

EL CONCUBINATO EN COLOMBIA

MIGUEL CABRERA CASTILLA

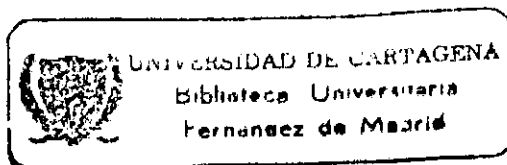


BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
Fernández de Madrid
Universidad de Cartagena

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
CARTAGENA, 1. 987

T
346.2
C117

2



EL CONCUBINATO EN COLOMBIA

S C I B
000 0 8120

MIGUEL CABRERA CASTILLA

//

Trabajo de Investigación presentado
como requisito parcial para optar el
Título de ABOGADO.

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
CARTAGENA, 1987

43278

DEDICATORIA

A MIS VIEJOS,
MIGUEL ANGEL CABRERA U.
Y CARMEN CASTILLA CAMPO,
QUIENES SIENDO CONCUBINOS
POR MAS DE TREINTA AÑOS,
ME HACEN SENTIR MAS ORGULLOSO.

REGLAMENTO

LA FACULTAD NO APRUEBA NI DESAPRUEBA LAS OPINIONES EMITIDAS EN LAS TESIS DE GRADO, TALES OPINIONES DEBEN SER CONSIDERADAS COMO PROPIAS DE SU AUTOR (Artículo 83 del Reglamento De La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad de Cartagena).

In rebus quibuscunque difficilioribus non expectandum , ut quis simul,
et serat, et metat, sed praeparatione opus est, ut per gradus matures
cant .

Nota de Aceptación

Presidente

Jurado

Jurado

Cartagena , Agosto de 1987

ADVERTENCIA

Esta Tesis no pretende en ningún momento ser un tratado científico jurídico; debe mirarse como un alegato en favor de lo justo y equitativo, pretensiones estas que son el fin y fundamento de toda obra de Derecho; a todos nosotros estudiantes que optamos por el Título de Abogados, quienes en favor de las formas y metodologías nos hemos dejado arrastrar por el curso de lo acontecido; es decir, preferimos dejarnos llevar por la filosofía del método a la filosofía del espíritu.

EL AUTOR

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

- RECTOR : DR. LUIS H. ARRAUT ESQUIVEL
- SECRETARIO GENERAL : DR. MANUEL SIERRA NAVARRO
- DECANO : DR. ALCIDES ANGULO PASSOS
- SECRETARIO ACADEMICO : DR. PEDRO MACIA HERNANDEZ
- PRESIDENTE DE TESIS : DR. RAFAEL H. DE LA VALLE
- PRIMER EXAMINADOR : DR. NARCISO CASTRO YANEZ
- SEGUNDO EXAMINADOR :

3º *Carlos...*

TABLA DE CONTENIDO

	pags.
DEDICATORIA	
INTRODUCCION	1
1. LA CONCUBINA	5
1.1 ASPECTO HISTORICO	5
1.2 CONCEPTO	10
1.3 ETIOLOGIA DEL FENOMENO EN COLOMBIA . . .	13
2. REGIMEN DE LOS BIENES EN EL CONCUBINATO .	19
2.1 CONTRATO DE TRABAJO	19
2.2 LA SOCIEDAD DE HECHO	22
2.2.1 Fundamentos	24
2.2.2 Prueba de la sociedad de hecho	29
2.3 ENRIQUECIMIENTOS SIN CAUSAS	31
2.3.1 Los concubinos frente a la Ley Laboral	34

- 2.3.2 Derechos inherentes a la relacion concubinaria . . . 34
- 3. INDEMNIZACIONES 38
 - 3.1 INDEMNIZACION POR RUPTURA DEL CONCUBI
NATO. 40
 - 3.2 JURISPRUDENCIA COLOMBIANA 42
 - 3.2.1 Enumeración de la Jurisprudencia 42
 - 3.2.2 Con relación a la sociedad de hecho 44
 - 3.2.3 Con relación al enriquecimiento sin causa 51
- 4. PROYECCION LEGISLATIVA SOBRE EL CONCUBI
NATO 54
- 5. LEGISLACION SOBRE EL CONCUBINATO EN
OTROS PAISES 61
 - 5.1 EN LATINO-AMERICA 61
 - 5.2 EN EUROPA 68
 - 5.2.1 Legislaciones " sui-géneris " 70
 - 5.2.2 El caso Ruso 72.
- CONCLUSIONES 73
- BIBLIOGRAFIA 79

INTRODUCCION

Empezaremos por anotar que para poder estructurar y abocar el estudio de cualquier HECHO con consecuencias y perfiles jurídicos , se hace necesario empezar por estudiar la naturaleza del hombre. EL HOMBRE es la base del Derecho, ya que el DERECHO sólo puede deducirse e interpretarse a partir de las peculiaridades evolutivas de la naturaleza humana.

En lo que nos atañe, la evolución histórica del trato de la mujer con cubina en la legislación hasta nuestros días, trataremos de demostrar cuan injustos e indiferentes hemos sido ante un HECHO connotado y reiterativo en todas las concepciones político-sociales habidas.

Nosotros, que como legisladores, que como estudiosos de la naturaleza del hombre, fenómeno que ha escindido radicalmente desde un principio la doctrina del DERECHO, hemos sucumbido al embate

idealista de la concepción del Derecho como un orden ideal eterna-
mente válido y cognoscible por la razón, en cambio de basar nuestras
decisiones condicionándolas a las situaciones concretas dadas, que
se afirman vitalmente y existen irreversiblemente en nuestra socie-
dad, como el CONCUBINATO.

Dice NOVOA MONREAL que la " Ley escrita se desajusta por el
transcurso del tiempo " 1 , y manifiesta, que el estancamiento del
Derecho es una nota intrínseca a éste. Dice que, en los legisladores
hay un afán de perennidad que los anima, y están convencidos de la
bondad de las normas que promulgan, y, es aceptable admitirlo, en
los países de legislación escrita la decadencia reguladora de sus nor-
mas es un defecto inherente al Derecho positivo en sí. Si bien es cier-
to que el matrimonio válida y legalmente establecido, es concebido
como el único manantial de DERECHO lícito y jurídico, en razones
a un orden moral aposentado en la Ley; no es menos cierto, como
lo dice el profesor BENDECK OLIVELLA-que se debe legislar para
la mayoría y para lo que, dentro de la sociedad, acontece comunmen-
te. En Colombia está comprobado ESTADISTICAMENTE, que más
son las uniones concubinarias que las legítimas, en consecuencia, le-
gislar para ellas no es desconocer el matrimonio, sino darle " status "
legal a la familia, ya que esta es una sola, así nazca de Contrato o
sacramento, o por fuera de regulación legal, siempre es una sola .

Cualquier discriminación es absurda.

A diferencia de Roma, donde en algún momento no fué ilícito ni contrario a las costumbres tomar concubinas a la pérdida de las esposas, LICITUM CONSUETUDINEM lo denominaba Justiniano, en Colombia el Concubinato nunca ha gozado de favor, aunque hay que abonarle al LIBERALISMO instituirse en pie de inicio hacia la igualdad al expedir la Ley 45 de 1936, además de la Ley 90 de 1946, orgánica de la seguridad social en Colombia, que consideró a la concubina, para ciertos efectos legales, en igualdad con la esposa legítima, y a aquella le dá el tratamiento de " compañera permanente " .

Posteriormente, el acuerdo No.536 de 1974 del Consejo Directivo del Instituto de los Seguros Sociales, también habla de compañera para lo pertinente. Es necesario anotar a su vez el Decreto 1848 de 1969 sobre Empleados Oficiales habla de la " Asistencia Médica por Maternidad a la esposa o compañera permanente del afiliado " . Igual equiparación en forma categórica, hace la Ley 12 de 1975. " El Concubinato pues dice Bendeck Olivella, como fuente de Derecho tiene carta de ciudadanía en nuestra legislación laboral " , imponiéndose , anotamos nosotros, como protuberante realidad social, a la que es imposible darle la espalda, y a la que habrán que terminar por replegarse las otras legislaciones.

Ahora sí, conociendo en el preámbulo cual es la finalidad de nuestro trabajo, entraremos en materia acerca de que se entiende por Concubina, su aspecto histórico, sociológico, estadístico, situación legal actual y proyección legislativa.



1. LA CONCUBINA

1.1 ASPECTO HISTORICO

Dice el Doctor CARLOS BETANCOURT en su obra EL REGIMEN LEGAL DE LOS CONCUBINOS EN COLOMBIA, que el concubinato es coetáneo a las formas más primitivas del matrimonio. Es decir , que el concubinato ha existido con marcada menor importancia al lado del matrimonio legítimo, impuesto por diversidad de factores culturales o socio-económicos. Empero, para otros autores como FEDERICO ENGELS, el Concubinato, en su connotación de simple apareamiento de los sexos que origina como es natural el amañamiento, fué primero que el matrimonio, lo que a fé de la verdad y en virtud de la lógica es de forzosa aceptación, ya que como lo expresaba el consejero de Estado JORGE VALENCIA ARANGO, quien sustentó la sentencia del Consejo de Estado del 19 de Abril de 1980 la que en realidad ha sido hasta ahora la Jurisprudencia más osada y pletórica de humanidad en Colombia a este respecto, el ordena

miento para llegar a la sociedad conyugal sería : El apareamiento fugaz e imprevisto, primero, luego el amañamiento temporal, más tarde el verdadero concubinato y por último el Contrato Matrimonial.

Por fuera de cualquier discusión sobre su pre-existencia o coetaneidad con el matrimonio, lo que si es cierto, es que el Status relevante del concubinato en las culturas del medioevo, con el advenimiento e influencia de la Cultura Cristiana pasó a segundo plano y el concubinato fué severamente considerado, además que los hijos habidos en él se estimaban de inferior categoría. Es decir, con la llegada del Cristianismo, la carencia de ilicitud del concubinato (Emperadores como VESPASIANO a la muerte de su mujer, tomó a CENIS, liberta de ANTONIO por concubina y la rodeó de miramientos; lo mismo que ANTONIO PIO, o el filósofo estoico MARCO AURELIO, que al perder su esposa " eligió por concubina a la hija del intendente de su casa" empieza a ser fustigado severamente, y el concilio ecuménico de TRENTO (1.545-1563) protocoliza la posición de la Iglesia, y se fulmina como anatema a quienes viven en barraganería. Paradójicamente, en España las leyes toleraron en algún tiempo las barraganas , pero en modo alguno mujeres legítimas, a los eclesiásticos; después clérigos y concubinas son castigados con penas que variaban desde la multa hasta recibir cien azotes por reincidencia .

La posición esgrimida por la Iglesia ante el concubinato se agudizaría más con la intromisión de los regímenes Teocráticos, donde el Jefe del Poder era depositario del poder espiritual. Así las cosas es dable suponer que esto se tradujo al Derecho y a la organización social en general. Como dice el Doctor Valencia Arango, las normas imperativas de la moral cristiana fueron moldeando las Instituciones civiles, que hasta el día de hoy obedecen más al concepto de lo que es pecado, que a la búsqueda de lo Justo. Con las anteriores anotaciones comprendemos, que si en el Derecho Romano el Concubinato tenía consideración jurídica como un matrimonio de orden inferior, y la comunidad de vida de hombre y mujer les merecía respeto, con el surgimiento del cristianismo se reduce a un hecho inmoral y censurable, que trasciende en el plano jurídico, y es así como en la antigua legislación española se distinguió tres clases de concubinatos punibles. En la NOVISIMA RECOPIACION se estatuyó que el hombre que se lleva a mujer casada y la tiene públicamente por manceba, podría ser requerido por el marido o por la justicia para que la entregara; si no lo hacía perdía la mitad de sus bienes a favor del fisco. Igual sanción se aplicaba al marido que tomaba públicamente manceba. En segundo lugar era punible el matrimonio que establecían los clérigos. En tercer lugar era punible el concubinato establecido entre hombre y mujer vinculados entre sí por lazos de parentesco en línea directa o eran hermanos, por cuanto tales parientes no podían casarse entre sí.

En el Siglo XVIII con la Revolución Francesa, hito histórico producto del racionalismo y de fenómenos sociológicos y económicos, se buscó una solución más justa al problema y en un acto audaz y temerario se equiparó la familia legítima a la natural. El concubinato como tal estaba en el mismo pie de igualdad con el matrimonio. Pero esta situación demoró muy poco. La reacción que produjo la Revolución volvió las cosas a su estado primitivo y como producto de ella nació el Código de Napoleón, que ha sido savia y alimento de la mayoría de los Códigos contemporáneos, que desconocen las uniones irregulares y los derechos y obligaciones de los padres e hijos naturales, guardando sobre ello un silencio culpable, ya que una realidad social de esa magnitud no se revuelve con el sólo hecho de darle la espalda.

Y de allí partió la Jurisprudencia, a veces con la soterrada intención de salvar ese vacío, y las doctrinas se han estructurado de manera más justa y más humana, más ceñida a la realidad. Pero, desgraciadamente sigue primando el prejuicio y la nueva reglamentación busca reglamentar los efectos de una Institución, olvidándose de la Institución misma y echando sobre ella una especie de tabú; a veces obedeciendo a una doble moral, como la que tuvieron los mismos iniciadores de lo que hoy está patentizado como nuestra legislación de familia, San Agustín por ejemplo, lo reprobaba y está comprobado que vivió en ese estado en su borrascosa juventud, y que a consecuencia

de una de sus relaciones concubinarias el Obispo de Hipona haya tenido un hijo reconocido por él de nombre Deodato.

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

"Grupo que en esencia sigue siendo el mismo a pesar de la evolución del pensamiento humano y de sus instituciones. Es la misma atracción sexual de nuestros primitivos padres la que sentimos hoy y la que nos hace buscar una mujer para con ella satisfacer nuestro instinto de procreación y convivencia. Y sigue siendo la misma no obstante los prejuicios y las ideas morales, religiosas o políticas que se practiquen." (JORGE VALENCIA ARANGO, Sent. Consejo de Estado que reconoce derechos a la concubina por la muerte ilícita del concubino, de Abril 19 de 1980).

1.2 CONCEPTO.

Qué es el Concubinato ? La palabra CONCUBINATO se deriva del Latín CONCUBINATUS, término con que se designaba en Derecho Romano la unión entre personas de distinto sexo , para hacer vida común, pero con la AFFECTIO MARITALIS. En el antiguo derecho español se empleo el término BARRAGANIA, y la concubina recibió el nombre de BARRAGANA. El Diccionario de la lengua española de nominan al compañero de la concubina con el nombre de concubinario; pero en nuestro medio se denomina CONCUBINO, que a su vez, proviene del Latín CONCUBARE integrada de CUM COM y CUBARE , que significa acostarse.

Para la profesora LIGIA ECHEVERRI DE FERRUFINO, en su obra la FAMILIA DE HECHO EN COLOMBIA, el concepto de concubina desborda lo etimológico y conceptual, y abarca toda una gama de matices socio-económicos, que diversifican la comunidad de lecho en Colombia, y crean unos sub-grupos con particulares formas de relación y aceptación en la comunidad. Al respecto manifiesta que en nuestra sociedad hay dos sistemas de familia;

La familia Legal y

La familia de hecho.

De aquí parte para hacer una serie de consideraciones y enfoques sociológicos y estadísticos, donde expone y analiza histórica y jurídicamente los tipos de transformaciones de carácter legal e ideológico que ha sufrido la familia de hecho en Colombia, los cambios sociales y culturales que inciden en el surgimiento de nuevos patrones familiares, y que deben ser de forzoso estudio, porque evidencia la necesidad de sintonizar el Derecho hacia estos nuevos fenómenos para plantear sustanciales modificaciones a la legislación y política familiares.

La familia como institución producto de las relaciones interpersonales que imponen los mas marcados cambios socio-económicos, ha venido evolucionando, es así como desde las hordas, que constituían un sólo núcleo donde reinaba la promiscuidad, la familia se fué atemperando a la cualificación de sus propias manifestaciones culturales, a las causas económicas, hasta llegar a la monogamia, que al decir de F. Engels " nace en el período de transición entre el estadio medio y el estadio superior de la barbarie " y además lo cataloga como " uno de los síntomas de la civilización naciente " .

El lector encontrará que estos dos párrafos parecen dos ínsulas que en nada se relacionan; empero, van a ser el fundamento de esta pequeña obra, ya que la monogamia, no el matrimonio, es el triunfo

definitivo de la civilización en la evolución familiar, y el concubinato no es dable por un capricho irreflexivo, sino que obedece a causas sociales, económicas y personales. Podríamos decir que es la necesidad histórica básica, como lo fué el matrimonio en su tiempo.

Esta apreciación anterior es básica para comprometer la legislación en nuevas estructuras legales en la contemplación del fenómeno FAMILIA.

En nuestra sociedad el matrimonio sigue siendo la norma ideal y la modalidad preferencial ya que no hay aprobación legal explícita de las relaciones convivenciales no matrimoniales. Sin embargo en términos de las normas reales de comportamiento, hay que aceptar que existen varias formas de constituir FAMILIAS diferentes a la matrimonial (católica y civil).

Teniendo el concepto legal de matrimonio (Artículo 113 del C. C) , como un Contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y de auxiliarse mutuamente ; será CONCUBINATO, toda convivencia de un hombre y una mujer con los mismos propósitos, pero careciendo de la solemnidad legal. Cabría ahora preguntarse, que si lo que pretende el DERECHO es al

canzar mayor legalidad de los actos humanos, es, para ser más
hueros en nuestra apreciación, meter en cintura comportamientos
que reiteran la intención y la voluntad de la sociedad, podría pensar
se en la necesidad de implantar mecanismos legales para formalizar
el CONCUBINATO dándole el mismo o similar estatus que el matri
monio para los miembros involucrados en su derivación social, eco
nómica y personal.

1.3 ETIOLOGIA DEL FENOMENO EN COLOMBIA .

Es innegable la incidencia de la familia de hecho en nuestro medio ,
y es una obligación de un estudio serio de cualquier fenómeno social,
encontrarle su causalidad. Para lo que nos atañe, EL CONCUBINATO
aunque dispendioso, vamos a tratar de dilucidar, el porqué ? de ésta
conducta reafirmada permanentemente en nuestra sociedad.

Plantemos un punto de referencia, y tratemos de crear un patrón
de informe histórico. El matrimonio se distingue fundamentalmente
del CONCUBINATO, por tener un conjunto de normas legales para
sancionar la paternidad y procurar una base estable al cuidado y
educación de los hijos, así como un mecanismo de aseguramiento
para perpetuar la familia y la sociedad.

Ahora bien, porqué en los tiempos actuales la gente asume una conducta familiar fuera de la Ley ; el Concubinato. Esto tendría múltiples explicaciones. Trataremos de dilucidarlo.

Tomemos como primera medida el avance vertiginoso del papel que juega la mujer en todos los aspectos fundamentales de la vida, llámese producción, arte ó familia, y digamos que el planteamiento legal que trae nuestra legislación civil, enfoca a la mujer desde un punto de vista biológico y desde un punto de vista social. Desde el punto de vista biológico, como reproductora (madre) y objeto de satisfacción sexual. En lo social que cumpla un proceso de socialización indispensable para que el pequeño ser humano (niño) adquiera valores fundamentales. Este planteamiento desconoce las nuevas expectativas de la mujer en el complejo sistema actual de las Relaciones de producción y la necesidad fundamental en la mujer de asumir un rol y un status dentro de la estructura social. Como complemento tomaremos las palabras de la socióloga VIRGINIA GUTIERREZ DE PINEDA, quien manifiesta que el status y el rol del hombre y la mujer en la familia y en la sociedad están condicionados por lo que la sociedad y la cultura en un momento histórico dado, esperan que sea el comportamiento de cada sexo, lo cual es muy cierto.

Entonces pues, tomemos esto como primera causal, llamemosla EMANCIPACION ECONOMICA DE LA MUJER. En esta etapa del desarrollo económico y social del país, la mujer comenzó un pausado pero tenaz avance en su ubicación fuera del área familiar tradicional. Esta causal, más la TRANSCULTURACION (segunda causal), debida a la transformación económica producto del Industrialismo y la Urbanización creciente, lo que permite una mayor influencia de culturas foráneas sobre la estructura cultural del país, aunado a un proceso de racionalización y cuestionamiento del proceso educativo y formativo de las personalidades e imágenes masculinas y femeninas y sus status correspondientes, permitió el surgimiento de movimientos como el de la liberación femenina, grupos que luchan por la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, la profesionalización femenina, etc., que han propiciado un ajuste en las instituciones legales y sociales que regulan la familia, el matrimonio y la educación, propendiendo con ello al cambio en las estructuras tipológicas de la familia colombiana, ante la legitimidad preestablecida. Vemos hoy como asistimos a una negación de la familia tradicional en segmentos de los estratos medios y altos, así como a la rebelión contra la legitimación de la misma, lo cual se manifiesta en la proliferación de las diversas modalidades de uniones de hecho. Dentro de estos cambios, el status de la mujer comienza a experimentar un avance en cuanto al uso de la

libertad de movilización, educación y trabajo, con lo cual entra a participar en ciertas decisiones del grupo familiar y de la sociedad.

La mujer comienza a poner fronteras a la acción familiar de control que en cierta manera impone el matrimonio, y opta por uniones menos atávicas que le permitan realizar sus expectativas. En otras palabras, los cambios sociales han conducido, contra los valores tradicionales, a que las mujeres y los hombres se unan en un proceso de participación parcial en las esferas económicas, políticas y educativa, afectando con esta situación el vínculo hombre-mujer en la relación familiar tradicional, la que es vista, sobre todo en los jóvenes como una atadura constructiva.

Por otra parte, en el Concubinato no se establece el vínculo de parentesco de afinidad que sí se establece con el matrimonio y que emparenta no solamente a los cónyuges sino también crea al llamado "parentesco político" entre las respectivas series de parientes consanguíneos de la pareja, con lo cual si lo que propugna la familia moderna es su libertad, evita la serie de obligaciones legales asignadas a la parentela, y en alguna forma puede incidir en la preferencia por la unión de hecho.



También es necesario manifestar, que la mera satisfacción sexual como inspiración hacia el matrimonio, debida a las circunstancias culturales de antaño que tendían a su represión y a la firmeza en las convicciones religiosas que daban al sexo extramatrimonial el rango de pecado, o el temor a las murmuraciones, al embarazo o a la enfermedad venérea y otras de diferente contenido espiritual, han perdido fuerza debido a la urbanización creciente y al consecuente anonimato de la urbe, dando lugar con ello al incremento de las relaciones pre y extra-matrimoniales con una creciente aprobación social.

Por otra parte, LOS ESTEREOTIPOS, es decir, la imagen romantica que se proyecta a través de la literatura, la música, y la publicidad excesiva con respecto al hombre ó a la mujer en capacidad de legitimar un matrimonio, donde se inculca el modelo de la "perpetua luna de miel", incide en la imperfecta e insuficiente preparación para asumir la vida familiar legítima, ya que nuestra naturaleza emocional, social y cultural está muy lejos de esas imágenes familiares femeninas y masculinas estereotipadas.

Habiendo hecho una somera explicación de causa por las cuales las personas se avienen a convivir de hecho, aunandole a estas los costos mismos de un matrimonio hoy en día, donde ajuares, fiesta y la subsiguiente necesidad de status ante el medio, hacen de que irrumpa

una nueva realidad familiar y social. En los próximos Capítulos, estudiaremos ya no con carácter alegatorio, sino monográfico, el régimen de los bienes y patrimonial del Concubinato, legislación comparada, las proyecciones legislativas y su análisis, derechos inherentes a las relaciones concubinarias, jurisprudencia colombiana acerca del Concubinato y las conclusiones.

2. REGIMEN DE LOS BIENES EN EL CONCUBINATO

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

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

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

2.1 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 exis

tido si se llega a la conclusión positiva, la concubina sólo podría exigir pago de los salarios debidos, así como de las demás prestaciones a que tuviere derecho.

Si resulta que solo se dá el concubinato sino que existe algo más , en tonces, además de tales prestaciones, tendrá los derechos que la Ley reconozca 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 caracter laboral, no existe subordinación jurídica, ni hay remuneración de índole asalariado. Cualquier elementos de los invitados, 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 absolutos 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 lo propiamente laboral en lo que corresponda, y para no proteger el concubinato como si fuera contrato de trabajo. Confundiéndolos.:

Se puede admitir en principio que la relación entre concubinos no es de trabajo, pero no es aceptable la tesis de que aquellas sea opuesta a este, o que la relación concubinaria 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 lo sugiere el recurrente, sino la de que en el supuesto de haberse probado el servicio personal, no fué independiente de la relación sexual extramatrimonial entre los litigentes. 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 convivir es extraño e independiente

te , y por tanto sin incidencia en el Derecho .

Pero como es obvio, es preciso demostrar que el servicio no se presta en consideración a la vinculación concubinaria , extremo que no ha tenido en cuenta la decisión en éste proceso “ .

2.2.1 LA SOCIEDAD DE HECHO

Genera la convivencia concubinaria una sociedad de hecho entre los concubinos? Tal es la pregunta que con alguna frecuencia deben responder los jueces ante requerimientos concretos. Debemos destacar que en nuestra legislación no existe precepto alguno, que regule en forma expresa o infiera en la comunidad patrimonial entre los convivientes. Sin embargo algunos tratadistas sostienen que de la preceptiva del Artículo 2083 del Código Civil que estipula que si se formare de hecho una sociedad que no pueda subsistir legalmente ni como sociedad, ni como donación, ni como contrato alguno, cada socio, tendrá la facultad de pedir que se liquiden las operaciones anteriores, y de sacar lo que hubiere aportado , puede aplicarse a la relación patrimonial que tiene origen en el concubinato, tesis ésta que no es aceptada, porque el inciso final del mismo Artículo considera que la disposición no es aplicable a las sociedades que son nulas

por lo ilícito de la causa o el objeto, caso en el cual estarían las sociedades en estudio.

No existiendo entre los concubinos una comunidad patrimonial necesaria, como la conyugal que deviene por la celebración del matrimonio, se trataría, aseguran los partidarios de esta teoría, de una sociedad irregular de hecho. La convivencia concubinaria que ha dado lugar al hogar de hecho, extramatrimonial, puede poner a los concubinos frente a una comunidad de aportes, intereses, ganancias.

La aceptación de esta teoría es en extremo peligrosa, ya que en la demostración de los hechos societarios practicados por los concubinos, es menester la adopción de un criterio, puesto que la relación concubinaria puede crear una apariencia de comunidad de bienes y, en esta forma, caerse insensiblemente en la admisión de una sociedad conyugal irregular referente a los bienes particulares y actuales de cada uno de los interesados.

El concubinato, por prolongado que fuera, no significa, ni prueba por sí solo la existencia de una sociedad de hecho entre los concubinos, ya que tal sociedad, no se presume y eventualmente es menester probarla con prescindencia del hecho del concubinato.

Es decir, que cualquiera que sea el juicio que se tenga respecto de las uniones concubinarias, en el caso, el fundamento de la acción no finca en el hecho de la cohabitación, sino en el efectivo aporte de los bienes destinados al aprovechamiento común .

Por lo tanto, el concubinato, que por sí mismo no era una sociedad de hecho entre los concubinos, ni hace presumir su existencia , pues ello no excluye la posibilidad que tal sociedad exista, debiendo probarla quien la alega, si pretende el reconocimiento de derechos derivados de ella. .

2.2.1 Fundamentos .

Si la base económica de la familia, surge del patrimonio familiar , del cual es ejemplo resaltante la sociedad conyugal con la comunidad de adquisiciones y ganancias, existen motivaciones para no desconocer en términos absolutos, la posibilidad de que al patrimonio exista entre quienes aún no unidos, han cooperado efectivamente a la formación o acrecentamiento del mismo; subyaciendo, por ello mismo , la idea de comunidad de intereses. Lo que ocurre es que no es el concubinato, la convivencia " more uxorio " extramatrimonial la que " per se " genera tal comunidad; con prescindencia de ella, o mejor aún, dejándola de lado, la sociedad que eventualmente exista

entre los concubinos, hallará su base en la conjunción de los elementos constitutivos de toda la sociedad, como son : aportes comunes , contribución en las pérdidas y ganancias, como también el " affectio societatis " .

En estas condiciones la regla " nemo auditur turpitudinem suam allegans " , no puede ser invocada contra quien reclama la restitución de lo que te pertenece, ni aplicable con el fin de retener un enriquecimiento injusto, obtenido a expensas de los bienes o el trabajo ajenos .

Queda perfectamente establecido, que, no cabe hablar de " sociedad conyugal de hecho " . Las normas que rigen la sociedad conyugal no pueden ser aplicadas por analogía a los convivientes del hecho, sin que Ley alguna lo autorice. Siendo por lo tanto una situación de hecho en nuestro ordenamiento jurídico, el concubinato no es constitución emplazatoria de un estado ni genera un régimen económico entre los concubinos.

La legislación colombiana, como hemos explicado, no regula positivamente las relaciones económico-jurídicas que nacen de la convivencia " more uxorio " , inicialmente tampoco lo hizo la jurisprudencia

de la corte, quizás por considerar que no podía reconocerse a ésta, efectos semejantes a los reconocidos legalmente al patrimonio .

Sin embargo, a partir del año 1935, en sentencia del 30 de Noviembre la corte apreció que es posible reconocer la existencia de la sociedad de hecho entre concubinos .

Para ello, comenzó a recordar que las sociedades de hecho son de dos clases : las que se forman en virtud de un consentimiento expreso, y que, por omisión de las formalidades 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, puede deducirse el consentimiento implícito. Dada la naturaleza de esta segunda clase de sociedades de hecho, la jurisprudencia consagró, pues, la posibilidad de encontrarla constituida entre los sujetos relacionados entre sí por la unión libre .

De acuerdo con la doctrina de la corte, para el reconocimiento judicial de una sociedad de hecho entre concubinos, es indispensable que aparezcan los elementos propios de un contrato en general, los que corresponden específicamente a la sociedad, como ya se dijo y , además, los que exige la sociedad celebrada por dos sujetos unidos por



relaciones sexuales y de comunidad de vida, estables, permanentes y notorias.

De esta forma, es necesario que los constituyentes sean legalmente capaces, que presten su consentimiento, que los mueva una causa lícita, que su voluntad recaiga sobre un objeto lícito y, es preciso 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 esa especulación.

Sin embargo, los anteriores presupuestos no son suficientes, para reconocer la sociedad de hecho entre concubinos. La jurisprudencia de la corte ha agregado dos condiciones más :

- a. Que la sociedad no haya tenido por objeto el crear, mantener o prolongar las relaciones concubinarias, pues de desatenderse esta regla, sería tenida como nula por causa ilícita ; y
- b. Que sea común, explotación de una empresa por los amantes que aparezca nítidamente como tal, y no se presente como un aspecto de la común vivienda extendida al manejo de los bienes suyos, pues como el concubinato no genera por sí mismo una comunidad de bienes,

ni sociedad de hecho entre concubinos en una determinada empresa creada con el propósito de realizar beneficios de lo que es el simple resultado de una comunidad de vivienda o de una intimidad de carácter sexual o de una comunidad dirigida al manejo, conservación y administración de los bienes de uno, de otro o de ambos .

Precisando el alcance de las llamadas sociedades creadas por los hechos, dijo la Corte en la sentencia citada que, para su reconocimiento, es indispensable :

1. Que se trate de una sociedad en la que concurren una serie coordinada de hechos de explotación común .
2. Que se ejerza una acción paralela y simultánea entre los presuntos asociados , tendiente 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 o de servicios, de un mandato o de cualquier otra convención, por razón de la cual uno de los colaboradores reciba salarios o esté excluido de una participación activa en la dirección , en el control y en la supervigilancia de la empresa .

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

2.2.2 Prueba de la sociedad de hecho .

La sociedad o comunidad de intereses, establecida en la forma explicada, debe probarse por quien alega su existencia , conforme a los principios probatorios que rigen al respecto, prescindiendo claro está del régimen de comunidad conyugal .

Al respecto, se considera que la prueba de sociedad de hecho entre concubinos debe versar sobre los aportes o trabajos comunes y sobre el propósito de obtener alguna utilidad apreciable en dinero o bien acerca de la existencia de un estado de comunidad de bienes o de intereses, con total prescindencia de las relaciones concubinarias .

Somos de la opinión que, para determinar la existencia de una sociedad de hecho entre concubinos, debe permitirse allegar al respectivo proceso, toda clase de pruebas, es así, como a falta de instrumento escrito, a efecto de que los socios que alegan entre sí la existencia de la sociedad, puedan pedir la restitución de lo que hubiesen apor

tado, la liquidación de las operaciones realizadas entre sí y la participación de las ganancias .

Nos permitimos sostener que, para probar la existencia de una sociedad de hecho entre concubinos, puede recurrirse inclusive a la prueba testimonial, aunque según la regla general, la prueba testimonial es admisible, sólo cuando concurre el principio de prueba por escrito .

Es de señalar, por último, que tratándose de la invocación de una sociedad irregular o de hecho, con prescindencia de la vida en común sostenida por los concubinos, la prueba de los aportes cobra relevante importancia .:

Probados tales aportes, las acciones entre aquellos habrán de ser incontestables. Debe reiterarse, que si bien el principio de enriquecimiento injusto se subordina a la existencia de una causa jurídica que pueda legitimar la adquisición o ese enriquecimiento, no puede por lo tanto, invocarse para eludir las normas que regulan un contrato determinado .

En tal sentido y, admitido que la convivencia "more uxorio" no es

causa de incapacidad contractual entre concubinos , pueden ser considerados como aportes : comunidad de bienes y trabajo; el trabajo personal prestado por la concubina al frente del fondo de comercio , comportándose frente a terceros como la dueña de éste; la prestación de tareas relativas al servicio doméstico llevadas a cabo por ambos concubinos, pagándosele a uno de ellos la retribución correspondiente a ambos; la existencia de una Cuenta Corriente Bancaria a la orden conjunta o indistinta de ambos .

2.3 ENRIQUECIMIENTOS 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 torticero es necesario " :

1. Que exista un enriquecimiento, es decir, que el obligado ha ya tenido una ventaja patrimonial, la cual pueda ser negativa o positiva . Esto es, no sólo en el sentido de adicción de algo, sino también el de evitar un menoscabo de un patrimonio .

Falta página 33 42

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 .

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

43278

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 inrem 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 verso demandante que por un hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho. Debe sufrir las consecuencia 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 en el de reparar un daño pero no el de indemnización. Sobre la base del empobrecimiento su

frido por el demandante , no se puede condenar sino hasta la porción en que efectivamente se enriqueció el demandado .

2.3.1 Los Concubinos frente a la Ley laboral .

Nuestro Legislador reconoce ciertos derechos a los concubinos en casos especiales, particularmente relacionados con situaciones derivadas del orden laboral. Así, el Artículo 55 de la Ley 90 de 1946 le reconoce pensión por muerte a la mujer con quien el asegurado haga 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 tendran un derecho proporcional las que tuvieron hijos del difunto .

El Artículo 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 meses de edad mediante el pago de tarifas económicas especiales. Obsérvese como aquí ya no se exige el concubinato perfecto; puede tratarse de un marido sepa

la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado público, y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a la pensión de jubilación de otro conyuge si este fallece antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la Ley, o en convención colectivas .

2.3.2 Derechos Inherentes a la Relación Concubinaria.

Alimentos Suministrados entre Concubinos. Es evidente, que entre concubinos no existe la obligación legal, derivada del parentesco o del vínculo conyugal , la prestación asistencial exigible, no se extiende hasta más allá de las personas que en cada caso enumera la Ley .

Sin embargo, cabe preguntarse si los alimentos que durante la convivencia uno de los concubinos presta al otro de manera voluntaria, deben reputarse como el cumplimiento de una obligación natural .

Bien es sabido que las obligaciones naturales, son aquellas que, fundadas en el derecho natural como también en la equidad, pero no confieren acción para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas por el deudor, autoriza para retener lo que se ha dado en razón de ellas .

rado 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 trabajo y enfermedades profesionales, prescribe en su Artículo 20, " que a falta de viuda tiene los mismos derechos la mujer que haya sido inscrita como compañera en el Instituto De Seguros Sociales, siempre que haga vida marital con el asegurado durante los tres 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 2690 de 1960 reglamenta dicho seguro y el de enfermedad profesional. El asegurado, a falta de mujer legítima, tiene derecho a que se le pres- te a la mujer con quien esté haciendo vida marital bajo el mismo te- cho, la asistencia médica obstétrica, siempre que haya permaneci- do solteros durante la vida marital extramatrimonial, y que obvia- mente, la compañera se encuentre inscrita en los Registros del Se- guro con la antelación requerida en el mismo .

Artículo 10. de la Ley 12 de 1973, dice : " El cónyuge supérstite o

Es decir, que plantear la cuestión de si existe obligación natural de prestarse alimentos entre los concubinos, importa dilucidar si en su caso, los alimentos suministrados son repetibles en caso de ruptura de la convivencia o, lo que es lo mismo, si la concubina que pasó los alimentos puede exigir su devolución.

Ello implica resolver dos problemas previos :

En primer lugar, si la enumeración del Artículo 411 del Código Civil es meramente enunciativa y no taxativa en cuanto a los supuestos que constituyen obligaciones naturales.

En segundo lugar, si se acepta que existe un deber moral o ético de servirse asistencia entre los concubinos.

En lo que se refiere al primer punto, estimamos con la doctrina mayoritaria, que la enumeración del Artículo 411 del Código Civil es simplemente enunciativa. Es decir, que todo principio de justicia o de equidad que sirva de fundamento a una pretensión, es simultáneamente causa de una obligación natural. En otras palabras, las obligaciones naturales no se agotan en supuestos de excepción como algunos autores sostienen, sino que se caracterizan genéricamente en



el enunciado del Artículo del Código Civil . La enumeración que sigue a esa caracterización es ejemplificativa de situaciones .

Más controvertido, puede resultar afirmar que entre los concubinos existe un deber moral de asistencia recíproca. Cuando la convivencia tiene resultante la existencia de hijos, la jurisprudencia no ha vacilado en afirmar, que el concubino es guardador de los hijos menores de su mujer a causa de las relaciones domésticas y afectivas que se forman y porque con ellas el hombre se impone un deber de colaboración en la asistencia moral y material de esos seres. No se trata, sino de reconocer la existencia del núcleo familiar, cuando la familia se ha formado. De otro lado en estos casos , la obligación es recíproca cuando se deriva de las relaciones emergentes de la paternidad o de la maternidad .

Por lo tanto, basándonos en una hermenéutica sistemática, cabe reconocer un imperativo ético , aunque no formulado, en términos generales, advierte sobre la necesidad de atender los requerimientos, que crean situaciones de hecho asumidas dentro del contexto familiar.

En la medida en que la prestación asistencial no encubriere donaciones en perjuicio de los herederos forzosos, pensamos que la exis

tencia de la unión proyectada desde la convivencia como tal, tornaría inmoral la pretensión de que uno de los concubinos, restituyere al otro lo que éste voluntariamente solventó, para la alimentación, vestuario, asistencia en las enfermedades, etc., en función de la convivencia, también voluntariamente convenida .

3. INDEMNIZACIONES

REPARACION DEL PERJUICIO SUFRIDO POR LA CONCUBINA POR EL HECHO DE LA MUERTE ACCIDENTAL DE SU CONCUBINARIO.

El Artículo 2341 del Código Civil exige tres requisitos para que la responsabilidad civil se vea comprometida : una culpa , un perjuicio y una relación de causalidad entre la culpa y el perjuicio .

Si se admite que esas condiciones son suficientes, nada se opone jurídicamente a la admisibilidad de la acción de la concubina, cuando esta prueba una culpa con cargo al autor del accidente mortal del que ha sido víctima de su compañero . Durante mucho tiempo la Jurisprudencia en su totalidad desconoció esta acción .

Anteriormente, sobre todo en Francia, se hacia una distinción en tre materialidad del perjuicio y la moral, entonces la jurisprudencia, basada en este presupuesto, negaba cualquier indemnización en

este asunto, alegando que únicamente pueden reclamar la reparación de un perjuicio moral los que justificaren un interés afectivo nacido del vínculo del parentesco por consanguinidad o de afinidad con el difunto; así, la concubina se encuentra en la imposibilidad de reclamar reparación del perjuicio moral .

Esta argumentación fué arduamente rebatida , entonces, el continuar negando a la concubina este derecho a la indemnización , surgió un nuevo concepto, fundándose en la consideración siguiente : Al ser por esencia una situación inestable, el concubinato, puesto que cada uno de quien así viven tienen la posibilidad de romper a su antojo la unión, la concubina se encuentra en imposibilidad de probar de manera cierta que la vida en común se había proseguido, alegaban , que el perjuicio que se invoca es puramente hipotético; por tanto no debe ser reparado.

No era un argumento excelente; algunas veces el concubinato se presenta en condiciones tales, que ofrece todas las probabilidades de durar la realidad, nos presenta toda una gama de situaciones nuevas, así, ilustremos por vía de ejemplo: una unión concubinaria de más de catorce años, con hijos reconocidos y la mujer se encuentra incluida dentro del testamento del concubinato. En casos de esta especie, la inadmisibilidad de la acción no podrá resultar del carácter

hipotético del perjuicio. Se estaba entonces obligado a distinguir entre el concubinato estable y menos estable y el más digno y menos digno.

Sólo hasta el año de 1979, se reconocen indemnizaciones de este carácter, así el Consejo de Estado, en un memorable fallo, en el cual actuó como ponente el consejero Valencia Arango, se le reconoció indemnización a la concubina, por la muerte de su compañero en un accidente de trabajo, estando éste vinculado al Ministerio de Obras Públicas y Transportes. La sentencia se basa en un razonamiento nuevo, tomado al parecer de la jurisprudencia francesa, en la cual se establece una premisa; por medio de ésta todo el problema es nuevamente planteado y resuelto: se exige una condición suplementaria para la admisibilidad de las acciones de responsabilidad; la víctima no es admitida a reclamar un perjuicio cualquiera, sino solamente de la lesión cierta de un interés legítimo, jurídicamente protegido .

3.1 INDEMNIZACION POR RUPTURA DEL CONCUBINATO.

El abandono de la concubina por el concubino, en principio no genera obligación indemnizatoria alguna a favor de aquella, pues entre

los concubinos no existe obligación civil, de ninguna índole y cada cual puede romper a su antojo la relación. Sin embargo, puede considerarse el resarcimiento de perjuicios, pero ya no fundándose sobre la ruptura misma, sino sobre las circunstancias muy particulares que acompañen la ruptura .

Es así en el caso de que la concubina fuera víctima, por parte de su compañero de un delito de calumnia o injuria - por ejemplo - inferido por el concubinato, como ya se dijo, podría junto con la acción penal, que intentare demandar una indemnización adecuada de acuerdo con los principios que rigen la responsabilidad por hecho ilícito.

Claro está, que en estos casos, como ya lo esbozamos, la pretensión indemnizatoria se funda, no en la ruptura del concubinato, sino en un hecho ilícito que dá origen a un perjuicio moral .

Sin embargo, si en la oportunidad de la ruptura, el concubino voluntariamente hubiere compensado a su compañera los perjuicios materiales que ocasiona la cesación de la vida en común , opinamos que éste que voluntariamente entregó, no podría exigir luego su reembolso .

3.2 JURISPRUDENCIA COLOMBIANA .

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

Ante el gran vacío legislativo, corresponde a la doctrina y a la jurisprudencia (Artículo 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 .

3.2.1 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 Noviembre 30 de 1935 que tiene su 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 10. 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 ; Septiembre 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 .

3.2.2 Con Relación a la Sociedad de Hecho .

Sentencia Noviembre 30 de 1935 .

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

Primera. Las que se forman por virtud de un consentimiento " ex
preso " 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 dere
cho, no alcanzan la categoría de tales .

Segunda . Las que se originan en la colaboración de dos o más per
sonas en una misma explotación y resultan de un conjunto o de una
serie coordinada de operaciones que efectúan en común esas perso
nas y de las de reconocimiento de las sociedades de hecho de la se
gunda clase que los expositores llama " Sociedades creadas de he
chos por los hechos " no puede alegarse que la sociedad es un con
trato que no se forma sino por manifestaciones recíprocas y concor
dantes de la voluntad de las partes y que este elemento fundamental
no existe en esas sociedades creadas de hecho : en éstas, tal acuer
do 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 actividades encaminadas a obtener beneficios .

~ Si la sociedad lo que es muy frecuente se ha creado de hecho entre

concubinos, será necesario que medien estas dos circunstancias :

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 las 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 1 de 1953 .

“Nunca la simple colaboración entre concubinos, cualquiera que sea

el tiempo de duración y la índole o naturaleza de las 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, con la cual la sociedad que de ese sólo hecho pretendiera deducirse, adolecería de nulidad por ilicitud en su causa, tal como lo previene la última parte del Artículo 2083 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 proceder 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 hubiere 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 el paralelismo no es total. Supongamos que el concubino tiene 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 concubina. 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 .

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, consentidos 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 concubenarios .

" Doctrina invariable de la Corte ha sido la de que por cuanto la vida en común de los amancebados no genera , perse , ni comunidad de bienes ni sociedad de hecho, para declarar la existencia de ésta y que a 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 dicte su existencia, el litigio debe trabarse entre concubina y concubinario . Pero sí, 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, puedan 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 " .

3.2.3 Con relación al Enriquecimiento sin Causa .

Sentencia de Mayo 7 de 1947

3. " La doctrina y la jurisprudencia Francesa, 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 cuidados y desembolsos para participar de los beneficios obtenidos durante la vida en común, la acción de in rem verso que es la legalmente adecuada 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

4. "El enriquecimiento injusto se produce toda vez que un patri

monio 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 o 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 ser lo 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 el 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 causa o fundamento jurídico en el enriquecimiento sin causa, es sin duda el elemento esencial que justifica el principio que prohíbe que las personas se enriquezcan a expensas de otras."

4. PROYECCION LEGISLATIVA SOBRE EL CONCUBINATO

Por ser de trascendental importancia, las reformas que sobre ésta materia se han propuesto ante el Congreso De La República , me he permitido adicionar a la presente obra el Proyecto de Ley Número 48 (numeración de la Cámara de Representantes) porque facilita mejor consulta y mejor estudio comparativo con todo lo que se ha desarrollado en la presente monografía .

Entonces, nos permitiremos exponer el texto del Proyecto presentado ante la Honorable Cámara de Representantes por la doctora Nahir Saavedra de Devis .

* Proyecto de Ley Número 48 de 1978 , por el cual se legisla sobre Sociedad Patrimonial entre Concubinos . El Congreso de Colombia , en uso de sus facultades constitucionales , Decreta :

ARTICULO 1o. El hecho de vivir por dos o más años continuos en estado de concubinato, crea una sociedad patrimonial entre concubinos, con efectos desde la iniciación de aquél .

ARTICULO 2o. Si durante la vigencia del concubinato ninguno de los concubinos ha tenido sociedad conyugal, el haber de la sociedad patrimonial entre aquellos estará formado por los bienes de que tratan los Artículos 1.781 a 1.804 del Código Civil, adquiridos por cualquiera de los concubinos dentro del concubinato .

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

En estos casos el haber de la sociedad patrimonial entre concubinos, se forma por los bienes adjudicados al cónyuge concubino en la liquidación de la sociedad conyugal, más aquellos de que tratan los Artículos 1781 a 1804 del Código Civil, que hubieren sido adquiridos antes de la sociedad conyugal o después de su disolución .

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

ARTICULO 5o. La sociedad patrimonial entre concubinos se disuelve :

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

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

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

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

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

ARTICULO 9o. En los términos anteriores quedan reformados los Artículos 1837 y 1841 y adicionado el Artículo 525 del Código del Procedimiento Civil y cualesquiera otro que sean incompatibles con lo dispuesto en esta Ley .

ARTICULO 10o. Esta Ley rige desde su promulgación .

Análisis : El mencionado Proyecto, representa un notable avance en los siguientes puntos :

1. Constituye un paso real del estado hacia la reglamentación legal del concubinato en beneficio de los concubenarios, los hijos extramatrimoniales , de la misma institución matrimonial y de la sociedad en general que dicho sea de paso, reconoce y acepta la ino

perancia en la época actual de la tradición política (hoy no generalizada en el mundo) de la mera tolerancia con la consciente ausencia de normatividad legal .

2. Precisa la existencia de la sociedad patrimonial entre concubinos de manera semejante a la sociedad conyugal entre conyuges, pero dándole preferencia a ésta última . En consecuencia :

a. Se modifica la existencia de la sociedad económica entre concubinos, pues con este proyecto ella no depende de elementos o factores económicos, tal como actualmente se exige por la doctrina y la jurisprudencia para la constitución y disolución de la sociedad patrimonial entre concubinos, sino que la proyectada reglamentación funda el nacimiento y extinción de dicha sociedad, en la propia existencia del concubinato, que, al igual que el matrimonio, pasaría a ser una relación jurídica familiar con tales efectos patrimoniales .

b. Se asemeja en su composición, administración, disolución (con las diferencias del caso) y distribución de utilidades y ganancias, a las sociedades económicas del matrimonio (sociedad conyugal) y del concubinato (sociedad patrimonial), lo cual, dentro del régimen general vigente, no se observa dentro de la sociedad conyugal y la sociedad de hecho .

t. En caso de concurrencia, respecto de ambos o de alguno de los concubinos, de la sociedad conyugal y sociedad patrimonial, se le otorga a la primera con relación a la segunda preferencia en su composición, disolución, liquidación y cancelación, siguiendo un criterio similar al que la doctrina había establecido para resolver los conflictos de concurrencia de sociedades conyugales (estas últimas ya no se presentan por virtud de la parte final del numeral 4o. del Artículo 1820 en la redacción del Artículo 25 de la Ley la. de 1976) . Sin embargo, así mismo se trata de proteger el disfrute y extensión del derecho de gananciales de los concubinos, frente a las convenciones o declaraciones fraudulentas de renunciaciones mediante la eficaz prescripción de inexistencia o ineficacia de estos actos .

Para efectos sucesorales, esta sociedad patrimonial entre concubinos adquiere importancia cuando se dice por muerte de ambos o de uno de ellos, caso en el cual esa masa también podrá liquidarse en el proceso de sucesión, pero previa separación de dicha universalidad con la herencia del difunto, en forma similar a como hoy se efectúa entre sociedad conyugal y herencia .

No obstante, cuando también concorra sociedad conyugal, habrá de efectuarse la separación de los tres patrimonios en el siguiente orden :



1o. Se liquida la sociedad conyugal ; posteriormente la sociedad patrimonial de los concubinos , uno de los cuales sería alguno de aquellos cónyuges ;

2o. Se procederá a liquidar la herencia del difunto que es cónyuge y concubino a la vez. Sin embargo , la participación de estas masas tienen sus particularidades, que no es el caso de analizar en este momento .

5. LEGISLACION SOBRE EL CONCUBINATO EN OTROS PAISES .

Después de lo anteriormente visto y conociendo 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 .

5.1 EN LATINO - AMERICA .

Los distintos países latinoamericanos, a diferencia de Europa Occidental asisten, en mayor o menor medida al fenómeno del concubinato como forma de convivencia conyugal institucionalizada. Puede afirmarse que dicho fenómeno en general obedece a un verdadero marginamiento de extensas capas o estratos sociales que viven sobre la base de un aislamiento cultural y en ausencia de estructuras integradoras .

Porque las uniones de hecho, o uniones consensuales, responden a una realidad específica en extensas regiones latinoamericanas . Sea por costumbres adquiridas durante siglos de esclavitud o servilismo, el caso de los indígenas o de los negros ; sea por la marginalidad estructural, fomentada muchas veces por el factor racial ; sea por el escaso desarrollo de los sistemas administrativos y las vías de comunicación y, en última instancia, por la ausencia de estructuras que integran a la familia en el proceso cívico, ético y cultural . Latinoamérica enfrenta el concubinato como una forma o modo internacionalizado de unión conyugal. Y, en muchas oportunidades, las estadísticas demuestran que el número de familias constituídas sobre la base de esas uniones de hecho o consensuales es superior a las formadas a partir del matrimonio legítimo . Este queda reservado a un pequeño sector de la población que ostenta el poder político y social .

Ello explica que diversas legislaciones civiles, en esos países, hayan paulatinamente previsto los efectos civiles de las uniones consensuales, sobre las que descansan la constitución de millares de familias y sus hijos .

CHILE .

El Derecho Chileno contempla la existencia de una sociedad expresamente pactada por los concubinos, que puede ser civil o comercial .

En este caso, la suerte de los bienes de la sociedad quedarán regidos por los preceptos legales que reglamentan estos contratos .

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

También puede existir entre los concubinos una " sociedad irregular de hecho ", la cual puede darse cuando tratándose de una sociedad solemnne, no se cumpla con las formalidades exigidas en la Ley.

Finalmente, entre los concubinos puede existir una comunidad universal, con respecto a los bienes que se han adquirido dentro del

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 éste vínculo, sus herederos han pretendido tener derechos a todos sus bienes. A esta presunción, se ha opuesto el concubino sobreviviente, alegando la existencia de una comunidad y reclamando la mitad de los bienes, derechos que los tribunales le han concedido invariablemente.

CUBA .

La Constitución Cubana de 1940, en su Artículo 43, delegó en los Tribunales la determinación de los casos en que correspondía equiparar la unión de hecho, conforme a los caracteres de singularidad y estabilidad. Más adelante, el Código de la Familia de Cuba, reconoce y le da entidad a las uniones consensuales, cuando establece que la existencia de la unión matrimonial entre un hombre y una mujer con aptitud legal para contraerla y que reúna los requisitos de singularidad y estabilidad, surtirá todos los efectos propios del matrimonio formalizado legalmente cuando fuere reconocido por el Tribunal Competente. Establecía además que si uno de los concubinos estuviere unido en matrimonio anterior, esta circunstancia no afectará los derechos de los hijos habidos de la unión y de la persona (concubinario) que hubiere actuado de buena fé .

El reconocimiento judicial o formalización de esas uniones tienen efectos retroactivos, desde la fecha de la iniciación de la unión con sensual .

PERU .

La Legislación Peruana, en general, no reconoce derechos de la concubina, salvo casos muy aislados, como los de cierta y alimentos , previstos en el Código Civil. No tiene derechos hereditarios , salvo la posibilidad del legado dentro de los límites que la Ley sucesoral permite .

En cuanto a los bienes que se adquieren durante el concubinato , no existe Legislación específica, pero la Jurisprudencia ha llenado ese vacío al determinar que la concubina tiene derecho al cincuenta por ciento de los bienes adquiridos por el concubino, durante la vigencia de la relación .

MEXICO .

El Código Civil Mexicano, establece una presunción de paternidad similar a la que surge del matrimonio, además se establece la obligación alimentaria a cargo del testador y en favor de la concubina,

la que goza por su parte de vocación hereditaria. Según la cuantía de la cuota hereditaria de la concubina, depende de las personas con quienes concurra a la sucesión, pudiendo llegar a ser la mitad de la herencia .

En el Proyecto de Código Civil Mexicano, se reconocen plenamente los derechos de la concubina y de los hijos de estas uniones ; el legislador mexicano, ha dado un paso hacia adelante al abrir los ojos a una realidad social y al cambio socio-económico y cultural que se ha venido extendiendo en los países latinoamericanos incluyendo Mexico.

ARGENTINA .

En Argentina, se ha reconocido ciertos derechos, ya por vía Legislativa o jurisprudencial, es así, como se han establecido determinados efectos personales y patrimoniales a las uniones concubinarias .

Sobre todo cuando la convivencia ha trascendido en la Constitución de estados aparentes, sobre los que reposa la comunidad de vida entre los convivientes en la formación del hogar y la procreación de los hijos .

Si bien, la unión concubinaría como tal, es legítima, se atiende a resolver con equidad la situación familiar y social creada por la unión concubinaría, sobre todo cuando ella no va en desmedro de los intereses de una unión matrimonial anterior que en los hechos carece de virtual significación .

Consideramos de vital importancia mencionar otros países que han reconocido los derechos originados de las relaciones consensuales .

Así el Código Civil Guatemalteco de 1963, conforme a las previsiones de la Constitución de 1965, que incorpora un verdadero estatuto de las uniones de hecho, modificaciones éstas que se introdujeron para proteger a los hijos y a los mismos convivientes, atribuyéndose a estos iguales derechos y obligaciones que se consagran para los cónyuges en lo que fueren aplicables .

Por su parte el anteproyecto de Código Civil para Paraguay, ha tomado de la Ley Guatemalteca de 1947 ya citada .

Además, hay que destacar que distintas constituciones políticas iberoamericanas han contemplado el concubinato. En la de Bolivia de 1947, se reconocía el matrimonio de hecho en las uniones concubina- rias con el solo transcurso de dos años de vida en común , verifica

da por todos los medios legales de prueba o por el nacimiento de un hijo. La Constitución de Honduras de 1957, reconoció el matrimonio de hecho entre dos personas legalmente capacitadas para contraer matrimonio, delegando en la Ley las condiciones para que surta efectos legales . La Constitución de Panamá resumió quizás la fórmula más precisa, declaró que la unión de hecho entre personal legalmente capacitadas para contraer matrimonio, mantenida durante diez años consecutivos, en condiciones de singularidad estabilidad , surtirá todos los efectos del matrimonio civil .

5.2 EN EUROPA .

Entramos a ver el segundo grupo que es el extremo opuesto del anterior porque no admite regulación legal de la barraganña . Aquí encontramos a Alemania, Italia, Austria, Bélgica . 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 concu

binos 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 una tutela jurídica y social comparable a los derechos de los miembros de una familia legítima (Artículo 30, 3o, Código Constitucional) . La doctrina Italiana prefiere hablar de "convivencia more-uxorio " en lugar de concubinato, o en forma equivalente con vivencia como cónyuges .

BELGICA .

El derecho Civil Belga no reconoce al concubinato ninguna consecuencia jurídica . La unión libre por estable que sea de hecho es jurídicamente, inorgánica y desprovista de todo estatus y de toda obligación .

5.2.1: Legislaciones " Suigeneris " .

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 ha admitido ciertas soluciones concretas por parte de los Tribunales Federales, así :

1o. Las liberalidades entre Seudo-cónyuges no son inmorales , cuando no responden 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 Artículo 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 Artículo 495 dice : " los culpados 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 castigan, ha sido en tenerlo en cuenta, sólo para regular sus efectos .



5.2.2 El caso Ruso .

El Código Ruso de 1926 establecía que el matrimonio de hecho (o sea 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 .

43278

CONCLUSIONES

Tenemos que concluir que la Legislación Colombiana, exceptuando normas dispersas que no obedecen a principios claros ni coherentes, sino a circunstancias coyunturales ó ideológicas, ó políticas, que han aceptado ciertos derechos a los concubinos, el único tipo de familia que reconoce es aquella configurada monogámicamente y constituida formalmente mediante matrimonio. O sea, a la tradicional forma de familia que comprende madre-padre-hijos, en la cual los padres están unidos formalmente por matrimonio .

Ahora bien, qué es el matrimonio en Colombia ? . Realmente , la concepción legal del matrimonio es contractual, por tal motivo para él es aplicable toda teoría relativa a este tipo de actos: Un contrato. Esto se explica históricamente porque el maestro Bello, para redactar la normatividad estaba, como es lógico, inspirado en las teorías individualistas muy de moda en esas épocas, por lo cual se explica que el matrimonio no fuese visto como una Institución .

La concepción individualista implica una visión globalizante, donde se ve el derecho en función de derechos subjetivos de individuos, los cuales para convivir necesitan de una reglamentación, y no el derecho como regulador de una situación objetiva, que cambia según las diferentes situaciones que se vayan presentando. Por ello, el consentimiento, figura como uno de los pilares de toda situación jurídica, y es así como en el matrimonio, éste es el elemento básico sin el cual no es posible su existencia. Al reconocer este principio se concluye que la existencia de los denominados vicios que impiden la formación de un consentimiento fundado en un conocimiento de la situación, impide la validez del matrimonio.

Sin embargo, el matrimonio como contrato se acepta, pero con la actuación de la voluntad humana mucho más restringida. Por eso también la disolución si se tratara de un contrato normal sería posible mediante un acuerdo, sin necesidad de declaración oficial; pero el legislador para darle un carácter de estabilidad al matrimonio y para conservar la familia que legalmente se ha constituido, negó hasta 1976 la posibilidad de disolución. A partir de la Ley 1 de 1976 se aceptó esa posibilidad, pero solamente mediante la prueba de causales específicas determinadas por la Ley, negando la posibilidad de disolución por mutuo acuerdo. De un lado el de la causal sanción, que implica la existencia de una falta cometida por

uno de los cónyuges, y de otro, la causal - remedio que trata de mejorar una situación matrimonial de carácter insostenible. Como causal sanción están por ejemplo las relaciones extramatrimoniales de uno de los conyuges y como causal-remedio la enfermedad. Además es resaltable la situación que se presenta a raíz de la vigencia del concordato, que implica un paralelismo en las legislaciones ; de un lado la católica que consagra la indisolubilidad del matrimonio y de otro , la civil que si acepta el divorcio .

Con relación a los deberes y derechos entre padres e hijos, tenemos que existe un criterio poco práctico acogido por el legislador, puesto que, por la abstracción con que son considerados, la posibilidad de una real práctica se torna bastante complicada, más aún si se considera que a partir de 1974, una es la situación consagrada en la legislación y otra es la situación real, al afirmar que en caso de discrepancia entre los padres, es el Juez quien debe decidir. Conociendo la poca eficacia del sistema jurisdiccional, es poco probable que se acoja este procedimiento; además, dado el nivel de identificación tan bajo que existe entre la población colombiana y la Ley, parece improbable que estas situaciones familiares se manejen de conformidad con las previsiones legales .

Es entonces un problema de política legislativa decidir hasta que punto una situación tan íntima como la convivencia entre un hombre y una mujer para la procreación y supervivencia puede ser reglamentada por normas positivas. Pero si dentro del sistema estatal la familia se considera como uno de los organismos intermedios entre el individuo y el Estado, se hace necesaria su regulación, aunque su eficacia dependerá del mayor o menor reajuste y reconocimiento de las situaciones fácticas que son, por su misma esencia, históricamente cambiantes .

Con relación a la familia de hecho, es posible que la razón de su desconocimiento o poco reconocimiento, sea más de índole religioso moral que jurídica, ya que la reglamentación implica la existencia de muchas situaciones no aceptadas por la Ley, que llevan al individuo a separarse de lo previsto legalmente, originando con ello un "derecho" paralelo con otro criterio de legitimidad. Es además evidente que dada la organización predominantemente machista de la sociedad colombiana, sea la mujer que resulte más afectada por este desconocimiento, puesto que, por ejemplo, con relación al patrimonio, aunque ella es quien generalmente realiza los trabajos del hogar, no tiene a su nombre los bienes obtenidos durante la convivencia y queda muchas veces desprotegida cuando su compañero la abandona. La situación de los hijos sólo cambió a partir de 1982 ,

con la Ley 29, quedando con los mismos derechos los hijos matrimoniales con los extramatrimoniales .

Entonces, siendo el concubinato una realidad tan protuberante, se hace necesario legislar sobre él, si la misma opinión Nacional está de acuerdo con ello (véase gráfico de encuesta sobre la aceptación de la modificación a la Legislación familiar Colombiana).

El texto del proyecto de Ley presentado por la Doctora Nahir Saavedra de Devis ante la Honorable Cámara de Representantes, y que no fué aprobado en 1978, fué un primer intento. En el Capítulo III de este trabajo tuvimos oportunidad de analizarlo, y ojalá que este primer intento que no se pudo concretar sea el pie de inicio hacia la búsqueda de la operancia de la justicia en los problemas familiares, y la actual dispersión de normas atinentes a la familia en todas sus modalidades sea ágil y expedita, y que se proceda con procedimientos menos largos y complejos .

Por último, es una verdad la necesaria reglamentación integral de la familia dejando a un lado criterios arcaicos y considerándola más que como un deber ser, un " ser " y, de acuerdo con este principio, tratar de adaptar la norma a la situación real y no pretender adaptar las situaciones reales a normas extrañas .Sin em

embargo, es evidente que el problema no es solo de reglamentación sino en gran parte de educación, puesto que de nada vale la existencia de una reglamentación perfecta, sino se ha de cumplir .

BIBLIOGRAFIA

ANGARITA GOMEZ, Jorge. Lecciones de Derecho Civil. Ediciones Tercer Mundo. 1976 Bogotá .

BETANCOURT JARAMILLO, Carlos. El Régimen legal de los concubinos en Colombia . Edición Universidad de Antioquia. 1962 , Medellín .

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Jurisprudencia .

ECHEVERRI DE FERRUFINO, Ligia. La Familia de hecho en Colombia. 1a. Ediciones Tercer Mundo. 1984. Bogotá .

ENGELS, F. El Origen de la Familia , la Propiedad privada y el Estado. Editorial Progreso. 1960. Moscú .

MONROY CABRA, Marcos Gerardo. Derecho de Familia. Librería Jurídica Wilches. 1982. Bogotá .

NOVOA MONREAL, Eduardo. El Derecho como obstáculo al cambio social. 7a. Edición. Siglo XXI Editores. 1985. México D. F.

PROYECTO DE LEY NUMERO 48 DE 1978. Por el cual se legisla sobre sociedad patrimonial entre concubinos .

RAMIREZ GRONDA, J. D., Diccionario Jurídico .

VALENCIA ARANGO, Jorge. Sentencia del Concejo de Estado de Abril 19 de 1980 . Ponente.

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo V. Derecho de Familia. 5a. Edición. 1983. Bogotá D.E.

Cartagena, Septiembre 7 de 1987

Doctor
GUILLERMO BAENA PIANETA
Director Centro de Investigaciones Jurídicas
Facultad de Derecho
Universidad de Cartagena
Ciudad

Estimado doctor :

De acuerdo con su Oficio 116 del 20 de Agosto, que recibí el 28, le estoy enviando muy atentamente el concepto sobre el Proyecto de Tesis EL CONCUBINATO EN COLOMBIA, presentado por el señor Miguel Cabrera Castilla.

Comprende primeramente un aspecto histórico, que se resume en la existencia coetánea de esta situación de hecho con la del matrimonio, apareciendo paralelos en el tiempo la unión fugaz, o el amañamiento temporal con las primitivas y reconocidas formas del matrimonio como contrato. En el transcurso del tiempo hay consideraciones especiales para los hijos de la unión concubinaria, como de sus coautores; en el medio evo los hijos fueron considerados inferiores y luego la Iglesia por su Concilio de Trento desprecia el concubinato y refleja su consideración llamándolo despectivamente "estado de barraganía". Para los romanos fue estimado como matrimonio inferior; España con su Novísima Recopilación requiere al hombre que toma por manceba a mujer casada y la hace su compañera pública; en Francia se equipara a la familia legítima, hasta la expedición del Código de Napoleón, que guarda silencio.

Luego se da el concepto, es imándolo como la convivencia de un hombre y una mujer con iguales propósitos que en la convivencia legitimada por el matrimonio, aconsejando los mecanismos para que la ley formalice o reglamente el concubinato.

En segundo lugar, se expone el régimen de los bienes en la unión libre, dejando establecido desde el principio la inexistencia de la sociedad conyugal y la probabilidad de estas tres situaciones:

- a) Un contrato de trabajo; cuando la relación laboral termina con el concubinato, dándose las mismas consecuencias laborales de cualquier contrato, que es a lo que tendría derecho la concubina, si además de convivir con su marido, éste era su patrón.

- b) La sociedad de hecho, cuando además de la obligación de hacer entre ellos, existe la calidad de socios, con aportes comunes, riesgo de pérdida y expectativa de ganancia, elementos que la concubina o concubino necesita probar en su favor si alega la existencia de la sociedad.
- c) El enriquecimiento sin causa, cuando correlativamente se da el empobrecimiento del otro.

En el Derecho Laboral, desde 1974 se le reconoce indemnización a la concubina por la muerte de su compañero en accidente de trabajo. Cuando hay ruptura de concubinato porque uno de los responsables de esta unión fuere víctima del delito de calumnia o injuria; inferido por el otro, podrá el ofendido, al iniciar acción penal, adelantar la civil, buscando su indemnización por el daño privado que causa el ilícito.

En tercer lugar, comenta la Jurisprudencia Nacional que ha llenado, en algo, el vacío creado por omisión del legislador en razón al concubinato, en ese orden resume la Jurisprudencia del 30 de Noviembre de 1935, cuando la Honorable Corte divide las Sociedades de Hecho en dos clases: las resultantes de un consentimiento expreso sin que se den las formalidades legales; las provenientes de la colaboración de los concubinos dedicados a una misma explotación, siempre que ésta sea común, que tienda a la obtención de beneficios, que haya igualdad, que se cumplan verdaderas actividades encaminadas a la obtención de utilidad.

Sentencia del 1º de Octubre/53, que aplica la norma contenida en el Art. 2083 del C.C. debiendo acreditarse el ánimo de asociación respecto de ciertas actividades para reportar ganancias o pérdidas.

Sentencia de Marzo 26 de 1958, comprendiendo los bienes que se adquieren a título oneroso después del concubinato, debiendo darse la relación de causalidad entre la asociación de hecho y los bienes provenientes de la misma, determinados que bienes son de la sociedad cabe el reparto por partes iguales. Se relacionan decisiones de la Corte de Noviembre 5/60, de Febrero 23/76 y Mayo 7/47 con semejantes requisitos y elementos que los fallos anteriores, reflejándose la preocupación de esa alta Corporación en rescatar al concubino otorgándole aunque difícilmente algunos derechos.

En cuarto lugar, se hace una relación de la manera como en el derecho comparado se trata el tema del trabajo, anotando que en general en Latinoamérica el concubinato es una costumbre influenciada por la falta de cultura de nuestros antepasados, indígenas y esclavos. En Chile se puede dar la existencia de una sociedad pactada entre concubinos, tanto en el campo civil como el comercial, siempre que concurren los elementos de cada aspecto jurídico. En Cuba, la Constitución de 1940, Artículo 43 delegó en los tribunales la facultad de señalar cuando se daba; después el Código de la Familia reconoce las uniones consensuales cuando reúnan requisitos de singularidad y estabilidad, surtiendo los mismos efectos del matrimonio. En Perú se les reconoce derechos alimentarios. En Argentina se le reconoció ciertos derechos cuando estas uniones van más allá



de lo aparente, hay comunidad de vida, hogar y procreación.

En Europa, En Alemania, no se tutela ni se protegen las relaciones extramatrimoniales; en Austria no hay lugar para el concubinato; en Italia se habla de convivencia more-uxorio, como equivalente a convivencia como cónyuges; en Bélgica se le da el mismo tratamiento que en Austria.

En estos trabajos no se puede exigir creaciones, ni originalidad en los conceptos, más bien examinado el conjunto, se aprecia si la investigación da una idea general del tema para cualquier estudioso ocasional o frecuente de la materia, así satisfacería una inquietud del lector, así interesado; Creemos, ahora que sí, que el proyecto de tesis en su contexto es bueno, que hace un recorrido de lo que fue y es el concubinato para la historia y para el derecho y deja la preocupación y necesidad de una urgente reglamentación por la ley colombiana para hacer reconocimientos de los protagonistas de esta unión, como ya la hubo para el fruto de la misma. El trabajo en mi concepto es suficiente para el fin que persigue, por eso cuenta con mi aprobación.

Respetuosamente,


ALCIDES MORALES ACACIO