

Doctor  
GUILLERMO BAENA PIANETA  
DIRECTOR CENTRO INVESTIGACIONES  
JURIDICAS FACULTAD DE DERECHO  
E. S. D.

1  
BIBLIOTECA UNIVERSITARIA

De conformidad con su Oficio N° 154 del 25 de Noviembre de este año, con toda atención, rindo concepto sobre el proyecto de tesis preparado por el señor :  
FABIAN LOPEZ PEREIRA, denominado " EL CONCUBINATO EN COLOMBIA " .

El egresado inicia su trabajo con el concubinato en Roma, durante la época imperial de Cesar Augusto, considerado como una especie de matrimonio, siempre que se diera entre concubinos igualdad de condiciones y los mismos requisitos para contraer el matrimonio; en Grecia y Macedonia, estimado como galardón a los triunfadores de batalla; durante la edad media, por el predominio de la Iglesia, no fue admitido pero la Revolución Francesa lo asimiló al contrato Civil, con divorcio hasta que el código de Napoleon lo volvió a tener como un simple estado de hecho.

En una especie de mención comparada de varias legislaciones cita como en Cuba la misma Constitución Nacional lo equipara al matrimonio, en algunos casos y el Código de Familia reafirma esa concepción, siempre en el concubinato haya aptitud para el matrimonio.

Se señalan las diferentes clases de concubinatos: regulares e irregulares según/un que para el caso, de que quisieran, pudieran o no casarse, hombre y mujer; perfecto: ocasional o transitorio, cuando no existe impedimento y se da la fidelidad, o imperfecto, cuando están ausentes de esas condiciones, y directo e indirecto, cuando remede o no al matrimonio.

Se refiere en Colombia a su verdadera protección, para la familia natural, hoy extramatrimonial, con la ley 75 de 1.968, en cuanto a sus hijos, para luego tener en cuenta la ley 29 de 1.982, hasta cuando existía aquella odiosa y despectiva discriminación entre hijos naturales y legítimos en cuanto al tratamiento económico y social, saneado por esta ley, en parte, al prescribir la igualdad sucesoral y al darle la denominación, al " NATURAL ", de extramatrimonial, atenuando el estigma social y jurídico existente.

Habla la tesis de una situación resultante de las relaciones entre concubinos, cuando entre ellos existe permanencia en el tiempo, estabilidad y fidelidad pero no se legitima esa unión por el formalismo legal o la ceremonia simbólica, del rito religioso; que es la ayuda real entre concubinos equiparandola a aquellas obligaciones derivadas del artículo 176 del C.C. para conyugue.

Sobre la sociedad de hecho Concubinaria, aseguran que además de la relación interpersonal se da otra figura de naturaleza jurídica que puede servir de base para la regulación de las relaciones patrimoniales, es un sociedad de hecho, creada generalmente, por consentimiento implícito, respaldándose en una sentencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia del 15 de Noviembre de 1.942 que resalta para la formación de esa sociedad, una igualdad entre socios, negocio común, aportes y riesgos comunes, con participación en pérdidas y ganancias, partiendo de una causa lícita.

Se requiere que haya una acción paralela entre asociados o concubinatos, de carácter comercial, diferente a la sentimental. Los concubinos por ese simple hecho de serlo, son extraños ante el derecho, perseveran su independencia, pueden celebrar toda clase de contratos o sociedad comercial y formar la de hecho con

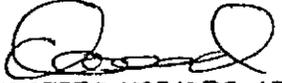
la presencia de requisitos definidos en la jurisprudencia, por otra sentencia del mismo Supremo, de fecha Diciembre 12 de 1.947.

En el enriquecimiento sin causa menciona que su existencia se produce cuando contribuyendo uno de los concubinos a la formación del patrimonio, este no ha sido remunerado.

El trabajo trata de la pagian 25 a la 50 sobre la Sociedad de Hecho y la Sociedad Conyugal, pero lo hace de manera independiente y sin conexión con el tema de fondo, el concubinato, pues bien hubiera derivado de esas instituciones analogias, semejanzas e incidencias con lo que se trata y relacionarlo con su tema.

Mi concepto es que el proyecto de tesis es válido para su fin, reúne los requisitos para el grado.

Respetuosamente,

  
ALCIDES MORALES ACACIO

U N I V E R S I D A D   D E   C A R T A G E N A

FACULTAD DE DERECHO

RECTOR:                    LUIS H. ARRAUT ESQUIVEL

SECRETARIO GRAL EGDO:   HERNANDO THORNE CAMPO

DECANO:                    FABIO MORON DIAZ

SECRETARIO ACADEMICO:   PEDRO MACIA HERNANDEZ

DIRECTOR CENTRO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS:

DR. GUILLERMO BAENA PIANETA

PRESIDENTE DE TESIS: DR. RAFAEL DE LA VALLE

PRIMER EXAMINADOR:       DR. JOSE ARAUJO

SEGUNDO EXAMINADOR:     DR. ALCIDES MORALES ACACIO

TERCER EXAMINADO:

T  
346.2  
L864

S C I B

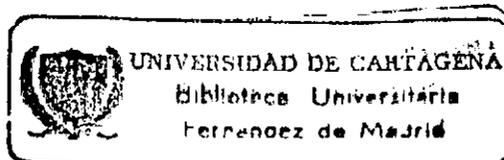
4

EL CONCUBINATO EN COLOMBIA

TRABAJO DE GRADO PRESENTADO  
COMO REQUISITO PARCIAL PARA  
OPTAR EL TITULO DE ABOGADO

POR FABIAN LOPEZ PEREIRA.

||



48135

S C I B  
00018674

LA FACULTAD NO APRUEBA NI DESAPRUEBA  
LAS OPINIONES EMITIDAS EN ESTA TESIS  
TALES OPINIONES SON CONSIDERADAS PRO  
PIAS DE SU AUTOR.

NOTA DE ACEPTACION

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

PRESIDENTE DEL JURADO

\_\_\_\_\_

JURADO

\_\_\_\_\_

JURADO

TABLA DE CONTENIDO

	Págs.
INTRODUCCION	1
1. EL CONCUBINATO	3
1.1. ANTECEDENTES HISTORICOS	3
1.1.1. El Concubinato en Roma	3
1.1.2. El Concubinato en la Edad Media y en la Revolución Francesa	5
1.1.3. El Concubinato en el Código de Napoleón.	6
1.2. DEFINICION	6
1.3. DIFERENTES CLASES DE CONCUBINATO	8
1.3.1. Atendiendo a que se está fuera de la ley o contra de ella.	8
1.3.2. Según los Elementos que Configuren el Concubinato	9
1.3.3. Según la Intención u Origen	10
1.4. EL CONCUBINATO EN COLOMBIA	10
1.4.1. En Cuanto a los Hijos	10
1.4.2. Ea Ley Colombiana Frente a los Concubinos, sus Bienes y las Relaciones con Terceros.	14
1.5. DEBERES Y DERECHOS DE LOS CONBINOS	16
1.5.1. El Concubinato en Otras Legislaciones	18
1.5.1.1. En Francia	18.
1.5.1.2. En España	21
1.5.1.3. En Mexico	21
1.5.1.4. En Cuba	21

1.5.1.5.	En Chile	22
2.	SOCIEDAD DE HECHO	24
2.1.	DEFINICION	24
2.2.	NATURALEZA JURIDICA	26
2.3.	CARACTERISTICAS	28
2.4.	DISOLUCION Y LIQUIDACION	29
3.	SOCIEDAD CONYUGAL	32
3.1.	DEFINICION	32
3.2.	NATURALEZA JURIDICA	33
3.3.	CONFORMACION DEL ACTIVO Y EL PASIVO	36
3.3.1.	Activo	36
3.3.2.	Pasivo	39
3.4	CARGAS Y RECOMPENSAS	41
3.5.	DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL	44
3.6.	LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL	46
4.	REGIMEN DE BIENES ENTRE CONCUBINOS	51
4.2.	EL CONCUBINATO Y EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA	56
4.3.	LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD DE HECHO CONCUBINAL	58
5.	ANTECEDENTES LEGALES, JURISPRUDENCIAS Y PROYECTOS	62
5.1.	ANTECEDENTES LEGALES	62
5.2.	JURISPRUDENCIA DE LA HONORABLE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	63
5.3.	PROYECTOS PRESENTADOS	64
5.4.	PROYECTO DE CODIGO Y JURISDICCION DE FAMILIA	69
	CONCLUSIONES	72

## I N T R O D U C C I O N .

Desde la antigua Roma hasta nuestros días, han existido uniones maritales irregulares, comúnmente denominado " Concubinato", vale decir, uniones entre solteros aptos jurídicamente para casarse y " amancebamiento" - sea las uniones de hecho a quienes se les ha prohibido la celebración del matrimonio.

El concubinato como es fácil de aceptarlo sin concurrir en exageraciones ha existido siempre; en los pueblos antiguos como cuestión tolerada y aún fomentada. Coexistiendo con el matrimonio cuando los pueblos se organizaron en estados, después más tarde cuando los estados alcanzaron un mínimo de organización tuvieron en cuenta estas uniones libres y algunos llegaron a aceptarlas.

Las circunstancias ideológicas, legislativas, históricas o sociales imperantes en determinado momento le han dado su fisonomía propia y le han introducido hondas modificaciones. Estado lícito en ciertas épocas; - fué perfectamente inmoral y pecaminoso en otras, legal en algunas y delitos en las demás.

La razón fundamental por lo cual escogí el tema del concubinato en Colombia, para desarrollar mi tesis, es porque siempre se habla de mi familia, como una institución fundamental en toda sociedad civilizada, tiene su base en la institución del matrimonio, unión estable que debe dar origen a la comunidad entre conyuges

consiste en formar un solo cuerpo, una sola alma, un solo patrimonio, conjunción originaria de la prole - legítima, la ayuda integral y el socorro mutuo.

Aspiración que considero que no ha sido posible lograr a través de la historia, ya que desde la anti - gua Roma el concubinato era un problema que se suscitaba ante las sociedades de las distintas naciones En Roma se le admitía social y jurídicamente.

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

El concubinato puede tenerse como una especie de "matrimonio de segundo orden", que es fuente primaria - de la familia natural, familia que también es célula - primaria de la sociedad, debe entonces protegerse y - equipararse en importancia a la fuente del matrimonio legítimo.

Se extenderá esta investigación a otras legislaciones; pero mi estudio será directamente sobre la Colombiana. Haré un análisis de la ley frente los concubinos sus bienes, las relaciones con terceros y las - sociedades de hecho entre ellos.

## 1. EL CONCUBINATO

### 1.1. ANTECEDENTES HISTORICOS

En la antigüedad el Concubinato fué una realidad debido a la incipiente organización de los estados que se reflejaba también en el ámbito familiar, por los datos que se tienen en los Egipcios y los hebreos, éstos conocieron el concubinato; la (Sagrada) Biblia -- también trae algunos pasajes como el de Raquel y Lia en la Grecia de Homero y la Macedonia de Alejandro -- las concubinas eran un galardón que se entregaba a los ganadores de las grandes batallas, también la esclavitud fué el campo propicio para las uniones -- irregulares.

#### 1.1.1.- El Concubinato en Roma:

Me detuve a estudiar el concubinato en el Derecho Romano por estar incrustado en las legislaciones actuales y ser un antecedente muy importante de la normatividad vigente. En Roma existían cinco uniones sexuales: *Justae Nuptiae* o matrimonio del derecho civil -- exclusivo de los ciudadanos; el *injustae nuptiae* o -- *sine connubium* que era el matrimonio para los no ciudadanos, el concubinato, el *contubernium* para los esclavos y el *stuprum*. Las cuatro primeras uniones se -- consideraban regulares todas eran consideradas por el derecho y existía un orden de jerarquía e importancia. El concubinato según lo comentaba Humberto Ruiz ( en-

su tesis el concubinato como fuente de relaciones jurídicas, de Noviembre de 1.955 de la Universidad Nacional de Bogotá en la pág.9 era considerado como un matrimonio regular lícito reconocido por las leyes y también las costumbres que producía algunos efectos - que las leyes señalaban". (1)

También dice que los tratadistas del derecho romano - coincidieron en afirmar que el concubinato estaba regulado en el derecho de familia con lineamientos generales que permitían señalar sus diferentes aspectos y efectos en cuanto a los concubinos y a sus hijos.

La regulación originaria del concubinato en Roma se remonta al régimen imperial de Cesar Augusto bajo cuyo mandato las leyes reconocen el concubinato como una especie de matrimonio, esto se propagó en aquella época con gran extensión debido a la prohibición de contraer justas nupcias entre senadores y mujeres de teatro, entre ingenios y mujer ignominiosa y entre gobernadores y mujeres de la providencia a pesar de que las relaciones sexuales fuera del matrimonio - y accidentales con una mujer honesta eran castigadas con alta penalidad y de que la mujer concubina no adquirió la condición social del concubinato ni podía aspirar al título de materfamilia si esta era de inferior condición; lo que si sucedía en caso contrario se tenían como justas nupcias aun que esta presunción fué luego modificada por Justiniano.

La dignidad que adquirió el concubinato en Roma fué debido a que se le exigió los mismos requisitos personales que en las justas nupcias, por lo tanto no podía existir ningún impedimento de consaguinidad

---

(1) RUIZ, Humberto. El Concubinato como fuente de Relaciones Jurídicas, Tesis de Grado. Universidad Nacional Bogotá. D.E. Noviembre, 1.955.

Debian ser puberes los contrayentes y ninguno podía tener a la vez esposa y concubina o dos concubinas— y si de hecho se daba esta concurrencia se incurría en el crimen de adulterio; es de agregar también que el concubinato no exigía ninguna formalidad previa— e igualmente se rompía por la sola voluntad de las partes, sin reconocimiento de ningún tipo de indemnización. Esto fué así en occidente hasta el siglo XII y el Oriente hasta el siglo IX porque el apareamiento y desarrollo del cristianismo como doctrina moralizadora de las costumbres y de los métodos de vida hace nacer un nuevo espíritu en la legislación según el cual el matrimonio es la institución familiar suprema y el concubinato una unión ignominiosa indigna de protección legal.

#### 1.1.2. El Concubinato en la Edad Media y en la Revolución Francesa.

En el renacimiento se intentó por parte de los glosadores partidarios del derecho romano darle asidero legal al concubinato pero la solución no fué admitida dado el predominio de la iglesia tanto en el campo político como en el jurídico.

Ya con la revolución francesa con su exaltación de la personalidad humana asimiló el concubinato con el matrimonio convirtiendo este último en un contrato civil igual que los demás se admitió el divorcio por un procedimiento sencillísimo y como consecuencia de este trato se creó un caos social de grandes magnitudes. Las personas contraían y se separaban — fácilmente y por causas muy leves por lo tanto se hizo sentir un clamor general contra la depravación de las costumbres surgiendo el Código de Napoleón — que se fué al otro extremo.

### 1.1.3. El Concubinato en el Código de Napoleón:

Los redactores de éste Código quisieron echar sobre el concubinato, como dice Jossierand, un velo impenetrable no consagrado como solución la de un concubinato legal dejaron la unión libre como un estado de hecho, sobre el cual se guardó silencio como resultado de todo ello se volvió a la grave injusticia que había sido subsanado en parte por el derecho revolucionario al hacerles perder a los hijos la rehabilitación moral y social que dicha legislación les había concebido y ya después de muchos años se expidió la ley 16 de Noviembre de 1.912 modificadora del artículo 340 Código Civil que permitió la investigación de la paternidad natural señalaba " en caso de que el pretendido padre y madre hayan vivido en estado de concubinato notorio durante el período legal de la concepción" (2). De ahí en adelante se han dado algunos pasos y ya hay legislaciones como la mexicana -- que le reconoce jurídicamente y la regula.

### 1.2. D E F I N I C I O N

No hallé en nuestra legislación vigente definición de concubinato, ya que éste es un estado que se ha reconocido en la ley muy tímidamente, atendiendo sólo a sus efectos, y las menciones que al respecto se han hecho son directas y negativas; sólo el antiguo Código Civil de Cundinamarca en su artículo 329 decía: "Para los efectos de la presunción de filiación natural que consagra el artículo 328 no se tendrá como concubina de un hombre sino la mujer que vive públicamente con él, como si fuesen casados; siempre que uno y otro sean solteros o viudos" (3).

---

(2) RUIZ, Humberto Ob.Cit.

(3) CODIGO CIVIL CUNDINAMARCA.

Es de destacar con respecto a lo anterior como el Código Civil de Cundinamarca, el adoptarse como Código Civil de la República, le fué suprimido dicho artículo.

Hasta 1.936, prácticamente sólo se consideraba como familia la legítima, dejando por fuera la familia natural; en adelante la protección a la familia natural ha venido ampliándose a través de la ley 75 de 1.968 del decreto 2820 de 1.974 de la ley 7 de 1979, de la ley 29 de 1.982, de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado pero sin definir el concubinato, inclusive en el proyecto de ley 48 de 1.978 y en el 135 de 1.981 se parte del término sin definirlo.

Mirando la expresión desde un punto de vista etimológico concubinato viene de la aceptación latina COMCUBARE que quiere decir comunidad del hecho que da una idea, aunque vaga, de la permanencia en el tiempo y en el espacio, de la cual se desprende la principal de sus características como es, las relaciones sexuales. El Diccionario de la Real Academia Española hace alusión a la palabra concubina y entiende por tal, la manceba o mujer que vive con un hombre como si fuese su marido. Por concubinario entiende el que tiene concubina, y por concubinato el trato de un hombre con su concubina.

Hay algunas legislaciones que regulan expresamente el concubinato entre ellas la Cubana, la Panameña, la Boliviana, la Venezolana, y la Mexicana. La Constitución Cubana fué la precursora en este aspecto, permitiendo que los tribunales por razones de equidad, en ciertos casos equipara las uniones de hecho, de personas capaces de casarse, a un matrimonio civil; es así como el artículo 18 del Código de Familia de ese

señala: La existencia de la unión matrimonial entre un hombre y una mujer con aptitud legal para contraerla y que reúne los requisitos de singularidad y estabilidad, surtirá todos los efectos propios del matrimonio formalizado legalmente cuando fuere reconocido por Tribunal competente. Cuando la unión matrimonial estable no fuere singular porque uno de los dos estaba unido en matrimonio anterior, el matrimonio surtirá plenos efectos legales en favor de la persona que hubiere actuado de buena fé y de los hijos habidos en la unión.

Considero a través de este estudio que la mejor forma para comprender la acepción concubinato, en toda su dimensión, es mediante su clasificación porque allí se hace una depuración de sus elementos.

### 1.3. DIFERENTES CLASES DE CONCUBINATO

Tomo aquí la clasificación que trae el Dr. Carlos Betancour Jaramillo en su tesis "Regimen Legal de los Concubinatos" por que además de ser una de las clasificaciones mas importantes al respecto, es precisa y sistemática. Hay tres puntos básicos sobre los cuales edifica su clasificación:

#### 1.3.1. Atendiendo a que se esté fuera de la ley o contra ella.

Con relación a lo anterior puede ser regular o irregular. El regular se destaca porque existe una comunidad de vida entre un hombre y una mujer, están en capacidad de poderse casar entre sí y además hay una notoriedad de ese estado. En el irregular hay una clara violación de la ley, comprende uniones como estas: la de dos seres de un mismo sexo, la de dos

personas, una de ellas unida a otra por un matrimonio legítimo; la de dos personas que no pueden estar casadas entre sí por cuestiones de parentesco, de edad o cualquier otro impedimento legal.

Considero importante esta primera clasificación por que destaca posiciones bien diferentes; la primera de ellas estar fuera de la ley y la segunda estar contra la ley; exigiéndose para cada cual tratamientos diferentes, ya que a través de nuestra legislación y de los proyectos de la ley al respecto, se nota un afán de protección al concubinato regular, por contraposición al irregular que por su misma naturaleza repugna a la ley.

1.3.2. Según los Elementos que Configuran el Concubinato.

El tratadista mencionado lo subdivide en concubinato perfecto y relaciones sexuales de carácter ocasional o transitorio. El perfecto o también llamado por algunos notorio, se caracteriza por ser la unión de un hombre y una mujer, donde existe una comunidad de hecho o mantenimiento de relaciones sexuales con una permanencia en el tiempo y en el espacio en forma notoria, una correlativa fidelidad e inexistencia de impedimentos para poderse casar. El imperfecto se caracteriza por ser la unión mas o menos estable de un hombre y una mujer que mantienen relaciones sexuales esta modalidad de concubinato no exige comunidad de habitación no precisa la notoriedad, ni la fidelidad, tampoco que existan o no impedimentos para poderse casar; sigue en orden descendente al concubinato perfecto en cuanto a los elementos que la estructuran.

Ya en cuanto a las relaciones sexuales de carácter ---

transitorio u ocasional, en éstas no existe propiamente un concubinato, no hay afán de asociación ni vínculo permanente.

Como podemos ver esta segunda clasificación contribuye a depurar el concepto de concubinato partiendo de los elementos que lo configuran, además dejar ver la necesidad de una regulación adecuada de acuerdo a cada tipo, porque produce efectos diferentes.

### 1.3.3. Según la Intención u Origen:

La última clasificación que hemos citado basada en la intención u origen, el Dr. Carlos Betancour la -- subdivide en concubinato directo e indirecto. El directo es el que hasta ahora se ha mencionado en -- cualquiera de sus manifestaciones, se caracteriza por que desde el principio ha perseguido como único fin establecer o mantener esa unión que remede al matrimonio. El indirecto, por el contrario, se presenta en un estado de cosas desvirtuado de su finalidad -- primitiva, nace como se deduce del hecho de haberse celebrado un matrimonio que no podía subsistir como tal en nuestro ordenamiento, por ejemplo cuando la unión legítima posee vicios de fondo que la anulan o impiden su existencia, o cuando por ejemplo se celebra matrimonio católico en Chile, donde sólo el -- civil produce efectos civiles.

### 1.4. EL CONCUBINATO EN COLOMBIA

El silencio legislativo se ha convertido en esta -- materia en una norma general, sin embargo se ha tratado de regir la institución familiar, aunque no de manera estructurada y armónica, mediante disposiciones

que se encuentran en los códigos civil del trabajo, -- penal y de policía.

Para dar cierto orden a ésta exposición miraré el concubinato en Colombia con relación a los hijos, a los bienes, a las relaciones entre los mismos concubinos y las relaciones de estos con terderos.

#### 1.4.1. En Cuanto a los Hijos

Antes del año 36 ingresó el Código Civil chileno a la Nueva Granada mediante el Código Civil de Cundinamarca y el Código Civil de Santander; ambos se distancian en materia de filiación ilegítima. El Código de Santander no trae la discriminatoria clasificación de los hijos no matrimoniales que traía el Código de Cundinamarca, además allí los hijos naturales no son excluidos como herederos por los legítimos y se es hijo natural con respecto a la madre por el sólo hecho del alumbramiento y con respecto al padre por reconocimiento voluntario o por decisión judicial; además el Código de Santander el matrimonio posterior de los progenitores legítima la prole concebida antes, -- Dicho Código trae los artículos 324 y 325 que son -- antecedentes históricos legislativo en materia de concubinato, en ellos se consagra que los hijos de la concubina de un hombre serán tenidos como hijos de este, a menos que compruebe que durante el tiempo en que debió verificarse la concepción, estuvo imposibilitado para tener acceso a la mujer y que para -- efecto de lo ordenado " no se tendrá como concubina de un hombre sino la mujer que vive públicamente con él como si fueran casados, siempre que uno y otro -- sean solteros o viudos" (4). Como puede verse en dicho Código se tiene el concubinato como un causima --

rimonio.

El Código Civil de 1.873 se integra tomando como modelo de preferencia el Código de Cundinamarca y sólo en algunos aspectos el de Santander. Consagra la clasificación de los hijos ilegítimos, el régimen sucesoral lo conserva de acuerdo al Código de Santander. etc.

La Ley 57 de 1.887 realiza un cambio en cuanto al régimen sucesoral; impidiendo que los hijos naturales siguieran siendo excluidos en la sucesión de su propia madre por los colaterales legítimos por falta de un reconocimiento solemne sin embargo el artículo 21 de esta ley restringió los efectos del reconocimiento forzoso hecho ante el juez por el padre; el hijo ilegítimo no reconocido voluntariamente podía para el solo efecto de exigir alimentos pedir que el padre lo reconociera pero de exigir alimentos pedir que el padre lo reconociera pero el reconocimiento no le daba el carácter general de hijo.

Con la expedición de la ley 45 de 1.936 se da el primer gran paso de carácter nacional en materia de humanización de la progeie ilegítima; determina genéricamente como naturales los hijos habidos por fuera del matrimonio, en cuanto a alimentos le otorga a los naturales los alimentos congruos, respecto al derecho hereditario lo otorga al natural la mitad del legítimo y lo hace asignatario de la cuarta de mejoras; concede el ejercicio de la patria potestad sobre el hijo natural a la madre, excepcionalmente al padre y consagra causales específicas para la declaración de paternidad natural.

En la ley 75 de 1.968 se clasifica la filiación ile-

gítima en naturales, teniendo por tales los nacidos de padres que al momento de la concepción no estaban casados entre sí, siempre que hayan sido reconocidos o declarados judicialmente como hijos naturales y -- los simplemente ilegítimos habidos por fuera del matrimonio que no han sido reconocidos o declarados judicialmente como naturales. También adiciona a los tipos de reconocimiento el tácito y establece presunciones de paternidad natural, además otorga alimentos al nieto natural.

El Decreto 2820 de 1.974 sustituye el calificativo de hijo natural por el de hijo extramatrimonial y ya la ley 5 de 1.975 introduce en nuestro ordenamiento dos clases de adopción lográndose en la practica mediante estas una especie de legitimación del hijo natural.

En la ley 75 de 1.968 se clasifica la filiación ilegítima en naturales, teniendo por tales los nacidos de padres que al momento de la concepción no estaban casados entre sí, siempre que hayan sido reconocidos o declarados judicialmente como hijos naturales y -- los simplemente ilegítimos habidos por fuera del matrimonio que no han sido reconocidos o declarados judicialmente como naturales. También adiciona a los tipos de reconocimiento el tácito y establece presunciones de paternidad natural, además otorga alimentos al nieto natural.

El Decreto 2820 de 1.974 sustituye el calificativo de hijo natural por el de hijo extramatrimonial y ya la ley 5 de 1.975 introduce en nuestro ordenamiento dos clases de adopción lográndose en la práctica mediante estas una especie de legitimación del hijo natural.

Por último la ley 29 de 1.982, que rige en la actualidad, introduce grandes modificaciones; establece en su artículo primero la igualdad de derechos y obligaciones de los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos. En el artículo cuarto señala que dichos hijos excluyen a todos los otros herederos recibiendo iguales cuotas entre ellos, esto sin perjuicio de la porción conyugal, también se señala que la sucesión del hijo extramatrimonial se rige por las mismas normas que la del causante legítimo.

La igualdad hereditaria que consagra la ley 29 de 1.982 trae entre otras las siguientes repercusiones en favor de los hijos extramatrimoniales y adoptivos-simples: aumento del derecho de frutos y acciones por aumento de la cuota (artículo 1395 num.3 y artículo 2328 del Código Civil); aumento de la cuota de bienes que pueden exigir para su entrega y disfrute directo o indirecto (artículo 2330 a 2333 Código Civil); incremento del derecho legal de usufruto en favor de los padres, debido al aumento de las cuotas de los hijos art.276 y 291 Código Civil Art.1 Ley 29/82) igualdad del derecho al voto en la administración de la comunidad (Art.2327 Código Civil); el hijo extramatrimonial es heredero de mejor derecho al igual que los hijos legítimos y adoptivos plenos, (art.1321 ss. Código Civil), se incrementa el número de personas que pueden representar, incremento de la legitimidad-rigurosa nivelación de cargas impositivas.

No obstante consagrar la ley 29 la igualdad sucesoral como regla general, presenta dos excepciones, una de ellas que nos interesa y es la de que el hermano carnal en la sucesión toma una porción equivalente al doble de lo que le corresponde al hermano medio.

Es de destacar que la igualdad establecida por la ley

29 de 1.982 se limita a los derechos y obligaciones legales entre padres e hijos y no con relación a - terceros, por consiguiente no hay solidaridad legal para las cargas familiares extramatrimoniales. Los - gastos de crianza, educación y establecimiento de - los hijos extramatrimoniales no se imputan al pasivo de la sociedad conyugal, porque allí no hay, como sucede con los de ascendientes legítimos debido a - su exclusividad matrimonial. La otra excepción a la - regla general la constituye la limitación de la - adopción simple, pero esto se deriva de los límites del parentesco civil de dicha adopción. Aún con la - reforma subsisten distinciones de acuerdo a la filiación que se tenga, por ejemplo la no adquisición de la patria potestad por la madre o padre extramatrimonial que ha sido declarado como tal en proceso contradictorio de filiación ( art.1 Decreto 2820 de 1.974), ya que el ejercicio de esta, sobre los hijos extramatrimoniales, se concedió en el año 1.936, -- otorgándose por regla general a la madre, excepcionalmente al padre, y ya en el año 1.974 se otorgó su ejercicio a ambos.

En cuanto a la filiación legítima, la obligación de denunciar el embarazo en el caso del hijo postumo, - continúa restringida a dicha filiación debido a que la presunción de legitimidad es propia sólo de esta

#### 1.4.2. La Ley Colombiana Frente a los Concubinos, - sus Bienes y las Relaciones con Terceros.

En nuestra legislación no existe una regulación sistemática al respecto; hay algunas normas diseminadas en los distintos códigos que hacen alusión al respecto: En el Código Penal, que rigió hasta cuando entró en vigencia la ley 95 del 36, se consagraba como delito contra la moral pública los amancebamientos-

públicos, pero luego se comprendió la distinción entre la moral y el derecho haciendo desaparecer los mencionados tipos penales. En nuestra actual legislación penal se protege la institución matrimonial otorgándose acción penal a la mujer legítima únicamente, en los delitos contra la familia; y aunque no se sanciona en forma directa el concubinato en los artículos 260-261, se sanciona la bigamia y los matrimonios ilegales protegiéndose las uniones legítimas y sancionándose indirectamente el concubinato. Otra referencia a nuestro tema ya en materia laboral la trae la ley 90 de 1.946 que estableció el Seguro Social obligatorio, creando el Instituto de los Seguros Sociales y estableciendo que en caso de fallecimiento producido por accidente o enfermedad profesional, la viuda tendría derecho a una pensión equivalente al 25% del salario de base y a falta de viuda se tendrá como tal la mujer con quien el asegurado haya hecho vida marital durante los tres años inmediatamente anteriores a su muerte o con la que haya tenido hijos, siempre que ambos hubieren permanecido solteros durante el concubinato.

El Decreto 2623 de 1.950 en su artículo 20 señala que a falta de viuda tiene los mismos derechos la mujer que haya sido inscrita como compañera en el Instituto de los Seguros Sociales, siempre que haya hecho vida marital con el asegurado durante los tres últimos años anteriores a su muerte, o la mujer con quien el causante hubiere tenido hijos reconocidos. En ambos casos se exige la soltería de la mujer y si hay concurrencia de varias mujeres se prefiere aquella con quien el asegurado haya tenido hijos; en la norma no se hace distinción de qué tipo de unión libre se trata.

Ya el Decreto 2690 de 1.960 refiriéndose a la asis--

tencia médico obstétrica por parte del Seguro Social establece:

" El asegurado a falta de mujer legítima, tiene derecho a que se le preste a la mujer, con quien está haciendo vida marital bajo el mismo techo, dicha asistencia, con la condición de que hayan permanecido solteros durante la vida marital: extramatrimonial y que la compañera se encuentre inscrita en los registros del Seguro, con ocho meses de anticipación por lo menos a la fecha de iniciación del reposo prenatal ". (5).

Actualmente el Decreto 462 de 1.983 elimina las restricciones en asistencia por maternidad, es suficiente con que el asegurado la inscriba como su compañera o se compruebe la existencia de hijos comunes.

De otro lado en el derecho civil no se dice nada en pro o en contra, simplemente se regula lo referente a los hijos ilegítimos o denominados recientemente extramatrimoniales y se hacen ciertas referencias indirectas al tema cuando se habla de divorcio, separación de cuerpos y de bienes, erigiendo en causa de éstos las relaciones sexuales extramatrimoniales.

Como conclusión general se puede decir que existe un gran vacío legislativo, que tímidamente trata de llenar la jurisprudencia y algunos proyectos de ley, a los que posteriormente haré referencia detallada pero que no han quedado en firme.

#### 1.5. DEBERES Y DERECHOS DE LOS CONCUBINOS

En éste campo también guarda silencio la ley, por tanto los concubinos, en principio, no están ligados por los deberes previstos en los artículos 176 y ss. del Código Civil para los cónyuges; pero por equidad se deben reconocer ciertos deberes y derechos correlativos entre concubinos, máximo si se hacen alusión a una situación regular de hecho, nacida de una unión libre pero que se semeje mucho al matrimonio que anteriormente señalamos en

(5) ORTEGA TORRES, Jorge Código Sustantivo del Trabajo y Código Procesal del Trabajo. 7a. edición Editorial Temis Bogotá 1970, pag. 182

las clasificaciones como concubinatos perfecto.

El artículo 176 del Código Civil establece: "Los conyuges están obligados a guardar fé, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida" -- (6). Como se puede ver estos deberes predicables del matrimonio son de mera sociabilidad y no repugnan al predicarse del concubinato, porque son consecuencia lógica de un estado de cooperación que surge más de la misma convivencia que de una ceremonia religiosa o civil que se haya efectuado. Las consecuencias del concubinato como fuente principalísima de la familia natural y de los intereses que se encuentran en juego, no deberían admitir diferencias entre los derechos y deberes de los concubinos y de quienes se encuentran unidos mediante ceremonia civil o religiosa. En cuanto a la fidelidad hay razones de orden jurídico y público para que esta exista como un deber entre concubinos; hay un interés público para que todas las personas tengan su estado civil definido, o un concubinato y no una serie de relaciones anormales que las sitúen o clasifiquen dentro de un grupo social menor, al que el Estado sanciona o favorece con sus disposiciones.

Las razones saltan a la vista, al mirar con un criterio de equidad nuestras disposiciones y ver la necesidad de su establecimiento, por no existir para los concubinos iguales presunciones que las que existen para los nacidos durante un matrimonio con su correspondiente forma de impugnarla y por otro lado la fidelidad es uno de los requisitos del concubinato notorio y regular, a cuya sombra tarde o temprano la ley admitirá una especie de sociedad conyugal de hecho. Respecto al deber de ayuda y socorro mutuo es apenas natural que si dos personas resolvieron unirse sus vidas como mari

---

(6) ORTEGA TORRES, Jorge. Código Civil Colombiano p.68 --

do y mujer, sin matrimonio, sus relaciones impongan - deberes correlativos a las ventajas que deriven de - ese estado. Para afianzar mas el porqué de ese deber - de ayuda, se puede aplicar en este punto lo que dice la ley en el capítulo de alimentos; por mandato le - gal se deben, entre otros, a los padres e hijos natura - les y al que ha hecho una donación cuantiosa. Observe - se cómo si en éste último caso se conceden alimentos con fundamento en la gratitud, con mayor razón la - ayuda y el socorro mutuos se imponen entre dos perso - nas que son el origen de una familia y están unidas - por vínculos superiores a un deber de gratitud, aun - que la ley expresamente establezca que no se deben - alimentos a las personas no enumeradas en el artícu - lo 411, es de elemental justicia que la ley obligue - al concubino a pagarle lo necesario a su compañera - o viceversa, la compañera al compañero abandonado, sin mediar culpa alguna de estos, cuando queda en condi - ciones económicas y físicas que hacen imposible o - muy difícil su supervivencia. Ya respecto a la potes - tad marital que contempla el artículo 176, se puede - agregar que a más de ser un artículo derogado carece de importancia ante las nuevas corrientes del pensa - miento humano y ante la realidad que se impone.

#### 1.5.1. EL CONCUBINATO EN OTRAS LEGISLACIONES

##### 1.5.1.1. EN FRANCIA

Inicialmente n este país el concubinato fué ignorado por las leyes y doctrinantes, ya en la actualidad la - doctrina con sus ensayos y proyectos se ha ocupado - de él.

Allí jurisprudencialmente se aplica la teoría de la - sociedad de hecho, contrato de trabajo y enriqueci - miento sin causa, pero de acuerdo con la ley se consi

dera inexistente el régimen de bienes entre concubinos

Antes de este especie de evolución y hasta antes de la Revolución Francesa el hijo extramatrimonial no tenía derecho frente a sus padres, posteriormente alcanza el derecho a reclamar alimentos y se le permite la libre-investigación de su paternidad en distintos casos, entre ellos, el concubinato notorio en la época de la concepción ( Ley del 16 de Noviembre de 1.912). En la Revolución Francesa se igualaron los derechos de los hijos - legítimos y naturales en lo referente a la sucesión.

El Código de Napoleón de 1.804 consagró la ineficacia del concubinato, como consecuencia de la ignorancia absoluta que de esa unión libre se hizo.

Con la ley 2ª de Julio de 1.907 se organizó la protección legal del hijo natural y se confirmó la Patria Potestad al padre o madre que primero lo hubiere reconocido. Una ley posterior, pero del mismo año permitió la legislación de los hijos adulterinos.

Posteriormente vino la ley del 16 de Noviembre de 1.912 a la que ya aludimos. Al respecto dice el autor Humberto Ruiz.

" Entre ésta ley francesa y nuestra ley 45 del 36 en su artículo 4º a excepción de los numerales 4º y 5º especialmente, existen notorias semejanzas porque esta fué copiada de aquella. Por manera que la principal consecuencia práctica de ello radica en que la Jurisprudencia Francesa es aplicable entre nosotros, de manera análoga." (7).

---

(7) MONROY CABRA, Marco Gerardo, Matrimonio Civil y Divorcio en Colombia 2ª Edición, Ed. Temis Bogotá -- 1979, p. 332.

"La Jurisprudencia admite el resarcimiento de perjuicios en caso de ruptura intempestiva del concubinato con fundamento en la Responsabilidad Civil Extracontractual (Paris, 4 de Enero de 1.952, S, 52, 2 85). Asi mismo la existencia de sociedades de hecho entre amantes, siempre que se dan los requisitos de toda sociedad intencion de constituir la (Affectis Societatis) - aportaciones reciprocas y participacion en beneficio y perdidas (CoM, 3 de Noviembre de 1.953, 53, 371, Civ-30 de Abril de 1.954, J.C.P. 54, 2, 8319) " (8).

En sentencia de Febrero de 1.959 "La Corte de Paris" ha otorgado a la concubina indemnizacion por dafio moral, pero como lo anotan Carlos Alberto Indaburo Lizarralde y Gloria Cecilia Estrada Piedrahita.

" Hay varias leyes que protegen indirectamente el concubinato, al considerar que la expresion persone a charge comprende tambien a la concubina y por medio de leyes, en su mayoria laborales, tienden a proteger al trabajador y a su familia. Entre ellas citan las siguientes: Accidente de Trabajo (Ley Octubre 30 de 1.946, art. 54). Asistencia Familiar (Decreto Ley, Julio 29 de 1.939, art. 75); Prestaciones Familiares (Ley Agosto 22 de 1.946, art. 20). Arrendamientos Urbanos (Ley 1ª de Septiembre de 1.948, art. 50) " --- (9)

" Se estima a los concubinos plenamente capaces para celebrar entre ellos actos juridicos como donaciones, compraventas, etc. Es valido el acuerdo que celebren para terminarlo independientemente de la causa; Mutuo acuerdo, decision unilateral, matrimonio entre ellos, matrimonio con tercera persona por parte de uno de ellos, o la iniciacion de otro concubinato." (10).

Es con esta legislacion con la que mas se asemeja la nuestra.

---

(8) RUIZ, Humberto, El Concubinato como fuente de Relaciones Juridicas, Tesis de Grado, Universidad Nal Bogota, D.E. Nov. 1.955. pag. 189.

(9) INDABURU, Carlos Alberto y ESTRADA, Gloria. El Concubinato en Colombia, sus derechos y sus obligaciones, Libreria Juridica Wulches, 1978. pag. 153.

(10) INDABURU, Carlos Alberto y ESTRADA, Gloria Cecilia Ob, Cit pag. 154.

pues como en ella, el reconocimiento legislativo es muy poco y eso indirectamente; es la jurisprudencia y la doctrina la que más ha avanzado en este campo.

#### 1.5.1.2. EN ESPAÑA

En las Siete Partidas de don Alfonso X. tomadas del Derecho Romano, se sustituyó la palabra cocubinato - por barraganía, en la que los amancebados tenía que vivir juntos, cohabitar y carecían de todo impedimento basado en la cognación o en la agnación que les impidiese contraer matrimonio. La Concubina es llamada barragana.

En las leyes del Toro, en la ley XI se "determina que se considere como hijo natural al hijo de aquellos padres que al momento de la concepción o del nacimiento no tenían impedimento para casarse" (11)

#### 1.5.1.3 EN MEXICO :

En éste uno de los países que expresamente regulan el concubinato por ejemplo concede derecho hereditario a la concubina que lleva por lo menos cinco años de unión.

"También se otorga protección legal al concubinato, cuando se reconoce ese estado social en el caso de pago a las familias de los obreros por accidente de trabajo". (12).

No se conceden derechos hereditarios a toda concubina sino aquella que suple a la esposa legítima. Tampoco tienen derecho a heredar las concubinas cuando son varias.

(11) MONROY CABRA, Marco Gerardo. Ob. Cit. Pág. 328.

(12) ANALES DEL CONGRESO. Proyecto de Ley, Proyecto No. 135 de 1.981. Ponente Nahir Saavedra de Devis.

## 1.5.1.4. EN CUBA.

Allí el concubinato estable y permanente surte los -- efectos del matrimonio formalizado legalmente cuando -- fuere reconocido por tribunal competente. Cuando uno -- de los dos estaba unido en matrimonio anterior, el con -- cubinato surtirá plenos efectos legales en favor de -- la persona que hubiere actuado de buena fé y de los -- hijos habidos de la unión.

## 1.5.1.5. EN CHILE:

Puede existir una sociedad expresamente pactada entre los concubinos, o una sociedad regular de hecho, siem -- pre que concurren los elementos de ésta. También puede haber entre los concubinos una situación irregular de hecho la cual se presenta cuando una sociedad solemne no se cumpla con las solemnidades exigidas por el le -- gislador. O también puede existir entre ellos una co -- munidad universal con respecto a los bienes que han -- adquirido durante el concubinato con el esfuerzo co -- mún y la cooperación mutua.

En la obra tantas veces citada de Indaburú y Estrada -- se traen como apises que aceptan al concubinato, o que lo equiparan al matrimonio cuando asume similares con -- diciones a Cuba, Panamá, Guatemala, Bolivia, Venezuela, Ar -- gentina y como ya lo dijimos México. Entre los países -- que lo desconocen legalmente enumeran a Alemania, Ita -- lia, Austria, Bélgica, Perú y la provincia de Queber en -- Canadá y por último dentro de lo que ellos llaman " pa -- ses de posición eclécticz", es decir aquellos que aun -- que no aceptan el concubinato lo regulan o fijan sus -- efectos, hablan de Francia, Colombia y Luxemburgo.

En Suiza y Ecuador se considera el concubinato como -- una infracción penal, pero, raramente, regulan sus efectos de un modo favorable y benéfico. Estos autores citando

a Gabriel García Cantero traen las siguientes soluciones de los Tribunales Federales:

" Las liberalidades entre pseudo-cónyuges no son - inmorales, cuando no responden al pretium stupri; 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, el mero hecho de la ruptura no da derecho a la indemnización ya que no constituye un hecho ilícito, sino al contrario, pone fin a una situación ilícita. (13).

Anote éstas soluciones porque me parecen acertadas y podrían servir a nuestros legisladores como pauta al momento de tener en cuenta el concubinato en nuestro país y sus consecuencias.

---

(13) GARCIA CANTERO, Gabriel. El Concubinato en el Derecho Francés Cuadernos del Instituto Jurídico - Español, No. 18, Roma-Madrid, 1.965, Pág. 26. Citado por Indabari y Estrada, Op. Cit.

## 2. SOCIEDAD DE HECHO

### 2.1. DEFINICION

La Sociedad de acuerdo con la sujeción o no a ciertos requisitos puede ser: regular o de derecho, de hecho - o irregular y creada o nacida de o por los hechos; en globadas las dos últimas en lo que genéricamente se - denomina sociedad de hecho.

De acuerdo con el Dr. Carlos Betancour Jaramillo la - sociedad de hecho o irregular.

" Es aquella que se forma por virtud de un consentimiento expreso y que, por falta de uno, de varios o de todos los requisitos o de las solemnidades que la ley exige para las sociedades de - derecho, no alcanzan la categoría de tales" - (14).

Las sociedades de hecho o por los hechos se originan en la colaboración de dos ó mas personas en una misma explotación y resultan de un conjunto o de una serie-coordinada de operaciones que efectúan en común esas personas y de las cuales se induce un consentimiento-implícito. En estas sociedades el acuerdo entre las - partes no falta, lo que acontece es que se acredita -

---

(14) Casación de Nov.30 de 1.935 Citada por Carlos Betancour Jaramillo, "El Regimen de los Concubinos - en Colombia " tesis, Medellín, U. de A. 1952, P.266 -

Por medio de una presunción.

El Código de Comercio en sus artículos 498 a 506 establece los lineamientos generales de las sociedades de hecho, sobre la omisión de la escritura pública, requisitos éste exigido por la ley para que la sociedad exista como regular o <sup>de</sup> derecho. El Código Civil a su vez -- en sus artículos 208 y del Código Civil no tiene aplicación sino cuando se forma una sociedad de hecho, que no puede subsistir legalmente ni como sociedad, ni como donación ni como contrato alguno, caso en el cual se liquida esa especie de comunidad para que cada socio retire lo que hubiere aportado a ella. Es preciso en el caso de esa norma no sólo el aporte sino la "Affectio-societatis", la voluntad de los socios para asociarse, voluntad que no trasciende con efectos jurídicos -- sobre una sociedad por faltarle ciertos requisitos que impiden su existencia.

Entonces para poner fin a ese estado anómalo, autoriza la ley la liquidación de las operaciones realizadas:

Resumiendo podemos decir que la sociedad de hecho es -- la que reúne los requisitos esenciales )Pluralidad de personas, aporte, vocación a las utilidades affectio societatis), pero no se celebra por escritura pública, se celebra por acuerdo verbal, mediante acuerdo privado o tácitamente.

Esta sociedad de hecho no genera una persona jurídica -- y consecuentemente no tiene autonomía patrimonial. -- Tampoco es de menester declaración alguna de autoridad jurisdiccional o Administrativa para que la sociedad -- de hecho surja.

## 2.2. NATURALEZA JURIDICA

De conformidad con el artículo 2079 del Código Civil la sociedades es un contrato; igual naturaleza jurídica le dá el artículo 98 del Código de Comercio al afirmar que por el contrato de sociedad dos o mas personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero. A este respecto el Código Civil dice que esas dos o mas personas estipulan poner un capital u otros efectos en común, creo que en ésta última expresión " u otros efectos en común" está lo que en forma más clara dice el Código de Comercio "... trabajo o en otros bienes apreciables en dinero".

En cuanto al objeto de ese contrato el Código Civil dice que, es repartirse las ganancias o pérdidas que resulten de la especulación; el Código de Comercio - afirma que el "fin es repartirse entre si las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social, - artículo 98 Código de Comercio.

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

De acuerdo con el artículo 2133 de C.C. " Las sociedades podrán expirar en cualquier tiempo por el consentimiento unánime de los socios". Con éstar norma si los socios de una sociedad de hecho la desuelsen de común acuerdo, quedaría pendiente la liquidación - la que puede también hacerse de común acuerdo, pero -

si se presenta desacuerdo en este aspecto, les bastará adjuntar al proceso de liquidación las pruebas sobre la existencia y disolución para que se efectúe judicialmente la liquidación. Pero si los asociados no se ponen de acuerdo en el hecho de la disolución, es indispensable que mediante un proceso ordinario se declare su existencia y disolución, aportando como se dijo antes cualquier clase de pruebas, por la libertad de medio probatorio que se permiten.

Una vez se tenga la sentencia declarativa de la existencia y que ordene su disolución, será necesario pasar a liquidarla. Es así como en caso de faltar acuerdo para liquidarla no bastarían las pruebas, para pedir la liquidación, sería indispensable la sentencia. Porque el artículo 628 indica los requisitos de la demanda y sus anexos, agregando en la última parte "tratándose de sociedades no inscritas bastará acompañar pruebas si quiera sumaria de su existencia y representación" (15). En ésta parte del artículo quedaron incluidas las sociedades de hecho, pero como bien lo afirma el Tribunal Superior de Medellín, con ponencia del Dr. Arturo Gómez-Duque<sup>11</sup>, esa prueba aunque sumaria debe ser plena; por lo cual considero que en caso de desacuerdo sobre la disolución la única forma de probar la existencia de una sociedad de hecho es la sentencia emitida en el correspondiente proceso.

En síntesis la sociedad, entre ellas la de hecho, resulta de la figura jurídica llamada contrato.

La sociedad de hecho supone un contrato nulo o degegerado, o un estado de hecho sin contrato, implica necesariamente un acto de voluntad en ambas hipótesis; en las sociedades de hecho lo único que falta es el contrato válido, por ausencia de una formalidad ad-substantiam,

(15) CRONICA JUDICIAL, Tribunal Superior de Medellín, año 1979, No. 510 p. 47 y ss

como la escritura o el registro, o la publicidad, es decir no hay contrato o el contrato ha degenerado (art. 1501 y 1760 del Código Civil); pero la voluntad de los socios si bien no se encuentra en el contrato, en un -- acto escrito, se dá en una situación de hecho que ellos han establecido.

### 2.3. CARACTERÍSTICAS:

El Contrato se puede celebrar mediante acuerdo verbal y éste podrá ser expreso o tácito, si es tácito se llama sociedad formada por los hechos (Art. 498 Código de Comercio).

También puede formarse mediante documento privado (Art 498 Código de Comercio)

Carece de personalidad jurídica (Art. 499 Código de Comercio).

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

En las Sociedades de hecho la responsabilidad de los -- asociados es solidaria e ilimitada en razón a las obli gaciones que adelanten por la ejecución del contrato -- y en vista del condominio que entre ellos se forma.

En las sociedades de hecho, las relaciones de los so -- cios entre sí y frente a terceros se confunden en un -- solo conjunto, ya que a ésta sociedad no son aplicables por extensión o analógicamente las reglas sobre la personalidad jurídica y la autonomía patrimonial y porque como ya lo dijimos los derechos que se adquieren y las

obligaciones que se contraigan en desarrollo de las - empresa social, se entienden adquiridos o contraídos - a favor o a cargo de todos los asociados (Art.499).

De conformidad con el artículo 28 los socios en socie - dad de hecho están obligados a inscribirse en la Cáma - ra de Comercio (los socios, la sociedad ).

#### 2.4. DISOLUCION Y LIQUIDACION

Cada asociado a una sociedad de hecho goza de la fa - cultad para pedir en cualquier momento, que se liquide y pague su participación en ella, cuando desee desli - garse de las responsabilidades inherentes a su condi - ción de asociado de hecho. Y la subsistencia de esta - forma asociativa queda al arbitrio de cualquier asocia - do, puesto que formula la solicitud de liquidación, - los demás asociados estarán obligados a llevarla a ca - bo. Y si no acceden a efectuar la liquidación total - o parcial fuera de juicio. El proceso indicado para -- lograr esa finalidad en un proceso de liquidación, el - que de acuerdo al artículo 527 ,y es del código de -- Procedimiento Civil sigue los lineamientos de un pro - ceso abreviado.

Es así como con fundamento en los artículos 2083 del - Código Civil y 505 del Código de Comercio. "cada uno - de los socios tienen el derecho de pedir su liquida - ción, a fin de que se apralicen sus actividades, se li - quiden sus operaciones anteriores y retire lo que hu - biere aportado"(16). Adicionando con la parte propor - cional de las ganancias si la sociedad fué próspera, - o disminuído en la proporción correspondiente a las -

---

(16) ORTEGA TORRES, Jorge, Código Civil y Código de Co - mercio 1ª Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1977 -- p.1684

pérdidas en caso contrario.

De acuerdo con las normas legales regulativas de su trámite el proceso seguido con la finalidad indicada puede presentar dos etapas, la primera que constituye un proceso declarativo, tiene por objeto único discutir y resolver si existe la sociedad de hecho para declarar la y ordenar su liquidación, y la segunda, que asume el carácter de ejecución de la sentencia del contenido dicho, busca determinar precisamente cuales son los bienes partibles y cual el monto de lo que a cada socio corresponde" (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de Julio 8 de 1.976) (17).

Cualquiera que sea la sociedad (civil, comercial, o de hecho), cuando le corresponde la declaración al juez, el competente será el Juez Civil del Circuito del domicilio principal de la sociedad (art.16, num.5º Código de Procedimiento Civil) ya que solo se tienen en cuenta la naturaleza del asunto. Esta competencia se da ya sea para resolver sólo la petición de existencia y reconocimiento, o solamente la de liquidación judicial.

Si por solicitud de uno de los socios el juez ordena la liquidación de la sociedad de hecho, la sentencia debe ejecutarse, inscribirse en el registro mercantil y publicarse la parte resolutoria en unos de los periódicos del mayor circulación en el domicilio social; las partes gozan después de la publicación de 10 días para designar liquidador principal y suplente y comunicar los nombramientos al juez a fin de que dicte el auto de reconocimiento.

---

(17) JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA. Revista Mensual de Legislación Económica, Tomo V. No. 57. Bogotá, Sep/76 p. 531.

Si la liquidación se acuerda extrajudicialmente, los socios pueden cumplir los trámites directamente.

### 3. SOCIEDAD CONYUGAL

#### 3.1. DEFINICION

Ni el Código Civil, ni el Diccionario de la Real Academia de la Lengua han dado una definición de la sociedad conyugal; y hay si una famosa sentencia del 5 de Noviembre de 1.960 de la Honorable Corte Suprema de Justicia, traída como comentario a continuación del art 1781 del Código Civil que señala:

" La Sociedad Conyugal es una institución de orden público y de carácter accesorio, que se forma por el hecho del matrimonio y no puede subsistir sin él, además agrega, es la única sociedad de ganancias a título universal que la ley autoriza.... ya que los cónyuges al unirse en matrimonio ponen en común trabajo, actividades y esfuerzos en beneficio mutuo cada cónyuge trabaja y adquiere no solo para si sino también para el consorte" (18).

Se considera que la sociedad de gananciales es aquella situación de comunidad que la voluntad privada o la ley, en su defecto. declara establecida entre marido y mujer, por virtud de la cual estos ponen en común y hacen suyo por mitad, al disolverse el matrimonio, los beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos durante el mismo" ( 19 ).

48135

---

(18) ORTEGA TORRES, Jorge, Código Civil, Duodécima edición Editorial Temis, Bogotá, 1977.

(19) ALVAREZ RODRIGUEZ, Edgar. Régimen de Bienes en el Matrimonio, Editorial. Temis, Bogotá, 1978, p.26

De esta definición podemos destacar el hecho de que - deja de lado el concepto de " Sociedad" para adoptar el de "situación del Comunidad", que es tomado por So marriva y Fueyo quienes coinciden en afirmar que la - sociedad conyugal " es la sociedad de bienes que se - forma entre los conyuges por el hecho del matrimonio" aunque luego tratan de demostrar que la conyugal no es una verdadera sociedad." (20).

De nuestro estudio podemos concluir que son muchos - los autores que tratan de definir lo que es sociedad conyugal y la mayoría de ellos coinciden en los ele - mentos que la integran, pero no en su naturaleza jurí - dica, acerca de la cual hay mucha discusión.

### 3.2. NATURALEZA JURIDICA

Hay un sector de la doctrina que ha intentado asimi-- lar la sociedad conyugal a una comunidad de tipo ger - mano, pero como dicha comunidad presupone la existen - cia de ciertos bienes sobre los cuales recae, esta tesis resulta insuficiente para explicar la existencia de - sociedades conyugales sin bienes, motivo por el cual - ha sido criticada.

Los rasgos fundamentales de la comunidad de tipo ger - mano son "1) Las cosas pertenecen a un patrimonio au - tónomo, separado y común, 2) La administración se atri - buye a un órgano especial de dirección que obra a - nombre de los partícipes, 3) No existe la Actio Comuni - Dividundo para dar realidad inmediata a la participa - ción de los socios" (21).

Otros autores han pretendido que la sociedad conyugal es un patrimonio autónomo, dotado de personalidad ju -

---

(20) Idem. p. 26

(21) ALVAREZ RODRIGUEZ, Edgar. Ob. Cit. P. 28 y 29

ridica, con base en que los distintos ordenamientos - al regular las sociedades conyugales les atribuyen, - aún en forma t axita, una personería distinta de la de cada uno de los conyuges. Esta doctrina en nuestro - país tiene su fundamento en instituciones como la herencia yacente y la mesa de bienes del quebrado. - Barros Errazuriz refiriéndose a nuestra sociedad conyugal señala que "se trata de una sociedad sui generi de naturaleza especial con caracteristicas peculiares que la distinguen y la distancian de cualquier otra - institución legal de nuestro derecho." (22).

En vista de que a todos los d octrinantes que han intentado integrar la sociedad conyugal en una institución de nuestro derecho se les ha hecho reparos irrefutables a sus teorias, como pudimos ver en algunos -- ejemplos, un importante sector de la doctrina ha concluido que esta tarca es inoficiosa porque la sociedad conyugal tiene sus caracteristicas propias que le otorgan la suficiente autonomía para diferenciarla de las dem as figuras jurídicas.

Somarriva al referirse a la sociedad conyugal afirma simplemente "sociedad conyugal es sociedad conyugal". Al igual conclusión llega Jaime Rodríguez Fonnegra, al hablar de la naturaleza Jurídica de esta sociedad, dice que esta es una sociedad sui generis". (23).

Del estudio que realice sobre la naturaleza jurídica de este tipo de sociedad llegó a la conclusión de - que esta última posición doctrinal es la de más acerta

---

(22) BARROS ENAZURIZ, Citado por ALVAREZ RODRIGUEZ, Edgar en su libro Régimen de Bienes en el Matrimonio p.30

(23) FONNEGRA RODRIGUEZ, Jaime. De la Sociedad Conyugal - Ediciones Lernes, Bogotá, Col. Tomo I p.14.

da solución el problema por el carácter exclusivo y - único de aquel concepto, por constituir una categoría-jurídica independiente al igual que las demás en las- que se ha tratado de comprenderla; es un concepto pro- pio de derecho de familia que constituye una categoría autónoma que tiene un elemento determinante para saber se si se está en presencia de dicha sociedad o no, co- mo es la posibilidad de que se integre o la integra- ción actual por el hecho del matrimonio, de una masa o conjunto de bienes destinados a ser posteriormente re- partidos entre los conyuges o sus herederos en unión- con los adquiridos durante la vigencia del régimen -- y que deban ingresar a ese acervo.

Al conjunto de normas a las cuales deben someterse -- los cónyuges en materia de adquisición, administración goce y disposición de sus bienes se les denomina régi- men de bienes en el matrimonio, de los cuales hay cua- tro tipos bien caracterizados.

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

De Unión de Bienes: Constituido por dos elementos:

- a) Administración y goce del patrimonio de la mujer a favor del marido.
- b) Imposibilidad jurídica de una masa partible.

Dotal, en el que el matrimonio de la cónyuge se divide en dos partes, una formada por los bienes dotables que el matrimonio tiene en administración y goce y que -- practicamente son inajenables y otra compuesta de los bienes parafernales que la esposa conserva, administra y disfruta

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

En nuestro país con la Ley 28 de 1.932 se hizo una combinación de los regímenes de separación y de comunidad restringida en la que los conyuges están separados de bienes, puesto que cada uno conserva la propiedad de todos los suyos, sean éstos propios o gananciales y los administra con entera independencia. La mujer es plenamente capaz y una vez disuelto el régimen se forma una comunidad pero solo para el afecto de liquidarla y dividir entre ambos los gananciales que hayan adquirido.

Este régimen ofrece la ventaja de los regímenes que combina, sin sus inconvenientes.

### 3.3. DONFORMACION DEL ACTIVO Y EL PASIVO

#### 3.3.1. A C T I V O :

En el régimen actual cualquiera de los hechos consagrados en el art.1820 del Código Civil (Causales de disolución y liquidación de la sociedad conyugal) dá lugar a considerar que los conyuges han tenido entre sí sociedad conyugal, desde la celebración del matrimonio.

Para determinar el conjunto de bienes sobre lo que ha de hacerse las operaciones necesarias para la liquidación y distribución de bienes gananciales entre los conyuges, es necesario analizar someramente como se integra al régimen anterior y la situación creada con la ley 28 de 1.932.

Existía y existe una distinción entre los bienes sociales y los bienes propios, pero a la vez los bienes sociales antes de la mencionada Ley 28 se subdividían, en

haber absoluto, que eran los bienes que ingresaban a la sociedad sin carga de restitución al disolverse la misma y haber relativo que eran aquellos que por el hecho de entrar en ella generaban un derecho en favor del cónyuge aportante, para obtener la restitución de su valor o el bien mismo a la disolución y liquidación de la sociedad.

El haber absoluto estaba integrada por;

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

Frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros de cual-  
quier naturaleza, que provenían fuera de los bienes so-  
ciales o de los bienes propios de cada uno de los cón-  
yuges y que se devengaran durante la comunidad.

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

El haber relativo estaba integrado por :

El dinero que cualquiera de los cónyuges aportara al  
matrimonio o que durante él adquiriese, obligándose --  
la sociedad a la restitución de igual suma; aquí se ha  
ce referencia al que poseyeran los consortes desde an-  
tes del matrimonio, así como al adquirido por ellos du-  
rante su existencia, siempre que este último lo fuera-  
por virtud de un título lucrativo.

Con la reforma de éste último renglón pasó a ser par-

te de los bienes sociales.

Las cosas fungibles y especies muebles, que cualquiera de los cónyuges aportara al matrimonio o que durante él adquiere mediante un título no oneroso, por medio de capitulaciones o mediante una lista firmada por ambos conyuges y tres testigos domiciliados en el territorio. Se podía excepcionar esta regla para que hicieran parte de los denominados bienes propios.

Es de anotar que no quedaban comprendidos aquí los muebles por naturaleza que se reputan inmuebles por destinación.

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

Los bienes propios de los cónyuges estaban integrados por:

Inmuebles que pertenecían a estos antes de contraer matrimonio.

Inmuebles que, aunque adquiridos durante la existencia de la sociedad conyugal a título oneroso, hubieran tenido una causa de adquisición anterior al matrimonio -- vgr. posesión antes del matrimonio y adquisición por prescripción durante el mismo.

Inmuebles adquiridos durante la existencia de la sociedad cónyugal en virtud de un título gratuito.

Los elementos de los bienes propios por causas natu--

rales o valorizaciones no onerosas o por hechos ajenos a la voluntad del cónyuge propietario.

Los bienes muebles expresamente excluidos de la sociedad cónyugal.

Los vestidos y bienes muebles de uso personal necesario.

Los inmuebles subrogados a muebles o valores propios de la cónyuge.

La integración del acervo, a partir de la ley 28 de 1.932 se realiza con lo que en el anterior sistema del código se denomina haber absoluto de la sociedad conyugal, ya que los integraban el haber relativo quedaron bajo la vigencia de la ley 28 asimilados a los bienes propios de los cónyuges, por lo tanto no hacen parte del activo de dicha sociedad y no se tienen en cuenta al momento de hacerse la liquidación.

Como se pudo ver en la conformación del activo y como posteriormente se verá, en la integración del pasivo hay una idea latente en la organización de la sociedad cónyugal como es la comunidad de esfuerzos.

### 3.3.2. PASIVO :

El artículo 2º de la ley de 1.932 señala: Cada uno de los cónyuges será responsable de las deudas que personalmente contraiga salvo las concernientes a satisfacer las ordinarias necesidades domésticas o de crianza educación y establecimientos de los hijos comunes; respecto de las cuales responderán solidariamente ante terceros y proporcionalmente entre sí conforme el código civil. Con base en este artículo considero, como opina la mayoría de los tratadistas, que el pasivo de la

sociedad regulada por la ley 28 está reducido a dos -  
 renglones de los cinco que conformaban el pasivo de -  
 la sociedad conyugal, regulada por el código y son --  
 ellos:

Las obligaciones que contraigan los casados para sa -  
 tisfacer las ordinarias necesidades domesticas o de -  
 crianza, educación y establecimiento de los hijos co -  
 munes.

Los gastos usufructuarios a que haya lugar en la ex--  
 plotación de los bienes personales y sociales.

La Honorable Corte Suprema de Justicia de nuestro país  
 en sentencia del 16 de Noviembre de 1.953 dijo que -  
 continúa vigente la doctrina sentada en su fallo del -  
 quince de octubre de 1.946 que dice que la ley 28 de -  
 1.932 introdujo sustanciales reformas al Código en --  
 materia de deudas porque conforme a su artículo 2º pue -  
 de decirse que domina la presunción contraria a la an -  
 terior, ya que señaló que las deudas que contraiga el  
 marido o la mujer durante el matrimonio son persona--  
 les y sólo por excepción sociales o comunes lo que --  
 ocurre con lo concerniente a satisfacer las necesida -  
 des deomésticas o de crianza, educación y establecimi -  
 ento de los hijos comunes. Y la responsabilidad por -  
 esas obligaciones también gravita de distinto modo --  
 porque de las deudas personales sólo es responsable -  
 el cónyuge que las haya contraído y se hacen efecti -  
 vas exclusivamente sobre los bienes que le pertene --  
 cían cuando contrajo matrimonio<sup>o</sup> sobre los que haya --  
 adquirido a cualquier título durante el mismo. Señala  
 también la Corte en su fallo que en cuanto a las deu -  
 das sociales ya mencionadas, los cónyuges responden e  
 solidariamente ante terceros, con todos sus bienes --  
 presentes y futuros y proporcionalmente entre si, como

se señaló en el artículo 2º de la Ley 28 de 1.932.

### 3.4. CARGAS Y RECOMPENSAS

Tomando la acertada definición de Alessandri puede --- decirse que las recompensas son "las indemnizaciones -- pecuniarias a las que los patrimonios del marido, la -- mujer y la sociedad están obligados entre sí" (24) Meā diante las recompensas se busca evitar el enriquecimi- ento sin causa de alguno de los haberes mencionados, - mantener la inmutabilidad del régimen económico aplica ble al matrimonio, impedir que los cónyuges se hagan - donaciones simuladas y por último se constituyen en -- mecanismos de protección.

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

Analizaré las clases de recompensas de la expedición-- de la ley 28 y luego de su vigencia para poder apre -- ciar sus diferencias.

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

Por el dinero que hubieran aportado al matrimonio o -- que durante su existencia hubiera adquirido a título -- lucrativo, esto fué antes de la ley 28, porque bajo el -- régimen actual, ninguna de esas cantidades ingresan al -- haber social, hace parte sólo del haber propio sin gene -- rar, ni recompensa por tal concepto.

---

(24) ALESSANDRI, Citado por Alvarez Rodríguez Edgar, en -- su libro Régimen de Bienes en el Matrimonio, p.238 -- Bogotá, 1.978

Recompensas por el valor que tuvieran las especies fungibles, aportadas a la sociedad por los cónyuges en el momento del matrimonio o adquiridas mas tarde mediante un título gratuito. Tampoco tiene vigencia por la misma razón anotada anteriormente.

Otra recompensa, está ya en favor de la mujer, la cual se realizaba por el aporte de inmueble a la sociedad, entregado por aquella. No tiene aplicación por ser imposible el aporte que lo generaba, a partir de la ley 28 que lo suprimió.

Cuando se vendía un bien propio de uno de los cónyuges y los fondos conseguidos con dicha enajenación no eran destinados a hacer una subrogación o al pago de deudas personales del dueño de la cosa vendida. La sociedad quedaba debiendo a éste el valor del precio respectivo, esto por cuanto se suponía que con ese dinero se habían atendido cargas que eran de la sociedad.

Si el valor del bien propio vendido, era superior del que tenía el nuevo inmueble y tal diferencia no era suficiente para excluir la realización de la subrogación real, la sociedad conyugal quedaría debiendo al cónyuge el valor de esa diferencia de precio. Esta recompensa no fué excluída con la ley 28 de 1.932.

De igual manera la sociedad debía y debe recompensa a los cónyuges, cuando los bienes de éstos se atendía a la satisfacción de deudas sociales, porque de lo contrario se produciría, un enriquecimiento de la sociedad a expensa de los intereses de los consortes.

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

Cuando a consecuencia de una subrogación real, el valor

del nuevo inmueble es superior al que tenía el que se permutaba, o al de la venta del bien propio, previamente vendido y era necesario pagar un excedente, quedando a cargo del cónyuge recompensar a la sociedad del valor; porque la diferencia se presume extraída del patrimonio social. Esta situación continúa vigente con la ley 28.

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

También había recompensa en favor de la sociedad antes de la ley 28 de 1.932 y a cargo del marido (Art. 1810 inciso 1º), porque esto disponía de los bienes de la mujer, sin la observancia de las formalidades señaladas en el art. 1812. Esto no continuó vigente con la ley 28 por quitársele la facultad al marido de ser el administrador de los bienes de su cónyuge. El artículo 1810 señalaba: "No se podrán enajenar ni hipotecar los bienes de la mujer, que el marido esté o pueda estar obligado a restituir en especie, sino con voluntad de la mujer y previo decreto del Juez o prefecto, con conocimiento de causa.

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

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

la adquisición de un bien propio, son tomados de aquellos que se consideran que han tenido la calidad de sociales, lo cual se presume.

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

Recompensas causadas entre cónyuges:

Cuando son bienes de uno de los cónyuges se pagan deudas personales del otro. Este literal conserva su vigencia con la excepción de la ley 28.

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

Cuando uno de éstos hubiere ocasionado con culpa grave o solo daño en los bienes de propiedad del otro cónyuge, también aplicable en la actualidad.

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

Al establecer el artículo 2º de la ley 28, la solidaridad entre los cónyuges por los gastos de crianza y educación de los hijos comunes. Hay lugar a una carga para uno de ellos , una recompensa para el otro, cuando al momento de hacer la liquidación final se prueba que esa solidaridad proporcional no se ha cumplido, quedando quien no cumplió con la carga de recompensar al otro en lo que le corresponda.

### 3.5. DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Antes de entrar de nuevo en éste subtema, me parece acerta

do traer una definición con la que estoy de acuerdo - y que permita hacer claridad. Sotgiá manifiesta que -- la disolución es la verificación de las causas de sus<sub>u</sub> pensión y resolución de las relaciones jurídicas establecidas para la consecución del fin común.

En virtud al artículo 1 de la ley 28 los hechos que -- dan lugar a que deba reputarse que los casados han te<sub>n</sub>ido sociedad conyugal, para efectos de liquidarla, -- son los mismos que se contemplan en el régimen del -- código civil, como causales de disolución de la misma sociedad. El original art. 1820 enumeraba las causales de disolución de la sociedad conyugal, esos mismos hechos allí previstos, continuaron bajo la vigencia de -- la ley 1ª de 1.976 cuyo artículo 25 dió una nueva redacción de 1820 ya citado.

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

Disolución del matrimonio que comprende en la actualidad tres situaciones; muerte real o presunta declaración del divorcio.

Separación judicial de cuerpos.

Sentencia de separación de bienes

Declaración de nulidad de matrimonio y,

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

Aspectos Procedimentales de la Disolución:

Para la liquidación de la Sociedad Conyugal a causa de

sentencia civil que declare la nulidad del matrimonio el divorcio o la separación de bienes se procede como lo disponen los numerales 3 y siguientes del artículo 625 con la advertencia de que en éstos procesos no se admite la proposición de excepciones previas porque ellas debieron ser materia el correspondiente proceso ordinario o abreviado según el caso con excepción de la cosa juzgada reconciliación y que el matrimonio no estuvo sujeto al régimen de comunidad de bienes, esto último en los eventos de nulidad del matrimonio civil y divorcio.

La actuación se presenta en el mismo proceso en que se haya proferido la correspondiente sentencia y no es necesario formular demanda.

### 3.6. LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Según el artículo 4º de la ley 28 "en caso de liquidación se deduce de la masa social, o lo que cada cónyuge administre separadamente; el pasivo respectivo, los activos líquidos restantes se suman y se dividen conforme el Código Civil, previa las compensaciones y deducciones de que habla el mismo código" (25).

La interpretación de éste texto dió lugar a exponer dos teorías, ambas perfectamente válidas y que partían de la base de que la operación que debía hacerse para liquidar la sociedad conyugal, era la deducción del pasivo respectivo, obteniéndose así los activos líquidos, de ahí en adelante las dos teorías se separan consistiendo la diferencia de fondo entre ellas en determinar los bienes sobre los cuales se debían hacer efectivas las recompensas. La primera de ellas sostenía que debía hacerse sobre la suma de los activos y la segunda decía que sobre cada uno de esos ac-

tivos y la segunda decía que sobre cada uno de esos - activos aisladamente. Esta diferente interpretación del artículo en mención dejó de existir desde la vigencia del código de procedimiento civil de 1.970 en el que en su artículo 600 ordenó

" Cuando en el proceso de sucesión haya de liquidarse la sociedad conyugal; en el inventario se relacionarán los correspondientes activos y pasivos para lo cual se procederá conforme a lo - previsto en el artículo 4º de la ley 28 de 1.932 con observancia de lo dispuesto en los - numerales anteriores" (26)..

Estos dos numerales referidos establece: "en el activo de la sociedad conyugal se incluirán las compensaciones debidas a la masa social por el cónyuge sobreviviente o por el difunto; siempre que se denuncie -- por la parte obligada o que ésta acepta expresamente lo que denuncie la otra. En cuanto al pasivo se incluirán las compensaciones debidas por la masa social al cónyuge sobreviviente o por el causante.

De la anterior discusión y de su análisis en el contexto legislativo se puede concluir que en la actualidad las compensaciones actúan sobre la masa total y no - aisladamente sobre el haber de cada cónyuge, para incrementar el activo o formar parte del pasivo. También es importante resaltar que conforme al régimen vigente para proceder a la liquidación de la sociedad conyugal por motivos diferentes a la muerte de uno de - los cónyuges en el inventario no deben incluirse los bienes propios de ninguno de ellos y para confeccionar el inventario, se hace relación de todos los bienes de la sociedad.

---

(26) CASTRO, José Félix, Código Civil Colombiano p.274

El artículo 1824 con respecto a los bienes que debengresar a la masa social, prescrita: "Aquel de los -- cónyuges o sus herederos que dolosamente hubiera ocultado o distraído alguna cosa de la sociedad, perderá -- su porción en la misma cosa y será obligado a restituir la doblada" (27). Previas las recompensar y de -- ducciones del caso (arts.1825 a 1829 Código Civil) el residuo se divide por iguales parte entre los dos cónyuges (art.1830 Código Civil).

En cuanto a la responsabilidad de los cónyuges se establece la solidaridad legal en el artículo 2 de la -- ley 2832, de modo que respecto de ambos es de exacta -- aplicación el art.1834 del Código Civil: Uno y otro -- cónyuge son responsables de la totalidad de las deudas sociales, quedando a favor de cada cual su acción contra el otro para el debido reintegro, en lo que fue re de ley, sin el límite que señala el artículo 1834 -- del Código Civil respecto de la responsabilidad de la Cónyuge.

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

---

(27) ORTEGA TORRES, Jorge, Código Civil Col. p.419

El artículo 1820 establece en su numeral 4º que la sociedad conyugal se disuelve por la declaración de nulidad del matrimonio, salvo en el caso de que la nulidad haya sido declarada con fundamento en lo dispuesto por el numeral 12 del art. 140 del Código Civil. En este evento no se forma sociedad conyugal" (28). A su vez el artículo 140 numeral 12 dice: " #1 matrimonio es nulo y sin efecto en los siguientes casos; cuando respecto del hombre o de la mujer o de ambos estuviere subsistente el vínculo del matrimonio anterior."

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

---

(28) ORTEGA TORRES, Jorge, Código Civil Colombiano --  
p. 419



#### 4. REGIMEN DE BIENES ENTRE CONCUBINOS

##### 4.1. SOCIEDAD DE HECHO CONCUBINARIA

Es lógico que en el concubinato que es una situación estable y definida, no simplemente una relación de momento, las relaciones personales entre la pareja se complementen son relaciones patrimoniales, dirigidas con el esfuerzo de ambos a obtener ventajas pecuniaras, como adquisición de bienes, aumentos de capital etc. Este esfuerzo y las ventajas obtenidas llevarían a la formación de una masa de bienes y así podríamos preguntarnos, ante la falta de regulación legal, si -- por algún motivo termina la relación concubinaria que pasa con los bienes ?.

Tal situación me obliga, necesariamente a asegurar que además de la simple relación personal, tiene que darse otra figura de naturaleza jurídica que puede servir de base para la regulación de las relaciones patrimoniales, sea esta una sociedad de hecho o de derecho, un enriquecimiento sin causa, una comunidad de bienes etc

Es muy poco probable que al iniciarse el concubinato se celebre un contrato en el cual se regulen las relaciones patrimoniales, pues ni contrato, ni acuerdo alguno se dá, nisiquiera en el caso del matrimonio legítimamente constituido, a pesar de que la ley tiene regulación al respecto.

Al iniciarse una relación interpersonal entre una pareja generalmente se hacen a un lado todo tipo de consi

deraciones materiales y solo se piensa en los aspectos sentimentales de la relación; situación ésta que en mas de una oportunidad se lamenta en el futuro.

Por eso en principio se puede afirmar que entre los concubinos se forma una sociedad de hecho o creada por los hechos mediante un consentimiento implícito. Pero no es por el solo hecho de la existencia del concubinato que esta se forma, al respecto veamos lo dicho por la Corte en Sentencia del 30 de Noviembre de 1.935 (Gaceta Judicial Nros. 1901 y 1902) y la del 15 de Noviembre de 1.942 (Gaceta Judicial Nro. 2.001) "Si la sociedad, lo que es muy frecuente, se ha creado de hecho entre concubinos, será necesario que medien, además para poderla reconocer, estas dos circunstancias adicionales:

Que la sociedad no haya tenido por finalidad el crear prolongar, fomentar o estimular el concubinato, pues si esto fuera así, el contrato sería nulo por causa ilícita, en razón de su móvil determinante. En general de la ley ignora las relaciones sexuales fuera del matrimonio, sea para hacerlas producir efectos, sea para deducir de ellas una incapacidad civil, y por ello en principio, no hay 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.

Como en el concubinato no crea por sí solo comunidad de bienes, ni sociedad de hecho, es preciso, para reconocer la sociedad de hecho entre concubinos que se pueda distinguir claramente lo que es la común actividad de los concubinos, en una determinada empresa creada con el propósito de realizar beneficios, de lo que es-

el simple resultado de una común vivienda y de una intimidad extendida al manejo, conservación o administración de los bienes de uno y otro o de ambos.

Además en casación del 7 de Diciembre de 1.943, se dijo:

" El animus contrahendi societatis debe existir -- en toda sociedad, tanto de derecho como de hecho y, aún cuando ésta última nazca o sea resultado de ciertos hechos, debe existir la relación jurídica de igualdad entre los socios, y demás negocios común, aporte en cualquiera de sus formas - y riesgos común también entre los socios, de donde resulta la participación en las pérdidas y en las ganancias" (29).

De tal forma que, además de un esfuerzo coordinado en pie de igualdad, para obtener beneficios, realizaciones hechas como fruto del animus contrahendi societatis, - la sociedad de hecho no puede haber tenido causa ilícita, como sería el establecimiento, mantenimiento o continuación del concubinato, pues una es la causa de concubinato como tal y otra la sociedad de hecho que pueda surgir.

Al respecto hacen las siguientes consideraciones los señores Carlos Alberto Indaburú L. y Gloria Cecilia Estrada Piedrahita.

"La sociedad de hecho en el concubinato, nunca la simple colaboración entre concubinos, cualquiera que sea el tiempo de duración y la índole o naturaleza de las labores por ellas realizadas, puede ser medio suficiente para acreditar la formación de una sociedad de hecho, las actividades así cumplidas, no otra cosa revelan que el ánimo de prolongar, estabilizándola a través suya, aquella unión ilícita, con lo cual la sociedad que de ese solo hecho pretendiera deducirse, adolecería de nulidad por ilicitud en su causa, tal como lo -- previene la última parte del artículo 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 " (30).

Ni la ley ni la jurisprudencia se refieren en forma -- expresa a la sociedad concubinal, pero la jurisprudencia al referirse a la sociedad de hecho no excluye la posibilidad de la existencia de aquella. Entonces puedo decir con ella, que la sociedad de hecho concubinal debe aceptarse cuando reúna los siguientes requisitos:

Que se trate de una serie coordinada de hechos de explotación común.

Que se ejerza una acción paralela y simultánea entre los presuntos asociados.

Que la colaboración entre ellos se desarrolle en un pie de igualdad.

Que no se trate de un estado de simple indivisión, detención, guarda, conservación de bienes etc. Serían estos los requisitos generales; los específicos serían;

Que la sociedad no haya tenido por finalidad el crear prolongar, fomentar o estimular el concubinato, pues si esto sucede el contrato sería nulo por ilicitud en la causa, en razón de su móvil determinante.

---

(30) INDABURU L, Carlos Alberto y ESTRADA PIEDRAHITA-Gloria Cecilia, El Concubinato en Colombia sus -- derechos y obligaciones, Librería Wilches, 1.978 -- pá.153.

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

Si se decreta la existencia de la Sociedad de hecho - entre concubinos, dentro del proceso ordinario que la declara, son procedentes las medidas cautelares, ya - que como vemos el artículo 690 Código de Procedimiento Civil, en su numeral primero de como hace, para la - inscripción de la demanda y el secuestro de bienes -- muebles o inmuebles, que la demanda verse sobre dominio u otro derecho principal constituido en bienes - muebles directamente o como consecuencia, de una pretensión distinta. Por eso no es necesario que se esté discutiendo directamente el derecho de dominio u otro derecho real principal, pues basta que, como consecuencia de las pretensiones de la demanda, un derecho real sobre el bien pueda resultar alterado para que proceda la medida " (31).

Es este el caso de un proceso en el que se solicita - que se declare la existencia de una sociedad de hecho entre concubinos, donde la pretensión de esta, pero con consecuencias de tipo patrimonial al momento de pedir su disolución y liquidación, y esto debe ser así porque quien solicita la declaración de existencia de la Sociedad Cónyugal y su disolución puede tener motivos para temer que los bienes presuntamente de la sociedad se pierdan o deterioren.

---

(31) LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio, Instituciones de Derecho Procesal Civil Col. Tomo II, Parte Especial Los Procesos. Editorial Temis, Bogotá, 1.980 pág. 86.

A pesar de que la doctrina y especialmente el Tribunal Superior de Medellín no aceptan esta posición -- consideró que el texto del artículo permite esta interpretación y porque como ya lo dije es muy probable que el demandado trate de esconder los bienes que serán objeto de liquidación, con posterioridad a la sentencia, que declara la existencia y ordena la disolución.

#### 4.2. EL CONCUBINATO Y EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.

Del principio de que nadie puede enriquecerse a expensas de los demás surge una doctrina, la del enriquecimiento sin causa. La acción derivada de esta doctrina se concede en los casos en que la justicia sea quebrantada, si no se reconoce el valor de un provecho obtenido, para el patrimonio de una persona, sin justa causa y con el esfuerzo de otra persona.

La doctrina señala los siguientes requisitos, para que pueda alegarse en un momento dado el enriquecimiento sin causa:

Enriquecimiento injusto por parte del demandado, por razón de hechos ejecutados por el demandante, que significaron un aumento en el patrimonio de aquel y que ese aumento o provecho se haya probado.

El enriquecido injustamente no debe haber tenido ningún derecho a ese incremento de su patrimonio y que sea consecuencia directa de cualquier empobrecimiento del demandante.

El demandante debe sufrir un daño sino se le reembolsa los gastos o el valor de los servicios prestados. Debe aparecer probado el valor de la utilidad y provecho que se alega.

La acción que se concede al demandante es la acción -

In Rem Verso: entonces para que sea legítimado en la causa se requiere que no tenga ninguna otra acción, - originada por un contrato, un cuasicontrato, un delito, un cuasidelito, etc.

Si tiene una acción originada en algunas de éstas figuras o teniéndola la perdió por su culpa, carece de - la acción In Rem Verso.

Tampoco procede la acción cuando con ella se pretende defraudar una disposición imperativa de la ley, pues - el objeto de esta doctrina es reparar un daño, no in - demnizarlo.

Si hay una causa jurídica para el enriquecimiento del patrimonio no hay lugar a la aplicación de esta doc - trina. Cuando no existe esa causa o fundamento jurídi - co, se concede a la persona la acción que mencionamos - antes para que se le restituya el monto de ese enri - quecimiento.

En el concubinato puede configurarse un enriquecimien - to sin causa, siempre y cuando uno de los concubinos - contribuya a la formación del patrimonio común, sin que - haya sido remunerado por ello y aunque su contribu - ción haya sido solamente en las labores domésticas, - pero la medida del empobrecimiento será de acuerdo a - la labor o contribución prestada. Pero no será el con - cubinato por si solo el que creará los derechos, este - es sólo una causa circunstancial, causa que no debe ca - lificarse de ilícita o inmoral porque tal calificación se le dé al concubinato, la causa directa del enrique - cimiento será ese cuasicontrato o fuente autónoma de - obligaciones.

Hablando del enriquecimiento sin causa en el concubi - nato. Carlos Alberto Indaburú y Gloria Cecilia Estrada en su libro " El Concubinato en Colombia" pag.132 --

traen diferentes sentencias de la Corte Suprema de Justicia. Estas son de los años 1.947, 1.955 y 1.958; en ellas consideró la Corte además de los requisitos para el enriquecimiento sin causa, que las relaciones sexuales en el concubinato no son impedimento, si se llenan los demás requisitos vistos antes, para ejercer la acción In Rem Verso para impedir el enriquecimiento sin causa y la acción pro-socio cuando haya existido una sociedad de hecho.

#### 4.3. LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD DE HECHO CONCUBINAL

Según la sociedad sea comercial o civil, la sociedad de hecho o creada por los hechos se liquida de acuerdo a lo consagrado para tal efecto en el respectivo código. Esta sociedad se disuelve cuando se termine el concubinato o cuando los concubinos así lo acuerden, incluso a solicitud de uno cualquiera de los concubinos. Esta liquidación se hace una vez reconocida su existencia pues como se dijo antes es muy extraño que al iniciarse el concubinato se haya celebrado algún contrato que regule las relaciones patrimoniales entre los concubinos.

Cuando se ha reconocido la existencia de la sociedad de hecho, se ha establecido la causal de liquidación, el paso siguiente es determinar cuales bienes forman el acervo social de hecho, una vez determinado éste procede a la liquidación, participación y adjudicación ya que como no existe estipulación al respecto, los beneficios se dividen a prorrata de los aportes y las pérdidas a prorrata de los beneficios.

Los bienes sujetos a liquidación de la sociedad de hecho entre los concubinos son: los adquiridos por éstos durante la vigencia del concubinato, pero con la aclaración de que los adquiridos a título gratuito

(Legados, herencias, donaciones) no entran en la liquidación: ya que debe tratarse de bienes adquiridos mediante su esfuerzo simultáneo y coordinado, realizado en un pie de igualdad. Además a éstos bienes debe -- agregarse, para la liquidación, los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros de cualquier naturaleza. Así mismo los salarios y emolumentos.

Ante la autoridad jurisdiccional pueden presentarse -- diversas pretensiones a este proceso, ya que la petición puede ser de disolución y liquidación, o solamente de liquidación judicial, por cuanto ya se dió la de disolución.

En cualquiera de éstos casos si existe la sociedad de hecho concubinal, la declaración será de competencia -- del juez civil del Circuito del domicilio principal -- de la sociedad (art. 16 num. 5º en concordancia con el -- le, num. 6º del Código de Procedimiento Civil), ya que -- solo se tiene en cuenta la naturaleza del asunto. La -- solicitud de disolución y liquidación, ante el Juez -- Civil del Circuito, puede formularla cualquiera de los concubinos; demanda que debe llenar los requisitos ge -- nerales de cualquier demanda (art. 75, 77 y 84 del Cód -- igo de Procedimiento Civil), y dirigirse en contra del -- otro concubino, pues el artículo 628 del Código de Pro -- cedimiento Civil dice: .... " se expresará el nombre -- de los demás socios" el que, para el caso que nos ocu -- pa sería el otro concubino.

Deberá adjuntarse a la demanda la prueba de la exis -- tencia de la sociedad, ya sea esta la sentencia por -- haber mediado un proceso ordinario en que se declaró -- o prueba sumaria de ella, y además la prueba sobre la -- calidad de socio alegada por el demandante. El auto ad -- misorio de la demanda decretará un traslado por el -- término de cinco días, con notificación personal al otro

concubino.

Vencido el término del traslado, y de acuerdo con el artículo 630 del Código de Procedimiento Civil, se seguirán los lineamientos del proceso abreviado, es decir, apertura a pruebas por veinte días, traslado para alegar por cinco días y sentencia.

Si en la sentencia el juez decreta la disolución de la sociedad de hecho concubinaria, necesariamente debe ordenar la consiguiente liquidación de ella, así como la inscripción del fallo ante la Cámara de Comercio, y publicación de la parte resolutive en un diario de amplia circulación en el lugar por una sola vez.

Ejecutoriada la sentencia, el juez pide a los concubinos que nombren liquidador, si éste reúne los requisitos legales le reconocerá, si no los reúne porque no se nombró por falta de acuerdo entre las partes, procederá a nombrar el remplazo de la lista de auxiliares de la justicia.

El liquidador, que deberá ser abogado titulado, debe posesionarse y prestar caución y de acuerdo con el artículo 532 del Código de Procedimiento Civil, se tiene que publicar un aviso de su nombramiento y posesión en un periódico de amplia circulación en el domicilio principal de la sociedad, e inscribir su nombramiento en la Cámara de Comercio, mediante oficio que librará el juez. Una vez efectuados los trámites anteriores se elaborará un inventario de los bienes, libros y papeles de la sociedad, y este debe ser firmado por el liquidador; este inventario se presentará dentro del término que fije el juez y que no será superior a dos meses (art. 631 num. 5º).

Posteriormente al inventario, el liquidador, en un tér-

mino mayor de seis meses (prorrogables) hará la liquidación convocando a los acreedores de la sociedad procurando que se paguen las deudas en favor de ella etc y si queda saldo líquido hace la partición entre los concubinos. El juez puede aprobar de plano la participación si los concubinos lo solicitan y se pagaron los pasivos de la sociedad, ó no habiendo hecho los acreedores manifiestan su conformidad, en caso contrario, negará la aprobación por auto apelable, en el cual indicará los requisitos que falten.

Si no se dieron los requisitos para aprobar de plano la participación, se dará traslado a las partes por diez días en común. Si vencido este término no se presentan objeciones se dictará sentencia aprobatoria de la participación, la que es inapelable, ejecutoriada esta sentencia, el liquidador pagará a los concubinos y si éstos no se presentan a recibir dentro de los tres meses siguientes se considerará de acuerdo con los artículos 639 y 642 del Código de Procedimiento Civil.

Una vez hechos los pagos, o la consignación en su defecto, el liquidador informará al Juez y le presentará los correspondientes comprobantes, si el juez encuentra correctas estas operaciones declara terminada la liquidación, ordenará la inscripción de copias de la participación y de la sentencia aprobatoria en la Cámara de Comercio del Domicilio Social y si hay bienes sujetos a registro, el registro de éstos en la correspondiente oficina. La constancia de esta inscripción se agrega al expediente, se comunica a la superintendencia y se dispone la protocolización del expediente en una notaria del lugar (art. 643 Código- Procedimiento Civil).

## 5. ANTECEDENTES LEGALES, JURISPRUDENCIA Y PROYECTOS

### 5.1. ANTECEDENTES LEGALES

Son muy pocos pero existen en nuestra legislación algunos antecedentes legales, en cuanto al reconocimiento de la existencia con efectos jurídicos de concubinato, entre ellos el artículo 50 del Decreto 2820 de 1.974 que establece: " Los padres de los hijos extramatrimoniales, podrán ejercer los derechos concedidos por los artículos precedentes, a los padres legítimos si viven juntos. En caso contrario, ejercerá tales derechos aquel de los padres que tenga a su cuidado el -- hijo " (32)

Esto se ve excepcionado en otra norma que señala "Al padre extramatrimonial no se le puede otorgar la patria potestad, ni la guarda del hijo que ha sido declarado tal en proceso contradictorio". Igual disposición legítima, de donde puede colegirse que el decreto 2820 en su art.50 en relación con la curaduría legítima, otorga a los padres que vivan en concubinato derechos similares sobre los hijos que ordinariamente son derivados del matrimonio.

Otro antecedente importante de reconocimiento, que hace la ley de la familia extramatrimonial existe en materia laboral, cuando por mandato de ella o por convención colectiva de trabajo se le reconoce ciertas prestaciones de seguro de vida o pensión a la compañera-

---

(32) JARAMILLO OSORIO, Gustavo León, Derecho de Familia Universidad de Antioquia Medellín, 1.978

estable del trabajador también hay ciertos establecimientos públicos, que le han dado efectos a la relación concubinal como ocurre por ejemplo en la reglamentación de contingencia amparadas por el ISS, donde se le dá derecho de prestación, en caso de maternidad a la mujer que esté haciendo vida marital con el asegurado, siempre y cuando ésta haya sido inscrita en el ISS con ocho meses de anticipación a la iniciación del reposo prenatal y a condición de que sean solteros, el ICT. también otorga derechos a la concubina del adquirente de vivienda común sobre el inmueble en mención.

## 5.2. JURISPRUDENCIA DE LA HONORABLE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

Esta alta corporación, en cuanto al tema que vengo tratando, ha afirmado claramente que los concubinos son absolutamente independientes ante el derecho, entre ellos no existen relaciones jurídicas y que esa independencia implica, por oposición a la dependencia que surge del matrimonio, que los concubinos no sufren restricción jurídica alguna en sus vidas y se consideran completamente extraños ante el derecho. En cuanto a las relaciones patrimoniales dice que entre ellos no existe algo que se parezca a la sociedad conyugal, que el sólo concubinato no dá lugar a relaciones jurídicas, pero que si puede constituirse una compañía de carácter lucrativo civil o comercial, regular o de hecho y celebrarse toda clase de contratos. Como lo afirma en una sentencia publicada en la Gaceta Judicial - tomo 94, número 2233 y 2234, páginas 36-37, ellos no están unidos por un vínculo legalmente incompatible con esas convenciones y de acuerdo a lo dicho antes considera que los concubinos son personas jurídicamente independiente y gozan de libertad de concertar.

En cuanto a la posibilidad de que los concubinos constituyen sociedad de hecho, afirma: "Pueden constituirse, pero se les exige los mismos requisitos que deben reunir los extraños al formar tales sociedades o sea el efecto societatis, los aportes efectivos y la vocación a participar de las utilidades o pérdidas".

En sentencia del 10 de Diciembre de 1.947 afirma, lo que podría decirse es en conclusión el pensamiento de la Corte: " No es la situación de concubinato la que da existencia a la sociedad, sino la situación especial de hecho, que se configura con los mencionados requisitos que exige la sociedad de hecho, los que la configuran".

### 5.3. PROYECTOS PRESENTADOS

Hasta ahora se han presentado dos proyectos de ley importantes sobre la materia que vengo tratando, son ellos: el proyecto de ley Nro.48 de 1.978 y el Nro 135 de 1.981, presentados por la Representante Nahir Saavedra de Devis. El último de éstos proyectos fué modificado en algunos aspectos como pasamos a verlo.

El proyecto de ley 48 de 1.978 parte de la base de dos hipótesis:

- a) Que el concubinato no tenga sociedad conyugal con otra mujer,
- b) Que el concubinario si la tenga.

En la primera hipótesis contempla la proponente dos situaciones que pueden ocurrir, que el hombre nunca haya estado casado con otra mujer y que habiendo estado casado, la sociedad se encuentra disuelta por muerte de la esposa, divorcio vincular o separación de bienes o de cuerpos; inexplicablemente aquí la Representante no incluye la nulidad, ni el mutuo acuerdo, aunque el-

hablar de disolución señala que esta se produce por terminación del concubinato, sin decir cuales son las causales, y por muerte de los cónyuges.

En éstas dos situaciones, de esta primera hipótesis, la proponente no encuentra problemas para reconocer una sociedad patrimonial concubinaria y sugiere que se le dé a la concubina el 50% de las ganancias obtenidas dentro del concubinato, sin entrar a formar parte de dicha sociedad los bienes adquiridos por el concubinario, antes de que se cree un concubinato, ni los que dentro de éste reciba por herencia, legado o donación, aclarando que entran a formar parte de la sociedad patrimonial concubinaria los bienes que la mujer adquiere a título oneroso dentro del concubinato. Se señala también en este proyecto que mientras no se solicite la liquidación de la sociedad por la disolución del concubinato, aquella debe subsistir pero sólo para efectos de equidad y como sociedad disuelta sin que los bienes adquiridos con posterioridad por cualquiera de los concubinos, entren a formar parte del haber social. Esto si es diferente a lo que ocurre cuando el hecho se separan de cuerpos los cónyuges y ninguno de manda la disolución de la sociedad patrimonial como puede exponer cuando tratamos el tema de la integración, liquidación y disolución de la sociedad conyugal, ya sea en el proceso de separación de bienes o como consecuencia de la separación judicial de cuerpos o de divorcio vincular. Pero la razón de peso de la proponente para establecer esta diferencia es debido a la consecuencia lógico jurídica de existir o no el matrimonio.

En cuanto a la segunda hipótesis que es la de que exista sociedad conyugal del concubinato con otra mujer, el proyecto en mención se encamina a que se res

peten los derechos de la esposa a los gananciales y a reconocer la sociedad patrimonial concubinaria únicamente sobre los bienes que se adjudiquen al concubinario, en la liquidación de la sociedad conyugal. - Veo que en éste primer proyecto no se contempló el caso de la concubina con sociedad conyugal vigente ni - incluyó reglamentación que haga extensivo a la concubina lo que se estableció para el concubino.

En ésta segunda hipótesis se contemplan tres situaciones:

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

2o.- Que ocurra primero la muerte del concubinario, - caso en el cual se haría en el proceso de sucesión de este primero la liquidación de la sociedad conyugal - y luego la concubinaria.

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

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

1. Si hay decisión judicial previa en proceso ordinario sobre existencia de la sociedad concubinaria o - simplemente del concubinato, aún cuando no se haya de

cretado su disolución y liquidación de la sociedad -- conyugal en vida de los conyuges o sea el abreviado que regulan los artículos 414 y 422 del Código procedimiento civil.

2. Pero si no existe esa desición judicial previa, debe adelantarse primero el proceso ordinario declarativo y a continuación del mismo el de liquidación por los trámites de los artículos 625 y 626 del código procedimiento civil.

El proyecto también hace referencia a la situación de los hijos habidos dentro del concubinato; pero con la ley 29 de 1.982 como lo expuse anteriormente, ya no tiene mayor significación referirme a esa propuesta, pues quedó suficientemente regulada dicha situación.

El proyecto que acabo de exponer no alcanzó a recibir ponencia y fué así como la misma proponente en 1.981 presentó el proyecto ley 135 sobre el mismo tema, pero introduciendo algunas modificaciones con el fin de eliminar objeciones que le pudieran hacer, por estar dándole al concubinato y a los concubinos el mismo tratamiento patrimonial que a los cónyuges y al matrimonio, aunque esto realmente no sucediera por que primero se debía pagar al cónyuge del concubino la totalidad de sus ganancias. En este proyecto que se presentó en 1.981 la representante Nahir Saavedra de Uvis decidió disminuir en un 50% el haber de la sociedad concunaria y por tanto también la participación de cada concubino en los bienes adquiridos por el otro a título oneroso dentro del concubinato. En éste segundo proyecto aún cuando los concubinos sean solteros o casados, pero sin sociedad conyugal vigente, a la sociedad concubinaria solamente ingresarían el 50% de los bienes adquiridos por cada concubino a título oneroso durante el concubinato; por tanto la protección patri

monial que se diera al concubinato, sería exactamente la mitad de lo que, desde la vigencia del código civil, se otorga al matrimonio y a los cónyuges. Además si un concubino está simultáneamente casado con tercera persona y la sociedad conyugal no se encuentra disuelta y liquidada, primero será necesario liquidar a esta, para entregarle al cónyuge de ese concubino la totalidad de sus gananciales y sobre lo que el cónyuge de ese concubino reciba a su vez por gananciales solamente una mitad (o sea el 25% del haber de la sociedad conyugal) correspondería a la sociedad concubinaria.

Además de reformar algunos aspectos del proyecto de 1.978, también se introdujeron nuevas normas, entre ellas la que propone reconocer un derecho de alimentos al concubino que por su pobreza los necesite, también normas que señalan a que tipo de relaciones debe referirse esta regulación. Al establecer que es al hecho de vivir por dos o más años continuos en estado de concubinato, sin definir que se entiende por este y dándole efectos desde su iniciación. También excluye en el mismo artículo primero la existencia de la sociedad concubinaria, si la mujer tuviera simultáneamente varios concubinos y sancionando al hombre que tuviere varias concubinas, señalándole existencia de sociedad patrimonial con cada una de éstas y negándole participación en los bienes adquiridos por éstas. En el artículo tercero del proyecto de 1.981 se señalan los medios de prueba del concubinato que en la práctica se traducen en libertad probatoria al respecto, al incluir entre ellos la sentencia ejecutoriada de proceso ordinario.

Ya en las disposiciones complementarias le da derecho hereditario a la concubina o al concubino según el --



caso, teniendo en cuenta unas reglas que establece,-- si concurre con hijos o padres del causante, este o es ta recibirán la mitad de la cuota de uno de éstos,-- en los demás casos la mitad de la cuota que correspon da o que de existir le correspondería al cónyuge, de-- duciéndose en ambos eventos el valor de los bienes -- que por cualquier otra causa recibiere la concubina-- o el concubino en la sucesión del causante o en la -- liquidación de la sociedad concubinaria. De otra par-- te respecto a la sucesión se aplica la lógica antes-- mencionada y al fallecer el causante si tuviere va-- rios concubinos las cuotas se repartirían por partes iguales entre todos ellos, en el supuesto de que sea-- la concubina quién tuviera varios concubinos, no he-- redará a ninguno de ellos. Simplifica también, este -- último proyecto, los procedimientos propuestos para -- disolver la sociedad concubinaria, según haya o no de-- cisión judicial previa y si la ley, en proceso ordina-- rio que declare la existencia de la sociedad concubi-- naria o simplemente el concubinato, el procedimiento-- debe ser el mismo que para liquidar sociedad conyu-- gal en vida de los cónyuges o sea el especial de los artículos 626 en armonía con el 625 del Código Proce-- sal Civil.

Si no existe decisión judicial previa se debe adelan-- tar primero el procedimiento especial que se sigue -- para disolución y liquidación de sociedades de hecho artículo 627 a 644 Código Procesal Civil, aquí supri-- me por tanto el procedimiento ordinario por conside-- rarlo inútil e inconveniente.

#### 5.4. PROYECTO DE CODIGO Y JURISDICCION DE FAMILIA

Esta parte corresponde a un análisis o comentario de lo que nos dice el Dr. Carlos Fradique Mendez en su --

libro " Proyecto de Código y Jurisdicción de Familia" sobre lo que el llama "Matrimonio hecho" y Régimen de Bienes entre no casados"; es un importante aporte doctrinario a un tema que para nada ha tocado, la legislación; aporte que será muy útil en el momento en que - los legisladores decidan prestarle la atención que merece.

El Dr. Fradique Méndez al definir el matrimonio de hecho considera que éste produce los mismos efectos del matrimonio de derecho, pero lo tipifica como tal si se llenan los siguientes requisitos:

Haberse celebrado sin el lleno de los requisitos necesarios para el de Derecho.

Con concurrir causal de anulación (en caso de existir sería ineficaz de pleno derecho).

Haber procreado o llevar a lo menos un año de vida en común.

Haberse inscrito "previa escritura pública", en el registro civil de las personas.

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

En otro capítulo plantea que entre los "no casados" -

que viven como si lo fueran se forma una sociedad análoga a la conyugal, pero ésta no se formaría de pleno derecho, sino mediante declaración judicial sobre su existencia y orden de disolución y liquidación y esta sociedad no podrá concurrir con la "que se haya formado por la celebración o inscripción de un matrimonio" El no lo dice pero es de suponer que la orden de disolverse y liquidarse sólo se dará en caso de que él o ella lo soliciten. Quizá habría que tener la sentencia como declarativa de existencia de la sociedad que el autor propone.

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

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

## 6. C O N C L U S I O N E S

El silencio de la ley colombiana frente al fenómeno social del concubinato no se le compadece con la evolución que registra el Derecho de Familia.

No es dable discutir si se está de acuerdo o nó con las uniones extramatrimoniales. Lo cierto es que -- ellas existen en proporciones considerables y se desarrollan a la sobra de la ley.

Desde que el mundo es mundo y a través de todas las -- épocas, hallamos uniones entre hombres y mujeres, que armónicamente colaboran en una acción conjunta y en un esfuerzo común. El ayuntamiento no ha sido simple -- mente el sexual sino el deseo de asociarse con un -- fin; labrarse un mejor estar para sí y para los hi -- jos cuando los han procesado, e ir amansando una for -- tuna que con el correr de los años va adquiriendo -- fisonomía, con miraras a asegurar una vejez tranquila sin los apremios de la diaria lucha ni el asedio -- constante de una necesidad otosigante.

48135

A través de mi tesis he procurado mostrar en primer -- lugar la existencia notira e innegable del concubina -- to perfecto y, en segundo término, la respuesta de -- la legislación y la jurisprudencia colombiana a la -- presencia del fenómeno social comentado.

Nuestra legislación civil ha ignorado el concubinato y solamente regula una de sus manifestaciones: los + hijos. La jurisprudencia y la doctrina de nuestro --

país ha aceptado la posibilidad de que judicialmente se declare la existencia de una sociedad de hecho entre concubinos, pero esta declaración está condicionada a la existencia de los requisitos que debe llenarse en cualquier sociedad de hecho.

Ahora bien una de las condiciones o exigencias es la "Affectio Societatis", pero para nadie es desconocido que al formarse un concubinato no es el ánimo de asociarse, con fines lucrativos, lo que impulsa esa unión, son otros tipos de elementos los que se aonjungan, así que desde el momento de empezar la relación concubinal ya está flaqueando uno de los elementos de la sociedad de hecho.

Exigir éstos requisitos para la sociedad de bienes -- que indiscutiblemente, en la mayoría de los casos es forma entre concubinos, es eludir el problema y poner en aprietos a uno y otro de los interesados en reclamar sus derechos.

Considero que es indispensable y de elemental justicia proteger al concubino o concubina que no reuna-- los requisitos para que se acepte la existencia de -- una sociedad de hecho y máximo si uno de ellos generalmente la concubina, ha estado colaborando con su -- trabajo en casa, sin una clara intención de obtener -- ventajas patrimoniales sino de sostener una relación familiar que como cualquier otra mas sometida a fracasar y disolverse quedando él o ella e incluso la -- familia completamente desprotegida. Así como es un -- hecho que la familia legalmente constituida debe ser protegida, también es evidente que antes el hecho de -- un concubinato estable y permanente, no el simplemente ocasional, la ley no puede seguir guardando silen-

y dilatando culpablemente su reglamentación.

He buscado en todo lo expuesto hacer las observaciones que he considerado pertinente; para concluir haré algunas propuestas que considero son de gran importancia.

Necesidad de una definición jurídica. El concubinato debe ser definido por la ley, o por lo menos de acuerdo con la moderna técnica legislativa, se deben destacar los elementos integrantes de la noción.

Que los derechos y deberes entre concubinos sean reglamentados por la ley por cuanto el estado concubinario hace parte de una sociedad organizada que se rige por normas sustantivas. Algunos de esos deberes y derechos serían:

Deberes de cohabitación fidelidad, socorro y ayuda.

Derecho de reclamar alimentos, a menos que el concubinato sea haya resuelto por causas imputable al reclamante.

Derechos sucesorales. El concubinato tendrá derecho a suceder a su compañero, siempre y cuando el concubinato estuviere vigente en el momento de morir el causante.

Sociedad concubinaria. El concubinato hará presumir -- sociedad de hecho entre los concubinos. Por lo tanto -- los bienes que adquiriera cualquiera de ellos a título oneroso durante la vigencia de la relación concubinaria se presumirá sociales.

Cualquiera de los socios concubinarios podrá demandar la disolución y liquidación de la sociedad de hecho -- que han formado por los siguientes motivos:

Por separación amigable.

Por la administración fraudulenta de cualquiera de los concubinos.

Por incapacidad física sobreviniente, insolvencia o mala fé de cualquiera de ellos.

Por la muerte real o presunta de uno de los concubinos.

Las anteriores propuestas parecen algo ilusorias en país como el nuestro, tan unido a algunas tradiciones y valores.

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

- ALVAREZ RODRIGUEZ. Edgar. "Régimen de Bienes en el --  
Matrimonio." Editorial Temis, Bogotá 1978, p.279.
- ANALES DEL CONGRESO, Proyecto de Ley No.135/81, No.43/78  
Septiembre 11 de 1.978 y Noviembre 2 de 1.981.
- BETANCOUR JARAMILLO, Carlos. "El Régimen Legal de los --  
Concubinos en Colombia". Temis. Medellín, Universidad  
de Antioquia , 1.962.
- GALVIS SERRANO, José A. "Obligaciones II", Bogotá, Uni -  
versidad de los Andres 1.978.
- GOMEZ R. José J. " Régimen de Bienes en el Matrimonio  
Bogotá. 3ª Edición, Editorial Temis, 1.961 p.397
- JARAMILLO OSORIO. Gustavo León. " Derecho de Familia"  
Medellín. 1.983.
- LAFONT PLANETA. Pedro. "Igualdad Sucesoral. Ley 29 de -  
1.982" Derechos Mereditarios de la Familia Extrama-  
trimonial. Ediciones Librería del Profesional, 1ª -  
Edición. 1.982 p. 334.
- LATORRE U. Luis Fernando. "Régimen Patrimonial en el  
Matrimonio". Proceso de la ley 28 de 1.932. y Comen-  
tarios. Bogotá. Imprenta Regional, 1.932. p. 270
- LEGISLACION ECONOMICA. " Jurisprudencia y Doctrina" -  
Sociedad Conyugal. Tomo VII, No.93, Bogotá 1.979.
- LEGISLACION ECONOMICA. "Jurisprudencia y Doctrina". So-  
ciedad de Hecho. Tomo V. Noviembre 1957 Bogotá 1982-

- LEGISLACION ECONOMICA. " Carta de Gerencia".419.Eliminación de Restricciones en Asistencia por Maternidad".Decreto 462 1.983.
- MENDEZ FRADIQUE.Carlos. "Proyecto de Código y Jurisdicción en Familia".Bogotá. Rodriguez Quito Editores. 1.981.
- MENDEZ FRADIQUE. Carlos."Codificación de la Legislación de Familia". 2ª edición.Bogotá.Rodriguez - Quito Editores.1.981.
- ORTEGA TORRES. Jorge "Código Civil Colombiano" 2ª Edición, Bogotá,Editorial Temis,1.977.
- PERIODICO EL MUNDO." Artículo del Código Civil sobre Legislación de Familia".Documento No.17,1.980.
- RODRIGUEZ FONNEGRA. Jaime. " De la Sociedad Conyugal o de los bienes determinados por el Matrimonio".- Tomos I y II Ediciones Lerner,1.965 p.568.
- GOMEZ PIEDRAHITA.Hernán "Introducción al Derecho de familia". Ediciones Librería del Profesional,Bogotá, p.425.
- RUIZ, Humberto. "El Concubinato como Fuente de Relaciones Jurídicas". Tesis de Grado.Universidad Nacional. Bogotá. U.E. 1.955 p. 189.
- MONROY CABRA.Marco Gerardo."Matrimonio Civil y Divorcio en Colombia.2ª Edición,Editorial Temis.Bogotá. Colombia 1.979 p. 509
- CRONICA JUDICIAL. Tribunal Superior de Medellín,año - 1.979 No.310.

LOPEZ BLANCO. Hernán Fabio. Instituciones de Derecho -  
Procesal Civil Colombiano. Tomo II, Parte  
Especial. Los Procesos, Editorial Temis,  
Bogotá 1.980. Pág. 521.