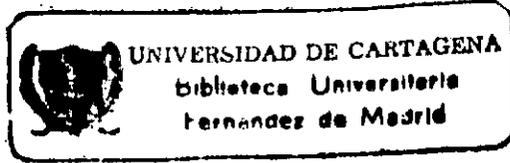


T
346.2
S164

1



EL CONCUBINATO Y SUS EFECTOS JURIDICOS

EMIRO RAFAEL SALGADO ATENCIA

**TESIS DE GRADO PRESENTADA COMO REQUISITO PARCIAL
PARA OPTAR EL TITULO DE ABOGADO**

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

**SCIB
00019054**

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

**45512
CARTAGENA, MAYO DE 1984**

EL CONCUBINATO Y SUS EFECTOS JURIDICOS

RECTOR : DR. LUIS H. ARRAUTT E.

SECRETARIO GENERAL : DR. CARLOS MENDIVIL C.

DECANO : DR. FABIO MORON DIAZ

SECRETARIO ACADEMICO : DR. PEDRO MACIA H.

PRESIDENTE DE TESIS : DR. RAFAEL H. DE LA VALLE

PRIMER EXAMINADOR : DRA. CARLOTA VERBEL ARIZA

SEGUNDO EXAMINADOR : DR.

**UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**

CARTAGENA, MAYO DE 1984.

CONTENIDO

INTRODUCCION	Pág 1
--------------------	-------

CAPITULO I

I.1. EL CONCUBINATO EN ROMA	4
I.2. EL CONCUBINATO EN EL DERECHO FRANCES	7
I.3. EL BARRANGANIA EN ESPAÑA	8
I.4. LA IGLESIA CATOLICA FRENTE AL CONCUBINATO	9

CAPITULO II

2.1. CONCEPTO SOBRE EL CONCUBINATO	12
2.2 ELEMENTOS DEL CONCUBINATO	13
2.3. CLASES DE CONCUBINATOS	14
2.4. EFECTOS JURIDICOS DEL CONCUBINATO	14
2.5. EN CUANTO A LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES	15
2.5.1. Legislación anterior a 1936	16
2.5.2. Legislación de 1936	18
2.5.3. Legislación posterior a 1936	20
2.6. REGIMEN VIGENTE SOBRE EL HIJO EXTRAMATRIMONIAL	22
2.6.1. Reconocimiento del hijo extramatrimonial	23
2.6.2. Reglas Relativas al Reconocimiento	25
2.6.3. Régimen Sucesario	26
2.6.4. Alimentos	30

2.6.5. Potestad Parental	Pág 31
2.6.6. Cuidado personal de los hijos	32

CAPITULO III

3.1. REGIMEN DE LOS BIENES EN EL CONCUBINATO	34
3.1.1. Contrato de Trabajo	34
3.1.2. Sociedad de Hecho	36
3.1.3. Enriquecimiento sin Causa.....	39
3.2. LOS CONCUBINOS FRENTE A LA LEY LABORAL	41
3.3. RELACIONES JURIDICAS ENTRE LOS CONCUBINOS	43
3.3.1. Relaciones de los concubinos entre sí	43
3.3.2. Reparación del concubino a la concubinación por los daños que le haya causado	44
3.3.3. Donaciones entre concubinos	45
3.3.4. Relaciones Contractuales entre concubinos	45
3.3.5. El concubino frente a terceros	47
3.4. ESTADISTICAS SOBRE EL CONCUBINATO EN COLOMBIA	48

CAPITULO IV

4.1. EL CONCUBINATO EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA.....	54
4.1.1. Enumeración de la jurisprudencia	54
4.1.2. Extractos de la sociedad de hecho en el Concubinato	55
4.1.3. Extractos de Enriquecimiento sin causa	61
4.1.4. Extractos del contrato de trabajo entre concubinos	64

CAPITULO V

5.1.	EL CONCUBINATO FRENTE A LAS DISTINTAS LEGISLACIONES	Pag 65
5.1.1.	Países que expreamente Regularan el Concubino.....	65
5.1.2.	Países que desconocen legalmente el Concubinato.....	71
5.1.3.	Países de posición Ecléptica	72
5.1.4.	Algunos casos "Suo generis "	73
5.1.5.	El caso Ruso	75 .
...		

CAPITULO VI

6.1.	CONCLUSIONES Y PROPUESTAS	77-83
	BIBLIOGRAFIA	88

" La Facultad no aprueba ni desapueba las opiniones emitada en las tesis de grado.

Tales opiniones deben ser consideradas como propias de su autor ". (art. 83 del Reglamento dela Facultad).

DEDICATORIA



A MIS QUERIDOS PADRES :
DONALDO SALGADO GONZALEZ
Y ELVIA ATENCIA DE SALGADO,
QUIENES SIEMPRE HAN APOYADO
MIS INQUIETUDES INTELECTUALES.

INTRODUCCION

La familia, institución fundamental en toda sociedad civilizada, célula intermedia entre el individuo y el Estado, factor esencial de virtud y felicidad para la formación integral del hombre, tiene su base en la Institución del matrimonio; unión monogámica, estable, que dá origen a la familia legítima, la cohabitación exclusiva, la ayuda integral y el socorro mutuo entre los cónyuges.

Aspiración imposible de lograr en las sociedades civilizadas ha sido la de que las uniones sexuales estables entre hombres y mujer con miras a perpetuar la especie, a criarla, educarla y establecerla, se sucedan siempre dentro del matrimonio.

De remotos tiempos atrás han existido estas uniones maritales irregulares, comúnmente denominadas "concubinato", vale decir, uniones del hecho entre solteros aptos jurídicamente para casarse y "amancebamiento" o sea las uniones de hecho, a quienes al derecho les ha prohibido la celebración del matrimonio.

No obstante las políticas estatales tendientes a erradicar las uniones ilegítimas, ello se ha tornado en un imposible social; parece ser un -

mal necesario que la humanidad ha tolerado a pesar de su carácter inmoral o delictivo.

Antes de la antigua Roma ya el concubinato era un problema que se suscitaba ante las sociedades de las distintas naciones.

En Roma se le admitía social y jurídicamente; fué el Emperador Augusto quien primero trató de darle solución legítimamente uniones ilegales, de saneamiento factible ante el derecho.

Nuestra legislación Civil ha ignorado el concubinato como fuente generadora de obligaciones; sin embargo, son muchos los casos en que esta unión libre ocasiona efectos o consecuencias que no pueden ser desconocidas por el derecho y que su ignorancia por los jueces y tribunales - puede ocasionar perjuicios morales, sociales y aun económicos a seres inocentes que no la han propiciado, como es el caso de los hijos de concubinos, y de la concubina propiamente dicho.

"Como expresión de la costumbre social, ha sostenido nuestra Corte Suprema, la legislación no ha podido ignorar el concubinato, aunque haya sido diversamente apreciado desde el punto de vista jurídico. Aparece en la ley Julia de Adulteriis y con las disposiciones de esta ley y la Papia Popea, se incrusta en la legislación de Justiniano, donde se insertaron los títulos "de concubinis", que le dieron minuciosa reglamentación, y de allí pasa a las legislaciones posteriores con tratamiento diverso, según puede confrotarse".

Consideramos que cuando el concubinato sea causa o medio para desconocer

derechos de terceros, inclusive de los mismos concubinos, no puede marginarse de la legislación positiva.

El derecho no puede ignorar ciertas conductas relevantes y negarles la regulación normativa, pretextando razones que no se compadecen con la esencia del mismo. De tal aserto nos impele a tratar el tema del Concubinato por ser un fenómeno Social, de gran trascendencia en Colombia, que se encuentra expósito y tan sólo goza de la protección Jurisprudencial en cuanto a sus efectos, teniendo en cuenta además que " Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en los casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzguen erróneas las decisiones anteriores "(Ley 169 de 1.986, art. 4º).

El tema acrecienta interés el considerar que frente a los hijos extramatrimoniales la ley, en aras de su protección, ha recorrido un arduo camino legislativo, pasando por la ley 45 de 1.936 hasta llegar a la ley 29 de 1.982; pero frente a la mujer extramatrimonial estable, nuestros legisladores se han cuidado de mantenerla en el anonimato en cuanto a su protección.

CAPITULO I

1.1. EL CONCUBINATO EN ROMA

Los Romanos dan el nombre de "concubinatus " a una unión de orden inferior más duradera y que se distinguía así de las relaciones pasajeras consideradas como ilícitas.

Esta especie de matrimonio frecuente en Roma, parecer haber nacido de la desigualdad de las condiciones. Usted ciudadano tomaba para concubina a una mujer poco honrada, indigna, por tanto, de hacerla su esposa; tal como una manumitida o una ingenua de baja extracción.

Hasta con el fin de la República, el derecho no se ocupó de estas simples uniones de hecho, pues bajo Augusto cuando el concubinato recibió su nombre. La ley Julia de Adulteriis calificaba de "stuprum" y castigaba todo comercio con toda joven o viuda, fuera de las justae nuptiae, haciendo una excepción en favor de la unión duradera llamada concubinato que recibió de esta manera una especie de sanción legal. Desde entonces le fueron impuestas ciertas condiciones para precisar los límites por los cuales ya únicamente existía un comercio ilícito. Por eso el concubinato sólo estaba permitido entre personas púberes, y no parientes en el grado prohibido para el matrimonio.

En un principio, el concubinato no producía ninguno de los efectos civiles unidos a las justas nuptiæ. Por eso la mujer no era elevada a la condición social del marido, pues aunque algún ciudadano hubiese tomado para concubina una mujer de su mismo rango, lo cual era muy raro, no era nunca tratada como "uxor" en la casa y en la familia; de donde venía el nombre de "inaequale conjugium" aplicando a esta unión.

En cuanto a los hijos nacidos del concubinato, son cognados de la madre y de los parientes maternos, pero no están sometidos a la autoridad del padre, y hacen "sui juris". Por tanto, un ciudadano puede elegir dos clases de uniones, cuyas consecuencias son distintas. Si quiere desarrollar su familia civil, contrae las justae nuptiae, que le darán hijos bajo su autoridad; ahora si quiere dejar fuera de su familia los hijos que le nacieran de la mujer a la cual se unió, entonces toma una concubina. Pero si estos hijos, no siendo agnados del padre, tienen con él al menos un parentesco natural, legalmente cierto, se distinguen por esto de los "spurii o vulgo concepti". En la época clásica, ningún texto pudo afirmar lo. Fué únicamente en el bajo Imperio, y desde Constantino, cuando parece haber sido reconocido un lazo natural entre el padre y los hijos nacidos del concubinato, designándoles con la nueva apelación de "liberi naturales". El padre puede legítimarlos, y Justiniano terminó dando como efectos a esta filiación natural la obligación de alimentos y ciertos derechos de sucesión.

Los Emperadores Cristianos buscaron la manera de hacer desaparecer el concubinato. Constantino creyó acertar ofreciendo a las personas viviendo entonces en concubinato, y teniendo hijos naturales, legítimarlos,

siempre que transformasen su unión en *justae nuptiae*, siendo también acordado por Zenón este mismo favor sin reparo, Anastasio fué todavía mas lejos, pues decidió que tanto en lo presente como en lo futuro, todos los que tuviesen hijos nacidos del concubinato podían legitimarlos contrayendo las justas *nuptiae*. Esta disposición fué conservada por Justiniano; es la legitimación por matrimonio subsiguiente. Sin embargo el concubinato subsistió, como institución legal y tolerada por la iglesia, por el Concilio de Toledo del año 400 de nuestra era" (1).

Por lo demás, cabe decir que los Emperadores Vespadiano, Antonio Pío y Marco Aurelio tuvieron concubinas.

Los Romanos afirman que los requisitos exigidos para la existencia del concubinato eran los siguientes:

- 1- Que los concubinos fueran siempre púberes.
- 2- Que fueran solteros
- 3- Sólo se podía dar entre un hombre y un a mujer
- 4- Los concubinos no podían ser parientes en el grado prohibido para el matrimonio
- 5- No existía ninguna formalidad para la constitución y se podía disolver por voluntad de los concubinos

Justiniano le hizo extensivos los requisitos del matrimonio y lo denominó "ilicita consuetudo", definiéndolo como "cohabitación estable con mujer de cualquier condición, sin *afectio maritalis*".

El concubinato no era la única unión irregular, ya que existían varias a saber:

- 1- Contubernium o unión de dos esclavos (cognatio servilis)
- 2- El stuprum o unión sexual con parientes muy cercanos (incesto, unión de impúbers, etc) en que los hijos eran sui juris concebidos de manera vulgar (espurios).

1.2. EL CONCUBINATO EN EL DERECHO FRANCES

En el antiguo Derecho Francés, se consideró el concubinato contrario a la moral y las buenas costumbres. Posteriormente en la Revolución Francesa se igualaron los derechos de los hijos legítimos y naturales en lo referente a la sucesión, traumatizando fuertemente el concepto existente en la sociedad Francesa de la época .

El Código de Napoleón de 1.804 no legisló sobre este fenómeno, es decir, lo ignoró pero estableció en el art. 340 la prohibición de indagar la paternidad. Este art. fué derogado por la ley de Noviembre 16 de 1912, que ordenó la investigación de la paternidad en cinco casos específicos entre ellos el concubinato Notorio en la época de la concepción.

La ley de Noviembre 16 de 1912 tiene entre nosotros gran importancia por influir grandemente en la ley 45 de 1936 y por lo tanto, indirectamente en la ley 75 de 1.968.

"El vacío dejado por el Código de Napoleón con respecto al concubinato,

obligó a la jurisprudencia a otorgarle "efectos a la unión libre en los siguientes sentidos:

- 1- Para darle acción de perjuicios a la concubina contra el concubinario por el rompimiento unjustificado de la unión.
- 2- Para darle acción de reparación contra el tercero causante de la muerte de su concubinario.
- 3- Para reconocer una obligación natural a cargo del concubinario, para atender a las necesidades futuras de su compañera,
- 4- Para considerar los intereses pecuniarios, las sociedades de hecho y las donaciones entre concubinos.
- 5- Para admitir a la doncella seducida en acción de perjuicios contra el seductor, mediante la aplicación del art. 1.382 del Código referente a la responsabilidad civil extracontractual ". (2)

1.3. LA BARRAGANIA EN ESPAÑA •

En el antiguo derecho Español diferenciar tres clases de uniones: el matrimonio propiamente dicho, el matromonio á yudas y la barraganía (3).

El matrimonio propiamente dicho es el formal y religioso paso que el matrimonio á yuras es el simplemente juramentado y oculto; siendo de todas formas matrimonio religioso pero secreto, vale decir, de conciencia. Esta última clase de matrimonio traía también como consecuencia la unión - indisoluble y la misma situación legal que generaba el matrimonio formal.

En principio podemos decir de la barraganía que se trata por lo general - de un enlace de soltero (clérigo o laico) o viudo y soltera o viuda".

En las siete partidas del rey Don Alfonso el Sabio se tolera la barraganía y además se le concede el efecto jurídico de dar la calidad de naturales a los hijos. La razón de la aceptación la encontramos en la cuarta partida, título XIV.

En la codificación de Don Alfonso el Sabio, es factible decir que la noción de barraganía equivale al concepto clásico de concubinato visto en el derecho romano, en la cual se exigía fundamentalmente la permanencia fiel en la cohabitación de personas que podían contraer matrimonio. Podía ser recibido por barragana toda mujer ingenua, liberta o sierva; siempre que no fuera virgén, ni menor de doce años, ni viuda honesta, ni cuñada o pariente hasta el cuarto grado, porque de serlo se cometería incesto.

Hemos dicho que los hijos nacidos en barraganía tenían la calidad de naturales. En las leyes de Toro (1.505), se le concede dicha calidad no solamente al hijo nacido en barraganía, sino también a los nacidos de padres que a la época de la concepción o a la fecha del parto, pudieran casarse entre sí sin necesidad de recurrir a una dispensa para salvar el impedimento.

1.4. LA IGLESIA CATOLICA FRENTE EL CONCUBINATO

El concubinato está expresamente rechazado por la iglesia, que además de que lo considera una falta grave, lo toma en un sentido muy amplio porque no solo considera concubinato: "La vida marital de dos personas

no casadas entre sí, con relaciones sexuales habituales y con ciertas semejanza con la vida matrimonial" (4), sino también considera concubinato el matrimonio civil que efectúen los católicos, ya que al decir de Pío IX el matrimonio civil es: "un torpe y pernicioso concubinato".

Nos resta decir que en el Código de Derecho Canónico (canon 1.078), encontramos al concubinato consagrado como impedimento dirimente para contraer matrimonio; impedimento que por ser de derecho eclesiástico es dispensable. Al tenor del canon citado, que consagra una especie de "cuasi-afinidad, tenemos que: "El impedimento de pública honestidad nace del matrimonio, inválido, consumado o no, y del concubinato público o notorio; y dirime el matrimonio en primero y segundo grado de línea recta entre el varón y las consanguíneas de la mujer, y viceversa". Para calificar la publicidad y notoriedad del concubinato habrá que recurrir a la norma contenida en el canon 2.197; teniendo presente que se considera concubinato las relaciones sexuales entre un hombre y una mujer, en los cuales media cierta semejanza de vida matrimonial.

El concubinato es para la iglesia producto de la relación de las costumbres y, como tal, germen de la disgregación familiar que la preocupa hondamente.

- 1) Petit, Eugéne. Tratado Elemental de Derecho Romano,
Traducción de José Fernandez G, Editoria Nacional México,
D.F.I. 1980 Pág. 110.

- 2) Ruiz, Humberto, Citado por Indaburu Lizarralde Carlos Alberto y
Estrada Piedrahita Gloria Cecilia en el Concubinato en Colombia:
sus Derechos y Obligaciones. La edición,
Librería Jurídicas Wilches, 1978 Bogotá, Pág. 38

- 3) En el antiguo D. Español se empleó el término Barraganía y la con-
cubina recibió el nombre de Barragana.

- 4) Horman, Karl. Diccionario de moral cristiana. Editorial Herder,
Barcelona, pag. 482.

CAPITULO I I

2.1. CONCEPTO SOBRE EL CONCUBINATO

Además de la familia legítima, cuya fuente es el matrimonio, existe la familia extramatrimonial que surge de la unión, sin vínculo matrimonial entre un hombre y una mujer que se comportan ante los demás como esposos fenómenos que por cierto es frecuente.

Tanto en las uniones matrimoniales como en las que se forman al margen del matrimonio, suelen cumplirse unos mismos fines: procreación de hijos sustentación de éstos, fidelidad mutua, obligaciones de socorro y ayuda etc.

La unión de un hombre con una mujer sin vínculos matrimonial se llama concubinato, y el hombre y la mujer que lo forman concubinos.

La palabra concubinato, viene del latín concubinatus que deriva de concubina, a su vez concubina deriva del latín concubare, formada de cum y cubare, que significa acostarse; de este desarrollo se afirma que la palabra alude etimológicamente a comunidad de lecho.

Se entiende por concubinato perfecto, " la unión acepta mutuamente de un hombre y una mujer con apariencia matrimonial pero llevada a cabo por fuera de la ley, en la cual se presenta una comunidad de lecho y de vida estable o permanente, siempre que no medien entre los que en tal estado viven impedimentos para unirse legítimamente (1).

Desde luego, se entiende que el concubinato supone una unión estable y no transitoria, aunque su perduración no indica que los concubinos deban vivir necesariamente en ese estado toda su vida; pero si se exige la formación de un hogar, es decir, la comunidad de habitación a fin de dar ciertos caracteres de publicidad y notoriedad al concubinato para distinguirlo de la simple unión libre o unión transitoria.

2.2. ELEMENTOS DEL CONCUBINATO

El concubinato perfecto exige seis elementos esenciales, a saber :

- 1- Relaciones sexuales entre un hombre y una mujer
- 2- Comunidad de vida
- 3- Estabilidad ó permanencia en la comunidad de lecho o vida
- 4- Mutuo consentimiento o acuerdo de voluntades susceptibles de presumirse por la sola cohabitación.
- 5- Ausencia de cualquier impedimento para contraerse matrimonio válido.
No hago mención al matrimonio canónico porque el canon 1.078 consagra el "concubinato público o notorio como impedimento dirimente".
- 6- Unión aunque se realiza sin el lleno de la formalidades exigidas para contraer matrimonio, sugiere una vida en común con apariencia ma-

trimonial..

2.3. CLASES DE CONCUBINATO

Se distinguen tres (3) clases de concubinatos. En primer término, el concubinato adulterino y se configura en el momento en que uno de los cónyuges yace extramatrimonialmente, es decir, el ayuntamiento carnal ilegítimo del hombre con mujer, siendo uno de los dos o ambos casados; esta especie de concubinato presenta menor estabilidad en razón de que el cónyuge puede regresar en cualquier momento a su verdadero hogar.

En segundo lugar, el incestuoso, o sea el que efectúa por personas que no podrían contraer matrimonio por existir impedimento de parentesco o lo que es lo mismo, el que se efectúa entre parientes consanguíneos en línea recta o dentro del segundo grado de consanguinidad, y por último, el concubinato perfecto (no punible) denominado también clásico y que consiste en el estado de vida común que hacen un hombre y una mujer, que pudiendo casarse libremente entre sí, no están unidos por el vínculo matrimonial como acontece con la unión de solteros.

Pues bien, es el concubinato perfecto la situación de hecho que debe atraer la atención de los legisladores por su acercamiento a la institución matrimonial y precisamente nuestro estudio se centra sobre este tipo de concubinato.

2.4. EFECTOS JURIDICOS DEL CONCUBINATO

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

¿Que partido debe tomar el legislador Colombiano en presencia de ese estado de cosas, es decir, con relación a las personas que viven como si estuvieran casados sin someterse no obstante a ninguna de las reglas del matrimonio? Es evidente que no puede ser el de la indiferencia porque los efectos que siguen al concubinato y las consecuencias que de él se deriven ofrecen una amplia influencia en la vida de la sociedad.

Los principales efectos jurídicos que se puedan encontrar como consecuencia de la unión concubinaría son:

- En cuanto a los hijos
- En cuanto al régimen de los bienes en el concubinato
- Los concubinos frente a la ley laboral
- Relaciones de los concubinos entre sí
- El concubinato frente a terceros

Estudiaremos la ley Colombiana frente a cada efecto mencionado.

2.5. EN CUANTO A LOS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES

Los hijos habidos en concubinato merece toda la atención del amparo legislativo; todo ser tiene derecho a estar plenamente cierto respecto de

sus padres y no de ser discriminado por razón de su procedencia ni en el campo personal ni en el ámbito patrimonial.

Tenemos entonces, que para conocer la respuesta de la ley a los hijos concebidos y nacidos por fuera del matrimonio, debemos estudiar la filiación, es decir, "el estado jurídico que la ley asigna a una determinada persona deducido de la relación natural de procreación que la liga con otra " (2).

2.5.1. Legislación Anterior a 1,936 .-

Los artículos 328 y 329 del código Civil de 1.873, hacían referencia a los hijos de la concubina para establecer una presunción legal de paternidad, esceptos si se comprobaba que el concubino estuvo en imposibilidad para tener acceso a la mujer y el último (329) definía a la concubina como "la mujer que vive públicamente con él como si fueran casados siempre que uno y otro sean solteros o viudos ".

La ley 153 de 1.887 en su artículo 65, derogó el título 16 y sustituyó los artículos mencionados sin incluir en las nuevas disposiciones algo semejante a lo ya dicho.

El Código Civil de 1.873 traía estas definiciones referentes a los hijos:

Art. 51. "Se llaman hijos legítimos los concebidos durante el matrimonio verdadero o putativo de sus padres, que produzcan efectos civiles y los

legitimados por el matrimonio de los mismos, posterior a la concepción. Este artículo fué posteriormente derogado por el art. 45 de la ley 57 de 1.887 y sustituido por el art. 7 (Septimo) de la misma ley que era el siguiente tenor:

" Se llaman naturales los hijos habidos fuera de matrimonio, de personas que podrían casarse entre sí al tiempo de la concepción, cuyos hijos han obtenido el reconocimiento de su padre, madre, o de ambos, otorgado por escritura pública o por acto testamentario, o de conformidad con el artículo 368 del mismo Código.

" No obstante lo dispuesto en el aparte que procede, se reputarán hijos naturales, respecto de la madre, y para todos los efectos civiles, los ha bidos por una mujer que podía casarse libremente al tiempo de la concepción ".

En el mismo Código de 1.873 continuaba definiendo en su art. 52, los diferentes clases de hijos:

" Se llaman dañado y punible ayuntamiento los adulterinos y los incestuosos.

El adulterino es el concebido en adulterio, esto es, entre dos personas de los cuales una a lo menos estaba casada al tiempo de la concepción con otra; salvo que dichas personas hayan contraído matrimonio putativo que respecto de ellos produzcan efectos civiles ".

" Es incestuoso para dichos efectos, el hijo habido entre dos personas que no pueden casarse por las relaciones de parentesco natural o civil y

por los cuales sería nulo el matrimonio ".

En síntesis, el Código Civil de 1.887 traía las siguientes clases de hijos :

Legítimos e Ilegítimos, estos últimos podían ser : naturales, de dañado y punible ayuntamiento o espurios ó simplemente ilegítimos.

Se tiene pués, que la legislación anterior a 1.936 solamente hizo referencia al concubinato para establecer una presunción de paternidad en los artículos 328 y 329 del Código Civil de 1.873, lo cual fué derogado por la ley 153 de 1.887.

De todo lo anterior se colige que la situación del hijo extramatrimonial era la siguiente :

Los hijos naturales solamente podían ser reconocidos para reclamar los derechos que les conferían las leyes; los espurios (adulterinos e incestuosos) no podían ser reconocidos como naturales, es decir, no tenían derecho ni siquiera a alimentos.

Como se puede observar, los derechos del hijo nacido de relaciones extramatrimoniales eran bastantes precarios, completamente anticristianos, de una crueldad inexplicable en gentes civilizadas.

2.5.2. Legislación de 1.936.-

Con la expedición de la ley 45 de 1936, se dá el primer paso de carácter

nacional en materia de humanización de la prole ilegítima.

" El fin de la ley es el de proteger a la infancia desamparada, a los hijos nacidos de uniones ilegítimas que reúnen las circunstancias previstas en frente de los padres que olvidan los deberes que el derecho y la moral les impone hacia seres inocentes de la culpa de quienes le han dado la existencia " (3).

En virtud de la ley 45 de 1936 se abolieron las distinciones consagradas entre hijo de dañado ayuntamiento, naturales o simplemente ilegítimos, considerándose genéricamente con la calidad de naturales a los habidos por fuera del matrimonio, cuando hayan sido reconocidos o declarados tales con arreglo a lo previsto en la misma ley ":

El hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción se estaban casados entre sí, es hijo natural cuando ha sido reconocido o declarado tal con arreglo a lo previsto en la presente ley. También se tendrá esta calidad respecto de la madre soltera o viuda por el sólo hecho del nacimiento " (art. 1o).

La ley 45 de 1936 trae importantes modificaciones al régimen existente hasta ese entonces. En materia de alimentos se deben a los hijos naturales los congruos; en cuanto al derecho herencial, los hijos naturales "concurren con los legítimos, llevando cada cual la mitad de uno de éstos en cuanto se refiere a la sucesión intestada y a la mitad legitimaria; son asignatarios de la cuarta de mejoras; el régimen de la patria potestad varía al asignarle su ejercicio en cuanto a los hijos naturales se refiere a la madre y por excepción al padre. Finalmente consagra especí-

ficos eventos para intentar la declaración de la paternidad natural.

La ley 45 de 1936 estableció en el art. 4 numeral 4o "

" Hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural 4o) en el caso que entre el presunto padre y la madre haya existido, de manera notoria, relaciones sexuales estables aunque no hayan tenido comunidad de habitación y siempre que el hijo hubiere nacido después de ciento ochenta días contados desde cuando empezaron dichas relaciones o dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron ". Es claro que la ley 45 de 1936 consagró la posibilidad en el País de intentar la declaración de paternidad natural por la vía del concubinato perfecto.

2.5.3. Legislación posterior a 1.936,

Con posterioridad a la ley 45 de 1936 se dicta la ley 83 de 1946 conocida como la ley orgánica de la defensa del niño; aunque no se refiere directamente al tema de la filiación ilegítima por no ser su objeto, constituye una buena muestra de preocupación de los legisladores de entonces por la tutela y defensa del menor en los campos penal, laboral, civil y en los aspectos morales como materiales.

Es en el año de 1968 cuando se expide la ley 75, conocida como ley "Cecilia" por el cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto de Bienestar Familiar. El capítulo primero de esta ley trata sobre la filiación, la investigación de la paternidad y los efectos del estado civil, el capítulo de las sanciones penales y de la competencia; el tercero del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y de la campaña Nacional -

de nutrición ".

El artículo 6o de la ley 76 de 1968 dice": el artículo 4o de la ley 45 de 1936 quedará así: Se presume la paternidad natural y hay lugar a declarar judicialmente en el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales en la época en que según el artículo 92 del Código Civil pudo tener la concepción.

En el caso de este ordinal no se hará la declaración si el demandado demuestra la imposibilidad física en que estuvo para engendrar durante el tiempo en que pudo tener lugar la concepción, o si prueba en los términos indicados en el inciso anterior, que en la misma época la madre tuvo relaciones de la misma índole con otro u otros hombres, a menos de acreditarse que aquél por actos positivos acogió al hijo como suyo". Se conceden efectos jurídicos a las relaciones sexuales llevadas a cabo durante la época en que se presume realizaba la concepción sin requerir que aquellas revistan necesariamente condiciones notorias y estabilidad.

La ley 75 de 1968, art. 40 y ss. erige en delitos las conductas de inasistencia moral o alimentaria de los deberes familiares correspondientes, así como la administración fraudulenta de los bienes familiares; éstas normas fueron derogadas por el Decreto 100 de 1980 (nuevo Código Penal) que creó en el art. 263, el delito la Inasistencia alimentaria y en el 264, el de malversación y dilapidación de bienes.

Se puede afirmar que la ley 75 de 1968 es el estatuto base que regula la

filiación ilegítima complementada con la ley 29 de 1982, por el cual se otorga igualdad de derechos herenciales a los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos.

2.6. REGIMEN VIGENTE SOBRE EL HIJO EXTRAMATRIMONIAL

Se denomina filiación, el vínculo que une al hijo con su padre o madre. Desde el punto de vista del padre o de la madre, se llama paternidad o maternidad respectivamente.

La filiación puede ser legítima, extramatrimonial y adoptiva. La filiación extramatrimonial se presenta cuando entre el padre y la madre no existe matrimonio.

" En cuanto a los derechos que deben otorgarse a los hijos extramatrimoniales (naturales) en relación con sus padres, han existido en Colombia tres etapas; la del Código Civil y leyes de 1887; la inaugurada por la ley 45 de 1936 (con las modificaciones introducidas por la ley 75 de 1968) y finalmente la ley 29 de 1982 " (4).

Los hijos naturales (Extramatrimoniales) son aquellos nacidos de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, cuando ha sido reconocido o declarado tal de conformidad con la ley. Igualmente se tiene la calidad de natural respecto de la madre soltera o viuda por el solo hecho del alumbramiento (Ley 45 de 1936, art, 1o).

Los legítimos son a aquellos cuya filiación no ha quedado demostrada de la

manera dicha (C.C., art. 39). Es decir, los hijos simplemente ilegítimos son aquellos de padre y madre desconocidos. Como con respecto de la madre se es hijo natural por el sólo hecho del alumbramiento y dicho hecho se prueba mediante el acta Civil de nacimiento, no se tendrá la calidad de natural cuando se carezca de acta de nacimiento, o cuando existiendo el acta no se diga en ella acerca de la identidad de la madre.

De otro lado, si el hijo es reconocido como natural por el padre y con respecto de la madre ya tiene esa calidad según el acta civil de nacimiento, o también es reconocido por el hecho del matrimonio posterior de sus padres, adquiere la calidad de hijo legítimo al operar la legitimación Ipso Jure (art. 238 del C.C.) sin ninguna excepción (art. 31, ley 1a de 1976). Además, según la ley 5a de 1.975 puede hablarse de la posibilidad para el hijo extra matrimonial de considerarse como legítimo, mediante la figura de la Adopción plena o la legitimación por Adopción.

2.6.1. Reconocimiento de Hijo Extramatrimonial

Para que una persona nacida fuera de matrimonio tenga la calidad de hijo natural (extramatrimonial), con respecto al padre, necesita el reconocimiento de éste, ya sea voluntario o judicial y con respecto de la madre, la confrontación tiene que hacerse por el hecho del parto o nacimiento.

En nuestra legislación, este reconocimiento puede ser voluntario o forso.

Para facilitar el reconocimiento voluntario, la ley establece diferentes

formas de hacerlo :

- 1- En el acta de registro Civil de nacimiento, firmándola quien reconoce..
- 2- Pos escritura Pública, aún cuando no sea hecha específica con el objeto de reconocer.
- 3- Por manifestación expresa ante autoridad competente.
- 4- Por medio de testamento.

Mediante el acta de registro civil de nacimiento se establece la maternidad, siempre que en ella se exprese claramente el hecho del parto, el nombre de la madre y la identidad del niño. De manera que el hijo previsto de esta acta, no necesita el reconocimiento de la madre, ni declaración alguna del juez. En cambio, en relación con el padre, sí lo necesita para demostrar mediante el registro civil, que determinado hombre es el padre. - En el acta se debe incluir en forma legal su firma.

El reconocimiento ya sea voluntario, forzoso o judicial, es un acto de declaración; mediante él no se constituye la paternidad sino que se declara. En consecuencia, para que tenga validéz es necesario que esté exento de vicios y que al firmarse se llenen los requisitos exigidos por la ley.

Por ser un acto declarativo de voluntad, la declaración debe hacerse en forma unilateral y personal, careciendo por tanto de validéz jurídica la declaración de la madre o de cualquier persona interesada que haga constar en el acta de nacimiento alguna afirmación acerca de quién es el padre; - debe emanar de una persona capáz, capacidad que tratándose del padre la -

ley la diga desde el momento en que el hombre estpa en posibilidad de engendrar y siendo menor de edad, debe haber derecho judicial que lo apruebe .

2.6.2 Reglas Relativas al Reconocimiento .-

No se trata de crear mediante reconocimiento; un estado sino de comprobar el ya existente desde la concepción; de ahí que el reconocimiento - tenga las siguientes características :

- 1- El reconocimiento tiene efecto retroactivo. El hijo adquiere la calidad de hijo natural respecto de su padre desde el día de la concepción y no desde aquél en que se hace el reconocimiento.
- 2- El padre puede reconocer al hijo antes de haber nacido (ley 75 de 1968, art. 2o) hecho que naturalmente está condicionado que el reconocido nazca con vida.
- 3- El reconocimiento es irrevocable. Por tratarse de un hecho de tanta trascendencia como es la definición del estado civil de una persona - no puede dejarse al vaivén de la voluntad. Una vez hecho el reconocimiento no puede voluntariamente modificarse esta determinación, ni dejarse sin valor por el cambio de alguna circunstancia. Tal sería el caso del reconocimiento de un padre a su hijo natural por testamento o en escritura pública, aunque se llegaran a anular o revocar estos documentos, el reconocimiento quedaría en firme.
- 4- En caso de que haya error , fuerza o dolor al hacerse la declaración de reconocimiento, este es nulo. Ya no se trata en manera alguna de un arrepentimiento ni cambio de opinión pues como lo vimos anterior-

mente, el reconocimiento es irrevocable sino de la enmienda de un error que por sus consecuencias jurídicas debe subsanarse (Ley 75 de 1968, - art. 1o).

- 5- El reconocimiento de los hijos naturales es solemne. Con respecto al padre que reconoce solo se produce si éste es notificado y además el hijo ha aceptado o si es menor, cuando medie decreto judicial que lo apruebe.
- 6- El reconocimiento no crea derecho en favor del que lo hace, sino después que ha sido notificado y aceptado (C.C. Título II del libro 1o),
- 7- La ley no fija término para reconocer. El padre o la madre pueden hacerlo aún después de muerto el hijo.
- 8- El reconocimiento forzoso se verifica mediante el proceso judicial de la investigación de la paternidad.
- 9- En el reconocimiento, la competencia del juez cambia cuando el hijo llega a la mayoría de edad.
- 10- Cuando el reconocimiento lesiona intereses personales, la ley prevé que el acto que lo declaró puede ser impugnado mediante el juicio correspondiente, aportando las pruebas dentro de los términos legales.

II) El marido puede reclamar contra la legitimidad del hijo concebido por su legítima esposa, posterioridad el matrimonio; y una vez dictada la sentencia negándose la paternidad legítima, se puede iniciar el juicio de reconocimiento de hijo natural, por parte del presunto padre.

2.6.3. Régimen Sucesorio -

El art. 1.040 del C.C. llamaba a heredar en la sucesión intestada del causante a los descendientes legítimos (hijos, nietos, etc.), a los hijos extramatrimoniales (no heredaban los nietos, biznietos extramatrimoniales), a los ascendientes legítimos (padres, abuelos, etc), a los padres extramatrimoniales (no heredaban los abuelos extramatrimoniales), los colaterales legítimos (hermanos, sobrinos, tíos, primos, hermanos, etc), con lo que se excluía de una herencia a los sobrinos y a los primos hermanos extramatrimoniales.

Esta es la razón por la cual el art. 1.043 establecía la representación hereditaria solo para la descendencia legítima del difunto y la descendencia legítima de sus hermanos legítimos o extramatrimoniales. El derecho de representar (o sea el derecho de recoger la herencia que no podían recoger un hijo o unos hermanos por haber fallecido u otra causa) no se daba para la descendencia extramatrimonial, lo que indicaba que en ningún caso la herencia podía corresponder a un nieto o sobrino extramatrimonial.

En desarrollo de la idea cardinal de los textos citados el art. 1.240 otorgaba las legítimas (asignaciones forzosas) sólo a los hijos legítimos personalmente o representados por su descendencia legítima, a los ascendientes legítimos, a los hijos extramatrimoniales personalmente o representados por su descendencia legítima y a los padres extramatrimoniales. Conforme a dicho texto legal una legítima no podía ser reclamada por los hijos extramatrimoniales de los hijos legítimos o extramatrimoniales (nietos extramatrimoniales), ni por los abuelos extramatrimoniales.

Con la expedición de la ley 29 de 1982, no sólo se pone fin a algo más de 45 años de discriminación relativa sucesoral que existía en Colombia (desde la ley 45 de 1.936) sino que también extingue todas las demás - discriminaciones sucesorales que de tiempos inmemoriales han existido en nuestro territorio y en el mundo entero, "Se trata entonces de una de - las leyes más trascendentales del presente siglo, que comenzará a disputarse su importancia con aquellas que han marcado etapas en nuestro sistema jurídico, como por ejemplo la ley 28 de 1,932 y que fuera complementada posteriormente " (5).

La ley 29 de 1.982 estableció la plena igualdad herencial entre hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos, modificando los ordenes hereditarios. Con la precitada ley 29, el hijo extramatrimonial entra a formar parte de la familia de su padre y su madre exactamente en las mismas condiciones que el hijo legítimo.

En primer término, la primitiva redacción del art. 1:040 del C.C. es cambiada por esta: " Son llamados a la sucesión intestada: los descendientes; los hijos adoptivos; los ascendientes; los padres adoptantes; los - hermanos; los hijos de éstos; el cónyuge supérstite; el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ".

Debe repararse que la palabra descendiente comprende tanto a los legítimos como a los extramatrimoniales; lo propio debe decirse de las palabras ascendientes hermanos, hijos de los hermanos (sobrinos).

En segundo término en la nueva redacción del art. 1,045 establece que " los hijos legítimos, adoptivos y extramatrimoniales, excluyen a todos los otros herederos y recibirán entre ellos iguales cuotas, sin perjuicio de la porción conyugal ".

En tercer término, en la nueva redacción dada el art. 1.043, " hay siempre lugar a la representación en la descendencia del difunto y en la des descendencia de sus hermanos "; se dá entrada a los hijos extramatrimoniales.

En cuarto lugar, se llama a heredar a los ascendientes (1.046), o sea - tanto a los legítimos como los extramatrimoniales. Dentro del antiguo sistema heredaban solo los padres extramatrimoniales, no los abuelos extramatrimoniales.

En quinto lugar, se llama a heredar a los hermanos, tanto legítimos como los extramatrimoniales (1.047). A falta de hermanos se llama a heredar a sus hijos, o sea los sobrinos del difunto, tanto los legítimos como los extramatrimoniales (1.051). Lo que enseña, que hoy heredan los sobrinos extramatrimoniales, que se encontraban excluidos de toda herencia dentro del sistema derogado.

Finalmente el antiguo art. 1.240 del C.C. reciba esta nueva redacción: -
" Son legitimarios:

1- Los hijos legítimos, adoptivos y extramatrimoniales personalmente o - representados por su descendencia legítima o extramatrimonial.

- 2- Los ascendientes
- 3- Los padres adoptantes
- 4- Los padres de sangre del hijo adoptivo en forma simple "

2.6.4. - Alimentos -

" Se entiende por alimentos la asistencia que la ley impone a determinadas personas y en favor de otras, también determinadas, en razón del parentesco que las une o de la gratitud, y que carecen de lo necesario para el sustento y establecimiento adecuado " (6). Conviene advertir que el término alimentos tiene una acepción más amplia que en la terminología usual, pues no sólo comprende el sustento diario sino también los vestidos, la habitación y respectos a menores de edad, la enseñanza de una profesión u oficio.

El art. 411 del C.C. establecía la obligación de proveer alimentos a favor de los descendientes legítimos (numeral 2o) y de los extramatrimoniales (num. 5o) excluyéndose a los nietos, biznietos, etc, extramatrimoniales. Existía la obligación de suministrar alimentos a los ascendientes legítimos (num 3o) y a los padres extramatrimoniales (num. 6o), con lo que se excluía toda relación de parentesco con los demás ascendientes extramatrimoniales (abuelos, bisabuelos).

En relación con los colaterales existía la obligación para los hermanos legítimos (núm. 9o), no para los hermanos extramatrimoniales.

Con sumo cuidado se abstenía el art. 411 de emplear la expresión de des-

endientes extramatrimoniales o la de ascendientes o colaterales matrimoniales. Sin duda, el primer paso dado a este respecto está representado por la ley 75 de 1968, que introdujo por primera vez la expresión nietos naturales para indicar que podían pedir alimentos a sus abuelos (art. 411, núm 5o nueva redacción de la ley 75 de 1.968). También empleó el término ascendiente naturales (extramatrimoniales), para estatuir que tenían el derecho de ser alimentados por sus descendientes extramatrimoniales (CC., art. 411, núm. 6o, nueva redacción de la ley 75 de 1968).

2.6.5. - Potestad Parental, -

La institución de la potestad parental (antigua patria-potestad) estuvo regulada inicialmente para los hijos ilegítimos en el título XIV de I libro I del Código Civil; pero posteriormente se extendió a los hijos extramatrimoniales.

Art. 15 de la ley 45 de 1936, en su redacción original y en la que diera el art. 21 de la ley 75 de 1968) y adoptivos (art. 279 del C.C. en la redacción de la ley 140 de 1960 y posteriormente en el art. 276 según el contenido que le diera la ley 5a de 1975).

No obstante ser la potestad parental una verdadera potestad, esto es, un poder de relación de subordinación entre padres e hijos ella en su contenido no es más que un " conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone ..." (art. 19, ley 75 de -

1968).

Por lo tanto en este último aspecto con la ley 29 de 1982, la patria potestad continúa siendo igual para todos los padres e hijos. Sin embargo aún con la reforma subsisten dos distinciones por razones muy especiales, para la filiación extramatrimonial y que no se extienden a las demás filiaciones. La una consiste en la no adquisición de la patria potestad por el padre o madre extramatrimonial que ha sido declarado como tal en proceso contradictoria de filiación y la otra en que el juez, con conocimiento de causa y petición de parte, goza de la facultad de disponer. si la considera más conveniente para los intereses del hijo que la patria potestad sele otorgue exclusivamente a unos de los padres, o bien de nombrar a dicho hijo un guardador con la consiguiente suspensión o extinción de la patria potestad. de aquellos (ultimo inciso del numeral 1o del decreto 2829 de 1974).

2.6.6. Cuidado Personal de los Hijos :

Con la ley 29 de 1982 queda consagrada la igualdad jurídica en las normas que regulan el cuidado personal de los hijos.

El capítulo 12 (arts. 250 y ss.) del mencionado libro primero del Código Civil trata de los derechos y obligaciones entre los padres e hijos legítimos, aplicable en su integridad a los hijos extramatrimoniales .

En consecuencia, los padres tienen el cuidado personal de sus hijos extra-

matrimoniales y están en el deber de criarlos, educarlos y establecerlos en las mismas condiciones que dicha obligación impone la relación con los hijos legítimos.

- (1) Indaburu Lizarralde, Carlos alberto y Estrada Piedrhita, Gloria Cecilia, Op. cit., pág. 57.
- 2- Suárez Franco Roberto. Derecho de familia. Tomo I Tercera Edición. Editorial Temis. Bogo. 1981 pág. 216.
- 2- Copete, Hernán, La acción de la investigación de la paternidad natural en Colombia. Editorial A B C, Bogotá 1941. Pág. 80'
- 4- Valencia, Arturo, Derecho Civil, Editorial Temis, 5a Edición, t.v. Bogotá, pag. 275.
- 5- Lafont Pianeta, Pedro. Igualdad Sucesoral. Derechos hereditarios de la filiación extramatrimonial, Ediciones librería el Profesional 1982 pág. 46.
- 6- Angarita Gómez, Jorge. Lecciones de Derecho Civil, Ediciones tercer mundo. 1976, Bogotá. Pág. 197

CAPITULO III

3.1. REGIMEN DE LOS BIENES EN EL CONCUBINATO

No existe sociedad conyugal, pues, ésta ha sido reservada exclusivamente para el matrimonio.

Con respecto a la situación económica que surge entre los concubiantos, - se puede dar según reiterada jurisprudencia de la Corte 3 situaciones :

- 1- Contrato de Trabajo
- 2- Sociedad de Hecho
- 3- Enriquecimiento sin causa

• 3.1.1. Contrato de Trabajo,-

En este caso será imperioso concretar si ha existido un contrato de trabajo que ha roto simultáneamente con el concubinato, o no ha existido; - si se llega a la conclusión positiva, la concubina solo podrá exigir el pago de los salarios debidos, así como de las demás prestaciones a que - tuviere derecho.

Si resulta que solo se da el concubinato sino que existe algo más, entonces, además de las prestaciones, tendrá los derechos que la ley reconoce para el caso de sociedad de hecho.

Sobre este tema ha sostenido la corte:

"El contrato de trabajo difiere de las relaciones sexuales extralegales por todos los aspectos, entre los cuales deben destacarse los de que en estas ni se prestan servicios de carácter laboral, no existe subordinación jurídica, ni hay remuneración de índole asalariado. Cualquier elemento de los invocados, 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 términos absoluto que el concubinato entre la trabajadora y uno de los socios de la sociedad de hecho o cualquier otra clase que se oponga necesariamente a la existencia de un contrato de trabajo; entre aquella y la sociedad de hecho, y nada autorizaría para que esta 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 planearse con toda la nitidez para no desamparar al trabajador en lo que corresponda, y para no proteger el concubinato como si fuera contrato de trabajo. Confundiéndolos " (1).

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

Por último, debe observarse que la tesis del tribunal no es la que entre los concubinos, no pueda darse el contrato de trabajo, como los sugiere el recurrente, sino la de que en el supuesto de haberse probado el servicio personal, no fué independiente de la relación sexuales extramatrimoniales 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, con 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 no se prestó en consideración a la vinculación concubinaria, extremo que no ha tenido comprobación en este proceso ". (2)

3.1.2 - Caso Social de Hecho -

Sostiene la corte. Hay casos en los cuales, dada la relación comercial que surge entre los concubinos, paralela al concubinato se da una verdadera sociedad de hecho entre ellos, lo que ocasiona que cuando se rompa esa sociedad, el cónyuge perjudicado al que le asista el derecho puede intentar contra el otro la reclamación tendiente a que se le reconozca la cuota de bienes que le correspondan en la sociedad. Tiene en este sentido la " actio prosocio ".

Para ilustrar esta tesis, y puesto que obra exclusiva de la jurisprudencia, transcribimos el pensamiento de la corte sobre este tema:

" Fué así como la doctrina, en punto de relaciones económicas o patrimoniales de los concubinos, comenzó a mostrarse accesible al reconocimiento de -

ciertos derechos que se vinculan y nacen del concubinato: se abrió la puerta inicialmente a la " actio in rem verso ", en beneficio del concubino que ha colaborado con el otro en sus empresas; y luego, para la repartición de los bienes adquiridos en común la repartición de los beneficios, se consagró la " actio pro socio".

La legislación colombiana no regula positivamente la relaciones económicas-jurídicas nacidas del concubinato.

Inicialmente tampoco lo hizo la jurisprudencia de la corte, quizá por considerar que no podía reconocerse a éste efectos semejantes a los reconocidos legalmente al matrimonio.

" Pero a partir del año 1935 (sentencia del 30 de Noviembre) fundada en los postulados de la equidad, consideró la corte que bien posible es reconocer la existencia de una sociedad de hecho en los concubinos.

Para ello comenzó a recordar que las llamadas sociedades del hecho son de dos clases: las que se forman en virtud de un consentimiento expreso y que por omisión de las solemnidades legales 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 y resultan de una serie de operaciones que efectúan en común y de las cuales se induce el consentimiento implícito. Dada la naturaleza de esta segunda clase de sociedades de hecho, la jurisprudencia consagró, pues, la posibilidad de encontrarla constituida entre sí por la unión libre.

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

Y así es preciso que los constituyentes sean legalmente capaces, que presten su consentimiento, que los mueva una causa lícita y que la voluntad recaiga sobre un objeto lícito; y es menester, además, que los asociados hagan aportes, que persigan beneficios, que ostenten affectio societatis e intención de repartirse las ganancias o las pérdidas que resulten de la especulación.

" No son suficientes, sin embargo, los anteriores presupuestos para reconocer una sociedad de hecho entre concubinos. A ellos jurisprudencialmente se han agregado los dos siguientes: 1- que se trata de la actividad de esas dos personas en una actividad común, cuyo fin no sea fomentar el concubino; 2- que esa común explotación de una empresa por los amantes aparezcan nítidamente como tal, y no se presente como un aspecto de la común vivienda extendida al manejo de bienes suyos " (3).

Por último la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que cuando no es posible recurrir a otra vía judicial para reclamar los derechos que tenga un concubino con otro y en razón de bienes logrados por esa vida marital. Cabe en últimas la "actio in rem verso".

3.1.3. Enriquecimiento Sin Causas , -

Para que se configure el enriquecimiento sin causa, la Corte en reiterada jurisprudencia ha sostenido:

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

- 1- Que exista un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya tenido una ventaja patrimonial, la cual puede ser positiva o negativa. Esto es, no sólo en el sentido de adición de algo, sino también el de evitar un menoscabo de un patrimonio.
- 2- 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 la inversa, la desventaja de éste derivar 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 el intermedio de otro patrimonio.

Lo común es que el cambio de la situación patrimonial se opere mediante una prestación dada por el empobrecido al enriquecido, pero el enrique-

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.

- 3- Para que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea justo, se requiere que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica. El enriquecimiento torticero, causa y título son - 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 una - cuasi-delito, como tampoco por una disposición expresa de la ley.
- 4- 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 - cualquiera 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 vero el demandante que por un hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho. Debe sufrir las consecuencias de su imprudencia o negligencia.

5- La acción de in rem verso no procede cuando ella se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley,

El objeto del enriquecimiento sin causa es el de reparar un daño pero no el de indemnización. Sobre la base del empobrecimiento sufrido por el demandante, no se puede condenar sino hasta la porción en que efectivamente se enriqueció el demandante " .(4)

3.2. LOS CONCUBINOS FRENTE LA LEY LABORAL

Nuestro legislador reconoce ciertos derechos a los concubinos en casos especiales, particularmente relacionados con situaciones derivadas del orden laboral. Así, el art.55 de la ley 90 de 1946 le reconoce pensión por muerte a la mujer con quien el asegurado haya vida marital durante tres años inmediatamente anteriores a su muerte, o con la que haya tenido hijos; pero se le reconoce a condición de que haya tenido hijos; pero se le reconoce a condición de que hayan permanecido solteros durante el concubinato; si son varias las mujeres que concurren en estas circunstancias, solo tendrán un derecho proporcional las que tuvieron hijos del difunto.

El art. 42 del decreto 1848 de 1948 estatuye que la entidad de previsión social a la cual esté afiliado el empleado oficial. " suministrará también asistencia médica por la maternidad a la esposa o compañera permanente del afiliado lo mismo que asistencia pediátrica a los hijos de éstos, hasta los seis (6) meses de edad mediante el pago de tarifas económicas especiales. Observese como aquí ya no se exige el concubinato perfecto;

puede tratarse de un marido separado de una legítima esposa y que había establecido una relación concubinaria.

El decreto 26 23 de 1950. Por lo cual se aprueba el reglamento general del Seguro obligatorio de riesgos profesionales, accidentes de trabajos y enfermedades profesionales, prescribe en su art. 20, " que a falta de viuda tiene los mismos derechos la mujer que haya sido inscrita como - compañera en el Instituto Colombiano de Seguro Sociales, siempre que haga vida marital con el asegurado durante lostres años anteriores a su - muerte; o la mujer con que el causante hubiera tenido hijos reconocidos.

En lo que respecta al seguro de maternidad, el decreto 2.690 de 1960 re-
glamenta dicho seguro y el de enfermedad nó profesional. El asegurado,
a falta de mujer legítima, tiene derecho a que se le preste a la mujer -
con quien esté haciendo vida marital bajo el mismo techo, la asistencia
médica obstétrica, siempre que hayan permanecido solteros durante la vi-
da marital extramatrimonial, y que obviamente, la compañera se encuentr
inscrita en los registros del seguro con la antelación requerida en el
mismo.

Art. 1o de la ley 12 de 1973, dice: " El conyuge supérstite o la compa-
ñera permanente de un trabajador particular o de un empleado público, y
sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubila-
ción del otro conyuge so este fallece antes de cumplir la edad cronoló-
gica para esta prestación, pero que hubiere compeltado el tiempo de ser-
vicio consagrado para ella en l a ley, o en convención colectivas ".

3.3. RELACIONES JURIDICAS ENTRE LOS CONCUBINOS

El Código Civil guardó total silencio acerca de la existencia de relaciones jurídicas entre concubinos o de éstos frente a terceros. Se tomaron en cuenta las relaciones jurídicas entre los concubinos y los hijos procreados dentro de ese estado.

El derecho actual se caracteriza por haber creado diversos grupos de relaciones jurídicas que pueden hacer valer los concubinos entre sí o frente a terceros.

3.3.1. Relaciones de los Concubinos entre sí:

En general las relaciones entre concubinos, para que merezcan la protección de la ley, debe ser en lo posible semejantes a las que existen entre los cónyuges.

Los concubinos deben ayudarse mutuamente en todas las circunstancias durante el estado de concubinatos; se deben fidelidad, especialmente en el concubinato perfecto.

Existe una diferencia acentuada entre matrimonio y concubinato. El primero no puede ser roto por el mutuo consentimiento, ni por declaración unilateral del marido o de la mujer. En cambio, los concubinos pueden destruir su estado por mutuo acuerdo o por la conducta unilateral de uno de ellos .

Aquí surge problema, consistentes en saber si el concubino que abandona

sin causa justificada se encuentra obligado a indemnizar los perjuicios causados. Es más puede existir la obligación del concubino de dar alimentos a la concubina en los casos en que un cónyuge dene alimentos.

El art. 411 del C.C. estatuye que los cónyuges se deben mutuamente alimentos; no se menciona esta obligación entre concubinos. El proyecto de Código de Derecho Privado establece en el art. 1589 " que por razones - de equidad, deben su ministrarse alimentos los concubinos uno de ellos sea abandonado por el otro sin causa justificada ". (5)

El art. 9o del Decreto 2820 de 1974 contiene las obligaciones que por el hecho del matrimonio surgen entre los cónyuges.

_ El artículo del decreto 2820 de 1975 contiene las obligaciones que por el hecho del matrimonio surgen entre los cónyuges.

" El art. 176 del Código Civil quedará así: los conyuges están obligados a guardarse fé o socorro fé, a socorrerse mutuamente, en todas circuns_ tancias de la vida. . Estas obligaciones deben extenderse a los concu- binos.

3.3.2. - Reparación del Concubino a la Concubina por los daños que le - haya causado..

El concubino que abandona injustificamente a la concubina se encuentra obligado a indemnizar los perjuicios causados, los que bien pueden traducirse en ún capital o en una pensión periódico de alimentos.

3.3.3. Donaciones Entre Concubinos -

Las donaciones entre los concubinos son válidas, siempre que no sean un medio para defraudar legítimos intereses de terceros. El concubino, al tratar de extinguir la relación concubinaria, puede hacerle una donación a la concubina con el objeto de repararle los perjuicios causados o los que pueda sufrir por su abandono, y también para que pueda criar y educar a los hijos.

3.3.4. El concubinato Frente a Terceros

¿ Puede un concubino pedir indemnificaciones por los daños causados al otro?

Este caso se presenta cuando el concubino muere en un accidente en razón de la conducta ilícita de alguien y la muerte causa graves perjuicios materiales y morales a la concubina.

Hasta el momento, nuestra Corte Suprema de Justicia ha declarado que solo los hijos, la viuda o los padres tienen vocación para reclamar perjuicios por la muerte ocasionada a una persona, en razón de existir una relación jurídica de asistencia familiar claramente determinada por el art. 411 del Código Civil.

En sentencia del 19 de Abril de 1980, el consejo de Estado (6) hizo un análisis del concubinato en Colombia y en derecho comparado y concedió indemnización a la concubina por la muerte del concubino.

Los antecedentes del asunto son los siguientes :

- 1) El 31 de Agosto de 1975 murió trágicamente el señor Hermes Ojeda Ramírez en un transto de accidente de tránsito orurrido en inmediaciones del Aeropuerto de Arauca.
- 2- El señor Hermes Ojeda Ramírez era t-abajador de la Intendencia Nacional de Arauca y viajaban en la volqueta " Ford" con placàs venezolana J-986-02 de propiedad de la Intendencia, manejaba por uno de sus empleados y por orden superiores llevaba materiales de construcción para el inmueble de un funcionario de la entidad, a pesar que era día festivo.
- 3- El señor Ojeda iba de pié en el platón de la volqueta, asido a un pedaro de lazo amarrado a un tornillo, cuando de repente se rompieron los frenos del vehfculo y cayó a tierra, cusándoles graves y multiples lesiones que le ocasionaron la muerte.
- 4- Desde quince años atrás. Ojeda Ramírez hacia vida marital con Ana de Dios Osorio y de esa unión nacieron Hermes, Rosa Julia y María Rios - Ojeda.
- 5- Con su salario de tres mil pèsos (\$ 3,000,00) mensuales el occiso atendía a su propia subsistencia y la de todas a las personas nombradas y además, de la menor Irene Niño Rios, hija únicamente de su compañera.
- 6- La demanda la promovió Ana de Dios Rfo Osorio en su propio nombre, como concubina y representante de sus menores hijos.

El consejo de Estado concedió a la demandante la acción de indemnización para ella y para sus menores hijos con base en estos argumentos :

- 1- Que la doctrina y la jurisprudencia extranjera confiere a la concubina permanente el derecho a la indemnización por la muerte accidental o

dolosa de su compañero.

- 2- Que en virtud de las leyes de protección a la infancia, todo niño - tiene derecho a un hogar y por consiguiente a una madre.
- 3- Que si se tiene derecho a alimentos congruos, forzósamente en ellos está incluido el gasto de sostenimiento de la madre.
- 4- Que las leyes laborales relativas al grupo social, 90 de 1946 y 12 de 1975, conceden a la concubina el derecho de sustitución pensional por invalidez o muerte de su compañero permanente, sin perjuicio de la cónyuge.
- 5- Que la concubina tiene una situación jurídica portegida clara, según el art. 67 del Código Contencioso Administrativo, aunque discutible en materia Civil al tenor del art. 1341 del Código Civil.

Esta doctrina, sigue la Jurisprudencia Francesa reciente del 3 de Marzo de 1978, que reconoció derecho a la concubina a reclamar la indemnización de perjuicios por la muerte del concubino.

3.3.5. Relaciones Contractuales entre Concubinos -

Nuestra Corte Suprema de Justicia, como ampliamente pudo apreciarse en las hojas dedicadas a la Jurisprudencia, ha manifestado en reiteradas ocasiones la validéz de los contratos que celebren los concubinos, mientras la causa de los mismos no consista en crear o mantener la unión extramatrimonial. La razón de la validéz de dichos contratos afirma la Corte, reside en que las relaciones sexuales extramatrimoniales no generan ningún tipo de incapacidad Civil. Hemos encontrado, entonces, en el campo contractual un aspecto en le cual se hallan favorecidos lo s concubinos.

"En general, la ley ignora las relaciones sexuales fuera del matrimonio, sea hacerlos producir efectos, sea para reducir de ellos una incapacidad civil, y por ello en principio, no hay obstáculo para los contratos entre concubinos, pero cuando el móvil determinante en esos contratos es el de crear o mantener el concubinato, hay lugar a declarar la nulidad por aplicación de la teoría de la causas (sentencia del 16 de Spe. de 1947).

3.4- ESTADISTICAS SOBRE EL CONCUBINATO EN COLOMBIA

El XII Censo Nacional de Población realizado por el DANE en Julio 15 de - 1964, trae los siguientes números en cuanto a estado civil se la población Colombiana (7).

CASADOS	4,064.761
UNION LIBRE	827.180
SOLTEROS	11,963,281
VIUDOS	500,147
SEPARADOS	129,119
TOTAL :	17.484.508

Estableciendo una relación entre los rubros casados y unión libre, se - concluye que por cada 100 matrimonios en "funcionamiento", hay 20.35 unio- nes libres.

La unión libre aparece en 1964 según los grupos de edad así:

EDAD	TOTAL	%
------	-------	---

De 25 a 29 años	138,660	16,76
De 30 a 34 años	131.139.....	15,85
De 35 a 39 años	120.644	14,58
De 20 a 24 años	118.606.....	14,34
De 40 a 44 años	87,510	10,58
De 45 a 39 años	63,951	7,73
De 50 a 54 años	47.345.....	5,72
De 15 a 19 años	43.318.....	5,72

El grupo comprendido entre los 25 y 29 años es donde más se detectan - las uniones extramatrimoniales.

Esudriñando datos del XII Censo Nacional y realizando unas sencillas operaciones, presentamos las cifras de personas libres y el porcentaje de dichas uniones en relación con los casados en cada entidad territorial de la República :

ENTIDAD TERRITORIAL	CASADOS	UNION LIBRE	%
ANTIOQUIA	631.470.....	47.787.....	7.57
ATLANTICO	162.339.....	48.361.....	29.07
BOLIVAR.....	162.533.....	122.097.....	75.12
BOYACA.....	285.586.....	15.717.....	5.50
CALDAS	371.023.....	26.634	7.18
CAUCA	142.218	27.676.....	19.46
CORDOBA.....	77,975.....	87.296.....	111.95
BOGOTA	468.768.....	28.492.....	6.08

CUNDINAMARCA	286,077	26,825	9.38
CHOCO	24,918	26,185	105.08
HUILA	99,357	12,163	12.24
MAGDALENA	123,900	90,127	72.74
META	37,848	9,924	26.22
NARIÑO	171,401	24,165	14.09
N. SANTANDER	125,614	17,454	13.89
SANTANDER	244,206	28,215	11.55
TOLIMA	186,734	43,363	23.22
VALLE	397,470	97,376	24.50
ARAUCA	3,803	2,970	78.10
CAQUETA	24,260	5,778	23.82
GUAJIRA	12,873	28,206	219.11
AMAZONAS	2,576	1,454	56.14
GUANIA	266	1,088	409.02
PUTUMAYO	14,182	2,454	127.74
VICHADA	2,196	1,477	67.26
S. ANDRES Y PROV.	4,183	1,336	31.94

Las entidades Territoriales en que se encuentran mayor número de uniones consencuales que las legales son: Córdoba, Chocó, Guajira y Guainía. Las dos últimas mencionadas presentan porcentajes demasiados apreciables.

Los departamentos de Bolívar y Magdalena, La Intendencia del Arauca y las Comisarías de Amazonas y Vichada, muestran altos porcentajes de uniones - libres que oscilan en la franja de 55%- 80%.



Pasemos ahora a analizar los datos obtenidos en el último Censo.

De los datos recolectados el 23 de Octubre de 1973 solamente tenemos noticia de una muestra de avance (8) consistente en el procesamiento de un 4% de los datos de hogares particulares en los 22 Departamentos. La muestra de avance del estado Civil de la población de 10 años y más, da la siguiente información :

CASADOS	4.644.579
UNION LIBRE	1.011.871
SOLTEROS	7.312.409
VIUDOS	561.055
SEPARADOS	188.886
SIN INFORMACION	169.382
TOTAL :	13'888.282

Por lo tanto, la muestra de avance del XV Censo Nacional de Población nos indica como por cada 100 personas casadas, hay en los Departamentos de Colombia, 21.78 personas que viven consensualmente.

Debemos anotar que si la muestra hubiese incluido los Territorios Nacionales, presumiblemente el porcentaje de uniones libres sería mayor si nos atendemos a los resultados por Entidades Territoriales del Censo año 64, en el cual se aprecia como por norma general las Intendencias y las Comisarías son altamente receptores de las uniones de Facto.

Veamos ahora en una misma presentación los ya dichos porcentajes de unión

libre en relación a los casados y los porcentajes de unión libre en relación al total de población.

	En relación a los casados	en relacion al to- tal de población
Censo de 1964	20,35,.....	4,73
Muestra del -avence del Censo de 1973	21,78	7,28

Los datos analizados muestran como se conserva una relativa proporción entre el número de uniones consensuales y las legales.

Aplicando una medida aritmética se puede afirmar que en términos generales según datos presentados que en Colombia por cada 100 uniones conforme a la ley, hay 21.85 uniones de hecho. Especulando un poco con las matemáticas podemos decir que sobre una base de 24,600,000 habitantes que se prevé tenía el país en el Censo de Octubre de 1973 (9) para esa misma época habría al rededor de 1.419.420 personas cuyo estado civil caería bajo la denominación de unión libre (Resultado de aplicar la media aritmética de los porcentajes en relación el atotal de población).

El fin primordial de las Estadísticas que presentamos y las operaciones realizadas es el de mostrar la existencia más que evidente del concubinato perfecto en Colombia.

- 60
- 1) Corte Suprema de Justicia, Cas., 28 de Octubre de 1949, Tomado de -
Indaburu Lizarralde, Carlos Alberto, Op. cit, pág. 134
 - 2) Corte Suprema de Justicia, Cas del 2 de Febrero de 1963 G.J., t. CL,
pág. 639.
 - 3) Giraldo Zuluaga, Germán Jurisprudencia Civil, Edit. Tiempos Duros. -
1976 , sin lugar de edición. pag. 40.
 - 4) Cas. de Diciembre de 1955. G.J., t. LXXXI pág. 730.
 - 5) Proyecto de Código de Derecho Privado. Valencia Zea, Arturo publicad
do por la Superintendencia de Notariado y Registro. Bogotá 1980.
 - 6) Esta importante Sentencia del Consejo de Estado del 29 de Abril, ha
sido publicado en un folleto titulado: "La concubina en el Derecho Co
lombiano. Fué ponente el Magistrado Dr. Jorge Valencia Arango. La -
publicación de la Sentencia se encuentra precedida de prólogo del Dr.
Esteban Bendek. 1980 Bogotá.
 - 7) DANE. XII Censo Nacional de Población (Julio 15 de 1964) Resumen Ge-
neral. Imprenta Nacional 1967.
 - 8- DANE, boletín mensual de estadísticas número 289, Agosto 1975
 - 9) Ascofame. La Población de Colombia. Editorial Cana y Asoci., Ltda
Bogotá. 1974. Pág. 22.

CAPITULO IV

4.1. EL CONCUBINATO EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

A diferencia de la preocupación legislativa en materia de hijos extramatrimoniales, en las restantes materias que atañen el fenómeno concubinario, la regulación positiva ha sido en Colombia prácticamente nula.

Ante el gran vacío legislativo, corresponde a la Doctrina y a la Jurisprudencia (art. 40 de la ley 169 de 1896), tratar de poner luz a las distintas situaciones como son las relaciones personales y patrimoniales de los concubinos entre sí y en relación con terceros.

Nos proponemos en este capítulo mostrar la Jurisprudencia emanada de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en relación con el régimen de bienes de las personas que viven en concubinato; por el cual presentaremos extractos de Jurisprudencia a partir de 1935.

4.1.1. Enumeración de la Jurisprudencia .-

Antes de acometer los extractos, consideramos de importancia presentar a manera de lista, las sentencias emitidas por la Sala de Casación Civil

de la Corte Suprema de Justicia.

Nos resta hacer dos observaciones: La sentencia base y pilar fundamental de Jurisprudencia en materia de régimen patrimonial entre los concubinos es la de 30 de Noviembre de 1935 que tiene si antecedente ideológico en la Sentencia de la Corte de Aix. de 1933. Todas las sentencias han sido dictadas por la Sala de Casación Civil de la Corte, excepto la del 28 de Octubre de 1949, que fué proferida por el " Tribunal Superior del Trabajo" y la del 29 de Abril de 1980, por el Consejo de Estado.

La lista de las sentencias es la siguiente :

Noviembre 30 de 1935; Diciembre 6 de 1943; Diciembre 7 de 1943; Mayo 7 de 1947; Septiembre 16 de 1947; Octubre 28 de 1949; Mayo 19 de 1950; Octubre 1 de 1953; Marzo 30 de 1954; Diciembre 12 de 1955; Octubre 17 de 1957; - Marzo 26 de 1958; Mayo 20 de 1959; Noviembre 5 de 1960; Febrero 28 de 1961 Agosto 10 de 1961; Febrero 21 de 1963; Noviembre 25 de 1966; Seotiembre 20 de 1972; Octubre 18 de 1972; Octubre 1 de 1973; Octubre 18 de 1973; Febrero 23 de 1976; Agosto 26 de 1975; Abril 29 de 1980.

4.1.2 Extractos de la Sociedad de Hecho en el Concubinato -

Sentencia Noviembre 30 de 1935

Las sociedades de hecho se dividen en dos clase, así:

Primera. Las que se forman por virtud de un consentimiento "expreso" y que por falta de uno o varios o de todos los requisitos o de las solemnidades que la ley exige para las sociedades de derechp, no alcanzan la categoría

de tales. Segunda. Las que se originan en la colaboración de dos o más personas en una misma explotación y resultan de un conjunto o de una serie coordinada de operaciones que efectúan en común esas personas y de las reconocimiento de las sociedades de hecho de la segunda clase que los expositores llama "sociedades creadas de hechos por los hechos" no puede alegarse que la sociedad es un contrato que no se forma sino por manifestaciones recíprocas y concordantes de la voluntad de las partes y que este elemento fundamental no existe en esas sociedades creadas de hecho: en éstas tal acuerdo no falta; lo que acontece es que se acredita por medio de una presunción.

De las circunstancias de hecho se induce el consentimiento que puede ser tácito o implícito. Se presumirá ese consentimiento; se inducirá de los hechos, el contrato implícito de sociedad, y se deberá, en consecuencia, admitir o reconocer la sociedad creada de hecho, cuando la aludida colaboración de varias personas en una misma explotación reúnan las siguientes condiciones: 1) Que se trate de una serie coordinada de hecho de explotación común; 2) Que se ejerza una acción paralela y simultánea entre los presuntos asociados, tendientes a la consecución de beneficios; 3) Que la colaboración entre ellos se desarrolle en un pie de igualdad, es decir, que no haya estado uno de ellos, con respecto al otro u otros, en un estado de dependencia proveniente de un contrato de arrendamiento de servicios de un mandato o de cualquiera otra convención por parte de la cual uno de los colaboradores reciba salario o sueldo y esté excluido de una participación activa en la dirección, en el control o en la supervigilancia de la empresa; 4) Que no se trata de un estado de simple indivisión, de tenencia, guarda, conservación o vigilancia de bienes comunes, sino de verdaderas ac-

tividades 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: 1) Que la sociedad no haya tenido por finalidad el crear, prolongar, fomentar o estimular el concubinado, pues si este fuere así, el contrato sería nulo por causa ilícita, en razón del móvil determinante. En general - la ley ignora las relaciones sexuales fuera de matrimonio, sea hacerlas producir efectos, sea para deducir de ellas una incapacidad civil, y por ello, en principio, no hay obstáculos para los contratos entre concubinos pero cuando el móvil determinante en esos contratos es el de crear o mantener el concubinato, hay lugar a declarar la nulidad por aplicación de la teoría de la causa. 2) Como el concubinato no crea por sí sólo comunidad de bienes, ni sociedad de hecho, es preciso, para reconocer la sociedad de hecho entre concubinos, que se pueda distribuir 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 simple resultado de una común vivienda y de una intimidad extendida al manejo, conservación o administración de los bienes de uno y de otro o de ámbos."

Sentencia de Octubre 1º de 1953 -

" Nunca la simple colaboración entre concubinos, cualquiera que sea el tiempo de duración y la índole o naturaleza de la labores por ellos realizadas, puede ser medio suficiente para acreditar la conformación de una sociedad de hecho; las actividades así cumplidas, no otra cosa revelan que el ánimo de prolongar, estabilizándola a través suyo, aquella unión ilícita-

ta, con la cual la sociedad que de ese solo hecho pretendiera deducirse, adolecería de nulidad por ilicitud en su causa, tal como lo previene la última parte del artículo 2.083 del Código Civil. Esa, precisamente, la diferencia que, desde el punto de vista patrimonial, ofrecen estas uniones irregulares con la que resulta del matrimonio, pues mientras en la sociedad se forma por el mismo hecho del consentimiento matrimonial, en las otras, debe acreditarse, por medios específicos, el ánimo o voluntad de asociación respecto de ciertas y determinadas actividades, y para repartir las ganancias o las pérdidas que de ellas resulten".

Sentencia de Marzo 26 de 1958

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

" Los bienes a que se extiende la liquidación de la sociedad de hecho entre concubinos son: a) los adquiridos con posterioridad a la constitución del estado de concubinato y a título oneroso, es decir, como fruto del trabajo e industria de los concubinos. No comprende los bienes que algunos de los concubinos hubiera tenido antes de asociarse con el otro concubino, o los adquiridos durante el estado de concubinato a título gratuito (herencias, legados). Hasta aquí existe cierto paralelismo entre las sociedades de hecho entre concubinos y la sociedad conyugal entre conyuges. Pero tal paralelismo no es total. Supongamos que el concubino tie-

ne negocios y bienes tanto en Bogotá como en Girardot y la concubina se encuentra asociada a los negocios de esta ciudad, careciendo de influencias en negocios de Bogotá. Aquí la sociedad de hecho existe sólo para los bienes del municipio del domicilio de la concuña. Esta diferencia no existe en la sociedad conyugal.

" Por este motivo con razón ha dicho la Corte que debe existir un criterio de casualidad entre la asociación de hecho y los bienes provenientes de la misma .

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

3)" Para la formación de una sociedad de hecho entre concubinos no es necesario el aporte de un capital en dinero para poder reconocer una tal sociedad ".

Sentencia de Noviembre 5 de 1960.

" 1- Los elementos específicos del contrato de sociedad en general son: el concurso de dos o más personas, el aporte de cada una de éstas, un fondo común, un objeto social, la participación en las ganancias y pérdidas y la affectio societatis o ánimo de formar una sociedad y de colaborar activamente en el desarrollo de sus actividades.

2" Además de estos factores, la sociedad debe reunir también los elementos que son comunes a todo acto jurídico, esto es, capacidad, consenti-

miento, objeto y causa lícitos.

" 7. La conyugal es la única sociedad de ganancias a título universal que nuestra ley autoriza, porque los cónyuges, al unirse en matrimonio, ponen en comun su trabajo, sus actividades y esfuerzos en beneficio mutuos cada conyuge trabaja y adquiere no para sí sólo, sino también para su consorte.

"8. La sociedad conyugal no es un contrato sino una institución de orden público y de carácter accesorio, porque se forma por el hecho del matrimonio y no puede subsistir sin él. La sociedad (regular o de hecho), sí es un contrato, a veces implícito y presenta modalidades que la distinguen de la sociedad conyugal. Entre concubinos no puede haber sociedad conyugal, pero sí es posible que se forme una compañía de índole convencional cuando la pactan de modo expreso o cuando ambos trabajan y colaboran en una empresa o negocio común, independiente de sus relaciones concubinarias.

" 9. El artículo 2.095 del Código Civil establece que cuando uno de los socios contribuye solamente con su industria, servicio o trabajo y no hay estipulación sobre su cuota de beneficios, corresponde al juez regular - esta, en caso necesario. El señalamiento de tal cuota es asunto que la ley defiere en este último caso a la facultad discrecional del juzgador".

Sentencia de Octubre 1º de 1973

" Como lógica conclusión emerge de lo expuesto, que quienes no están uni-

dos en el legítimo matrimonio que produzca efectos civiles, para que puedan tener derecho a participar en las utilidades conseguidas durante el término de la unión, deben probar que entre ellos existió una verdadera sociedad de hecho; no les basta con acreditar que eran concubinarias.

" Doctrina invariable de la Corte ha sido la de que por cuanto la vida en común de los amancebados no genera, per se, ni comunidad de bienes ni sociedad de hecho, para delcarar la existencia de ésta y que cada concubinario pueda reclamar los derechos que se conceden a quien tiene la calidad de socio, se exige que quien alega su existencia aduzca la prueba idónea ".

Sentencia de Febrero 23 de 1976.

" En el caso de este tipo de sociedad de hecho, cuando se discute sobre su existencia, el litigio debe trabarse entre concubina y concubinario. Pero si, por muerte de uno de ellos, el sobreviviente niega a los sucesores del desaparecido la existencia de esa relación jurídica sustancial es claro que cualquiera de los herederos del difunto, o varios o todos, pueden demandar al socio supérstite para que se haga la declaración de que existió la apuntada compañía de hecho.

"... para la cabal integración del contradictorio no se requiere que para la comunidad universal formada por la desaparición de aquél, cualquier heredero está legitimado para pedir a su nombre".

4.1.3. Extractos de enriquecimiento Sin causa -

Sentencia de Mayo 7 de 1-47

"La doctrina y la Jurisprudencia Francesas, después de rechazar la acción de responsabilidad extracontractual 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 acuidado y desembolso para participar de los beneficios obtenidos durante la vida en común, la acción de in rem verso que es la legalmente adecuada o conducente para impedir el enriquecimiento sin causa, y la acción pro-socio, 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 encuentren reunidas las condiciones legales para su aplicación las relaciones intersexuales".

Sentencia de Marzo 26 de 1958

"5) 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 :

- 1- Un enriquecimiento o aumento de un patrimonio
- 2- Un empobrecimiento correlativo
- 3- Que el enriquecimiento se haya realizado sin causa, es decir, sin fundamento jurídico.

" 1) En cuanto al enriquecimiento sin causas debe tratarse de todo provecho o ventaja que represente un aumento del activo a 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 o 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 que 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 delimitados, Precisamente el enriquecimiento sin causa se dá cuando el provecho o ventaja que ha de pertenecer a un patrimonio se desplaza a otro patrimonio diferente.

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

"3) La falta de una cusa o fundamente 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 otras ".

4.1.4 - Extractos del Contrato de Trabajo Entre Concubinos -

La sentencia de Octubre 28 de 1949 y la de Febrero 21 de 1963, ya fueron comentadas en la parte pertinente, del contrato de trabajo entre concubinos.-

CAPITULO V

5.1. EL CONCUBINATO FRENTE A LAS DISTINTAS LEGISLACIONES

Después de lo anteriormente visto y conociendo ya la ubicación precisa de nuestra legislación y jurisprudencia, hemos considerado importante hacer un estudio del tema en las leyes de los diferentes Países. señalando sus analogías y diferencias y algunas breves observaciones cuando sean oportunas.

Para ello, hemos agrupados los Países así: Los que aceptan legalmente el concubinato y por consiguiente regulan sus efectos. Los que desconocen legalmente el concubinato por razones de orden moral y por lo tanto no regulan sus efectos. También se encuentra un término medio: Los que no lo admiten pero regulan sus efectos, ya sea legislativa o jurisprudencialmente. Tenemos de otra parte una situación que nos parece un poco sorprendente y contradictorio: los Países que consideran el concubinato como un delito como tal sancionado, pero a pesar de esto regulan sus consecuencias y por último presentaremos el caso Ruso.

5.1.1. Países que expresamente regulan el Concubinato.

Entre los países en que está aprobado legalmente el concubinato y por consiguiente regulan sus efectos son: Cuba, Panamá, Guatemala, Bolivia, México, Venezuela, Argentina y Marruecos. En estos países sus leyes promueven la equiparación de la unión de hecho con las nupcias de derecho. No se trata de amparar directamente el concubinato sino de elevarlo a la categoría matrimonial, cuando asume similares condiciones exteriores esto es, cuando puede hablarse de un estado aparente de matrimonio por su estabilidad y singularidad.

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

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

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

Art. 19. La formalización o el reconocimiento judicial del matrimonio entre el hombre y la mujer unidos en la forma señalada en el artículo que antecede, retrotraerá sus efectos a la fecha de iniciada la unión, de acuerdo con lo manifestado por los cónyuges y testigos en el acta de

formalización del matrimonio o la declara en la sentencia judicial,

Art. 20. La ejecutoria recaída en el proceso sobre reconocimiento de la existencia de la unión matrimonial será inscrita en el libro de la sección correspondiente del registro del estado civil del domicilio conyugal.

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

El art. 56 de la Constitución Panameña de 1972 nos dice : " La unión de hecho entre personas legalmente capacitadas para contraer matrimonio mantenida durante cinco (5) 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 interesado, mediante los trámites que determine la ley judicial ".

La Constitución Guatemalteca dice en el artículo 4, párrafo 2o: " La ley determinará los casos en que, por razones de equidad, la unión entre - personas con capacidad legal para contraer matrimonio, debe ser equiparada por su estabilidad y singularidad al matrimonio civil ".

El C.C. de Guatemala regula la unión de hecho en los artículos 173 y si-

güentes. El art. 173 dice: " La unión de hecho de un hombre y de una mujer con capacidad para contraer matrimonio, puede ser declarada por ellos mismos ante el Alcalde de su vecindad o un notorio, para que produzca efectos legales, siempre que exista hogar y la vida en común se haya mantenido constantemente por más de tres años ante sus familiares y relaciones sociales, cumpliendo los fines de procreación, alimentación y educación de los hijos y de auxilio recíproco".

El art. 178 establece la forma de hacer la solicitud de reconocimiento judicial de la unión de hecho: " También puede solicitar el reconocimiento de la unión de hecho una sola de las partes, ya sea por existir oposición o por haber muerto la otra, en cuyos casos deberá presentarse el interesado ante el Juez de primer instancia competente, quien en sentencia hará la declaración de la unión de hecho, si hubiere sido plenamente probada. En dicha declaración, fijará el juez el día o fecha probable en que la unión dió principio, los hijos procreados y los bienes adquiridos durante ella.

La certificación de la sentencia favorable al demandante, deberá presentarse al registro civil y al de propiedad si hubiere bienes inmuebles, para que se proceda a las respectivas inscripciones. " Se consideran ilícitas las uniones de hecho con hombre o mujer que tenga registrada una unión con otra persona (art. 180). Si hay varias uniones se preferirá la más antigua (art. 181). Los concubinos se heredan recíprocamente al intestado en los mismos casos que para los conyuges determina el Código Civil.

El Código Mexicano de 1928 (arts 1635 y siguientes)otorga derechos sucesorios a la mujer con la que el de cuyos haya vivido maritalmente durante los cinco años que precedieron a su fallecimiento o con la que haya tenido hijos (salvo el caso de adulterio y de prularidad de concubinas, en cuyo supuesto pierden todas el derecho a la herencia).

En Bolivia, el Código de familia, aprobado por decreto-ley 10.426 del 23 de Agosto de 1972, regula las "uniones conyugales libres o de hecho". - El art. 158 dice: Se entiende haber unión conyugal libre o de hecho cuando el varón y la mujer, voluntariamente, constituyen hogar y hacen vida común en forma estable y singular, con la concurrencia de los requisitos establecidos por los artículos 45 al 50. Se apreciará las circunstancias teniendo en consideración las particularidades de cada caso". La regla general es que a estas uniones se le aplican las normas que rigen el matrimonio (art. 159). Como deberes entre concubinos se preceptúa la fidelidad, la asistencia y la cooperación recíprocas (art. 161). Los bienes se administran por uno y otro conviviente (art. 164). Si la unión por muerte de uno de los convivientes", el que sobreviva toma la mitad que le corresponden en los bienes comunes, y la otra mitad se distribuyen entre los hijos, si los hay; pero no habiéndolos, se estará a las reglas - del Código Civil en materias sucesoria.

En cuanto a la ruptura unilateral, "el otro conviviente puede pedir inmediatamente la división de los bienes comunes y la entrega de la parte que le corresponde, y si no hay infidelidad u otra culpa grave de su parte, - puede obtener, careciendo de medios suficientes para subsistir, se fije - una pensión de asistencia para sí y en todo caso para los hijos que que-

queden bajo su guarda, si los hay y su consiguiente aseguramiento. Tambien puede reclamar y acordársele un resarcimiento por el daño material y moral que se le haya causado por la ruptura,

En Venezuela, el Código Civil de 1942, establece en el art. 767: " Se presume la comunidad, salvo prueba en contrario, en aquellos casos de unión no matrimonial, cuando la mujer demuestre que ha vivido permanentemente en tal estado y ha contribuído con su trabajo a la formación o aumento del patrimonio del hombre, aunque los bienes cuya unidad se requiere establecer aparezcan documentados a nombre de uno 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 del otro, salvo caso de adulterio ".

Es necesario incluir en este grupo a la Argentina, donde según la ley - 14.184, el Estado auspicia la regulación de las uniones ilegítimas y se le considera como un hecho jurídico sui generis, al cual se le admiten - efectos,

Son pués, efectos trascendentales los que conocen estas legislaciones a las uniones concubinarias, refiriéndose siempre al concepto por nosotros llamado " concubinato perfecto", es decir, respetando las sociedades conyugales y desechando las uniones pasajeras en busca de una mayor justicia y equidad. Además estas legislaciones, aunque le conceden efectos y regulan el concubinato, quieren ayudar a quienes viviem en tal estado, la manera de llegar a un matrimonio de derecho.

5.1.2. Países que desconocen legalmente el Concubinato,

Estramos a ver el segundo grupo que es el extremo opuesto del anterior porque no admite regulación legal de la barraganía. Aquí encontramos a Alemania, Italia, Austria, Bélgica y Perú. Mirando en detalle podemos decir : Alemania: Se le conoce con el nombre de " Konkibinat ". Su difusión fué grande desde la última post-guerra, tanto que ha llegado a preocupar a juristas y sociólogos que han buscado sus causas, siendo la razón principal de tipo fiscal, ya que estas leyes son más favorables a los concubinos que a los cónyuges. La jurisprudencia Alemana rechaza - con energía toda equiparación del concubinato con el matrimonio. La Constitución no protege ni tutela las relaciones extramatrimoniales.

Austria: El concubinato de hecho en el derecho civil austríaco es un - cuerpo extraño; junto a un concepto de la familia claramente circunscrito al matrimonio y a la descendencia, no hay lugar dentro del pensamiento jurídico Occidental para un concubinato.

Italia : La Jurisprudencia y la ley tratan de aplicar el principio constitucional según el cual se debe " asegurar a los hijos nacidos fuera de matrimonio un a tutela jurídica y Social comparable a los derechos de los miembros de una familia legítima (art. 30, 3o, co. Cons).

La doctrina Italiana prefiere hablar de " convivencia more-uxorio " en lugar de concubinato, o en forma equivalente "convivencia como cónyuges."

Bélgica: El derecho civil Belga no reconoce al concubinato ninguna con-

secuencia jurídica. La unión libre por estable que sea de hecho es jurídicamente inexistente, inorgánica y desprovista de todo estatus y de toda obligación.

Perú: La legislación Peruana en general no reconoce derechos a la concubina, salvo casos muy aislados como los de cierta indemnización y alimentos previstos en los artículos 369 y 370 del Código Civil.

No tiene derechos hereditarios, salvo la posibilidad del legado, pero dentro de los límites que la ley sucesoral permite. (1).

5.1.3. Países de Posición Ecléptica.-

Este grupo está conformado por los países que aunque no aceptan el concubinato, lo regulan o fijan sus efectos ya sea por medio de la ley o de la jurisprudencia de una forma incompleta.

En este grupo encuadra Colombia, Francia, Chile y Luxemburgo.

Francia: Actualmente se considera el régimen de bienes entre concubinos de acuerdo con la ley, porque en la Jurisprudencia se han aplicado las siguientes Teorías: Sociedad de Hecho, Contrato de Trabajo y enriquecimiento sin Causa. Además " La Cour de París", por su parte ha otorgado a la concubina indemnización por daño Moral, como lo hizo en sentencia de Febrero de 1959. Pero no es éste el único amparo jurídico que se le ha dado en Francia al concubinato. Hay varias leyes que indirectamente

lo protegen. En la Legislación Francesa se considera que la expresión persone à charge comprende también a la concubina. Son pues en su mayoría leyes laborales que tienden a proteger al trabajador y a su familia, en la que cabe considerar a la concubina si es que no tiene esposa y lógicamente a los hijos como parte de ella.

Se estima a los concubinos plenamente capaces para celebrar entre ellos actos jurídicos como donaciones, compraventa etc.

La legislación Civil de Luxemburgo casi ignora el concubinato, salvo en materia de filiación natural, régimen de seguros Sociales y de prestaciones sociales.

Chile: Entre los concubinos puede existir una comunidad Universal con respecto a los bienes adquiridos que han adquiridos durante el concubinato con el esfuerzo común y la cooperación mutua. Esta es la situación que se presenta con mayor frecuencia ante los Tribunales Chilenos, respecto del concubinato indirecto producido por el matrimonio religioso. "Fallecida una de las personas ligadas por este vínculo, sus herederos han pretendido tener derecho a todos sus bienes. A esta presunción se ha opuesto el concubinato sobreviviente, alegando la existencia de una comunidad y reclamando la mitad de los bienes, derecho que los tribunales le han reconocido invariablemente" .(2).

5.1.4. Algunos casos "sui generis ".

Hay ciertos países que sorprenden con su legislación, por parecer en cierta forma algo contradictoria. Estos países son Suiza y Ecuador. Ambos están de acuerdo en considerar el concubinato como una infracción Penal y sin embargo, lo más extraño, regulan sus efectos.

Suiza : Desde el punto de vista legal es importante decir en primer término, que el concubinato es objeto de represión en diversos Cantones y Semicantones. No cabe asimilar en modo alguno la unión libre al matrimonio, siendo nulos los actos jurídicos cuya causa reside en la inmoralidad de la unión libre. No obstante, se han admitido ciertas soluciones concretas por parte de los Tribunales Federales, así:

- 1) Las liberalidades entre pseudo-conyuges no son inmorales, cuando no corresponden al pretium stupri.
- 2) Los servicios prestados por la mujer a su amante mientras dura su unión irregular merecen en principio una remuneración, la cual puede ser reclamada por aquella a la ruptura en forma de salario diferido.
- 3) El mero hecho de la ruptura no da derecho a indemnización ya que no constituye un hecho ilícito, sino al contrario, pone fin a una situación ilícita.

Ecuador : Las concubinas son llamadas popularmente "socias de asiento". El Código Penal considera el concubinato como delito, así lo dispone el art. 493: "las personas que vivieron públicamente en concubinato actual, o noventa días antes de iniciarse la causa, serán reprimidos con prisión de seis meses a dos años". El art. 495 dice: " Los cuplados de concubinato no tendrán pena alguna si se casaren, o falleciera alguno de ellos -

antes de la sentencia".

El artículo 29. de la Constitución dice: " Los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio tienen los mismos derechos en cuanto a apellidos, crianza, educación y herencia".

El tratamiento que la ley y la Jurisprudencia Ecuatoriana le han dado - al concubinato aunque lo castiga, ha sido en tenerlo en cuenta, sólo pa-
ra regular sus efectos,

5.1.5. - El caso Ruso .

El Código Ruso de 1.926 establecía que el matrimonio de hecho (o sea la cohabitación con apariencia marital) podía considerarse como un matrimonio registrado. Sin embargo el trato favorable dispensado al matrimonio de hecho desapareció en el año de 1944. Además, se estableció diferencias entre los hijos por razón de su origen o circunstancias de orden legal que rodean la procreación.

1) Exposición de motivos del proyecto de ley número 48 de 1978, "Por el cual se legisla sobre sociedad Patrimonial entre Concubinos.

2) Somarriva Undurraga, Manuel, Derecho de Familia. Editorial Nascimento. Chile, pág. 153. 1963.

CAPITULO VI

6.1. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS -

El concubinato es un fenómeno Social de gran trascendencia en Colombia y que tan solo goza de la protección Jurisprudencial en cuanto a sus efectos.

Frente a los hijos extramatrimoniales, la ley en áreas de su protección ha recorrido un arduo camino legislativo hasta llegar a la ley 29 de 1982; pero frente a la mujer extramatrimonial estable, nuestro Legislador ha cuidado de mantenerla en el anonimato en cuanto a su protección.

Las estadísticas de que se dispone, muestran que el concubinato perfecto arroja números de consideración en Colombia. Efectuando algunos cálculos, se tiene que aproximadamente en 1973 por cada 100 matrimonio en funcionamiento, existen 21.85 uniones estables de Facto. Así mismo, se prevé para el mismo año, hay entre la población Colombiana 1.419.420 - personas que viven en dicho estado Civil.

El grupo de edad en que más se detecta el hecho social que nos ocupa, - se encuentra comprendido entre los 25 y 29 años y que las entidades Te-

rritoriales es donde las uniones consensuales se encuentran por encima de las legales son en su orde; Guainía, Guajira, Vaupés, Córdoba y Chocó.

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

El legislador Colombiano no se ha preocupado por tomar una posición definida ante las manifestaciones concubinarias. Nuestra ley no protege ni reprueba al concubinato, trata de ignorarlo. Decimos que trata de ignorarlo porque siendo las manifestaciones sociales tan notorias es imposible una actitud pasiva.

En la Constitución Política de Colombia, no se encuentra ningún artículo dedicado a erigir a la familia como altar que merece todo beneplácito del Estado, por ser Célula primaria y esencial de la Sociedad.

Puede decirse que la ley Colombiana, ha consagrado sus preceptos en materia de unión libre propia con el único y exclusivo objeto de reglar la situación del hijo extra matrimonial.

Por fuera de la filiación ilegítima, la ley no se ocupa para nada del concubinato perfecto, El parámetro fundamental legal que se observa al estudiarlo es el vacío. Nada se dice de las relaciones personales y pa-

Ab

trimoniales que existen entre los concubinos y entre éstos y los terceros.

Ante el vacío legislativo, nuestra Jurisprudencia ha tenido que abordar las materias expósitas. La Jurisprudencia se ha pronunciado especialmente en lo que atañe al régimen patrimonial de los concubinos y ha encontrado que puede regularse de acuerdo con las especificaciones circunstancias de cada caso, bajo tres supuestos: Sociedad de Hecho, Enriquecimiento sin causa y contrato de Trabajo,

En lo que hace a la Sociedad de Hecho entre concubinos según la Corte hay que tener en cuenta:

- 1) El concubinato no crea por sí sólo sociedad de hecho, ni comunidad de bienes.
- 2) La sociedad de hecho admite dos clases: la que se forma en virtud de un consentimiento expreso y la creada por los hechos. En la sociedad creada por los hechos se considera al consentimiento como tácito o implícito, es decir, dados ciertos hechos y requisitos se presume tácitamente la voluntad de asociarse y puede entonces hablarse de sociedad creada por los hechos.
- 3) Aunque la cohabitación per se no dá nacimiento a ninguna compañía patrimonial, nada se opone a que se forme una sociedad de hecho entre el concubino y la barragana. Dicha sociedad generalmente se presenta bajo la forma de sociedad crada por los hechos.
- 4) Para que de los hechos pueda inducirse el consentimiento implícito y por lo tanto reconocerse la sociedad creada por los hechos o de hecho,

se requiere; que se trate de una serie coordinada de hechos de explotación común; que se ejerza una acción paralela y simultánea entre los presuntos asociados, tendiente a la consecución de beneficios, que la colaboración se desarrolle en pie de igualdad, por lo tanto sin que medie ninguna relación de dependencia y que no se trate de un estado de simple indivisión, de tendencia, conservación o vigilancia de bienes comunes, sino de verdaderas actividades encaminadas a obtener beneficios.

- 5) Además, para que pueda darse una sociedad creada de hecho entre concubinos se requiere, fuera de los requisitos anunciados y lógicamente los propios del contrato en general y los específicos de la sociedad, los siguientes: que el móvil determinante de ese contrato social no sea el de crear o mantener el concubinato, pues de serlo, el contrato sería nulo por causa ilícita; y que pueda distinguirse claramente la actividad común de los concubinos en una determinada empresa creada con el propósito de obtener beneficios, del simple resultado de una vivienda común y de una intimidad en el manejo, conservación o administración de los bienes individuales o comunes.
- 6) Configurada como se ha expuesto la sociedad de hecho, el concubino y sus herederos tienen la "acción pro-socio- (por una sociedad) " para hacer valer sus derechos en la participación de los bienes adquiridos en común.

Frente al enriquecimiento sin causa, la posición de la Corte puede resumirse así:

- 1) El concubinismo por sí mismo no supone el enriquecimiento injusto; -



sin embargo, por razón del concubinato puede configurarse siendo de -
muy remota ocurrencia.

- 2) Siguiendo a Bonnecase, nuestra Corte considera que los elementos -
constitutivos del enriquecimiento sin causa son dos : un elemento
de hecho y otro de derecho. El elemento de hecho consiste en la -
pérdida o desplazamiento de un valor que sale de un patrimonio en -
provecho de otro. El de derecho se dá cuando no existe ninguna jus-
tificación; en derecho de ese desplazamiento o pérdida de valor.
- 3) Como nadie puede enriquecerse torticeramente a costa de otro, confi-
gurado el enriquecimiento sin causa surge la "acción denominada in -
rem verso ", para eliminar la pérdida patrimonial no justificable en
derecho. Esta acción tiene carácter subsidiario, por tanto no puede
hacerse efectiva cuando el actor tiene otra vía (v.gr., acción pro-so-
cio), o cuando el empobrecido teniendo otra acción la perdió por su -
culpa o por cualquier hecho. Además, como cosa que se cae de su peso,
el ejercicio de la acción no puede dirigirse a violar o a desconocer -
una disposición imperativa de la ley.
- 4) Para que la acción prospere se exige entonces: Que exista un enrique-
cimiento por parte del demandado y un empobrecimiento correlativo en -
cabeza del actos; que no exista ninguna causa justificativa de derecho
(legal o contractual) del empobrecimiento; que el demandante carezca -
de cualquier otra acción y que con ella no se pretenda soslayar una -
disposición imperativa de la ley.

En lo que hace a la última posibilidad al contrato de trabajo entre concu-

binos, es claro al igual que en los anteriores supuestos; el concubinato por sí mismo no supone la existencia del mencionado contrato,

En relación concubinal, al decir del Tribunal Supremo del Trabajo, no se prestan servicios de carácter laboral, ni existe subordinación jurídica, ni hay remuneración de índole asalariada.

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

Entre concunimos pueden celebrarse válidamente toda clase de contrato, siempre que la causa de éstos no sea la creación o fomento del "estado matrimonial". Más aun la Corte dice: " la nulida absoluta con que el artículo 3º de la ley 28 de 1932 sanciona a las donaciones irrevocables y los contratos relativos a inmuebles (salvo el mandato general o especial) celebrado entre cónyuges, no es aplicable por analogía a los concubinos, ya que se trata de una sanción de carácter estricto y la ley no considera inconciliable la situación de los concubinos con dichas convenciones.

En Colombia la existencia del concubinato es una institución y una realidad social. Los principales factores que lo originan son de tipo étnico, económico y cultural y esta clase de unión es patrimonio de la clase social baja.

La regulación en el derecho positivo del fenómeno concubinario no es nueva ni descabellada. Entre los países que lo admiten abiertamente y lo regulan podemos mencionar a Cuba, Panamá, Guatemala, Bolivia, México Venezuela, Argentina, etc.

PROPUESTAS

El concubinato perfecto es parte de una realidad que por no cumplimiento de requisitos de forma, en la actualidad se encuentra por fuera de los mandatos del derecho positivo.

La razón nos indica que debemos rechazar y poner remedio a todo aquello que tenga olor a injusticia y la falta de regulación del hecho concubinario y sus manifestaciones es foco de injusticia, especialmente en la persona de la concubina y de sus hijos.

El concubinato debe ser tenido en cuenta por el ordenamiento positivo por dos razones; para desestimular este tipo de uniones y para poner cortapisa a las injusticias que se vienen presentando.

En la medida que se regulen expresamente los derechos y obligaciones - aledaños a la vida marital extramatrimonial, se estará poniendo fin a los "alicientes" que presenta la unión en barraganía, al mismo tiempo que se cortan gran parte de las absurdas injusticias nacidas bajo la - sombra de la irresponsabilidad, especialmente del varón.

Con fundamentos en las razones expuestas, el legislador Colombiano está en mora de regular los efectos jurídicos del Concubinato. Y para tal - efecto presentamos algunas propuestas y sugerencias del caso en los - principales aspectos del concubinato perfecto.

1) Dadas determinadas condiciones, elevar a matrimonio el concubinato, para ello seguimos al Doctor Valencia Zea () que propone una reglamentación del matrimonio por sentencia Judicial (o matrimonio por - prescripción) teniendo en cuenta las siguientes bases :

- 1- Debe tratarse de una unión singular (o sea un sólo hombre y una mujer) que hayan formado comunidad doméstica en la que se cumplan los requisitos mínimos del hogar matrimonial.
- 2- Debe haber durado la unión un tiempo superior a tres años.
- 3- Acreditados estos hechos, el Juez debe ante la solicitud de la concubina, del concubino o de ambos, declarar la existencia de un matrimonio mediante providencia que se inscribirá en el respectivo Registro Civil.
- 4- Igualmente debe el juez decretar la extinción de los efectos civiles de cualquier relación matrimonial existente en algunos de los concubinos.

No importa que la relación matrimonial cuyos efectos se ordena extinguir sea la canónica.

- 2) En cuanto a los hijos debe abolirse la discriminación que engendra - la clasificación de la filiación en legítima e ilegítima (hijos habidos extramatrimonialmente: hijos naturales e hijos simplemente ilegítimos), existiendo una sólo categoría de filiación, que por lo tanto comporte iguales derechos a todos los hombres por razón de su concepción. Todas las personas deben ser conocidas ante la comunidad con una misma denominación que evite la injusta separación discriminada - de unas y otras con base en las circunstancias de la época de su concepción y la fecha de su nacimiento.
- 3) En cuanto a los derechos y obligaciones de los concubinos entre sí es conveniente establecer la obligación legal de socorrerse y ayudarse - mutuamente mientras perdure la unión y en el evento que el concubino decida poner fin a la unión consensual debe a su antigua compañera dichas obligaciones cuando las necesidades así lo demuestren. En lo que hace a la cohabitación y a la fidelidad, pensamos que deben ser tenidas en cuenta sólo en el concubinato perfecto.
- 4) Consideramos que la enumeración indicada en el art. 411 del Código Civil faltan los concubinos, los cuales en determinadas condiciones deben concederse alimentos congruos dada su categoría y posición sociales.
- 5) El concubinario o la concubina con quien el difunto hubiere vivido en - concubinato durante los cinco (5) años anteriores a la muerte y que careciere de bienes, tenga derecho a una cuota hereditaria en la sucesión

intestada del causante concubinario. Cuando fueran varias las concubinarias la mencionada cuota se repartirá por partes iguales.

De esta manera las realciones de orden sucesoral estatuido sólo entre cónyuges se extienden a los concubinos.

- 6) El concubino que abandone injustamente a la concubina se encuentra obligado a indemnizarle los perjuicios, los que bien puede traducirse en un capital o en una pensión de alimentos.
- 7) Concederle vocación a la concubina para intentar con éxito la indemnización de los perjuicios morales y materiales por la muerte del concubino.
- 8) El concubino debe responder solidariamente de las deudas que con motivo de la crianza, educación y establecimiento de sus hijos haya adquirido la concubina.
- 9) El art. 51 del decreto 2820 de 1974 dice que tratándose de tutela o curaduría legítima es llamado el cónyuge en primer lugar para ejercerla " siempre que no esté divorciado ni separado de cuerpos o de bienes por causa distinta del mutuo consenso' "No vemos argumento de orden público o interés social para que por medio de una reforma legal se haga extensivo el precepto al concubinario (de concubinario perfecto) mientras permanezcan en dicho estado.
- 10) El balance de la respuesta jurisprudencial al fenómeno social concubinario, siendo positivo por tratar de hacer buen uso de lo que dice la ley; es negativo por ser insuficiente a la dimensión de la reali-

dad. Dicha insuficiencia nace de la dificultad en la prueba de la existencia de la sociedad de hecho, el contrato de trabajo o el enriquecimiento sin causa por parte de la concubina. El legislador Colombiano debe recurrir a las presunciones o prueba indirecta, por medio de la cual, conocido un hecho cierto o indicador, a través de una inferencia lógica se llega a un hecho desconocido o indicado.

La carga de la prueba se invertiría: en lugar de tener que probar la concubina la existencia de la sociedad de hecho, le bastaría probar la existencia del concubinato por espacio de cinco (5) años.

11) Que la liquidación de la sociedad de hecho entre concubinos se establezca mediante causales expresamente determinadas por la ley.-

B I B L I O G R A F I A

Amézquita de Almeyda, Josefina. Lecciones de Derecho de Familia. Editorial Temis. 1980 Bogotá

Angarita Gómez, Jorge. Lecciones de Derecho Civil. Ediciones Tercer - Mundo. 1976. Bogotá.

Ascofame. La Población en Colombia. Editorial Canal y Asociados Ltda 1974. Bogotá

Betancur Jaramillo, Carlos. El régimen legal de los Concubinos en Colombia. Ed. U. de Antioquia. 1962 - Medellín.

Corte Suprema de Justicia. Jurisprudencias.

Copete, Hernán. La acción de investigación de la paternidad Natural en Colombia. Ed. ABC 1941 - Bogotá.

DANE. XII Censo Nacional de Población (julio 15 de 1964). Resumen General. Imprenta Nacional 1967.

Dane. Boletín Mensual de Estadística número 289. Agosto de 1975.

Escriche, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación Librería de Callejas e Hijos 2a. Edición. Madrid 1842.

Giraldo Zuluaga, Germán. Jurisprudencias Civil Editorial Tiempos Durós. Sin lugar de edición.

Gómez Piedrahíta, Hernán. Introducción al Derecho de Familia. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá.

Horman, Karl Diccionario de Moral Cristiana. Editorial Herder. Barcelona.

Indaburu Lizarralde, Carlos Alberto y Estrada Piedrahíta Gloria Cecilia. El concubinato en Colombia. Sus derechos y obligaciones. La edición. Librería Jurídicas Wilches, 1978. Bogotá.

Lafont Pianeta, Pedro. Igualdad Sucesoral. Derechos de la filiación extramatrimonial. Ediciones Librería del Profesional 1982. Bogotá.

Monrroy Cabra, Marcos Gerardo. Derecho de Familia. Librería Jurídicas Wilches. 1982 - Bogotá.

Ortega Torres, Jorge. Código Civil Comentado. 12 edición Editorial Temis 1983. Bogotá.

Petir, Eugpene. Tratado Elemental de Derecho Romano,
Editorial Nacional - México D.F. 1980

Proyecto de Ley número 48 de 1978. " Por el cual se legisla sobre So-
ciedad Patrimonial entre concubinos ".

Somorriva Undurraga, Manuel. Derecho de familia. Editorial Nascimento.
1963 Chile.

Suárez Franco, Roberto. Derecho de Familia. Tomo I y II
Tercera edición aumentada. Editorial Temis 1981 - Bogotá.

Valencia Zea, Arturo. Derecho Civil. Tomo 1, derecho de familia. 5a -
Edición 1983- Bogotá.

Valencia Zea Arturo. Proyecto de Código de Derecho Privado. Publica-
do por la Superintendencia de Notariado y Registro. 1980. Bogotá.-