

LAS UNIONES DE HECHO Y LA NUEVA LEGISLACION

WILLIAM ENRIQUE DE LA BARRERA BARRIOS  
ANDRES MORELO JULIO

Trabajo de Grado presentado  
como requisito parcial para  
optar al título de ABOGADO.  
Asesor. DRA. MARLENI ESMERAL  
ABOGADO

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1991

DR 0295



Barranquilla, Enero 20 de 1992.

Doctor:  
CARLOS LLANOS SANCHEZ.  
Decano Facultad de Derecho  
E. S. D.

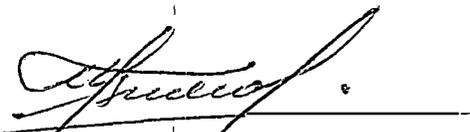
Apreciado Doctor:

En mi condición de Directora de la tesis " LAS UNIONES DE HECHO Y LA NUEVA LEGISLACION" presentada por los egresados WILLIAM ENRIQUE DE LA BARRERA BARRIOS y ANDRES MORELO JULIO, me permito señalar que estamos ante un tema importante, tratado por los egresados con gran propiedad jurídica, con una amplia y adecuada referencia histórica en el mundo y en Colombia.

Por todo lo anterior y por reunir este trabajo los requisitos académicos le imparto mi aprobación para que los aspirante sustenten su trabajo.

Sin otro particular y agradeciendo de antemano el honor dispensado me es grato repetirme su atenta y segura servidora.

Cordialmente,



MARLENI J. ESMERAL NORIEGA.  
DIRECTORA.

Nota de Aceptación

---

---

---

---

Presidente del Jurado

---

Jurado

---

Jurado

Barranquilla, Noviembre 21 de 1991.

PERSONAL DIRECTIVO DE LA UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

RECTOR	: DR. JOSE CONSUEGRA
VICERECTOR	: DR. EUGENIO BOLIVAR
SECRETARIO GENERAL	: DR. RAFAEL BOLANOS
DECANO	: DR. CARLOS LLANOS SANCHEZ
SECRETARIO ACADEMICO	: DR. PORFIRIO BAYUELO
DIRECTOR CONSULTORIO JURIDICO	: DR. ANTONIO SPIRKO C.

BARRANQUILLA, 1991

## AGRADECIMIENTOS

Los autores expresan sus agradecimientos:

Al Doctor CARLOS LLANOS SANCHEZ, Decano de la Facultad de Derecho.

A la Doctora MARLENI ESMERAL NORIEGA, asesora del presente trabajo.

A todas aquellas personas que de una u otra forma colaboraron en la realización del presente trabajo.

## DEDICATORIA

Con el más profundo de los sentimientos doy Gracias a Dios, el haberme permitido llegar a esta meta de mi vida, de igual manera doy a mis padres, hermanos y demás miembros de la familia y amigos, ese apoyo moral incondicional para que me formara como un verdadero profesional que sirviera en la forma en que agradecido estoy de mi Universidad "Simón Bolívar", el rector de la misma, Decano, Secretario, Profesores y demás miembros que de una u otra manera hicieron posible que permitieran mi formación profesional.

William Enrique.

DEDICATORIA

A mis dos hijas GLORIA ANDREA MORELO HERNANDEZ y CINDY  
PATRICIA MORELO HERNANDEZ con inmenso amor.

A mis padres MARCIAL MORELO y ANDREA JULIO.

A mi esposa ANA ELENA HERNANDEZ.

Andrés.

## TABLA DE CONTENIDO

	Pág
INTRODUCCION	1
1. RASGOS HISTORICOS DEL CONCUBINATO	3
1.1. CONCEPTO ACTUAL DEL CONCUBINATO	7
1.2. CONCEPTO CATOLICO DEL CONCUBINATO	10
2. LA SOCIEDAD DE HECHO	12
2.1. NATURALEZA JURIDICA DE LA SOCIEDAD DE HECHO	14
2.1.1. Características	16
2.1.2. Disolución y Liquidación	18
2.2. LA SOCIEDAD CONYUGAL	20
2.2.1. Naturaleza Jurídica de la Sociedad conyugal	21
2.2.2. Conformación del activo y del pasivo	25
2.2.2.1. Activo	25
2.2.2.2. Pasivo	29
2.2.2.3. Cargas y Recompensas.	30
2.2.2.4. Disolución de la sociedad conyugal	34
2.2.2.5. Liquidación de la sociedad conyugal	35
2.3. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SOBRE LA SOCIEDAD DE HECHO	40

2.3.1. Jurisprudencia	41
2.3.2. Proyectos Presentados	42
2.3.3. Proyecto de Código y Jurisdicción de Familia	49
2.4. PORCION CONYUGAL	52
3. ASPECTO SOCIAL DE ESTA SOCIEDAD	56
3.1. ASPECTO MORAL DE ESTA SOCIEDAD	57
3.2. RECONOCIMIENTO DE LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES	58
3.2.1. Es un acto voluntario	58
3.2.2. Es un acto personal	63
3.2.3. Es un acto expreso	66
3.2.4. Es un acto unilateral	67
3.2.5. Es un acto solemne	70
3.2.6. Es un acto puro y simple	71
3.2.7. Es un acto irrevocable	72
3.2.8. Es un acto declarativo	73
3.2.9. Es un acto oponible	74
CONCLUSION	75
BIBLIOGRAFIA	78

## INTRODUCCION

Es indiscutible que para el análisis y estudio de cualquier norma dentro de cualquier legislación, es necesario conocer los diferentes parámetros realizados desde el punto de vista histórico -jurídico de la misma, y con relación a esta figura- concubinato- no podemos establecer diferencias y debemos tratar de recurrir a todos los hechos históricos en el universo.

Es por eso que me he atrevido a tomar toda clase de posiciones frente a las instituciones de la familia, cualquiera que sea su régimen y formación cultural. El concubinato es tan antiguo dentro de la historia como es la vida misma de todos nosotros, partiendo de la misma creación del mundo, unión hombre-mujer, estipulados por el sexo o bajo su cesión o costumbre creadora de derecho. En la medida que se encuentre unión de sexos alejados de las normas establecidas por el legislador, encontraremos la presencia del fenómeno del concubinato. Es la primera forma de la familia monogámica que presenta la humanidad y que llega

a nuestros días, es por ello que dentro del campo de la protección jurídica se deben producir reformas que reflejen y partan de las verdaderas necesidades sociales en cada tiempo y lugar. Desear reglamentos para esta sociedad de hecho, es buscar que el legislador siendo bases de derecho positivo, para crear deberes y obligaciones.

Estas consideraciones que aparecen en las relaciones extramatrimoniales en nuestro medio, se practica por la clase alta y media, siendo más frecuente entre campesinos y obreros; razón por la cual debe protegerse esta unión, como fenómeno de cierto nivel cultural, social y económico, que en nada lesiona la moral, el orden público y las buenas costumbres.

## 1. RASGOS HISTORICOS DEL CONCUBINATO

Con la aparición del hombre en la tierra la unión sexual fué un hecho propio, de su naturaleza, a ella se debió la multiplicación o continuidad de su especie. Por ser el hombre por naturaleza un ser político y social, sólo no podía subsistir, razón que justifica la unión de los sexos. Por tanto, el hombre necesita de la mujer tanto como la mujer necesita del hombre.

Con el matrimonio no sucede igual, por ser una de las instituciones fundamentales del derecho, la religión y de la vida en todos sus aspectos. Quizás ninguna tan antigua, pues la unión natural o sagrada de la primera pareja surge en diversidad sexual contemplada en el matrimonio, base de la familia, clave de la perpetuidad de la especie y célula de la organización social primitiva y, en su evolución de los colosales y abundantes estados. Cuando aparece la legalidad en el matrimonio, aparece también el concubinato. El hombre, desde el principio de la historia debió organizar una familia, para combatir su soledad, garantizar

su subsistencia, para cumplir con el mandato natural de "UNIRSE Y MULTIPLICARSE"; para que unidos el hombre y la mujer, pudieran conquistar y dominar el mundo.

Históricamente, el matrimonio tiene por origen un contrato: el consentimiento familiar o sensual de la pareja humana, un acuerdo de las voluntades o de los deseos de ambos cónyuges.

El concubinato o matrimonio de hecho tiene la misma historia del hombre; debió aparecer con la primera pareja que subsistió en la tierra. Surge conjuntamente con las formas primitivas de matrimonio. A través de los siglos, siempre ha existido al lado del matrimonio legítimo, en un principio con marcada importancia e impuesto por las condiciones sociales y económicas de los pueblos. Después con la influencia de la doctrina cristiana pasó a segundo lugar, unión considerada como pecado empezó a castigarse como delito. En el Concilio de Trento impuso penas gravísimas para los que vivían amancebados o en concubinato.

Las familias en la antigüedad, constituían una célula o unidad social, estas últimas empezaron a agruparse quizás por tratarse de grupos nómadas que se vieron obligados a solidarizarse, o para defenderse de manera común contra

los ataques de las fieras o las inclemencias de la naturaleza, o simplemente por la necesidad de conseguir alimentos. De estas agrupaciones se presentaron las tribus, ordinariamente grupos familiares, en el que el pater, tomó el mando de la tribu con el nombre de patriarca, lo que dió origen a la Patria Potestad, hoy Potestad Parental.

La tribu era una unidad política particular, ya que su constitución no presentaba rasgos comunes; pero dentro de la diversidad de la tribu observamos ciertos rasgos comunes que son: según se trate de poblaciones ya nómadas ya sedentarias, grupos de pastores o agricultores, o de unidades integradas por clanes familiares o patronímicos.

En China el concepto de matrimonio fue precursor de la unión entre los nobles que prevaleció en Europa durante la Edad Media. Así antes de nacer, la hija legítima ya era acordada como novia del vástago de una familia noble, y era el emperador quien registraba en un libro de matrimonio el acuerdo dictado por él y aceptado por los nobles de su corte. La India adoptó el mismo sistema. En Israel y caldea, la idea del matrimonio especialmente tendió a mantener una hegemonía radical. En Caldea por unas aspiraciones a una diligencia imperial, y en Israel por motivos religiosos. Para la sociedad griega el Concubinato era

tolerado, al igual entre personas de un mismo sexo; no era criticado, siempre que fuera registrado ante los jueces ejecutivos en tiempo de paz, y además hubiera hijos, aunque se tratara de familia de esclavos. La unión sexual tomó un nuevo cariz, las uniones entre los esclavos eran indiferentes para el Estado; la ley no las reglamentaba, pero las llamó CONTUBERNIO, en tanto que denominó concubinato las uniones entre los forasteros, regladas por el mutuo consentimiento. En Roma el concubinato fue tenido como una unión de orden inferior, pero lícita y duradera, para distinguirla así de las relaciones pasajeras, consideradas ilícitas. Nació 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 su esposa. Se permitía tener sólo una concubina lo que lo asemeja al matrimonio, en la familia del padre y por carecer la madre de Patria Potestad, se le consideraba sin juris desde su nacimiento. Tomaban los hijos el apellido de la madre y seguían su condición. En la época de Justiniano, muerto el padre, si no había mujer o hijos, se les concedía un derecho restringido en la sucesión abintestada del padre equivalente a la sexta parte.

Basileo Masedón y León el filósofo abolieron totalmente el Concubinato por considerarlo contrario al espíritu del

Cristianismo que lo abominó implacablemente. En Roma el Concubinato era reconocido como unión legal aunque de calidad inferior que el matrimonio; consistía en la unión de un ciudadano romano con una mujer de inferior posición social, aunque en la época Justiniana desaparece el impedimento basado en la condición social de la mujer honesta e ingenua, unión que era monogámica y estable, aceptada libremente por los contrayentes, sexualmente hábiles, siempre y cuando no mediare impedimentos de parentesco.

Durante la esclavitud en América, los esclavos practicaron el Concubinato, o el matrimonio a que estaban acostumbrados en su patria natal, el cual difícilmente les era posible debido a la vigilancia prohibitiva de los colonizadores. Pero la consecuencia de esa posición fue precisamente la unión libre, que motivó la prolífica expansión de la esclavitud, la que era necesaria para los amos, y así apoyaban secretamente su clandestinidad.

### 1.1. CONCEPTO ACTUAL DEL CONCUBINATO

Existen diversos conceptos sobre el Concubinato, a continuación citaré algunos:

Según el Código Canónico, es el estado de vida común que

hacen un hombre y una mujer, que pudiendo casarse libremente entre sí, sin embargo no están unidos por el vínculo matrimonial.

Para el Diccionario de la Lengua Española; es la comunicación o trato de un hombre y su concubina.

Mientras que el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual dice: que es el estado en que se encuentran el hombre y la mujer cuando comparten casa y vida como si fueran esposos, pero sin haber contraído ninguna especie de matrimonio canónico ni civil.

También es toda unión de hecho entre personas de diferentes sexos que sin ser casadas viven como tales y cuya finalidad es la procreación de hijos.

Estado de vida común que hace un hombre y una mujer, sin vínculo matrimonial pudiendo casarse entre sí.

La unión aceptada mutuamente de un hombre y una mujer con apariencia matrimonial pero llévase acabo fuera de la ley, en la cual se presenta una comunidad de hechos y vida permanente, siempre que medie entre los que en tal estado viven, impedimentos para unirse legítimamente.

Según la ley actual, Concubinato es toda unión de un hombre y una mujer que implica comunidad de vida, no importa el estado personal de quienes establecen esa comunidad; y son concubinos el hombre y la mujer que de hecho hacen vida marital sin estar casados. El Concubinato como un estado de hecho, se contrapone al matrimonio, que es un estado de derecho. Tiene como elemento la unión de hecho entre un hombre y una mujer, con fines sexuales aunque no puedan casarse entre sí, y de una manera estable y duradera.

Las obligaciones entre los concubinos no están reglamentadas por la ley, su principal fuente está en la tradición y las costumbres. Son obligaciones puramente naturales, una vez cumplidas, no se le concede acción a ninguno de los concubinos para exigir judicialmente su ejecución. Las obligaciones son semejantes a las que existen entre cónyuges, pues, en primer lugar, deben ayudarse y socorrerse mutuamente durante la existencia del concubinato, y además, la mujer debe fidelidad al concubino, puesto que el concubinato supone un estado de un hecho en virtud del cual un solo hombre vive con una sola mujer; desde el momento en que una mujer haga vida marital con varios hombres a la vez, no existe vida común.

## 1.2. CONCEPTO CATOLICO DEL CONCUBINATO

La iglesia a través de la historia ha mantenido su criterio de que el matrimonio es el núcleo de la familia, y que esta unión matrimonial es indisoluble, que la pareja que contrae matrimonio lo hace para toda la vida para ayudarse, auxiliarse, socorrerse mutuamente y también para procrear. El Concilio Vaticano II dijo:

La misión de ser célula primaria y vital de la sociedad de la familia, la ha recibido directamente de Dios. Cada hogar, cada familia constituye un santuario doméstico de la iglesia.

Además la iglesia católica ha elevado a la calidad de sacramento el contrato matrimonial, como lo dice el doctor Liborio Restrepo en su obra: Matrimonio, Divorcio y Concordato; cuando cita a Pio IX en carta enviada al Rey de Cerdeña que dice:

Consagra como dogma de fé que el matrimonio fué elevado a la dignidad de sacramento por nuestro Señor Jesucristo, y como doctrina de la iglesia católica que el sacramento no es una cualidad accidentada del contrato sino que es lo esencial del mismo matrimonio, de tal manera que la

unión conyugal entre cristianos no es legítima sino el sacramento del matrimonio, fuera del cual no es sino puro concubinato.

La iglesia considera las relaciones extramatrimoniales como una falta de moral grave que atenta contra el verdadero amor. En ningún tiempo la iglesia ha estado de acuerdo con el concubinato, por considerarlo contrario a la moral cristiana. En la actualidad, finalizando el siglo XX la iglesia católica ha demorado su posición frente al concubinato, llegando a definirlo como una unión sin algún vínculo institucional públicamente reconocido, ni civil ni religioso, asignándole como causas, hechos o circunstancias diversas, pues algunos consideran obligados por difíciles situaciones económicas, culturales y religiosas en cuanto que contrayendo matrimonio regular, quedarían expuestos a daños, a la pérdida de ventajas económicas, a discriminaciones, etc. En otros se encuentra una actitud de desprecio, contentación o rechazo de la sociedad, de la institución familiar, de la organización socio-política o de la mera búsqueda del placer. Finalmente otros son empujados por la extrema ignorancia y pobreza, a veces por condicionamientos debido a situaciones de verdadera injusticia, o también por una cierta inmadurez psicológica que les hace sentir la incertidumbre o el temor de atarse con vínculo estable y definitivo.

## 2. LA SOCIEDAD DE HECHO

La sociedad de acuerdo con la sujeción a no ciertos requisitos pueden ser: Regular o de Derecho, De Hecho o Irregular y creada o nacida de o por los hechos: englobadas las dos últimas en lo que genéricamente se denomina Sociedad de Hecho.

La sociedad de hecho o irregular es aquella que se forma por virtud de un consentimiento expreso y que, por falta de uno, 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. La sociedad de hecho por los hechos se origina en la colaboración de dos o más personas de una misma explotación y resultan de un conjunto de una serie coordinada de operaciones que efectúan en común esas personas y de las cuales se induce consentimiento implícito. En estas sociedades el acuerdo entre las partes no falta, lo que acontece es que se acredita por medio de una presunción.

El Código de Comercio en sus artículos 498 - 506 establece los lineamientos generales de las sociedades de hecho, sobre la omisión de la escritura pública, requisito esté exigido por la ley para que la sociedad exista regular o de derecho.

El Código Civil a su vez, en sus artículos 2083 y 2084 habla de ellas en forma general, al estudiar disposiciones, el artículo 2083 del Código en mención no tiene aplicación sino cuando se forma una sociedad de hecho, que puede subsistir legalmente ni como sociedad, ni como donación, ni como contrato alguno, caso en el cual se liquida esa especie de comunidad para que cada socio retire lo que hubiere aportado a ella. Es preciso en el caso de una norma no sólo el aporte sino la Affectio societatis, la voluntad de los socios para asociarse, voluntad que no trasciende con efectos jurídicos sobre una sociedad por faltarle ciertos requisitos que impiden sus existencia.

Entonces para poner fin a este estado anómalo, autoriza la ley la liquidación de las operaciones realizadas. Resumiendo se puede decir que la sociedad de hecho es la que reúne los requisitos esenciales; pluralidad de personas, aporte, ocasión a las utilidades, affectio sociatis, pero no se celebra por escritura pública, se celebra por acuerdo

verbal, mediante acuerdo privado o tácitamente. Esta sociedad de hecho no genera una persona jurídica y consecuentemente no tiene autonomía patrimonial, tampoco es menester declaración alguna de autoridad jurisdiccional o administrativa para que la sociedad de hecho surja.

## 2.1. NATURALEZA JURIDICA DE LA SOCIEDAD DE HECHO

De conformidad con el artículo 2879 del código civil la sociedad es un contrato, igual naturaleza jurídica le da el artículo 98 del código de comercio, al afirmar que por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero. A este respecto el c.c. dice que estas dos o más personas estipulan poner un capital u otros efectos en común; creemos que en esta última expresión - u otros efectos en común. - está lo que en forma más clara dice el c.c. trabajo o en otros bienes apreciables en dinero.

En cuanto al objeto de este contrato el c.c. dice que, es repartirse las ganancias o pérdidas que resulten de la especulación, el código de comercio afirma que el fin es repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social, artículo 98 del c.c.

La sociedad de hecho puede presentar diferentes formas, sociedad de hecho propiamente tal y sociedad nacida

por los hechos. La sociedad de hecho puede ser creada verbalmente o por documento privado, la existencia de este contrato tiene libertad de medios probatorios. En este caso el acervo es igual al que se podría llevar para probar cualquier otro tipo de sociedad.

De acuerdo con el artículo 2133 del C.C. "Las sociedades podrán expirar en cualquier tiempo por el consentimiento unánime de los socios". Con esta norma, si los socios de una sociedad de hecho la disuelven de común acuerdo, quedaría pendiente la liquidación la que puede también hacerse de común acuerdo; pero si se presenta desacuerdo en este aspecto, les bastaría adjuntar al proceso de liquidación las pruebas sobre la existencia y la disolución para que se efectúe judicialmente la liquidación.

Pero si los asociados no se ponen de acuerdo en el hecho de la disolución, es indispensable que mediante un proceso ordinario se declare su existencia y disolución, aportando como se dijo antes cualquier clase de prueba, por la libertad de medios probatorios que se permiten. Una vez se tenga la sentencia declarativa de la existencia y que ordena su disolución, será necesario pasar a liquidarla. Es así como en caso de faltar acuerdo para liquidarla no bastarían las pruebas, para pedir la liquidación, sería indispensable la sentencia.

Porque el artículo 628 indica los requisitos de la demanda y sus anexos, agregando en la última parte, tratándose de sociedades no inscritas bastará acompañar pruebas siquiera sumarias de su existencia y representación: en esta parte del artículo quedaron incluidas las sociedades de hecho.

En síntesis la sociedad entre ellas las de hecho, resulta de la figura jurídica llamada Contrato. La sociedad de hecho supone un contrato nulo o degenerado; o en un estado de hecho sin contrato; implica necesariamente un acto de voluntad en ambas hipótesis, en las sociedades de hecho lo único que falta es el contrato válido, por ausencia de una formalidad ad-sustantiam como la escritura o al registro, o la publicidad, es decir no hay contrato o el contrato ha degenerado artículos 1501 y 1760 del C.C. pero la voluntad de los socios si bien no se encuentra en el contrato, o en un acto escrito, se da en una situación de hecho que ellos han establecido.

2.1.1. Características. El contrato se puede celebrar mediante acuerdo verbal y este podrá ser expreso o tácito, si es tácito se llama sociedad formada por los hechos, artículo 498 del C.C.

También puede formarse mediante documento privado, artículo 498 del Código de Comercio.

Carece de personalidad jurídica, artículo 499 del C.C. Los bienes destinados al desarrollo o ejecución del contrato tienen una afectación especial al pago. De ahí que los bienes aportados forman un condominio porque falta el sujeto de derecho a quien se entiende transferida la propiedad o el usufructo de tales bienes. Estos de otro lado no quedan sustraídos a las acciones de los acreedores particulares de cada asociado.

En las sociedades de hecho la responsabilidad de los asociados se solidaria o ilimitada en razón a las obligaciones que adelantan por la ejecución del contrato, en vista del condominio que entre ellos se forman.

En las sociedades de hecho, las relaciones de los socios entre sí y frente a terceros se confunden en un sólo conjunto, ya que a esta sociedad no son aplicables por extensión o analógicamente las reglas sobre la personalidad jurídica y su autonomía patrimonial y es porque, como ya lo dijimos los derechos que se adquieren y las obligaciones que se contraigan en desarrollo de la empresa social, se entienden adquiridos o contraídos a favor o a cargo de todos los asociados artículo 499 del C.C.

De conformidad con el artículo 28 los socios en sociedad

de hecho están obligados a inscribirse en la Cámara de Comercio. Los socios, no la sociedad.

2.1.2. Disolución y Liquidación. Cada asociado en una sociedad de hecho goza de la facultad para pedir en cualquier momento, que se liquide y pague su participación en ella, cuando desee desligarse de las responsabilidades inherentes a su condición de hecho y la subsistencia de esta forma asociativa queda al arbitrio de cualquier asociado, puesto que formulada la solicitud de liquidación, los demás asociados estarán obligados a llevarla a cabo, y si no acceden a efectuar la liquidación total o parcial fuera de juicio. El proceso indicado para lograr esa finalidad es un proceso de liquidación, el que de acuerdo al artículo 627 y s.s. del C. de P.C. sigue los lineamientos de un proceso abreviado.

Es así con fundamento en los artículos 2083 del C.C. y 505 del C.C. cada uno de los socios tiene el derecho de pedir su liquidación a fin de que se paraliquen sus actividades, se liquiden sus operaciones anteriores y retire lo que hubiere aportado.

De acuerdo con las normas legales regulativas de su trámite el proceso seguido con la finalidad indicada puede presentar dos etapas; la primera que constituye un proceso declara-

rativo tiene por objeto único discutir y resolver si existe la sociedad de hecho para declararla y ordenar su liquidación, y la segunda, que asume el carácter de ejecución de la sentencia del constituido, busca determinar precisamente cuales son los bienes partibles y cual el monto de lo que a cada socio corresponde.

Cualquier que sea la sociedad civil, comercial o de hecho, cuando le corresponde la declaración al juez, el competente será el juez civil del circuito del domicilio principal de la sociedad, artículo 16 numeral 5 Código de Procedimiento civil, ya que sólo se tiene en cuenta la naturaleza del asunto.

Esta competencia ya sea para resolver sólo la petición de existencia y reconocimiento, o solamente la de liquidación judicial.

Si por solicitud de uno de los asociados el juez ordena la liquidación de la sociedad de hecho, la sentencia debe ejecutoriarse, inscribirse en el registro mercantil y publicarse la parte resolutive en uno de los periódicos de mayor circulación en el domicilio social, las partes gozan después de la publicación de diez (10) días para designar, liquidar principal y suplente y comunicar los nombramientos al juez

a fin de que dicte el auto de reconocimiento. Si la liquidación se acuerda extrajudicialmente, los socios pueden cumplir los trámites directamente.

## 2.2. LA SOCIEDAD CONYUGAL

La sociedad conyugal no ha sido definida ni por el Diccionario de la Real Academia, ni por el Código Civil.

Existe una famosa sentencia del 5 de Noviembre de 1960, de la Honorable Corte Suprema de Justicia, traída como comentario a constinuación del art. 1781 del C.C. que señala: La sociedad conyugal es una institución de orden público y de carácter accesorio, que se fomr apor el hecho del matrimonio, y no puede subsistir sin él, además agrega, es la única sociedad de gananciales a título universal que la ley autoriza ya que los cónyuges al unirse en matrimonio ponen en común trabajo, actividades y esfuerzos en beneficio mutuo, cada cónyuge trabaja y adquiere no sólo para si sino también para el consorte.

La sociedad de gananciales es aquella situación de comunidad que la voluntad privada o la ley, en su defecto declara establecida entre marido y mujer, por virtud de la cual estos ponen en común y hacen suyo por mitad, al disolverse

el matrimonio, los beneficios sostenidos indistintamente por cualquier uno de ellos durante el mismo. De esta definición al destacar el hecho de que deja de lado el concepto de sociedad para adoptar el de situación de comunidad, que es tomado por Somarriva y luego quienes coinciden en afirmar que la sociedad conyugal es la sociedad de bienes que se forma entre los cónyuges por el hecho del matrimonio aunque luego tratan de demostrar que la sociedad conyugal no es una verdadera sociedad.

Del estudio realizado se concluye que son muchos los autores que tratan de definir lo que es Sociedad Conyugal y la mayoría de ellos coinciden en los elementos que la integran pero no en su naturaleza jurídica acerca de la cual hay mucha discusión.

2.2.1. Naturaleza Jurídica de la Sociedad Conyugal. Hay un sector de la doctrina que ha intentado asimilar la sociedad conyugal a una comunidad de tipo germano, pero como dicha comunidad presupone de ciertos bienes sobre los cuales recae, esta tesis resulta insuficiente para explicar la existencia de sociedades conyugales sin bienes, motivo por el cual ha sido criticada.

Los rasgos de la comunidad de tipo Germano son: Las cosas

pertenecen a un patrimonio autónomo, separado y común. La administración se atribuye a un órgano especial de dirección que obra a nombre de los partícipes, no existe la actio communi dividendo para dar realidad inmediata a la participación de los socios. Otros autores han pretendido que la sociedad conyugal es un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica, con base en los distintos ordenamientos al regular las sociedades conyugales les atribuyen aún en forma tácita, una personería distinta de la de cada uno de los cónyuges. Esta doctrina en nuestro país tiene su fundamento en instituciones como la herencia yacente y la masa de bienes del quebrado. Refiriéndose a nuestra sociedad conyugal. "Se trata de una sociedad de naturaleza especial con características peculiares que la distinguen y la distancian de cualquier otra institución legal de nuestro derecho".

En vista de que a todos los doctrinantes que han intentado integrar la sociedad conyugal en una institución de nuestro derecho se les ha hecho reparos irregutbales a sus teorías, como se puede ver en algunos ejemplos, un importante sector de la doctrina ha incluido que esta tarea es inoficiosa porque la sociedad conyugal tiene sus características que le orogan la suficiente autonomía para diferenciarla de las demás figuras jurídicas.

Del estudio realizado sobre la naturaleza jurídica de este tipo de sociedad se llega a la conclusión de que esta última posición doctrinal es la más acertada solución al problema, ya que es un concepto propio de derecho de familia que constituye una categoría jurídica autónoma, que tiene un elemento determinante para saberse si se está en presencia de dicha sociedad o no, como es la posibilidad de que se integre o la integración actual por el hecho del matrimonio, de una masa o conjunto de bienes destinados a ser posteriormente repartidos entre los cónyuges o sus herederos, en reunión con los adquiridos durante la vigencia del régimen y que deban ingresar a ese acervo.

Al conjunto de normas a las cuales deben someterse los cónyuges en materia de adquisición, administración, goce y disposición de sus bienes, se les denomina régimen de bienes en el matrimonio, de los cuales hay cuatro tipos bien caracterizados:

- Sistema de la comunidad o sociedad conyugal, que caracteriza la asociación de esfuerzos e intereses entre los cónyuges y la participación de los frutos de esos esfuerzos.

La unión de bienes constituidos por dos elementos:

- Administración y goce del patrimonio de la mujer a favor del marido.

- Imposibilidad jurídica de una masa partible.

Dotal en el que el patrimonio de la cónyuge se divide en dos partes, una formada por los bienes de tales que el marido tiene administración y goce y que prácticamente son inagotables y otra compuesta de los bienes fraternales que la esposa conserva, administra y disfruta.

De separación cuyos elementos esenciales son: Administración y disposición del haber de cada cónyuge en manos del mismo cónyuge, imposibilidad jurídica de un caudal divisible entre los esposos o sus herederos.

En nuestro país sin la Ley 28 de 1932, se hizo una combinación de los regímenes de separación y de comunidad restringida en lo que los cónyuges están separados de bienes puesto que cada uno conserva la propiedad de todos los suyos, sean estos propios o gananciales y los administra con independencia. La mujer es plenamente capaz y una vez disuelto el régimen se forma una comunidad pero sólo para efectos de liquidarla y dividir entre ambos los gananciales que hayan adquirido.

## 2.2.2. Conformación del activo y del Pasivo.

2.2.2.1. Activo. En el régimen actual cualquiera de los hechos consagrados en el artículo 1820 del C.C. -Causales de disolución y liquidación de la sociedad conyugal- da lugar a considerar que los cónyuges han tenido entre sí sociedad conyugal, desde la celebración del matrimonio.

Para determinar el conjunto de bienes sobre lo que debe hacerse las operaciones necesarias para la liquidación y distribución de bienes gananciales entre los cónyuges, es necesario analizar someramente como se integraba el régimen anterior y la situación creada con la Ley 28 de 1932.

Existió y existe una distinción entre los bienes sociales y los bienes propios, pero a la vez los bienes sociales antes de la mencionada ley 28 de 1932 se subdividían en haber absoluto, que eran los bienes que ingresaban a la sociedad sin carga de restitución al disolverse la misma y haber relativo que eran aquellos que por el hecho de entrar en ella generaban un derecho en favor del cónyuge aportante, para obtener la restitución de su valor o el bien mismo a la disolución y liquidación de la sociedad.

El Haber absoluto está integrado por:

- Salarios y emolumentos de todo género de empleos y oficios devengados durante el matrimonio o mejor dicho, durante la sociedad conyugal.

- Frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros de cualquier naturaleza que provenían fuera de los bienes sociales, o de los bienes propios de cada uno de los cónyuges y que se devengarán durante la comunidad.

- Todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiriera durante la comunidad a título oneroso, en cuanto a este último principio había excepciones en casos como la subrogación real y cuando la mujer hacía adquisiciones con frutos provenientes de los bienes respecto de los cuales ejercía una administración separada e independiente de su marido.

El Haber Relativo está integrado por:

- El dinero que cualquiera de los cónyuges aportara al matrimonio o que durante él adquiriese, obligándose la sociedad a la restitución de igual suma; aquí se hace referencia al que poseyera los consortes desde antes del matrimonio, así como el adquirido por ellos durante su existencia, siempre que este último lo fuera en virtud de un título lucrativo. Con la reforma este último renglón pasó a ser parte

de los bienes sociales.

- Las cosas fungibles y especies muebles, que cualquiera de los cónyuges aportara al matrimonio o que durante él adquiriera mediante un título no oneroso, por medio de capitulaciones o mediante una lista firmada por ambos cónyuges, tres testigos domiciliados en el territorio. Se podrá exceptuar esta regla para que hicieran parte de los denominados bienes propios. Es de anotar que no quedaban comprendidos los muebles por naturaleza que se reputan inmuebles por destinación.

- Los bienes raíces que la mujer aportara al matrimonio, para que la sociedad le restituya su valor en dinero, esto mediante capitulaciones, porque la regla general en materia de inmuebles poseídos por los cónyuges desde antes del matrimonio, era la de que ellos no ingresaban al haber social, sino que hacían parte de los denominados bienes propios de cada uno de los cónyuges.

Los bienes propios de los cónyuges estaban integrados por:

- Inmuebles que pertenecían a estos antes de contraer matrimonio.

- Inmuebles que, aunque adquiridos durante la existencia de la sociedad conyugal a título oneroso, hubieran tenido una causa de adquisición anterior al matrimonio, ejemplo; posesión antes del matrimonio y adquisición por prescripción durante el mismo.
- Inmuebles adquiridos durante la existencia de la sociedad conyugal en virtud de un título gratuito.
- Los aumentos de los bienes propios por causas naturales o valorizaciones no onerosas o por hechos ajenos a la voluntad del cónyuge propietario.
- Los bienes inmuebles expresamente excluidos de la sociedad conyugal.
- Los vestidos y bienes inmuebles de uso personal necesario.
- Los inmuebles subrogados a muebles o valores propios de los cónyuges.

La integración del acervo, a partir de la Ley 28 de 1932 se realiza con lo que en el anterior sistema del C. se denominaba hacer absoluto de la sociedad conyugal, ya que los integraban el haber relativo quedaron bajo la vigencia de

de la Ley 28 asimilando a los bienes propios de los cónyuges, por lo tanto no hacen parte del activo de dicha sociedad y no se tienen en cuenta al momento de hacerse la liquidación.

2.2.2.2. Pasivo. El artículo 2 de la Ley 28 de 1932 dice: "Cada uno de los cónyuges será responsable de las deudas que personalmente contraiga, salvo las concernientes a satisfacer las ordinarias necesidades domésticas o de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, respecto de las cuales responderán solidariamente ante terceros y proporcionalmente entre sí conforme al Código Civil.

Según este artículo el pasivo de la sociedad regulada por la Ley 28 está reducida a dos renglones de los cinco que conforman el pasivo de la sociedad conyugal, regulada por el Código y ellos son:

- Las obligaciones que contraigan los casados para satisfacer las ordinarias necesidades domésticas o de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes.
- Los gastos usufructuarios a que haya lugar en la explotación de los bienes personales y sociales.

### 2.2.2.3. Cargas y Recompensas.

Tomando la acertada definición del Alessandri; puede decirse que las recompensas son las indemnizaciones pecuniarias a las que los patrimonios del marido, la mujer y la sociedad están obligados entre sí.

Mediante las recompensas se busca evitar el enriquecimiento sin causa de alguno de los haberes mencionados, mantener la inmutabilidad de régimen económico aplicables al matrimonio, impedir que los cónyuges se hagan donaciones simulada y por último se constituyen mecanismos de protección.

Es de agregar que lo que constituye una carga para uno, para otro, haber es una recompensa.

Analizando las clases de recompensas antes de la expedición de la Ley 28 de 1932, y luego de su vigencia, apreciamos sus diferencias.

Recompensas causadas en favor de uno de los cónyuges y a cargo de la sociedad.

- Por el dinero que hubieren aportado al matrimonio o que durante su existencia hubieran adquirido a título lucrati-

vo, esto fué antes de la Ley 28, porque bajo el régimen actual, ninguna de esas cantidades ingresa al haber social, hace parte sólo del haber propio sin generar ni recompensas por tal concepto.

- Recompensa por el valor que tuvieron las especies fungibles aportadas a la sociedad por los cónyuges en el momento del matrimonio o adquiridas más tarde mediante un título gratuito.

- Recompensas causadas en favor de la sociedad y de cargo de los cónyuges:

- Cuando a consecuencia de una subrogación real, el valor del nuevo inmueble es superior al que tenía el que se permutaba, o al de la venta del bien propio, previamente vendido y era necesario pagar un excedente, quedando a cargo del cónyuge recompensar a la sociedad el valor, porque la diferencia se presume extraída del patrimonio social; esta situación continúa vigente en la Ley 28.

- La sociedad tenía y tiene en la actualidad a su favor recompensa por el valor de las deudas personales de los cónyuges que sean pagadas por ella.

- También había recompensa en favor de la sociedad antes de la Ley 28 de 1932 y a cargo del marido, artículo 1810 inciso 1, porque este disponía de los bienes de la mujer, sin la observancia de las formalidades señaladas en el artículo 1812. Esto no continuó vigente en la Ley 28 por quitarse la facultad al marido de ser el administrador de los bienes de su cónyuge. El artículo 1810 señalaba "No se podrán enajenar ni hipotecar los bienes de la mujer que el marido esté o pueda estar obligado a restituir en especie, sino con voluntad de la mujer y previo decreto del juez, con conocimiento de causa".

- Cuando se realizara una erogación gratuita o donación de cualquier parte del haber social, salvo algunas excepciones señaladas se daba una recompensa en favor de la sociedad.

- Todos los gastos que se hicieron para la adquisición o para el cobro de bienes o derechos propios de algunos de los cónyuges, se presumían hechos por la sociedad conyugal y daban origen a una recompensa en su favor, a menos que se desvirtuara la presunción. Actualmente subsiste dicha recompensa, para cuando los fondos destinados a cubrir los gastos necesarios para la adquisición de un bien propio son tomados de aquellos que se consideran que han tenido

la calidad de sociales.

Existía y existe recompensa a favor de la sociedad, y por las erogaciones destinadas a mejorar bienes propios realizados con fondos que se reputan sociales.

Recompensas causadas entre cónyuges:

- Cuando con bienes de uno de los cónyuges se pagan deudas personales del otro. Este literal conserva su vigencia con la expedición de la Ley 28.

- Cuando uno de estos hubiere ocasionado con culpa grave o dolo en los bienes de propiedad del otro cónyuge, también aplicable en la actualidad.

- Procede la compensación a favor de uno de los cónyuges cuando con bienes propios de uno de estos, se hacían o se hacen inversiones destinadas a la adquisición o mejora de los propios del otro.

- Al establecer el artículo 2 de la Ley 28 la solidaridad entre los cónyuges por los gastos de crianza y educación de los hijos comunes. Hay lugar a una carga para uno de ellos y una recompensa para el otro, cuando al momento de

hacer la liquidación final se pruebe que esa solidaridad proporcional no se ha cumplido, quedando quien no cumplió sin la carga de recompensar al otro en lo que le correspondía.

2.2.2.4. Disolución de la sociedad conyugal. La disolución es la verificación de las causas de suspensión y resolución de las relaciones jurídicas establecidas para la consecución del fin común.

En virtud del artículo 1 de la Ley 28 de 1932, los hechos que dan lugar a que deba reputarse que los casados han tenido la sociedad conyugal, para efecto de liquidarla, son los mismos que se contemplan en el régimen del Código Civil como causales de disolución de la misma sociedad. El original artículo 1820 enumeraba las causales de disolución de la sociedad conyugal, esos mismos hechos allí previstos, continuaron bajo la vigencia de la Ley 28, siendo aplicables hasta la expedición de la Ley 1 de 1976 cuyo artículo 25 dió una nueva redacción al 1820 ya citado.

El nuevo artículo 1820 señala dos motivos que dan lugar a que deba reputarse que los cónyuges han tenido sociedad conyugal, al mismo tiempo que indica que esos mismos inmuebles son los eventos ante los cuales procede la disolución

estos son:

- Disolución del matrimonio que comprende en la actualidad tres situaciones, muerte real o presunta, y declaración de divorcio.

- Separación judicial de cuerpos

- Sentencia de separación de bienes

- Declaración de nulidad de matrimonio, y

- Mutuo acuerdo de los cónyuges capaces, que conste en escritura pública.

2.2.2.5. Liquidación de la sociedad conyugal. Según el artículo 4 de la Ley 28. En caso de la liquidación se deduce de la masa social, o lo que cada cónyuge administre separadamente, el pasivo respectivo, los activos líquidos se suman y se dividen conforme al Código Civil, previa las compensaciones y deducciones de que habla el mismo código.

La interpretación de este texto dió lugar a exponer dos teorías, ambas perfectamente válidas y partían de las bases de que la operación que debía hacerse para liquidar la socie-

dad conyugal, era la educción del pasivo respectivo, obteniéndose así los activos líquidos, de ahí en adelante las dos teorías se separan, consistiendo la diferencia de fondo entre ellos en determinar los bienes sobre los cuales se debían hacer efectivas las recompensas.

La primera de ellas sostenía que debía hacerse sobre la suma de los activos líquidos y la segunda decía que sobre cada uno de esos activos aisladamente. Esta diferencia interpretativa del artículo en mención dejó de existir desde la vigencia del Código de Procedimiento Civil de 1970 en el que su artículo 600 ordenó:

Cuando en el proceso de sucesión haya que liquidarse la sociedad conyugal; en el individuo se relacionaran los correspondientes activos y pasivos para los cual se procederá conforme a lo previsto en el art. 4 de la ley 28 de 1932, con observancia en lo dispuesto en los numerales anteriores.

Estos dos numerales referidos establecen: En el activo de la sociedad conyugal se incluirán las compensaciones debidas a las masa social por el cónyuge sobreviviente o por el difunto; siempre que se denuncien por la parte obligada o que esta acepte expresamente lo que denuncie la otra. En cuanto al pasivo se incluirán las compensaciones debidas.

por la masa social al cónyuge sobreviviente.

De lo anterior se puede concluir que en la actualidad las compensaciones actúan sobre la masa total y no aisladamente sobre el haber de cada cónyuge, para incrementar el activo o formar parte del pasivo. También es importante resaltar que conforme al régimen vigente para proceder a la liquidación de la sociedad conyugal por motivos diferentes a la muerte de uno de los cónyuges en el inventario no deben incluirse los bienes propios de ninguno de ellos y para confeccionar el inventario se hace relación de todos los bienes de la sociedad. El artículo 1824 con respecto a los bienes que deben ingresar a la masa social suscribe: "Aquél de los cónyuges o sus herederos que dolosamente hubiera ocultado o distraído algunas de la sociedad, perderá su porción en la misma cosa y será obligado a restituirla doblada". Previas las recompensas y deducciones del caso - artículo 1825 a 1829 del C.C. - el residuo se divide por iguales partes entre los dos cónyuges, artículo 1830 del C.C.

En cuanto a la responsabilidad de los cónyuges se establece la solidaridad legal en el artículo 2 de la Ley 2332 de modo que respecto de ambos es de exacta aplicación el artículo 1834 del Código Civil, uno y otro cónyuge son respon-

sables de la totalidad de las deudas sociales, quedando a favor de cada cual su acción contra el otro para el debido reintegro, en lo que fuere de Ley, sin el límite que señala el artículo 1834 del C.C. respecto de la responsabilidad de la cónyuge.

Es bueno mirar aquí el problema de la bigamia, con presunciones de validez del segundo matrimonio, para ver si los herederos tendrían derecho a accionar para solicitar la nulidad del segundo matrimonio. Se encuentra que entre las causales insubsanables de nulidad del matrimonio se encuentra el adulterio y es de anotar que respecto a este tipo de causales no existe atribución legal, expresa que nos diga quienes son titulares de dicha acción, pero tampoco hay prohibición expresa al respecto, por eso entendemos que los herederos, con respecto al primer matrimonio, si tienen derecho a accionar para solicitar la nulidad del segundo matrimonio cobijado con la presunción de validez, para que se declare que no se formó sociedad conyugal con base en el artículo 1820 y 140 del C.C.

El artículo 1820 establece en su numeral 4: que la sociedad conyugal se disuelve por la declaración de nulidad del matrimonio, salvo en el caso de que la nulidad haya sido declarada con fundamento en lo dispuesto por el numeral 12 del artículo

140 del C.C. En este evento no se forma sociedad conyugal.

A su vez el artículo 140 numeral 12 dice: El matrimonio es nulo y sin efectos en los siguientes casos: Cuando respecto del hombre o de la mujer o ambos estuviera subsistente el vínculo del matrimonio anterior.

Con respecto a estos artículos cabe anotar que debería existir sociedad conyugal en el segundo matrimonio a pesar de la bigamia, cuando la sociedad conyugal del primer matrimonio se hubiera disuelto y liquidado o al menos disuelto, porque al momento de formarse esta no hay otra vigente, incluso sería una especie de sanción para quien actuando de mala fé, ocultó su primer matrimonio e incurrió en la bigamia. También y en relación con el artículo 1820 que trata de la disolución de la sociedad conyugal y partición de gananciales cuando establece no obstante los cónyuges responde ante los acreedores con título anterior de la sociedad conyugal; podría observarse que fomenta la mala fe y entre el momento en que se dió la disolución y liquidación de la sociedad conyugal y el registro de la misma, puede uno de los cónyuges adquirir irresponsablemente deudas de las que por la responsabilidad solidaria establecida por el artículo en mención, tendría que responder también el otro cónyuge.

### 2.3. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SOBRE LA SOCIEDAD DE HECHO

Son muy pocos los antecedentes legales, pero existen en nuestra legislación algunos, en cuanto al reconocimiento de la existencia en efectos jurídicos del Concubinato entre ellos el artículo 50 del Decreto 2820 de 1974 que establece: "Los padres de los hijos extramatrimoniales, podrán ejercer los derechos concedidos por los artículos precedentes, a los padres legítimos si viven juntos. En caso contrario, ejercerá tales derechos aquel de los padres que tenga a su cuidado al hijo".

Esto se ve excepcionado en otra forma que señala al padre extramatrimonial no se puede otorgar la patria potestad, ni la guarda del hijo que ha sido declarado tal en proceso contradictorio; igual disposición existe, en este sentido, tratándose de filiación legítima, de donde se puede corregirse que el Decreto 2820 en su artículo 50 en relación con la curaduría legítima, otorga a los padres que viven en concubinato derechos similares sobre los hijos que ordinariamente son derivados del matrimonio.

Otro reconocimiento importante que hace la Ley de la familia extramatrimonial existe en materia laboral, cuando por manda-

to de ella o por convención colectiva de trabajo se le reconocen ciertas prestaciones de seguro de vida o pensión a la compañera estable del trabajador, también hay ciertos establecimientos públicos, que le han dado efectos a la relación concubinal como por ejemplo en la reglamentación de contingencias amparadas por el I.S.S. donde se le da derecho de prestación, en caso de maternidad a la mujer que esté haciendo vida marital con el asegurado, siempre y cuando esta halla sido inscrita en el I.S.S. con ocho meses de anticipación de la iniciación del reposo prenatal y a condición de que sean solteros. El I.C.T. también otorga derechos a la concubina del adquiriente de vivienda común sobre el inmueble en mención.

2.3.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. La Corte ha afirmado claramente que los concubinos sean absolutamente independientes ante el derecho, entre ellos no existen relaciones jurídicas y que esa independencia implica por oposición a la dependencia que surge del matrimonio, que los concubinos no sufren restricción jurídica alguna en sus vidas y se consideran completamente extraños ante el derecho.

En cuanto a las relaciones patrimoniales nos dicen que entre ellos no existe algo que se parezca a la sociedad conyugal,

que el solo concubinato no da lugar a relaciones jurídicas, pero que si puede constituirse una compañía de carácter lucrativo civil o comunal, regular o de hecho y celebrarse toda clase de contratos. Como lo afirma en anteriores sentencias, ellos no están unidos por un vínculo legalmente incomparable con esas convenciones y de acuerdo a lo dicho antes, considera que los concubinos son personas jurídicamente independientes y gozan de libertad de concertar.

En cuanto a la de que los concubinos constituyen sociedad de hecho, estos pueden constituir la pero se les exige los mismos requisitos que deben reunir los extraños al formar tales sociedades o sea el affectio societatis los aportes efectivos y la vocación a participar de las utilidades o pérdidas.

En sentencia de Diciembre de 1947 afirma lo que podría decirse es en conclusión el pensamiento de la Corte, no es la situación de Concubinato la que da existencia a la sociedad, sino la situación especial de hecho, que se configura con los mencionados requisitos que existe la sociedad de hecho, los que la configuran

2.3.2. Proyectos Presentados. Se han presentados dos proyectos de Ley sobre la materia son ellos; El proyecto de

Nº 48 de 1978 y el Nº 135 de 1981, presentado por la Representante Nahir Saavedra de Devis. EL último de estos proyectos fue modificado en algunos aspectos.

El proyecto de Ley 48 de 1978 parte de la base de dos hipótesis:

- Que el concubinario no tenga sociedad conyugal con otra mujer.
- Que el concubinato si la tenga

En la primera hipótesis contempla la proponente dos situaciones que pueden ocurrir, que el hombre nunca halla estado casado con otra mujer y que habiendo estado casado, la sociedad se encuentra disuelta por muerte de la esposa, divorcio vincular o separación de bienes o de cuerpos; inexplicablemente aquí la representante no incluye la nulidad, ni el mutuo acuerdo, aunque al hablar de disolución señala que se produce esta por terminación del concubinato, sin decir cuales son las causales, y por muerte del cónyuge.

En estas dos situaciones de esta primera hipótesis no encuentra problema para reconocer una sociedad patrimonial concubinaria y sugiere que se le de a la concubina el 50% de

los gananciales obtenidos dentro del concubinato, sin entrar a formar parte de dicha sociedad los bienes adquiridos por el concubinario, antes de que se cree un concubinato. Ni los que dentro de este recibe por herencia, legado o donación; aclarando que entran a formar parte de la sociedad patrimonial concubinaria los bienes que la mujer adquiriera a título oneroso dentro del concubinato. Se señala también en este proyecto que el mientras no se solicite la liquidación de la sociedad por la disolución del concubinato, aquella debe subsistir pero sólo para efectos de equidad y como sociedad disuelta sin que los bienes adquiridos con posterioridad por cualquiera de los bienes adquiridos con posterioridad por cualquiera de los concubinos, entren a formar parte del haber social. Esto si es diferente a lo que ocurre cuando de hecho se separan de cuerpos los cónyuges y ninguno demanda la disolución de la sociedad patrimonial. Pero la razón de peso de la proponente para establecer esta diferencia es debido a la consecuencia lógico-jurídica de existir o no el matrimonio.

En cuanto a la segunda hipótesis que es lo que exista sociedad conyugal del concubinario con otra mujer, el proyecto se encamina a que se respeten los derechos de la esposa a los gananciales y a reconocer la sociedad patrimonial únicamente sobre los bienes que se adjudiquen al concubinario,

en la liquidación de la sociedad conyugal vigente ni incluyó reglamentación alguna que haga extensivo a la concubina lo que estableció para el concubino. En esta segunda hipótesis se <sup>contemplan</sup> contemplan tres situaciones:

- Que se disuelva primero la sociedad conyugal y después la sociedad concubinaria; en este caso la fórmula propuesta opera sin dificultad.

- Que ocurra primero la muerte del concubinario, caso en el cual se haría en el proceso de sucesión de este primero, la liquidación de la sociedad conyugal, y luego la concubinaria.

- Que al disolverse el concubinato, en vida de los concubinos, subsista una o dos sociedades conyugales con terceras personas; caso en el cual sería necesario consagrar según lo señala la proponente, que una vez decretada la existencia y disolución de las sociedades conyugales, para lo cual se hace necesario citar el proceso en la demanda, al cónyuge del demandado y al demandante si lo tuviere.

En cuanto a los procedimientos a seguir para disolver la sociedad concubinaria en vida de los concubinos contempla dos posibilidades.

- Si hay decisión judicial previa en proceso ordinario sobre la existencia de la sociedad concubinaria o simplemente del concubinato, aún cuando no se haya decretado su disolución y liquidación de la sociedad conyugal en vida de los cónyuges o sea el abreviado que regulen los artículos 414 y 422 del Código de Procedimiento Civil.

- Pero si no existe una decisión judicial previa, debe adelantarse primero el proceso ordinario declaratorio y a continuación del mismo el de liquidación por los trámites de los artículos 625 y 626 del Código de Procedimiento Civil.

El proyecto también hace referencia a la situación de los hijos habidos dentro del concubinato, con la Ley 28 de 1932 como lo expresé anteriormente ya no tiene mayor significación referirse a esa propuesta, pues quedó suficientemente regulada dicha situación.

El proyecto que se acaba de exponer no alcanzó a recibir ponencia, la misma proponente en 1981 presentó el proyecto de Ley 135 sobre el mismo tema, pero introduciendo algunas modificaciones con el fin de eliminar objeciones que le pudieran hacer, por estar dándole al concubinato y a los cónyuges y al matrimonio, aunque esto realmente no sucedería porque primero se debía pagar el cónyuge del concubino

la totalidad de sus gananciales. En este proyecto que se presentó en 1981 la representante Nahir Saavedra de Devis decidió disminuir en un 50% el haber de la sociedad concubinaria y la participación de cada concubino en los bienes adquiridos por el otro a título oneroso dentro del concubinato. En este segundo proyecto aún cuando los concubinos sean solteros o casados pero sin sociedad conyugal vigente, a la sociedad concubinaria solamente ingresarían el 50% de los bienes adquiridos por cada concubino a título oneroso durante el concubinato; por tanto la protección patrimonial que se diera al concubinato, sería exactamente la mitad de lo que, desde la vigencia del Código Civil, se otorga al matrimonio y a los cónyuges. Además si un concubino está simultáneamente casado con terceras personas y la sociedad conyugal no se encuentra disuelta y líquida, primero será necesario liquidar esta, para entregarle al cónyuge de ese concubino reciba a su vez por gananciales solamente una mitad o sea el 25% del haber de la sociedad conyugal, correspondería a la sociedad concubinaria.

Además de reformar algunos aspectos del proyecto de 1978 también se introdujeron nuevas normas, entre ellas, la que propone reconocer un derecho de alimentos al concubino que por su pobreza lo necesite, también normas que señalan a que tipo de relaciones debe referirse esta regulación. Al establecer que es el hecho de vivir por dos o más años con-

tinuos en estado de concubinato, sin definir que se entiende por este y dándole efectos desde su iniciación. También excluye el mismo artículo primero, la existencia de la sociedad concubinaria, si la mujer tuviere simultáneamente varios concubinos y sancionando al hombre que tuviere varias concubinas, señalándose existencia de sociedad patrimonial con cada una de estas y negándole participación en los bienes adquiridos por los medios de prueba del concubinato que en la práctica se traducen en libertad probatoria al respecto al incluir entre ellos la sentencia ejecutoriada de proceso ordinario.

En las disposiciones complementarias se le da derecho hereditario a la concubina o al concubino según el caso, teniendo en cuenta unas reglas que establece, si concurre con hijos o padres del causante, este o esta recibirán la mitad de la cuota de uno de estos; en los demás casos la mitad de la cuota que corresponda o que de existir le correspondería al cónyuge, deduciéndole en ambos eventos el valor de los bienes que por cualquier otra causa recibiere la concubina o el concubino en la sucesión del causante o en la liquidación de la sociedad concubinaria.

De otra parte respecto a la sucesión se aplica la lógica

antes mencionada y al fallecer el causante si tuviere varios concubinos las cuotas se repartirán por partes iguales entre todos ellos, en el supuesto de que sea la concubina que tuviera varios concubinos, no heredará de ellos. Simplifica también, este último proyecto, los procedimientos propuestos para disolver la sociedad concubinaria, según halla o no, decisión judicial previa y si la hay, en proceso ordinario que declare la existencia de la sociedad concubinaria, o simplemente el concubinato, el procedimiento debe ser el mismo que para liquidar sociedad conyugal en vida de los cónyuges o sea el especial de los arts. 626 en armonía con el 625 del Código de Procedimiento Civil, si no existiere decisión judicial previa se debe adelantar primero el procedimiento especial que se sigue para la disolución y liquidación de sociedades de hecho, arts. 627 a 644 del C.P.C. aquí suprime por tanto el procedimiento ordinario por considerarlo inconveniente.

2.3.3. Proyecto de Código y Jurisdicción de Familia. Esta parte corresponde a un análisis de lo que dice Carlos Fradique Mendez, sobre lo que él llama Matrimonio de Hecho y Régimen de bienes entre no casados, es un importante aporte doctrinario a un tema que para nada ha tocado la legislación, aporte que será muy útil en el momento en que los legisladores decidan prestarle la atención que merece.

Al definir el matrimonio de hecho considera que este produce los mismos efectos del matrimonio de derecho, pero lo tipifica como tal si se llenan los siguientes requisitos:

- Haberse celebrado sin el lleno de los requisitos necesarios para el derecho.
- No concurrir causal de anulación en caso de existir, sería ineficaz de pleno derecho.
- Haber procreado o llevar a lo menos un año de vida en común.
- Haberse inscrito previa escritura pública, en el registro civil de las personas.

Este último requisito lo condiciona, a la asistencia y prueba de los otros, prueba que se daría con el registro civil de los hijos, para la primera parte del literal 5, 4, 3, y para los demás hechos sería suficiente la declaración de cinco testigos hábiles. Se considera además que uno u otro cónyuge, en su caso podría mediante un proceso verbal, pedir la inscripción del matrimonio en el evento de que el otro no pudiese o no quisiere hacerlo y con la facultad de pedir medidas preventivas de embargo y secuestro de bienes

de la sociedad.

En otro capítulo que entre los no casados que viven como si lo fueron se forma una sociedad analoga a la conyugal, pro esta no se formaría de pleno derecho, sino mediante declaración judicial sobre su existencia y orden de disolución y liquidación y esta sociedad no podrá concurrir con la que se halla formado por la celebración o inscripción de un matrimonio. Pero es de suponer que la orden de disolverse y liquidarse solo se dará en caso de que él o ella lo soliciten. Quizás habría que tener la sentencia como declarativa de la sociedad que el autor propone.

De aquí se deduce que el matrimonio de hecho sería una situación jurídica diferente al concubinato, el cual se presentaría entre no casados. Con lo que este autor denomina matrimonio de hecho, se estaría creando, si se permite la expresión una modalidad más de matrimonio, como forma de eludir la posible negación de este estado, cuando se ha elaborado el contrato matrimonial sin el lleno de los requisitos legales. Sería de gran importancia la legislación en este sentido para evitar que alguno de los cónyuges amparándose en un error, que muchas veces puede ser doloroso, al momento de celebrarse el matrimonio pretenda eludir sus responsabilidades económicas como padre y como cónyuge.

Sin embargo, haciendo relación a la sociedad de bienes entre no casados, no debería exigirse la declaración judicial sobre su existencia y como consecuencia la orden de disolución y liquidación, debería ocurrir con ésta lo que pasa actualmente con la sociedad conyugal, cuando el concubinato ha sido estable y se aporte, al momento de liquidar esa presunta sociedad entre concubinos, la prueba de que los bienes que se pretenda pertenecer a ella, se adquirieron durante su vigencia.

#### 2.4. PORCION CONYUGAL

Es aquella parte del patrimonio que el testador debe asignar al cónyuge sobreviviente que carece de bienes suficientes para vivir (art. 1230).

Antiguamente se contrapusieron dos formas de pensar acerca de si los cónyuges sobrevivientes debían ser o no asignatarios forzosos. Hasta Justiniano, la legislación romana negaba todo derecho al viudo o viuda sobre el patrimonio del marido, y no sobre el de la mujer, es decir, que el marido a nada tenía derecho.

En cambio, los antiguos pueblos germánicos dieron un mejor trato a las viudas pues siempre consideraban que debían

ser herederas y continuadoras de la familia y el hogar.

En la actualidad, las legislaciones reconocen generalmente tanto al viudo como a la viuda ciertos derechos forzosos sobre la sucesión del causante, y aunque algunos códigos sólo le conceden al cónyuge supérstite alimentos, otros le dan la calidad de legitimarios, a fin de que reciba como porción conyugal una legítima. Esto lo estatuyen por ejemplo, el Código Civil alemán y el Código Civil suizo.

El Código Civil Español le asigna al viudo o viuda una legítima de uno de tales hijos; y cuando hay concurrencia con los padres del causante, la tercera parte de bienes en usufructo vitalicio, y a falta de unos y otros, la mitad de la herencia también en usufructo. Al igual el Código Italiano de 1942, reserva para el Cónyuge el usufructo de las dos terceras partes, según los casos.

El Código Civil Colombiano prefirió otorgarle en plena propiedad una parte del patrimonio; pero condicionó tal atribución de bienes al hecho de que se trate de un cónyuge pobre, que carezca de lo necesario para vivir. Por este motivo, los cónyuges que tienen patrimonio suficiente para vivir o que por el contrario hallan de recibir una parte del patrimonio social por concepto de gananciales, carecen del derecho a pedirla.

En el derecho civil colombiano, la porción conyugal es invariablemente una asignación hereditaria, pues es una parte del patrimonio de una persona difunta; cuando no hay descendientes "es la cuarta parte" y cuando los hay es "la legítima rigurosa de un hijo". La expresión descendientes legítimos que emplea el art. 1236 debe cambiarse por la de descendientes a partir de la ley 29 de 1982 que igualó en un todo a los descendientes extramatrimoniales a los legítimos. No es un crédito a cargo de la sucesión, es decir, una deuda que los demás herederos están obligados a pagar, es una parte del patrimonio del difunto; tampoco es una indemnización, ni una pensión de alimentos.

No tienen derecho a porción cónyuges quienes estén en alguno de los siguientes casos.

Los que han dado lugar a la separación de cuerpos por su culpa o hecho. La separación de cuerpos debe ser comprobada por sentencia judicial y que se halla demostrado plenamente la imputabilidad del hecho o la culpa de uno de los cónyuges. El cónyuge que fue causa de la separación no tiene derecho a porción conyugal en la sucesión del cónyuge inocente; pero este conserva tal derecho en la sucesión del cónyuge culpable. Si ambos cónyuges recíprocamente dieron ocasión al divorcio, los dos pierden todo derecho a porción conyugal.

- Los que han incurrido en alguna de las causales de indignidad.

- Los desheredados, pues el desheredamiento tiene por objeto privar a los asignatarios forzosos de su respectiva asignación.

- Los que poseen bienes suficientes.

### 3. ASPECTO SOCIAL DE ESTA SOCIEDAD

Socialmente la iglesia a través de la historia ha mantenido su criterio de que el matrimonio es el núcleo de la familia, y que esta unión matrimonial es indisoluble, que la pareja que contrae matrimonio lo hace para toda la vida para ayudarse, auxiliarse, socorrerse mutuamente y también para procrear. Al respecto el Concilio Vaticano II dijo:

"La misión de ser célula primaria y vital de la sociedad la familia, la ha recibido directamente de Dios. Cada hogar, cada familia constituye un santuario doméstico de la iglesia"

La iglesia ha elevado a la calidad de ~~sacramento~~ el contrato matrimonial, como lo dice el Doctor Liberio Restrepo en su obra: Matrimonio, Divorcio y Concordato; cuando dice:

Consagra como dogma de fe que el matrimonio <sup>sea</sup> ~~es~~ elevado a la dignidad de sacramento por nuestro Señor Jesucristo, y como doctrina de la iglesia católica que el sacramento no es una cualidad accidentada del contrato sino que es

lo esencial del mismo matrimonio, de tal manera que la unión conyugal entre cristianos no es legitima sino el sacramento del matrimonio, fuera del cual no es sino puro concubinato.

A pesar de que el concubinato ha sido marginado en forma absoluta por nuestra sociedad, y aunque practicado clandestinamente por la misma, no obstante, la unión libre sigue siendo detestada en la brillante aparición de las reuniones de las clases altas. No se distingue entre una unión sexual pasajera y una convivencia hogareña, sino sencillamente entre unión aprobada por la iglesia o registrada por un juez, y unión ante el altar de la propia conciencia o sea, entre matrimonio y concubinato.

### 3.1. ASPECTO MORAL DE ESTA SOCIEDAD

La iglesia considera las relaciones extramatrimoniales como una falta de moral grave que atenta contra el verdadero amor. En ningún tiempo la iglesia ha estado de acuerdo con el concubinato, por considerarlo contrario a la moral cristiana. En la actualidad, finalizando el siglo XX la iglesia católica ha moderado su posición frente al concubinato, llegando a definirlo como una unión sin ningún vínculo institucional públicamente reconocido, ni civil, ni religioso, asignándole como causas hechos o circunstancias diversas,

pues algunos consideran obligados por difíciles situaciones económicas, culturales y religiosas en cuanto que constituyéndose el matrimonio regular, quedarían expuestos a daños, a la pérdida de ventajas económicas, a discriminaciones etc. En otros se encuentra una actitud de desprecio, contención o rechazo de la sociedad, de la institución familiar, de la organización socio-política o de la mera búsqueda del placer. Finalmente otros son empujados por la extrema ignorancia y pobreza, a veces por condicionamientos debidos a situaciones de verdadera injusticia, o también por una cierta inmadurez psicológica que les hace sentir la incertidumbre o el temor de atarse con vínculos estables y definitivos.

### 3.2. RECONOCIMIENTO DE LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES

Cuando nos referimos al reconocimiento abarcamos al padre y a la madre, por cuanto uno como otro puede reconocer.

El reconocimiento en nuestras instituciones legales proviene del padre y de la madre y las características que se predicen a este se atribuirán, aunque lo más frecuente es el reconocimiento por parte del padre.

3.2.1. Es un acto voluntario. La Ley 153 de 1987 en su art.

55 dice: "El reconocimiento es un acto libre y voluntario del padre o de la madre que reconoce". Es decir, que el factor voluntad es esencial en el reconocimiento y por tanto debe ser libre, o sea, que no se halle afectada de vicios que puedan alterar el consentimiento.

Como voluntario no requiere el acuerdo mutuo entre el padre y la madre, pues opera independientemente el uno del otro.

Es un acto jurídicamente voluntario y no obligatorio. Es un acto voluntario el que realiza el padre, lo puede hacer o se puede abstener de hacerlo. Está en la acción en el resorte de su voluntad. Se ha pensado si efectivamente prima la voluntad, o se hace para cumplir con lo que se debe. El padre tiene un deber moral y social de reconocer a su hijo, pero el deber moral no implica el deber jurídico, porque el deber moral está en el cuidado, crianza y educación del hijo, y el deber jurídico está en el hecho de realizar ese acto jurídico de reconocerlo.

Nuestro Código Civil no concede al hijo el derecho a ser reconocido sino sólo el derecho a que se declare judicialmente su filiación previa demostración en juicio.

Este modo de pensar nos deja ver la alta dosis de anacronis-

mo y señala como los derechos reconocidos por la ley al hijo extramatrimonial, eran tomados como simples concesiones casi que gratuitos dándole el valor que el derecho Romano confirió a los meros actos de voluntad.

En la actualidad debe someterse por lo menos a una distinción el predicado voluntario, como propio del reconocimiento. En efecto, ya se ha dicho que el reconocimiento es una confesión, este medio probatorio, a su turno, puede revestir la modalidad de ser provocado o espontáneo.

El padre natural en forma voluntaria puede reconocer la progenie en :

- En el acta de nacimiento, la voluntad se manifiesta al firmar el registro civil.

- Por escritura pública

- Por testamento

- Por manifestación expresa y directa hecha ante un juez.

En cada una de estas formas se está poniendo de presente la voluntad de quien reconoce por medio de uno de estos actos.

La espontaneidad salta de la libre determinación e iniciativa del confesante que puede ser judicial o extrajudicial pero es de anotarse que no toda confesión de paternidad extrajudicial puede ser tenida como reconocimiento.

Si la confesión es espontánea no hay duda de que el reconocimiento es enteramente voluntario, pero no es solamente la presión del juramento lo que hace menguar el apelativo de voluntario pues en últimas toda confesión judicial es juramentada, salvo la excepción del interrogatorio, sobre un hecho.

Existe un trámite especial consagrado en la Ley 75 del 68 que permite llegar incluso a conclusión contraria. La no voluntariedad. Por la Ley los presuntos padres a solicitud de personas interesadas como puede ser el hijo, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, o quien haya cuidado de la crianza del menor, o en su guardador, o defensor y aún el juez de menores pueden ser citados para que bajo juramento declaren si son o se creen ser el padre o la madre.

Si el notificado no compareciere, pudiendo hacerlo y se hubiere repetido una vez la citación expresándose el objeto, se mirará como reconocida la paternidad, previo los trámites de un incidente.

Es dudoso pensar que de conformidad con leyes procesales vigentes pueda hablarse de la procedencia de la confesión presunta, como sanción para la contumacia del citado cuando se trata de la citación para el reconocimiento del hijo extramatrimonial. Ello puede contener una sanción drástica, o la aplicación antitécnica de un momento procesal para una diligencia fuera de proceso.

Quizás estas dos razones existen de por medio porque la rebeldía a cumplir una orden de comparecencia ante un juzgado para una diligencia fuera de proceso, si bien merece sanción, no debe ser la de tener padre o madre a la persona citada.

Esta no es la manera de proteger la filiación extramatrimonial esto es, cultivar la incertidumbre en los propios mecanismos legales, porque declarar padre o madre a alguien por una simple renuencia es aplicar mal una disposición, cualquiera que reconozca al propio hijo, deber que se deduce del derecho otorgado al hijo para solicitar la filiación natural a través de la rama jurisdiccional.

Según Dussi Cosattini: "El reconocimiento es el cumplimiento de un deber de conciencia, de un deber moral".

Para Novoa: "El reconocimiento es voluntario pero constituye una reparación debida por leyes naturales".

Planas y Casals: "El reconocimiento es una obligación que la Ley impone pero que puede ser voluntario cuando la efectúan los padres por propio impulso".

La Ley 75 de 1968 en su art. 1 dice: "El reconocimiento de hijos naturales es irrevocable y puede hacerse.... es una expresión del carácter voluntario del reconocimiento donde no hay apremio ni coacción para reconocer el fruto de su propia sangre".

3.2.2. Es un acto personal. Por este aspecto el reconocimiento es considerado como una confesión, y por ello tiene un carácter personal, ello significa que sólo los padres pueden hacerlo, porque cualquier otro pariente carece de esta facultad. Mal haría persona diversa en obligar a otra por un reconocimiento que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas al confesarse o que favorezcan consecuencias jurídicas adversas que favorezcan a la parte contraria. De tal manera, ni siquiera las personas más allegadas al presunto padre podrán hacer el reconocimiento, y ni aún muerto, los herederos del mismo en este supuesto, debe acudir a la vía judicial las partes se pongan de acuerdo.

Los padres pueden reconocer conjunta o separadamente, en este caso solo se obliga a quien lo haga. Esta caracterís-

tica nos obliga a concluir que no es admirable el apoderado para hacer el reconocimiento.

En la paternidad natural el reconocimiento es un acto personalísimo, ya que sólo el padre puede hacerlo o a la madre independientemente, así sea un sólo instrumento. En el art. 1 de la Ley 75 de 1968 dice: "En el acta de nacimiento, firmándola quien reconoce". De manera que sólo el padre puede firmar esa acta. Cuando el padre no firma el acta de nacimiento, debe notificarse personalmente, pero el hecho de esa notificación no implica que halla reconocimiento, se requiere la voluntad del padre y su anuencia de aceptar.

En nuestra legislación, sólo puede reconocer el interesado, nunca podrá reconocer otra persona por el padre.

No podrán reconocerse pues, los representantes legales, ni herederos, ni ascendientes, ni descendientes. Directamente en la Ley, sea la opinión al respecto que se tenga una cosa es incuestionable que el reconocimiento en situaciones como las anteriores no puede tildarse de reconocimiento voluntario porque el apremio del juramento, por un lado, y sobre todo la declaración sui géneris de la confesión ficta o presunta, quebrantando la voluntariedad del reconocimiento y lo tornan en una figura a la que se llega por medio de coerción.

El padre o la madre tienen el deber jurídico de reconocer al hijo -no es un simple deber moral como antes se dijo y este tiene derecho a fijar su estado civil de hijo extramatrimonial.

Observemos la opinión de algunos autores:

Santoro Pasarelli. "El reconocimiento es un negocio jurídico, debido aunque una obligación no coercitiva. Lo que en otros términos llevará a concurrir con la jurisprudencia francesa, por cuanto si no hay coerción la obligación se torna en natural".

Montan: "Critica a la jurisprudencia francesa que considera el reconocimiento como el cumplimiento de una obligación natural".

Cicu: Se refiere a "un poder de poder, que tiene el padre de no encontrar ese carácter personalísimo, pero a lo largo del artículo se observa ese carácter al concederle esa facultad únicamente al padre".

Considero que no se puede dar un poder para reconocer. El reconocimiento es indelegable, miremos como se imposibilita jurídicamente actuar como apoderado.

- Si del acta de nacimiento se trata, esta solamente puede ser firmada por el padre, si lo llegare a firmar otro hombre, este estaría implícitamente haciendo un reconocimiento aunque impugnabile en cualquier tiempo por el verdadero padre.

- En relación con la escritura pública bien sabemos por derecho de obligaciones que nadie puede ser obligado a sus espaldas.

- Si es en el testamento, este también es un acto personalísimo indelegable. Art. 1060 del Código Civil.

- Cuando la manifestación expresa se hace ante el juez, tampoco es posible que lo haga otra persona.

3.2.3. Es un acto expreso. No es posible el reconocimiento tácito, porque en nuestro derecho la reglamentación del reconocimiento de los hijos descansa sobre la manifestación clara y explícita del padre o de la madre, del cual no queda duda en la intención de reconocer.

- Si del acto de reconocimiento surge duda, se tendrá que recurrir al juicio pertinente para acreditar la filiación la sola observación de los requisitos solemnes permiten concluir que el reconocimiento sea un acto expreso.

Algunos autores como Royo, creen que el reconocimiento también puede ser tácito. Si sacar ventaja, pienso que todo reconocimiento de un hijo extramatrimonial debe ser expreso mediante la exteriorización directa en cualquiera de las cuatro formas que señala el artículo 1 de la Ley 75 de 1968.

Considero que lo expreso es el reconocimiento y lo tácito los hechos, de los que infiera una paternidad que tiene la característica de poderse someter al rigor de la crítica de la prueba, mientras que el reconocimiento realizado en forma expresa es irrevocable. Lo expreso o lo tácito depende de la propia ley sin que le sea dado el intérprete calificar un hecho o manifestación como lo uno o lo otro, ya que lo expreso es materialización del reconocimiento o filiación.

3.2.4. Es un acto unilateral. Así ha sido considerado el reconocimiento por la doctrina extranjera. En cuanto a los autores nacionales no han tomado partido sobre el particular entre los foráneos tenemos: Stolfi, Nicola, Candian, Dusi Romano, Demolombe, Planiol, Rippert, Boulanger, y otros.

Estamos de acuerdo con esta tesis, por cuanto el reconocimiento solamente depende de la voluntad del reconocedor no se necesita un cruce de voluntades. Tenemos por ejemplo; el reconocimiento hecho en acto testamentario, que en su esencia unilateral, aquí el hijo heredero no puede interve-

nir ni para lo uno ni para lo otro, es un acto de una sola persona.

Es un acto independiente y aislado para cada parte. Cuando el padre reconoce a un hijo extramatrimonial, no puede estar sujeto a la opinión de la madre, la que salvo excepciones podrá impugnar el acto, por no oponerse a la voluntad del reconocedor.

Es un acto individual respecto al hijo. Autores como Colin, Capitant, indican que el reconocimiento es un acto individual con relación al hijo reconocido. Naturalmente que esta afirmación es cierta, ya que, el acto está dirigido al hijo para que produzca y haga nacer unos derechos en él. El hecho de que varios hijos extramatrimoniales, aunque el reconocimiento se haga en un solo instrumento, va dirigido a cada hijo individualmente para considerarlos como tales en forma separada uno del otro, cuando en una sola misa un sacerdote bautiza varios niños, el acto ha sido comunitario pero el vínculo ha sido individual.

Es una característica discutida si el reconocimiento se perfecciona por la sola voluntad de los padres, manifestada ante el juez, con las formalidades exigidas por la Ley.

La bilateralidad entendida como la necesidad de existir un medio entre el reconocimiento y el reconocido respecto al acto, no deja hacer surgir la idea de que se trata de un acto de mera disposición privada.

Pero la unilateralidad de la voluntad debe ser hecha por una persona capaz de reconocer y tiene bases como éstas:

Por definición sabemos que el reconocimiento encierra una confesión y ella como medio probatorio tiene la característica de ser irrevocable, salvo el derecho de admitir prueba en contrario.

Por el reconocimiento se establece un estado civil con base en el hecho del nacimiento porque desde ese momento surte efectos. El reconocimiento del hijo extramatrimonial puede hacerse aún antes del nacimiento porque de esta manera generaría obligación para quien reconoce entre estas obligaciones tenemos el suministro de alimentos a la madre grávida en razón al reconocimiento de la criatura en gestación.

Puede afirmarse que el carácter de reconocimiento es el de prueba porque la filiación extramatrimonial es un hecho preexistente y el reconocimiento no hace más que establecer legalmente el hecho porque la filiación existe con anterior-

ridad al reconocimiento, pero no consta legalmente.

3.2.5. Es un acto solemne. El acto jurídico del reconocimiento es entre nosotros, un acto esencialmente solemne que debe producirse únicamente por los medios taxativamente señalados por la Ley en el art. 2 de la Ley 45 de 1936, solemnidad que es común en otras legislaciones como la Italiana, Francesa y la Española.

La solemnidad es uno de los elementos inherentes a su existencia y no debe confundirse con aquellos requisitos en <sup>que</sup> que se exige solemnidades, pero no para su existencia sino como prueba.

Su validez está condicionada al cumplimiento de los medios previstos en la ley a sus formalidades legales a saber: Firmado el padre el acta de nacimiento por declaración ante el juez, por testamento, por escritura pública.

Las exigencias legales del reconocimiento hace llegar a tenerse como un acto de formalidades esenciales, hasta el punto que sin la solemnidad el acto no existe. Se requiere de una formalidad ad substantiam actus, y no meramente ad probationem.

En el reconocimiento la solemnidad se confunde con el acto; si existe duda acerca de la presencia o no de la solemnidad, habrá de eliminarse porque no existe el reconocimiento será necesario acudir al juicio de paternidad.

3.2.6. Es un acto puro y simple. El reconocimiento es puro y simple por cuanto el reconocimiento de un hijo extramatrimonial no puede estar sometido a cláusulas, condiciones, plazos que pueden alterar sus consecuencias o la eficacia de su alcance en el tiempo.

Algunos autores opinan que el reconocimiento constituye un acto declarativo que tiene como fundamento un vínculo biológico, no tiene el reconocimiento condiciones, ni plazos, o es o no hijo, no hay términos ni condiciones.

Para otros, la razón se halla en que siendo el reconocimiento un derecho de familia, no puede estar sujeto a plazos o condiciones, ya que en este campo la autonomía de la voluntad sufre limitaciones, siendo un derecho privado donde las modalidades son susceptibles de aplicación para alterar o restringir el alcance de sus efectos.

El argumento más poderoso es que el reconocimiento crea un estado civil de hijo extramatrimonial que debe ser seguro,

estado civil que es de orden público, de carácter general y permanente, siendo incapaz la voluntad humana de alterarlo.

Por ser de orden público, el reconocimiento de un hijo extramatrimonial no puede ser materia de contraprestación y si así se verifica, se tendrá por no escrita dicha contraprestación pero el reconocimiento está válido.

3.2.7. Es un acto irrevocable. El reconocimiento válidamente emitido es irrevocable, significa que los efectos que produce el reconocimiento no los puede anular ni variar el reconocedor por su voluntad.

Hay dos razones para fundamentar esta afirmación: La primera, que emana de una disposición expresa - art. 2 de la Ley 45 de 1936- la segunda, que creando un estado civil el reconocimiento no puede estar supeditado a la voluntad de una de las partes, impotente para destruirlo por ser de interés regional.

De acuerdo con el artículo 1055 del Código Civil; "El testamento es un acto voluntario, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él mientras viva, y según el art. 1 de la Ley de 1968: "El reconocimiento

de los hijos extramatrimoniales puede hacerse por testamento, caso en el cual la revocación de este no implica la del reconocimiento".

Esto como aplicación a la irrevocabilidad para darle certeza y seguridad al estado civil de las personas, porque nadie puede ir contra sus propios actos, porque el hecho del reconocimiento se presume que el reconocedor declaró la verdad, lo que no puede ser quebrada por revocación sino mediante impugnación.

Si en verdad el reconocimiento de hijos extramatrimoniales en un acto jurídico irrevocable como expresamente lo declara el art. 1 de la Ley 75 de 1968, ello no comporta que sea inacatable, que una vez hecha ya no puede ser impugnada y que se imponga con fuerza irresistible erga omnes.

Una vez realizado el reconocimiento los efectos los fija la Ley sin que sea dable sustraerse a los mismos por acto alguno.

3.2.8. Es un acto declarativo. La doctrina no ha estado de acuerdo sobre el acto constructivo o declarativo del reconocimiento como una confesión muy bien se le puede atribuir como declarativo de estado.

hijo fuera extramatrimonial con relación a sus padres, más no frente a los terceros, ello atentaría contra el principio de la indivisibilidad del estado civil que menciona el Decreto 1260 de 1970.

## BIBLIOGRAFIA

- ANGARITA GOMEZ, Jorge. Derecho Civil. Bogotá: 1984.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. 12ª Ed. Editorial Heliasta. Buenos Aires: 1979
- CASTRO, José Félix. Derecho de Familia. Editorial Publicitaria. 9ª Ed. Bogotá: 1982.
- DIAZ DE GUIJARRO, Enrique. Tratado de Derecho de Familia. Buenos Aires: 1972
- ESTRICHE, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Temis. Bogotá: 1977
- ESTRADA, Gloria. El Concubinato en Colombia. Bogotá: 1978.
- FRADIQUE MENDEZ, Carlos. Qué es mejor: Casarse o no casarse? 2ª Ed. Bogotá: 1984.
- INDABURO LIZARALDE, Carlos Alberto. El Concubinato en Colombia, sus derechos y obligaciones. Bogotá: 1978.
- MARX, Carlos y ENGELS, Federico. Obras Escogidas. Editorial Progreso. Moscú: 1915.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho de Familia. 1. Ed. Bogotá: 1982.
- ORTEGA TORRES, Jorge. Código Civil. Temis. 8ª Ed. Bogotá: 1981
- PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. 9ª Ed. Editorial Nacional. 1980.
- PRECIADO AGUDELO, Darío. De la Sociedad de Hecho y entre Concubinos. 1ª Ed. Editorial Jurídica. Bogotá: 1980