

**Equiparación entre la unión marital de hecho y el matrimonio: problemáticas y propuestas
de un nuevo modelo de familia**



Por:

María Camila Turriago Romero

Director de tesis:

Carlos Gallón Giraldo

Pontificia Universidad Javeriana

Facultad de Ciencias Jurídicas

Bogotá D.C.

2017

Nota de Advertencia

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará porque no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por qué las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

Tabla de Contenidos

Título I: Generalidades

Capítulo I: Introducción.

Capítulo II: La unión marital de hecho en el ordenamiento jurídico colombiano.

1. Antecedentes.

2. Reconocimiento de la unión marital de hecho en el ordenamiento jurídico colombiano.

2.1. Ley 54 de 1990.

2.2. Constitución Política de 1991.

2.3. Ley 979 de 2005.

Título II: Equiparación de la unión marital de hecho y el matrimonio

Capítulo I: Reconocimiento legal.

1. Sociedad patrimonial de hecho.

2. Afectación a vivienda familiar.

3. Adopción.

4. Pensión de sobreviviente.

5. Beneficiarios del régimen contributivo de salud.

6. Presunción de paternidad.

7. Reconocimiento de la unión marital de hecho en el Código General del Proceso.

8. Trámites notariales para la declaración y disolución de la unión marital de hecho.

Capítulo II: Reconocimiento jurisprudencial.

- 1. Primer análisis: Negación a la equiparación de las formas de familia.*
- 2. Estado civil de compañero permanente.*
- 3. Derecho de alimentos.*
- 4. Porción conyugal.*
- 5. Derechos sucesorales.*

Título III: Problemáticas actuales de la unión marital de hecho

Capítulo I: Frente al reconocimiento legal.

- 1. Existencia de dos regímenes patrimoniales.*
- 2. Capitulaciones.*
- 3. Presunción de paternidad frente al deber de fidelidad y de cohabitación.*
- 4. Trámite notarial para la disolución de la unión marital de hecho como nueva forma de divorcio.*

Capítulo II: Frente al reconocimiento jurisprudencial.

- 1. Atribuciones de competencia legal de las Altas Cortes.*
- 2. Estado civil de los compañeros permanentes.*
- 3. Porción conyugal y derechos sucesorales.*
- 4. Pensión de Sobreviviente.*

Título III: Cuestiones por resolver y posibles soluciones

Capítulo I: Regulación de los vacíos jurídicos.

- 1. Aplicación de la ley en el tiempo.*
- 2. Frente al régimen personal.*
- 3. Frente al régimen de la sociedad patrimonial.*
- 4. Equiparación de los requisitos del régimen patrimonial.*

Capítulo II: Conclusiones.

Referencias.

Resumen.

Este trabajo de grado busca analizar las dificultades prácticas que enfrentan actualmente los compañeros permanentes, por la falta de regulación de la unión marital de hecho y por el desarrollo jurisprudencial y legislativo que pretende equipararla con el matrimonio. A la vez, se plantean soluciones para lograr una regulación más completa e integral de esta forma de familia.

Palabras clave: unión marital de hecho, equiparación unión marital de hecho y matrimonio, problemáticas de la unión marital de hecho.

Título I: Generalidades

Capítulo I: Introducción.

En 1990 en Colombia se da una transformación del modelo de familia tradicional al formalizar las relaciones de pareja entre quienes eran denominados "concubinos", es decir, las parejas que convivían sin haber celebrado previamente el contrato de matrimonio. De esta forma, la Ley 54 de 1990 y posteriormente la Ley 979 de 2005 buscaron regular y proteger esta nueva forma de familia, también reconocida en la Constitución Política de 1991.

A raíz de las normas mencionadas anteriormente, especialmente desde la Ley 54, la Corte Constitucional ha analizado la unión marital de hecho. La posición inicial de la Corporación frente a esta forma de familia se fundó en la tesis de que no se podía equiparar con el matrimonio:

En síntesis: sostener que entre los compañeros permanentes existe una relación idéntica a la que une a los esposos, es afirmación que no resiste el menor análisis, pues equivale a pretender que pueda celebrarse un verdadero matrimonio a espaldas del Estado, y que, al mismo tiempo, pueda éste imponerle reglamentaciones que irían en contra de su rasgo esencial, que no es otro que el de ser una **unión libre**. (Corte Constitucional, M.P. Jorge Arango Mejía, 1994, Sentencia C-239)

No obstante, en 2008 se reconoció el estado civil de los compañeros permanentes (Auto No. 125 del 18 de junio de 2008, Corte Suprema de Justicia, M.P. Jaime Alberto Arrubla) y desde entonces se les han concedido varios derechos propios de los cónyuges por medio de la jurisprudencia, como lo son el derecho de alimentos (Sentencia C-1033 de 2002, M.P. Jaime

Córdoba Triviño), la porción conyugal (Sentencia C-283 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelet) y los derechos hereditarios (Sentencia C-238 de 2012, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza), todos estos con fundamento en el principio y derecho a la igualdad. A la par, las leyes han extendido otros efectos del matrimonio tales como la presunción de paternidad (Ley 1060 de 2006), la afectación a vivienda familiar (Ley 258 de 1996), la adopción (Ley 1098 de 2006), la pensión de sobrevivientes y el derecho a ser beneficiarios del Régimen Contributivo de Salud (Ley 100 de 1993). Al respecto, es importante resaltar que las normas procesales (el Código General del Proceso y el Decreto 1664 de 2015) también regularon algunos aspectos para los compañeros permanentes, especialmente los procesos de sucesiones y los trámites para la declaración y disolución de la unión marital de hecho.

A pesar de buscar una mayor protección para los compañeros permanentes por medio de las leyes y de la jurisprudencia mencionada, actualmente la figura sigue presentando en la práctica varios vacíos jurídicos y situaciones confusas que para efectos de este trabajo de grado se clasifican así:

- a. Por medio de la jurisprudencia se han regulado materias que son competencia exclusiva del legislador, tales como el estado civil y los derechos hereditarios de los compañeros permanentes.
- b. Al equiparar el matrimonio y la unión marital de hecho es cada vez más difícil diferenciar las dos formas de familia y determinar cuáles son las características propias de cada una.

c. Se han presentado posiciones contradictorias en las Altas Cortes, especialmente entre la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, al analizar derechos reconocidos a las uniones maritales, tales como la división de la pensión de sobreviviente y la porción conyugal cuando hay cónyuge supérstite y compañero permanente.

d. Por vía jurisprudencial se ha modificado el concepto inicial de la unión marital de hecho y se han dejado de considerar necesarios algunos elementos que le son propios. Esta problemática se ve de manera clara en recientes pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, en los que se ha determinado que la convivencia no es un elemento necesario para la declaración de la unión marital de hecho, lo que impide diferenciar esta forma de familia de relaciones pasajeras o simples noviazgos.

Teniendo en cuenta las contradictorias innovaciones mencionadas, en este trabajo de grado pretendo analizar las dificultades prácticas que actualmente enfrentan los compañeros permanentes debido a la falta de regulación y a los pronunciamientos jurisprudenciales que la equiparan con el matrimonio. A la vez propongo algunas soluciones para evitar estos vacíos jurídicos.

Capítulo II: La unión marital de hecho en el ordenamiento jurídico colombiano.

1. Antecedentes.

Antes de la Ley 54 de 1990 era evidente la desprotección a las parejas que convivían sin matrimonio debido a la moral predominante de la época que no consideraba aceptable

reglamentar una relación entre “concubinos”¹. A pesar de la ausencia de regulación, había muchas uniones de hecho en el país por la falta de reconocimiento del divorcio en nuestra legislación. De esta manera, se produjeron algunos avances legislativos, especialmente para la protección de los hijos de las relaciones extramatrimoniales, dentro de las cuales vale la pena resaltar la Ley 45 de 1936, la Ley 75 de 1968 y la Ley 29 de 1982.

Consecuentemente, la Corte Suprema de Justicia comenzó a reconocer algunas prerrogativas y derechos a los convivientes por medio de figuras del derecho civil, tales como la teoría del enriquecimiento sin causa o de la sociedad de hecho. Frente a la segunda, se determinaron los siguientes requisitos para declarar la sociedad de hecho entre los concubinos: 1) la existencia de una serie coordinada de hechos de explotación común; 2) la realización de acciones paralelas y simultáneas por parte de los presuntos socios tendientes a obtener beneficios; 3) la colaboración entre los socios en condiciones de igualdad, es decir, sin subordinación o dependencia; 4) que se trate de verdaderas actividades encaminadas a obtener beneficios y no un estado de simple indivisión, de tenencia, guarda, conservación o vigilancia de bienes comunes; 5) que la sociedad no tenga como finalidad crear, prolongar, fomentar o estimular el concubinato; 6) que se pueda distinguir entre lo que es la actividad de los concubinos en la empresa, para obtener beneficios de una vivienda en común, del manejo, conservación y administración de los bienes de cada uno o de ambos (Corte Suprema de Justicia, M.P. William Namén Vargas, 2011, Exp. 00084-01).

No obstante, la aplicación de la figura presentaba dificultades ya que el interesado tenía la carga probatoria de mostrar los aportes, la *affectio societatis* y que el surgimiento de la sociedad

¹ Es importante resaltar que dichas posturas legales frente al concubinato se fundamentan en la influencia de la religión cristiana por calificar de pecado cualquier relación sexual por fuera del matrimonio (Torrado, 2016, p.22).

de hecho era independiente a la relación de pareja entre los concubinos (numeral 5 de los requisitos recién mencionados); de lo contrario, se consideraba que la sociedad estaba viciada de nulidad por ilicitud en la causa. Esta exigencia hacía difícil su aplicación y persistía la desprotección para las mujeres y los hijos de las uniones de hecho.

Adicionalmente, se seguía presentando la coexistencia entre la unión de hecho y el matrimonio como consecuencia de la falta de regulación del divorcio en nuestra legislación; de esta forma, las parejas empezaban a convivir sin haber disuelto los vínculos matrimoniales anteriores, lo que implicaba conflictos entre la sociedad conyugal y la sociedad de hecho de los concubinos. En este entorno, en 1990 surge la Ley 54 como primer reconocimiento legal de la unión marital de hecho.

2. Reconocimiento de la unión marital de hecho en el ordenamiento jurídico colombiano.

2.1. Ley 54 de 1990.

El principal avance de la Ley 54 de 1990 es definir la Unión Marital de Hecho como la convivencia entre una pareja sin el contrato de matrimonio, así: “la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados hacen una **comunidad de vida** permanente y singular.” Además, denomina compañeros permanentes a quienes hacen parte de dicha unión. La ley cambió la concepción de concubinato e intentó dejar atrás el trato discriminatorio que se daba a las parejas de hecho.

En síntesis, la ley 54 de 1990 representa una actitud diametralmente opuesta frente al concubinato: en tanto que la legislación anterior no le asignaba consecuencias económicas por sí mismo, la nueva ley, no sólo lo denomina **unión marital de hecho, sino que hace de**

esta unión el supuesto de hecho de la presunción simplemente legal que permite declarar judicialmente la existencia de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes. (Corte Constitucional, M.P. Jorge Arango Mejía, 1994, Sentencia C-239)

De acuerdo con la norma citada, vale la pena reflexionar sobre el concepto de *comunidad de vida* para una mejor comprensión de la unión marital de hecho. Al respecto comparto las siguientes definiciones de la jurisprudencia y la doctrina.

Bajo esas premisas, preciso es concluir que para que exista unión marital de hecho debe estar precedida de una comunidad de vida que por definición implica compartir la vida misma formando una unidad indisoluble como núcleo familiar, ello además de significar la existencia de lazos afectivos obliga el cohabitar compartiendo techo; y de carácter permanente, lo cual significa que la vida en pareja debe ser constante y continua (...). (Corte Suprema de Justicia, M.P. Silvio Fernando Trejos, 2000, Exp. 6117)

Por otra parte, el Doctor Helí Abel Torrado (2016) la define de la siguiente manera: “(...) esa relación implica una participación conjunta – en comunión- de la vida de familia, que no es otra cosa diferente a que la cohabitación se desarrolle de manera unida y armoniosa, y con carácter estable o duradero, como cualquier familia (p. 45).”

De las definiciones recién mencionadas, se puede diferenciar entre los conceptos de *comunidad de vida* o *convivencia* del concepto de *cohabitación*. En mi opinión es posible deducir que la cohabitación es un elemento que hace parte del concepto general de la comunidad de vida, que a su vez se integra de otros factores como lo son los lazos afectivos, la ayuda y socorro mutuo.

En este sentido, la cohabitación se refiere a “compartir el techo”, es decir, que la pareja viva en conjunto. Este concepto se puede relacionar con lo consagrado en el artículo 178 del Código Civil sobre la obligación de cohabitación en el matrimonio. No obstante, en la unión marital de hecho no es un elemento esencial de esta forma de familia según el desarrollo jurisprudencial, como se verá más adelante.

También es importante anotar de la definición del artículo primero de la Ley 54 de 1990 que la unión marital de hecho solo podía ser conformada por parejas heterosexuales; sin embargo, la Constitución de 1991 también reconoció que la familia podía tener fuente en relaciones de hecho, lo que dio lugar a que de allí en adelante esta Corporación comenzara a agregarle características a los supuestos de hecho definidos en la Ley 54 de 1990. De igual manera, en la sentencia C-075 de 2007, la Corte amplió su ámbito de aplicación a las parejas homosexuales; a partir de entonces, en las referencias a la unión marital de hecho, quedaron incluidas las parejas del mismo sexo.

Es importante resaltar que esta ley intenta proteger en el ámbito económico a los convivientes y crea la sociedad patrimonial de hecho, concebida como una sociedad de ganancias a título universal semejante a la sociedad conyugal.

Sobre la vigencia de la ley en el tiempo, aunque en un comienzo la doctrina consideró que sus efectos se producían solamente hacia el futuro, la Corte Suprema de Justicia terminó reconociendo su aplicación retrospectiva a las uniones de hecho que existían antes de su promulgación:

Dicho en otros términos, si la Ley 54 de 1990 tiene vigencia inmediata, necesariamente es retrospectiva, efecto que impone considerar el tiempo de convivencia anterior a su promulgación, con el fin de computar el plazo en ella previsto para la configuración de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes. (Corte Suprema de Justicia, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo, 2005, Exp. 00591-01)

2.2. Constitución Política de 1991.

El artículo 42 de la Carta Política reconoció que la familia se constituye “por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y un mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”. En este sentido, la Constitución determinó que la familia además de originarse por vínculos jurídicos, como lo es el matrimonio, se puede formar por “la voluntad responsable de conformarla”, es decir, la convivencia de una pareja con voluntad de permanencia y singularidad.

A pesar que la Ley 54 de 1990 había sido expedida el año anterior y reconoció la figura de la unión marital de hecho, ésta sólo pretendía regular el régimen patrimonial pero no la incluyó como fuente de familia ni la asemejó al matrimonio. Por esta razón, el reconocimiento constitucional de la unión marital de hecho tiene especial importancia.

2.3. Ley 979 de 2005.

La Ley 54 de 1990 sólo atendía cuestiones patrimoniales entre los compañeros permanentes y exigía que para la declaración de su existencia se produjera un pronunciamiento judicial. Sin

embargo, en 2005 se expedieron la Ley 962 (artículo 37) sobre eliminación de trámites y la Ley 979 que permiten a los compañeros permanentes declarar la unión marital de hecho ante notario mediante escritura pública y disolverla y liquidarla por el mismo procedimiento.

La ley 979 de 2005 contempló otras dos vías para hacer la declaración de la unión marital de hecho: por medio de acta ante centro de conciliación y por vía judicial.

Título II: Equiparación de la unión marital de hecho y el matrimonio

Capítulo I: Reconocimiento legal.

1. Sociedad patrimonial de hecho.

Se asimila el régimen patrimonial entre las formas de familia ya que en las dos hay sociedades a título universal que surgen de la relación de pareja. En el matrimonio se forma sociedad conyugal y en la unión marital de hecho los convivientes o el juez pueden declarar la sociedad patrimonial cuando se cumplen los requisitos del artículo 2 de la Ley 54 de 1990.

Sociedad conyugal y sociedad patrimonial, o sus equivalentes en otras latitudes, representan la vida económica del matrimonio y de la unión marital, respectivamente. Lo cual equivale a afirmar que el patrimonio común de la pareja, ya se consideren los bienes o activos, ya las deudas o pasivos, son **(sic)** lo que en esencia constituyen la sociedad conyugal o la patrimonial, caracterizada también por ser *sociedades sin personalidad jurídica*, pero al fin y al cabo sociedades, nota esta que sirve para asegurar que dicho patrimonio es el fruto del esfuerzo de los asociados, cónyuges o compañeros. (Parra & Montoya, 1998, p.92-93)

Empero, vale la pena mencionar algunas de las diferencias entre las dos sociedades:

a. Jorge Parra Benítez y Guillermo Montoya Pérez en su conferencia *Sociedad Conyugal y Sociedad Patrimonial* (1998) explican la diferencia entre el surgimiento de las dos sociedades. De esta manera, mientras que la sociedad conyugal nace como un efecto inmediato del matrimonio, consagrado en el artículo 180 del Código Civil, en la sociedad patrimonial hay una presunción y su referencia normativa no es expresa. A continuación, los autores afirman:

Cuando el artículo 2 de la ley 54 de 1990 establece, “**se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanente y hay lugar a declararla judicialmente...**” lo que hay que leer en el trasfondo de la norma es que en toda unión marital de hecho hay también una sociedad patrimonial como en el matrimonio hay sociedad conyugal, sólo que en la unión marital de hecho a veces se presume el patrimonio común y en las otras veces hay que probarlo. (Parra & Montoya, p.105)

Partiendo de esta diferencia, se puede realizar la declaración de la sociedad patrimonial siempre y cuando se cumplan los requisitos de convivencia durante dos años y que no exista sociedad patrimonial o conyugal vigente con otra pareja².

b. En las dos sociedades se distingue entre los bienes propios del cónyuge o compañero y los bienes que pertenecen a la sociedad. La diferencia recae en que en la sociedad patrimonial los bienes propios están compuestos por las propiedades muebles e inmuebles que se adquieren a título de donación, herencia o legado y las que pertenecían a cada uno en el momento de

² En relación con este requisito la Corte Constitucional en la sentencia C-700 de 2013 determinó que se requiere la disolución más no la liquidación de la sociedad conyugal o patrimonial anterior.

conformar la sociedad. En la sociedad conyugal los bienes muebles adquiridos antes de casarse ingresan a la sociedad pero su valor debe ser restituido al liquidarla³. Por el contrario, en la sociedad patrimonial los compañeros se quedan con estos bienes sin distinguir si son muebles o inmuebles y se tratan como si fueran bienes propios, pero la valorización que obtienen ingresa a la sociedad patrimonial⁴. Frente a la constitución de la sociedad patrimonial de hecho y la sociedad conyugal, la Corte Constitucional en la sentencia C-278 de 2014 elaboró el siguiente cuadro que recopila sus semejanzas y diferencias:

	Bienes que no hacen parte de la sociedad.	Bienes que hacen parte de la sociedad y que se dividen en partes iguales al disolverse la misma.	Bienes que se restituyen las partes en el momento disolverse la sociedad.
--	--	---	--

³ Artículo 1781 y siguientes del Código Civil.

⁴ En la sentencia C-014 de 1998 se hace un análisis del artículo 3 de la Ley 54 de 1990 que determina que el mayor valor que produzcan los bienes de propiedad de uno de los compañeros permanentes durante la unión de hecho hace parte de la sociedad patrimonial, contenida en el artículo 3 de la Ley 54 de 1990:

(...) debe precisarse que lo que el texto acusado señala es que a la sociedad patrimonial ingresará el mayor valor que produzcan los bienes propios durante la unión material de hecho. Empero, la mera actualización del precio de un bien, como resultado de la tasa de devaluación de la moneda, no constituye un producto de la cosa, pues de esa valorización monetaria no se deduce que el poseedor del bien haya acrecentado realmente su patrimonio.

(...)

Por lo tanto, se declarará la constitucionalidad de la norma acusada, si bien bajo el entendido de que la valorización de los bienes propios de los convivientes, por causa de la corrección monetaria, no ingresa a la sociedad patrimonial.

Sociedad conyugal	-Los bienes excluidos en las capitulaciones. -Inmuebles adquiridos antes del matrimonio a cualquier título.	Bienes del haber absoluto: art.1781 n. 1, 2 y 5 (salarios, réditos, lucros y frutos de los bienes sociales o de cada cónyuge y todo lo que se adquiriera durante la vigencia del matrimonio).	Bienes del haber relativo: art. 1781 n. 3, 4 y 6 (dinero y bienes muebles que el cónyuge aporta al matrimonio y bienes raíces que aporta la mujer-y el hombre-expresado en capitulaciones o instrumento público).
Sociedad patrimonial	-Bienes adquiridos por donación, herencia o legado. -Bienes adquiridos por cada compañero antes de iniciar la unión marital de hecho.	-Los bienes producto del trabajo, ayuda y socorro mutuos. -Los réditos, rentas, frutos o mayor valor que produzcan los bienes propios de los compañeros durante la unión marital de hecho.	

Obtenido de: Corte Constitucional, M.P. Mauricio Gonzáles Cuervo, 2014, Sentencia C-278.

c. Los regímenes patrimoniales de la unión marital de hecho y del matrimonio también se diferencian en las causales de disolución de las respectivas sociedades, como se presenta a continuación:

Sociedad conyugal (artículo 1820 Código Civil)	Sociedad patrimonial de hecho (artículo 3 Ley 979 de 2005)
---	---

<p>1.) Por la disolución del matrimonio.</p> <p>2.) Por la separación judicial de cuerpos, salvo que fundándose en el mutuo consentimiento de los cónyuges y siendo temporal, ellos manifiesten su voluntad de mantenerla.</p> <p>3.) Por la sentencia de separación de bienes.</p> <p>4.) Por la declaración de nulidad del matrimonio, salvo en el caso de que la nulidad haya sido declarada con fundamento en lo dispuesto por el numeral 12 del artículo 140 de este Código. En este evento, no se forma sociedad conyugal, y</p> <p>5.) Por mutuo acuerdo de los cónyuges capaces, elevado a escritura pública, en cuyo cuerpo se incorporará el inventario de bienes y deudas sociales y su liquidación.</p>	<p>La sociedad patrimonial entre compañeros permanentes se disuelve por los siguientes hechos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes elevado a Escritura Pública ante Notario. 2. De común acuerdo entre compañeros permanentes, mediante acta suscrita ante un Centro de Conciliación legalmente reconocido. 3. Por Sentencia Judicial. 4. Por la muerte de uno o ambos compañeros.
---	---

2. Afectación a vivienda familiar.

El reconocimiento legal de la afectación a vivienda familiar⁵ para la unión marital de hecho lo realizó la Ley 258 de 1996. La norma inicialmente hizo referencia a la aplicación de esta figura jurídica para los cónyuges; sin embargo, el artículo 12 lo extendió a los compañeros permanentes así: “Las disposiciones de la presente ley referidas a los cónyuges se aplicarán extensivamente a los compañeros permanentes cuya unión haya perdurado por lo menos dos años⁶”. Dicho de otro modo, la afectación aplica tanto para los cónyuges como para los compañeros permanentes, pero en el caso de la unión marital de hecho, se exige la convivencia durante dos años.

Es posible hacer una crítica al legislador frente a esta disposición, ya que se confunde el régimen personal y patrimonial de la unión marital de hecho. El requisito de los dos años de convivencia aplica para la declaración de la sociedad patrimonial, entendida como el régimen económico de los convivientes; mientras que, para la declaración de la unión marital de hecho, que se refiere a su régimen personal, sólo basta la convivencia. Consecuentemente, por medio de la figura de la afectación a vivienda familiar se protege a la pareja en su régimen personal⁷. Por

⁵ Para efectos de este trabajo se tomará el concepto de afectación a vivienda familiar de Luis Guillermo Velásquez Jaramillo (2010):

Afectar un bien inmueble a vivienda familiar, es decir, destinarlo a la habitación de la familia, es determinar legal o contractualmente que cualquier acto de enajenación, constitución de un gravamen u otro derecho real, necesita el consentimiento expreso de ambos cónyuges o compañeros permanentes, expresado con su firma en la correspondiente escritura pública.(p.244)

⁶En la sentencia C-029 de 2009, la Corte Constitucional hizo extensiva la afectación a vivienda familiar y otros derechos a las parejas homosexuales al reconocerlas como un proyecto de vida en común y con vocación de permanencia que implica asistencia y solidaridad recíproca, y bajo este supuesto deben tener protección constitucional independientemente de su orientación sexual.

⁷ Velásquez Jaramillo (2010) explica las razones que conducen a expedir la Ley 258 de 1996 de la siguiente manera:

Con inusitada frecuencia en el país se venía realizando hace muchos años la práctica de enajenar un inmueble destinado a la habitación de la familia por uno de los cónyuges, sin contar con la aceptación del otro o aun contra su voluntad. Los afectados, hijos menores y el otro cónyuge o compañero

esto, estimo que no tiene sentido exigir dos años de convivencia a los compañeros permanentes, ya que este tiempo es un requisito para su protección patrimonial. Una disposición más acorde a la finalidad de la norma sería que los convivientes pudieran realizar la afectación después de la declaración de la unión marital de hecho.

3. Adopción.

La posibilidad de adoptar para los compañeros permanentes la consagró en el numeral 3 del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia) de esta forma:

Podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable, y garantice idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente. Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente. Podrán adoptar:

(...)

3. Conjuntamente los compañeros permanentes⁸, que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años. Este término se contará a partir de la sentencia de divorcio, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, hubiera estado vigente un vínculo matrimonial anterior.

permanente, no tenían un instrumento eficaz para oponerse a estos actos dispositivos y a la postre, por figurar el bien inmueble como adquirido por el cónyuge disponente antes del matrimonio o unión marital de hecho, o durante estos estados civiles únicamente con su firma, aunque de acuerdo con la ley formara parte en la generalidad de los casos del haber social, quedaban desprotegidos y prácticamente en la calle, como dice el lenguaje popular.(p.244-244)

⁸ En la sentencia C-683 de 2015 se declaró condicionalmente exequible la expresión “conjuntamente los compañeros permanentes” en el entendido que en su ámbito de aplicación se encuentran las parejas de mismo sexo, con fundamento en el interés superior del menor.

Un antecedente jurisprudencial al reconocimiento legal de la adopción para los convivientes es la sentencia C-477 de 1999, en que la Corte declaró exequibles los artículos 89 (salvo el segundo inciso), 91, 95, y 98 del Decreto 2737 de 1989 (antiguo Código del Menor). La Corporación presentó dos argumentos para dicho fallo; por una parte consideró que no había motivos que permitieran una diferenciación entre los cónyuges y los compañeros permanentes que quisieran adoptar al hijo de su pareja según los lineamientos de la Constitución Política de 1991. Por otra parte, estimó que dicha disposición implicaba una vulneración al derecho de los niños de tener una familia. Así, la Corte concluyó que la aplicación de estas normas deben incluir los compañeros permanentes que quieren adoptar al hijo de su pareja.

Reitero que en mi opinión la adopción se refiere al régimen personal de los convivientes y que por ello no es adecuado exigir dos años de convivencia, ya que este requisito aplica a la declaración de la sociedad patrimonial y no al régimen personal de los compañeros permanentes.

4. Pensión de sobreviviente.

El artículo 13 de la Ley 797 de 2003 (modificó los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993) determinó quienes son los beneficiarios de la pensión de sobreviviente en forma temporal o de forma vitalicia, de la siguiente manera:

- a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar

que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

Respecto al último inciso citado se presenta un vacío jurídico cuando hay un vínculo matrimonial pero la sociedad conyugal esta disuelta y liquidada. Al respecto, comparto la posición del Doctor Gerardo Arenas Monsalve (2012), al considerar que la norma menciona impropiamente la sociedad conyugal ya que lo que importa para otorgar la pensión es el vínculo matrimonial. De esta manera, una interpretación apropiada de la norma permite concluir que cuando el pensionado tiene un vínculo matrimonial anterior no disuelto (independientemente de la disolución de la sociedad conyugal) y también hay un compañero permanente que cumple los requisitos para el reconocimiento del derecho, se debe dividir la pensión de sobreviviente de manera proporcional al tiempo de convivencia con el causante.

La norma también contempló que sucede cuando hay convivencia simultánea del causante con el cónyuge y compañero sobreviviente durante los cinco años anteriores al fallecimiento: en este

caso, determinó la prelación al cónyuge para el reconocimiento de la pensión. Empero, esta expresión fue analizada por la Corte Constitucional en la sentencia C-1035 de 2008 y la declaró condicionalmente exequible, entendiendo que, cuando hay concurrencia del cónyuge y el compañero permanente para ser beneficiarios de la pensión, se debe dividir entre los dos de manera proporcional al tiempo de convivencia. Es así como la Corporación acogió una “regla de proporcionalidad” para la división del derecho.

Por último, la ley dispuso que si no existe convivencia simultánea pero se mantiene vigente el vínculo matrimonial - con separación de hecho-, el compañero permanente que ha convivido los últimos cinco años o más con el causante antes de su fallecimiento, tiene derecho a solicitar una cuota parte de la pensión proporcional al tiempo de convivencia.⁹

5. Beneficiarios del régimen contributivo de salud.

El artículo 163 de la Ley 100 de 1993 (modificado por el artículo 218 de la Ley 1753 de 2015) consagró quiénes son los beneficiarios del régimen contributivo de salud de la siguiente manera: “El núcleo familiar del afiliado cotizante, estará constituido por: a) El cónyuge. b) A falta de cónyuge la compañera o compañero permanente.”

Es importante mencionar que inicialmente el artículo 163, antes de la modificación de la Ley 1753, estipulaba que el compañero permanente podía ser beneficiario del Plan Obligatorio de Salud cuando cumplía el requisito de convivencia durante dos años con el causante. Esta

⁹ Esta disposición normativa también fue demandada pero la Corte se inhibió a pronunciarse en la sentencia C-1035 de 2008.

disposición fue analizada en la sentencia C-521 de 2007, en la cual la Corte realizó un test de igualdad para determinar si la norma demandada vulneraba el artículo 13 de la Constitución; de este examen concluyó que la exigencia para que el compañero permanente fuera beneficiario del POS quebrantaba los derechos a la igualdad, seguridad social, salud, vida, libre desarrollo de la personalidad y protección integral de la familia ya que el constituyente consagró un trato igual para todas las formas de familia. Por ende, consideró que no había justificación objetiva y razonable para otorgarle un trato distinto al cónyuge - a quien no se le impone la obligación de cumplir un determinado período de convivencia con el afiliado- mientras que, el compañero solo podía ser beneficiario del POS al cumplir este requisito.

Adicionalmente, la Corte estimó necesario diferenciar y aclarar que el artículo 2 de la Ley 54 regula el régimen económico de las uniones maritales de hecho, mientras que, el artículo 163 de la Ley 100 de 1993 aplicaba para la cobertura familiar en el POS. Esto implicaba que eran disposiciones ontológicamente diferentes y por esta razón el término de dos años previsto en la Ley 54 de 1990 no podía aplicarse ni homologarse en el artículo 163 de la Ley 100 de 1993. Consecuentemente, la Corte declaró inexecutable la expresión “cuya unión sea superior a dos años” y la norma actual (Ley 1753 de 2015) eliminó ese requisito en la nueva regulación.

Considero importante resaltar que la disposición normativa contenida en la Ley 1753 le da prelación al cónyuge para ser beneficiario del derecho, al determinar que sólo se reconoce para el compañero permanente si no hay cónyuge. Es así como, en caso de concurrencia será beneficiario únicamente el esposo (a).

6. Presunción de paternidad.

La Ley 1060 de 2006 modificó los artículos 213 y 214 del Código Civil sobre la impugnación de la maternidad y la paternidad. A su vez, el primer artículo de esta ley extiende la presunción de paternidad a los hijos de los compañeros permanentes así: “El hijo concebido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes, salvo que se pruebe lo contrario en un proceso de investigación o de impugnación de paternidad”.

Asimismo, según lo estableció el segundo artículo de la ley, se presume que el hijo fue concebido durante el vínculo y tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes cuando nace después de los 180 subsiguientes al matrimonio o la declaración de la unión marital de hecho, exceptuando los casos que taxativamente señala la norma:

1. Cuando el Cónyuge o el compañero permanente demuestre por cualquier medio que él no es el padre.
2. Cuando en proceso de impugnación de la paternidad mediante prueba científica se desvirtúe esta presunción, en atención a lo consagrado en la Ley 721 de 2001.

En esta norma se evidencia un vacío jurídico frente a los hijos que nacen antes de la declaración de la unión marital de hecho. Al respecto se pueden plantear dos interpretaciones del artículo. La primera de ellas, es una interpretación formalista que permite deducir que no hay presunción de paternidad para el hijo si nace antes de la declaración de la unión marital de hecho, así su padres tengan un tiempo de convivencia superior a dos años y hagan la declaración después del nacimiento.

Pero también se puede intentar una segunda interpretación en concordancia con los artículos 236 y 237 del Código Civil sobre el hijo legitimado en el matrimonio. De este punto de vista, podría concederse al hijo el beneficio de la presunción si la declaración de la unión incluye dentro del tiempo de la convivencia la época en que pudo presumirse la concepción, de la misma manera como se aplican estos mismos beneficios al hijo legitimado que nace antes de los 180 días contados desde la celebración del matrimonio. Si el hijo concebido antes del matrimonio y nacido en él queda legitimado ipso iure, el hijo concebido dentro de la unión marital de hecho declarada después de la concepción también podría beneficiarse de la presunción de la paternidad, aunque haya nacido antes de la declaración de la unión marital de hecho, sin perjuicio del derecho que la ley concede al presunto padre de probar que estuvo en imposibilidad física de tener acceso físico a la madre durante el tiempo en que pudo presumirse la concepción o si no tuvo conocimiento de la preñez.

No obstante, se debe concluir que en todo caso, cuando los compañeros permanentes no han realizado la declaración no hay presunción de paternidad para sus hijos en ningún momento. Esto genera una incoherencia porque lo esencial de la unión marital de hecho es la comunidad de vida; por lo tanto, queda sin resolver por ahora, mientras la jurisprudencia lo decide, si aplica la presunción de paternidad cuando los compañeros permanentes cumplen todos los supuestos de la Ley 54 de 1990 pero no realizan la declaración de la unión marital de hecho.

7. Reconocimiento de la unión marital del hecho en el Código general del Proceso.

La Ley 1564 de 2012 incorporó en la reforma procesal el reconocimiento de los compañeros permanentes a participar en la sucesión como herederos y para reclamar porción conyugal (artículos 480, 489 a 496, 501, 505, 507, 523, 590, 591 y 598). Estas provisiones son consecuencia de los pronunciamientos que se desarrollan en el siguiente capítulo, contenidos en las sentencias C- 283 de 2011 y C- 238 de 2012.

8. Trámites notariales para la declaración y disolución de la unión marital de hecho.

El Decreto 1664 de 2015 reglamentó algunas disposiciones del Código General del Proceso, entre estos, los artículos sobre trámites notariales (parágrafo del artículo 487 y el artículo 617). Específicamente la subsección 5 del capítulo 15 de la norma reguló las declaraciones de constitución, disolución y liquidación de la sociedad patrimonial de hecho y de la existencia y cesación de los efectos civiles de la unión marital entre compañeros permanentes de común acuerdo. Es posible deducir una asimilación de la unión marital con el matrimonio en estas normas porque permiten realizar trámites notariales semejantes a la celebración del contrato de matrimonio y el divorcio de común acuerdo.

Capítulo II: Reconocimiento jurisprudencial.

1. *Primer análisis: Negación a la equiparación de las formas de familia.*

La Corte Constitucional ha considerado que si bien la Carta Política de 1991 consagró diferentes orígenes de la familia, no se puede determinar que el matrimonio y la unión marital de hecho sean la misma institución jurídica, con efectos y características iguales. Frente a esta postura de la Corporación destaco la sentencia C-821 de 2005, que presenta un recuento jurisprudencial de los pronunciamientos en que la Corte ha establecido las diferencias entre las formas de familia:

a. El vínculo jurídico: la sentencia C-595 de 1996 determinó que la unión marital y el matrimonio se diferencian en que en la familia constituida por vínculos naturales (“la voluntad responsable de conformarla”) no hay ningún vínculo jurídico, mientras que, en el matrimonio (“la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio”) existe un contrato entre los cónyuges. Esta diferencia también es reconocida por Jaime Ballesteros (1999) de la siguiente manera: “La unión no marital jamás será contrato o acto jurídico. Es sencillamente una situación de hecho que, de acuerdo con el medio social y político en que se presente, es susceptible o no de generar efectos jurídicos” (p.31).

b. Los efectos civiles: en las sentencias C-239 de 1994 y C-174 de 1996 se estudió la extensión a la unión marital de hecho de las normas que establecían parámetros para la regulación del matrimonio. Al respecto, la Corte consideró que sus efectos no se pueden extender a las uniones de hecho porque no hay igualdad entre las dos formas de familia:

Si bien diversas leyes, entre ellas la 54 de 1990, han atribuido efectos civiles, por razones de equidad, a la unión libre, es evidente que el legislador no podría llegar a establecer una reglamentación como la prevista para el matrimonio, pues tal reglamentación, como ya lo ha dicho la Corte, iría en contra de la esencia de la unión libre. (Corte Constitucional, M.P. Jorge Arango Mejía, 1996, Sentencia C-174)

c. Existencia y validez del vínculo: en la sentencia C-533 de 2000 se precisó que el consentimiento, como principio formal, es precisamente el vínculo jurídico que le da existencia y validez al matrimonio. Por otra parte, lo esencial para que surja la unión marital de hecho es la convivencia:

De lo anterior se deducen conclusiones evidentes: en primer lugar, que el matrimonio no es la mera unión de hecho, ni la cohabitación entre los cónyuges. Los casados no son simplemente dos personas que viven juntas. Son más bien personas jurídicamente vinculadas. La unión libre, en cambio, sí se produce por el solo hecho de la convivencia y en ella los compañeros nada se deben en el plano de la vida en común, y son libres en la determinación de continuar en ella o de terminarla o de guardar fidelidad a su pareja. (Corte Constitucional, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, 2000, Sentencia C-533)

2. *Estado civil de compañero permanente.*

El primer reconocimiento jurisprudencial fue realizado por la Corte Suprema de Justicia en el Auto No. 125 del 18 de junio de 2008 del magistrado Jaime Alberto Arrubla, al través del cual se decidió la procedencia de un recurso de casación. La Corte consideró que desde la expedición de la Ley 54 de 1990 se había determinado que la unión marital de hecho no constituía un estado civil porque el artículo 42 de la Constitución determina que el legislador es el único que puede

realizar dicho reconocimiento. Empero, por vía normativa se le ha dado un trato semejante o equiparable a la unión marital y al matrimonio, lo cual permite que la situación de los compañeros permanentes se plasme en la definición de estado civil del artículo 1 del Decreto 1260 de 1970.

Por otra parte, la Corte creyó que la Ley 54 de 1990 no sólo buscaba describir los elementos de la unión marital de hecho sino que también quería reconocer a los compañeros permanentes “para todos los efectos civiles”, es decir, la norma habla de una relación que genera consecuencias jurídicas a los convivientes.

Adicionalmente, la Corte explicó que el artículo 42 de la Constitución reconoce que la familia se puede constituir por vínculos naturales o jurídicos, esto significa que las diferentes formas de familia deben tener una protección igual y recibir el mismo trato. Por esta razón, no tenía sentido que el matrimonio generara el civil de casado y que de la unión marital de hecho no se derivara ningún estado civil.

De ahí que así como el matrimonio origina el estado civil de casado, la unión marital de hecho también genera el de “*compañero o compañera permanente*”, porque como se advirtió, la Ley 54 de 1990 no se limita a definir el fenómeno natural en cuestión ni a señalar sus elementos, sino que precisa el objeto de la definición, al nominar como compañeros permanentes, “*para todos los efectos civiles*”, al hombre y a la mujer que deciden en forma voluntaria y responsable conformarla. (Corte Suprema de Justicia, M.P. Jaime Alberto Arrubla, 2008, Auto No. 125)

Frente al registro del estado civil se determinó que se debe inscribir en el registro de Varios, acorde con el artículo 22 del Decreto 1260 de 1970.

La ley, es cierto, no designa expresamente a la unión marital de hecho como un estado civil, pero tampoco lo hace con ningún otro, simplemente los enuncia, aunque no limitativamente, y regula, como acontece con los nacimientos, matrimonios y defunciones, y lo propio con la referida unión. Por ello, el artículo 22 del Decreto 1260 de 1970, establece que los demás *“hechos, actos y providencias judiciales o administrativas relacionadas con el estado civil”*, en todo caso, *“distintos”* a los que menciona, deben inscribirse, al igual que éstos, en el registro respectivo, así sea en el libro de varios de la notaría, como lo permite el artículo 1º del Decreto 2158 de 1970. (Corte Suprema de Justicia, M.P. Jaime Alberto Arrubla, 2008, Auto No. 125)

Para la Corte Suprema de Justicia, el reconocimiento del estado civil de compañero permanente no es contrario a la indivisibilidad del estado civil por dos razones: 1) Porque la fuente ontológica de las dos formas de familia (matrimonio y unión marital de hecho) es diferente y 2) *“los hechos hacen que la unión marital tenga la virtud de establecer o modificar el estado civil de quienes hacen parte de ella”*.

La Corte a su vez, en pronunciamientos jurisprudenciales posteriores, ha determinado que la declaración de la unión marital de hecho, que da el estado civil de compañero permanente es imprescriptible. Al respecto, destaco el fallo del 6 de febrero de 2014 del magistrado Fernando Giraldo Gutiérrez:

Ahora, en cuanto a las acciones en sí mismas consideradas, la jurisprudencia en comento resalta la connotación de imprescriptible de la acción de declaración de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes, “en tanto que, la concerniente a la declaración

judicial de existencia de la sociedad patrimonial derivada de la unión marital y la relativa a su disolución y liquidación, es prescriptible. Así, cuando además de la existencia de la unión marital, se pretenda la de la sociedad patrimonial o, su disolución y liquidación, la acción, a propósito de los efectos económicos o patrimoniales, está sujeta a prescripción, mas no respecto del estado civil". (Se destaca) (Corte Suprema de Justicia, M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez, 2014, Exp. 00153-00)

3. Derecho de alimentos.

En la sentencia C-1033 de 2002 la Corte Constitucional analizó una acción pública de inconstitucionalidad contra los numerales 1 y 4 del artículo 411 del Código Civil sobre la obligación de alimentos. El actor consideró que las normas eran contrarias al artículo 13 de la Constitución por no incluir a los compañeros permanentes como beneficiarios de este derecho.

En el fallo, inicialmente la Corte aclaró que no puede equipararse el matrimonio a la unión marital de hecho porque la forma en que se constituyen es diferente. Empero, el análisis del numeral 1 del artículo 411 del Código Civil demuestra que el derecho de alimentos se fundamenta en el principio de solidaridad, esto implica la obligación de suministrar la subsistencia a los integrantes de la familia que no pueden asegurarla por sus propios medios. Así se concluye que no hay razones para excluir a los compañeros permanentes de este derecho.

(...) la unión marital de hecho al igual que el matrimonio está cimentada en la ayuda y socorro mutuos de quienes integran esas relaciones, no resulta razonable ni proporcional que se brinde un tratamiento desigual en materia de derecho de alimentos a los compañeros permanentes frente a quienes celebraron contrato de matrimonio, por el simple origen del

vínculo familiar, más aun teniendo en cuenta la expresa prohibición que hace el artículo 13 Superior.(Corte Constitucional, M.P. Jaime Córdoba Triviño, 2002, Sentencia C-1033)

No obstante, la Corte aclaró que los alimentos en la unión marital de hecho sólo se pueden exigir mientras que esté demostrada la condición de compañero permanente.

Sin embargo debe precisarse que los compañeros permanentes sólo podrán exigir el derecho alimentario, hasta que esté demostrada su condición de integrantes de la unión marital de hecho, puesto que debe existir certeza que quien dice ser compañero permanente lo sea en realidad. (Corte Constitucional, M.P. Jaime Córdoba Triviño, 2002, Sentencia C-1033)

Teniendo en cuenta que esta sentencia es anterior a la ley 979 de 2005, se podría interpretar que la calidad de los compañeros permanentes quedaría demostrada con la declaración de la unión marital de hecho.

Por otra parte, la Corte se inhibió de pronunciarse sobre el numeral 4 del artículo 411- la obligación de alimentos del cónyuge culpable- ya que no existe una regulación que permita determinar la culpabilidad de los compañeros en la ruptura de la pareja; en ese sentido, no se puede asimilar la unión marital de hecho al matrimonio porque en el primero no opera el divorcio ni se tienen las mismas obligaciones de los cónyuges.

Es importante mencionar que en otra sentencia, la C-016 de 2004, la Corte analizó el artículo 233 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) que tipificaba para los cónyuges el delito de inasistencia alimentaria. La Corte declaró exequible la norma y exhortó al Congreso para que modificara el tipo penal incluyendo a los compañeros permanentes. Con la Ley 1181 de 2007 se cambió la definición del delito y actualmente la inasistencia alimentaria también cobija a los convivientes.

4. *Porción conyugal.*

La Corte Constitucional realizó un primer análisis de la porción conyugal para el compañero permanente en la sentencia C-174 de 1996 en la que negó su extensión a la unión marital de hecho por considerar que se trataba de un vínculo jurídico diferente al matrimonio que merecía una reglamentación distinta. Sin embargo, en 2011 abordó nuevamente el estudio del tema en la sentencia C-283. La Corte estimó que no había cosa juzgada porque en el primer fallo no se había realizado un análisis sobre la finalidad de la porción conyugal y por el “cambio de contexto normativo”, es decir, la transformación social, le permitía a su juicio realizar un nuevo examen de los cargos.

Consecuentemente, por medio de la sentencia C-283 de 2011 hizo extensiva la porción conyugal para los compañeros permanentes al declarar la exequibilidad condicionada de todos los artículos que la regulan, bajo el entendido que también aplican para la unión marital de hecho. En el fallo, la Corte realizó un análisis de la naturaleza de la porción conyugal para determinar que no hay razones objetivas ni razonables para excluir a los compañeros permanentes.

En otros términos, esta figura no tiene su fundamento en el contrato de matrimonio sino en la necesidad de proteger al miembro de la relación que después de una convivencia fundada en el apoyo y las renunciaciones mutuas, queda con un patrimonio inferior al de aquel que falleció y que le permite optar por participar en él. (Corte Constitucional, M.P. Jorge Ignacio Pretelt, 2011, Sentencia C-283)

De esta forma, la Corte aceptó que la omisión de protección para los compañeros permanentes era un desconocimiento del principio de igualdad en razón del vínculo jurídico y extendió la porción conyugal a los convivientes.

Es importante anotar que, en la parte motiva de la sentencia, la Corte expresa que este reconocimiento sólo se concede en favor de los compañeros permanentes que lleven más de dos años de convivencia:

Se advierte que para tener el derecho a la denominada “*porción conyugal*” se debe demostrar por los medios probatorios idóneos la condición de compañero o compañera supérstite, es decir, los dos años de convivencia que exige la Ley 50 de 1994, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005. (Corte Constitucional, M.P. Jorge Ignacio Pretelt, 2011, Sentencia C-283)

Se considera importante la cita anterior porque en la parte resolutive de la sentencia no se hace ninguna alusión al requisito de que los compañeros cumplan dos años de convivencia para obtener la porción conyugal. De esta manera, queda la duda acerca de si para la Corte esta condición es *ratio decidendi*, lo cual condicionaría el fallo o si es *orbiter dicta* y carece de relevancia. Esta problemática será analizada más adelante.

5. Derechos sucesorales.

En la sentencia C-238 de 2012, se resolvió la acción de inconstitucionalidad contra los artículos 1040, 1046 y 1047 del Código Civil que regulan los derechos hereditarios por no incluir a los compañeros permanentes heterosexuales y homosexuales. La Corte consideró que existía una omisión legislativa relativa, por la falta de regulación de la unión marital de hecho antes de

la Constitución Política de 1991. De esta manera, estimó que debía realizar un análisis para determinar si esta falencia era o no inconstitucional.

Siendo así, la Corporación reiteró su posición sobre la imposibilidad de predicar una igualdad entre el matrimonio y la unión marital de hecho pero consideró que no existían razones constitucionales que impidieran extender algunos derechos, garantías y obligaciones de los cónyuges a los compañeros permanentes. Igualmente la Corte determinó que la vocación sucesoral obedece a un criterio familiar y su protección no se agota con el reconocimiento al cónyuge, ya que la Constitución da protección también a otras formas de familia. Por ende, no había razones objetivas que permitieran excluir a los compañeros permanentes de los derechos hereditarios:

Así pues, para reparar la inconstitucionalidad de la omisión que se ha verificado la Corte debe proyectar el contenido de la Constitución en lo tocante a la protección a la familia y de los miembros de la pareja, así como en lo referente al derecho a la igualdad, sobre la regulación incompleta de la vocación hereditaria establecida en los artículos 1040, 1046 y 1047 del Código Civil para que, de este modo, quepa entender que la mención del cónyuge en esas disposiciones comprende al compañero o compañero permanente, a quien así se le reconoce vocación hereditaria en la posición allí mismo señalada. (Corte Constitucional, 2012, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza, Sentencia C-238)

En el fallo, la Corte también reconoció derechos sucesorales a los compañeros permanentes del mismo sexo argumentando que las normas demandadas buscaban la protección a la familia fundada en el amor, el respeto y la solidaridad para confirmar una unidad de vida, más allá de la orientación sexual de sus miembros.

Además de la sentencia mencionada, en el Código General del Proceso se incluyeron los compañeros permanentes en los procesos de sucesiones a la par de los cónyuges. De esta manera, por vía legislativa también se hace el reconocimiento de los derechos sucesorales para los compañeros permanentes (artículos 480, 489 a 496, 501, 505, 507, 523, 590, 591 y 598 de la Ley 1564 de 2012).

Título III: Problemáticas actuales de la unión marital de hecho

Capítulo I: Frente al reconocimiento legal.

1. Existencia de dos regímenes patrimoniales.

La jurisprudencia ha determinado que si bien pueden concurrir los estados civiles de cónyuge y compañero permanente, no es posible la existencia de dos regímenes patrimoniales – sociedad patrimonial y sociedad conyugal- en cabeza de la misma persona. Lo anterior se sustenta en el requisito de la disolución de la sociedad conyugal anterior para la declaración de la sociedad patrimonial que consagra el artículo 2 de la Ley 54 de 1990:

La teleología de existir, amén de la disolución, la liquidación de la sociedad conyugal, fue entonces rigurosamente económica o patrimonial; que quien a formar la unión marital llegue, no traiga consigo sociedad conyugal alguna; sólo puede llegar allí quien la tuvo, pero ya no, para que, de ese modo, el nuevo régimen económico de los compañeros permanentes nazca a solas. No de otra manera pudiera entenderse cómo es que la ley tolera que aún los casados constituyan uniones maritales, por supuesto que nada más les exige sino que sus aspectos patrimoniales vinculados a la sociedad conyugal estén resueltos. (Corte Suprema de Justicia, M.P. Manuel Isidro Ardila, 2003, Exp.7603)

A su vez, la ley y la doctrina permiten que se forme la sociedad patrimonial cuando la primera sociedad conyugal se disuelve después del inicio de la convivencia de los compañeros permanentes.

A pesar de lo recién mencionado, la doctrina opina que la creación de dos regímenes patrimoniales en las relaciones de pareja puede conducir a confusiones sobre la constitución de cada uno y sus diferencias. A continuación se exponen algunas críticas frente a la existencia de las dos sociedades:

a. Jorge Parra Benitez y Guillermo Montoya Pérez (1998) consideran que los pronunciamientos de la Corte Constitucional, que determinan que el matrimonio y la unión marital son instituciones diferentes con regímenes económicos distintos, son contrarios a los artículos 13 y 42 de la Constitución.

Olvida la Honorable Corte que la institución amparada no lo es ni el matrimonio ni la unión marital de hecho; la institución amparada es la Familia, es en relación con ésta que la norma de normas ha señalado que no puede establecerse un tratamiento diferencial entre sujetos, so pretexto de su origen familiar. (Parra & Montoya, p.104)

b. Otra de las críticas que mencionan los autores, se refiere a la contradicción en la Ley 54 de 1990 sobre el régimen jurídico aplicable a la sociedad patrimonial. Por una parte, el artículo 3 de la ley determina cómo se compone la sociedad patrimonial, mientras que el artículo 7 remite a las normas del Código Civil sobre la liquidación de la sociedad conyugal. En otras palabras, la sociedad patrimonial se regula por unas disposiciones propias, pero a la vez por algunas normas de la sociedad conyugal.

c. Hay un vacío jurídico sobre los gananciales en la sociedad patrimonial ya que no existe norma expresa que regule su aplicación. Vale la pena mencionar que en la sociedad conyugal, el artículo 1838 del Código Civil estipula que los cónyuges pueden renunciar a los gananciales

por ser una disposición que sólo afecta al cónyuge que lo decide. A su vez, hay autores que sostienen que esta norma se puede hacer extensiva a los compañeros permanentes. Al respecto, Helí Abel Torrado sostiene:

Nosotros pensamos que esta renuncia también es aplicable a los gananciales derivados de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, con todas sus consecuencias legales. Nos referimos a aquellos casos en los que uno de los compañeros, después de haber obtenido la declaratoria de existencia de la sociedad patrimonial y una vez adquirido el derecho de gananciales, renuncia a éste, a favor del otro compañero, antes de que entre en su poder alguna parte del haber social. (Torrado, p.116)

De esta forma, el vacío jurídico que se presenta frente a la renuncia los gananciales y las capitulaciones (que se analizará más adelante) se presenta en la duda acerca de si los compañeros deben realizar estos convenios antes de iniciar la convivencia o si pueden hacerlo cuando llevan un tiempo unidos pero no han cumplido los requisitos para la consolidación de la sociedad patrimonial.

d. De otra parte, tampoco existe ninguna disposición normativa que regule de manera clara qué sucede con los bienes de la sociedad patrimonial que no ha sido disuelta ni liquidada, cuando los compañeros permanentes se casan entre sí.

Según las normas que regulan los bienes que ingresan a la sociedad conyugal, hay bienes propios (si son inmuebles) o bienes que ingresan automáticamente a la sociedad conyugal (si son muebles) y serán luego compensados cuando la sociedad se disuelve. De esta manera, se presenta un vacío frente a los bienes de la sociedad patrimonial ya que ninguna norma regula

que los bienes de la sociedad patrimonial ingresan a la sociedad conyugal si los compañeros contraen matrimonio.

Es importante resaltar que con el Código General del Proceso buscó regular parcialmente este vacío jurídico en el numeral 6 del artículo 617:

Artículo 617. *Trámites notariales.*

Sin perjuicio de las competencias establecidas en este Código y en otras leyes, los notarios podrán conocer y tramitar, a prevención, de los siguientes asuntos:

6. De la declaración de bienes de la sociedad patrimonial no declarada, ni liquidada que ingresan a la sociedad conyugal.

El Doctor Fernando Badillo Abril, en su conferencia *La unión marital de hecho y sus efectos en el Código General del Proceso y recientes fallos de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia* (2017), interpreta que los compañeros podrían firmar una capitulación en la que determinarían que los bienes de la sociedad patrimonial ingresan a la sociedad conyugal cuando se casan.

A pesar de esta norma del Código General del Proceso, que parece tener buena intención, queda el vacío de qué sucede con los bienes de la sociedad patrimonial cuando los compañeros se casan y no firman ninguna capitulación o convenio que determine que los bienes de la sociedad patrimonial ingresan a la sociedad conyugal. La ley no establece que la sociedad patrimonial se disuelva por la celebración del matrimonio entre los compañeros permanentes y no parece justo que se extingan los derechos adquiridos o las expectativas surgidas antes de casarse.

2. *Capitulaciones.*

El artículo 7 de la Ley 54 de 1990 remite a las normas del Libro IV, Título XXII, Capítulos 1 al 5 del Código Civil como disposiciones aplicables a la liquidación de la sociedad patrimonial. En ellas se incluyen los artículos 1771 al 1780 sobre las capitulaciones matrimoniales. Por ello, es viable concluir que los compañeros permanentes pueden celebrar estos convenios.

A pesar de la remisión normativa, hubo mucho desconocimiento e inseguridad sobre la aplicación de la figura en la unión marital de hecho, hasta que se expidió la ley 962 de 2005 que en su artículo 37 consagra expresamente la competencia de los notarios para el otorgamiento de “capitulaciones, constitución, disolución y liquidación de la sociedad patrimonial de compañeros permanentes...” Lo anterior, se confirma igualmente en las instrucciones administrativas del Superintendente de Notariado y Registro número 13 y 25 de 2005¹⁰.

Ya que hasta el 2005 existió una regulación expresa, parte de la doctrina opina que los convenios celebrados antes de esta fecha no eran válidos por la falta de una norma que determinara la competencia de los notarios. Empero, considero que las capitulaciones maritales son válidas desde 1990 porque, si bien no había normatividad clara sobre estos pactos, con la remisión del artículo 7 de la Ley 54 de 1990 era posible deducir la aplicación de la figura en la sociedad patrimonial.

¹⁰ La instrucción administrativa 25 de 2005 determina que para la celebración de capitulaciones de los compañeros permanentes se deben cumplir los requisitos que determinan los artículos 1771 a 1780 del Código Civil.

El principal vacío jurídico sobre las capitulaciones maritales consiste en determinar en qué momento las pueden celebrar los convivientes. Al respecto, en el artículo de la revista *Vniversitas* (2013) *La celebración de capitulaciones en la unión de hecho* de Jinyonla Blanco y Daniel Felipe Chaux se plantean tres posturas sobre esta problemática:

a. Las capitulaciones se deben celebrar antes de la convivencia entre los compañeros

permanentes: Uno de los autores que respalda esta tesis es Helí Abel Torrado (2016), quien considera que en caso de que se pacten las capitulaciones después de iniciar la comunidad de vida singular y permanente entre la pareja, estarían viciadas de nulidad. La posición se sustenta en la aplicación analógica de las disposiciones del Código Civil sobre las capitulaciones matrimoniales que determinan que se deben celebrar antes del matrimonio (artículos 1771, 1774, 1778 y 1779). Esta postura ha sido la de mayor respaldo, como lo explican los autores Blanco y Chaux (2013):

La primera, que es la de mayor aceptación y cuenta con el sustento administrativo de la Superintendencia de Notariado y Registro y el judicial del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, permite otorgar y modificar la escritura capitular antes de iniciar la convivencia *“puesto que con el vínculo marital nace simultáneamente el régimen patrimonial y una vez dada la convivencia es imposible realizar cualquier modificación o dejarlas sin efectos”*. (p. 76)

Una crítica a esta postura es que no tiene sentido firmar capitulaciones al iniciar la convivencia ya que en ese momento solo existe la expectativa de que se forme una sociedad patrimonial. En esta hipótesis si los compañeros celebran las capitulaciones pero conviven por

un tiempo inferior a dos años, es decir, no alcanzan a cumplir el requisito para declarar la sociedad patrimonial, no tendría ninguna eficacia dicho convenio.

b. Las capitulaciones maritales se deben pactar durante la convivencia pero antes de la consolidación de la sociedad patrimonial: en este supuesto sería posible modificar los convenios antes del cumplimiento del término de los dos años. Esta tesis la respalda la Unión Colegiada de Notariado:

Con la segunda opción, de la cual es partidaria la Unión Colegiada de Notariado Colombiano, se permite que a lo largo de la convivencia y antes de cumplir dos años, los compañeros otorguen pacto capitular y lo reformen cuantas veces consideren necesario. Su inmutabilidad se producirá a partir del mencionado término ya que la *“sociedad patrimonial sólo nace a partir de cumplidos los dos años de convivencia.”* (Blanco & Chaux, p. 77)

Surge un vacío en esta postura cuando alguno de los compañeros permanentes (o lo dos) tuvieron una sociedad conyugal o patrimonial anterior que ya se encuentra disuelta. Bajo este supuesto, no es claro si los dos años para la consolidación de la sociedad patrimonial se cuentan a partir del inicio de la convivencia o a partir de la disolución de la sociedad anterior.

c. Celebración de las capitulaciones después de la declaración de la sociedad patrimonial: Algunos notarios han permitido la celebración de estos convenios después de que los compañeros permanentes han realizado la declaración de la sociedad patrimonial. Otra situación parecida que se podría presentar es cuando los compañeros permanentes celebran las capitulaciones y han convivido más de dos años pero no han declarado la existencia de la sociedad patrimonial.

En estas dos hipótesis, comparto la posición de los autores Jinyola Blanco y Daniel Felipe Chaux quienes sostienen que esta posibilidad es contraria a la remisión de las normas del Código Civil que hace la Ley 54 de 1990 ya que lo propio de las capitulaciones es que se celebren antes de la constitución del régimen patrimonial, bien sea sociedad conyugal o patrimonial.

3. Presunción de paternidad frente al deber de fidelidad y de cohabitación.

En nuestro ordenamiento jurídico la presunción de paternidad para los hijos concebidos durante el matrimonio tiene como fundamento la cohabitación y la fidelidad, por ser obligaciones subsiguientes al vínculo jurídico de los cónyuges. Como fue mencionado, esta presunción también cobija a los hijos que nacen durante la unión marital de hecho. Sin embargo, considero que la extensión de esta presunción es contradictoria ya que los deberes de cohabitación y fidelidad no se pueden predicar de la unión marital de hecho.

Frente al deber de fidelidad es importante mencionar que el artículo 1 de la Ley 54 de 1990 determina el carácter singular de la relación de pareja. No obstante, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia ha considerado que el deber de fidelidad no es una causal de ruptura de la unión marital de hecho y en esta medida no sería un deber inherente de la relación en pareja.

Establecida una unión marital de hecho, la singularidad que le es propia no se destruye por el hecho de que un compañero le sea infiel al otro, pues lo cierto es que aquella solo se disuelve

con la separación física y definitiva de los compañeros permanentes. (Corte Suprema de Justicia, M.P. Luis Armando Tolosa, 2016, Exp. 00069-01)

A su vez, la Corte Constitucional en la sentencia C-821 de 2005 al analizar la posibilidad de aplicar la causal de divorcio de “las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges” en la unión marital de hecho determina:

La infidelidad, en cuanto comportamiento que ataca directamente los lazos afectivos, puede llegar a ser la causa principal de disolución de las familias de hecho, pero, se insiste si la misma no se forma por vínculo jurídico donde medie el consentimiento, su disolución por esa causa no requiere declaración judicial. (Corte Constitucional, M.P. Rodrigo Escobar Gil, 2005, Sentencia C-821)

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia en un pronunciamiento reciente ha establecido que lo esencial de la unión marital de hecho es la comunidad de vida¹¹ que se ve reflejada en algunos elementos objetivos tales como la convivencia, la ayuda, el socorro mutuo, las relaciones sexuales y la permanencia, y a la vez, en unos elementos subjetivos como el ánimo mutuo de pertenencia, de unidad y la afectio. De esta manera, el elemento esencial de esta figura jurídica es la convivencia marital, y además existen otros elementos accidentales como lo son el trato sexual, la cohabitación y su notoriedad, sin los cuales la relación de pareja no se deja de considerar una unión marital de hecho.

¹¹ Se debe recordar el concepto de comunidad de vida y de cohabitación explicados al inicio del trabajo. La cohabitación es vivir juntos o “compartir techo” y la comunidad de vida o convivencia implica la cohabitación de una manera permanente y estable, en conjunto con otros elementos como los lazos afectivos, la ayuda y socorro mutuos.

(...) tampoco, necesariamente, implica residir constantemente bajo el mismo techo, dado que ello puede estar justificado por motivos de salud; o por causas económicas o laborales, entre otras, cual ocurre también en la vida matrimonial (artículo 178 del Código Civil); y la socialización o no de la relación simplemente facilita o dificulta la prueba de su existencia. (Corte Suprema de Justicia, M.P. Luis Armando Tolosa, 2016, Exp. 00069-01)

En conclusión, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, ha determinado que la infidelidad y la cohabitación no son causales de terminación de la unión marital de hecho, por no ser obligaciones inherentes de la relación de pareja. Sin embargo, este supuesto es contrario a la presunción de paternidad que, como fue explicada, tiene como fundamento estos deberes.

4. Trámite notarial para la disolución de la unión marital de hecho como nueva forma de divorcio.

Lo característico de la unión marital de hecho es la creación de un vínculo natural entre la pareja, es decir, surge por la simple convivencia por un tiempo sostenido entre los compañeros y éste es su rasgo esencial. Entonces, su diferencia principal con el matrimonio es que no hay un vínculo jurídico entre los compañeros, ya que no se celebra el contrato de matrimonio. Por ende, considero que la regulación del trámite notarial para la disolución de la unión marital de hecho no tiene en cuenta esta diferencia entre las dos formas de familia, ya que establece un proceso notarial para la disolución de la unión marital de hecho muy similar al divorcio.

Es un poco contradictorio que se exija este trámite para la terminación de la unión marital de hecho. En el matrimonio sí hay un vínculo jurídico por terminar (el contrato de matrimonio); pero en la unión marital de hecho no hay un vínculo y puede terminarse por la simple separación de la pareja. Creo que con estas disposiciones no se tiene en cuenta la naturaleza de la unión marital de hecho y el querer de los compañeros de convivir sin un vínculo jurídico previo. A su vez, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre a la posibilidad de hacer extensivas las causales de divorcio a los compañeros permanentes de la siguiente manera:

En consecuencia, ni la causal de divorcio referente a las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges, ni ninguna de otra de las cuales de divorcio prevista en la ley tendría porqué extenderse a la unión marital de hecho, por la simple razón que para dar por terminada dicha unión no se requiere invocar ni probar nada. No se requiere declaración de autoridad competente porque entre la pareja no existe vínculo jurídico por disolver. Basta con que uno de los miembros, o ambos, decidan darla por concluida, incluso mediando un comportamiento intachable del otro, para que opere la disolución. (Se destaca)
(Corte Constitucional, 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil, Sentencia C-821)

Sin embargo, a pesar de la tramitomanía que se advierte en el decreto, este precedente puede presagiar nuevas reformas y no será extraño que algún día la ley establezca que para separarse de una pareja con la que se ha convivido por cierto tiempo sea necesario divorciarse por vía contenciosa, si los compañeros no logran pactar una consensual, a pesar de no existir ningún vínculo jurídico entre los convivientes.

Se debe tener en consideración que los supuestos planteados anteriormente se refieren a los casos particulares en que los compañeros no declaran la unión marital de hecho, entendida como

un acto jurídico bilateral y consensual que genera derechos y obligaciones recíprocos. En caso de que los compañeros realicen la declaración, tiene mayor congruencia la regulación del trámite notarial ya que entre los convivientes hay un vínculo jurídico, similar al matrimonio.

Capítulo II: Frente al reconocimiento jurisprudencial.

1. Atribuciones de competencia legal de las Altas Cortes.

El análisis de este aparte se sustenta en la conferencia *Las formas familiares en medio del debate entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional*, dictada el 14 de septiembre de 2006 por el Doctor Carlos Gallón Giraldo. Consecuentemente, pretendo hacer una crítica general a la forma en que las sentencias, especialmente de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, han regulado varios aspectos de la unión marital de hecho que eran competencia exclusiva del legislador. A continuación se plantean algunas causas de este desarrollo.

a. Falta de claridad en las leyes del Congreso: Los pronunciamientos jurisprudenciales se han dado principalmente porque las normas que han regulado la unión marital de hecho son incompletas y poco claras. Lo anterior se refleja en que la mayoría de las demandas de inconstitucionalidad tienen como fundamento un vacío legislativo. Es así como los demandantes creen que las disposiciones normativas que otorgan derechos o deberes a los cónyuges deben ser extensivas a los compañeros permanentes.

Igualmente, la doctrina opina que la Ley 54 de 1990 fue insuficiente para regular la situación de los convivientes. Esto se evidencia en sus vacíos jurídicos, tales como la aplicación en el tiempo, que consagra una protección únicamente patrimonial para los compañeros permanentes –dejando de lado todos los aspectos personales - que establece requisitos poco claros frente a la sociedad patrimonial y que no regula los efectos civiles de estas uniones, entre otros. En relación con esto, comparto la posición de Jaime Ballesteros (1999):

Tampoco se puede perder de vista que en Colombia no parecen ser muy afortunadas las más recientes legislaciones especiales de protección a la familia, como la ley de afectación de vivienda familiar (Ley 258/96) y la misma ley sobre uniones de hecho (Ley 54/90), precisamente por ausencia de claridad, fortaleza y decisión política legislativa en sus articulados, ante la disyuntiva de “atreverse o no” a cruzar la frontera en aras de la igualdad.

(p.34)

De conformidad con lo anterior, la jurisprudencia ha intentado complementar y dar mayor claridad a la ley; pero en este ejercicio las Altas Cortes han regulado aspectos que deben tener un reconocimiento legal como lo es el estado civil y los derechos hereditarios de los compañeros permanentes, entre otros.

Salvo en los casos de inexecutable por vicios de trámite, no recuerdo haber leído nunca un fallo de la Corte Constitucional en el que se sostenga que el Congreso no ha sabido legislar (...) Pero la Corte lo tiene presente y tal vez por eso ha asumido lo que podría denominarse una dictadura institucional. (Gallón, 2008, p. 417)

b. Contradicción con las fuentes del Derecho: Ante al desarrollo jurisprudencial de la unión marital de hecho - y de otros temas que no son de análisis en este trabajo de grado- es importante analizar si la Corte Constitucional está vulnerando la seguridad jurídica y las normas que regulan las fuentes del Derecho en nuestro ordenamiento jurídico, en especial el artículo 230 de la Constitución Política que determina: “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial” (se destaca).

Igualmente, vale la pena cuestionar si por medio de este desarrollo jurisprudencial se ha modificado el alcance de las sentencias, ya que no se toman como fuentes auxiliares del Derecho sino como fuentes principales. En relación con este planteamiento, el Doctor Gallón al exponer la estructura lógica de las sentencias muestra que anteriormente, con fundamento en la seguridad jurídica, los fallos tenían el siguiente análisis:

Ley: premisa mayor.

Situación de hecho: premisa menor.

Sentencia: Conclusión que se da como resultado de aplicar la situación de hecho al concepto general de la ley.

Con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los abogados han cambiado estos postulados y buscan resolver las situaciones concretas de conformidad con las sentencias. Es así como se crea esta nueva estructura:

(...) la premisa mayor, que antiguamente era la ley o norma general y abstracta, se reemplaza por una sentencia, que es un postulado particular y concreto, y se compara con otro caso

particular para obtener una solución o sentencia, que no es una deducción epistemológica sino una copia del modelo recién creado por la nueva teoría jurisdiccional.(Gallón, p.446)

c. Jurisprudencia contradictoria: Las sentencias han tenido decisiones opuestas en dos sentidos: a) entre fallos de las diferentes Cortes y; b) entre los antecedentes jurisprudenciales de la misma Corporación.

Un ejemplo de la primera situación – fallos contradictorios de las Cortes- son los requisitos para la declaración de la sociedad patrimonial cuando alguno – o los dos- compañeros permanentes tenían sociedad conyugal anterior. Inicialmente, el artículo segundo de la Ley 54 de 1990 consagró que se debía liquidar y disolver la sociedad conyugal anterior y desde ese momento, se tenía un “año de castigo” para declarar la sociedad patrimonial. La incoherencia surge porque, inicialmente la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del magistrado Manuel Isidro Ardila del 10 de septiembre de 2003, determinó que el único requisito para la declaración de la sociedad patrimonial era la disolución de la sociedad conyugal anterior y no se debía aplicar el año de castigo. A pesar de lo anterior, en el 2005 la Ley 979 repite igual el segundo artículo de la Ley 54 de 1990, sin tener en cuenta este pronunciamiento, lo que generó que más adelante la Corte Suprema de Justicia se volviera a pronunciar sobre el mismo tema en Sentencia del 4 de septiembre de 2006 del Magistrado Edgardo Villamil Portilla para reiterar que el único requisito para la declaración de la sociedad patrimonial era la disolución de la sociedad conyugal anterior.

Por otra parte, la Corte Constitucional en el año 2013 la Sentencia C-700 determinó que era inexecutable la liquidación de la sociedad conyugal anterior, pero dejó vigente el año de castigo; y en el 2016 finalmente eliminó este requisito, en la sentencia C-193.

Sobre este asunto, se debe recordar que la *ratio decidendi* y la parte resolutive de las sentencias de constitucionalidad tienen efectos *erga omnes*, mientras que las sentencias de casación de la Corte Suprema de Justicia tienen un efecto *inter partes*. Así pues, aunque la doctrina y los jueces civiles habían dictaminado que este “año de castigo” era inaplicable y que el único requisito era la disolución de la sociedad conyugal anterior, se debía entender que estas disposiciones estuvieron vigentes en nuestro ordenamiento jurídico hasta las sentencias de la Corte Constitucional que las declaró inexecutables.

Respecto de la segunda situación – fallos contradictorios de la misma Corporación- pueden citarse las sentencias contradictorias de la Corte Suprema de Justicia sobre la aplicación en el tiempo de la Ley 54 de 1990. Inicialmente, en el 2003, determinó que la aplicación de la Ley 54 de 1990 no podía ser retroactiva, argumentado que del articulado de la norma se deducía que el legislador no consagró reglas específicas que permitieran extender los efectos de la misma hacia el pasado y porque no había una aplicación retroactiva tácita en consideración al artículo 9 de la ley que determinó que regía desde su promulgación. No obstante, la Corte modificó su posición inicial en 2005, cuando determinó que el efecto de la ley era retrospectivo para las parejas que ya convivían al momento de su promulgación.

Por otra parte, se debe destacar la falta de coherencia entre las primeras sentencias de la Corte Constitucional, que interpretan la Ley 54 de 1990 y su posterior desarrollo

jurisprudencial. Al respecto, vale la pena poner en duda la interpretación en las sentencias de la cosa juzgada, ya que, con sustento en figuras como la cosa juzgada constitucional se han analizado las mismas normas más de una vez, y estos fallos han tenido una interpretación y un alcance contradictorio.

Lo anterior se muestra claramente en la sentencia C-174 de 1996, que negó la existencia de un estado civil para los compañeros permanentes y sostuvo que este reconocimiento debía establecerse por medio de la ley, en concordancia con el artículo 42 de la Constitución Política, lo que en esta medida tampoco impedía que la Corte asignara los mismos derechos y obligaciones a los convivientes y los cónyuges.

Pero lo que no es admisible es pedir a la Corte Constitucional que al examinar la constitucionalidad, **que no se discute y ni siquiera se pone en duda**, de normas que asignan derechos y obligaciones a quienes tienen el estado civil de casados, asigne esos mismos derechos y obligaciones a quienes no tienen tal estado civil, sino uno diferente. (Corte Constitucional, M.P. Jorge Arango Mejía, 1996, Sentencia C-174)

Empero, la Corte Constitucional posteriormente ha venido aceptando el estado civil de los compañeros permanentes por el desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia; al igual que reconoció varios de los mismos derechos de los cónyuges tales como el derecho de alimentos (Sentencia C-1033 de 2002), la porción conyugal (Sentencia C-283 de 2011) y los derechos hereditarios (Sentencia C-238 de 2012).

2. Estado civil de los compañeros permanentes.

Como fue mencionado anteriormente, la Corte Suprema de Justicia por Auto No. 125 del 18 de junio de 2008, reconoció el estado de civil de los compañeros permanentes. Este pronunciamiento es uno de los ejemplos más claros de las atribuciones de competencia legal que han asumido las Altas Cortes y del cual se derivan los siguientes planteamientos:

a. El auto de 2008 de la Corte Suprema de Justicia es contrario a las normas que regulan el estado civil: Según la Constitución Política y el Decreto 1260 de 1970 la ley debe regular el estado civil: “La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes” (artículo 42 CP); y “El estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad, determinada su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible, y su asignación corresponde a la ley” (artículo 1 Decreto 1260 de 1970).

En los primeros pronunciamientos jurisprudenciales, a partir de la Ley 54 de 1990 la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia consideraron que el reconocimiento legal de los compañeros permanentes no generaba estado civil para los compañeros permanentes porque su asignación correspondía al legislador, y no era posible su regulación por vía jurisprudencial.

En razón de las consecuencias jurídicas que la unión libre, o unión marital de hecho, trae consigo, tal unión, en determinadas circunstancias, establece o modifica el estado civil de quienes hacen parte de ella. Y la ley, en consecuencia, acorde con la Constitución determina

en estos casos el estado civil, lo asigna, lo mismo que los "consiguientes derechos y deberes".

(Corte Constitucional, M.P. Jorge Arango Mejia, 1996, Sentencia C-174)

Empero, a partir del 2008 la Corte Suprema de Justicia cambia esta posición con un auto y se atribuye en él competencias legislativas al regularlo.

b. Falta reglamentar la inscripción del estado civil de compañero permanente: El auto del 2008 de la Corte Suprema de Justicia sostuvo que los notarios debían realizar la inscripción en el Registro de Varios:

Por ello, el artículo 22 del Decreto 1260 de 1970, establece que los demás "*hechos, actos y providencias judiciales o administrativas relacionadas con el estado civil*", en todo caso, "*distintos*" a los que menciona, deben inscribirse, al igual que éstos, en el registro respectivo, así sea en el libro de varios de la notaría, como lo permite el artículo 1º del Decreto 2158 de 1970. (Corte Suprema de Justicia, M.P. Jaime Alberto Arrubla, 2008, Auto 125)

Sin embargo, considero que falta una norma que regule el estado civil de compañeros permanentes para evitar imprecisiones y confusiones entre los notarios, quienes carecen de una regulación legal que les suministre indicaciones claras sobre este procedimiento.

Otro de los problemas que muestra la necesidad de una ley que regule el estado civil para los compañeros permanentes es que en la práctica cuando los convivientes declaran la unión marital de hecho no suelen registrar la sentencia, acta notarial o de conciliación, máxime si no existe una norma que imponga expresamente la obligación de hacerlo. Razón por la cual no sería oponible el estado civil de compañero permanente frente a terceros, mientras no se

inscriba en registro civil, de conformidad con el artículo 107 del Decreto 1260 de 1970 que establece: “Por regla general ningún hecho, acto o providencia relativos al estado civil o la capacidad de las personas y sujeto a registro, surtirá efecto respecto de terceros, sino desde la fecha del registro o inscripción.”

Este problema también surge frente a la forma de probar la unión marital de hecho al analizar el artículo 106 de Decreto 1260 de 1970, que a la letra dispone:

Ninguno de los hechos, actos y providencias relativos al estado civil y la capacidad de las personas, sujetos a registro, hace fe en proceso ni ante ninguna autoridad, empleado a funcionario público, si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva oficina, conforme a lo dispuesto en la presente ordenación, salvo en cuanto a los hechos para cuya demostración no se requiera legalmente la formalidad del registro.

De conformidad con la norma, para poder demostrar el estado civil de compañero permanente en un proceso judicial o en cualquier trámite ante funcionario público, debe estar inscrito en el registro civil. Sin embargo, esta inscripción se debe hacer según la ley; y como actualmente no hay ley que determine claramente cómo registrar el estado civil de los compañeros permanentes, no se podría aplicar la parte prohibitiva de esta disposición, pues ella misma establece la salvedad cuando dice: “ (...) salvo en cuanto a los hechos para cuya demostración no se requiera legalmente la formalidad del registro”.

En este orden de ideas, ningún juez, autoridad o funcionario público estaría autorizado para desconocer el estado civil de compañero permanente por no haberse obtenido el registro de la

sentencia o del acta notarial o de conciliación que lo declare, pues el mismo artículo 106 exime de esta formalidad los casos en que no se haya establecido legalmente la exigencia.

c. La voluntad de los compañeros permanentes: el Doctor. Gallón plantea el interrogante de si el reconocimiento del estado civil proveniente de la unión marital de hecho ignora la decisión de los convivientes de simplemente tener una unión libre, es decir, un vínculo diferente al matrimonio, sin las mismas formalidades y sin generar un estado civil diferente por las implicaciones, en cuanto a derechos y deberes, que esto genera:

Pero lo que se inició como una alternativa contra la injustificadamente desacreditada institución del matrimonio ha terminado convirtiéndose en una perversa trampa contra quienes creían que las uniones libres eran verdaderamente libres, porque entre las cortes y el Congreso se han empeñado en conceder a la unión marital los efectos de un verdadero estado civil. (Gallón, p. 422)

En la práctica, se presenta el caso de algunas parejas que solamente quieren compartir la vida afectiva pero que expresamente desean excluir de su relación el derecho a obtener porción conyugal, derechos hereditarios y derechos patrimoniales, porque no les interesa afectar los derechos sucesorales de los miembros de la familia de su pareja pero por todas las prerrogativas que se han reconocido a la unión marital de hecho queda de lado esta voluntad. Si bien es posible que los compañeros excluyan el régimen de sociedad patrimonial en capitulaciones maritales, esta prerrogativa no se extiende a los derechos hereditarios ni a la porción conyugal, pues estos derechos solo surgen a partir de la muerte de uno de ellos y las renunciaciones que de ellos se hagan serían prematuras (artículo 1283 del Código Civil).

d. Concurrencia de compañero permanente y cónyuge: La Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia han reconocido en varios pronunciamientos – especialmente frente a la pensión de sobrevivientes – que una persona puede ser al mismo tiempo cónyuge y compañero permanente y han terminado aceptando que la pensión se divida entre los dos interesados. En cambio, han sido enfáticas en determinar que si bien pueden concurrir los dos estados civiles en una persona, no puede existir una sociedad conyugal con otra patrimonial, ya que son sociedades a título universal y el requisito para la declaración de la sociedad patrimonial es que se haya disuelto la sociedad conyugal anterior.

Esta problemática tiene especial importancia en los procesos sucesorales ya que la Corte Constitucional estableció que el compañero permanente tiene derecho a optar por porción conyugal y a reclamar derechos hereditarios, pero surge el interrogante sobre la concurrencia en el proceso de sucesión de un cónyuge que reclama porción conyugal o herencia en los órdenes hereditarios en que este derecho procede, y aparece simultáneamente un compañero permanente, con o sin sociedad patrimonial, a reclamar los mismos derechos¹². El tema lo tenía solucionado el artículo 1 del Decreto 1260 de 1970, porque en esta norma se establecía que el estado civil es uno e indivisible; pero después de las sentencias C-283 de 2011 y C-238 de 2012, no será extraño que en las sucesiones aparezcan dos sobrevivientes, y que los jueces terminen concediéndoles derechos a ambos, en perjuicio de los demás herederos.

¹² Esta situación se daría principalmente en caso de que el cónyuge se separe de hecho y su vez tenga una unión marital de hecho. La Doctora Yadira Alarcón (2014) aclara que la concurrencia sólo se daría en este supuesto de hecho teniendo en cuenta que algunas causales de separación conllevan la indignidad que excluye los derechos sucesorales. Un ejemplo de lo anterior es la disposición expresa que hace el artículo 1231 del Código Civil sobre la exclusión de porción conyugal para el cónyuge culpable.

En este punto considero relevante mencionar el trabajo realizado por la Doctora Yadira Alarcón en la publicación *Reconocimiento por vía de interpretación constitucional de los derechos sucesorios del conviviente supérstite en Colombia (2014)*, por medio del cual se plantean tres tesis que pretenden dar solución a la concurrencia de cónyuge y compañero permanente en los procesos sucesorales.

La primera de ellas se denomina “tesis de la primacía del cónyuge supérstite” y se basa en la preponderancia que tenía el matrimonio católico en nuestro ordenamiento jurídico y en el principio de “primero en el tiempo, primero en el derecho”. Bajo este supuesto se reconocerían derechos sucesorales únicamente al cónyuge, dejando por fuera al compañero permanente. Comparto la posición de la Doctora Yadira en que esta postura es la menos viable porque la jurisprudencia ha establecido expresamente la igualdad entre las formas de familia según la Constitución Política de 1991 y por el reconocimiento del estado civil de compañero permanente.

La segunda, es la “tesis de la relación material” y presenta dos variantes: i) primacía de la relación material sobre la formal, es decir, se busca proteger la convivencia entre la pareja y se le da prevalencia al compañero permanente en los derechos sucesorales sobre los vínculos matrimoniales y; ii) proporcionalidad en caso de concurrencia, esto es, aplicar la regla de proporcionalidad establecida para la pensión de sobreviviente, a los derechos sucesorales que se dividirían entre el cónyuge y el compañero permanente de manera proporcional al tiempo de convivencia de cada uno con el causante durante sus últimos cinco años de vida.

Por último, se encuentra la “tesis de aplicación igualitaria” que tiene como fundamento los pronunciamientos del Consejo de Estado desde 2007¹³ sobre la pensión de sobreviviente y en los que ha determinado que se deben conceder en partes iguales los derechos, basándose en criterios como el auxilio y apoyo, la vida en común y la convivencia efectiva, entre otros de los convivientes. Es así como, la aplicación de esta teoría en los derechos sucesorales implicaría que se dividirían de manera igualitaria entre el compañero y el cónyuge en caso de concurrencia.

Sobre esta problemática también comparto la apreciación del Doctor Fernando Badillo Abril (2017) al considerar que aunque el Código General del Proceso reconoce a los compañeros permanentes en los procesos sucesorales, en todas las disposiciones se reconocen los derechos al cónyuge o al compañero permanente del causante, en otras palabras, no se tiene en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico es posible la concurrencia de los dos y por esto queda el vacío jurídico de esta situación en los procesos sucesorales.

Lo mencionado anteriormente demuestra la problemática que resulta de haber aceptado la concurrencia de los estados civiles en el reconocimiento jurisprudencial y por la falta de regulación legislativa.

3. Porción Conyugal y derechos sucesorales.

¹³ Al respecto, la Doctora Yadira Alarcón menciona las siguientes sentencias: CE, Sentencia del 20 de septiembre de 2007. Rad. 76001233100019990145301. Consejero ponente Jesús Lemos Bustamente; CE, Sentencia del 26 de junio de 2008. Rad. 25000-23-25-000-2001-02614-01 (2176-07). Consejero ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; CE Sentencia del 30 de julio de 2009. Rad. 68001-23-15-000-2001- 02594-01 (0638-08).

En adición a lo mencionado anteriormente, surge otro vacío jurídico en relación con la participación de los convivientes en los procesos de sucesión. Es importante recordar que la sentencia C-283 de 2011, en que se reconoció el derecho a reclamar porción conyugal a los compañeros permanentes, determinó que se requieren dos años de convivencia para poder obtener el derecho.

No obstante, al comparar este fallo con la sentencia C-238 de 2012, en que se establecieron los derechos sucesorales a los convivientes, se evidencia que no hay ninguna disposición que estipule un tiempo de convivencia para que el compañero permanente pueda heredar, como tampoco se incluyó este requisito en las normas del Código General de Proceso.

Teniendo en cuenta esta contradicción entre los fallos y la norma procesal surgen dos vacíos jurídicos. El primero de ellos es si los compañeros deben cumplir la condición de convivir durante determinado tiempo para participar en la sucesión de su pareja. De ser así, el requisito sería contrario a la ley 54 de 1990, ya que éste se aplica para la declaración de la sociedad patrimonial, esto es, el régimen económico de la unión. El segundo vacío es sobre la cantidad de tiempo que deben cohabitar los compañeros permanentes para adquirir el derecho a heredar, si son dos años o si basta un tiempo de convivencia menor.

4. Pensión de Sobreviviente.

Cabe recordar que la sentencia C-1035 de 2008 modificó las normas de la pensión de sobreviviente y estipuló que el compañero permanente puede reclamarla si prueba la convivencia con el causante durante cinco años antes del fallecimiento. Sin embargo, en pronunciamientos

posteriores, la Corte Suprema de Justicia ha limitado este requisito para otorgarle la pensión al compañero permanente en dos sentidos:

a. Sin demostrar la cohabitación: La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha concedido en algunas ocasiones la pensión de sobreviviente sin exigir que el compañero permanente haya convivido con el causante. En esta línea jurisprudencial, la Corte comenzó a considerar que se puede hacer el reconocimiento bajo los siguientes supuestos:

Es cierto que la jurisprudencia en casos excepcionalísimos ha eximido del requisito de la cohabitación, pero siempre y cuando el concepto de pareja, con vocación verdadera de conformar una familia y proyecto de vida común en los términos del artículo 42 superior, subsista. (Corte Suprema de Justicia, M.P. Jorge Mauricio Burgos, 2011, Exp. 42792)

b. La cohabitación puede ser en cualquier tiempo: La misma sala de la Corte Suprema de Justicia al analizar el artículo 13 de la Ley 797 del 2003 consideró que no es necesario que el requisito de la convivencia con el causante se haya dado durante 5 años antes del fallecimiento. Consecuentemente, se puede reconocer el derecho cuando la pareja ha convivido en cualquier momento:

Sin embargo, debe la Corte precisar que, siendo la convivencia el fundamento esencial del derecho a la prestación, el cónyuge separado de hecho debe demostrar que hizo vida en común con el causante por lo menos durante cinco (5) años, en cualquier tiempo, pues de no entenderse así la norma, se restaría importancia al cimiento del derecho que, se insiste, es la comunidad de vida; al paso que se establecería una discriminación en el trato dado a los beneficiarios, sin ninguna razón objetiva que la justifique (...). (Corte Suprema de Justicia, M.P. Gustavo José Gnecco, 2011, Exp. 40055)

Es necesario reflexionar sobre lo que implica en la práctica la modulación de estos requisitos para que el compañero obtenga la pensión. Un primer problema evidente, y que se está dando en la práctica, es que se pueden otorgar pensiones a personas que, por medio de testimonios falsos, buscan demostrar la convivencia con el causante, generando así un derecho que no les corresponde. También valdría la pena considerar los efectos que tienen estos pronunciamientos en el financiamiento del Sistema General de Seguridad Social ya que al volver más flexibles los requisitos para obtener la prestación se vuelve insostenible el sistema.

Título III: Cuestiones por resolver y posibles soluciones

Capítulo I: Regulación de los vacíos jurídicos.

Teniendo en cuenta el análisis realizado a lo largo de este trabajo de grado, queda demostrado que los compañeros permanentes actualmente se encuentran en situaciones de inseguridad jurídica como consecuencia de los grandes vacíos legislativos y las confusiones que ha generado la regulación por vía jurisprudencial. Por esta razón, considero que la mejor manera de lograr una real protección para los convivientes, como forma de familia reconocida en la Constitución Política de 1991, es la promulgación de una ley que recopile y aclare los derechos y obligaciones que se han reconocido a la unión marital de hecho, y a la vez, que regule los aspectos que todavía no tienen una reglamentación clara. Es así como a continuación planteo algunos puntos relevantes que debe tener un proyecto de ley que busque regular la unión marital de hecho:

1. Aplicación de la ley en el tiempo.

Se debe tener una disposición clara sobre la vigencia de la ley y a la vez, determinar expresamente si aplica únicamente para las parejas de hecho a partir de su vigencia o si sus efectos también incluyen a los convivientes anteriores.

2. Frente al régimen personal.

a. Estado civil de compañeros permanentes: Se debe incluir una disposición normativa que haga el reconocimiento legal del estado civil de los compañeros permanentes, ya que esta competencia es del legislador. A su vez valdría la pena cuestionarse si sería posible la inclusión de una norma que determine como requisito para la declaración de la unión marital de hecho que los dos convivientes no tengan un vínculo marital anterior. De esta manera, se evitaría la situación que actualmente se presenta de la concurrencia de los dos estados civiles cuando uno de los compañeros se separa de hecho y a la vez inicia una unión marital. Esta disposición también permitiría que no se violaran las normas del estado civil que determinan que éste debe ser único e indivisible.

De igual forma, es necesario regular en qué libro se debe hacer el registro civil. Si bien, una posibilidad es que se determine que se debe registrar en el libro de Varios, sería más conveniente que se inscribiera en el libro de matrimonios, el cual tendría que cambiar de nombre y empezar a denominarse “Libro de Matrimonio y la Unión Marital de Hecho”.

Esta reglamentación debe tener efectos a futuro ya que no se pueden vulnerar los derechos de las parejas actuales que tiene un vínculo anterior y han sido protegidas desde la ley 54 de 1990.

b. Pensión de sobreviviente: Una ley de la unión marital de hecho debe regular de manera clara dos puntos frente a este derecho.

El primero de ellos es determinar cuáles son los requisitos para que el compañero permanente pueda obtener la pensión de sobreviviente, ya que la Corte Suprema de Justicia ha moldeado y le ha dado una nueva interpretación a los requisitos para obtener este derecho. Es así como se ha considerado que la cohabitación no es indispensable para el reconocimiento y eliminó el requisito de la convivencia durante los cinco años anteriores a la muerte del causante. Por medio de la ley se deben aclarar estos puntos y determinar requisitos claros que a la vez tengan en cuenta los efectos en el financiamiento del Sistema General de Seguridad Social.

El segundo punto que se debe aclarar es la manera en que se debe dividir la pensión de sobreviviente en caso de concurrencia entre cónyuge y compañero permanente. Actualmente existe mucha confusión sobre este asunto porque las Altas Cortes han establecido diferentes formas de repartir la pensión bajo este supuesto. Considero que la posición más conveniente en este caso es la adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia C-1035 de 2008, que establece que se debe dividir de manera proporcional según el tiempo de convivencia con el causante. Esta posición se fundamenta en que no se pueden desconocer los derechos adquiridos a los compañeros permanentes y el desarrollo que ha tenido esta figura en nuestro

ordenamiento jurídico, pero a la vez, no se puede excluir al cónyuge en el reconocimiento del derecho.

c. Porción conyugal y derechos sucesorales: Este es uno de los puntos que requiere mayor claridad ya que actualmente no hay pronunciamientos jurisprudenciales sobre esta figura. Creo que la ley debe regular especialmente qué sucede en caso de concurrencia entre cónyuge y compañero permanente. Pienso que la posición más apropiada es la regla de proporcionalidad de acuerdo al tiempo de convivencia con el fallecido, al igual que en la pensión de sobreviviente.

Adicionalmente, valdría la pena estipular que si hay concurrencia de varios compañeros permanentes también se aplica la división de manera proporcional o que no hay reconocimiento de los derechos cuando no se cumpla el requisito de singularidad consagrado en el artículo 1 de la Ley 54 de 1990. En todo caso, el reconocimiento de este derecho no puede afectar los derechos de los otros herederos, esto implica que los derechos reconocidos en principio al cónyuge son los que se deben dividir con el compañero permanente.

3. Frente al régimen de la sociedad patrimonial.

a. Sociedad patrimonial de hecho: Si bien la jurisprudencia ha reconocido que no pueden concurrir la sociedad patrimonial y la sociedad conyugal, considero que debe existir solo un tipo de sociedad patrimonial de carácter universal que surja como consecuencia de la relación de pareja. Una forma de evitar que las dos sociedades se den al mismo tiempo es que los compañeros permanentes tengan una sociedad conyugal en caso del cumplimiento de los

requisitos de dos años de convivencia y la disolución de la sociedad conyugal anterior. Por lo tanto, sería más completa la regulación del régimen patrimonial para los compañeros permanentes ya que su régimen jurídico consistiría en las mismas normas del Código Civil sobre la sociedad conyugal. Esta disposición debe ser a futuro ya que no puede modificar los derechos adquiridos para los convivientes que declararon la sociedad patrimonial bajo el régimen de la Ley 54 de 1990.

b. Capitulaciones maritales: Teniendo en cuenta la falta de claridad en la práctica frente a este tema es conveniente una disposición normativa que determine en qué momento los compañeros permanentes pueden celebrar estos convenios.

Mi posición es que se deberían pactar una vez iniciada la convivencia de la pareja pero antes del cumplimiento de los dos años, esto es, antes de la consolidación de la sociedad patrimonial. Esta postura se fundamenta en que al iniciar la convivencia sólo existe la expectativa de que surja la sociedad patrimonial; y, por lo tanto, se deben celebrar antes de su consolidación, que es lo más parecido al régimen establecido a lo dispuesto en normas del Código Civil sobre las capitulaciones matrimoniales que determinan que se deben realizar antes del matrimonio, que es cuando se constituye la sociedad conyugal.

4. Equiparación de los requisitos del régimen patrimonial.

Además de las propuestas mencionadas anteriormente, otra posible solución para completar la regulación de la unión marital de hecho sería determinar que los efectos personales y patrimoniales para los compañeros permanentes sólo inician cuando han convivido durante dos

años y a partir de ese momento, los convivientes podrían realizar una declaración que les permita adquirir los mismos derechos y obligaciones de los cónyuges. Si se llegara adoptar esta opción, también se debería incluir a los compañeros permanentes en el régimen jurídico actual del divorcio.

Por consiguiente, los convivientes que quieran seguir teniendo una “unión libre”, tendrían la opción de no realizar ninguna declaración y de esta manera se aceptaría la voluntad de quienes desean convivir con su pareja, sin generar un estado civil diferente y sin que su relación implique derechos y obligaciones análogas al matrimonio.

Capítulo II: Conclusiones.

Realizado el anterior análisis, surgen tres conclusiones relevantes que buscan recopilar los planteamientos realizados. La primera de éstas es que el desarrollo jurisprudencial de esta figura ha permitido que actualmente haya muchas confusiones frente al régimen jurídico de la unión marital de hecho, ya que se han presentado varias modificaciones a la figura desde su concepción inicial en la Ley 54 de 1990, y a la vez se han regulado los vacíos jurídicos de la ley por medio de sentencias.

Otro de los inconvenientes frente al desarrollo jurisprudencial es que las Cortes se han atribuido competencias legislativas, tales como la regulación del estado civil de los compañeros permanentes, los derechos hereditarios y el reconocimiento de beneficios en Seguridad Social sin tener en cuenta las implicaciones prácticas y financieras que pueden tener dichos reconocimientos. También vale la pena resaltar que este desarrollo ha presentado posiciones

contradictorias entre los pronunciamientos de las Altas Cortes, y entre los propios antecedentes jurisprudenciales de la misma Corporación, generando inseguridad y poca claridad frente al régimen jurídico de los compañeros permanentes.

Una segunda conclusión es que la única manera de tener un verdadero reconocimiento para las parejas de hecho y lograr su igualdad como forma de familia es por medio de una ley completa e integral que contenga varios de los puntos que todavía generan controversia y que, a la vez, regule los vacíos jurídicos que se siguen presentando. Si bien es claro y se reconoce que es difícil tener una ley que logre regular todas las situaciones que se puedan presentar en la práctica, considero que hace falta una regulación más completa, lo cual a la vez limitaría la reglamentación por vía jurisprudencial.

Por último, vale la pena reflexionar sobre esta nueva forma o modelo de familia que ha adquirido tanta importancia en nuestra sociedad. Por una parte, valdría la pena cuestionar si el desarrollo jurisprudencial y legislativo frente a las parejas de hecho implica la creación de una nueva forma de matrimonio, que se aleja de la concepción inicial de un vínculo de hecho o “libre” que buscaban tener las parejas que decidían simplemente convivir sin celebrar el contrato del matrimonio.

También es importante reflexionar si la manera en que se ha moldeado la figura, permite distinguir las diversas formas de familia. Como se demostró en este trabajo de grado, actualmente no son claras las disimilitudes entre el matrimonio y unión marital, lo que ha conducido a que se terminen asemejando y sean muy similares, casi idénticos, los dos vínculos de pareja. Pero a la

vez, con la flexibilización de los requisitos y de sus rasgos esenciales surge la duda de cómo se diferencia de una relación de pareja pasajera.

De esta forma, la inseguridad jurídica sobre la figura ha permitido que actualmente muchas personas se aprovechen y abusen de ésta para obtener beneficios y el reconocimiento de derechos que no corresponden a la finalidad inicial que tenía su regulación, consistente en la protección de las mujeres y de los hijos en una unión de hecho.

Referencias.

Constitución.

Colombia (2016), Constitución Política, Bogotá, Legis.

Códigos.

Colombia (1887), Código Civil, Bogotá, Legis.

Colombia (2012), Código General del Proceso, Bogotá, Legis.

Leyes.

Colombia, Congreso Nacional de la República (1887, 27 de agosto), “Ley 153 del 15 de agosto de 1887, por medio de la cual se adiciona y reforma, los códigos nacionales”, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887, en *Diario Oficial*, núm. 7151 y 7152, 28 de agosto de 1887, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (1990, 30 de diciembre), “Ley 54 del 28 de diciembre de 1990, por medio de la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes”, en *Diario Oficial*, núm. 39615, 31 de diciembre de 1990, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (1993, 22 de diciembre), “Ley 100 del 23 de diciembre de 1993, por medio de la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, en *Diario Oficial*, núm. 41.148, 23 de diciembre de 1993, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (1996, 17 de enero), “Ley 258 del 18 de enero de 1996, por medio de la cual se establece la afectación a vivienda familiar y se dictan otras disposiciones”, en *Diario Oficial*, núm. 42.692, 18 de enero de 1996, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (2003, 28 de enero), “Ley 797 del 29 de enero de 2003, por medio de la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales Exceptuados y Especiales”, en *Diario Oficial*, núm. 45.079, 29 de enero de 2003, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (2005, 7 de julio), “Ley 962 del 8 de julio de 2005, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos”, en *Diario Oficial*, núm. 45.963, 8 de julio de 2005, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (2005, 26 de julio), “Ley 979 del 26 de julio de 2005, por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 54 de 1990 y se establecen unos mecanismos ágiles para demostrar la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales entre compañeros permanentes”, en *Diario Oficial*, núm. 45982, 27 de julio de 2015, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (2006, 25 de julio), “Ley 1060 del 26 de julio de 2006, por medio de la cual se modifican las normas que regulan la impugnación de la paternidad y la maternidad”, en *Diario Oficial*, núm. 46341, 26 de julio de 2006, Bogotá.

Colombia, Congreso Nacional de la República (2006, 7 de noviembre), “Ley 1098 del 8 de noviembre de 2006, por medio de la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”, en *Diario Oficial*, núm. 46.446, 8 de noviembre de 2006, Bogotá.

Decretos.

Colombia, Presidente de la República, (1970, 4 de agosto), “Decreto número 1260 del 27 de julio de 1970, por el cual se expide el Estatuto del Registro del Estado Civil de las personas”, en Diario Oficial, núm. 33.118, 5 de agosto de 1970, Bogotá.

Colombia, Ministerio de Justicia y del Derecho, (2015, 19 de agosto), “Decreto número 1664 del 20 de agosto de 2015, por el cual se adiciona y se derogan algunos artículos del Decreto número 1069 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho y se reglamentan los artículos 487 párrafo y 617 de la Ley 1564 de 2012”, en Diario Oficial, núm. 49610, 20 de agosto de 2015, Bogotá.

Jurisprudencia.

Corte Constitucional.

Colombia, Corte Constitucional (1994, abril), "Sentencia C-239" [en archivo digital], M.P. Arango Mejía, J., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1996, abril), "Sentencia C-174" [en archivo digital], M.P. Arango Mejía, J., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1996, noviembre), “Sentencia C-595” [en archivo digital], M.P. Arango Mejía, J., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1998, febrero), "Sentencia C-014" [en archivo digital], M.P. Cifuentes Muñoz, E., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (1999, julio), “Sentencia C-477”, [en archivo digital], M.P. Gaviria Díaz, C., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2000, mayo), "Sentencia C-533" [en archivo digital], M.P. Naranjo Mesa, V., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2002, noviembre), "Sentencia C-1033" [en archivo digital], M.P. Córdoba Triviño, J., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2004, enero), "Sentencia C-016" [en archivo digital], M.P. Tafur Galvis, A., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2005, agosto), "Sentencia C-821" [en archivo digital], M.P. Escobar Gil, R., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2007, febrero), "Sentencia C-075" [en archivo digital], M.P. Cifuentes, Muñoz, E., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2007, julio), "Sentencia C-521" [en archivo digital], M.P. Vargas Hernández, C. I., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2008, abril), "Sentencia C-1035" [en archivo digital], M.P.: Córdoba Triviño, J., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2009, enero), "Sentencia C-029" [en archivo digital], M.P. Escobar Gil, R., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2011, abril), "Sentencia C-283" [en archivo digital], M.P. Pretelt Chaljub, J I., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2012, abril), "Sentencia C-238" [en archivo digital], M.P. Mendoza Martelo, G.E, Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2013, octubre), "Sentencia C-700" [en archivo digital], M.P. Rojas Ríos, A., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2014, mayo), "Sentencia C-278" [en archivo digital], M.P. Gonzales, M., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2015, noviembre), "Sentencia C-683" [en archivo digital], M.P. Palacio, J. I., Bogotá.

Colombia, Corte Constitucional (2016, abril), "Sentencia C-193" [en archivo digital], M.P. Vargas Silva, L. E., Bogotá.

Corte Suprema de Justicia.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 20 de septiembre de 2000, (Exp. 6117), [en archivo digital], M.P.: Trejos Bueno, S.F., Bogotá.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 10 de septiembre de 2003, (Exp. 7603), [en archivo digital], M.P.: Ardila Velásquez, M I., Bogotá.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 28 de octubre de 2005, (Exp. 00591), [en archivo digital], M.P.: Jaramillo, C. I., Bogotá.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 4 de septiembre de 2006, (Exp. 00696), [en archivo digital], M.P.: Villamil, Portilla, E., Bogotá.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Auto No. 125 de 2008, [en archivo digital], Arrubla, J, A, Bogotá.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 24 de febrero de 2011, (Exp. 00084), [en archivo digital], M.P. William Namén, V., Bogotá.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia del 22 de noviembre de 2011, (Exp. 42792), [en archivo digital], M.P. Burgos Ruiz, J.M., Bogotá.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia del 29 de noviembre de 2011, (Exp. 40055), [en archivo digital], M.P. Gnecco Mendoza, G.J, Bogotá.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 6 de febrero de 2014, (Exp. 00153), [en archivo digital], M.P. Gutiérrez Giraldo, F., Bogotá.

Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 24 de octubre de 2016, (Exp. 00069), [en archivo digital], M.P. Tolosa Villabona, L.A., Bogotá.

Doctrina.

Abel Torrado, H. (2016), Unión marital de hecho –De la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes-, Bogotá, Sergio Arboleda.

Alarcón Palacio, Y. (2014), “Reconocimiento por vía de interpretación constitucional de los derechos sucesorios del conviviente supérstite en Colombia” [en línea], disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4766554>, recuperado: 20 de septiembre de 2016.

Arenas Monsalve, G. (2012), El derecho colombiano de la seguridad social, Bogotá, Legis.

Badillo Abril, F. (2017, 22 de marzo), “La unión marital de hecho y sus efectos en el Código General del Proceso y recientes fallos de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia” [videoconferencia], en <http://www.icdp.org.co/actividades/todosLosForosICDP.html>.

Ballesteros Beltrán, J. (1999, julio-diciembre), “La unión libre o marital: ¿hacia un verdadero matrimonio?”, en Revista de Derecho Privado [en línea], núm. 4, disponible en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/663/626>, recuperado: 25 de febrero de 2017.

Blanco Rodríguez, J. y Chaux Rojas, D.F. (2013, enero-junio), “La celebración de capitulaciones en la unión marital de hecho”, en Revista Vniversitas [en línea], vol. 62, núm. 126, disponible en: <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/6121/4919>, recuperado: 15 de septiembre de 2016.

Gallón Giraldo, C. (2008), “Las formas familiares en medio del debate entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional”, en Espinoza, B., y Escobar, L.M., (edits.),

Neoconstitucionalismo y derecho privado el debate, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana Biblioteca Jurídica Diké, p. 413 a 448.

Gutiérrez Sarmiento, C.E. (2001, enero- junio), “La unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales”, en *Revista de Derecho Privado* [en línea], núm. 7, disponible en <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/646/610>, recuperado: 20 de enero de 2017.

Parra Benítez, J y Montoya Pérez, G. (1998, 6 de agosto), “Sociedad conyugal y sociedad patrimonial”, [en línea], en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5617399.pdf>

Pérez Estupiñán, M.I., Guevara Vargas, W. y Ariza García, J.A. (2013, enero- junio), “La unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales”, en *Revista Dixi* [en línea], volumen 15, núm. 17, disponible en: <https://revistas.ucc.edu.co/index.php/di/article/download/642/620>, recuperado: 8 de septiembre de 2016.

Velásquez Jaramillo, L.G. (2010), *Bienes*, Bogotá, Temis.