.

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

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

- a) Que se trate de una serie coordinada de hechos de explotación común.
- b) Que se ejerza una acción paralela y simultánea entre los presuntos asociados, tendientes a la consecución de beneficios;

10

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de noviembre 20 de 1935.

c) Que la colaboración entre ellos se desarrolle en pié de igualdad, es decir, que no haya estado uno de ellos, con respecto al otro u otros, en 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 este excluido de una participación activa en la dirección, en el control y en la supervigilancia de la empresa;

d) Que no se trata de un estado de simple indivisión, de tenencia, guarda, conservación o vigilancia de bienes comunes, sino de verdaderas actividades encaminadas a obtener beneficios.

Si la sociedad, -lo que es muy frecuente- se ha creado de hecho entre los concubinos, será necesario que medien, además, para poderla reconocer, estas dos circunstancias adicionales :

a) Que la sociedad no haya tenido por finalidad crear, prolongar, fomentar o estimular el concubinato, pues si ésto fuere así, el contrato sería nulo por causa ilícito, en razón de su móvil determinante. En general, la ley ignora las relaciones sexuales fuera del matrimonio, sea para hacerlas producir efectos, sea para deducir de ellas una incapacidad civil, y por ello, en principio, no hay obstáculo para los contratos entre concubinos, pero cuando el móvil determinante en esos contratos es de crear o mantener el concubinato hay lugar la nulidad por aplicación de la teoría de la causa.

b) Como el concubinato no crea por sí solo comunidad de bienes, ni sociedad de hecho, es preciso para reconocer la sociedad de hecho entre concubinos, que se pueda distinguir claramente lo que es la común actividad de los concubinos en una determinada empresa creada con el propósito de realizar beneficios, de lo que es el simple resultado de una común vivienda y de una intimidad extendida al manejo, conservación o administración de los bienes de uno y otro, o de ambos.

Según sentencia de febrero 23 de 1976, para que exista la sociedad de hecho entre concubinos, se requiere la presencia de todos los elementos generales del contrato. Este dice :

"De acuerdo con la doctrina de la Corte, para el reconocimiento judicial de una sociedad de hecho entre concubinos, es indispensable que aparezcan los elementos propios del contrato en general, los que corresponden específicamente al de sociedad, y además los que exige la sociedad celebrada por dos sujetos unidos por relaciones sexuales estables y notorias.

Y así, es preciso que los constituyentes sean legalmente capaces, que pres-
t en su consentimiento, que los mueva una causa lícita y que su voluntad re-
caiga sobre un objeto lícito; y es menester, además, que los asociados hagan
aportes, que persigan beneficios, que ostenten *Affectio Societatis* e intención
de repartirse las ganancias o las pérdidas que resulten de la especulación.

No son suficientes, sin embargo, los anteriores presupuestos para reconocer una sociedad de hecho entre concubinos. A ellos jurisprudencialmente se han agregado los siguientes :

- a) Que se trate de la actividad de esas dos personas en una actividad común, cuyo fin no sea formar el concubinato;
- b) Que esa común explotación de una empresa por los amantes aparezca nítidamente como tal, y no se presente como un aspecto de la común vivienda extendida al manejo de los bienes suyos".¹¹

La sociedad de hecho entre los concubinos, tiene su iniciación en el momento en que se inicia el concubinato (Código Civil, artículo 2091) y como no tiene duración obligatoria, se puede pedir su terminación en cualquier momento por cualquiera de las partes, en este caso de los concubinos (C. de Co. artículos 505. C.c., artículo 2034).

Igualmente termina cuando se extingue el concubinato formado por cualquiera de los medios al efecto viables.

La sociedad (regular, irregular o de hecho), formada entre concubinos es susceptible de desaparecer frente a cualquiera de las causales capaces de exterminarla.

¹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de febrero 23 de 1976.

5.2 PROCESO DE DISOLUCION

La presencia de alguna causal suficiente para acabar con la sociedad deformada por concubinos, genera un proceso de extinción que comprende la disolución, la liquidación, la partición y la adjudicación del acervo común.

5.3 CAUSALES DE DISOLUCION

5.3.1 En la sociedad regular.

Cuando se ha formado y existe sociedad regular entre concubinos, las causas de disolución de aquella serán las mismas causales que los estatutos, la ley (vencimiento del término de duración, imposibilidad de realizar el objeto social, el agotamiento de tal objeto social, la extinción de la cosa cuya explotación constituye su objeto, la declaración de quiebra, etc, si se trata de sociedad comercial, o bien por decisión judicial).

5.3.2 En la sociedad de hecho.

Además de las causales de disolución impuestas por la ley o por decisión judicial, la muerte de uno de los concubinos o el mutuo acuerdo entre aquellos, son las causales más frecuentes de disolución de la sociedad de hecho entre aquellos formada.

5.3.3 Por terminación de la cohabitación o de la vida marital.

Conforme a la jurisprudencia colombiana, la sociedad de hecho entre los concubinos, además de reunir los elementos generales del contrato, exige su constitución y existencia como comunidad de empresa o trabajo, en forma independiente de la comunidad de vida o de la cohabitación entre los concubinos y siendo posible la subsistencia de una sin la otra (la sociedad de hecho sin vida marital y la vida marital sin sociedad de hecho), cabe preguntar si la terminación de la vida marital (existente entre concubinos), también disuelve la sociedad de hecho entre ellos formada. Para algunos, aquella sociedad de hecho - o comunidad de bienes- puede sobrevivir a la extinguida vida marital, si así es la voluntad de los concubinos quienes pueden así aún formalizarla; para otros, en cambio, extinguida marital o el matrimonio aparente de los concubinos, también desaparece toda comunidad de bienes entre aquellos formada, en virtud de que aquella vida íntima fué la causa y la razón de la sociedad de bienes, al igual que el vínculo del matrimonio origina la sociedad conyugal, sin que pueda subsistir sin aquél; de allí se sigue como norma, el que desaparecida la vida marital cesa, también, el esfuerzo y la común actividad patrimonial de los concubinos, tanto más cuando dicha sociedad de hecho, frente a terceros, no tiene trascendencia.

5.4 DURACION DE LA SOCIEDAD DE HECHO

La sociedad de hecho entre concubinos no tiene duración obligatoria, sobre tal

punto encontramos que aunque la sociedad se disuelve, como lo preceptúa el artículo 2125 del Código Civil "por la finalización del negocio para que fué contraída", también lo es que hay normas sustantivas especiales que rigen la vida jurídica de la sociedad de hecho, entre las cuales se halla el artículo 2083 ibidem, que faculta a cualquiera de los socios para pedir en cualquier tiempo la liquidación de sus operaciones, debiéndose efectuar tal liquidación como lo dice expresamente otro precepto especial, de acuerdo con las normas establecidas para la partición de bienes hereditarios. La Corte en casación de diciembre 10 de 1925, dijo: "Cualquier socio puede pedir que se liquiden las operaciones anteriores para sacar su propio capital, que (sin desprenderse de su dominio), hubiere puesto al servicio de su negocio común con o sin intereses; restitución que puede hacerse antes de toda participación de beneficios. 12

5.5 LIQUIDACION DEL PATRIMONIO CONCUBINARIO

Esta implica la realización de varias operaciones tendientes a definir las relaciones jurídico-económicas, del patrimonio concubinario para con los concubinos. Tales operaciones son en fundamento, la de terminación del activo, la cancelación del pasivo y la partición o adjudicación del remanente. Es importante aclarar que esta liquidación puede pedirse en cualquier momento.

12

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Casación de diciembre 10 de 1925.

5.5.1 Determinación del activo

En la determinación del activo del patrimonio concubinario, no es posible exigir ni confeccionar, como lo es en la liquidación de la sociedad conyugal, el respectivo inventario de los bienes comunes, la restitución de los bienes propios de los concubinos, ni la liquidación de recompensas, pues los mecanismos propios de la sociedad conyugal no es posible aplicarlos a las relaciones concubinarias patrimoniales (regidas por el principio de enriquecimiento sin causa -cuando entre concubinos no existe o no se puede probar contrato alguno-, o por la naturaleza del contrato entre aquellos celebrados fiducia, mandato, cuentas en participación, la misma sociedad) bastando determinar, cuáles son los bienes propios de los concubinos (o sean los adquiridos después de tal iniciación, pero, a título gratuito), y como bienes comunes aquellos que emanan o soportan una relación de causalidad respecto del trabajo o actividad de empresa de los concubinos y los bienes, debe haber una relación de causalidad, para que tales bienes formen y hagan parte del patrimonio concubinario.

5.5.2 Cuáles son los bienes concubinarios

Reconocida la sociedad de hecho, en cualquier momento puede procederse a su liquidación, a solicitud de uno cualquiera de los concubinos aunque generalmente el problema de liquidación suele presentarse a la muerte de uno de ellos.

Los bienes a que se extiende la liquidación de la sociedad de hecho entre concubinos, son :

1) Los adquiridos con posterioridad a la constitución del estado de concubinato y a título oneroso, es decir, como fruto del trabajo e industria de los concubinos. No comprende los bienes que alguno de los concubinos hubiere tenido antes de asociarse con el otro concubino o los adquiridos durante el estado de concubinato a título gratuito (herencias, donaciones).

Existe cierto paralelismo entre la sociedad de hecho en el concubinato y la sociedad conyugal producto del matrimonio, aunque tal paralelismo no es total.

Si el concubino tiene negocios y bienes tanto en Bogotá como en Girardot; la relación de concubinato, se establece en Girardot y la concubina se encuentra asociada a los negocios de esta ciudad, careciendo de influencias en los negocios de Bogotá. Aquí la sociedad de hecho existe solo para los bienes del municipio del domicilio de la concubina. Esta diferencia no existe en la sociedad conyugal.

Por este motivo, a dicho la Corte que debe existir un criterio de causalidad entre la asociación de hecho y los bienes provenientes de la misma.

2. Determinados los bienes de la sociedad de hecho, es necesario proceder a repartirlos en dos partes iguales : uno para cada concubino.

El pasivo concubinario y los derechos de terceros : las circunstancias en que se pueden ubicar los terceros acreedores y contratantes de los concubinos son diferentes, así :

- a) Cuando existe sociedad regular entre concubinos
- b) Cuando existe sociedad de hecho entre concubinos
- c) Cuando existe contrato distinto -de la sociedad- entre concubinos
- d) Cuando no existe la sociedad, ni contrato alguno entre los concubinos.

En la primera eventualidad, los terceros que hayan contratado con la sociedad regular o con los concubinos a título personal, se regirán por las normas generales, por ser cada uno de los contratantes sujeto autónomo de derecho.

En la sociedad de hecho : como la sociedad de hecho no tiene personería jurídica, los terceros que contraten, bien con cada uno de los concubinos (socios) o con la presunta sociedad de hecho, tienen como garantía la solidaridad; activa y pasiva, de los concubinos, pues las obligaciones y derechos contratadas por una tal sociedad, se presumen contraídas o adquiridas a cargo o en favor de los mismos concubinos quienes deben responder en forma ilimitada ante terceros con su propio patrimonio.

Cuando existe contrato entre los concubinos (fiducia, mandato, cuentas en participación, etc), la responsabilidad de los concubinos frente a terceros, se regirá por las normas propias de cada uno de tales contratos.

5.6 PARTICION DEL ACERVO CONCUBINARIO

Una vez realizadas, las operaciones antes mencionadas (determinación del activo o bienes concubinarios, identificado el pasivo común), se procederá a la partición del residuo, saldo o remanente que de tales bienes comunes quede, adjudicando a los concubinos o a sus herederos, partes iguales, o proporcionales conforme al acuerdo entre los concubinos a prorrato de los aportes y beneficios, en la cuantía señalada por el juez o conforme a las reglas de la partición de la herencia (C.C artículo 2141) o mediante liquidación especial (C. de Co, artículos 506, 228 y ss.) según las circunstancias.

Según sentencia de noviembre 5 de 1960, la partición de los bienes de la sociedad de hecho entre concubinos puede realizarse conforme al acuerdo de los mismos, a prorrata de los aportes y beneficios o en la cuantía señalada por el juez. Esta dice textualmente :

"Esta dicho que entre concubinos no puede existir una sociedad conyugal, pero que si es posible la formación por pacto expreso o tácito de una compañía de otra índole. La liquidación de esta sociedad contractual o formada de hecho o por los hechos, esta sujeta a los preceptos comunes, salvo cuando se anula la compañía por un vicio de fondo o de forma. Entre estos preceptos figuran los artículos 2092, 2094 y 2095 del Código Civil. La primera de estas normas dispone que los socios pueden acordar el modo de dividir las ganancias y

pérdidas.

El artículo 2094 prescribe que, a falta de estipulación, los beneficios deben distribuirse a prorrata de los aportes y las pérdidas a prorrata de la división de beneficios. Y el artículo 2095 establece que cuando uno de los socios solo contribuye con su industria, servicio o trabajo y no hay estipulación sobre su cuota de beneficios, corresponde al juez señalar esta cuota, en caso necesario.

El señalamiento de tal cuota es asunto que la ley difiere en este último caso a la facultad discrecional del juzgador, quien ha de tener en cuenta todos los factores que lo induzcan a tomar una decisión equitativa, tales como la importancia del aporte en industria o trabajo, la eficacia de la colaboración prestada por el socio industrial y la prosperidad de la empresa o negocio común". Sentencia de noviembre 5 de 1960. M.P. Dr Enrique López de la Pava.

13.

¹³ ALEJO CAÑAS, Pedro. op. cit. p. 207.

6. EFECTOS Y CONSECUENCIAS DEL CONCUBINATO

Del concubinato surgen efectos o consecuencias que resultan de gran importancia socio-jurídica, tales como la filiación de los hijos concubinarios -la cual trae los derechos y las obligaciones que los padres tienen para con los hijos y de éstos para aquellas-; las obligaciones y los derechos que surgen entre concubinos y los efectos puramente patrimoniales y los mismos concubinos y respecto a terceros.

6.1 EFECTOS PERSONALES

Celebrado el matrimonio, los cónyuges se deben mutuamente respeto, fidelidad y auxilio. Deben convivir en un mismo sitio. Comparten la responsabilidad y el gobierno de la familia, así como la patria potestad sobre los hijos. La violación de estos deberes u obligaciones acarrea sanciones.

En la unión de hecho, las situaciones expuestas son de facto. La pareja se respetará, se guardará fidelidad y se auxiliará mutuamente obedeciendo solo a sus sentimientos personales de afecto y lealtad.

En estos aspectos la ausencia de normas y efectos jurídicos no es tan grave puesto que la norma sola no podría imponer respeto, fidelidad y lealtad que son producto de un sentimiento personal, cualquiera el tipo de unión al que se haga referencia.

6.2 DERECHOS Y OBLIGACIONES PERSONALES ENTRE CONCUBINOS

Una de las consecuencias previstas, es precisamente, la inexistencia de obligación legal recíproca alguna, propia de las que surgen del matrimonio (cohabitación, fidelidad, ayuda, fe, dirección del hogar y la familia), en tal forma que si uno de los dos concubinos no quiere permitir el acceso, a su casa o habitación, al otro, aquél no tiene acción ni derecho para impedirlo; ni podrá invocar la infidelidad de su concubino para disolver la comunidad de hecho, ya que no existe vínculo jurídico alguno, ni le existe acción o derecho para exigir u obligar a su concubino a servirle alimentos; tampoco puede exigir un concubino al otro ayuda y reserva espiritual, física, económica o procesal, pues los artículos 13 y 239 del C.P.P. no excluyen al concubino de la obligación de denunciar o rendir testimonio contra el concubinato.

6.3 EFECTOS SOCIALES

6.3.1 La Procreación

La existencia o no de matrimonio, determina los primeros dos de los tres ti-

pos de filiación que hoy recogen los ordenamientos jurídicos positivos, o sea, a la filiación legítima (o matrimonial), b) la ilegítima o (extramatrimonial) y, c) La adoptiva. Si existen el matrimonio el niño nace bajo el amparo de la protección matrimonial. Si no nace sin la protección de presunción legal alguna y tiene ante sí tres posibilidades :

a) El reconocimiento voluntario que hagan sus padres de su respectiva paternidad y maternidad, especialmente la primera, pues la segunda surge de un hecho biológico indiscutible.

b) En ausencia del acto voluntario de uno de los padres, la acción de declaración o reconocimiento judicial que varía en cada sistema jurídico, respecto al procedimiento.

c) Ser un expósito y, por tanto, recibir distintos tratamientos según el sistema jurídico respectivo y el tipo de sociedad donde este hecho se presente.

A pesar de los esfuerzos para llegar a una igualdad, entre los diversos casos que se presentan de filiación, sigue imperandosen la mente de los legisladores, las diferencias entre familia legal y familia natural, y aunque a los hijos producto de estas uniones se les dá en nuestro país un tratamiento casi igual, sería necesario eliminar las normas que establecen la doble filiación y en su lugar establecer un adecuado procedimiento de inscripción de los hijos en los registros del estado civil.

6.4 EFECTOS PATRIMONIALES

En la Legislación Colombiana, como ya se ha dicho regula en forma expresa la filiación y los derechos patrimoniales de los hijos extramatrimoniales (habidos o no del concubinato); reserva los derechos y obligaciones personales para el hombre y la mujer unidos por el vínculo del matrimonio y guarda hermético silencio sobre los efectos patrimoniales de la misma figura. A pesar de esto, la doctrina y jurisprudencia, a fin de llenar dicho vacío legislativo, han venido construyendo estructuras para dar adecuadas respuestas, a estas necesidades sociales.

Como son muy diversas las circunstancias en que los concubinos forman, cultivan o desarrollan su vida común, igualmente resultan diversas las formas o figuras a las que es necesario acudir en la regulación del patrimonio común de aquellos, resultando que : cuando el concubinato no trasciende el campo matrimonial por no pasar del efectivo o sentimental, no se genera relación patrimonial alguna.

Puede suceder que entre un hombre y una mujer exista vida marital a la manera de los casados, sin que ninguno se preocupe por la adquisición, administración o producción de algún bien, durante la vida en común, o bien, cada uno de los concubinos administra y dispone (previo pacto sobre el particular), por separado, de sus propios bienes, en forma tal que las relaciones concubina-

rias se limitan al campo puramente efectivo, sentimental o sexual.

En esta eventualidad no existe, ni se presenta consecuencia o relación patrimonial que considerar o someter a efecto legal.

A este respecto, se refiere al doctor Germán Giraldo¹⁴ : "La sociedad conyugal, es pues, en un efecto propio del matrimonio legítimo, no, del hecho de la convivencia o cohabitación de los casados, o una creación de la simple voluntad de éstos.

Quienes hayan celebrado matrimonio que no produzca aquellos efectos o quienes sin casarse entre sí, se hayan unido para vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente, aunque convivan bajo un mismo techo y de manera pública y estable, a la manera de los legítimamente casados, carecen de derecho para reclamar, fundados únicamente en que existe la unión concubinaria, que se les otorgue participación en las utilidades que su compañero haya obtenido durante el tiempo que han cohabitado. Ni a la concubina, ni al concubinario, por el solo hecho de ser tales, les confiere la ley derecho alguno sobre los bienes que su amante haya adquirido durante el tiempo en que la unión se haya desarrollado.

El concubinato, pues no genera por sí ningún tipo de sociedad o de comunidad de bienes entre los concubinos. La cohabitación, per se, no da naci-

miento a compañía patrimonial" (C.S.J. Casación de octubre 18 de 1963

M.P. Dr. Germán Giraldo.¹⁴

Sobre el mismo tema es la sentencia de agosto 26 de 1966, de la que también fué magistrado ponente el doctor Germán Giraldo.

La vida efectiva de los concubinos puede subsistir separada e independiente de toda relación patrimonial entre ellos.

"Ni el adulterio, ni siquiera el amancebamiento generan por sí solos sociedad de hecho entre los amantes. El desarrollo de su vida sexual bien puede transcurrir, y en muchos casos así sucede, a espaldas de los que pudiera denominarse la actividad económica individual de cada uno. En veces, concubinario y concubina comulgan únicamente en su vida afectiva. Es decir, que en común, solo tienen el lecho y la vida de los afectos; pero andan disociados en la actividad económica, en las gestiones que pueden producir lucro, como quiera que esta actividad la ejercen el uno en forma independiente del otro, es decir, por caminos distintos que no conducen a la misma meta. En una palabra, no existe en esta esfera propósito de asociación. Como necesariamente, no hay lo que la doctrina ha llamado affectio societatis, entre ellos no se forma sociedad de hecho."¹⁵

14

ALEJO CAÑAS, Pedro. op. cit. p 188.

15

ibid. p. 188.

6.5 PROYECTOS DE LEY SOBRE EL CONCUBINATO

Son varias las propuestas legislativas que hacen referencia al problema del concubinato en nuestro país, todos muestran la inquietud de diferentes sectores porque este problema sea tomado por la ley para señalarle un camino más justo.

Entre ellos el que me parece se ajusta más a nuestra realidad Colombiana es el presentado por la señora Nahir Saavedra de Devis, que figura como anexo en el presente trabajo.

Es sobre todo importante resaltar que en este proyecto se cubija el concubinato en todas sus formas, o sea el simple y el imperfecto.

Los demás proyectos revisados solamente tienen en cuenta el concubinato perfecto.

Entre ellos podríamos citar :

Proyecto Plata Nieto presentado por el doctor José Ignacio Plata Nieto en el Seminario Nacional sobre jurisprudencia y legislación de familia celebrado por el ICBF, en octubre de 1976 dice :

Para efectos legales se considera que existe concubinato después de cinco años de convivencia entre un hombre y una mujer sin impedimento para contraer matrimonio.

Presume una comunidad de bienes cuando ambos hombre y mujer han contribuido con su trabajo a la formación o aumento del patrimonio.

Dá las reglas para la liquidación en caso de muerte.

Tiene para mí este proyecto dos vacíos :

El primero, no tener en cuenta el concubinato imperfecto.

El segundo, exigir que el patrimonio haya sido conseguido entre ambas partes o sea que deben ambos demostrar el trabajo efectivo para la consecución de dicho patrimonio lo cual dejaría por fuera a un grueso grupo de mujeres que se dedican a las labores del hogar.

Proyecto del Foro Nacional de Mujeres.

Fué presentado en el primer foro Nacional de mujeres de 1977 por la representante del Quindío siendo elaborado por la doctora Ruth Figueroa de Correa.

Pretende dar solución y consagrar los derechos de los concubinos a través de la sociedad de hecho. Considero poco útil esta propuesta puesto que el camino de alegar la sociedad de hecho ya está instituido en nuestra legislación.

CONCLUSIONES

1. Por la gran variedad de formas matrimoniales existentes entre nuestros aborígenes y de la ausencia de una prescripción legal clara de la forma como debía realizarse la unión entre un hombre y una mujer, no se podría decir que existiera el concubinato en nuestro país antes de la época de conquista. Con la llegada de los españoles, vino también la aparición de la familia legal; la constituida de acuerdo con las leyes hispánicas y por lo tanto el nacimiento de la familia consensual: uniones por fuera de lo prescrito en las normas españolas. La primera causa que se encuentra como determinantes de la existencia de las uniones de hecho, es la composición étnica. La raza blanca forma uniones dentro de la ley mientras que la india especialmente la negra, por la discriminación a que fué sometida y la incansante movilización por razones de trabajo, además de sus costumbres, forman uniones ilegítimas.

Es importante tener en cuenta que esta causa del pasado sigue conservando influjo en nuestros días; ello es claro al analizar la composición étnica de las subregiones culturales colombianas y los tipos de familia. Como legado cultural indios se encuentran en el país la unión extramatrimo-

nal denominada anafío o matrimonio a prueba. El llamado madre solterismo, antes de ser una especie de unión libre, es más bien consecuencia de las uniones transitorias o esporádicas y del concubinato simple.

2. Entre las principales causas que generan en nuestro país uniones extra-matrimoniales, podemos mencionar fuera del factor étnico las categorías de ingreso, los niveles educativos y la posición social de la pareja. En la medida que el ingreso sea menor, son mayores las uniones fuera de matrimonio; igual hecho sucede con respecto a los niveles educativos; en las personas que solamente han realizado estudios primarios incompletos se presentan los más altos índices de uniones de hecho, por último, es en la clase social baja donde se encuentran las cifras más significativas de estas uniones.
3. Otros factores que concurren a la formación del concubinato ilegítimo, serían : el silencio legislativo, la falta de protección social , las nuevas creencias religiosas, la pérdida de los valores y la relajación de las costumbres, la jerarquización de las relaciones heterosexuales por el machismo y las diferencias sociales y culturales dentro de la familia rural y la urbana. Ante el silencio de nuestros legisladores, el varón se siente sin ninguna atadura por responsabilidades en las incursiones que lleva a cabo por fuera del matrimonio y por lo tanto hace y deshace a su antojo y placer.

4. El concubinato es un hecho social de tal magnitud que merece toda la atención del derecho, no solamente por la gran proporción en que se presenta, sino por ser fuente de la familia y ésta de la sociedad.
5. El legislador colombiano no se ha preocupado por tomar una posición definida ante las manifestaciones concubinarias. Nuestra ley no protege ni reprueba el concubinato, trata de ignorarlo, porque siendo las manifestaciones sociales tan notorias es imposible una actitud absolutamente pasiva.
6. La familia como fuente de la sociedad, no puede decirse que se encuentra armónica y suficientemente regulada. En nuestra constitución actual, no se encuentra ningún artículo dedicado a erigir la familia como altar que merece todo el beneplácito del estado, por ser célula primaria y esencial de la sociedad. Para lo único que nuestra ley ha consagrado sus preceptos, en materia de unión libre propia, ha sido para regular la situación del hijo habido por fuera del matrimonio. Por fuera del campo de la filiación ilegítima, la ley no parece ocuparse para nada del concubinato.
7. La doctrina y la jurisprudencia han tratado de llenar el vacío dejado por la falta de legislación en esta materia, en lo que se refiere al régimen patrimonial. En lo que se refiere a la sociedad comercial de he-

cho, hay que tener en cuenta :

- Que el concubinato no crea por si solo sociedad de hecho, ni comunidad de bienes;
- Que aunque la cohabitación por si sola no da lugar a una sociedad patrimonial, nada se opone a la formación de ella. Además para que exista la sociedad patrimonial, comercial o civil de hecho, deben tenerse en cuenta los siguientes requisitos :
 - a) Que se trate de una serie de hechos de explotación común productora de riqueza.
 - b) Que se realice una acción o actividad conjunta entre los socios con el fin de obtener beneficios;
 - c) Que la cooperación sea de ambas partes aún cuando no sea igual.

Solamente de esta manera el concubino y sus herederos tienen acción para hacer respetar sus derechos en la partición de los bienes que adquirieron en forma común.

8. En cuanto a la tesis de enriquecimiento sin causa no la compartimos por-

que el mero concubinato y las actividades mutuas productoras de riqueza no producen el enriquecimiento del concubino a costa del empobrecimiento de la concubina y tampoco existe el requisito de que el demandante carezca de cualquier otra acción civil, puesto que tiene la sociedad de hecho.

9. Con referencia al contrato de trabajo entre concubinos, el concubinato que tiene por sí mismo, no supone la existencia del mencionado contrato, además ésta tesis perjudica a la concubina en sus relaciones concubinarias al impedir la existencia de la sociedad de hecho.

Según el Tribunal Supremo del Trabajo, no se prestan servicios de carácter laboral, no existe subordinación jurídica ni hay remuneración de índole asalariado. El contrato de trabajo difiere de las relaciones sexuales extramatrimoniales, pero tampoco puede afirmarse que el concubinato excluya la relación laboral. Nada se opone para que se configure los elementos de trabajo en la pareja concubinaria. Pueden concurrir los dos tipos de relaciones, laboral y concubinaria en una misma pareja, siempre que no se confunda la una con la otra, sino que exista una distinción clara de que el servicio no se presta en consideración a la relación concubinaria, o con una simple colaboración espontánea a manera de "ama de casa".

10. La unión de hecho no implica para los concubinos ninguna merma de su

capacidad "ni pérdida de aptitud para contratar en sus relaciones recíprocas". Entre concubinos, pueden celebrarse válidamente toda clase de contratos, siempre que la causa de éstos no sea la creación o fomento del "estado matrimonial".

11. En el caso de los hijos extramatrimoniales y producto del concubinato sobre todo me parece importante, que haya una forma de acelerar su reconocimiento.

En la actualidad se llega a él por :

a) La vía judicial

b) Extraproceso por interrogatorio de parte anticipado ante el juez en el cual se produzca la confesión.

Serfa importante establecer un proceso verbal concentrado y rápido ojalá ante jueces de una jurisdicción especial de familia para la cual existe un proyecto elaborado en 1974 por una comisión designada por el gobierno de López Michelsen.

Actualmente, existe otro proyecto basado en el anterior, elaborado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y respaldado por los ante-

riores ministros de Justicia, Felio Andrade y Bernardo Gaitán Mahe-
cha.

BIBLIOGRAFIA

AMEZQUITA DE ALMEIDA, Josefina. Lecciones de derecho de familia. Edit. Temis, Bogotá, 1980.

CODIGO CIVIL COLOMBIANO. Edit. Temis, Bogotá, 1981.

CAÑON RAMIREZ, Pedro Alejo. Sociedad Conyugal y concubinato. Edit. A.B.C. 1983.

FERRUFINO DE, Ligia. La familia ante la ley, Biblioteca de Ciencias Humanas, Universidad Nacional, Bogotá, 1981.

INDABURU LIZARRALDE, Carlos Alberto y ESTRADA P. Gloria Cecilia. El concubinato en Colombia sus derechos y obligaciones. Librería Jurídica Wilches. Bogotá, 1980.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho de familia. Librería Jurídicas Wilches, Bogotá, 1982.

_____. Matrimonio civil y divorcio en la Legislación colombiana. Edit. Temis, Bogotá, 1977.

RADRESA, Emilio. Sociedades de hecho. Edic. de Palma. Buenos Aires, 1977.

REGIMEN LABORAL COLOMBIANO. Edit. Legislación Económica, Bogotá, 1983.

VALENCIA ARANGO, Jorge. La concubina en el derecho colombiano, sentencia del Consejo de Estado. Ediciones Lex, Bogotá, 1980.

SAAVEDRA DE DEVIS, Nahir. Proyecto de ley 14 de 1980.

GUTIERREZ DE PINEDA Virginia. Familia y cultura en Colombia, Biblioteca Básica Colombiana, Instituto Colombiano de Cultura, Bogotá, 1975.

ANEXO 1. Proyecto de ley por el cual se legisla sobre la protección patrimonial a los concubinos (Nahir Saavedra de Devis Parlamentaria).

Me pareció muy importante que este trabajo, estuviera acompañado de un proyecto de ley, relacionado con el concubinato, es decir, una propuesta formal a la Legislación Colombiana para que se regule dicho tema. Existen varios proyectos y propuestas con relación al concubinato. Pero veo éste, presentando por la parlamentaria Nahir Saavedra de Devis, como el más completo, y sobre todo encuentro en él lo que para mí debería tener una disposición sobre el concubinato; y es que no se haga diferenciación entre la concubina del concubinato perfecto o simple y la concubina del concubinato plural. Los proyectos en los que sólo se tiene en cuenta el concubinato perfecto, están cayendo en una injusticia y una marcada discriminación para la mujer que es la que se vé afectada directamente por este olvido.

El proyecto, es el siguiente :

Proyecto ley 14 de 1980: Por el cual se legisla sobre protección patrimonial a los concubinos.

El Congreso de Colombia, en uso de sus facultades constitucionales,

DECRETA:

Artículo 1o. Sociedad Patrimonial y Derecho en ella. El hecho de vivir por dos años o más continuos en estado de concubinato, crea una sociedad patrimonial entre concubinos. Con efectos desde la iniciación de aquél.

No existirá dicha sociedad patrimonial cuando la mujer tuviera simultáneamente varios concubinos.

Cuando el hombre tuviere simultáneamente varias concubinas, existirá sociedad patrimonial con cada una, pero aquél no tendrá participación en los bienes adquiridos por éstas.

Artículo 2o. A cada uno de los concubinos le corresponderá el 50% del haber líquido de la sociedad patrimonial que entre ellos exista.

No obstante, si un mismo concubinario tuviera simultáneamente varias concubinas, durante el tiempo que hubiera ocurrido tal coexistencia de concubinatos, los bienes adquiridos por el concubino común que dea acuerdo con los artículos 4o. y 5o, corresponderían a la concubina de existir un solo concubinato, y a cada una de éstas le corresponderá además la totalidad de los bienes adquiridos por ella dentro de su respectivo concubinato.

Artículo 3o. La existencia del concubinato podrá probarse, para los efectos de

su liquidación, con el reconocimiento expreso de ambos concubinos contenido en testamento, escritura pública, documento privado reconocido ante juez o notario, o interrogatorio judicial extraprocés de parte.

Si no hubiere alguno de los medios acabados de mencionar, la existencia del concubinato deberá probarse mediante sentencia ejecutoriada del proceso ordinario.

Artículo 4o. Haber de la sociedad : si durante el concubinato, ninguno de los concubinos ha tenido sociedad conyugal con tercera persona, el activo de la sociedad patrimonial entre aquellos estará formado por el 50% de los bienes que tratan los artículos 1781 a 1804 del Código Civil, adquiridos por cualquiera de aquellos durante la existencia del concubinato. El otro 50% será ajeno a la sociedad concubinaría.

Artículo 5o. Cuando alguno de los concubinos tenga sociedad conyugal vigente con tercera persona, durante la existencia del concubinato, el haber de la sociedad patrimonial entre aquellos estará formado por los siguientes bienes :

1. Por el 50% de los que el concubino, que no haya tenido sociedad conyugal vigente durante la existencia del concubinato, hubiere adquirido durante éste, siempre que se trate de los determinados en los artículos 1781 a 1804 del C6-

digo Civil.

2. Por el 50% de los bienes de que tratan los mencionados artículos del Código Civil, que el concubino que hubiere tenido simultáneamente sociedad conyugal con tercera persona, haya adquirido durante el concubinato antes de construirse dicha sociedad conyugal o después de la disolución de ésta.

3. Por el 25% del valor que en el momento de disolverse el concubinato tenga el patrimonio líquido de la sociedad conyugal que exista entre el concubino y tercera persona, en bienes adquiridos durante la existencia simultánea de la sociedad conyugal y del concubinato; el otro 25% será bien propio del concubinario, y el 50% restante corresponderá, por gananciales, al cónyuge de dicho concubino.

Artículo 6o. Si ambos concubinos tuvieran sociedad conyugal con terceras personas, durante el concubinato, el haber de la sociedad conyugal entre aquellos estará formado por los bienes a que se refieren los ordinales 3o. del artículo anterior.

Artículo 7o. Disolución de la sociedad : la sociedad patrimonial entre concubinos se disuelve:

1. Por mutuo consentimiento

2. Por terminación del concubinato, cualquiera que sea la causal que la pro-

duzca.

3. Por declaración de presunción de muerte de uno de los concubinos.

Artículo 8o. Producida la disolución del concubinato por muerte de uno de los concubinos, o de ambos, podrá pedirse la liquidación de la sociedad patrimonial dentro del respectivo proceso de sucesión o de la acumulación de los de ambos si fuere el caso, siempre que exista la prueba del concubinato en la forma exigida por el artículo 3o.

Cuando la disolución se produzca por otra causa, y siempre que la existencia del concubinato se haya probado en la forma mencionada cualquiera de los concubinos podrá pedir la liquidación mediante el procedimiento de que trata el artículo 625 del Código de Procedimiento Civil.

En estos casos para la determinación de la parte del haber social que corresponda de acuerdo con el numeral 3o. del artículo 5o, será necesario liquidar primero la sociedad conyugal que tengan los concubinos con tercera persona, bien sea en el primer proceso de sucesión o mediante proceso de separación de bienes promovida por cualquiera de los interesados, o de separación de cuerpos, de divorcio o de nulidad del matrimonio a solicitud de uno de los cónyuges, sin perjuicio de que se efectúe la liquidación parcial de la sociedad concubitaria respecto a los otros bienes que formen su haber social.

No obstante, los concubinos, de mutuo acuerdo, podrán disolver o liquidar la sociedad patrimonial o liquidar la ya disuelta, mediante la escritura pública de que trata el ordinal 50 del artículo 1820 del Código Civil y siempre que el cónyuge de aquellos, en caso de existirle de su aprobación por escrito autenticado o compareciendo a la misma escritura, a efectos de que sus ganancias no resulten perjudicadas.

Artículo 9o. Disposiciones complementarias : se considerara inexistente cualquier renuncia a la sociedad patrimonial entre los concubinos o la participación que corresponde a cada uno.

Artículo 10o. La renuncia a los gananciales que haga cualquiera de los concubinos, en la sociedad conyugal formada con su cónyuge, producirá efectos solamente en la parte que no corresponda al otro concubino en la liquidación de la sociedad patrimonial que exista entre aquél y éste.

Artículo 11o. Restablécese el artículo 1049 del Código Civil, el cual quedará así :

El concubinario o la concubina, con quien el difunto hubiere vivido el concubinato durante los dos años anteriores a su muerte, tendrá derecho a una cuota hereditaria, según las reglas siguientes :

- Si concurriere con hijos o padres del causante, recibirá la cuota de uno

de éstos.

- En los demás casos, recibirá la mitad de la cuota que le corresponde o que de existir le correspondiera al cónyuge.
- En ambos eventos, de las correspondientes cuotas, se deducirá el valor de los bienes que por cualquier otra causa recibiera la concubina o el concubinario, en la sucesión del causante o en la liquidación de la sociedad concubinaria.
- Si al fallecer el causante, éste tuviere varias concubinas que reunieren el requisito exigido en el primer inciso, las cuotas mencionadas se repartirán por partes iguales entre aquellas.
- La concubina que tuviere varios concubinos, no heredará a ninguno de ellos.

Artículo 12o. Pensión alimenticia para los concubinos. Cuando el concubinato haya durado más de dos años, cualquiera de los concubinos que sin justa causa hubiere abandonado al otro, mientras no se case o forme concubinato con tercera persona, siempre que tenga bienes suficientes para que su congrua subsista.

Artículo 13o. En los términos anteriores, quedan reformados los artículos 1837 a 1841 del Código de Procedimiento Civil 85 de la ley de 1887 18, 19, 20 y 21 de la ley 45 de 1936 y cualesquiera otras que sean incompatibles con lo dispuesto en esta ley.

ANEXO 2. Resolución 006 de abril 4 de 1983.

EL DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CALDAS, en uso de sus facultades legales, y

CONSIDERANDO:

- a) Que la Resolución 043 de 1981, establece el procedimiento a seguir para la inscripción de proyectos de tesis y su sustentación pública;
- b) Que se hace necesario reglamentar la fecha y hora de presentación pública del trabajo de tesis.

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: La sesión pública de sustentación de tesis de grado será presidida por el Decano o su delegado y la misma deberá asistir el presidente de tesis y al menos, dos de los jurados.

ARTICULO SEGUNDO: El acta de calificación del examen de tesis será suscrita además, por el Decano y su delegado.

ARTICULO TERCERO: Las sesiones públicas de sustentación de tesis, se llevarán a cabo exclusivamente los días miércoles y viernes de cada semana a partir de las 10.00 a.m. y hasta las 12.00 m.

ARTICULO CUARTO : La Secretaría de la facultad hará la inscripción para tales días en el mismo orden de recepción de la correspondiente solicitud.

COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Dada en Manizales a los cuatro días del mes de abril de mil novecientos ochenta y tres.

EL DECANO

(FDO) AURELIO CALDERO MARULANDA

LA SECRETARIA ACADEMICA

(FDO) FLOR RONCANCIO SIERRA

ANEXO 3. Resolución 007 de abril 7 de 1983.

Por la cual se modifica y adiciona la resolución 043 de noviembre 12 de 1981, que adoptó el reglamento de elaboración y presentación de trabajos de tesis.

EL CONSEJO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CALDAS, en uso de sus atribuciones legales y estatutarias,

RESUELVE:

Adoptar el siguiente reglamento de elaboración y presentación de trabajos de tesis:

ARTICULO 1o. INSCRIPCION: El estudiante debe inscribir en la dirección del Centro de Investigaciones Socio-jurídicas, el proyecto de Monografía, integrado por las siguientes partes : a) objetivos, b) metodología, c) plan de contenido y d) Bibliografía y otros recursos cuya utilización se prevé.

El proyecto debe llevar el visto bueno de quién va a dirigir la elaboración de la monografía.

PARAGRAFO: El proyecto podrá referirse a la elaboración de un trabajo individual o conjunto. En este último caso deberá ser autorizado por el Consejo de Facultad.

Igualmente, el alumno podrá integrar grupos de trabajo para desarrollar las líneas de investigación definidas por la Facultad bajo la dirección de un docente de la misma, de acuerdo con la reglamentación de dicha labor investiga-

tiva.

ARTICULO 2o. DIRECTOR DE TESIS. El Director de tesis asume la responsabilidad de orientar adecuadamente la investigación y desarrollo del proyecto inscrito por el estudiante.

Con anterioridad a la sesión de evaluación deberá rendir concepto escrito sobre la monografía. La labor del Director de Tesis culmina con la sesión de la sustentación de la tesis.

El Director de tesis, es elegido por el graduando y debe ser un profesional universitario, titulado en Derecho o Ciencias Sociales y Políticas con experiencia en el área.

ARTICULO 3o. DE LA EVALUACION: Elaborada la tesis y rendido el concepto correspondiente, el alumno deberá entregar al Centro de Investigaciones socio-jurídicas, tres ejemplares de su trabajo. Tales ejemplares, servirán de análisis a los jurados quienes sobre el texto podrán hacer las anotaciones pertinentes y exigir los cambios que considere necesarios. Mientras tales cambios no se efectúen, la sesión pública de sustentación de tesis no podrá llevarse a cabo. Los jurados verificarán la introducción de los cambios solicitados.

ARTICULO 4o. JURADO CALIFICADOR: El Director del Centro de Investigaciones socio-jurídicas, recibidos los textos de las tesis, solicitará al Decano la asignación de un jurado compuesto por tres profesionales especializados en el área a que ella se refiere, de los cuales dos al menos, deben ser docente al servicio de

El Decano de acuerdo con el alumno, fijará la fecha de la sesión de evaluación pública del trabajo de tesis.

ARTICULO 5o. SESION DE EVALUACION: En la fecha señalada se reunirá el jurado en sesión pública presidida por el Decano de la Facultad, y previa lectura del concepto emitido por el Director de tesis, el graduando procederá a efectuar la sustentación pública de su trabajo pudiendo ser interrogado sobre el contenido del mismo por el Decano, el Director de tesis, los Jurados y los asistentes de la sesión.

Terminada la sustentación el Jurado se retirará a deliberar y emitirá su calificación para la tesis y el examen de evaluación, de acuerdo con los reglamentos de la Universidad.

PARAGRAFO: La sesión de sustentación pública de tesis se efectuará de conformidad con la resolución 006 de abril 4 de 1983, emanada de la Decanatura de la Facultad.

ARTICULO 6o. CONCEPTO DE TESIS: El concepto de tesis, deberá contener :

a) Una sinopsis del trabajo presentado por el alumno. b) el concepto del director acerca de las ideas propuestas por el alumno y de la novedad o importancia de los temas tratados. c) la sugerencia sobre la calificación que, a juicio del presidente deberá darse al trabajo presentado.

El concepto no podrá limitarse simplemente a sugerir la calificación del trabajo

de tesis.

ARTICULO 7o. EJEMPLARES: Una vez aprobada la tesis el graduando deberá suministrar, debidamente empastados, tres ejemplares de su trabajo con destino a la biblioteca de la universidad y el Centro de Investigaciones socio-jurídicas de la Facultad.

PARAGRAFO: El alumno, con los ejemplares, deberá presentar una sinopsis del trabajo con una extensión de tres páginas tamaño oficio a doble espacio.

ARTICULO 8o. INCORPORACION DE ESTE REGLAMENTO EN EL TRABAJO DE TESIS: El texto completo de la presente resolución, deberá ser insertado en las copias que se entreguen para análisis de los jurados y al texto definitivo del trabajo de tesis.

ARTICULO 9o. La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición, deroga la resolución 043 de 1981 y las demás disposiciones que le sean contrarias.

COMUNIQUESE Y CUMPLASE,

Dada en Manizales a abril siete de mil novecientos ochenta y tres,

EL PRESIDENTE,

(FDO) AURELIO CALDERON MARULANDA

LA SECRETARIA, (FDO) FLOR RONCANCIO SIERRA.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA



UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA