

Bogotá, D.C. 16 de julio de 2013
OAJ – 1857

SNR2013EE019415

Doctora
PAOLA CAROLINA PINZÓN GARAVITO
Oficial Mayor
Centro de Servicios Judiciales de CONVIDA
Calle 16 No. 7 – 39 Edificio CONVIDA
Ciudad

E-mail juzgado30garantiaspaloquemado@hotmail.com

Asunto: ACCIÓN DE TUTELA
Radicación No. 2013-00076
Accionante: LISDEY VALERIEN SALAZAR MOLINA
Accionado: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COLSUBSIDIO

Oficial Mayor Paola Carolina:

Con oficio No. 000673 de fecha 15 de julio del año en curso, radicado en esta entidad con ER 033653 del 16 del mismo mes y año, a las 12:54 pm, informa que mediante auto del 10 de julio de 2013, el Juzgado 30 Penal Municipal, ordenó oficiar a esta entidad con el fin de solicitar concepto en el término de dos días hábiles, respecto de lo peticionado por Lisdey Valerien Salazar Molina, en escrito de tutela del asunto descrito.

"El accionante vive en unión marital de hecho con el señor Carlos Julio Molina Pérez, desde hace más de ocho años. La unión Marital de Hecho, fue reconocida ante Notario mediante declaración extraproceso.

La Caja de Compensación Familiar Colsubsidio, le exige una escritura pública para efecto de acreditar la Unión Marital, exigiendo un requisito adicional para acceder al subsidio de vivienda y poniendo en evidencia la discriminación por su condición sexual de transgenerista."

Al respecto le comunico:

Hoja No. 2
Tutela 2013-00076

Sobre el particular, inicialmente es importante precisar, que los conceptos emitidos por esta Oficina Asesora Jurídica, se ciñen a los parámetros establecidos por el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, 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 2163 de 2011.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 6º y 21º del decreto ley 960 de 1970 y 3º 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.

A su turno el artículo 13 del decreto Ley 960 de 1970, 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”. (negrilla fuera de texto)

De otra parte, el artículo 9º 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 “. (subrayo).

El artículo 3º. 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 2º. 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.

El artículo 113 del Código Civil, señala: " El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente ". (subrayo)

El decreto 2668 de 1988, autoriza la celebración de matrimonio civil ante Notario y el artículo 5º, dispone: " Vencido el término de que trata el artículo anterior, desfijado el edicto y agregado a la solicitud, se procederá al otorgamiento y autorización de la escritura pública, con la cual quedará perfeccionado el matrimonio" (negrilla fuera de texto).

Un contrato es un convenio o acuerdo mutuo de consentimiento concorde y recíproco que tienen como consecuencia la creación de un vínculo obligatorio con fuerza de ley entre las partes contratantes.

El artículo 243 del Código General del Proceso. Expresa: " DISTINTAS CLASES DE DOCUMENTOS. Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares.

Los documentos son públicos o privados.

Documento público es el otorgado por funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es otorgado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública.

Documento privado es el que no reúne los requisitos para ser documentos público".

El inciso primero del artículo 42 de la Constitución, expresa: "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).

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.

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 4º 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”. (negrilla 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.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al respecto ha manifestado:

Sentencia T-716 del 22 de septiembre de 2011 (Publicada Abril de 2012) ; Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva; Actor: Pedro contra el Instituto de Seguros Sociales, y por Luisa contra la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal, en liquidación., expresó:

“NO SE REQUIERE DE LA DECLARACIÓN NOTARIAL COMO PAREJA DEL MISMO GÉNERO PARA ACCEDER A LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Uno de los aspectos que justifica, e incluso ordena, que el legislador disponga el instituto de la pensión de sobrevivientes, es la necesidad de garantizar en términos materiales la subsistencia de la familia, cuando se está ante la súbita ausencia de quien prodigaba los ingresos económicos que sustentaban su mínimo vital. Estas relaciones de dependencia son predicables de toda modalidad de vínculo familiar, al margen de su identidad u orientación de género, e incluso de la presencia o no de una pareja. Por ende, carece de sentido que se impongan restricciones o barreras de acceso por dichos motivos, como negar la pensión de sobrevivientes bajo el único argumento del incumplimiento del requisito de formalización de la pareja mediante declaración notarial para acceder a ésta prestación...”

Hoja No. 6
Tutela 2013-00076

Y como la anterior sentencia, existen muchas más, tales como T- 051 de 2010, T-592 de 2010 y T-860/11

Por lo anterior, las parejas homosexuales tienen el mismo derecho que las parejas heterosexuales, compañera o compañero permanente, para el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, para la prestación de seguridad social

En sentencia del 28 de abril de 2011, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ, Radicación número: 19001-23-31-000-2010-00237-01(AC), expresó:

"De conformidad con la última norma, existen unos medios de convicción precisos para probar la existencia de la unión marital y sus efectos patrimoniales, dentro de los cuales se incluyó la sentencia judicial, que para el caso de autos se convierte en el único teniendo en cuenta solamente la refenda disposición, debido a que el compañero de la actora falleció, por lo que no es posible declarar la existencia de dicha unión marital mediante escritura pública o acta de conciliación, ya que se requiere el consentimiento de los dos compañeros permanentes.

Sobre el particular, como quiera que el ordenamiento establece unas calidades para hacerse beneficiario de la pensión de sobrevivientes, resulta indispensable acreditarlas para acceder a ésta, por lo que el interesado está en la obligación de probar el cumplimiento de los requisitos legales y es procedente que la administración los verifique, no obstante, la exigencia de presentar una sentencia judicial como único medio de acreditación no es una medida válida.

Lo anterior, por cuanto se considera que la norma aducida por la Dirección de Veteranos y Bienestar Sectorial del Ministerio de Defensa para condicionar la entrega del porcentaje de la pensión debatida, es decir, el artículo 2º de la Ley 979 de 2005, no es aplicable para efectos de determinar si la accionante es beneficiaria de la pensión de sobreviviente con ocasión al fallecimiento de su compañero permanente por razones del servicio, en tanto se restringe a regular la existencia y formación de la sociedad patrimonial.

En el mismo sentido, se pronunció la Corte Constitucional al momento de analizar la constitucionalidad de la referida ley en la sentencia C-075 de 2007 al indicar:

"No puede perdarse de vista que el objeto de la ley es atender a la disposición del patrimonio conformado durante el tiempo de cohabitación en los eventos en los que la misma termine por cualquier causa. En ese contexto, al régimen legal tiene dos manifestaciones centrales: Por un lado, se establece la presunción sobre la existencia de una sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, y por otro, aunque concebida desde una perspectiva probatoria, se contempla la posibilidad que tienen los integrantes de la pareja, a partir de la convivencia mantenida por un periodo de al menos dos años, de acceder voluntariamente a ese régimen mediante declaración ante notario o en el escenario de una conciliación."
(Subrayado fuera de texto).

Hoja No. 7
Tutela 2013-00076

Aunado a lo anterior, se observa que durante el trámite de aprobación del mencionado cuerpo normativo en el Congreso de la República, se estableció claramente su ámbito de aplicación:

En ese orden de ideas, se debe acudir a esa disposición cuando lo pretendido es el reconocimiento de los efectos patrimoniales de la unión ante los Jueces Civiles y de Familia, esto es, acreditarla a fin de que se declare la existencia de una sociedad patrimonial, lo que genera derechos para ambos compañeros sobre los bienes adquiridos, o incluso para ser llamado a una sucesión con ocasión de la muerte de uno de ellos.

A diferencia del anterior escenario, que se encuentra en la esfera del Derecho de Familia y de Sucesiones, en el presente caso, lo requerido por la tutelante es una prestación social consistente en una pensión, una de las prerrogativas otorgadas por el Derecho de la Seguridad Social a favor de las personas que dependían económicamente de otra que fallece, situación que tiene una regulación especial que no exige solemnidades probatorias, como se expuso previamente.

Consecuentemente con lo anterior, para la Sala resulta desproporcionado que la administración le imponga al particular un tarifa legal a la hora de acreditar un hecho en sede administrativa, cuando la normatividad y la jurisprudencia le han dado plena validez a los medios de convicción ordinarios a fin de acreditar la calidad de compañero permanente para efectos de obtener el reconocimiento de la pensión de sobreviviente.

Cordialmente,

Marcos Jaher Parra Oviedo
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Gladys E. Vargas B
16-07-13