

LA SOCIEDAD CONYUGAL EN LOS CONCUBINATOS

OLGA ISABEL BIVANQUE VILLADIEGO

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

SIMON BOLIVAR

ENERO 1993

131

DR #0130



TABLA DE CONTENIDO

	pág.
o. INTRODUCCION	1
0.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	3
0.2. IMPORTANCIA Y JUSTIFICACION DE LA INVESTIGACION	5
0.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION	5
0.3.1. Objetivo General	5
0.3.2. Objetivos Específicos	5
0.4. DELIMITACIONES DE LA INVESTIGACION	6
0.4.1. Delimitación Temporal	6
0.4.2. Delimitación Especial	6
0.5. METODOLOGIA	6
0.5.1. Método y Tipo de Estudio	6
0.5.2. Técnicas Utilizadas	7
0.6. MARCO TEORICO	7
0.7. MARCO CONCEPTUAL	10
0.8. HIPOTESIS	11
0.8.1. Hipótesis General	11
0.8.2. Hipótesis Específica	11
1. UNION DE HECHO O CUNCUBINATO	12
1.1. ANTECEDENTES HISTORICOS EN EL MUNDO	13

	pág.
1.2. EVOLUCION EN COLOMBIA	16
2. UNION MARITAL DE HECHO	21
2.1. CARACTERISTICAS Y NATURALEZA JURIDICA	22
3. ELEMENTOS Y REQUISITOS DE FONDO DE LA UNION MARITAL DE HECHO	25
3.1. IDONEIDAD MARITAL DE LOS SUJETOS	25
3.1.1. Heterosecualidad Idónea	25
3.1.1.1. Dualidad Humana y Diferenciación de Sexos.	26
3.1.1.2. Capacidad Sexual	26
3.1.2. Legitimación Marital	28
3.1.2.1. Libertad Marital	29
3.1.2.2. Inexistencia Matrimonial Eficaz	32
3.2. IDONEIDAD OBJETIVA DE LA UNION MARITAL DE HECHO	34
3.2.1. Consentimiento Marital	35
3.2.2. Comunidad Marital	38
3.2.3. Causa Marital	41
3.3. EFECTOS DE LA UNION MARITAL	43
3.3.1. Efectos personales entre compañeros	43
3.3.1.1. Vínculo Marital	44
3.3.1.2. Estado de Compañero	46
3.3.1.3. Relaciones Familiares	49
3.3.1.4. Apellidos de Compañeros	49
3.3.1.5. Deberes, Derechos y Responsabilidades	50
4. REGIMEN ECONOMICO DE LA UNION MARITAL DE HECHO	51
4.1. CONSTITUCION DE LA SOCIEDAD DE BIENES	54

4.2. VIGENCIA Y DISOLUCION DE LA SOCIEDAD
PATRIMONIAL

61

CONCLUSIONES

64

BIBLIOGRAFIA

66

0. INTRODUCCION

De tiempo atrás cuando el hombre y la mujer deciden unir se lo hacen sin ninguna formalidad, viven juntos, tienen hijos y se prodigan ayuda, tanto moral como económica, es su estado natural.

La misma evolución social fué exigiendo la creación de normas que requieran el desarrollo de la comunidad, es así como van surgiendo los diferentes ritos, solemnidades, formas y requisitos según las costumbres de cada pueblo para celebrar la unión de un hombre y una mujer. Pero, aún con eso lo más elemental es que una mujer y un hombre decidan vivir juntos teniendo en cuenta solamente su voluntad y deseo.

En el comienzo las legislaciones no reconocían a esa unión ningún respaldo jurídico; aunque sus consecuencias han venido venciendo los convencionalismos sociales y religiosos, el desarrollo normativo ha sido lento y discriminatorio.

La legislación colombiana que en un principio hacia caso omiso de la existencia de la familia originada en la unión de una mujer y un hombre sin formalidades, ha progresado hasta llegar a reconocer constitucionalmente su formación partiendo de la unión de hecho; el reconocimiento de derechos y obligaciones de y hacia los hijos de esa unión, en igualdad de condiciones que los tenidos dentro del matrimonio. Se ha llegado a establecer por medio de la Ley 54 de 1990 la presunción de existencia de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, previo el lleno de ciertos requisitos señalados por la misma norma.

0.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Con anterioridad a la Ley 54 de 1990 no se reconocía ningún efecto jurídico y económico a la unión de hecho entre un hombre y una mujer. y es sabido que la celebración del matrimonio civil o canónico ha dado origen a la llamada sociedad conyugal desde el principio de su institución.

Pero resulta que cuando un hombre y una mujer se unen de hecho o matrimonialmente formal una pareja, que se entiende, comparte los mismos intereses, y respecto a los bienes pueden traer a la unión los adquiridos con anterioridad a ésta y obtener más durante ella. Por tener un interés común crean un patrimonio social, no individual, no se mira quién hace el aporte y en qué proporción, sino que es de ambos.

Ocurre que la celebración del matrimonio conforma la sociedad conyugal, con la excepción de las capitulaciones matrimoniales; pero respecto a la unión de hecho la Ley sólo establece una presunción de existencia de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes. Previo el lleno

de ciertos requisitos se puede proceder a declararla judicialmente.

O sea, no es la convivencia permanente de los compañeros lo que hace nacer de pleno derecho la sociedad matrimonial, sino que es la declaratoria judicial la que reconoce dicha institución. La convivencia es un principio de derecho para su declaratoria.

Entonces, los efectos jurídicos y económicos de la unión de hecho con consecuentes de la presunción de una sociedad de bienes, o de su declaratoria judicial?.

Se encuentran en la actualidad la sociedad conyugal efecto del matrimonio, y la sociedad patrimonial efecto de la unión de hecho, en iguales condiciones jurídicas y sociales?.

Basta el reconocimiento constitucional de la familia originada en la unión de hecho y el reconocimiento de los efectos civiles de dicha unión por medio de una Ley, para considerarla con total respaldo jurídico del legislador colombiano?.

0.2. IMPORTANCIA Y JUSTIFICACION DE LA INVESTIGACION

Para el autor se justifica desarrollar el trabajo de investigación por el avance jurídico, dentro de la legislación colombiana, que representa la Ley 54 de 1990, al permitir la reglamentación de la unión marital de hecho con todos sus efectos civiles, después de haberle dado la espalda por mucho tiempo a una realidad social.

Por el gran número de parejas colombianas que viven en unión informal, es importante para el autor explicar los elementos básicos de la relación entre los compañeros permanentes y los bienes que conforman el patrimonio social, por representar una realidad parte de una cotidianidad.

0.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION

0.3.1. Objetivo General. - Analizar los alcances de carácter jurídico y económico que conlleva la Ley 54 de 1990, para la formación de la sociedad de bienes entre compañeros permanentes.

0.3.2. Objetivos Específicos:

- Describir y explicar cada uno de los requisitos exigidos por el legislador para la formación de la sociedad pa

rimonial.

- Diferenciar la conformación de la sociedad de bienes entre las uniones de hecho y las uniones de derecho.
- Establecer los efectos jurídicos y económicos para las personas y los bienes dentro de una sociedad patrimonial, y por su liquidación.

0.4. DELIMITACIONES DE LA INVESTIGACION

0.4.1. Delimitación Temporal. El trabajo de investigación tiene como objeto normativo la Ley 54, que comenzó a regir a partir de su promulgación el día 31 de Diciembre de 1990.

0.4.2. Delimitación Espacial. La norma citada hace parte de la legislación vigente en Colombia, dirigida a regir todo lo concerniente a los efectos civiles de la unión marital de hecho.

0.5. METODOLOGIA

0.5.1. Método y Tipo de Estudio. La investigación se llevará a cabo utilizando un método deductivo, en el que el autor describirá la realidad social preexistente y poste-

riormente procederá a analizar e interpretar la legislación vigente.

0.5.2. Técnicas Utilizadas. El desarrollo del trabajo de investigación se dará gracias a la utilización de las siguientes técnicas:

- Información bibliográfica.
- Información doctrinal.
- Información jurisprudencial.

0.6. MARCO TEORICO

La unión de hecho siempre ha estado presente en los estudios de Derecho de Familia, por ser una institución social, aunque en algunas legislaciones no es considerada como tal.

El tema de la unión marital de hecho debe tratarse con la misma trascendencia con que se toca el tema del matrimonio.

El tratadista Arturo Valencia Zea en su obra de Derecho de Familia dice:

Además de la familia legítima, cuya fuente única es el matrimonio, existe la familia natural que surge de la unión sin vínculo matrimonial, entre un hombre y una mujer que se comportan ante los demás como esposos, fenómeno que por demás es frecuente. Tanto en las uniones matrimoniales como en las que se forman al margen del matrimonio, suelen cumplirse unos mismos fines: procreación de hijos, sustentación de éstos, fidelidad de la mujer al hombre, obligación del marido de proveer a los gastos del hogar, etc (1).

Sobre los efectos que trae el vivir en condición de unión libre, SUAREZ FRANCO opina:

El concubinato, denominado también unión libre, "se opone al matrimonio del mismo modo que una situación de puro hecho se opone a una situación regulada por el derecho".

Qué partido debe tomar el legislador en presencia de ese estado de cosas: es decir, con relación a las personas que viven como si estuvieran casados, sin someterse no obstante a ninguna de las reglas del matrimonio? (2).

Es evidente que no puede ser el de la indiferencia, porque los efectos que se siguen al concubinato y las consecuencias que de él se derivan ofrecen amplia influencia en la vida de la sociedad.

... Pero estas uniones ilegítimas crean situaciones y producen efectos que no pueden ser ignorados por el derecho. Los hijos nacidos de tales uniones y los bienes logrados con el trabajo de los concubinarios son efectos que saltan a la vista.

¹ VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho de Familia.

² PLANIAL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado Teórico-Práctico de Derecho Civil, Tomo II, La Habana, Edit. Cultural S. A. 1946. p. 59. Citados por SUAREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. Tomo I. Bogotá; Editorial Temis, 1979. p. 215.

Los hijos nacidos de concubinato son ilegítimos y su reconocimiento implica la calidad de hijo natural.

El concubinato público y notorio es causal para declarar judicialmente la paternidad (3).

El tratadista Marco Gerardo Monroy Cabra conceptúa:

Para que exista unión marital de hecho se requiere que concurran los siguientes requisitos: a) - unión marital de un hombre y una mujer; b) que los citados hombres y mujeres no se encuentren casados; c) que hagan una comunidad de vida permanente y singular (4).

Y respecto a la importancia de la nueva legislación dice:

Dice luego no se trata de matrimonio ni de fomentar las relaciones extramatrimoniales, por cuanto se exige que los compañeros sean libres, o sea que no tengan impedimento para contraer matrimonio o que si lo tienen por lo menos hayan disuelto y liquidado sus respectivas sociedades conyugales, para evitar dificultades en la repartición de los bienes. Esta Ley sólo reguló los efectos civiles de la unión marital de hecho. En la legislación colombiana no es delito el concubinato o la unión marital de hecho. Además, se sigue la tendencia del derecho comparado de otorgarle efectos civiles a la unión marital de hecho, sin que ello signifique equiparla al matrimonio. (5).

³ Ibidem. p.216.

⁴ MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho de Familia y de Menores. Santafé de Bogotá; Librería Jurídica. Segunda Edición. Wilches.1991 . p.342.

⁵ Ibidem. p.345.

La Ley 54 de 1990 según Heliodoro Fierro Méndez coloca la sociedad conyugal paralelamente a la sociedad patrimonial:

..., que los cónyuges o compañeros según el caso, por el solo hecho de contraer el vínculo matrimonial o conformar la unión marital de hecho, con sus requisitos, se constituyen en socios copropietarios por partes iguales de una sociedad que la Ley denomina SOCIEDAD CONYUGAL O SOCIEDAD PATRIMONIAL. (6).

0.7. MARCO CONCEPTUAL

MATRIMONIO CIVIL: Contrato solemne para el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente (7).

UNION MARITAL DE HECHO: Unidad de habitación y lecho de un hombre y una mujer, en forma permanente y singular sin haber recurrido a ninguna formalidad o rito.

PRESUNCION: Conjeturar alguna cosa o circunstancia por ciertos indicios o señales.

⁶ FIERRO MENDEZ, Heliodoro. La Sociedad de Bienes en las Uniones de Hecho y de Derecho, Apuntes de Referencia, ECOE Ediciones, Santafé de Bogotá, 1991. p.10.

⁷ CODIGO CIVIL Y LEGISLACION COMPLEMENTARIA. Artículo 113. Bogotá; Legis Editores S.A. 1986.

COMPAÑERO PERMANENTE : Hombre y Mujer que conviven singular y permanentemente, sin estar unidos por vínculo matrimonial.

0.8. HIPOTESIS

0.8.1. Hipótesis General. Solamente la declaratoria judicial que reconoce, previo al lleno de ciertos requisitos, la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes causa efectos jurídicos y económicos.

0.8.2. Hipótesis Específicas. Con la entrada en vigencia de la Ley 54 de 1990 se elevó a la sociedad de bienes, con origen en la unión marital de hecho, a las mismas condiciones jurídicas y sociales de la sociedad conyugal, originada en la celebración del matrimonio.

La unión marital de hecho tiene total respaldo jurídico del legislador colombiano, con el reconocimiento constitucional a dicha familia y la regulación legal de sus efectos civiles.

1. UNION DE HECHO O CUNCUBINATO

La familia como unidad primaria de la sociedad puede tener su origen en el matrimonio o en la unión de hecho entre un hombre y una mujer, ésta última clase de unión fué la que en los comienzos de la organización social se dió, sin otro requisito que la voluntad de los dos sujetos para vivir juntos.

La unión de hecho entre un hombre y una mujer es tan antigua como la naturaleza sociable de éstos, pero ha ocurrido que con el correr de las épocas con la implantación de normas de comportamientos dominantes se ha revestido de requisitos y galas a la unión entre hombres y mujeres, con el fin de elevarla de categoría y darle status, hasta tal punto que la unión libre de requisitos llegó a quedar sin ningún valor jurídico y efecto. Imponiéndose así socialmente que la unión entre un hombre y una mujer sólo podía tener valor social, jurídico y efectos civiles y económicos si se celebraba bajo las condiciones y requisitos implantados como formas de denominación social por los diferentes estamentos dominantes del momento. Su denominación

despectiva de "concubinato" es clara prueba de la desconsideración social de la institución.

1.1. ANTECEDENTES HISTORICOS EN EL MUNDO

En el próximo y Lejano Oriente, el llamado concubinato - aparece como un matrimonio secundario o subordinado concurrente con otro anterior plenamente reconocido por la Ley.

En los países europeos y americanos, el concubinato no es generalmente un matrimonio sino una cohabitación, salvo en Méjico donde se le reconocen ciertos efectos legales (amariato); en Cuba se le equipara al matrimonio legal y tiene sus mismo efectos si se le inscribe legalmente; y en el Esatdo de Louisiana en Estados Unidos, en donde la concubina puede heredar una décima parte de los bienes muebles del seudocónyuge.

En la Antigua Grecia esta unión era corriente y constituía única forma hábil de matrimonio con una mujer extranjera o una liberta, o una mujer carente de dote; mientras el matrimonio propiamente dicho se reservaba a la mujer nacida libre y con dote.

El concubinato marca un jalón en el desarrollo de la ins-

titución matrimonial hacia la monogamia definitiva y duradera. Reconocido por la Ley se consideraba inferior en santidad al matrimonio regular, aunque también a él alcanzasen las leyes de adulterio; sin embargo, cuando el matrimonio regular no tenía herederos, el concubinato era no sólo permitido sino loable a los ojos de la religión patriarcal o familiar de los tiempos clásicos.

En el Derecho Romano esa cohabitación duradera y reconocida como forma legítima, se diferenciaba del matrimonio en que la concubina no disfrutaba de la consideración de mujer casada, no recibía el nombre "uxor" (esposa), ni compartía los honores debidos al rango y posición social del marido ("honor matrimonial"); los hijos considerados como "liberi naturales" (hijos naturales), no entraban bajo la potestad del padre y seguían la condición personal de la madre.

La extensión del concubinato en Roma fué determinada, en gran parte, por la legislación de Augusto, que prohibió el matrimonio entre personas de posición social destacada con otras de rango inferior (como artistas o prostitutas) con libertos; pero sin prohibir expresamente el concubinato que adquirió carta de naturaleza entre "gentes" de la época Imperial, hasta el punto de que varios emperadores no tuvieron escrúpulos en practicarlo, como Vespaciano y

Marco Aurelio.

El cristianismo consideró inmoral y contra la Ley Divina de la Nueva Alianza, y Emperadores como Constantino y Justiniano trataron de lograr su extinción gradual. El primero creó para ello la llamada "legitimación por subsecuente matrimonio", que una vez contraído otorgaba a los hijos de concubinato la condición de legítimos. Justiniano, posteriormente, siguió distinto proceso porque para eliminar el supuesto atentado de su práctica, prohibió tener más de una concubina y ninguna a los hombres casados, y además dió a tales uniones el carácter de matrimonio de rango inferior.

En Alemania, como institución legal no fué abolido sino hasta 1.577. La promesa por unión de manos y otras formas irregulares de matrimonio no fueron de hecho sino otras modalidades de concubinato.

En España, el concubinato recibió el nombre de barraganía, la mujer era considerada inferior socialmente al igual que sus hijos, y no recibía ningún beneficio dentro de la sucesión del concubinato, y los hijos sólo recibían un porcentaje inferior al recibido por los hijos legítimos.

El Derecho Canónico considera concubinato la vida marital

entre personas solteras, figura condenada totalmente por la ética cristiana, aunque en otras épocas la trató con lenidad por considerarla como uniones matrimoniales basadas en el afecto a las que faltaba la forma decretada por el Derecho Positivo, aunque no transigió con las vergonzosas; señala además penas canónicas para aquellos que habiendo recibido órdenes sagradas mantuvieran tales relaciones.

1.2. EVOLUCION EN COLOMBIA

En Colombia la institución de unión marital libre entre un hombre y una mujer ha sufrido un proceso de evolución muy lento, que no siempre ha ido a la misma velocidad de los acontecimientos de la realidad familiar y social, pero que ha logrado reflejar las intenciones del legislador de regular, más o menos, adecuadamente las relaciones y los efectos que genera la unión libre entre un hombre y una mujer.

El Código de 1.873, posteriormente acogido como Código Civil de la República por medio de la Ley 57 de 1.887, establecía en el artículo 329, que se decía concubina a: "La mujer que vivía públicamente con un hombre, como si fueran casados, siempre que uno y otro sean solteros o viudos.(1)"

Este concepto correspondía con el de hijo natural que era el habido fuera de matrimonio de personas que podían casarse entre sí al tiempo de la concepción, cuyos hijos han obtenido el reconocimiento. El legislador de esa época fué severo y excluyó a la familia natural y el concubinato, hasta el punto de considerar como delitos el adulterio de la mujer y el amancebamiento del marido; el Código Penal en su artículo 451 definía el amancebamiento: "Como el hecho de que dos personas de diferente sexo, sin ser casadas, hagan vida como tales, en una misma casa y de manera pública y escandalosa" (2).

Cuando la unión se daba entre un hombre casado y una mujer diferente a su esposa, o una mujer con un hombre diferente a su esposo, se llamaba "ayuntamiento dañado y punible", por considerarla un hecho ilícito y punible pero no delito, porque se daba entre personas libres, sin ningún impedimento para contraer matrimonio. Los hijos de la primera unión eran denominados "hijos de dañado y punible ayuntamiento" y los de la segunda unión eran denominados "hijos naturales", áquellos nunca podían ser reconocidos como hijos naturales como sí lo podían ser éstos últimos.

⁹ CAPITULO XXI, La Unión Libre, 5. El Concubinato en Derecho Colombiano. Segunda Edición, Librería Jurídica Wilches, Santafé de Bogotá, 1991. p.334.

Con la entrada en vigencia de la Ley 36 de 1.945 para el reconocimiento de un hijo natural, se consideran las relaciones sexuales entre un hombre y una mujer, sin tener comunidad de habitación, pero con carácter de notorias y estables; no se consideró expresamente el concubinato, para no darle status legal ya que social y religiosamente se consideraba un hecho escandaloso y de vergüenza familiar.

La evolución del concepto de la familia extramatrimonial y del concubinato se puede mostrar en la evolución que han tenido las normas reguladoras de los derechos sucesorales de los hijos naturales frente a los hijos legítimos.

En su redacción original, el artículo 1.045 del Código Civil Colombiano contempla que los hijos legítimos concurrían a la sucesión con los hijos naturales, en una proporción de cuatro partes para los primeros y una parte para los últimos. Por considerar que esto no era equitativo, en la Ley 57 fr 1.887 se estableció que la herencia se dividía entre los hijos legítimos y los hijos naturales en dos partes iguales, y ésto fue rechazado por la sociedad y la Iglesia que consideraba que un hecho inmoral no podía estar equipado a una situación protegida religiosa y legalmente como lo era el matrimonio regular. Entonces, por medio de la Ley 153 del mismo año se dispuso la exclusión total de los hijos naturales de la sucesión; hasta que en

la Ley 45 de 1.936, sobre reformas civiles, se otorgó a los hijos naturales una porción de la herencia igual a la mitad de lo que le correspondía a los hijos legítimos. Con la realidad social aplastante que obliga al legislador a estar acorde con los progresos doctrinales y jurisprudenciales del mundo y de Colombia, la Ley 29 de 1.982 otorga iguales derechos herenciales a los hijos legítimos, a los hijos extramatrimoniales y a los hijos adoptivos, en el primero de los cinco órdenes sucesorales.

Entonces debía llegar la legislación colombiana al reconocimiento de efectos de la unión libre de requisitos formales entre un hombre y una mujer, es así como la Ley 54 de 1.990 se presume la existencia de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, con el lleno previo de ciertos requisitos señalados en la misma Ley, y se denomina a esa unión libre entre un hombre y una mujer "unión marital de hecho", a los sujetos "Compañero permanente" y "compañera permanente", y la sociedad de bienes "Sociedad patrimonial entre compañeros permanentes". Alcanza la unión marital libre un status legal, aunque sólo sea respecto a los bienes. Aunque hay que resaltar prestaciones laborales o sociales a los hijos naturales y a la compañera permanente.

Finalmente, la Asamblea Nacional Constituyente convocada

en 1.991 para la tarea de reformar la Constitución Política de Colombia, establece en el Título II De los Derechos, Las Garantías y Los Deberes, Capítulo 2 De los Derechos - Sociales, Económicos y Culturales, Artículo 42, Inciso Primero, que la familia se puede constituir "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". Queda así instituída, con protección y status constitucional la unión marital libre entre un hombre y una mujer, en la Constitución Política de Colombia de 1.991.

2. UNION MARITAL DE HECHO

La unión que tiene su origen en la libre voluntad de los sujetos, pero sin llegar a materializarla por medio de los requisitos y formalidades institucionalizados por la normatividad estatal, es una unión marital de hecho.

De la unión entre un hombre y una mujer sin existir entre ellos vínculo matrimonial, surge la llamada familia natural; que al igual que n la formada a raíz de la celebración del matrimonio se tienen fines comunes, como son el de vivir juntos, procreación de hijos, cuidado y sustentación de éstos, la fidelidad entre los sujetos, cuidado del hogar, el sostén económico del hogar por parte de los compañeros.

El hecho de unirse para realizar una vida en común que haga posible conseguir dichos fines, supone una unión estable que haga posible la conformación de un hogar, de una comunidad de habitación y convivencia.

Anteriormente sólo se consideraba esta clase de unión en-

tre un hombre y una mujer que pudieran casarse entre sí ; en la actualidad se consideran como tales las uniones entre dos personas libres, o entre una libre y otra casada, o entre dos que se encuentren casadas. Lo determinante no es su estado de soltero o casado, sino la comunidad de vida, el hecho de hacer vida marital sin estar unidos por vínculo matrimonial alguno, vivir como casados sin estarlo, es decir, vivir un matrimonio de hecho.

2.1. CARACTERISTICAS Y NATURALEZA JURIDICA

Para que la unión entre un hombre y una mujer pueda considerarse como una verdadera unión marital de hecho, ésta debe reunir elementos que la revisten de ciertas características, haciéndola una institución social peculiar que necesita tratamiento especial dentro del contexto del Derecho.

El primer supuesto lo constituyen las relaciones sexuales con carácter de estables y singulares; no pueda considerarse unión marital de hecho aquellas relaciones íntimas esporádicas o casuales, o con diversos sujetos.

Así como en el concepto de matrimonio se exige que su celebración se dé entre un hombre y una mujer, la unión marital de hecho sólo se puede considerar entre una mujer y

un hombre, esto junto con los fines que se consiguen y la comunidad de vida son los elementos comunes entre el matrimonio y la unión marital de hecho.

Debe existir una comunidad de vida entre ese hombre y esa mujer, o sea, que se establezca entre ellos una convivencia permanente y singular, formación de un hogar, sea que se dé con el establecimiento de una residencia independiente de la familiar o que uno de ellos sea recibido en el seno de la familia del otro; esa comunidad de vida se da porque los dos o uno provea para su sostenimiento y los dos cuiden de su perduración.

El elemento que marca la existencia de esta institución es el hecho de que ese hombre y esa mujer unidos no se encuentren casados entre sí, como ya se anotó anteriormente, hacen vida de un matrimonio de hecho.

Esa unión marital de hecho que anteriormente no tenía ninguna consideración de Derecho, actualmente se encuentra regida por normas que protegen su constitución y los efectos que de ella se derivan, como lo son el Inciso Primero del Artículo 42 de la Constitución Política que contempla la formación de la familia por vínculos naturales, por la voluntad responsable de conformarla, y la Ley 54 de 1.990 que definió las uniones maritales de hecho y el régimen -

patrimonial entre compañeros permanentes.

La Ley 54 de 1.990 termina con la denominación de "concubinato", para hablar de "unión marital de hecho", y a los sujetos que la integran se les conoce como "compañero permanente" y "compañera permanente".

Los deberes que existen entre los compañeros permanentes son semejantes a las que se deben dar entre cónyuges, es así como merecen entre sí ayuda y socorro mutuos, y fidelidad porque recuérdese que la unión sólo puede darse entre un hombre y una mujer. Respecto a los hijos procreados y nacidos dentro de la unión marital de hecho se consideran extramatrimoniales y tienen los mismos derechos, deberes y obligaciones para con sus padres y éstos para con ellos, que los contemplados en la legislación civil - para guardar entre los padres e hijo legítimos.

Las obligaciones entre compañeros permanentes son puramente naturales, o sea, una vez cumplidas la Ley no le concede a ninguno de los dos acción alguna para exigir su devolución, y en caso de no cumplirlas no existe acción para exigir judicialmente su cumplimiento; pero no ocurre así con los derechos y obligaciones que se deben para con los hijos de esa unión.

3. ELEMENTOS Y REQUISITOS DE FONDO DE LA UNION MARITAL DE HECHO

La unión marital de hecho llega a tener status legal con la entrada en vigencia de la Ley 54 del 28 de Diciembre de 1.990, es por lo que dicha institución debe llenar ciertos requisitos para considerarla como tal.

La unión marital de hecho entre compañeros permanentes tiene que contener idoneidad marital de los sujetos, e idoneidad objetiva de la unión marital.

3.1. IDONEIDAD MARITAL DE LOS SUJETOS

La idoneidad marital de los sujetos de la unión permanentes es aquel elemento fundamental que consiste en las cualidades biológicas y jurídicas de las personas que los faculta para ser considerados aptos para la formación y conservación de una unión marital permanente; son la heterosexualidad idónea y la legitimación marital.

3.1.1. Heterosexualidad Idónea. La heterosexualidad idó

nea fué consagrada expresamente en el Artículo 1º de la Ley 54 de 1.990, cuando señala que la unión marital de hecho es "la formada entre un hombre y una mujer". Es un Requisito y elemento de igual calidad al considerarlo para la celebración y validez del matrimonio.

3.1.1.1. Dualidad Humana y Diferenciación de sexos. Para considerar la unión como marital permanente ésta debe darse entre una sola mujer y un solo hombre; se equipara así la unión estudiada al matrimonio como punto de partida en la formación de una familia, como bien y oportunamente lo consagra la Constitución Política de Colombia en su Artículo 42. Es así como no se pueden considerar como tales las uniones dadas entre dos personas del mismo sexo, o la presentada por la convivencia marital de tres o más personas, sea esta convivencia hetero u homosexual.

La existencia de un solo hombre y una sola mujer es condición sine qua non para la conformación de la unión marital de hecho, igualmente que para su supervivencia. Es por lo mismo una exigencia o requisito con carácter de orden público, obligatorio imperativamente por lo cual de él no pueden sustraerse los particulares por su voluntad.

3.1.1.2. Capacidad Sexual. Ese hombre y esa mujer deben poseer capacidad sexual para que la heterosexualidad sea

idónea; al señalar la Ley "una comunidad de vida permanente y singular" sin indicar expresamente su finalidad , es necesario entenderla de acuerdo con lo natural; por lo que tácitamente exige que tenga capacidad sexual como aptitud para darle el carácter de marital a la unión.

La capacidad sexual comprende, en términos generales , la aptitud biológica de los seres humanos para el logro del pleno desarrollo de su actividad heterosexual, comprendida desde la pubertad como la tendencia de la capacidad física o aptitud para la preparación y ejecución del acto heterosexual, mediante cópula carnal perfecta o imperfecta, y la de engendrar o aptitud para procrear naturalmente o mediante métodos científicos, como la inseminación.

Es lógico pensar que es deseo del legislador que la formación de la unión marital se establezca, aunque sea en parte, por necesidades de atracción y satisfacción heterosexual que debe ser una función mutua, plena y normal, esto sin perjuicio de que puedan existir otras motivaciones para su establecimiento.

En aras de la satisfacción de dichas necesidades se requiere imperativamente que el hombre y la mujer sean púberes (mayores de 14 y 12 años respectivamente) porque sólo bajo esa condición los sujetos adquieren conciencia y po-

sibilidad de ejecutar vida marital. Los sujetos de la unión tienen que poseer capacidad sexual regular.

Considerando que la unión marital comprende la convivencia heterosexual debe entenderse que la importancia de cualquier clase (coeundi o generandi) constituye un defecto forzoso en el caso de los impúberes, o normalmente impeditivo en los demás casos en que se presente, para la formación de la unión marital de hecho, y que puede ser alegada por cualquiera de los interesados según el arbitrio de su libertad para no establecerla y terminar en derecho cualquier relación prefamiliar, o sea, esto antes de la unión.

Cuando un hombre y una mujer se unen para mantener una comunidad de vida marital, necesariamente, por conocimiento previo o desarrollo fáctico posterior han de percatarse de la capacidad sexual de uno de ellos o de ambos, lo que de continuar la relación indica el mutuo acuerdo expreso o tácito de exonerarse de esa calidad, y si fuere el caso de la materialización de la vida heterosexual correspondiente; pero ello no exonera de ninguna manera el cumplimiento del elemento de la comunidad de vida marital, so pena de distorsionar dicha institución.

3.1.2. Legitimación Marital. La legitimación marital es

el poder o potestad que deben tener los sujetos para establecer la unión marital de hecho con plena eficacia, este elemento es consagrado en el Inciso 1º del Artículo 1º de la Ley 54 de 1.990 cuando dice: "unión marital de hecho , la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular", allí se señala la legitimación y su finalidad.

La norma presentada una condición de "Poder" para "hacer" la unión marital de hecho, cuando expresa que es "un hombre y una mujer" quienes "forman" una "unión" y "hacen " una comunidad de vida, constitutiva de la unión marital de hecho, lógicamente se está exigiendo que ambos tengan un "poder o potestad para hacerla" que se llama legitimación marital. No basta para que el sujeto sea idóneo que tenga la heterosexualidad adecuada (dualidad humana, diferenciación de sexos y capacidad sexual) sino que es necesario que goce de la potestad suficiente para establecer , conservar la unión marital de hecho, esto con el fin de hacer un reconocimiento legal de la unión estudiada y otorgar una potestad para conformarla lícitamente.

3.1.2.1. Libertad Marital. La legitimación marital está constituida en parte por la llamada libertad marital, consagrada implícitamente por la Ley 54 como derecho en sí y como presupuesto de la unión marital de hecho porque permite realizarla. Por regla general toda persona goza de

libertad marital y se encuentra legitimada para establecer y conservar una unión marital de hecho, y quienes excepcionalmente carecen de libertad marital tampoco están legitimados para establecer la unión; pero tales excepciones solamente pueden encontrarse en el derecho y la conveniencia. Para establecer la existencia de las excepciones adoptando las fuentes del derecho se debe acudir a la legislación escrita, a la costumbre y a los principios generales del derecho y así precisar los casos en que se limita la libertad marital y consecuentemente se suprime la legitimación correspondiente.

Tales excepciones no pueden encontrarse en las voluntades o acuerdos de las partes o los particulares, y así estas convenciones tampoco pueden derogar las excepciones establecidas a fin de que los no legitimados puedan establecer una unión marital de hecho, porque las circunstancias de excepción tienen carácter de orden público.

La existencia de ciertos parentescos entre los interesados, como el de consanguinidad en línea directa, que sean entre sí ascendientes y descendientes, y algunos de línea colateral, el de ser hermanos entre sí si bien no están consagrados expresamente por la Ley escrita como impedimentos para constituir una unión marital de hecho, aunque es bueno anotar que si lo están para la celebración del ma-

rimonio no es menos cierto que las costumbres generales y familiares impuestas en las comunidades civilizadas. De no considerarlo así y no aceptar dicho impedimento se arriesga el principio de la conservación adecuada de la especie humana y el progreso de la formación decorosa y moral de la familia, y además se afrenta la institución matrimonial, porque si es una circunstancia que impide la celebración del matrimonio no puede permitir el establecimiento de la unión marital de hecho siendo la misma circunstancia con los mismos elementos excepcionantes.

También repugna al derecho el otorgamiento de libertad marital al demente, por no tener conciencia de ella y por lo mismo no puede ejercerla, lo que impide la tenencia y el ejercicio de la legitimación para hacerlo.

La ausencia de la legitimación no sólo impide la alegación de la unión marital de hecho, sino que también impide deducir los efectos regulares y normales previstos para esa unión.

Cuando se establezca una unión marital en alguno de los anteriores casos excepcionales no será autorizada o reconocida por el Derecho, y por lo tanto ilícita familiar y en algunos casos penalmente. Por lo mismo tales uniones pueden ser impedidas o hacerse cesar acudiendo preventi

mente a las Comisarías de Policía, al I.C.B.F., o al Defensor de Familia, según el caso, o bien acudir a la justicia penal.

3.1.2.2. Inexistencia Matrimonial Eficaz. El segundo requisito de la legitimación marital es la inexistencia matrimonial eficaz entre sí, es un requisito que aparece en la Ley 54 de 1.990 en forma expresa pero no muy clara, la mencionada condición personal se establece cuando se dice "la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad devida", la expresión "sin estar casados" recoge el requisito de inexistencia matrimonial.

No debe existir matrimonio entre los sujetos de la unión marital de hecho porque es precisamente el no estar casados lo que permite el establecimiento de la institución, de estar casados serían las normas referentes al matrimonio las que rijan la relación e imposibilite así mismo la formación de una relación marital de hecho. La Ley expresa que no debe existir matrimonio entre los compañeros, aunque puede que éstos si estén casados con terceras personas y en forma limitada otorga efectos de sociedad patrimonial; la ausencia de matrimonio eficaz entre sí otorga a la pareja legitimación para constituir unión marital de hecho, o sea, toda persona cualquiera que sea su esta-

do civil hábil, soltero, viudo, divorciado o de matrimonio anulado o inhábil por contraer matrimonio, separado legalmente o de hecho, independientemente de su convivencia marital, otras relaciones matrimoniales o maritales - de hecho, se encuentran legitimadas para establecer directa o inmediatamente relaciones o uniones maritales de hecho.

La legitimación habilita para que estas uniones produzcan efectos jurídicos, pero estos efectos pueden estar restringidos en algunos casos como sucede con los efectos patrimoniales de la unión marital cuando uno o ambos compañeros tienen sociedad conyugal vigente dentro de su matrimonio con terceras personas.

Si las personas se encuentran eficazmente casadas entre sí es imposible constituir una unión marital de hecho, transformando el matrimonio en ésta, e igualmente se impide alegar la unión marital para deducir efectos distintos a los del matrimonio eficaz entre ellos.

Debe efectuarse la ausencia de matrimonio, éste como eficaz en el campo civil, por lo mismo están casados entre sí y pueden unirse maritalmente de hecho quienes no han contraído matrimonio o éste se encuentre disuelto, o porque se ha contraído un matrimonio sin efectos civiles por

ahora como son los matrimonios protestantes y judíos.

La inexistencia de matrimonio eficaz entre los compañeros es esencial para el establecimiento y supervivencia de la unión marital de hecho, de tal manera que de estar casados eficazmente entre sí la unión no marital no puede constituirse, si preexiste como ocurre con el reestablecimiento de la vida común de los separados legalmente, o debe fener, si sobreviene como cuando los compañeros contraen matrimonio posteriormente.

Se trata de un requisito de orden público e imperativo, al cual no pueden sustraerse los particulares.

3.2. IDONEIDAD OBJETIVA DE LA UNION MARITAL DE HECHO

El elemento objetivo de la unión marital de hecho es la comunidad de vida marital, entendiéndose por ésta como la forma de vida que una pareja idónea comparte voluntaria y maritalmente; es un elemento de esta institución que regulado, a través del tiempo, por medio de las reglas y costumbres sociales pasando de una exclusión a una tolerancia jurídica.

La comunidad de vida debe llenar ciertos requisitos para considerarla elemento de la institución estudiada; como

tal debe tener autonomía, que radica en que tiene una existencia propia e independiente, a tal punto que representa el objeto y en consecuencia la expresión o manifestación objetiva de la unión marital de hecho, en tanto que la heterosexualidad idónea y la legitimación negocial se refieren a las condiciones humanas y legales de los sujetos. Sin embargo, los tres elementos tienen íntima relación, al extremo que todos deben coexistir en la materialización de la unión marital y esto ocurre con la comunidad de vida marital, por lo que esos elementos tienden objetivamente a confundirse o refundirse en ella, para conformarla material y jurídicamente. Los requisitos esenciales son el consentimiento, la comunidad de vida y causa maritales.

3.2.1. Consentimiento Marital. El consentimiento marital aparece implícita en la regulación de la comunidad de vida marital, aparece preceptuado en el Artículo 1º de la Ley 54 de 1.990 cuando se indica "... la formada entre un hombre y una mujer que... hacen una comunidad de vida " ; es preciso entender la existencia implícita de consentimiento de la pareja en dicho acto, no sólo porque va envuelto en el sentido natural y obvio de las inflexiones de los verbos "formar" y "hacer" así como de los sustantivos "unión" y "comunidad", sino porque corresponden a la intención y antecedentes históricos de la Ley y del carácter consentido en la comunidad que también guarda armonía

con el principio de la libertad marital que ha de ejercitarse voluntariamente, porque la unión de vida sin consentimiento mutuo no puede ser ni comunidad, ni mucho menos marital.

En una comunidad de vida puede haber o no consentimiento; la comunidad marital consentida es aquella que se hace con el pleno consentimiento de la pareja, áquel es de naturaleza especial por su carácter esencialmente fáctico, por lo tanto no es determinable. En los negocios jurídicos el consentimiento se manifiesta por medio de declaraciones de voluntad donde ésta es su estructura cualquiera que fuese su expresión, en cambio el objeto de la unión marital de hecho es esencialmente la situación fáctica de vida marital, donde el consentimiento es tan solo una cualidad de esta última, por eso el consentimiento en esta unión no es un elemento autónomo con entidad y eficacia propias, sino que es un mero requisito condicionado y subordinado a la situación fáctica de la vida común.

El presupuesto del consentimiento de facto es que preexista o por lo menos coexista con el nacimiento de la actuación fáctica de vida marital porque se trata de querer la vida marital. De esto se desprende que la sola voluntad de querer una unión marital o la promesa de ésta no satisface este requisito, o sea, la situación se da en el pla

no premarital sin alcanzar el grado de relación marital propiamente dicha.

El consentimiento de facto se caracteriza por expresarse por medio de los hechos, su contenido debe inferirse de la misma situación de hecho marital siendo indiferente lo expresado en otra forma; el ejercicio de lo querido aparece solamente en el desarrollo de la situación marital querida.

La comunida marital sin consentimiento debido se presenta cuando el consentimiento no existe o es defectuoso. El consentimiento no existe cuando por medio de la violencia física se establece y mantiene una unión heterosexual, como podría ser en el caso de secuestro y ciertas formas de tráfico y abuso sexual, etc.; en tales circunstancias no puede hablarse de unión marital de hecho propiamente dicho, sino de simples uniones sexuales con las indemnizaciones y demás consecuencias jurídicas que pueden acarrear. Y el consentimiento es defectuoso cuando se incurre en o uno de los sujetos es engañado o violentado moralmente en la iniciación de la unión marital de hecho, lo que luego es querido, es decir sin esos defectos, o en la misma forma con dicho defecto posteriormente; tales defectos no tienen incidencia para considerar viciado e inválido dicho consentimiento y hacerlo susceptible de anulación, co

mo lo que importa es que se quiera la situación fáctica marital los defectos son intrascendentes para eliminar y destruir esa situación de hecho, pero eso no impide que esos defectos puedan tomarse como base para determinación de otros efectos jurídicos, como sería la eventual responsabilidad por los perjuicios que con ellos se causen.

3.2.2. Comunidad Marital. Además del consentimiento se exige la existencia de comunidad, siendo un requisito con sagrado en la Ley 54 de 1.990, de necesidad jurídica de cumplimiento riguroso, la norma dice "... cuando un hombre y una mujer... hacen una comunidad." Con este requisito se quiere indicar que los sujetos maritales deben ser los cotitulares y consecuentemente copartícipes de la situación fáctica de la vida marital; este elemento se compone por la cotitularidad, la dualidad de la cotitularidad y la igualdad fáctica de coparticipación. Puede haber vida marital común y vida marital sin comunidad, la primera se obtiene con la participación real y se manifiesta objetivamente y se caracteriza por la convivencia marital y las características de cotitularidad, dualidad e igualdad; la segunda se presenta en la vida marital de independientes y de los amantes, la relación marital de sujetos independientes se caracteriza porque la vida marital se limita a unas relaciones sexuales reiteradas, permanentes y continuadas sin incluir otros aspectos, y los sujetos ac-

túan de manera independiente como personas separadas y de
 unidas y por tal motivo no se sienten unidad, como la re-
 lación permanente con determinada prostituta o por moti-
 vos de dinero o interés no espiritual; la vida marital de
 amantes es una seudovida marital que sólo se limita a las
 realciones heterosexuales sin incluir otros aspectos esen-
 ciales, pero los sujetos a pesar de mostrarse el ánimo es-
 piritual y afectivo de unión no alcanzan a materializar -
 realmente la vida marital por obstáculos o dificultades per-
 sonales o reales, como el estado civil de casado o convi-
 vencia con otra persona, o la adquisición de compromisos
 mayores. .

La vida marital se compone de la relación marital, perma-
 nencia y singularidad.

Para que la vida sea realmente marital es necesario que
 exista un vínculo de vida familiar como de marido y mujer,
 o sea, que debe haber un vínculo familiar o unión de pa-
 reja para la constitución de una familia para lo cual de-
 ben darse las manifestaciones de las relaciones caracte-
 rísticas familiares, como la de unidad de grupo o pareja,
 reconocimiento de vinculación y estados recíprocos, tra-
 tos mutuos familiares, relaciones de ayuda y socorro (ali-
 mentos, albergue, solidaridad, apoyo marital), considera-
 ción de parte de la familia (patrimonio moral, apellidos,

hogar), amor o afecto, basta esencialmente que haya alguna manifestación familiar. Quedan excluidas las relaciones que no son familiares las que no satisfacen esta exigencia, sin llegar a desnaturalizarlas.

Las manifestaciones de marido y mujer son las exteriorizaciones fácticas que en forma subjetiva y objetivamente hacen que la pareja sea el uno para el otro como una sola, lo primero es la concesión personal y recíproca del cuerpo y del alma, con la reciprocidad de sus esfuerzos personales y económicos, y lo segundo señala la unidad de vida o la vida junta de la pareja, mediante la disposición permanente y recíproca de cada una para compartir su vida con la del otro y que se desarrolla variadamente de acuerdo con las circunstancias temporales, territoriales y morales que sean del caso. Del conjunto de algunas de estas manifestaciones se infiere el vínculo marital que deberá ser analizado en cada caso concreto.

La permanencia marital es la duración fáctica indispensable para que la vida sea estable y consecuentemente marital, dicha duración no se encuentra establecida pero es determinable. Para saber si una vida marital es permanente e idónea para la formación de la unión marital la Ley no consagra plazo cierto alguno, sino que lo deja a la apreciación fáctica del juez, pero si se establece el re-

querimiento de un plazo de dos años para el establecimiento de la sociedad patrimonial, dicho plazo depende de la iniciación de la unión marital, la que a su vez se encuentra sujeta a la mencionada permanencia. La determinación la debe hacer el juez porque es imposible, por no ser una situación meramente consensual o formal, sino fáctica, de establecer anticipadamente o desde el mismo momento de su iniciación la intención positiva en la voluntad expresada directamente de comenzar y, ante todo, mantener indefinidamente la vida común.

3.2.3. Causa Marital. La causa marital es aquella motivación fáctica que explica la vida marital, distinta a las circunstancias que la originan, es un requisito de la comunidad de vida marital exigido implícitamente por la norma estudiada, que al expresar que la unión marital de hecho es la formada "haciendo una comunidad de vida permanente y singular" está consagrando la necesidad de que la causa que ha de tener esta unión no está por fuera, ni antes ni después, sino en la misma situación de hecho, por lo que tiene una naturaleza eminentemente fáctica y no síquica; en este sentido la causa fáctica es y siempre ha de ser única aunque se confunda con función que la Ley ha previsto a la unión marital de hecho, cual es la de permitir en desarrollo de la libertad marital la satisfacción heterosexual y la formación de una familia, dentro de los lí-

mites y restricciones de la misma ley. La causa no existe o es defectuosa en aquellas uniones maritales aparentes que se hacen con fines no familiares ni maritales, así como las que se efectúan por motivaciones contrarias al orden público o las buenas costumbres.

Dada la naturaleza fáctica de la causa de la comunidad de vida marital, de manera que se confunde con ésta, aquella se presume existente y lícita con la mera demostración de esta última, de allí que quien alegue lo contrario deberá demostrarlo.

La causa puede tener su origen en promesas y coacciones referentes a un matrimonio futuro, o a la indisolubilidad matrimonial de uno o ambos sujetos, o por la ineficacia matrimonial como ocurre con la celebración de vínculos en el extranjero, por la seducción, o por aquellas circunstancias especiales que propician las uniones maritales de hecho como son las relaciones de trabajo, las de dependencia económica, las sociales y culturales, las jurídicas políticas como las relaciones que surgen entre miembros de grupos insurgentes armados con estadía en la clandestinidad, o por las uniones premaritales se transforman en maritales, o se inician por puro amor.

3.3. EFECTOS DE LA UNION MARITAL

Al igual que otros hechos o actos la constitución de una unión marital de hecho genera ciertos efectos en el ámbito personal que compete a los compañeros, en el campo jurídico y en el aspecto económico. En cuanto a los efectos personales entre compañeros no existe una normatividad explícita que los regule, tal y como ocurre con los generados con la celebración del vínculo matrimonial, por lo que hay que buscarlos en los antecedentes sociales y legislativos de la Ley 54 de 1.990, porque se infiere que el reconocimiento legal y la definición de la unión marital de hecho establecían obligaciones recíprocas.

3.3.1. Efectos personales entre compañeros. Los efectos personales entre compañeros permanentes encuentran su fuente en un conjunto de preceptos constitucionales, como el Artículo 42 de la Constitución Política, y ciertas normas escritas aisladas de la Ley 54 de 1.990, especialmente los Artículos 1º y 3º que con otros del Código Civil requieren ser interpretados y complementados analógicamente si fuere el caso, conforme a los principios generales y familiares del derecho, así como con la costumbre a que haya lugar; esto coincide con la función de dicha reglamentación como es la de permitir el establecimiento de una comunidad de vida marital y la formación de una familia, no

contra la misma sociedad, es decir, contra las bases de orden público que imponen los deberes maritales de convivencia familiar (cohabitación, fidelidad, socorro), ni tampoco se ha querido reconocerla únicamente para efectos patrimoniales otorgándole un regalmento a éstos de naturaleza estrictamente económica, dejando a la mera libertad o de acuerdo a la conciencia, la moral o la religión y sin régimen legal la regulación de la relación y efectos de carácter personal. Dichos efectos personales se refieren a la pareja y a la familia, los primeros son los que se establecen entre sí, como el vínculo marital, el estado jurídico de compañero, el apellido de la compañera, los deberes, responsabilidades y el hogar marital, y los de la pareja frente a la comunidad como la oponibilidad; los segundos son de orden extrapatrimonial que hacen relación a la institución familiar, como es el patrimonio moral.

3.3.1.1. Vínculo Marital. Este efecto de la unión marital de hecho es la relación subjetiva de la vida común, consiste en el lazo jurídico que une a los compañeros en una comunidad de vida que nace formalmente de la ley aunque nace materialmente de sustento en los hechos.

No puede hablarse de vínculo marital sin la comunidad de vida y sólo puede entenderse que existe mientras ésta última también exista, luego, no habiendo formado o habiéndose

do formado o habiéndose extinguido la comunidad de vida nadie puede alegar un vínculo jurídico familiar para hacerle derivar su fuerza o coercibilidad a fin de establecerla o restablecerla; como consecuencia de la juridicidad de dicho vínculo éste último no es coercible en cuanto impone a ambos compañeros la necesidad de estar o ser consuetudinados a la unión para la función marital pertinente. El vínculo se encuentra condicionado a la existencia de la comunidad de vida, de tal manera que no es posible concebir en la unión marital de hecho un vínculo marital de dos compañeros que no hagan vida común, a diferencia de lo que acontece con el matrimonio, donde es posible la convivencia de vínculo matrimonial sin la comunidad doméstica, como acontece con la simple separación de cuerpos.

El vínculo marital posee determinadas características que permiten distinguirlo del vínculo matrimonial, como son : sus establecimiento, porque surge fáctica e integralmente, a diferencia del vínculo matrimonial que nace formal y subjetivamente, y además la unión marital de hecho a diferencia del matrimonio no requiere ausencia de vínculo matrimonial anterior válido, pero ambos se asemejan en que implican una restricción de la libertad marital. Su desarrollo, al igual que el vínculo matrimonial es jurídico, igualitario sin subordinación alguna, unitario porque no hay ni puede haber entre una misma pareja sino un solo vín-

culo, y extrapatrimonial por tener sólo el aspecto personal y familiar, pero a diferencia del matrimonio su existencia y desarrollo se encuentran unidos a la comunidad de vida. Su extinción, en la unión marital el vínculo se disuelve con la comunidad de vida y con las características de ésta, en tanto que esto no sucede forzosamente con el vínculo matrimonial.

3.3.1.2. Estado de Compañero. En términos generales el estado de compañero es aquel civil imperfecto que aumen los sujetos de un vínculo marital de hecho, con las consecuencias jurídicas pertinentes. En el Inciso 2º del Art. 1º de la Ley 54 de 1.990 se consagra "su denominación compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho", está atribuyéndoles en cabeza de ambos una situación jurídica especial, que al mismo tiempo se asimila y difiere del estado civil de las personas, por lo que se caracterice como un estado civil imperfecto, y su imperfección surge de su fundamento fáctico.

La calidad de compañero es un estado jurídico familiar-social creado y denominado por la Ley con base en un hecho y relación jurídica, una unión marital de hecho, que revela la situación general, individual, personal, permanente e intransmisible de esta persona en un familia determi

nada y frente a la sociedad, que determina la capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer obligaciones, por lo que se asimila a un estado civil.

Por razón del condicionamiento fáctico derivado del vínculo marital de ese estado jurídico que se tenga en la comunidad de vida marital, las características del estado civil se tornan inciertas y por lo mismo eventuales, lo que lleva a su imperfección; el estado de compañero puede ser indivisible o divisible si la situación de la pareja se manifiesta en una u otra forma, como cuando privadamente se reconocen como tales pero públicamente aparentan lo contrario y además permite la concurrencia con el estado civil de casado, o bien puede presentarse como indisponible cuando no es objeto de negocio jurídico alguno, o disponible como con la separación por mutuo acuerdo; o puede ser imprescriptible o prescriptible según las modalidades de la comunidad de vida que por su carácter fáctico puede facilitar esta confusión o equivocación para la permanencia y la estabilidad marital.

Las principales consecuencias jurídicas del estado de compañero se refieren al registro, las relaciones familiares y el apellido de la compañera.

En principio, por no ser la unión marital un hecho que ori

gine un nuevo estado civil pues el estado de compañero no alcanza a serlo, ni siendo un hecho que altere o extinga uno precedente, pues no lo modifica, el de soltero, casado o viudo que se tenga, es preciso concluir que la unión como tal, o sea, como hecho relativo al estado civil, no es objeto de inscripción, al tenor de lo consagrado en el Artículo 5º del Decreto 1260 de 1.970. Y sin embargo, esa relación extramatrimonial es objeto de doble inscripción, uno como estado jurídico imperfecto, y otro como domicilio marital. Lo uno acontece con la sola declaración de convivencia extramatrimonial hecha directamente por los interesados ante el Notario del lugar del domicilio de la pareja, y como una situación jurídica especial debe efectuarse en el Libro de Varios. Y lo otro puede suceder cuando los mismos interesados emiten conjunta o separadamente una declaración de avecindamiento marital de hecho ante el Alcalde donde manifiestan establecerse territorialmente en dicho lugar, la pretenden o la han fijado en tal sitio, a fin de que sea objeto de registro por el Notario en el Acto de Nacimiento de cada uno de los compañeros y el Libro de Varios.

Estas inscripciones tienen las mismas características de todo registro, con la particularidad de ser facultativos y poderse efectuar individual o bilateralmente. La eficacia probatoria no va más allá de demostrar el hecho inscrito.

3.3.1.3. Relaciones familiares. Como medio para la constitución de la familia extramatrimonial o de hecho la unión marital de hecho produce efectos que establecen relaciones con todos sus miembros, según el caso: aparentales, parentales y de afinidad.

La relación aparental es la que no es constitutiva de parentesco de exclusiva relación formal, puede ser marital o de afinidad; la relación marital es el vínculo entre los sujetos de la pareja, y la relación de afinidad de facto es la existencia entre los involucrados en una unión marital de hecho y los consanguíneos legítimos o ilegítimos - del otro, es la llamada anteriormente afinidad ilegítima.

Por permitir la unión marital de hecho la procreación de los hijos se establece por lo mismo la relación de parentesco de consanguinidad extramatrimonial, y con la adopción el parentesco civil, y de una y otra relación se desprenden importantes y variados efectos.

3.3.1.4. Apellidos de Compañeros. Por una parte la unión marital de hecho no altera los apellidos de los compañeros, pero aquí hay que diferenciar el establecimiento de la utilización de los apellidos.

El establecimiento de los apellidos le corresponde direc-

tamente a la Ley, y ésta ni establece general (D. 1260 de 1.970) y especialmente (L. 54 de 1.990) nada sobre el particular, por lo que acertadamente se concluye la inalterabilidad de los apellidos de los compañeros, porque al no generarse un estado civil ni ser modificado un estado, tampoco puede ser impuesto el deber, ni consagrar el derecho que uno de los miembros de la pareja, especialmente la compañera, vaya a asumir y emplear el apellido del otro compañero.

3.3.1.5. Deberes, Derechos y Responsabilidades. Entre los compañeros permanente van a existir efectos familiares que no tienen regulación explícita pero que se infieren de su naturaleza. Como son el deber del débito marital, fidelidad marital, vida común o comunidad de vida, respeto familiar, socorro y ayuda mutua . Además de ciertos efectos externos o con relación de la sociedad, como es su publicidad y el presupuesto de oponibilidad marital.

4. REGIMEN ECONOMICO DE LA UNION MARITAL DE HECHO

La sociedad patrimonial de la unión marital de hecho tiene su origen en la unión de hecho y la sociedad de hecho entre los llamados concubinos, aparece legalmente por primera vez con la Ley 54 de 1.990, que en los Artículos 2º y 8º consagra la sociedad patrimonial en la unión marital de hecho a semejanza de la sociedad conyugal del matrimonio, es la regulación de los efectos económicos de dicha unión.

Dicha sociedad patrimonial es la comunidad económica especial de ganancias establecidas por la Ley para los compañeros permanentes, como tal tiene una duración efímera, con mayor inestabilidad que la sociedad conyugal, y se extiende desde su nacimiento especial hasta su disolución a la cual se sigue en estado de indivisión diferente.

Tiene una naturaleza jurídica peculiar, porque puede afirmarse que es un objeto común especial; es un objeto común porque no es una persona jurídica sino una simple unión común al igual que la sociedad conyugal y su referencia per

sonal es típicamente económica, no tiene personalidad jurídica, aunque se denomina "sociedad" no lo es tal en el sentido jurídico por no provenir de la voluntad de las partes sino de la Ley, que no la consagra como persona Jurídica. Es un ente, razón por la cual no es un sujeto de derecho, por lo que no puede ser titular de relaciones jurídicas, ni de derechos, obligaciones y responsabilidades jurídicas. Es más bien una masa común, distinta de los patrimonios propios de cada uno de los compañeros; la masa social está formada por los elementos patrimoniales activos y pasivos que por fundarse en el esfuerzo comunitario hacia las ganancias, la Ley los destina para que los compañeros permanentes por partes iguales participen de esas ganancias; los patrimonios propios de los compañeros son ajenos a esa comunidad de esfuerzos y ganancias, y les pertenece y aprovecha sólo a ello y están destinados a ser compartidos por la pareja.

La sociedad patrimonial se diferencia de la sociedad de hecho en que la primera es establecida, reglada y de contenido global por la Ley, e incondicionada a la explotación económica común, en cambio la sociedad de hecho es de creación voluntaria, regulada y limitada en su contenido por los hechos y condicionada plenamente a la existencia y características de la explotación común. Pero las sociedades se semejan en cuanto a su dependencia de la unión marital de hecho, su carencia de personalidad jurídica y au

tonomía patrimonial, falta de certeza jurídica, ambas requieren reconocimiento jurídico, si fuere el caso voluntario.

Entre la sociedad conyugal y la sociedad estudiada existen también semejanzas y diferencias; en cuanto a las primeras, las dos tienen regulación normativa o fundamento legal. La Ley 54 de 1.990 regula el nacimiento, composición, existencia, disolución de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y después prescribe categóricamente - que "a la liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes se aplicarán las normas contenidas en el Libro 4º, Título XXII, Capítulo I a VI del Código Civil", o sea, los Artículos 1771 a 1841 referentes a las capitulaciones matrimoniales y sociedad conyugal.

Dicha semejanza normativa tiene como fin de ofrecer en forma clara e inequívoca certeza jurídica a la pareja unida y a los terceros, además por la similitud funcional de las dos instituciones, como lo son en lo económico y familiar.

Las diferencias estriban en que la sociedad patrimonial al contrario de la sociedad conyugal no contempla el régimen de dote y donaciones por causa marital, esto por exclusión expresa; tampoco se estructura ni nace de la misma forma porque no se constituye ipso jure, ni inmediatamente, no

se administra ni se compone de igual forma, ya que la iniciación siempre es posterior a la unión y no contempla ciertos activos y pasivos así como tampoco todas las características de las cargas familiares; y difieren en las causas de disolución referentes a la separación de hecho y de bienes.

4.1. CONSTITUCION DE LA SOCIEDAD DE BIENES

El hecho jurídico que estructura y da origen a la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes tiene naturaleza fáctica, no es una fecha o una época de iniciación social sino que es en sí mismo un hecho originario que determina la existencia de la sociedad.

La constitución o nacimiento de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes exige ciertas condiciones que le van a otorgar certeza jurídica necesaria, que son la presunción de sociedad patrimonial y la declaración judicial.

El presupuesto indispensable que la Ley toma para construir la presunción legal de la sociedad patrimonial es una unión marital de hecho específica, es un presupuesto especial para distinguir la unión marital de hecho como institución familiar de la sociedad patrimonial como efecto eco

nómico de esa unión, sino también restringir dicha sociedad únicamente a ciertas uniones maritales de hecho que reúnan los requisitos.

Entonces, debe existir una unión marital de hecho debidamente probada, pero por su naturaleza no es probable su prueba directa por su intimidad y privacidad de su materialización, también es cierto que tienden a exteriorizarse y manifestarse hasta llegar a ser pública; por resultar contra el orden público y las buenas costumbres es necesario acudir a la prueba directa especialmente a los testimonios, siendo admisible también los otros medios ordinarios y especiales consagrados en el Código de Procesamiento Civil, así lo establece el Artículo 4º de la Ley 54 de 1.990; que deben ser analizados en conjunto conforme a las reglas de la sana crítica.

Esa convivencia marital debe haberse materializado en territorio colombiano, y ante la falta de normatividad expresa sobre el particular es preciso regularse por el régimen común.

La unión estudiada debe contener seriedad patrimonial, o sea requisito de eficiencia jurídica marital, que no es más que la cualidad jurídica de la unión marital de hecho que crea la vinculación jurídica patrimonial de aquella es

tablecida objetivamente; ese estado jurídico marital se compone del interés serio patrimonial que representa, que debe ser social y específico, esto es, patrimonial en ciertas condiciones.

El interés social patrimonial indica la vocación general de tipo económico que tiene toda unión marital, efectivamente la Ley 54 de 1.990 en su Artículo 2º establece la presunción de "Sociedad patrimonial entre compañeros permanentes", simplemente está supliendo la voluntad de éstos, o sea, regulando lo que habrían querido ordinariamente de haberlo hecho; pero con esa presunción solo se está consagrando una vocación genérica, abstracta y general de toda unión marital hacia una consecución de efectos de orden económico a través de una sociedad patrimonial.

Como ya se anotó anteriormente el interés debe ser específico o especial por la sociedad patrimonial para que ésta surja, y se concreta en los requisitos de plazo bienal e idoneidad de formación patrimonial establecidos en la Ley.

El plazo de dos años que establece la Ley como factor de seriedad patrimonial habilita a la unión marital de hecho para que genere la sociedad patrimonial; consiste en la necesidad legal de que toda unión marital de hecho tenga una duración mínima de dos años, sea cual fuere la situa-

ción particular de cada caso en concreto. En la primera hipótesis de pareja "sin impedimento legal para contraer matrimonio" se exige que "exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años" como dice el Literal a. del Artículo 2º de la Ley 54 de 1.990; al igual que en la segunda hipótesis de pareja con dicho impedimento - porque también se exige que "exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años" según el Literal b. del mismo Artículo citado.

Con ese requisito temporal el Legislador le niega a esa unión el efecto inmediato de generar una sociedad patrimonial, esto impide que se emplee la unión marital de hecho como medio o instrumento para obtención de intereses y beneficios económicos y proteger a terceros contra la posibilidad de fraudes surgidos con falsas o dolosas uniones maritales de hecho. También se persigue la estabilidad de una sociedad patrimonial como consecuencia protectora de la unión marital para beneficio de los compañeros permanentes, y la Ley estima que esa seriedad y estabilidad se consigue en un plazo mínimo de dos años, porque según los usos y la costumbre es la duración necesaria para que la pareja se forme, se consolide y proyecte la vida familiar, además de desarrollar una vida cierta e indefinida en el tiempo..

El plazo de dos años se computa en forma continua en la duración de ese lapso, su fecha final será la del mismo día de la iniciación de los dos años siguientes, teniendo en cuenta la certeza de aquella y la vigencia temporal de la Ley 54 de 1.990.

La fijación del plazo bienal no obedece al interés particular de la pareja de queden regulados por un régimen social patrimonial que los beneficie, sino al interés de la sociedad en general de ser establecida esa sociedad patrimonial en aquella unión de hecho, que se estime será en este campo. De allí que inicialmente se le dé prevalencia al interés privado para permitirle dentro de las capitulaciones maritales hacer las modificaciones pertinentes, pero una vez comenzado el plazo, su imperatividad se queda en el interés público citado.

La fecha inicial es la de la iniciación de la unión marital siempre que sea dentro de la vigencia de la Ley 54 de 1.990, esto es del 31 de Diciembre de 1.990; antes de la vigencia de la citada Ley no le es aplicable para el cómputo del plazo.

Las uniones maritales establecidas bajo la vigencia de la legislación anterior y que habían permanecido estables con cierta duración, inferior, igual o superior a dos años y

podieron existir el 31 de Diciembre de 1.990; siguiendo el principio de irretroactividad de las leyes civiles la normatividad de la Ley citada no se aplica para el período desarrollado antes del 31 de Diciembre de 1.990 para el cual aún no tenía existencia jurídica. Esa etapa quedará cobijada por la legislación vigente de la época que no había establecido legalmente la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y por lo tanto era totalmente indife- y carente de toda trascendencia jurídica las uniones maritales de hecho y la duración que hubiesen tenido.

Las uniones que se han iniciado y desarrollado dentro de la vigencia de la norma, o sea, desde el 31 de Diciembre de 1.990, y aquellas que se han iniciado antes pero que su duración ha penetrado dentro de la mencionada vigencia, le es aplicable la Ley 54, pero cobijando única y exclusivamente el plazo que haya tenido y transcurrido en la unión marital de hecho desde el 31 de Diciembre de 1.990.

Se trata de un plazo marital y calendario, anual con sus respectivas consecuencias.

La condición inequívoca de la viabilidad marital es la inexistencia de otro patrimonio social. Esto quiere decir que la sociedad patrimonial sólo puede formarse entre personas que no estén casadas entre sí o con terceras per

sonas, en la relación única de personas con impedimento matrimonial siempre y cuando la sociedad o sociedades anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho; la relación única de casados entre sí pero legalmente con sociedad conyugal pendiente, como ocurre con los matrimonios ineficaces en Colombia por su celebración en el extranjero por personas casadas ante la Ley Colombiana.

El otro requisito primordial para la constitución de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes es la declaración judicial que de ninguna manera puede exonerarse porque resulta indispensable para que dicha sociedad adquiera certeza y eficacia jurídica. Dicho requisito se encuentra consagrado en el Artículo 2º de la Ley 54 de 1990 cuando dice "se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y ha lugar a declararle judicialmente en cualquiera de los siguientes casos..."

Una vez declarada judicialmente la sociedad patrimonial en la unión marital de hecho produce efectos retroactivos a la fecha en que según la Ley sustancial debe entenderse la iniciación de la sociedad patrimonial, que coincide con la iniciación de la unión marital de hecho, debido a la naturaleza declarativa mencionada.

La oportunidad para obtener la declaración judicial oscila entre la constitución social y el límite de la prescripción.

4.2. VIGENCIA Y DISOLUCION DE LA SOCIEDAD PATRIMONIAL

La sociedad patrimonial está compuesta por un activo social que es el segmento positivo o útil del patrimonio , producto de la comunidad de esfuerzo destinado a ser partido entre sus titulares; un activo bruto representado por el conjunto de bienes que realmente existen en el momento de la disolución de la sociedad patrimonial, pertenecientes a cada uno de los compañeros permanentes y con carácter social, como las adquisiciones en virtud del trabajo o esfuerzo personal, los frutos y rendimientos de bienes sociales, propios o de terceros, las adquisiciones a título oneroso, los incrementos materiales e inmateriales, muebles en poder de los compañeros al momento de la disolución, los bienes que debieron adquirirse durante la sociedad, los bienes aportados en las capitulaciones maritales. El pasivo se integra por las deudas de los compañeros frente a terceros, o sea, las cargas familiares, las deudas para adquisiciones legales sociales, cargas usufructuarias, el pasivo interno son las deudas sociales que asume la sociedad frente a uno o ambos compañeros permanentes, el pasivo propio son las deudas para beneficio particular y por

lo tanto no hacen parte de la sociedad patrimonial y de ella no participan tampoco los compañeros.

La administración de la sociedad patrimonial de la unión marital de hecho se encuentra sujeta a régimen positivo correspondiente a la sociedad conyugal.

La existencia de la sociedad patrimonial es efímera, su temporalidad va desde el fenómeno exacto de su nacimiento y terminación social; como mínimo ya se vio que es de dos años y como máximo la ocurrencia de la muerte de uno de los compañeros.

Para su terminación no requiere precisamente la declaración judicial, pero una vez terminada la unión se requerirá declaración judicial de existencia y disolución de la sociedad patrimonial. Obviamente para su terminación debe existir.

Las causas de disolución de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes son determinados por la Ley, según lo expresado por el Artículo 5º de la Ley 54 de 1.990 son "... a) Por la muerte de uno o ambos compañeros; b) Por el matrimonio de uno o ambos compañeros con personas distintas de quienes forman parte de la sociedad patrimonial; c) Por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes

elevado a escritura pública; d) Sentencia judicial.

La muerte real o presunta, es la causa obvia para la disolución de una sociedad patrimonial. El matrimonio celebrado entre los compañeros entre sí o con terceros, debe tener validez jurídica para constituirse en causal porque de lo contrario la sociedad patrimonial seguirá vigente, y cuando es entre compañeros permanentes.

Como negocio jurídico puede ser disuelto por mutuo consentimiento, para lo cual deben tener sus titulares capacidad, voluntad, objeto o legitimación y debe efectuarse por escritura pública, sin necesidad de procedimiento notarial especial ni de intervención judicial. Y mediante la intervención del Juez también puede disolverse la sociedad patrimonial, solamente con una sentencia dictada en proceso ordinario pertinente para adoptar la decisión de disolución de la sociedad patrimonial, en caso de terminación anormal del proceso por voluntad o acuerdo, transacción, conciliación, desistimiento aprobado por el juez la causa será el mutuo acuerdo y la providencia será un auto.

También la separación de hecho puede ser causal de disolución de la sociedad patrimonial.

CONCLUSIONES

El autor mediante la utilización de técnicas de investigación ha desarrollado el estudio, habiendo conseguido todos y cada uno de los objetivos trazados y llegando a las siguientes conclusiones:

La unión marital de hecho es una institución de Derecho , fundamento céntrico de la familia, con status constitucional y legal, que a diferencia del matrimonio tiene su origen en hechos, que inferidos pueden ser base requerida para la constitución de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes.

Los requisitos y los elementos de la unión marital de hecho y el matrimonio semejan en cuanto a la libertad de los sujetos para formarla, la expresión de su consentimiento, las obligaciones y responsabilidades, por lo que las dos instituciones merecen la misma calidad de estudio jurídico atento y especial.

Solamente la declaratoria judicial que reconoce, previo el

lleno de ciertos y especiales requisitos, la constitución de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes genera efectos jurídicos y económicos.

Con la entrada en vigencia de la Ley 54 de 1.990 se elevó a la sociedad de bienes con origen en la unión marital de hecho, a las mismas condiciones jurídicas y sociales de la sociedad conyugal originada en la celebración del vínculo matrimonial.

BIBLIOGRAFIA

CODIGO CIVIL Y LEGISLACION COMPLEMENTARIA. Bogotá- Colombia; Legis Editores S.A. 1.986.

FIERRO MENDEZ, Heliodoro. La Sociedad de Bienes en las - Uniones de Hecho y de Derecho, Apuntes de Referencia. Santa fé de Bogotá; ECOE Ediciones . 1.991.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho de Familia y de Menores. Actualizada con la Nueva Constitución. Santa fé de Bogotá. Librería Jurídica Wilches. Segunda Edición 1991.

SUAREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. Bogotá- Colombia; Editorial Temis. I Tomo, 1978.

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo V, Derecho de Familia. Bogotá- Colombia; Editorial Temis. 4ta Edición 1.979.