

DR 0669

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
PARA USO EXCLUSIVO EN
LA SALA DE CONSULTA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA
No. INVENTARIO 4034212
361
FECHA 08 FEB. 2008
CATEGORIA DONACION

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARBANKUILLA

Doctor
CARLOS LLANOS SANCHEZ
Decano Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
E. S. D

Atentamente, someto a su evaluación y aprobación el Anteproyecto de Tesis para optar el título de Abogado a la que he denominado "LAS RELACIONES EXTRAMATRIMONIALES EN LA LEGISLACION COLOMBIANA ", adjuntando a la misma su respectiva Bibliografía.

En el evento de mercer la aprobación recabo de usted se le imparta y de consumo, solicito se nombre al DR. BLAS CASTILLO DIAZ, como Director de Tesis, en mérito a su invaluable Curriculum docente y pedagógico en el área materia de la Tesis.

Del señor Decano,

Atentamente,



FERNANDO BARRERO CORREA
CC 12.611,184 Ciénaga



Dr Blas Castillo
Decano

BLAS CASTILLO DIAZ

Abogado Titulado

Calle 36 No. 43-91

Oficina 209

Teléfono: 414054

Barranquilla

Barranquilla, Junio 5 de 1.987.-



Señor Doctor

CARLOS DANIEL LLANOS SANCHEZ,
Decano de la Facultad de Derecho,
CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL
DESARROLLO " SIMON BOLIVAR ".

E. S. D.

Apreciado Doctor:

Me permito dar concepto FAVORABLE acerca del trabajo de tesis presentado por el Egresado FERNANDO BARRERO CORREA, intitulado " Las relaciones extra-matrimoniales en la Legislación Colombiana".

Se analiza en éste trabajo de tesis, en ocho (8) capítulos debidamente concatenados, no solamente el contenido legal y jurisprudencial de tan importante institución social, sino que además se profundiza en su análisis histórico, partiendo como es lógico desde la célula familiar, hasta llegar al concepto moderno de "Concubinato". No queda por fuera de éste trabajo, un estudio del derecho comparado referido a la ubicación del concubinato en las distintas legislaciones actuales, incluyendo la Rusa.

Dejo, pues, cumplida la labor que muy gentilmente usted me asignó.

Cordialmente,

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Blas Castillo Diaz".

BLAS CASTILLO DIAZ

c.c.#7.414.502 de B/quilla.

T.P. 26.989 del Minjusticia.

T
346.016
B.272

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

LAS RELACIONES EXTRAMATRIMONIALES EN LA LEGISLACION
COLOMBIANA

FERNANDO BARRERO CORREA

Trabajo de Grado presentado como
requisito parcial para optar al
título de Abogado.

Presidente: Dr. BLAS CASTILLO D.

BARRANQUILLA

CORPORACION UNIVERSITARIA SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1.987



Nota de Aceptación

Presidente de Tesis

Jurado

Jurado

AGRADECIMIENTOS

A mis Queridos Padres.

Al Doctor CARLOS LLANOS, Decano de nuestra Facultad de Derecho.

Al Doctor BLAS CASTILLO, por su invaluable colaboración como mi Director de Tesis.

Y a todas aquellas personas que de una u otra forma hicieron posible la realización de esta Tesis.



DIRECTIVA

RECTOR	Dr. JOSE CONSUEGRA HIGGINS
DECANO	Dr. CARLOS LLANOS SANCHEZ
SECRETARIO ACADEMICO	Dra. ELVIRA DE BARCELO
SECRETARIO GENERAL	Dr. RAFAEL BOLAÑO MOVILLA
PRESIDENTE DE TESIS	Dr. BLAS CASTILLO DIAZ

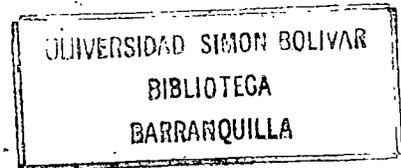


TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION

CAPITULO I

1. LA FAMILIA.....3
1.1. ANALISIS GENERAL SOBRE LA FAMILIA.....3
1.2. LA FAMILIA LEGITIMA Y LA FAMILIA NATURAL.....4
1.3. IGUALDAD DE TRATOS Y DERECHOS.....9
1.4. DISMINUCION DEL MATRIMONIO Y AUMENTO DE LA
UNION LIBRE.....10

CAPITULO II

2. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL CONCUBINATO.....12
2.1. EL CONCUBINATO EN LAS PRIMERAS ETAPAS
DE LA HUMANIDAD.....12
2.2. EL CONCUBINATO EN ROMA.....14
2.3. EL CONCUBINATO EN LA EDAD MEDIA17
2.4. EL CONCUBINATO EN LA REVOLUCION FRANCESA....19

2.5. EL CONCUBINATO EN EL CODIGO NAPOLEONICO.....	20
2.6. POSICION DE LA IGLESIA CON RESPECTO AL CONCUBINATO.....	21
2.7. HISTORIA DEL CONCUBINATO EN COLOMBIA.....	23

CAPITULO III

3. DEFINICION DEL CONCUBINATO	27
3.1. FORMAS Y CLASES DE CONCUBINATO.....	28
3.1.1. CONCUBINATO PERFECTO O NOTORIO.....	30
3.1.2. CONCUBINATO IMPERFECTO O IRREGULAR.....	33
3.1.3. RELACIONES SEXUALES DE CARACTER TRANSITORIO U OCASIONAL.....	33

CAPITULO IV

4. LA SOCIEDAD DE HECHO ENTRE CONCUBINOS.....	35
4.1. LEGITIMACION DE UN CONCUBINATO POR MATRIMONIO POSTERIOR.....	40
4.2. CONCUBINATOS QUE NO IMPLICAN SOCIEDAD DE HECHO.....	44
4.3. DISOLUCION Y LIQUIDACION DEL CONCUBINATO....	45



CAPITULO V

5. EXTRACTOS DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN
EL CONCUBINATO.....50

5.1. EXTRACTOS DEL CONTRATO DE TRABAJO
ENTRE CONCUBINOS.....55

CAPITULO VI

6. EL CONCUBINATO EN LAS DISTINTAS
LEGISLACIONES.....58

6.1. PAISES QUE LO ADMITEN58

6.2. PAISES QUE LO RECHAZAN.....62

6.3. PAISES QUE ADOPTAN UNA POSICION
ECLEPTICA O NEUTRAL.....64

6.4. EL CASO RUSO.....65

CAPITULO VII

7. REFORMA QUE PROPONEMOS AL CONCUBINATO.....68

7.1. COEXISTENCIA DE SOCIEDAD CONYUGAL Y DE
SOCIEDAD CONCUBINARIA Y SUS LIQUIDACIONES...68

7.2. PROYECTO DE LEY 48 DE 1.978.....74

CAPITULO VIII

8. LA LEY COLOMBIANA FRENTE A LOS CONCUBINOS
SUS BIENES Y LAS RELACIONES CON TERCEROS.....78

8.1. CONSTITUCIONES, LEYES Y DECRETOS A QUE SE
HACE REFERENCIA.....83

8.2. ENUMERACION DE LAS JURISPRUDENCIAS
SOBRE EL CONCUBINATO.....84

CONCLUSIONES.....86

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

Escogí este tema de las Relaciones Extramatrimoniales en la legislación Colombiana, por considerarlo de mucha importancia por su implicación de origen social, en nuestro país su estudio jurídico ofrece especial interés por la cantidad de casos que se presentan, en particular de la clase obrera y campesina.

Abordar el campo jurídico de este tema es una labor ardua, tesonera, inquietante y escasa de material jurídico, porque goza de la protección jurisprudencial en cuanto a sus efectos, teniendo en cuenta que las decisiones de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA sobre un mismo punto de derecho, constituye doctrina legal probable y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.

La evolución misma de la sociedad, sus ideas imperantes

como producto de las nuevas filosofías, la revolución industrial, la indiferencia actual por las cuestiones morales y religiosas señalan un nuevo índice a la sociedad. Lógicamente aparecen nuevas tendencias que quieren apartarse de los marcos rígidos de la ley; en fin se ansía ser menos formalista, más real y más justo, se busca que la justicia sea la única y suprema orientadora y la última meta de las relaciones humanas.

Las relaciones extramatrimoniales, nunca han sido ajenas a los fenómenos sociales, siempre ha existido al lado del matrimonio legítimo; desde comienzos de la antigüedad como tendré oportunidad de analizar al comentar sus antecedentes históricos.

Nuestro legislador, ha guardado un silencio impenetrable sobre concubinato; a pesar de eso el concepto de ilicitud que lo ha envuelto desde sus primeras manifestaciones jurisprudenciales, no ha podido ahogar esta realidad, es lo que me ha obligado a hacer un estudio muy detallado, para que un día no muy lejano, se den cuenta de que se encuentran en presencia de un hecho social muy dicente que necesita una regulación positiva, con el fin de buscar una mayor armonía social.

1.- LA FAMILIA

1.1. ANALISIS GENERAL SOBRE LA FAMILIA

La familia es la institución fundamental en toda sociedad civilizada, célula intermedia entre el individuo y el estado.

La familia es un hecho social, natural, primario e instintivo, ella es fuente de principio de toda organización tiene sus bases en el matrimonio, unión monogámica, estable sancionada por la moral y el derecho, en la cual la criatura humana ha encontrado la solución propicia a la unión de la pareja ideal; unión estable que debe dar origen a la comunidad entre cónyuges consistentes en formar un solo cuerpo, un solo patrimonio, existiendo además una prole legítima.

La familia es un conjunto de personas que viven bajo el mismo techo, generalmente unidos entre sí por lazos de sangre y sometidos a la autoridad de un jefe de familia.

El Papa Pío XIX la definió "~~Como la célula primaria~~ y especial de toda sociedad".

El origen de la familia es desconocido, se le encuentra ya pre-constituída en una u otra forma en las épocas primitivas, como el hombre es un ente sociable, es fácil imaginar que desde un principio evitó el aislamiento y buscó la compañía; además siempre existió la necesidad de cuidar, alimentar y proteger a los hijos y crear un hogar.

Para llegar al tipo actual, la familia tuvo que organizarse pasando muchas vicisitudes y adaptarse a distintos regímenes.

Históricamente se considera que hubo dos sistemas principales, la monogamia y la poligamia.

La monogamia es la constituída por un hombre y una mujer.

La poligamia consiste en un hombre con varias mujeres, tal como lo admite el Islamismo.

La monogamia es de tipo tradicional y se ajusta a los conceptos cristianos que reconoce la unidad de la

familia e instituídas por Dios, en cambio de la poligamia se derivan distintos tipos de familia, una de las cuales era patriarcal, en la cual la cabeza visible era el padre o patriarca, quien mandaba en forma absoluta sobre sus esposas, sus hijos, sus haciendas y toda persona que tuviera bajo su techo o posesiones.

Este tipo de familia generalmente eran muy numerosas, los hijos casados vivían en casas paternas, lo mismo que los hijos de sus hijos, de manera que un patriarcado era a menudo, toda una población.

Con el surgimiento del cristianismo a la familia se le dió el carácter de institución solemne y fundamental. El cristianismo ennobleció el contrato natural del matrimonio elevándolo a la categoría de sacramento, la esposa pasó a ser compañera y no sierva, y el vínculo fué desde entonces indisoluble, quedando instituída la autoridad paterna.

El matrimonio es la base de una familia y responde a la necesidad de un vínculo legal y respetado entre el esposo y la esposa, para beneficio de los hijos y de la sociedad.

Desde la época de la constitución de la familia, se

bastó por sí misma, el padre ganaba el pan para su hogar y aseguraba la alimentación de los suyos con la caza, la pesca, sembrando los campos o dedicándose a los animales, mientras que la madre se dedicaba a los quehaceres del hogar, es decir que preparaba los alimentos, limpiaba la casa y también educar y preparar a sus hijos.

Pero con el avance de la civilización fueron complicándose las actividades hogareñas, durante la Edad Media en virtud de las guerras y expediciones, los hombres se encontraban fuera del hogar y por consiguiente la mujer se hacía cargo de las labores del marido, sin descuidar los suyos.

En la Epoca Industrial en que vivimos y por la situación económica cada vez más apremiante, vemos como el padre, la madre y los hijos tienen que ir a trabajar a las factorías de las fábricas para poder mantenerse.

Sin embargo los estudios sociales más recientes nos demuestran que la institución de la familia ocupa una posición tan firme en la humanidad como en cualquier otra época de la historia.

1.2.- LA FAMILIA LEGITIMA Y LA FAMILIA NATURAL

La familia es la base de toda organización de tipo social, la familia es un 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 a ese mandato instintivo que está en la naturaleza humana.

Desde comienzos de la humanidad existe la diferenciación entre la familia legítima y la familia natural, que ha conducido a situaciones netamente injustas, diferenciación que vienen de tiempos muy lejanos. Así empezó a considerarse como pecado grave toda unión extramatrimonial, y se empezó a sentir desprecio a las personas que se encontraban en semejante situación y a los hijos nacidos bajo esta situación y circunstancias. El concilio de Trento comenzó a castigar severamente a los que vivían en amancebamiento, y en esa época de la Edad Media donde había una gran influencia religiosa, y que trajo como consecuencia los regímenes teocráticos, donde el jefe del poder temporal era depositario del espíritu, en virtud del derecho divino de los reyes o de las doctrinas providencialistas sobre el poder público. Las normas dictadas por la iglesia fueron el modelo de las instituciones civiles, que poco a poco se iban

formando a su nombre, de ahí que naciera esa combinación, aún no superada, de lo religioso y lo pagano y que siguiera campeando en el mundo civil el concepto de pecado.

La Revolución Francesa producto del Racionalismo buscó una solución más justa al problema y equiparó la familia legítima a la familia natural y por consiguiente al concubinato.

Esta situación duró muy poco, la reacción que produjo la revolución volvió las cosas a su estado anterior, y por consiguiente nació el Código de Napoleón, que desconoció las uniones irregulares, y los derechos y obligaciones de los padres e hijos naturales, guardando un silencio al respecto de esta situación.

Posteriormente los estados han tratado de solventar esta situación y se han ido formando doctrinas más justas, más equitativas y ceñidas a la realidad.

Nuestros legisladores se han preocupado por legislar mejorando la situación de los hijos naturales o extramatrimoniales, y por este motivo ha expedido leyes, tales como la ley 75 de 1968, la ley 29 del 1982, pero ello no quiere decir que le encuentra importancia a la

familia natural equiparándola a la familia legítima.

1.3.- IGUALDAD DE TRATOS Y DERECHOS

No debe haber diferencia entre la familia legítima y la familia natural. Claro que esta afirmación la hacemos analizando todos los puntos de vista posible, como serían de carácter económico, jurídico, político y social.

Siendo iguales en esencia, es decir una misma cosa u origen, tienen las mismas finalidades como son la procreación, vivir juntos, auxiliarse y socorrerse mutuamente, no encontramos esa justificación en cuanto a su diferenciación. No es justo que por el solo hecho de no quererse supeditar los padres a determinadas normas, que son más que todo de orden moral, los hijos vayan a ser en el día de mañana menospreciados por la sociedad. Antes por el contrario, por las circunstancias sociales imperantes obligan a la ley a adoptar una actitud de mayor consideración para así aliviar su desesperante situación en que se encuentran.

Además debemos advertir que la palabra legítima no es más que una creación artificial de la ley.

En nuestro país es demasiado grande el número de personas que descienden de familias organizadas fuera de la ley, en muchos departamentos según estadísticas del DANE, el matrimonio legítimo ocupa un segundo plano dentro del contexto nacional.

1.4.- DISMINUCION DEL MATRIMONIO Y AUMENTO DE LA UNION LIBRE

Este fenómeno es alarmante en nuestro país, especialmente en las regiones del Sur y Este, donde las personas no contraen matrimonio sino que se dedican a vivir en unión libre.

Como consecuencia de esta situación la cantidad de hijos nacidos bajo esta circunstancia crecen en forma alarmante, y constituyen hoy en día un alto porcentaje, en relación a los hijos nacidos bajo un vínculo matrimonial.

Las causas de este problema son las siguientes:

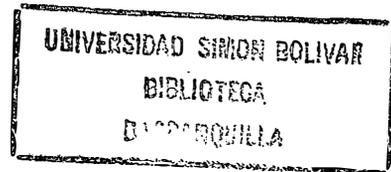
1.4.1.- Indisolubilidad del matrimonio católico.

En este país la mayoría de los matrimonios son católicos, y por consiguiente no toleran el divorcio, de

ahí que las personas que se casan por la iglesia que de una u otra forma fracasan, dan lugar a una separación de cuerpos y al no poderse casar nuevamente se ven obligados a establecer una relación de amancebamiento o simple estado de hecho.

1.4.2.- El estado de analfabetización

Trae como lógica consecuencia de que las personas persistan en un simple estado de analfabetización no les permite comprender su situación familiar y legal en relación consigo mismo, con sus hijos y sus bienes.



2.- ANTECEDENTES HISTORICOS DEL CONCUBINATO

2.1.- EL CONCUBINATO EN LAS PRIMERAS ETAPAS DE LA HUMANIDAD

La historia del concubinato es muy antigua, no como el hombre, pero si como la unión hombre - mujer bajo cumplimiento de lo estipulado legalmente o bajo sujeción o costumbre creadora de derecho.

En la medida que se encuentre la unión de sexos alejados de lo estipulado en la norma legal o costumbre con fuerza de ley, se encuentra presente el concubinato. Por consiguiente existe una relación directa entre el hombre y la familia; y entre el matrimonio y el concubinato.

El matrimonio es la base fundamental en toda organización familiar pero surge con posterioridad a las primeras uniones libres carnales de los seres humanos,

la familia natural surge como consecuencia de las uniones alejadas de la forma matrimonial.

Los Hebreos, los Fenicios, los Egipcios, los Sumerios, ya conocían el concubinato. En los pueblos Asiáticos, la poligamia como cuestión permitida que era, aceptaba los más variados tipos de unión irregular.

La Sagrada Biblia nos muestra datos claros y evidentes cuando nos dice que Raquel dió a su esposo Jacob una esclava llamada Baba como mujer de segundo orden y que Lía hizo igual cosa con su esclava Celfa.

En la antigua China, el matrimonio gozaba de un carácter esencialmente civil, se permitía al marido tener las concubinas que quisiera.

En Grecia, el adulterio y la poligamia eran frecuentes, las concubinas eran un galardón que se entregaban a los triunfadores de las grandes batallas.

La esclavitud, sistema de opresión que nació con las primeras épocas, fué campo propicio para el nacimiento de uniones irregulares, muchas de ellas incestuosas o adulterinas, que florecieron al amparo de esa organización rudimentaria existente y aún en el apogeo

de la civilización cristiana.

2.2.- EL CONCUBINATO EN ROMA

En Roma se distinguen cuatro clases de uniones regulares que son las siguientes a saber: El *Justae Nuptiae*, el Concubinato, el *Contubernium*, y el matrimonio *Iuris Gentium*.

En lo que respecta al *Justae Nuptiae*, eran los matrimonios legítimos y solo podían celebrarse entre los ciudadanos romanos. Este matrimonio producía todos los efectos jurídicos respecto de la familia y de la patria potestad y era originaria de fuente ciudadana.

Para su validez se requería la existencia de cuatro condiciones:

- La pubertad de los esposos
- El consentimiento del jefe de familia
- Consentimiento
- El *connubiun*

Hay que tener en cuenta que el consentimiento del jefe de familia se obviaba en la medida en que los contrayentes fuesen plenamente capaces. Así que las uniones entre las personas de otra categoría social, esclavos, libertos, peregrinos, quedaron en un principio sin ninguna protección legal, pero los jurisconsultos reconocieron la existencia de esas uniones. De ese reconocimiento nació el concubinato oinequele conjugium, que era la unión entre personas diferentes de clase, un matrimonio de segundo grado.

El concubinato ha sido de gran discusión entre los diversos estudiosos del derecho Romano, el concubinato tenía para los Romanos cierta especie de matrimonio lícito y reconocido, al menos cierto grado por las leyes.

El concubinato fué objeto de una reglamentación especial durante el reinado del Emperador Augusto, durante este período dos corrientes legislaron sobre la materia. Una, la de los Emperadores Cristianos, que la consideraron ilegítima y la sancionaban severamente, llegando inclusive a establecer la incapacidad de la mujer para recibir donaciones y para celebrar determinados contratos.

La otra tendencia mucho más moderada se caracterizó por establecer disposiciones mucho más favorables para los concubinos, estableciendo para la concubina el derecho de un reconocimiento de un derecho sucesoral que aunque mínimo, ya representaba un adelanto para esta institución. Posteriormente el Emperador Constantino derogó las disposiciones prohibitivas y toleró un concubinato con todos sus efectos.

El Emperador León derogó las leyes que permitían el concubinato por considerarlas contrarias a la religión cristiana y a la moral pública.

En la época de Justiniano hay un giro grande en el concepto del concubinato, y es que desaparece el impedimento basado en la condición social de la mujer, pudiendo ser concubina la mujer honesta e ingenua.

En Roma no toda unión libre era concubinato, para ello era preciso lo siguiente:

2.2.1.- Que la unión fuera monogámica, es decir que ninguno estuviera unido por vínculo matrimonial, ni tuviera impedimento para poderse casar entre sí y como se colige ni las adúlteras, ni las incestuosas generaban concubinato.

2.2.2.- Que el consentimiento para esa relación fuese libre y espontáneo.

2.2.3.- Solo podían ser concubinos los púberes que no fueran ingenuos a menos que éstas consintieran en descender a esa posición.

2.2.4.- La cohabitación debía ser prolongada.

En cuanto a los efectos del concubinato en Roma, debemos señalar que la mujer no participaba ni de la dignidad ni del rango del compañero, no existían las donaciones por causa del concubinato, ni eran aplicables las disposiciones que regulaban el régimen patrimonial de los casados.

Los hijos se consideraban ilegítimos, tomaban el nombre de la madre y seguían su condición; con el tiempo las instituciones Imperiales permitieron su legitimación y llegaron a gozar de un derecho restringido en la sucesión de sus padres.

2.3.- EL CONCUBINATO EN LA EDAD MEDIA

Durante la época del Renacimiento se intentó dar asidero al concubinato, así Bartolo de Sassoferrato sostuvo la

legitimidad de los hijos nacidos del concubinato, pero esta solución no fué admitida por la iglesia que tenía gran poder político, y que predominaba en el campo jurídico.

La iglesia mantuvo su tesis de considerar el concubinato como un pecado grave, y además llegó a considerarse como delito, tanto es así como en el concilio de Trento se dictaron penas severísimas contra los amancebados, se trató de implantar la excomunión para las personas que persistiesen en ese estado y las graves sanciones a que eran merecedoras los adúlteros y los herejes.

En España existió lo que se llamaba la Barragania que se trata de un enlace de soltero (clérigo o laico), viudo, que implicaba una unión sexual bajo condiciones de permanencia y fidelidad, siendo disoluble esa unión.

En la codificación de Alfonso el Sabio, podemos decir que la noción de barragania, equivale al concepto clásico de concubinato visto en el derecho Romano, el cual exigía fundamentalmente la permanencia fiel en personas que podían contraer matrimonio, los fueros municipales contienen grandes disposiciones relativos a la barrigania, así, el fuero de Plascencia permitía que la barragana que ha sido fiel a su señor herede la mitad

de las ganancias.

Para los autores de la Edad Eedia el concubinato caracterizaba por su cohabitación, porque la influencia de la iglesia era muy grande. El hijo nacido bajo un estado de concubinato se le negaba el derecho de la sucesión de sus padres, y se le restringía el derecho a la investigación de su paternidad.

2.4.- EL CONCUBINATO EN LA REVOLUCION FRANCESA

Dentro de la historia moderna hay un hecho importante ocurrido y es el comprendido entre los años 1789 a 1799, una década en la que ocurrieron grandes acontecimientos, que tuvieron consecuencias de orden político, jurídico, económico y social, este hecho es conocido en la historia con el nombre de la Revolución Francesa.

Con la promulgación de la constitución del tres de septiembre de 1791 se convierte el matrimonio en un mero trato civil, se consideró que el hijo nacido fuera de un matrimonio no era culpable de su condición y por lo tanto tiene derecho a participar como cualquier otro en la sucesión de su padre.

2.5.- EL CONCUBINATO EN EL CODIGO NAPOLEONICO

El Código Napoleónico fué expedido en el año 1804, y no le dió ninguna solución al problema existente del concubinato, toda vez que la actitud tomada por este código fue no encarar el problema, sino que antes por el contrario lo que hizo fue retroceder los avances de la Revolución Francesa en esta materia.

El maestro Luis Jossierand nos da una imagen perfecta al decir que los redactores del código 1.804 "echaron públicamente un velo impenetrable dejando al concubinato sin reglamentación alguna y guardando así un deliberado silencio en la relación de su articulado". (1)

Es decir el código de Napoleón, ni aprobó, ni reprobó el concubinato sencillamente, lo ignoró.

Debemos agregar que el vacío dejado por el código de Napoleón con respecto al concubinato obligó a la jurisprudencia a otorgarles "efectos a la unión libre en los siguientes sentidos:

(1) RESTREPO.URIBE, Jiborio. Matrimonio, Divorcio y Concordato. Editorial Temis. Bogotá 1972.

2.5.1.- Para darle acción de perjuicios a la concubina contra el concubinario por el rompimiento injustificado de la unión.

2.5.2.- Para darle acción de reparación contra el tercero causante de la muerte de su concubinario.

2.5.3.- Para reconocer una obligación natural a cargo del concubinario, para atender las necesidades futuras de su compañera.

2.5.4.- Para considerar los intereses pecuniarios, las sociedades de hecho, y las donaciones entre concubinos.

2.5.5.- Para admitir a la doncella seducida en acción de perjuicios contra el seductor, mediante la aplicación del artículo 1382 del código referente a la responsabilidad civil extra-contractual.(2)

2.6.- POSICION DE LA IGLESIA CON RESPECTO AL CONCUBINATO

La iglesia siempre a través de su larga historia ha

(2) RESTREPO. URIBE, Jiborio. Op. Cit.

combatido todas las relaciones **extramatrimoniales**, concubinato, porque la iglesia consagra el matrimonio como elemento primordial en función de establecer un camino que nos pueda llevar a lo pregonizado por Dios, por consiguiente la familia siempre ha estado protegida por la iglesia.

De acuerdo al concepto canónico el concubinato 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.

El Papa León XII en carta a los obispos de Veneto sobre el matrimonio civil dice lo siguiente: "Se introduce de hecho la persuasión errónea de que basta la ceremonia civil para vivir en legítimo matrimonio, lo que en realidad no es realidad no es otra cosa que un abominable concubinato".

La iglesia sostiene una posición radical de no admitir el concubinato para las personas que ni han clarificado su situación marital y que viven en una permanente sociedad de hecho.

Considera la iglesia que las uniones libres, atentan contra las buenas costumbres, contra el amor de los

hijos, por la inseguridad e inestabilidad de los padres por el mal ejemplo que reciben.

El concubinato es por consiguiente para la iglesia producto de la relajación de las costumbres.

2.7.- HISTORIA DEL CONCUBINATO EN COLOMBIA

El Código Civil Colombiano siempre ha estado influenciado por las doctrinas de la iglesia católica y por consiguiente no se han preocupado por legislar sobre asuntos concernientes a esta materia.

Antiguamente existía la terrible clasificación de los hijos legítimos, ilegítimos y punible ayuntamiento, éstos últimos eran los nacidos de relaciones adúlteras e incestuosas.

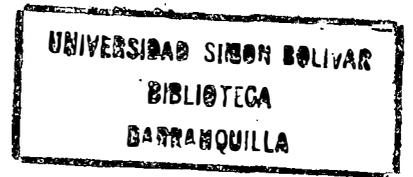
El concubinato surgió ante nuestra sociedad súbitamente y en forma rauda para la manera de pensar en nuestro país, en virtud de la ley sobre matrimonio civil del año 1853, en la cual el Estado se atribuyó para sí todo lo concerniente a la celebración del matrimonio porque los requisitos y formalidades para contraer matrimonio lo estableció la ley civil, y vino por consiguiente a establecer una situación embarazosa para los matrimonios

católicos al no reconocerles efectos civiles. Pero más tarde la ley 57 de 1.887 le reconoció los efectos civiles al matrimonio católico.

Más adelante apareció la ley 35 de 1.888, que dispuso en su artículo 17 lo siguiente: "El matrimonio que deberán celebrar los que profesan la religión católica producirá efectos civiles respecto de las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes, sólo cuando se celebre de conformidad con las disposiciones del concilio de Trento".

Desde el punto de vista penal hasta antes de la expedición de la ley 38 de 1.936, se consideraba concubinato o amancebamiento público, para efectos de sanción penal aquella unión entre un hombre y una mujer que hacían vida marital en una misma casa, sin estar casados entre sí, las penas para los que vivían en amancebamiento eran de reclusión de seis meses a un año.

Posteriormente aparece la ley 57 de 1.887 que viene a establecer la distinción entre los hijos nacidos por fuera del matrimonio, considera esta ley, como hijos naturales los nacidos por fuera del matrimonio de personas que podían casarse entre sí en el tiempo de la concepción, siempre y cuando que hubiesen obtenido el



reconocimiento de sus padres.

La ley 153 de 1.887 no concede la legitimación de derecho al hijo concebido en adulterio y establece en el artículo 52 lo siguiente: "El reconocimiento es el único medio apto para adquirir la calidad de hijo natural, reconocimiento que puede afectuarse por escritura pública o por testamento, siempre que el hijo no hubiere sido concebido en unión adulterina e incestuosa".

Posteriormente apareció la ley 45 de 1.936, en la cual se abolió las distinciones consagradas entre hijos de dañado ayuntamiento y los hijos ilegítimos, derogándose lo referente a los hijos de dañado ayuntamiento y volviéndose por lo consiguiente a lo consagrado en el artículo 324 del código del Estado Soberano de Santander.

La ley 45 de 1.936, trajo importantes avances en lo referente a los alimentos, al decir que se deben a los hijos naturales los alimentos congruos y no meramente los necesarios, en cuanto al régimen sucesoral, los hijos naturales concurren con los hijos legítimos llevando los naturales la mitad de lo que corresponde a los legítimos, la cual fue derogada en cuanto a lo sucesoral con la ley 29 de 1.982, el cual iguala los

derechos sucesorales tanto como el hijo legítimo como para el extramatrimonial.

Aparece la ley 75 de 1.968, que es el estatuto base vigente que regula la filiación ilegítima, posteriormente aparecen la ley 24 de 1.974 el decreto 2820 de 1.974; ley 5 de 1.975; decreto 206 de 1.975; decreto 772 de 1.975; y la ley 1a. de 1.976.

Sobre el concubinato no hay más que varias jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia, entre ellas la sentencia del 30 de noviembre de 1.935, que es considerada por los autores como la primera en tratar sobre este tema.

3.- DEFINICION DEL CONCUBINATO

No encontramos en nuestra legislación ni en la Chilena, ni en la Francesa, la definición de la palabra concubinato; éste es un estado o situación que se ha reconocido en la ley muy someramente.

La palabra concubinato viene del latín Concubinatus que deriva de concubina a su vez concubina se deriva del latín Concubare, formada de Cum, Con y Cubare, que significa acostarse.

Se colige de la anterior que la palabra concubinato alude etimológicamente a comunidad de lecho; la comunidad de lecho nos conduce directamente a las relaciones sexuales que se deban realizar fuera del matrimonio que vienen a dar origen a una nueva figura del matrimonio.

La Enciclopedia Jurídica Española define el concubinato así: "El concubinato o unión libre es un verdadero

matrimonio reducido a la simplicidad del derecho natural, omitiendo las solemnidades del derecho positivo".

El Código Canónico define el concubinato en los siguientes términos : "El concubinato es el estado de vida en común que hacen un hombre y una mujer, que pudiendo casarse libremente entre sí, sin embargo no están unidos por el vínculo matrimonial".

De estas definiciones cabe deducir que no hay concubinato, cuando un hombre casado hace vida común con una mujer diferente a su esposa, por cuanto esta unión se establece entre personas que puedan casarse entre sí, porque el concubinato es toda unión de hombre con una mujer que implica comunidad de vida, no importa el estado personal de quienes establecen esta sociedad, y son por consiguiente concubinos, el hombre y la mujer que de hecho hacen vida marital sin estar unidos por el vínculo matrimonial.

3.1.- FORMAS Y CLASES DE CONCUBINATO

El concubinato puede ser regular o irregular, el primero no se encuentra a espaldas de la ley, es una especie de sociedad de hecho en que las partes no se encuentran

impedidas para contraer matrimonio y existe el concenso general de que esas personas que viven así, se reputan casados, porque todos sus movimientos y los actos los hacen ver de esa manera.

Los concubinos pueden por matrimonio posterior legalizar su situación por no existir entre ellos ninguna clase de impedimento y de paso legitiman los hijos nacidos de esa situación extralegal.

El segundo, el concubinato irregular, es todo lo contrario, es una sociedad que va contra la ley, viola claros principios de carácter moral, vemos la unión grotesca de dos personas de un mismo sexo que viven como marido y mujer, también conocemos o encontramos lo que se conoce con el nombre de concubinato incestuoso o adulterino, en la cual una de las partes se encuentra unida anteriormente por un matrimonio debidamente celebrado.

Mucho más grave es el incestuoso, donde se encuentran unidas dos personas que se encuentran impedidas para casarse entre sí, como las uniones de parentesco o de edad.

Esta clase de uniones irregulares es la que ha impedido

en realidad de verdad a que el legislador se haya pronunciado sobre la existencia y validez del concubinato notorio o perfecto.

El concubinato puede ser:

- Concubinato Perfecto o Notorio.
- Concubinato Imperfecto o irregular.
- Relaciones Sexuales de carácter transitorio u ocasional.

3.1.1.- Concubinato Perfecto o Notorio

El concubinato Perfecto o Notorio es la unión extralegal de un hombre y una mujer que mantienen relaciones sexuales estables, prolongadas en el tiempo y el espacio en forma notoria dentro de una cierta fidelidad y en ellos no exista ninguna clase de impedimento para unirse legalmente por medio del matrimonio posterior.

El Doctor Humberto Ruiz al definir el concubinato perfecto o notorio lo manifiesta como la unión estable de dos personas, hombre y mujer que sin ser casados, viven como tales y cuya finalidad es la procreación de

los hijos.

Nosotros consideramos como elementos del concubinato perfecto o notorio los siguientes:

3.1.1.1.- Unión de un hombre y una mujer.

3.1.1.2.- Comunidad de lecho.

3.1.1.3.- Permanencia en forma notoria en el espacio y en el tiempo.

3.1.1.4.- Fidelidad.

3.1.1.5.- No existencia de impedimento para contraer matrimonio posterior.

Vamos a analizar cada uno de estos elementos.

En primer lugar para que exista un concubinato perfecto es necesario que las relaciones existentes, sean entre personas de sexos opuestos, porque de lo contrario nos veríamos en presencia de situaciones aberrantes y que daría a un concubinato imperfecto e irregular.

En segundo lugar debe existir entre las partes actoras,

relaciones sexuales de carácter permanente.

En tercer lugar es necesario que la relación concubinaria tenga carácter permanente en el tiempo y en el espacio y en forma notoria, es necesario que el concubinato sea público, notorio, de que las personas vivan como marido y mujer.

En cuarto lugar al hablar de fidelidad, es necesario aplicar tal concepto a ambos, ya que tanto el hombre como la mujer deben guardarse fidelidad recíprocamente, el rompimiento de los anterior constituye un acto atentatorio contra la estabilidad del hogar, y a su vez una falta de consideración para el otro cónyuge que ha sido fiel.

En quinto lugar, no debe existir impedimento de ninguna índole para contraer matrimonio posterior, y así poder subsanar o reparar lo que se hizo irregularmente, bien legitimando por matrimonio posterior los hijos que ambos hayan reconocido como hijos naturales o extramatrimoniales.

3.1.2.- Concubinato Imperfecto o Irregular.

El concubinato imperfecto o irregular, es la unión más o menos estable de un hombre y una mujer con la finalidad de mantener relaciones sexuales, el único elemento tipificante en esta modalidad de concubinato es la existencia de relaciones sexuales o comunidad de lecho.

No existe la posibilidad de casarse entre sí, ni tampoco fidelidad, como tampoco las relaciones deben ser notorias, públicas, es más bien una comunidad afectiva que mira única y exclusivamente la mutua satisfacción de los apetitos sexuales.

Esta modalidad no debe producir efecto jurídico entre los concubinos. Tal vez eventualmente, puede dar lugar a la reparación del daño causado, si las relaciones se iniciaron por seducción a que se ha hecho la víctima la mujer; aunque esta reparación en si misma, no es consecuencia del concubinato, sino del hecho ilícito de la seducción.

3.1.3.- Relaciones sexuales de carácter transitorio u ocasional.

En las relaciones sexuales de carácter transitorio u

ocasional, no existe propiamente el concubinato, lo que existe es una satisfacción de los apetitos sexuales, cuando un hombre busca satisfacer sus deseos eróticos sexuales con cualquier mujer en forma periódica u ocasional.

En estas relaciones no se ve el motivo de asociación o de vínculo permanente; su sanción se adscribe en toda su extensión a la moral solamente, allí el derecho no tiene nada que hacer, sólo la policía y la higiene deben mantener un estrecho control.

Quizás en forma indirecta, puedan tocar con el Derecho como en el caso del adulterio para el cónyuge culpable, ya que puede convertirse en una causal de divorcio, según lo estipula la Ley 12 de 1.976 o de separación de bienes.

4.- LA SOCIEDAD DE HECHO ENTRE CONCUBINOS

Nuestra Jurisprudencia Nacional, ha admitido la sociedad de hecho entre concubinos. A partir de la sentencia del 30 de Noviembre de 1935 consideró la Corte, basada más bien en principios de equidad y de justicia de que había la necesidad de establecer una posición sobre este hecho social tan importante, y consideró la posibilidad de reconocer la existencia de esta clase de sociedades de hecho son de dos clases: Las que se forman en virtud de un consentimiento expreso y que por omisión de las solemnidades propias no alcanzan la categoría de las de derecho, y las que se originan en la colaboración de dos o más personas en una misma explotación resultado de una serie de operaciones que efectúan en común y de las cuales se induce el consentimiento implícito, y nuestra jurisprudencia consideró la posibilidad de encontrarla entre los sujetos relacionados por una unión libre.

De acuerdo con las jurisprudencias de la Corte, para el reconocimiento judicial de una sociedad de hecho entre

concubinos es indispensable que aparezcan en primer lugar los elementos propios de un contrato, como son capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita y es menester además que los socios hagan aportes que persigan beneficios e intención de repartirse las ganancias o pérdidas que resulten del negocio.

Lógicamente que no son suficientes los anteriores presupuestos para reconocer una sociedad de hecho entre concubinos, son necesarios además los siguientes:

1.- Que se trate de una serie coordinada de hechos de explotación común. Este hecho se presenta con mucha frecuencia en las sociedades de personas, y la concubinal no puede ser la excepción y por consiguiente en ésta aparece marcado interés de asociación y de explotación de algo determinado, éste con la finalidad en las relaciones industriales o laborales según el caso.

2.- Que se ejerza una acción paralela y simultáneamente entre los presuntos asociados tendiente a la consecución de beneficios.

3.- Que la colaboración entre ellos se detalle en un pie de igualdad, es decir que no haya estado uno de

ellos con respecto al otro en estado de dependencia proveniente de un contrato de arrendamiento, de servicios, de un mandato, o de cualquiera otra convención, por la cual uno de los colaboradores reciba salario o sueldo, y esté excluido de una participación activa en la dirección, en el control, y la supervigilancia de la empresa.

4.- Que no se trate de un simple estado de indivisión, de tendencia, 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 concubinos, será necesario que medien estas dos circunstancias:

- Que la sociedad no haya tenido por finalidad el crear, prolongar, fomentar o estimular el concubinato, pues si éste fuera así, el contrato sería nulo por causa ilícita, 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

los concubinos, pero cuando el móvil determinante en esos contratos es el de crear o mantener el concubinato, hay lugar a declarar la nulidad por aplicación de la teoría de la causa.

- Como el concubinato no crea por sí solo la comunidad de bienes, no 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 actividad extendida al manejo, conservación o administración de los bienes de uno y otro, o de ambos sexos.

La jurisprudencia Francesa, en armonía con la doctrina que acaba de exponerse, ha decidido: "Que la colaboración de un concubino en los negocios del otro es susceptible de hacer una sociedad de hecho".

(Aix, 18 Diciembre 1.933. Dalloz, 1.935, 2. 41).

Comentando esa sentencia, el renombrado profesor Nast dice lo siguiente: "En general las sentencias admiten esta acción ("La acción pro socio") entre concubinos cuando se estable que realmente ha existido una sociedad

de hecho y especialmente cuando, como sucede con frecuencia, los concubinos han explotado en común, un comercio, una industria, una hacienda, etc. Con todo, se han admitido algunas dudas sobre la legitimidad de esta solución, en cuanto a los concubinos no se propusieron como objeto, desde un principio, una participación de beneficios, condición necesaria para que haya sociedad (artículo 1832 del Código Civil), sino únicamente se propusieron poner en común sus ganancias para subvenir a las necesidades domésticas. La verdad es que es imposible adoptar una solución única para todos los casos en que se presenten; todo depende de una cuestión de hecho y particularmente de la "intención" de los concubinos, tal como ella puede desprenderse de la conducta que ellos hayan tenido.

Cuando han explotado en común fondos de comercio o de una industria, o un fondo rural, será conveniente decidir, según las circunstancias, que exista entre ellos una sociedad en participación o una sociedad de hecho colectiva o que, por el contrario no existía entre ellos ninguna sociedad, porque la colaboración del uno en la explotación gerenciada por el otro haya consistido solamente en una prestación de servicios sujeta a remuneración, cuando los concubinos han vivido bajo el mismo techo, en principio, la propiedad de los

bienes muebles como de los inmuebles pertenece al uno o al otro, como en el caso de cónyuges separados de bienes, o de amigos que viven en común; pero podrán considerarse como bienes indivisos de ambos, y por tanto, sujetos a participación, aquellos bienes que hayan adquirido en común o con sus economías comunes y aquellos bienes que no puedan saberse a cuál de ellos pertenecen".

4.1.- LEGITIMACION DE UN CONCUBINATO POR MATRIMONIO POSTERIOR

Cuando existiendo un estado de hecho entre concubinos, y estos posteriormente contraen matrimonio, inmediatamente sus actos quedan legitimados y por consiguiente válidos y además se retrotraen en la misma forma como sucede en la sociedad conyugal.

El artículo 245 del Código Civil dice lo siguiente: "Los legitimados por matrimonio posterior son iguales en todo a los legítimos concebidos en matrimonio. Pero el beneficio de la legitimación no se retrotrae a una fecha anterior al matrimonio que la produce".

Significa lo anterior que todo hijo nacido fuera de un

matrimonio, puede ser legitimado por el que posteriormente contraigan sus padres lo cual nos indica que el hijo cambia su condición de hijo natural por la de hijo legítimo.

Es conveniente dar una definición sobre hijos legitimados, entendiendo por tal, los que no alcanzaron a ser concebidos durante el matrimonio de sus padres, pero adquirieron la calidad de legítimos por el matrimonio que éstos contrajeron posteriormente y es por eso que el artículo 236 del Código Civil establece: "Son también hijos legítimos los concebidos fuera del matrimonio y legitimados por el que posteriormente contraen sus padres".

Vemos que se presentan varias situaciones :

1. Los legitimados ipso-jure.
2. Los legitimados por acta durante la celebración del matrimonio.
3. Los legitimados por acto posterior al matrimonio.

Los legitimados ipso-jure significa que se tienen por

legítimos sin reconocimiento especial de sus padres, ni sentencia judicial, ni de ninguna otra formalidad, puesto que la ley presume que esos hijos tienen por padre al marido, y que si bien de verdad fueron concebidos antes de la celebración del matrimonio, el autor de la concepción fué el marido de la mujer casada.

En la segunda situación el hijo puede ser legitimado en el momento de la celebración del matrimonio, y para este caso los padres al momento de sentar el acta del matrimonio, deberán indicar al funcionario los hijos que han tenido y ésta afirmación produce la legitimación, tal como la dispone el artículo 239 del Código Civil.

En la tercera situación los hijos pueden ser legitimados por un acto posterior como sería por escritura pública o por sentencia judicial.

Al estudiar el artículo 245 del Código Civil en su inciso segundo vemos lo siguiente. "Pero el beneficio de legitimación no se retrotrae a una fecha anterior al matrimonio que la produce". Lo anterior quiere decir que la legitimación opera sin efecto retroactivo, lo que es un absurdo, porque los actos personales deben tener efectos retroactivos cuando sean favorables a las personas que la invocan, porque el estado civil es una

institución de sentido jurídico, social y además ingrediente en la personalidad humana, y por consiguiente es una situación que debe ser contemplada desde su origen y no desde una etapa posterior, porque la lógica y vuelvo a manifestarlo es que tenga efecto retroactivo.

Por eso en la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 10. de Octubre de 1953 establece en una de sus partes, de que mientras en la sociedad se forma por el mismo hecho del consentimiento matrimonial, en los otros debe acreditarse, por medios específicos, el ánimo o voluntad de asociación respecto de ciertas y determinadas actividades y para repartir las ganancias que de ellas resulten.

No vemos ningún inconveniente, ningún obstáculo de que los bienes que formaban parte de la sociedad concubinal, al ser legalizados esta situación de hecho por matrimonio posterior, pasen a formar parte del matrimonio precisado, nacido desde la celebración del acto.

De no aceptarse la validación retroactiva se presenta entonces con el matrimonio o modo de liquidación provisional de la sociedad, liquidación que viene a

señalar los bienes propios que cada uno aportó al matrimonio o mejor que indica el aporte de cada uno de ellos representado en la mitad de los bienes conseguidos durante la unión concubinal.

4.2.- CONCUBINATOS QUE NO IMPLICAN SOCIEDAD DE HECHO

Hay estados del concubinato o de relaciones extramatrimoniales en las cuales no puede establecerse la formación de una sociedad de hecho entre concubinos, debido a que a pesar de haber existido entre ellos colaboración para obtener fines comunes, hubo sin embargo, subordinación de uno con respecto al otro, como sería el de establecer un salario, prestaciones sociales, o un mandato.

Pueden presentarse el caso y muchas veces ocurre que el Gerente de una empresa haya dado a su concubina un alto cargo en su empresa y por consiguiente el vínculo de subordinación subsiste, aquí hay que analizar que puede existir un hecho de neta colaboración económica.

Ante este caso el juez deberá apreciar razonadamente y decidir de acuerdo a un criterio sano de equidad.

Ahora en el caso de que la señorita Carmen Solano

devengaba un sueldo y posteriormente establece una relación concubinal con su jefe y éste decidió asociarla a su empresa, suprimiéndole el sueldo, aquí existe una sociedad de hecho por reunir todas las características y presupuestos que se requieren en esta clase de sociedad.

4.3.- DISOLUCION Y LIQUIDACION DEL CONCUBINATO

Una vez que se haya reconocido la existencia de una sociedad de hecho en cualquier momento puede procederse a su liquidación por solicitud de cualquiera de los concubinos.

Los bienes a que se extiende la liquidación son:

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

De lo anterior podemos colegir que a solicitud de cualquiera de los concubinos, y en cualquier momento, una vez reconocida su existencia se procederá a la

liquidación de la sociedad de hecho entre concubinos, siempre y cuando se configure cualquiera de las causales para su procedimiento, aunque las cosas más comunes suele ser a la muerte de uno de ellos.

Haciendo analogía como debemos creer, se podría establecer que otra causal que daría lugar a esta liquidación, serían las establecidas para el divorcio, o la separación de bienes entre cónyuges; así que por lo tanto podrán alegar los concubinos como causales de liquidación de la sociedad de hecho existente entre ellos las siguientes:

La infidelidad, el grave e injusto cumplimiento por parte de alguno de los concubinos, los ultrajes, el trato cruel y los malos tratos de obra si con ello peligran la vida y salud de alguno de los concubinos, la embriaguez habitual de uno de los concubinos, el uso habitual y compulsivo de sustancias alucinógenas o estupefacientes, toda enfermedad o anormalidad grave e incurable, física o psíquica de uno de los concubinos que ponga en peligro la salud, moral o física al otro concubino e imposibilite la comunidad de lecho. Toda conducta de uno de los concubinos tendiente a corromper o pervertir al otro o descendiente que estén al cuidado y convivan en el mismo techo, que exista condena

privativa de la libertad personal, superior a cuatro años, por delito común de uno de los concubinos que el juez de conocimiento haya calificado de atroz o infame.

Una vez establecida la causal de liquidación es preciso, antes de todo determinar los bienes que forman parte del matrimonio de esa sociedad de hecho, para proceder posteriormente a la liquidación, participación y adjudicación por partes iguales.

Aplicando las normas que orientan el régimen de la sociedad conyugal podemos decir que los bienes a que se extiende la liquidación de la sociedad de hecho entre concubinos son:

4.3.1.- Los adquiridos por posterioridad a la constitución del estado de concubinato, a título oneroso, esto es, los que son producto del trabajo o industria del concubino; por esto no se comprenden en ellos los bienes que algunos de los concubinos tenían antes de asociarse con el otro, ni tampoco los bienes adquiridos durante el estado de concubinato a título gratuito, como serían los legados, herencias, donaciones.

4.3.2.- Los salarios y emolumentos de todo género de empleo y oficios devengados durante el concubinato.

4.3.3.- Los frutos, créditos, pensiones, intereses y lucro de cualquier naturaleza que provengan, sean de los bienes adquiridos a título oneroso durante el concubinato, sea de los bienes que no tienen ese carácter y que se devenguen durante la unión libre.

La Corte Suprema de Justicia sigue sosteniendo en su sentencia ya practicada lo siguiente: "Hasta aquí existe cierto paralelismo entre las sociedades de hecho entre concubinos y la sociedad conyugal entre cónyuges; pero tal paralelismo no es total, supongamos que el concubino tiene negocios y bienes tanto en Bogotá como en Medellín, y la concubina se encuentra asociada a los negocios de Bogotá, careciendo de influencias en los negocios de Medellín, aquí la sociedad de hecho solo existe para los bienes del municipio del domicilio de la concubina; esa diferencia no existe en la sociedad conyugal.

Por consiguiente vemos que esa diferencia es absurda, que no tropieza con la realidad social, porque no es lógico que mientras en la sociedad conyugal en donde sí existe una auténtica unidad especial matrimonial, en

cambio en el concubinato se circunscribe a aquellos bienes que entran o están en orbita de la actividad de la concubina, o sea aquellos bienes situados en el municipio de su domicilio.

Sostiene la Corte, que una vez que se hayan determinado los bienes de una sociedad de hecho, es necesario proceder a repartirlo en dos partes iguales; uno para cada concubino y por consiguiente si una concubina maneja un establecimiento de panadería, en su giro interno contrata obreros, hace los despachos, y por el otro lado el concubino consigue la materia prima, en este caso nos encontramos en una verdadera sociedad de hecho, y al disolverse por muerte del concubino, la mitad de los bienes corresponde a la concubina y la otra mitad a los herederos del concubino o difunto.

Este es un concepto basado en la justicia y en la equidad que debe primar en normas de orden público, y por consiguiente de cumplimiento inmediato.

5.- EXTRACTOS DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN EL CONCUBINATO

- Sentencia de Mayo 7 de 1974:

"La doctrina y la jurisprudencia Francesa, después de rechazar la acción de responsabilidad extra- contractual para el concubino que alega haber sufrido perjuicios por la ruptura de un concubinato no originado en seducción dolosa, le ha concedido, para compensarse de los cuidados y desembolsos o para participar de los beneficios obtenidos durante la vida común, la acción de *in rem verso*, que es la legalmente adecuada o conducente para impedir el enriquecimiento sin causa, y la acción prosocio, para los casos en que haya existido una sociedad de hecho entre los concubinos. La base jurídica de esta jurisprudencia es que las relaciones intersexuales en forma de concubinato no son por sí mismas ni por sí solas un obstáculo esencial para la aplicación de la teoría del enriquecimiento injusto, de las sociedades de hecho, cuando se encuentran reunidas

las condiciones legales para su aplicación y no figuran como causa o motivo de los actos jurídicos las relaciones intersexuales".

- Sentencia de Diciembre 12 de 1955.

Considera la Corte que para que se presente el enriquecimiento torticero es necesario:

1o. Que exista un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial, la cual puede ser positiva o negativa. Esto es, no sólo en el sentido de adición de algo sino también en el de evitar un menoscabo de un patrimonio.

2o. Que haya un empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecimiento haya costado algo al empobrecido, o sea que a expensas de éste se haya efectuado el enriquecimiento.

Es necesario aclarar que la ventaja del enriquecimiento puede derivar de la desventaja del empobrecido, o a la inversa, la desventaja de éste deriva de la ventaja de aquél.

Lo común es que el cambio de la situación patrimonial se

opere mediante una prestación dada por el empobrecido al enriquecido, pero el enriquecimiento es susceptible de verificarse también por intermedio de otro patrimonio.

El acontecimiento que produce el desplazamiento de un patrimonio a otro debe relacionar inmediatamente a los sujetos activo y pasivo de pretensión de enriquecimiento, lo cual equivale a exigir que la circunstancia que origina la ganancia y la pérdida sea una y sea la misma.

3o. Para que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, se requiere que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica. El enriquecimiento torticero, causa y título sinónimos, por cuyo motivo la ausencia de causa o falta de justificación en el enriquecimiento, se toma en el sentido de que la circunstancia que produjo el desplazamiento de un patrimonio a otro no haya sido generada por un contrato o un cuasi-contrato, un delito o un cuasi-delito, como tampoco por una disposición expresa de la ley.

4o. Para que sea legitimada en la causa la acción de *in rem verso*, se requiere que el demandante, a fin de

recuperar el bien, carezca de cualquier otra acción originada por un contrato, un cuasi-contrato, un delito, un cuasi-delito, o de las que brotan de los derechos absolutos. Por lo tanto, carece igualmente de la acción de *in rem verso* el demandante que por un hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho. El debe sufrir las consecuencias de su imprudencia o negligencia.

5o. La acción de *in rem verso* no procede cuando con ella se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley.

"El objeto de enriquecimiento sin causa es el de reparar un daño pero no el de indemnizarlo. Sobre la base del empobrecimiento sufrido por el demandante, no se puede condenar sino hasta la porción en que efectivamente se enriqueció el demandado".

- Sentencia de Marzo 26 de 1958:

5o. El enriquecimiento injusto se produce toda vez que un patrimonio reciba un aumento a expensas de otro, sin una causa que lo justifique. El enriquecimiento sin causa debe reunir tres elementos conjuntos:

- a) Un enriquecimiento o aumento de un patrimonio;
- b) Un empobrecimiento correlativo;
- c) Que el enriquecimiento se haya realizado sin causa, es decir sin fundamento jurídico.

"1. En cuanto al enriquecimiento sin causa debe tratarse de todo provecho o ventaja que represente un aumento del activo de un patrimonio, como sucede cuando se adquiere un derecho; también puede consistir en el incremento o mayor valor que adquiere un derecho, como cuando el propietario de la finca pasa a serlo de lo edificado ó construído por otro en ella. También el provecho puede estar representado en una disminución del pasivo como cuando alguien tiene que cancelar una deuda ajena; o simplemente, en evitar a otra persona un gasto de estaría obligada a hacer.

En la generalidad de los casos el provecho o desventaja es de orden patrimonial; sin embargo, ese provecho puede ser de orden intelectual.

En general el enriquecimiento sin causa supone dos patrimonios separados, debidamente delimitados. Precisamente el enriquecimiento sin causa se da cuando

el provecho o ventaja que ha de pertenecer a un patrimonio se desplaza a otro patrimonio diferente.

2. Es necesario que el enriquecimiento haya costado una desventaja o sacrificio que experimente el patrimonio empobrecido. Siempre tendrá que aparecer una disminución en el patrimonio del empobrecido, pues la ley no sanciona los enriquecimientos que no producen correlativamente un empobrecimiento en otro patrimonio.

3.- La falta de una causa o fundamento jurídico en el enriquecimiento sin causa, es sin duda el elemento esencial que justifica el principio que prohíbe que las personas se enriquezcan a expensas de otra".

5.1.- EXTRACTOS DEL CONTRATO DE TRABAJO ENTRE CONCUBINOS

"El contrato de trabajo difiere de las relaciones sexuales extralegales por todos los aspectos, entre los cuales deben destacar los de que en éstas ni se prestan servicios de carácter laboral, ni existe subordinación jurídica, ni hay remuneración de índole asalariada. Cualquier elemento de los indicados, que aparentemente pueda presentarse, sería de naturaleza extraña al contenido económico social de la relación de trabajo y ajeno a la protección característica de la legislación

especial. Sin embargo, no puede significar lo anterior, en término absoluto, que el concubinato entre la trabajadora y uno de los socios de una sociedad de hecho o de cualquier otra clase, se oponga necesariamente a la existencia de un contrato de trabajo entre aquellas y la sociedad. Porque es obvio que la concubina bien puede prestar servicios, laborales a la persona jurídica o a la sociedad de hecho, y nada autorizaría para que ésta se aprovechara gratuitamente de ellos, y se enriqueciera sin causa, con la sola consideración del concubinato de la trabajadora con uno de los socios. La distinción debe plantearse con toda la nitidez para no desamparar lo propiamente laboral en lo que corresponda, y para no proteger el concubinato como si fuera contrato de trabajo, confundiéndolos".

- Sentencia de Febrero de 1963

"Se puede admitir en principio que la relación entre concubinos no es de trabajo, pero no es aceptable la tesis de que aquellas sea opuesta a éste, o que la relación concubinaría excluya la de trabajo dependiente.

Por último debe observarse que la tesis del tribunal no es la de que entre concubinos no pueda darse el contrato de trabajo, como lo sugiere el recurrente, sino la de

que en el supuesto de haberse probado el servicio personal, no fue independiente de la relación sexual extramatrimonial entre los litigantes. En concepto de la Sala, si la concubina presta servicios personales en beneficio del hombre con quien vive, ese hecho no impide el nacimiento del contrato laboral. En tal hipótesis, objeto de la convención es el trabajo personal, respecto del cual el trato sexual es extraño e independiente y, por tanto, sin incidencia en el derecho social.

Pero, como es obvio, es preciso demostrar que el servicio personal no se prestó en consideración a la vinculación concubinaría; extremo que no ha tenido comprobación en este proceso".

(3) Sala de Casación Laboral, 21 de febrero de 1963, T. CI, No. 2263, pag 639 y 640.

6.- EL CONCUBINATO EN LAS DISTINTAS LEGISLACIONES

6.1.- PAISES QUE LO ADMITEN

Vemos a través de este capítulo a hacer una comparación legislativa entre los distintos países que lo admiten.

No son muchos los países que encuadran en este grupo, entre ellos procederemos a mencionar países como Cuba, Bolivia, México, Venezuela, Argentina, Guatemala y Marruecos.

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 las personas que hubiera actuado de buena fe y de los hijos habidos de la unión".

Artículo 19: La formalización o el reconocimiento judicial.

Artículo 20: La ejecutoria recaída en el proceso sobre el reconocimiento de la existencia de la unión matrimonial será inscrita en el libro de la sección correspondiente en el 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.

Esta ley cubana, salta sobre viejos prejuicios burgueses y dignifica a la mujer del pueblo a garantizar su unión, no con una equiparación al matrimonio, sino reconociéndola absolutamente como tal, con todas sus consecuencias jurídicas, especialmente a la relación con los hijos y la economía conyugal.

En México: Se concede el derecho hereditario a la concubina que lleva por lo menos cinco años de unión, siempre y cuando haya sido una compañera fiel, honesta y obligada con el hombre con quien realiza el concubinato, formando un hogar respetable y admirado por todos y teniendo hijos.

En Venezuela: Tal como lo dispone el artículo 767 del Código Civil venezolano se presume la comunidad de bienes de acuerdo a ciertas circunstancias de permanencia, tal disposición dice textualmente: "Se presume la comunidad, salvo prueba en contrario en aquellos casos de unión no matrimonial, cuando la mujer demuestra que ha vivido permanentemente en tal estado y ha contribuido en su trabajo a la formación o aumento del patrimonio del hombre, aunque los bienes cuya comunidad se quiere establecer aparezcan documentados a nombre de un solo de ellos.

Tal presunción solamente surte efectos legales entre ellos dos y entre los respectivos herederos, y también entre uno de ellos y los herederos, y también entre uno de ellos y los herederos del otro, salvo caso de adulterio.

La constitución de Guatemala, en su artículo 4. párrafo

2, dice : "La ley determinará los casos en que por razones de equidad, la unión entre personas con capacidad legal para contraer matrimonio, deben ser equiparadas por su estabilidad y singularidad al matrimonio civil".

En Bolivia: La situación es mucho más adelantado al establecerse lo siguiente: "Se reconoce el matrimonio de hecho en las uniones concubinarias, con solo al transcurso de dos años de vida común, verificando por todos los medios de prueba o el nacimiento de un hijo, siempre que las partes tengan capacidad legal para contraer enlace.

La ley del registro civil perfeccionará estas uniones de hecho.

En Marruecos: El concubinato legal fue incorporado al derecho Musulmán, como lo expresa el Corán y por eso es llamado concubinato Coránico. En el derecho musulmán son legítimos los hijos de las esposas y los de las concubinas, solamente son ilegítimos los de uniones distintas al matrimonio o al concubinato, precepto que nos demuestra la equiparación.

En Panamá, el artículo 56 de la Constitución nos 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 al 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 interesada, mediante los trámites que determine la ley judicial".

6.2.- PAISES QUE LO RECHAZAN

Anteriormente mencionamos a los países que admiten el concubinato a través de sus disposiciones y legislaciones, ahora vamos a estudiar a los que rechazan el concubinato o toda relación **extramatrimonial** y son entre otros, Alemania, Italia, Austria, Bélgica, Perú, y muchos otros países de naturaleza generalmente Europeos.

En Italia, la ley no reconoce la denominada unión libre entre el hombre y la mujer, o sea que el hecho de dos personas no unidas en el matrimonio vivan como cónyuges,

no se deriva entre la relación entre ellos ningún aspecto jurídico de derecho privado, ni personal, ni patrimonial.

En Alemania, ni la constitución ni mucho menos las leyes tutelan las relaciones **extramatrimoniales**, la jurisprudencia Alemana rechaza con energía toda equiparación del concubinato al matrimonio.

En Austria, el doctrinante Plieger dice: "El concubinato de hecho en nuestro ordenamiento político es un cuerpo extraño junto a un concepto de familia conjuntamente suscrito al matrimonio y a la descendencia, no hay lugar dentro del pensamiento jurídico para el concubinato."

En Perú, el tratadista de derecho Héctor Cornejo Chávez, en su libro de la ley peruana y concubinato dice: "Siguiendo el ejemplo de las legislaciones, la nuestra ha creído prudente ignorar el concubinato, pese a que el nivel cultural de una gruesa masa de nuestra población ha generalizado a tal forma hasta igualar o superar a caso el número de uniones matrimoniales".

En Bélgica, se le niega toda existencia jurídica al concubinato, considera que la unión libre por estable que sea, es jurídicamente inexistente inorgánica y

provista de toda fuerza obligatoria y de consecuencia no puede generar ninguna clase de indemnización de perjuicios mientras exista ruptura.

6.3.- PAISES QUE ADOPTAN UNA POSICION ECLEPTICA O NEUTRAL

En este caso los países no aceptan el concubinato o toda relación extramatrimonial, pero los regulan o fijan sin efecto, ya sea por medio de la ley o de la jurisprudencia, siendo por regla general una regulación algo incompleta.

Entre los países que adoptan una posición neutral: Francia, Luxemburgo y consideramos también que Colombia en este grupo.

En Francia, se le ha otorgado a la concubina, indemnización por daño moral, como lo hizo en sentencia de febrero de 1959, se han dictado varias sentencias y disposiciones que benefician íntegramente la relación concubinaria, como en los casos de asistencia en la familia, prestaciones familiares, y accidentes de trabajo, se estima que los concubinos son plenamente capaces para celebrar contratos, actos jurídicos, como donaciones, compraventa, etc.

Se considera como válido el acuerdo que celebran para terminarla, como sería el de mutuo acuerdo, por matrimonio posteriores entre ellos, con terceras personas por decisión unilateral, o por iniciarse otro concubinato.

En Luxemburgo, casi se ignora el concubinato, salvo en la filiación natural, prestaciones sociales, y el régimen de seguros donde hay una amplia relación entre los concubinos.

En Colombia ya hemos tenido la oportunidad de comentar esta situación a través de este conciensudo estudio.

6.4.- EL CASO RUSO

En este país el derecho de familia, ha evolucionado notoriamente por encontrarse con leyes con distintos cambios, haciendo un análisis histórico, en cuanto a la legislación se refiere, vemos que el código de familia ruso establecía lo siguiente: Las personas que viven maritalmente de hecho, y cuyo matrimonio no esté registrado por el sistema establecido, tiene derecho de formalizar en cualquier momento, sus inmediaciones mediante el registro, indicando el plazo que hubiesen vivido en común.

El artículo 12 establecía lo siguiente: " En caso que el matrimonio no se haya registrado el tribunal admitirá como prueba de cohabitación marital. El hecho de la cohabitación, la existencia a una economía común, las exteriorizaciones de las relaciones matrimoniales ante terceras personas, en la correspondencia personal y otros documentos, así según las circunstancias, al sustento material recíproco y la mutua educación de los hijos.

El artículo 16 del Código de familia determinaba lo siguiente: "También gozan del derecho a la obtención del sustento, tanto durante el matrimonio como después de la disolución, las personas que se encuentran en relación marital de hecho, aunque no estén registradas, si no se ajustan a las disposiciones de los artículos 11 y 12 del Código Ruso de Familia."

Arturo Valencia Zea , manifiesta lo siguiente sobre el concubinato en Rusia, "Pero las nuevas leyes expedidas en Rusia a partir de Julio de 1944, han variado este régimen, y solo existe hoy el matrimonio registrado. Quienes viven en concubinato, pueden convertir ese estado en matrimonio haciéndolo registrar, lo que prácticamente acelera el matrimonio".

Para darle más fuerza a esta tesis de Valencia Zea, que consideramos cartada, queda claro que inicialmente en la Unión Soviética, el concubinato era admitido, pero a partir del año 1944, su estado cambió, pues sólo se reúne la ley el matrimonio legal, y no el llamado matrimonio de hecho, tanto es así que el artículo 19 del decreto expedido por el Sovietic Supremo hizo lo siguiente: "Solo el matrimonio registrado, origina entre los cónyuges los derechos y obligaciones previstas en el código del matrimonio, familia y tutela de la República Federal. Las personas que tuviesen relaciones maritales de hecho al ser publicadas este decreto, podrán formalizar mediante el registro del matrimonio, indicando el tiempo en que efectivamente hubiesen vivido en común".

7.- REFORMA QUE PROPONEMOS AL CONCUBINATO

7.1.- COEXISTENCIA DE SOCIEDAD CONYUGAL Y DE SOCIEDAD CONCUBINARIA Y SUS LIQUIDACIONES

En Colombia, es un hecho social que son muchas las personas que viven en concubinato, y hasta ahora la ley no las ha protegido debidamente, despreocupándose de los efectos que surgen como consecuencia del mismo.

Me atrevo a proponer una reforma radical al respecto, ya que la considero indispensable para que nuestra legislación esté de acuerdo con el momento histórico en que vivimos.

Para este fin partiré de la base de dos hipótesis que son las siguientes:

Que el concubinato no tenga sociedad conyugal con otra mujer, y la otra que el concubinato sí tenga sociedad conyugal con otra mujer.

Primera hipótesis:

En el caso de que el concubinato no tenga sociedad conyugal con otra mujer, pueden ocurrir también dos situaciones:

1ª Que el hombre se encuentre soltero, y que nunca haya estado casado con otra mujer.

2ª Que el hombre habiendo estado casado, la sociedad conyugal se encuentre disuelta por muerte de la esposa, divorcio vincular, o separación de bienes o de cuerpos.

En ambos casos no existe problema para reconocer la existencia de una sociedad patrimonial concubinaria, dándole derechos a la concubina que son el 50% de las ganancias obtenidas dentro del concubinato; es decir no entrarían a formar parte de dicha sociedad los bienes adquiridos por el concubinario antes de crear el concubinato, ni los que dentro de ésta reciba por herencia, legado o donación.

También sería necesario considerar como parte del haber de la sociedad patrimonial concubinaria, para que haya verdadera igualdad jurídica entre el concubino y la concubina, los bienes que ésta adquiriera a título

oneroso, dentro del concubinato.

En cuanto a su disolución, esta sociedad patrimonial concubinaria se disolviera en el momento de terminar el concubinato o toda relación extramatrimonial, o la muerte de uno de los concubinos.

En cuanto a la liquidación de esta sociedad considero que podría pedirla cualquiera de los concubinos, una vez producida la disolución del concubinato, o dentro del proceso de la sucesión por muerte de cualquiera de ellos, sin embargo, mientras no se solicite la liquidación de la sociedad, por la disolución del concubinato aquella debe subsistir, pero sólo para los efectos de equidad y como sociedad disuelta, sin que los bienes adquiridos con posterioridad por cualquiera de los concubinos entren a formar parte del haber social, como sí ocurre cuando de hecho se separan de cuerpo los esposos y ninguno demanda la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial conyugal, bien sea en proceso de separación de cuerpos y de bienes judicialmente, o del divorcio.

Esa diferencia debe consagrarse, porque es la consecuencia de existir o no el matrimonio.

Segunda Hipótesis:

En el caso de que exista sociedad conyugal del concubinato con otra mujer, sería indispensable respetar los derechos de la esposa a los gananciales y reconocer la sociedad patrimonial concubinaria, únicamente sobre los bienes que se adjudiquen al concubinario en la liquidación de la sociedad conyugal con su esposa.

En este último caso sería necesario contemplar a su vez varias situaciones:

a) Que se disuelva primero la sociedad conyugal, y después la sociedad concubinaria; sin este caso la fórmula propuesta opera sin dificultad, porque en el proceso para liquidar la primera no se consideraría la existencia de la segunda, ni la concubina podría concurrir a él como parte, posteriormente, al disolverse el concubinato bastaría que cualquiera de los concubinos solicitara la disolución y la liquidación de la sociedad concubinaria.

b) Que ocurra primero la muerte del concubinario, caso en el cual se haría en el proceso de sucesión de éste, tanto de la liquidación de la sociedad conyugal, como de la concubinaria, primero aquella y luego ésta.

c) Que al disolverse el concubinato en vida de los concubinos, subsista una o dos sociedades conyugales con terceras personas, caso en que sería necesario consagrar que una vez decretada la existencia y disolución de la sociedad concubinataria, por demanda de cualquiera de los concubinos, en la misma sentencia se decreta la disolución de las sociedades conyugales, para el cual sería necesario citar al proceso en la demanda al cónyuge del demandado, y al del demandante si lo tuviere.

Procedimientos para disolver la sociedad concubinaria en vida de los concubinos:

Hay dos Hipótesis:

1ª Si hay decisión judicial previa, en proceso ordinario sobre existencia de la sociedad concubinaria o simplemente de concubinato, aún cuando no se haya decretado su disolución, el procedimiento debe ser el mismo que se sigue para la disolución y liquidación de la sociedad conyugal en vida de los cónyuges, es decir, el abreviado que regulan los artículos 414, numeral 1, y 422 del Código de Procedimiento Civil.

2º Pero si no existe esa decisión judicial previa, debe adelantarse primero el proceso ordinario declarativo y a continuación del mismo el de liquidación, por trámites de los artículos 625 y 626 del Código de Procedimiento Civil.

7.1.- SITUACION DE LOS HIJOS HABIDOS DENTRO DEL CONCUBINATO

No veo que puedan problemas respecto a los hijos habidos dentro del concubinato, pues aún considerándolos como **extramatrimoniales** para los efectos jurídicos estarían en pie de igualdad con los hijos legítimos, en el caso del que el padre o la madre hayan tenidos hijos de un matrimonio ya disuelto, o posterior al concubinato.

Dentro de las reformas que propongo contemplo también la igualdad de derechos herenciales entre hijos legítimos y extramatrimoniales hayan nacido o no dentro del concubinato y antes o después del matrimonio de sus padres con terceras personas.

Respecto a la presunción de ser hijos de relaciones extramatrimoniales, los nacidos dentro del concubinato, vemos que ésta existe desde la ley 45 de 1936, y actualmente en la ley 75 de 1968 en forma indirecta,

puesto que probadas las relaciones sexuales, las cuales a su vez se presumen entre los concubinos, los hijos gozan de tal presunción de paternidad extramatrimoniales, sin embargo, sería necesario estipular o consagrar expresamente la presunción de que los hijos habidos por la mujer dentro del concubinato, son también del concubinario.

7.2.- PROYECTO DE LEY 48 DE 1978

Proyecto de ley 48 de 1978, que la representante a la cámara Nahir Saavedra de Deivis Echandía, ha presentado al congreso de la República por la cual se legisla sobre la sociedad Patrimonial entre concubinos.

El concubinato o las relaciones extramatrimoniales ocasional solo es tenido en cuenta por el ordenamiento jurídico, para regular la situación de estos hijos nacidos bajo esta unión.

El proyecto de ley 48 de 1978, por la cual se legisla sobre sociedad patrimonial entre concubinos es el siguiente:

Artículo 1. El hecho de vivir por dos años o más continuos en estado de concubinato, crea una sociedad

patrimonial entre los concubinos, con efectos desde la iniciación de aquél.

Artículo 2. Si durante la vigencia del concubinato ninguno de los concubinos ha tenido sociedad conyugal, el haber de la sociedad patrimonial entre aquellos estará formado por los bienes de que trata los artículos 1.781 a 1804 del Código Civil, adquiridos por cualquiera de los concubinos dentro del concubinato.

Artículo 3. En caso de que alguno de los concubinos o ambos hayan tenido o tengan sociedad conyugal, será necesario liquidar primero ésta, a solicitud del otro, o uno de los cónyuges para proceder a la liquidación de la sociedad patrimonial entre aquellos bien sea en el mismo proceso de sucesión o luego de la liquidación de la sociedad conyugal como consecuencia de un proceso de superación de cuerpo o de bienes, de divorcio o de nulidad del matrimonio.

En estos casos el haber de la sociedad patrimonial entre concubinos, se forma por los bienes adjudicados al cónyuge concubino en la liquidación de la sociedad conyugal, más aquellos de que trata los artículos 1.781 a 1.804 del Código Civil que hubieren sido adquiridos antes de la sociedad conyugal o después de su

disolución.

Artículo 4. A cada uno de los concubinos le corresponderá el cincuenta por ciento del haber líquido de la sociedad patrimonial que entre ellos exista.

Artículo 5. La sociedad patrimonial entre concubinos se disuelve:

1. Por terminación del concubinato, cualquiera que sea la causa que lo produzca.
2. Por la declaración de presunción de muerte de uno de los concubinos.

Artículo 6. Producida la disolución del concubinato por muerte de uno de los concubinos, o de ambos, podrá pedirse liquidación de la patrimonial, dentro del respectivo proceso de sucesión o de la acumulación de ambos.

Cuando la disolución se produzca por otra causa, cualquiera de los concubinos podrá pedir la liquidación mediante el procedimiento que trata el artículo 625 del Código de procedimiento Civil.

Artículo 7. Se considerará inexistente cualquier renuncia a la sociedad patrimonial entre los concubinos o a la participación que corresponde a cada uno.

Artículo 8. La renuncia a los gananciales que haga el concubino en la sociedad conyugal, formada con su cónyuge producirá efectos solamente en la parte que no le corresponda al otro concubino en la liquidación de la sociedad patrimonial que exista entre aquél y éste.

Artículo 9. En los términos anteriores quedan reformados los artículos 1.837 a 1.841, adicionado el artículo 525 del Código de Procedimiento Civil, y cualquiera que sean incompatibles con los dispuestos en esta ley.

Artículo 10. Esta ley rige desde su promulgación.

8.- LA LEY COLOMBIANA FRENTE A LOS CONCUBINOS SUS BIENES Y LAS RELACIONES CON TERCEROS

El concubinato en nuestro derecho no se acepta, ni se rechaza abiertamente; se encuentra en una situación que podríamos llamar paralela al derecho, puesto que se le conceden ciertos efectos y no hay norma que lo declare como situación contraria al ordenamiento legal.

En cuanto a los hijos extramatrimoniales ha habido una regulación positiva, y no en las restantes materias que atañen al fenómeno concubinario, que ha sido prácticamente nula.

Las normas factibles de aplicación a las relaciones de los concubinos entre sí y con los terceros, son normas regadas en las diferentes ramas del derecho positivo, que en su mayoría tocan tangencialmente la cuestión.

Las Constituciones anteriores a las del 1986, se encuentran una discriminación entre las personas casadas

y las que llevan una vida marital por fuera del matrimonio.

En la Constitución de 1921 de Villa del Rosario de Cúcuta se inserta lo siguiente. "Para ser sufragante parroquial se necesita:

Ser casado o mayor de veintiun año."(artículo 15).

En la constitución del Estado de Nueva Granada, dada por la convención constituyente en el año 1.832, se inserta en el artículo 8 "Son ciudadanos todos los Granadinos que tengan las cualidades siguientes:

1. Ser casado o mayor de veintiun año, y en el artículo 26 de la sección referente a las elecciones de Canton, para ser elector se requiere:

2. Ser casado o haber cumplido veinticinco años.

En la reforma de la Constitución en 1843, se suprime la calidad de ser casado, consagrado en la anterior carta fundamental.

Pero volvemos a encontrar el requisito alternativo de ser casado como presupuesto de la ciudadanía en las

Constituciones Políticas de la Nueva Granada de 1.853, en la Constitución para la Confederación Granadina de 1.858, y aún en la Constitución de los Estados Unidos de Colombia del año 1.863, se muestra preferencia por última vez por el varón casado.

El Código Penal, que rigió hasta cuando entró en vigencia la ley 95 de 1936, consagraba como delito contra la moralidad pública, los amancebamientos públicos; se tipificaba el delito y la sanción así:

Las personas de diferentes sexos que, sin ser casados hicieran vida como tales, en una misma casa, de una manera pública y escandalosa, sufrirarían, el hombre, la pena de confinamiento por uno o tres años en lugar que diste por lo menos nueve miriámetros de su domicilio, y que sea distinto de aquel en que su cómplice debe sufrir su condena y del que tenga su domicilio, vecindad, o residencia, y la mujer la pena de arresto por cuatro meses a un año, y concluida no podrá ir al lugar en que el hombre esté sufriendo su condena mientras no acabe de cumplirla. (artículo 451).

Con la expedición del nuevo Código, desaparecen los citados tipos penales, al comprenderse la distinción entre la moral y el derecho, entre los ideales éticos

con los dictados del derecho.

En lo que respecta a las prestaciones sociales, es de las pocas ramas o áreas del ordenamiento jurídico Colombiano, donde se hace expresa mención de la mujer concubina.

La ley que establece el seguro social obligatorio y crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, la ley 90 de 1.946, prevee que en caso de fallecimiento producido por accidente o enfermedad profesional, la viuda tendrá derecho a una pensión equivalente al 25% del salario base, siempre que no sea inválida, pues de serlo, la pensión se elevará al 30% del salario de base, pero y es lo que importa a nuestro fin, a falta de viuda es tenida como tal "la mujer con quien el asegurado haya hecho vida marital durante los tres años inmediatamente anteriores a su muerte, o con la que haya tenido hijos, siempre que hubieren ambos permanecidos solteros durante el concubinato; si en varias mujeres concurren estas circunstancias, solo tendrán un derecho proporcional las que tuvieron hijos con el difunto. (artículo 55).

La legislación penal, como tuvimos oportunidad de mencionarlo al tratar del régimen anterior, no consagra como tipo delictivo ni a la unión libre adulterina, ni

al concubinato simple, ni al perfecto, consagra si, con justificada razón en el título referente a los delitos contra la familia, como conductas antijurídicas las uniones libres incestuosas, la bigamia y el matrimonio ilegal, o sea el contraído a sabiendas de un impedimento diriamente.

Consagra únicamente en los delitos contra la asistencia familiar la acción penal para la mujer legítima, ya que el tenor del artículo habla de cónyuges, no es posible extender por analogía la acción a la mujer extramatrimonial.

En el Derecho Civil se comporta de igual forma, nada dice, en pro o en contra, diferente regular a los hijos legítimos, sobre las restantes situaciones que atañen al hecho social de la barragania; las referencias son indirectas, nunca con el objetivo de tomar partido.

Tal es el caso de las relaciones extramatrimoniales sexuales de uno de los cónyuges; la ley 1ª. de 1976, las señala como causales de divorcio, siéndolo además de separación de cuerpos y de bienes.

De todo lo planteado existe un gran vacío legislativo, vacío legislativo, que ha querido llenar nuestra

jurisprudencia sobre todo en lo que respecta a los bienes.

8.1.- CONSTITUCIONES LEYES Y DECRETOS A QUE SE HACE REFERENCIA

La Constitución de 1821 de Villa del Rosario de Cúcuta, la Constitución del Estado de la Nueva Granada de 1.853, Constitución 1.843; Constitución para la Confederación Granadina de 1858, Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863; Constitución Política de Colombia de 1886; Códigos de Santander y Cundinamarca de 1.859; Códigos de la Unión de 1873.

Ley 57 de 1.887; ley 153 de 1.887; ley 95 de 1.890; ley 45 de 1.936; ley 95 de 1,936; ley 83 de 1.946; ley 90 de 1.946.

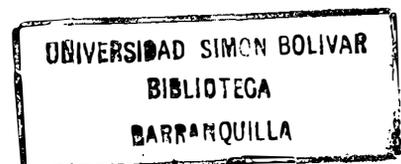
Decreto 2623 de 1.950; ley 140 de 1.960; Decreto 2690 de 1.960; ley 135 de 1.961; ley 75 de 1.968; ley 24 de 1.974; Decreto 2820 de 1.974; ley 5 de 1.975; Decreto 206 de 1.975; Decreto 772 de 1.975; y la ley 1ª de 1976.

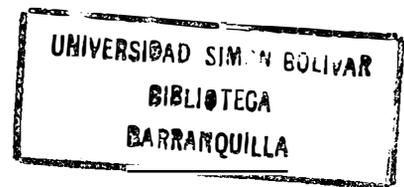
8.2.- ENUMERACION DE LAS JURISPRUDENCIAS SOBRE EL CONCUBINATO

La enumeración que hacemos es completa, pues se encuentran incluidas los pronunciamientos en los cuales se habla al respecto desde el año 1.935, hasta el último, que se conoce en 1.976.

Lo plasmamos con el ánimo de prestar a los estudiosos del tema un índice jurisprudencial, a más de los extractos esenciales de las más representativas sentencias.

La sentencia base y pilar fundamental de la jurisprudencia en materia de régimen patrimonial entre los concubinos, es la del 30 de Noviembre de 1.935; como anteriormente lo expresamos, la sentencia del año 1.935 tiene sus antecedentes ideológicos en la sentencia de la Corte de Aix de 1.933; todas las sentencias han sido dictadas por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, excepto la del 28 de octubre de 1.949, que fue proferida por el Tribunal Superior del Trabajo.





Enumeración:

Noviembre 30 de 1.935; Diciembre 6 de 1.943; Diciembre 7 de 1.943; Mayo 7 de 1.947; Septiembre 16 de 1947; Octubre 28 de 1.949; Mayo 19 de 1.950; Octubre 10. de 1.953; Marzo 30 de 1954; Diciembre 12 de 1.955; Octubre 17 de 1.957; Marzo 26 de 1.958; Mayo 20 de 1.959; Noviembre 5 de 1.960; Febrero 28 de 1.961; Julio 24 de 1.961; Agosto 10 de 1.961; Febrero 21 de 1963; Noviembre 25 de 1.966; Septiembre 20 de 1.972; Octubre 18 de 1.972; Octubre 10. de 1.973; Octubre 18 de 1.973; Febrero 23 de 1.976 y Agosto 26 de 1.976.

CONCLUSIONES

Después de haber realizado un estudio minucioso y meticoloso sobre este tema, de gran importancia, yo considero que por ser el concubinato un hecho social, debe ser regulado íntegramente por nuestro ordenamiento positivo en virtud de que es capaz de crear relaciones de carácter jurídico - patrimonial y se busca su implantación por ser la justicia la única y suprema orientadora de las relaciones humanas.

En nuestro país es alarmante el aumento de relaciones extramatrimoniales, que pudiendo contraer matrimonio no lo hacen, y que conservan relaciones sexuales estables, prolongadas en el tiempo y el espacio en forma notoria, y por consecuencia son fuente y origen de una familia.

Los concubinos deben estar obligados a guardarse fidelidad, a prestarse socorro y ayuda mutua en todas las circunstancias de la vida, porque es justo que si dos personas deciden unirse en vida, es apenas lógico

que esa unión imponga deberes correlativos y además es necesario determinar que estas obligaciones entre concubinos deben ser reglamentadas por la ley, por cuanto el estado concubinario hace parte de una sociedad organizada.

En nuestra legislación se han cometido graves injusticias, al ser abandonada la concubina no tiene derecho a pedir alimento, porque el artículo 411 del Código Civil así lo determina, lo cual viola indudablemente actos de sentimientos y de justicia, y nuestra posición es que debe reformarse el artículo mencionado e incluirse en uno de sus incisos a los concubinos, para que de esta manera poderse entablar por parte de la persona afectada la acción legal pertinente.

Igualmente insisto que los concubinos tienen derecho a participar en el régimen sucesoral, porque no puede admitirse bajo ningún punto de vista que una concubina que ha vivido siempre con su compañero, que la ha ayudado a incrementar su patrimonio, a soportar pérdidas o a disfrutar de sus ganancias no tenga ninguna clase de derechos a la muerte de éste, simplemente porque la ley no lo contempla en los órdenes hereditarios taxativamente establecidos.

En lo referente a las relaciones ~~contractuales~~ con terceros, los asociados concubinarios responderán solidariamente ante terceros de las obligaciones contridas, siempre y cuando se haya pactado la solidaridad, de lo contrario, se entenderá que cada uno de ellos responde de las obligaciones que personalmente contraiga a su nombre.

Otro hecho que debo señalar es que cualquiera de los concubinos puede intentar una acción de indemnización de perjuicios cuando el concubino muera en un accidente de trabajo, o por la actividad desplegada por un tercero, porque en este caso se está protegiendo la institución familiar al no quedar desamparadas, por existir la acción legal pertinente.

En cuanto al patrimonio, yo considero que debe aplicarse normativamente lo preceptuado en la sociedad conyugal; porque si existe un patrimonio adquirido mediante un esfuerzo en común, con el propósito de obtener beneficios y repartirse las ganancias o soportar las pérdidas indudablemente nos encontramos en presencia de una sociedad de hecho, y al existir esa sociedad de hecho podrá procederse a su liquidación, es por lo que soy partidario que se implante una regulación sobre el particular, ya que se eliminarían graves injusticias.

De esta manera para concluir, esta inquietud la he hecho con el propósito de buscar la forma de que en un día no muy lejano estas personas que se encuentran bajo las circunstancias descritas sean tratadas de una manera diferente a la existente en nuestra Legislación Colombiana.

BIBLIOGRAFIA

CODIGO CIVIL. Bogotá: Editoriales Temis, 1.984.

ENGLES, Federic. El origen de la familia, la Propiedad Privada y el Estado. Moscú: Editorial Progreso, 1.970.

ESTRADA, Gloria. El concubinato. Bogotá. 1.978.

FRADIQUE MENDEZ, Carlos. Codificación de la Legislación de Familia. Quito: Editores Rodriguez, 1.981.

INDABURU LIZARALDE, Carlos Alberto y ESTRADA
PIEDRAHITA, Gloria Cecilia. El concubinato en Colombia.
Bogotá. 1.978.

LEON JARAMILLO, Gustavo. Derecho de Familia. Ediciones
Hombre Nuevo.

MONROY CABRA, Marco. Matrimonio Civil y Divorcio en la
Legislación Colombiana. Bogotá: Editorial Temis, 1.977.

TAPIAS ROCHA, Hernando. Derecho de Familia. Bogotá:
Publicaciones de la Universidad Externado de
Colombia, 1.978.

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Parte general y
Personas. Tomo I. Bogotá: Editorial Temis, 1.971.

_____ . Derecho de Familia. Bogotá: Editorial Temis,
1.970.

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA