

preciso decidir si el incumplimiento es de tal entidad que amerite la destrucción del negocio.

De ser resuelto el contrato, quizás deba estudiarse lo relativo al restablecimiento de la situación antecedente, pues esa debe ser consecuencia lógica de la resolución.

## V. EXISTENCIA DE UNIÓN MARITAL DE HECHO Y SOCIEDAD PATRIMONIAL ENTRE COMPAÑEROS PERMANENTES

La unión marital de hecho es la que forma una pareja, hombre y mujer o dos personas del mismo sexo<sup>145</sup>, que hacen comunidad de vida permanente y singular, a los cuales la ley cataloga como “*compañeros permanentes*” (Ley 54 de 1990, art. 1°).

Por expresa disposición legal (Ley 54 de 1990), la unión marital de hecho engendra vínculos semejantes a los derivados del matrimonio<sup>146</sup>, entre los cuales merece destacarse el relativo a la incubación de una sociedad patrimonial entre los compañeros permanentes (Ley 54 de 1990, art. 2, modificado por la Ley 979 de 2005, art. 1°), en virtud de la cual pertenece a ambos por partes iguales “*el patrimonio o capital producto del trabajo, ayuda y socorro mutuos*” (Ley 54 de 1990, art. 3°). Por consiguiente, si bien la sociedad patrimonial se origina en la unión marital de hecho, son dos conceptos distintos, por lo que bien puede existir unión marital sin sociedad patrimonial.

---

145. La Corte Constitucional declaró exequible la definición legal de unión marital de hecho, a condición de que se entienda extendida a las parejas del mismo sexo. Véase Sentencia C-075 de febrero 7 de 2007, M. P. RODRIGO ESCOBAR.

146. Del matrimonio surgen diversos derechos y obligaciones entre los cónyuges, según el régimen sustancial (CC, art. 113).

Al cabo de dos años de convivencia, la unión marital de hecho y la sociedad patrimonial que se presume formada por los compañeros permanentes pueden ser declaradas por estos, de consuno, mediante escritura pública (*Ley 54 de 1990, art. 4.1, modificado por la Ley 979 de 2005, art. 2*) o en audiencia celebrada en centro de conciliación (*Ley 54 de 1990, art. 4.2, modificado por la Ley 979 de 2005, art. 2*).

A falta del consenso para declararla, cualquiera de los compañeros permanentes puede provocar que se reconozca por sentencia judicial la existencia de la unión marital y la sociedad patrimonial, aun después de su disolución<sup>147</sup> (*Ley 54 de 1990, art. 4.3, modificado por la Ley 979 de 2005, art. 2, y art. 6-1, modificado por la Ley 979 de 2005, art. 4*). En esta hipótesis la reclamación debe cursar siempre por el procedimiento verbal, dado que se trata de un asunto sin cuantía y no hay disposición legal que lo someta a trámite especial (*CGP, art. 368*). Conviene advertir, sin embargo, que la sociedad patrimonial es incompatible con la sociedad conyugal, por lo que no puede constituirse mientras alguno de los compañeros conserve una sociedad conyugal no disuelta. Solo puede formarse después de la disolución de la sociedad conyugal preexistente de alguno de los compañeros permanentes<sup>148</sup> (*Ley 54 de 1990, art. 2b, modificado por la Ley 979 de 2005, art. 1º*).

---

147. Según La ley 54 de 1990 (art. 5), modificada por la Ley 979 de 2005 (art. 3), la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes se disuelve por la manifestación de ellos en escritura pública o en acta de conciliación, por la muerte de alguno de ellos, o por sentencia judicial. A decir verdad, lo que la disuelve no es la sentencia judicial, sino la separación definitiva de los compañeros permanentes, sólo que en esta hipótesis será necesario que por decisión judicial se precise la fecha de inicio de la sociedad patrimonial y la de su disolución.

148. Es bueno recordar que la disposición legal supeditaba la formación de la sociedad patrimonial a que hubiese transcurrido un año desde la disolución de la sociedad conyugal. Pero la frase que aludía a ese término de un año fue declarada inexecutable por la CORTE CONSTITUCIONAL, mediante sentencia C-193 de 2016, M. P. LUIS VARGAS.

### C. SUJETOS DE LA PRETENSIÓN

En vida de los compañeros puede formular la demanda solo uno de ellos en contra del otro.

Fallecido alguno, el proceso puede ser promovido por el compañero supérstite o por los herederos del fallecido. En el primer caso, serán demandados los herederos del compañero difunto, y en el segundo lo será el cónyuge que sobreviva.

Muertos ambos compañeros, el pleito tendrá que ventilarse entre los herederos de uno y otro.

### D. COMPETENCIA

Cuando ninguna de las partes goce de fuero<sup>149</sup>, la competencia para conocer de este proceso corresponde al juez de familia<sup>150</sup> (CGP, art. 22.20). Por el factor territorial el asunto corresponde al juez del domicilio del demandado<sup>151</sup> (CGP, art. 28.1) o el del domicilio común anterior mientras el demandante lo conserve (CGP, art. 28.2-1).

---

149. Recuérdese que existe fuero a favor de los diplomáticos acreditados ante el gobierno colombiano (CGP, art. 30.6).

150. Es bueno recordar que los procesos que la ley asigna al juez de familia en primera instancia, deben ser adelantados por el juez civil del circuito en todos los circuitos en los que no haya juez de familia (CGP, art. 20.6).

151. Cuando no se conozca domicilio ni residencia del demandado en Colombia, la competencia puede recaer en el juez del domicilio o residencia del demandante (CGP, art. 28.1).

## E. DEMANDA

Como la unión marital y la sociedad patrimonial solo pueden declararse si la comunidad de vida ha durado siquiera dos años (*Ley 54 de 1990, art. 2*), parece obvio que el actor precise en la demanda la fecha en la que comenzó; y si ya se disolvió, también la fecha en que ello ocurrió.

Cuando alguno de los compañeros haya tenido antes sociedad conyugal, es preciso señalar la fecha de su disolución para asegurar la formación de la sociedad patrimonial por la unión marital.

## E. MEDIDAS CAUTELARES

En este proceso pueden ser adoptadas diversas medidas cautelares, así:

### 1-. Cautelas personales

a)-. Dejar a los hijos al cuidado de uno de los compañeros permanentes o de ambos, o de un tercero (*CGP, art. 598.5b*). De más está decir que esta medida cabe solo cuando haya hijos comunes que sean incapaces.

b)-. El examen corporal de la compañera para establecer o descartar el embarazo, con el propósito de evitar la suposición de parto (*CGP, art. 598.5d*).

c)- Cualquiera otra medida necesaria para evitar que se produzcan actos de violencia intrafamiliar o para hacer cesar sus efectos, o para proteger a la pareja o a las personas en condición de debilidad como las de tercera edad o los incapaces (*CGP, art. 598.5f*).

Por último, es bueno precisar que si la sociedad patrimonial se forma de facto por la convivencia permanente y singular, la separación definitiva de los compañeros la disuelve también de hecho, pues por definición para que subsista es necesario que la convivencia continúe.

### **A. OBJETO DE LA PRETENSIÓN**

El actor persigue que el juez declare que entre los compañeros existe o existió unión marital y que se formó sociedad patrimonial por haber permanecido dos años o más en comunidad permanente y singular. Se trata, entonces, de una pretensión netamente declarativa.

Si la convivencia subsiste y además de la declaración de existencia el actor pide que el juez decrete la disolución, esta pretensión adicional busca alterar la situación original, por lo que se cataloga como constitutiva.

### **B. CAUSA DE LA PRETENSIÓN**

De la declaración que se pide es causa la comunidad de vida permanente y singular entre los compañeros permanentes por tiempo no inferior a dos años, sin el concurso de sociedad conyugal formada por alguno de los compañeros.

Si se pide adicionalmente la disolución de la sociedad patrimonial, la causa de esta consiste en el simple deseo del actor de romper la comunidad de vida.

## 2-. Cautelas reales

a)-. Fijación de cuota alimentaria (*CGP, art. 598.5c*). Hay lugar a decretar esta medida cuando alguno de los compañeros carezca de lo necesario para su sostenimiento y el otro esté en condiciones de suministrarlo<sup>152</sup>, o cuando haya hijos comunes que requieran alimentos. Desde la admisión de la demanda el juez tiene el deber de regular la obligación alimentaria entre los compañeros y respecto de los hijos comunes (*CGP, art. 387-4*). En tanto el juez fije cuota alimentaria y el obligado rehúse pagarla, el acreedor puede constreñirlo a cumplir mediante proceso ejecutivo que se tramita en el mismo expediente (*CGP, art. 387-5*).

b)-. Embargo y secuestro de bienes. Estas cautelas pueden recaer sobre bienes de la masa social o sobre bienes propios de cada compañero según el objetivo que con ellas se persiga, como se explica a continuación.

Si apuntan a asegurar el cumplimiento de la obligación alimentaria a cargo de uno de los compañeros y a favor del otro o de los hijos (*CGP, art. 598.5e*), el embargo y secuestro pueden recaer sobre bienes sociales o sobre bienes propios del obligado, o incluso sobre los ingresos pendientes de percibir, como los salarios aún no devengados. Aquí las medidas gozan de cierta prelación por estar ligadas a la efectividad de un crédito privilegiado (*CC, arts. 2494 a 2496*).

---

152. Conviene tener en cuenta que el precepto que circunscribía a los cónyuges la obligación alimentaria (*CC, art. 411.1*) fue examinado por la Corte Constitucional en Sentencia C-1033 de 2002, M. P. JAIME CÓRDOBA. En dicho fallo la Corte declaró exequible la disposición, pero a condición de entenderse que la obligación es igualmente predicable de los compañeros permanentes que forman unión marital de hecho. Y en Sentencia C-029 de 2009, M. P. RODRIGO ESCOBAR, condicionó su exequibilidad a que se entienda que la obligación se extiende a las parejas del mismo sexo que forman unión marital de hecho.

Pero si, en cambio, están encaminadas a garantizar la integridad de la masa social, solo pueden recaer sobre bienes que pertenezcan a la sociedad patrimonial<sup>153</sup> (CGP, art. 598.1), lo que excluye los bienes propios de cada compañero y sus ingresos aún no percibidos. Con dicho propósito los ingresos de cada compañero son inmunes al embargo hasta cuando hayan entrado en su patrimonio, ya sea como derechos reales o como derechos de crédito.

Conviene advertir que cuando la finalidad de los embargos y secuestros consista en asegurar la integridad de la masa social, exhiben una categoría inferior, pues deben ceder ante los embargos que se ordenen en procesos ejecutivos. Claro está que en tanto se levanten estos, automáticamente se restablecen los que se habían practicado en el proceso de declaración de la sociedad patrimonial (CGP, art. 598.2).

### G. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y EXCEPCIONES

Es previsible que el demandado alegue en contra de la demanda hechos como los siguientes:

a-. Que está ausente alguno de los requisitos para la formación de la unión marital: permanencia o singularidad.

b-. Que no pudo formarse sociedad patrimonial gracias a la subsistencia de una sociedad conyugal anterior.

---

153. Recuérdese que pertenecen a la sociedad solo los bienes adquiridos como producto del trabajo, ayuda y socorro mutuos (Ley 54 de 1990, art. 3).

c-. Que el derecho a pedir la declaración judicial de la sociedad patrimonial prescribió por haber transcurrido más de un año desde la disolución de la unión por separación definitiva, matrimonio con algún tercero o fallecimiento (*Ley 54 de 1990, art. 8*)<sup>154</sup>. A dicho propósito es bueno recordar que la formulación de la demanda puede impedir que se consolide la prescripción, interrumpiéndola desde la fecha de su presentación, si se logra notificar al demandado el auto admisorio dentro del año siguiente a su notificación por estado (*CGP, art. 94*).

## H. TEMA Y CARGA DE LA PRUEBA

En principio lo único relevante para resolver la demanda es la convivencia de la pareja durante dos años siquiera, en forma permanente y singular. Sin embargo, si el demandado ha alegado la preexistencia de sociedad conyugal o la prescripción, seguramente es preciso averiguar por la fecha en la que se disolvió aquella o la fecha de la separación definitiva, el matrimonio o el fallecimiento para el conteo del término (*Ley 54 de 1990, art. 8*).

La carga de la prueba en este proceso corresponde en principio a la parte que alegue cada hecho. Sin embargo, la singularidad de la convivencia es un hecho indefinido y, por consiguiente, está exento de prueba y corresponde a quien lo niega (el demandado) demostrar la pluralidad de relaciones de pareja. Así mismo, si el demandado

---

154. Conviene advertir que la prescripción prevista en la Ley 54 de 1990 (art. 8) recae sobre el derecho a pedir la declaratoria de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, su disolución y liquidación, pero no sobre el derecho de pedir la declaración de la unión marital de hecho. A dicho propósito es bueno recordar que, según la jurisprudencia, el último es imprescriptible. Véase CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, Sentencia STC-1163 de febrero 6 de 2014, M. P. FERNANDO GIRALDO, Expediente 11001020300020140015300.

alega la prescripción por el transcurso de más de un año desde la separación definitiva, la indefinición de este hecho obliga a pensar que está exento de prueba y corresponde al demandante la carga de desvirtuar la prescripción.

## I. LA SENTENCIA Y SUS EFECTOS

A partir de las características de la convivencia aducida en la demanda, y quizás constatada en el proceso, se deberá definir en el fallo si existió unión marital y se formó sociedad patrimonial entre los compañeros permanentes. Claro está que bien puede ser declarada la existencia de la unión marital y a la vez negada la de la sociedad patrimonial.

Si no se ha podido constatar la comunidad de vida por el tiempo necesario, la demanda deberá fracasar íntegramente. En caso contrario, es decir, si se ha corroborado la convivencia prolongada de la pareja, puede ser declarada la unión marital, pero eso no implica reconocer la sociedad patrimonial, pues pudo haber impedimento para que esta se formara, o consolidarse la prescripción<sup>155</sup> del derecho a pedir su declaración. En estas hipótesis el juez debería declarar la unión marital y, a la vez, negar el reconocimiento de la sociedad patrimonial.

De haberse establecido la convivencia por el tiempo adecuado, con ausencia de impedimento para formar sociedad patrimonial y de prescripción, la sentencia que reconozca la existencia de unión marital y sociedad patrimonial debe precisar la fecha desde la cual nació y, en caso de estar disuelta, también la fecha de su ruptura. A dicho

---

155. Recuérdese que la prescripción solo puede reconocerse si ha sido oportunamente alegada por el interesado (CGP, art. 282-2).

propósito es bueno advertir que si bien es necesario que la convivencia dure siquiera dos años para que pueda ser declarada la existencia de la unión marital y de la sociedad patrimonial, es claro que esta surge a partir del inicio de la comunidad de vida. Por lo tanto, si la convivencia ha durado tres años, ese es el tiempo de vigencia de la unión marital y de la consecuente sociedad patrimonial, aunque solo al cabo de los dos primeros años haya podido alegarse y declararse, pues lo cierto es que la sociedad nace cuando empieza la comunidad de vida.

Ahora bien, declarar por sentencia judicial la existencia de la unión marital y la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes no obliga a decretar su disolución, pues nada impide que la pareja desee mantener la comunidad de vida.

Sin embargo, si el actor ha pedido también la disolución, el juez debe disponerlo así para que se proceda a su liquidación por el trámite respectivo<sup>156</sup> (CGP, arts. 501, 507 a 512 y 523). Lo mismo se debería hacer si, a pesar de no haber solicitado expresamente la disolución, se percibe necesario para proteger a la pareja o a personas en condición de debilidad, o para prevenir litigios futuros de la misma clase, dado que está autorizado para decidir ultra y extrapetita<sup>157</sup> (CGP, art. 281 par. 1º), lo que quiere decir que puede pronunciarse sobre temas no

---

156. El trámite de la liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes se explicará en el tomo VI de esta obra, junto al proceso de liquidación de sociedad conyugal.

157. E. VILLAMIL PORTILLA. “Escolios teóricos acerca del principio de congruencia” XXXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2015, pp. 326 y 327. El autor advierte sobre el peligro que entraña la autorización que da la ley de pronunciar sentencias ultra y extrapetita y propone una interpretación restrictiva de dicho precepto. En sentido similar J. GIRALDO CASTAÑO. “Principales reformas introducidas a los procedimientos en materia de familia por el código general del proceso”, XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2015, p. 260.

planteados en la demanda ni en la contestación, a condición de que hayan sido controvertidos en el proceso<sup>158</sup>.

---

158. De más está decir que decidir con fundamento en hechos no controvertidos constituye violación del derecho de defensa.