

CONCEPTO 13 DE 2014

(noviembre)

<Fuente: Archivo Ministerio de Relaciones Exteriores>

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES

CONCEPTO JURIDICO RELATIVO A ESTABLECER EL ALCANCE DE LAS FUNCIONES NOTARIALES DE LOS CÓNSULES REFERENTE A LA DECLARACION DE UNIÓN MARITAL DE HECHO Y SOCIEDAD PATRIMONIAL DE PAREJAS DEL MISMO SEXO

Ministerio de Relaciones Exteriores
Oficina Jurídica Interna
Grupo Interno de Asuntos Legales
Bogotá D.C.,

I. INTRODUCCIÓN:

Este documento contiene un análisis jurídico de cara a la consulta elevada por la Coordinadora del Grupo Interno de Trabajo de Asuntos Consulares en torno a establecer el alcance de las funciones notariales que ejercen los cónsules, y si éstos concretamente tienen la potestad de tomar manifestación para declarar la unión marital de hecho y sociedad patrimonial de las parejas del mismo sexo en el exterior. Para lo cual se desarrollará el siguiente marco metodológico: 1) Marco normativo de la Unión Marital de Hecho en general; 2) Del alcance de la sentencia C-075 de 2007 en relación a las uniones maritales de hecho de parejas del mismo sexo-; 3) Del alcance de las funciones notariales de los cónsules-; 4) Conclusiones.

II. ANÁLISIS JURÍDICO:

1. Marco normativo de la Unión Marital de Hecho en general:

El marco jurídico que regula las Uniones Maritales de Hecho, encuentra su base en lo establecido en el artículo [42](#) la Constitución Política que dispone: "La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por yínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla (...)" (Subraya fuera del texto).

De conformidad con lo anterior, en los apartes subrayados del precitado artículo reposa el régimen de la unión marital de hecho, de donde se obtiene su raigambre constitucional y como se puede inferir, se tiene que, fue plenamente reconocida y avalada por la Norma Superior que rige el ordenamiento jurídico colombiano.

Tales disposiciones fueron desarrolladas por la Ley 54 de 1990 "por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes", que contiene el desarrollo legal en general de las Uniones Maritales de Hecho y las Sociedades de la misma naturaleza, así como su régimen patrimonial.

"Artículo 1o. 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."

De lo anterior, es necesario establecer que para la conformación de ésta clase de uniones, es preciso cumplir con tres requisitos o elementos⁽¹⁾, los cuales han sido desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Corte Constitucional, entre otras fuentes así:

1. Existencia de una comunidad de vida;
2. La singularidad
3. La permanencia en el tiempo,

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Civil, expresó lo siguiente:

(...)"Se extrae que los únicos requisitos a tener en cuenta para declarar la unión marital de hecho, que lleva implícita la ausencia de vínculo solemne entre las partes, son: Una comunidad de vida, que no es otra cosa que la concatenación de actos emanados de la voluntad libre y espontánea de los compañeros permanentes, con el fin de aunar esfuerzos en pos de un bienestar común. No depende por lo tanto de una manifestación expresa o el cumplimiento de algún formalismo o ritual preestablecido, sino de la uniformidad en el proceder de la pareja que responde a principios básicos del comportamiento humano, e ineludiblemente conducen a predicar que actúan a la par como si fueran uno solo, que coinciden en sus metas y en lo que quieren hacia el futuro, brindándose soporte y ayuda recíprocos. La misma presupone la conciencia de que forman un núcleo familiar, exteriorizado en la convivencia y la participación en todos los aspectos esenciales de su existencia, dispensándose afecto y socorro, guardándose mutuo respeto, propendiendo por el crecimiento personal, social y profesional del otro. Conlleva también obligaciones de tipo alimentario y de atención sexual recíproca. Las decisiones comunes también se refieren a la determinación de si desean o no tener hijos entre ellos, e incluso acoger los ajenos, fijando de consuno las reglas para su crianza, educación y cuidado personal, naturalmente con las limitaciones, restricciones y prohibiciones del ordenamiento jurídico.(...) La singularidad, en virtud de la cual no hay campo para compromisos alternos de los compañeros permanentes con terceras personas, toda vez que se requiere una dedicación exclusiva al hogar que se conforma por los hechos, ya que la pluralidad desvirtúa el concepto de unidad familiar que presuponen esta clase de vínculos. Además, con este requisito se pretende evitar la simultaneidad entre sociedades conyugales y de hecho, o varias de estas, no sólo por razones de moralidad sino también para prevenir una fuente inacabable de pleitos, según lo expuesto en la ponencia para el primer debate de la citada Ley 54 de 1990. No obstante, tal restricción no puede confundirse con el incumplimiento al deber de fidelidad mutuo que le es inmanente al acuerdo libre y espontáneo de compartir techo y lecho, toda vez que la debilidad de uno de ellos al incurrir en conductas extraordinarias que puedan ocasionar afrenta a la lealtad exigida respecto de su compañero de vida, no tiene los alcances de finiquitar lo que ampara la ley. En otras palabras no se permite la multiplicidad de uniones maritales, ni mucho menos la coexistencia de una sola con un vínculo matrimonial en el que no estén separados de cuerpos los cónyuges. Sin embargo, cuando hay claridad sobre la presencia de un nexo doméstico de hecho, los simples actos de infidelidad no logran desvirtuarlo, ni se constituyen en causal de disolución del mismo, que sólo se da con la separación efectiva, pues, como toda relación de pareja no le es ajeno el perdón y la reconciliación.(...) La permanencia, elemento que como define el DRAE atañe a la "duración firme, constancia, perseverancia, estabilidad, inmutabilidad" que se espera del acuerdo de convivencia que da origen a la familia, excluyendo de tal órbita los encuentros esporádicos o estadías que, aunque prolongadas, no alcanzan a generar los lazos necesarios para entender que

hay comunidad de vida entre los compañeros. La ley no exige un tiempo determinado de duración para el reconocimiento de las uniones maritales, pero obviamente "la permanencia (...) debe estar unida, no a una exigencia o duración o plazo en abstracto, sino concretada en la vida en común con el fin de poder deducir un principio de estabilidad que es lo que le imprime a la unión marital de hecho, la consolidación jurídica para su reconocimiento como tal". (Subraya fuera del texto).

Así mismo, el compendio de la Ley 54 de 1990, se ocupó de los efectos patrimoniales de las uniones estudiadas, por lo que, es importante señalar que, con la existencia de la unión marital de hecho, se presume la sociedad patrimonial entre compañeros, en efecto, el artículo 211 de la misma Ley 54 de 1990, que fue modificado por el artículo 1 de la Ley 979 de 2005 "Por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 54 de 1990 y se establecen unos mecanismos ágiles para demostrar la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales entre compañeros permanentes", señaló los eventos en los cuales se presume la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 1o. El artículo 2o de la Ley 54 de 1990, quedará así:

Artículo 2o. Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos:

- a) Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio;
- b) Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho.

Los compañeros permanentes que se encuentren en alguno de los casos anteriores podrán declarar la existencia de la sociedad patrimonial acudiendo a los siguientes medios:

1. Por mutuo consentimiento declarado mediante escritura pública ante Notario donde dé fe de la existencia de dicha sociedad y acrediten la unión marital de hecho y los demás presupuestos que se prevén en los literales a) y b) del presente artículo.
2. Por manifestación expresa mediante acta suscrita en un centro de conciliación legalmente reconocido demostrando la existencia de los requisitos previstos en los literales a) y b) de este artículo." (Subraya fuera del texto).

A su vez, el artículo 4 de la Ley 54 de 1990, modificado por el artículo 2 de la Ley 979 de 2005, en cuanto a la forma de declarar la existencia de la unión marital de hecho, dispuso lo siguiente:

"ARTÍCULO 2o. El artículo 41 de la Ley 54 de 1990, quedará así:

Artículo 4o. 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."

En relación con el primer mecanismo que consiste en declarar la unión marital de hecho por escritura pública ante Notario, es menester indicar que 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" (Decreto 960 de 1970, art. [13](#)).

Por consiguiente, los compañeros permanentes comparecerán ante el notario que escojan y harán la declaración de que se hallan en unión marital y el tiempo que llevan en ella, el notario procederá a la extensión escrita de la declaración, seguidamente por parte de los compañeros permanentes se dará aceptación y por último el notario dará su aprobación mediante su firma y ordenara que se incorpore al respectivo protocolo.

2. Del alcance de la Sentencia C-075 del 2007, en relación las uniones maritales de hecho de parejas del mismo sexo.

Si bien es cierto, el artículo 1 de la Ley 54 de 1990, define la unión marital la formada por un hombre y una mujer, de conformidad con lo expuesto en la sentencia C-075 de 2007⁽²⁾, la Corte Constitucional dio un giro jurisprudencial a la forma como se venía concibiendo el trato a las parejas del mismo sexo, y los efectos que éstas producirían, así es que en esta sentencia se 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 del mismo sexo, así:

"(...) En ese escenario, para la Corte, la ausencia de protección en el ámbito patrimonial para la pareja homosexual resulta lesiva de la dignidad de la persona humana, es contraria al derecho al libre desarrollo de la personalidad y comporta una forma de discriminación proscrita por la Constitución.

(...) El régimen de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificado por la Ley 979 de 2005, en la medida en que se aplica exclusivamente a las parejas heterosexuales y excluye de su ámbito a la pareja homosexuales, resulta discriminatorio. Así, no obstante las diferencias objetivas que existen entre los dos tipos de pareja, y las específicas consideraciones que llevaron al legislador del año 1990 a establecer este régimen de protección, fundadas en la necesidad de proteger a la mujer y a la familia, no es menos cierto que hoy por hoy puede advertirse que la parejas homosexuales presentan requerimientos análogos de protección y que no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado. A la luz de los anteriores criterios y sin desconocer el ámbito de configuración del legislador para la adopción, en proceso democrático y participativo, de las modalidades de protección que resulten más adecuadas para los requerimientos de los distintos grupos sociales, encuentra la Corte que es contrario a la Constitución que se prevea un régimen legal de protección exclusivamente para las parejas heterosexuales y por consiguiente se declarará 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 allí previsto también se aplica a las parejas homosexuales. Quiere esto decir que la pareja homosexual que cumpla con las condiciones previstas en la ley para las uniones maritales de hecho, esto es la comunidad de vida permanente y singular, mantenida por un periodo de al menos dos años, accede al régimen de protección allí dispuesto, de manera que queda amparada por la presunción de sociedad patrimonial y sus integrantes pueden, de manera individual o conjunta, acudir a los

medios previstos en la ley para establecerla cuando así lo consideren adecuado.T (Subraya fuera del texto).

Así las cosas, y para dar cumplimiento a lo establecido en el mencionado pronunciamiento, la Superintendencia de Notariado y Registro, expidió instrucción administrativa No. 10 con el fin de dar a conocer a notarios del país el pronunciamiento hecho por la Corte Constitucional y, en consecuencia, procedieran a realizar el respectivo trámite de declarar la unión marital de hechos de parejas del mismo sexo, en este sentido manifestó lo siguiente:

"(...)En este orden de ideas, teniendo en cuenta que la Ley 54 de 1990, modificada por la Ley 979 de 2005, preceptúa que uno de los medios por el cual los compañeros permanentes podrán declarar la existencia de la unión marital de hecho, así como declarar la existencia y disolución de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, es el mutuo consentimiento elevado a escritura pública ante Notario, esta Superintendencia solicita a los Señores Notarios, estará lo dispuesto por la Honorable Corte Constitucional y, en consecuencia, autorizar las escrituras públicas declarativas de estos hechos, entre parejas homosexuales, siempre y cuando se acrediten los presupuestos previstos en la ley(4). (Subraya fuera del texto).

Es claro pues que, con ocasión de la sentencia de constitucionalidad C-075 de 2007, se erigió una nueva concepción de las uniones maritales de hecho, tanto que la Corporación mencionada, ordenó extender la regulación de las uniones maritales de hecho y sus efectos, de las parejas conformadas por un hombre y una mujer, a las parejas conformadas por personas del mismo sexo.

3. Del alcance de las funciones notariales de los cónsules:

En relación con las funciones en cabeza de los Consulados, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares del 24 de abril de 1963, que entró en vigencia en Colombia con la Ley [17](#) de 1971, dispuso en el artículo [5](#), lo siguiente:

"Artículo [50](#). FUNCIONES CONSULARES Las funciones consulares consistirán en:

(...)

f) actuar en calidad de notario, en la de funcionario de registro civil, y en funciones similares y ejercitar otras de carácter administrativo, siempre que no se opongan las leyes y reglamentos del Estado receptor,

En este mismo sentido, el Decreto [3355](#) de 2009 "Por medio del cual se modifica la estructura del Ministerio de Relaciones Exteriores y se dictan otras disposiciones" señala:

"ARTÍCULO [23](#). CONSULADOS. Sin perjuicio de las funciones establecidas en la Convención de Viena de 1963, son funciones permanentes de los consulados, las siguientes:

(...)

4. Actuaren calidad de Notario, de funcionario de Registro Civil en funciones similares y ejercitar otras de carácter administrativo.

(...)~.

De los anteriores apartes se evidencia que, los Cónsules Colombianos tienen sobre sí, la función

de obrar en calidad de Notarios en lo que se refiere a los actos de registro, autenticación y escrituración.

Mediante concepto No. 35099 del 10 de julio de 2009, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, advirtió en punto de establecer el alcance de las funciones notariales lo siguiente: "El Decreto 1260 de 1970 en su artículo [118](#) numeral 2, faculta expresamente a los funcionarios consulares de la República de Colombia para llevar el registro del estado civil en el respectivo país, como una forma de apoyo a los colombianos allí domiciliados o residentes. Debe quedar claro que los cónsules de Colombia en el exterior desarrollan algunas funciones notariales, fundamentalmente de registro, autenticación y escrituración, en los eventos en que la ley expresamente los faculta para ello. Los Cónsules no pueden por ejemplo, así los Notarios lo puedan hacer, celebrar matrimonios, conocer de divorcios o adelantar liquidación de sucesiones, ya que la ley no les concedió expresamente tal facultad en las normas particulares para cada caso. (...)"

Así las cosas, y en punto de establecer el alcance de las funciones registrales en cabeza de los cónsules, es preciso señalar que tal función fue asignada por la Ley [962](#) de 2005 "por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos", que en su artículo [77](#), estableció:

Artículo [77](#). Racionalización del registro civil de las personas, Modifíquese el artículo [118](#) del Decreto-ley 1260 de 1970, modificado por el artículo [10](#) del Decreto 2158 de 1970, el cual quedará así:

'Artículo [118](#). Son encargados de llevar el registro civil de las personas:

1. Dentro del territorio nacional los Registradores Especiales, Auxiliares y Municipales del Estado Civil.

La Registraduría Nacional del Estado Civil podrá autorizar excepcional y fundadamente, a los Notarios, a los Alcaldes Municipales, a los corregidores e inspectores de policía, a los jefes o gobernadores de los cabildos indígenas, para llevar el registro del estado civil.

2. En el exterior los funcionarios consulares de la República.

Parágrafo. La Registraduría Nacional del Estado Civil podrá establecer la inscripción de registro civil en clínicas y hospitales, así como en instituciones educativas reconocidas oficialmente, conservando la autorización de las inscripciones por parte de los Registradores del Estado Civil". (Subraya fuera del texto).

Debido a lo anterior, es claro que, las funciones notariales asignadas en cabeza de los cónsules, son las propias del registro, entre otras similares cuya competencia fue asignada por la Convención de Viena de 1963 y por el Decreto [3355](#) de 2009 de la estructura del Ministerio de Relaciones Exteriores, de forma privativa, sin que se pueda realizar una interpretación extensiva en punto de inferir que las demás funciones notariales también sean delegadas en cabeza de los cónsules.

3) De las conclusiones:

Por lo expuesto se concluye que, tanto la unión marital de hecho formada por un hombre y una

mujer y las formadas por parejas del mismo sexo tienen la misma protección legal y constitucional en el ordenamiento jurídico colombiano, de manera que, dicha unión genera las mismas consecuencias que la unión marital de hecho de hombre y mujer, una de orden personal que, comprende lo relativo al vínculo marital, deberes, derechos y responsabilidades entre los compañeros permanentes y otra relativa a los efectos patrimoniales, relacionado con los derechos de orden económico.

Si bien es cierto, los Cónsules de acuerdo a la normativa señalada pueden ejercer ciertas funciones notariales, lo cierto es que por remisión expresa a la regulación propia de las uniones maritales de hecho, esto es, la Ley 54 de 1990 modificada por la Ley 979 de 2005, que concentra nuestra atención, advirtió en su artículo 411 numeral 111, la necesidad de declarar la existencia de la unión referida ante notario. Con lo que se debe entender, que éste funcionario público es quien ostenta la facultad legal para declarar la existencia de tales uniones, de manera privativa, pues el ordenamiento jurídico colombiano no cuenta con regulación alguna en punto de establecer cuales funciones de registro en específico están delegadas en cabeza de los cónsules, por lo que, el intérprete de las normas no debe buscar significado diferente al que realmente tiene.

En conclusión, la competencia de declarar la unión marital de hecho recae únicamente sobre los Notarios Públicos y no se puede extender a los cónsules colombianos porque tales solo tienen competencia en los eventos que la ley expresamente les asigna, por tal motivo no tienen potestad de declarar la unión marital de hecho porque la ley que regula la materia no expreso dicha posibilidad.

III. ALCANCE DEL CONCEPTO

Por último, es pertinente señalar que los conceptos tienen el carácter que les atribuye el artículo [28](#) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley [1437](#) de 2011), es decir, no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.

NOTAS AL FINAL:

1. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez, sentencia de 5 de agosto de 2013, Exp. 7300131100042008-00084-02.
2. Sentencia Corte Constitucional C-075 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.
3. En concordancia ver Sentencia C-811 de 2007, C-336 de 2008, C-[029](#) de 2009, T-911 de 2009, T-051 de 2010 y C-283 de 2011, en donde por vía jurisprudencial se le han reconocido derechos a las parejas del mismo sexo.
4. Superintendencia de Notariado y Registro, Instrucción Administrativa No.10 de 2007.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Ministerio de Relaciones Exteriores

ISSN 2256-1633

Última actualización: 30 de septiembre de 2024 - (Diario Oficial No. 52.869 - 4 de septiembre de 2024)

