

Unión Marital de Hecho

Consulta No. 3675 de 09 de septiembre de 2009

Consulta

1. ¿Cuáles son los requisitos exigidos por la ley para que un notario pueda elevar escritura pública declarando la unión marital de hecho?
2. Puede una persona colombiana, que vive de manera permanente en Francia, desde el año 2004, constituir unión marital de hecho ante notario del Círculo de Bogotá declarando convivencia desde el año 2002, cuando su presunto compañero ha vivido de manera permanente en Colombia? ¿Cuál es el sustento legal en caso afirmativo o negativo?
3. Si una persona que vive en el extranjero ¿puede otorgar poder a su presunto compañero permanente, quien vive en Colombia, para que éste constituya unión marital de hecho ante notario del Círculo de Bogotá? ¿Cuál es el sustento legal en caso afirmativo o negativo?

Marco Jurídico

- . Ley 54 de 1990
- . Ley 979 de 2005

Consideraciones de la Oficina Asesora Jurídica

Sobre el particular, inicialmente es importante precisar, que los conceptos emitidos por esta Oficina Asesora Jurídica se ciñen a los parámetros establecidos por el inciso tercero, artículo 25 del Decreto 01 de 1984 - Código Contencioso Administrativo -, esto es, no comprometen la responsabilidad de esta Superintendencia, ni son de obligatorio acatamiento o ejecución por los registradores de instrumentos públicos y/o notarios del país. Aquellos, simplemente reflejan el criterio que sobre una materia en particular pueda tener esta entidad y se profieren en desarrollo de las funciones asignadas por el Decreto 412 de 2007.

Antes de entrar a responder, vemos la necesidad de efectuar algunas aclaraciones respecto a la función notarial en tratándose del otorgamiento y autorización de escrituras públicas.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 6° y 21° del Decreto Ley 960 de 1970 y 3° del Decreto Reglamentario 2148 de 1983, el notario debe velar por la legalidad de las declaraciones que ante él se emitan y queden consignadas en los instrumentos públicos, negando su autorización únicamente en el caso de que advierta en el acto o negocio jurídico a celebrar la existencia de nulidad absoluta o por estar clara y expresamente prohibido por la ley. De las demás irregularidades advertirá a las partes y, si ellas insisten en la autorización, el notario dejará constancia de lo ocurrido en el instrumento.

El artículo 13 del Decreto Ley en mención señala: “La escritura pública es el instrumento que contiene declaraciones en actos jurídicos, emitidas ante el notario, con los requisitos previstos en la ley y que se incorpora al protocolo. El proceso de su perfeccionamiento consta de la recepción, la extensión, el otorgamiento y la autorización”.

De otra parte, el artículo 9° *ibídem*, dispone: “Los notarios responden de la regularidad formal de los instrumentos que autorizan, *pero no de la veracidad de las declaraciones de los interesados*; tampoco responden de la capacidad o aptitud legal de estos para celebrar el acto o contrato respectivo“. (negrilla fuera de texto).

La forma externa que debe revestir todo negocio jurídico formal es la escritura pública y su elaboración requiere de un proceso, que en orden cronológico el primero es el de la *Rogación*, o requerimiento que deben hacer las partes al notario para obtener de éste la prestación de sus servicios.

Luego procede el de la *Recepción*, que consiste en percibir las declaraciones que hacen ante el notario los interesados; la *Extensión*, que es la versión escrita de lo declarado; el *Otorgamiento*, entendido como el asentimiento expreso que aquellos prestan al instrumento extendido, y la *Autorización*, consistente en la fe que imprime el notario a éste, en vista que se han llenado los requisitos pertinentes, y de que las declaraciones han sido realmente emitidas por los interesados.

La actividad notarial tiene como función, la de “dar fe pública notarial“ siendo un servicio público que presta el

notario como delegatario del Estado a fin de que cumpla esta gestión privada.

El artículo 3° del Decreto 2148 de 1983, expresa: “El notario no autorizará el instrumento cuando llegue a la conclusión de que el acto que contiene sería nulo por incapacidad absoluta de alguno de los otorgantes o por estar clara y expresamente prohibido en la ley.

De los demás vicios que afecten el acto objeto del contrato advertirá a los comparecientes y si éstos insistieren lo autorizará, dejando constancia de ello en el instrumento.”

A su turno el artículo 2°, *ibidem*, señala que el notario ejercerá sus funciones a solicitud de los interesados, quienes tienen el derecho de elegirlo libremente, salvo lo estipulado para el reparto.

De conformidad con las normas transcritas, el notario presta su servicio a quien lo solicite, salvo que el acto esté expresamente prohibido por la ley o cuando sea de aquellos que degeneren en nulidad absoluta.

De otra parte, el artículo 37 del Decreto Ley 960 de 1970 establece: “Extendida la escritura será leída en su totalidad por el notario, o por los otorgantes, o por la persona designada por éstos, quienes podrán aclarar, modificar o corregir lo que les pareciere *y al estar conformes, expresarán su asentimiento*. De lo ocurrido se dejará testimonio escrito en el propio instrumento *y la firma de los otorgantes demuestra su aprobación*.” (Resaltado nuestro).

Y el artículo 40, *ibidem*, señala: “El notario autorizará el instrumento una vez cumplidos todos los requisitos formales del caso, y presentados los comprobantes pertinentes, suscribiéndolo con firma autógrafa en último lugar.”

Según el inciso primero del artículo 42 de la Constitución, “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”.

Esta norma consagra inequívocamente dos formas de constituir una familia: *por vínculos naturales o por vínculos jurídicos*. La primera forma corresponde a “la voluntad responsable de conformarla”. Aquí no hay un vínculo jurídico en el establecimiento de una familia. La segunda corresponde a “la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio”: aquí el vínculo jurídico es el contrato de matrimonio.

Por lo anterior, bien puede hablarse de familia legítima para referirse a la originada en el matrimonio, en el vínculo jurídico; y de familia natural para referirse a la que se establece solamente por vínculos naturales.

Esta clasificación no implica discriminación alguna: significa únicamente que la propia Constitución ha reconocido el diverso origen que puede tener la familia. Obsérvese que los incisos segundo, tercero, cuarto y quinto del mismo artículo 42 de la Constitución, se refieren a la familia, a su protección, a sus prerrogativas, a las relaciones entre sus miembros, sin establecer distinción alguna por razón de su origen, (jurídico o natural).

La jurisprudencia constitucional si bien ha diferenciado la institución del matrimonio de la unión marital de hecho, sin equiparar los efectos de una y otra¹, no obstante, a partir del reconocimiento de esa diferencia ha amparado en este campo el derecho a la igualdad de las personas que en uno u otro caso, conforme lo permite la Constitución, han constituido una familia.

El artículo 1º de Ley 54 de 1990 expresa: A partir de la vigencia de la presente ley y para todos los efectos civiles, se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho”.

Se denomina unión marital de hecho la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular.

Se denominan compañero y compañera permanente al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho.

¹ Al respecto ha dicho la Corte que: “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.” Ver, entre otras las sentencias C-239/94 M.P. Jorge Arango Mejía, C-114/96 M.P. Jorge Arango Mejía y C-533/00 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

La Sala Plena de la Honorable Corte Constitucional, profirió la sentencia C-075 de siete (07) de febrero de dos mil siete (2007), mediante la cual declaró la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales.

El artículo 4° de la Ley 979 de 2005, expresa: “La existencia de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes, se declarará por cualquiera de los siguientes mecanismos:

1. *Por escritura pública ante Notario por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes.*
2. Por acta de conciliación suscrita por los compañeros permanentes, en centro legalmente constituido.
3. Por sentencia judicial, mediante los medios ordinarios de prueba consagrados en el Código de Procedimiento Civil, con conocimiento de los Jueces de Familia de Primera Instancia”. (Resaltado fuera de texto).

La declaración de la unión marital de hecho, por escritura pública, *es la manifestación que hacen los compañeros permanentes ante el notario* de que es su voluntad y que existe mutuo consentimiento en declarar la existencia de dicha unión.

En esta manifiestan su voluntad libre y espontánea de haberse unido o de unirse, sin matrimonio, con el fin de hacer vida en común.

En la escritura pública deberán manifestar que hacen vida en común por un tiempo no inferior a dos años y que entre ellos no existe impedimento legal para contraer matrimonio. (Debemos recordar que el notario no responde por la veracidad de las declaraciones, artículo 9° del Decreto ley 960 de 1970).

El procedimiento a seguir por parte de los notarios para autorizar las escrituras públicas contentivas de declaración de la unión marital de hecho, es el exigido para cualquier escritura, en estos casos, el notario debe exigir el documento idóneo de identificación de los otorgantes y si así lo desean, para mayor control, los registros civiles de nacimiento de los mismos, con el fin de verificar si existe nota marginal de matrimonio y, de existir, si las sociedades conyugales han sido disueltas y liquidadas.

Como la ley no dijo nada respecto a los documentos que debe exigir el notario, como son los registros civiles de nacimiento de los declarantes de la unión marital de hecho, si no se protocolizan con la respectiva escritura, esto no la vicia de nulidad, toda vez, que el notario no puede exigir más documentos que los que la misma ley señala.

En esta misma escritura, los otorgantes pueden declarar la unión patrimonial de hecho, siempre y cuando acrediten los presupuestos señalados por los literales a y b del artículo 1° de la Ley 979 de 2005.

Los notarios, como agentes conciliadores, pueden conciliar en materia de declaratoria de unión marital de hecho. La diferencia entre declaratoria de la unión marital de hecho por escritura pública ó por acta de conciliación es que para

que se pueda hacer por escritura pública, debe haber mutuo consentimiento, la declaratoria debe ser libre y espontánea; en cambio si se hace por acta de conciliación, se supone que en un principio no existe mutuo consentimiento, por cuanto existe un conflicto que se dirime en la audiencia conciliatoria, o en su defecto se acude a la vía judicial.

El acta de conciliación hace tránsito a cosa juzgada, la escritura pública es válida y se presume auténtica, mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad.

Si una persona no vive con su “compañero permanente”, bien porque una vive en el exterior y la otra en Colombia, no se puede predicar que existe una unión marital de hecho, toda vez que no viven en unión permanente, requisito éste indispensable.

Respecto a la normatividad solicitada, ésta se encuentra en las leyes citadas, y en el Código Civil.