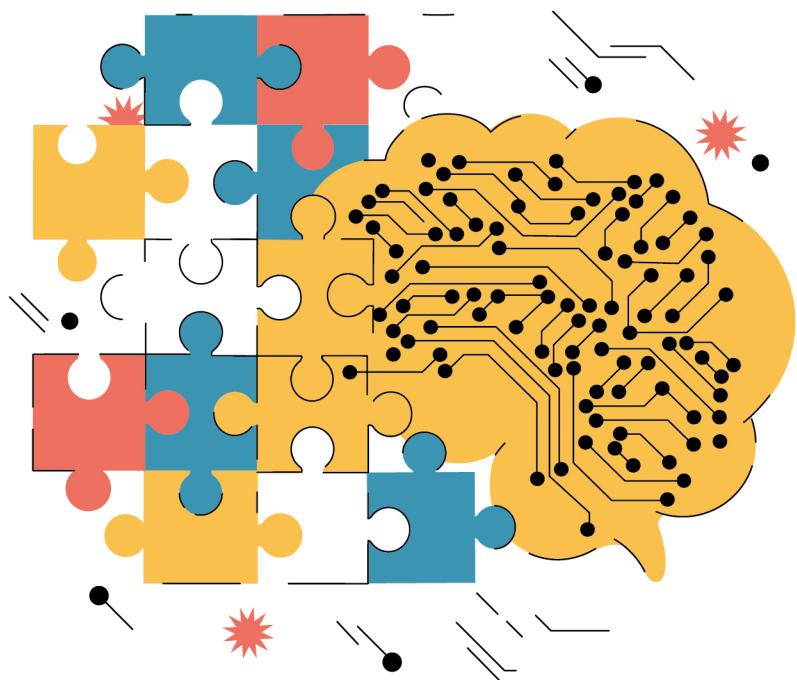


25

DERECHO

Divertimentos jurídicos

Tomo II



Guillermo Montoya Pérez


Editorial
EAFIT

Divertimentos jurídicos

Tomo II

Guillermo Montoya Pérez



Montoya Pérez, Guillermo , 1952-2021

Divertimentos jurídicos : tomo II / Guillermo Montoya Pérez – Medellín : Editorial EAFIT, 2025.
119 p. ; 27 cm. – (Cuadernos Z).

ISBN: 978-958-720-991-4

ISBN: 978-958-720-993-8 (versión PDF)

ISBN: 978-958-720-992-1 (versión EPUB)

1. Patrimonio (Derecho) – Colombia. 2. Matrimonio – Legislación - Colombia. 3. Derecho de familia – Colombia. 4. Derecho civil - Colombia. I. Tít. II. Serie.

346.861015 cd 23 ed.

M798

Universidad EAFIT - Centro Cultural Biblioteca Luis Echavarría Villegas

Divertimentos jurídicos. Tomo II

Primera edición: octubre de 2025

© Guillermo Montoya Pérez

© Editorial EAFIT

Carrera 49 No. 7 sur – 50. Medellín, Antioquia

<http://www.eafit.edu.co/editorial>

Correo electrónico: obraseditorial@eafit.edu.co

ISBN: 978-958-720-991-4

ISBN: 978-958-720-993-8 (versión PDF)

ISBN: 978-958-720-992-1 (versión EPUB)

DOI: <https://doi.org/10.17230/9789587209914lr0>

Edición: Marcel René Gutiérrez

Diseño y diagramación: Margarita Rosa Ochoa Gaviria

Corrección de textos: Christian Alexander Martínez Guerrero

Imagen de carátula: www.freepik.es

Universidad EAFIT | Vigilada Mineducación. Reconocimiento como Universidad: Decreto Número 759, del 6 de mayo de 1971, de la Presidencia de la República de Colombia. Reconocimiento personería jurídica: Número 75, del 28 de junio de 1960, expedida por la Gobernación de Antioquia. Acreditada institucionalmente por el Ministerio de Educación Nacional hasta el 2026, mediante Resolución 2158 emitida el 13 de febrero de 2018

Prohibida la reproducción total o parcial, por cualquier medio o con cualquier propósito, sin la autorización escrita de la editorial

Editado en Medellín, Colombia

Contenido

Introducción	13
¿Qué es un divertimento?.....	13
De unas razones propias	13
De un claro objetivo racional	14
Primera parte: Patrimonio	15
1. Elementos que componen un patrimonio jurídico	17
1.1 Posición de la doctrina colombiana.....	19
1.2 Análisis concreto en el ordenamiento jurídico colombiano	19
2. Elementos que conforman la prenda general de los acreedores	21
3. A manera de síntesis	27
4. Contenido de la facultad que distingue a los derechos reales	29
Segunda parte: Derecho de familia	33
1. Concurrencia de patrimonios conyugales y de estos con los patrimonios maritales.....	35
1.1 Introducción	35
1.1.1 Un punto de partida	35
1.1.2 Fundamento normativo de las tesis planteadas	35
1.1.3 Una tesis opuesta.....	36
1.2 Del patrimonio conyugal	37
1.2.1 Concepto	37
1.2.2 Del patrimonio conyugal en Colombia.....	38
1.2.3 Límites espaciales y temporales del patrimonio conyugal	39

1.2.3.1 Límites espaciales	39
1.2.3.1.1 Matrimonios celebrados en Colombia.....	41
1.2.3.1.2 Matrimonios celebrados en el exterior.....	42
1.2.3.2 Límites temporales	46
1.2.4 De la disolución del patrimonio conyugal en Colombia.....	47
1.2.4.1 La vía consecuencial.....	47
1.2.4.2 La vía directa	48
1.2.5 Análisis de dos textos legales.....	48
1.2.5.1 Artículo 25 de la Ley 1 de 1976.....	48
1.2.5.2 Artículo 2082 del Código Civil.....	50
1.2.6 Conclusión.....	52
1.3 De la relación patrimonial entre compañeros permanentes	52
1.3.1 Concepto	52
1.3.2 De la relación patrimonial entre compañeros permanentes en Colombia.....	53
1.3.2.1 Del concepto de presunción	53
1.3.2.2 Del contenido del artículo 2 de la Ley 54 de 1990.....	54
1.3.2.3 De los elementos a probar para establecer la relación patrimonial entre compañeros permanentes en Colombia.....	54
1.3.2.3.1 La unión marital de hecho.....	54
1.3.2.3.2 La oportunidad y forma de adquisición de los bienes	55
1.3.2.3.3 De la disolución de la relación patrimonial entre compañeros permanentes.....	57
1.3.2.3.3.1 La muerte de uno o ambos compañeros	57
1.3.2.3.3.2 El matrimonio de uno o ambos compañeros con terceras personas	57
1.3.2.3.3.3 Mutuo consentimiento expresado ante notario mediante escritura pública.....	58
1.3.2.3.3.4 Mutuo consentimiento expresado ante conciliador mediante acta	58
1.3.2.3.3.5 Por sentencia judicial.....	58

1.3.3 Conclusiones	58
1.4 Conclusiones finales.....	59
2. Concurrencia de titulares frente a los derechos económicos familiares	61
2.1 Derechos relacionados con la comunidad de bienes	62
2.2 Derecho de herencia	64
2.3 Derecho de porción conyugal.....	65
2.4 Derecho de alimentos	65
2.5 Derechos relacionados con la pensión de vejez.....	66
2.6 A modo de conclusión	68
 Tercera parte: Sujetos jurídicos	69
1. Los sujetos jurídicos en el ordenamiento jurídico colombiano	71
1.1 Del sujeto jurídico corporal individual, otrora llamado “persona natural”	71
1.1.1 Otorgamiento y duración de la sujetividad	71
1.1.2 De los atributos y su análisis crítico	72
1.1.3 De los llamados para-atributos	72
1.1.4 De los derechos, obligaciones y garantías	73
1.2 Del sujeto jurídico corporal individual que está por nacer: <i>nasciturus</i>	74
1.2.1 Otorgamiento y duración de la sujetividad	74
1.2.2 De los atributos y su análisis crítico	75
1.2.3 De los llamados para-atributos	75
1.2.4 De los derechos, obligaciones y garantías	75
1.3 Del sujeto jurídico incorporal llamado por el Código Civil “corporación”.....	76
1.3.1 Del otorgamiento y duración de la sujetividad	76
1.3.2 De los atributos y su análisis crítico	76
1.3.3 De los llamados para-atributos	77
1.3.4 De los derechos, obligaciones y garantías	78

1.4 Del sujeto jurídico incorporal llamado por el Código Civil “fundación”	78
1.4.1 Del otorgamiento y duración de la sujetividad	78
1.4.2 De los atributos y su análisis crítico	78
1.4.3 De los llamados para-atributos	79
1.4.4 De los derechos, obligaciones y garantías	79
1.5 Del sujeto jurídico incorporal llamado por el Código Civil “sociedad”	79
1.5.1 Del otorgamiento y duración de la sujetividad	79
1.5.2 De los atributos y su análisis crítico	80
1.5.3 De los llamados para-atributos	81
1.5.4 De los derechos, obligaciones y garantías	81
1.6 Del sujeto jurídico incorporal llamado por el Código de Comercio “fiducia mercantil”	82
1.6.1 Del otorgamiento y duración de la sujetividad	82
1.6.2 De los atributos y su análisis crítico	82
1.6.3 De los llamados para-atributos	83
1.6.4 De los derechos, obligaciones y garantías	83
1.7 Del sujeto jurídico incorporal llamado por el Código Civil y el Código General del Proceso “sucesión o herencia”	84
1.7.1 Del otorgamiento y duración de la sujetividad	84
1.7.2 De los atributos y su análisis crítico	84
1.7.3 De los llamados para-atributos	85
1.7.4 De los derechos, obligaciones y garantías	85
2. De la capacidad de ejercicio de los sujetos (visión general de la Ley 1996 de 2019)	87
2.1 Breve recuento histórico	87
2.1.1 Código Civil de 1887	88
2.1.2 Ley 28 de 1932.....	89
2.1.3 Decreto 2820 de 1974.....	89
2.1.4 Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006)	90

2.1.5 Ley 1306 de 2009.....	90
2.1.6 Ley 1996 de 2019.....	91
2.2 Análisis de la Ley 1996 de 2019.....	92
2.2.1 Antecedentes	92
2.2.2 Contenido de la Ley	92
2.2.2.1 Capítulo I: Disposiciones generales	92
2.2.2.2 Capítulo II: Mecanismos para el ejercicio de la capacidad legal y para la realización de los actos jurídicos	93
2.2.2.3 Capítulo III: Acuerdos de apoyo para la celebración de actos jurídicos.....	93
2.2.2.4 Capítulo IV: Directivas anticipadas	94
2.2.2.5 Capítulo V: Adjudicación judicial de apoyos	96
2.2.2.6 Capítulo VI: Personas de apoyo.....	103
2.2.2.7 Capítulo VII: Actos jurídicos sujetos a registro	104
2.2.2.8 Capítulo VIII: Régimen de transición	104
2.2.2.9 Capítulo IX: Derogatorias, modificaciones y disposiciones finales.....	105
Cuarta parte: Codificación	109
1. De un proyecto de reforma a la codificación de derecho privado	111
2. De un llamado a la cordura	113
3. De una posición personal: La visión de Montoya	115
Referencias	117

Índice de figuras

Figura 1. Patrimonio de un sujeto jurídico en sentido amplio.....	17
Figura 2. Patrimonio de un sujeto jurídico limitado a aspectos monetarios	18
Figura 3. Patrimonio de un sujeto jurídico limitado a las posiciones de ventaja	18
Figura 4. Patrimonio de un sujeto jurídico limitado a las posiciones de ventaja con contenido monetario.....	19
Figura 5. Reglas de representación de menores de edad según Decreto 2820 de 1974	90

Índice de tablas

Tabla 1. Análisis comparativo del marco normativo.....	21
Tabla 2. Nuevos bienes inembargables según el marco normativo.....	24
Tabla 3. Nuevos bienes inembargables de acuerdo con el Código General del Proceso.....	25
Tabla 4. Acciones permitidas a los diferentes tipos de acreedores	32
Tabla 5. Adjudicación de apoyos a petición del titular del acto	96
Tabla 6. Adjudicación de apoyos a petición de otro sujeto distinto al titular del acto	99
Tabla 7. Precisiones sobre la modificación o terminación de la adjudicación judicial de apoyos.....	102
Tabla 8. Modificación al Código Civil	105

Dedico esta labor, como señal de agradecimiento, al doctor Juan Luis Mejía Arango, rector de la Universidad EAFIT, de quien tuve, durante todo su mandato rectoral, el apoyo incondicional para las actividades académicas y de quien recibí, siempre, un trato personal inmerecido.

Como está escrito, en letras de oro, “Honrar, honra”.

*Gracias, señor rector**

* Se decidió mantener la redacción original de esta dedicatoria como un homenaje a la memoria del autor.

Introducción

En el texto *Breves comentarios sobre diversos aspectos de derecho privado: Veintidós (15+7) divertimentos jurídicos*, publicado por la Editorial EAFIT en el año 2019, se explicó el significado de un divertimento y se establecieron las razones y objetivos para publicar tales comentarios. Es necesario, con el fin de ubicar al lector, reiterar lo dicho, así:

¿Qué es un divertimento?

El *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española señala que “divertimento”, expresión italiana, equivale a “divertimiento”. El divertimento es una forma musical de estilo desenfadado y alegre; tuvo su auge en el siglo XVIII. Dice también el diccionario que se denomina divertimento a la obra artística o literaria cuyo principal objetivo es divertir.

¿Es posible un divertimento jurídico? La respuesta, a pesar del acartonamiento de muchos operadores jurídicos, es positiva. Se pueden crear divertimentos jurídicos que permitan sonreír gracias a su contenido: ora por la contundencia, ora por la perplejidad, ora por el atrevimiento.

De unas razones propias

Hay varios motivos para hacer público el contenido de este texto de derecho privado:

- La primera, la pasión por la docencia; los alumnos han de tener la oportunidad de leer y controvertir las tesis del viejo profesor que se revela contra lo tradicional.
- La segunda, la necesidad de avivar el debate abierto; los contradictores tienen el derecho a conocer las tesis en la fuente misma y bajo la responsabilidad del autor que las expresa.
- La tercera, el sentimiento de aprecio con los posibles contradictores; el dicho contra el dicho es un divertimento de academia que regocija la vida, el sueño y la esperanza.
- Otras razones existen en la génesis del texto, pero con las dichas basta.

De un claro objetivo racional

Se busca con el texto convocar a todos los operadores jurídicos al análisis de su contenido con miras a que se abandonen criterios erróneos o para aceptar la novedad, si la hubiere, y para combatir, a muerte si se quiere, las tesis planteadas.

Primera parte: Patrimonio

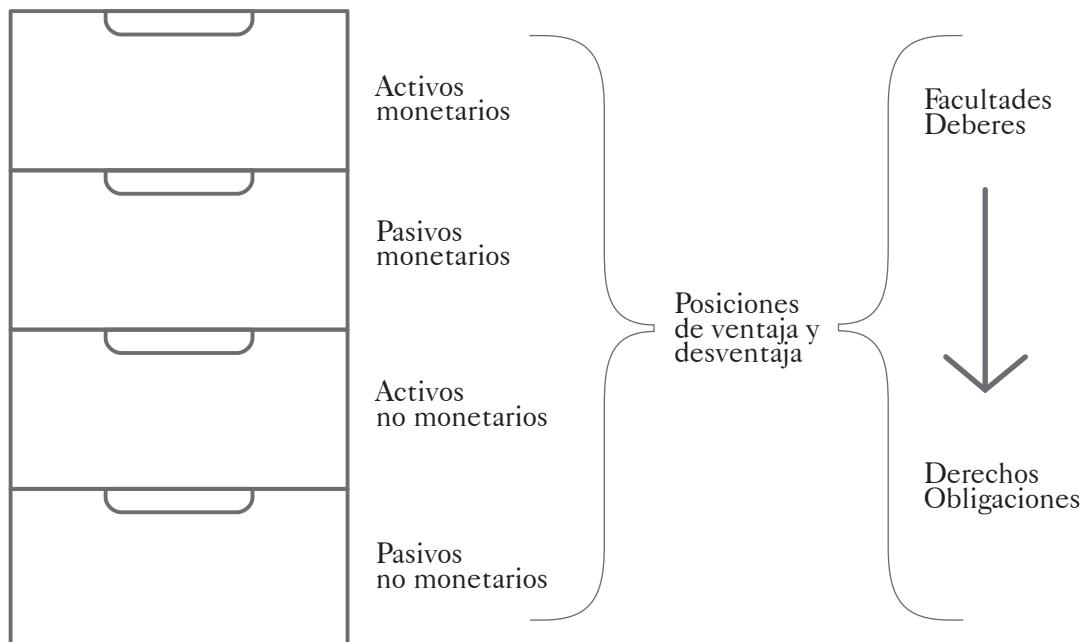
1. Elementos que componen un patrimonio jurídico

Ante la pregunta, ¿cuáles elementos componen un patrimonio jurídico?, hay un conjunto variopinto de respuestas:

Primera: el patrimonio de un sujeto jurídico es un receptáculo amplio donde se encuentran todas las posiciones de ventaja y desventaja, todos los derechos y todas las obligaciones que en un momento determinado se precisan respecto de aquel sujeto sin distinguir si tales aspectos pueden o no valorarse monetariamente.

Para mejor comprensión de la respuesta, basta mirar la siguiente gráfica:

Figura 1. Patrimonio de un sujeto jurídico en sentido amplio

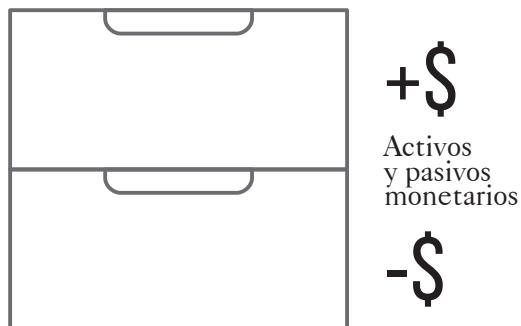


Fuente: Elaboración propia.

Segunda: el patrimonio de un sujeto jurídico es un receptáculo limitado a los aspectos monetarios que en un momento determinado se puedan precisar respecto de aquel sujeto, sean activos o pasivos.

Para mejor comprensión de la respuesta, se puede recurrir a la siguiente gráfica:

Figura 2. Patrimonio de un sujeto jurídico limitado a aspectos monetarios

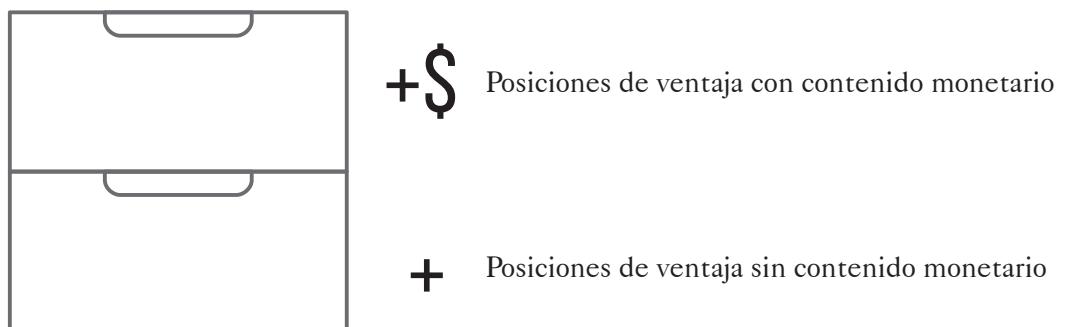


Fuente: Elaboración propia.

Tercera: el patrimonio de un sujeto jurídico es un receptáculo limitado a las situaciones de ventaja, sean o no valorables monetariamente.

Para mejor comprensión de la respuesta, se puede recurrir a la siguiente gráfica:

Figura 3. Patrimonio de un sujeto jurídico limitado a las posiciones de ventaja



Fuente: Elaboración propia.

Cuarta: el patrimonio de un sujeto jurídico es un receptáculo limitado a los aspectos monetarios que en un momento determinado se precisan respecto de aquel, pero solo a los activos.

Para mejor comprensión de la respuesta, se puede recurrir a la siguiente gráfica:

Figura 4. Patrimonio de un sujeto jurídico limitado a las posiciones de ventaja con contenido monetario



Fuente: Elaboración propia.

1.1 Posición de la doctrina colombiana

La doctrina colombiana se mueve entre las cuatro respuestas anotadas con una marcada tendencia hacia la segunda, esto es, considera que el patrimonio es el conjunto de activos y pasivos siempre y cuando admitan ser valorados monetariamente.

1.2 Análisis concreto en el ordenamiento jurídico colombiano

Si se recorre el Código Civil colombiano en los temas de liquidación de corporaciones y fundaciones, sucesiones, liquidación de comunidades, entre estas, las conyugales y las maritales; si se recorre el Código de Comercio en materia de liquidación de sociedades y si, finalmente, se recorren las normas tributarias, hay que concluir que, para el ordenamiento jurídico colombiano, el patrimonio del sujeto jurídico es un receptáculo limitado solo a los activos de contenido monetario. No de otra manera se pueden entender las expresiones de patrimonio bruto y patrimonio líquido dejando por fuera del concepto de patrimonio los aspectos correspondientes a los pasivos.

Las diversas normas del ordenamiento jurídico atrás referidas encajan en la consideración romana que expresaba: *Bona non intelligentur nisi, deductio aere alieno*, esto es, “el patrimonio es lo que queda, una vez deducido el dinero ajeno”.

2. Elementos que conforman la prenda general de los acreedores

El artículo 2488 del Código Civil señala:

Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1677.¹

La norma transcrita permite afirmar que por expreso mandato del legislador hay algunos activos, valorables monetariamente, que no hacen parte de la prenda general de los acreedores por tener el carácter de inembargables. En consecuencia, se debe precisar que la prenda general de los acreedores no es el patrimonio del deudor como se afirma, ligeramente, desde muchos años atrás. La prenda general se contrae solo a los bienes que pueden ser embargados y secuestrados. El acreedor no puede perseguir todos los bienes del deudor; conociendo los bienes inembargables se puede afirmar que los demás son los susceptibles de ser perseguidos por los acreedores.

El Código Civil se refiere en el artículo 1677 a los bienes no embargables y esta norma ha sido modificada tanto por el Código de Procedimiento Civil como por el Código General del Proceso. A continuación, se presenta el análisis comparativo de los tres estatutos en lo pertinente:

Tabla 1. Análisis comparativo del marco normativo

Artículo 1677 del Código Civil	Artículo 684 del Código de Procedimiento Civil	Artículo 594 del Código General del Proceso	Código Sustantivo del Trabajo
Numeral 1.º: “Las dos terceras partes del sueldo, renta o pensión que por su empleo, oficio, profesión o cualquier otro motivo goce el deudor”.	Numeral 5.º: “Los salarios y las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales o particulares, en la proporción prevista en las leyes respectivas. La inembargabilidad no se extiende a los salarios y prestaciones legalmente enajenados”.	Numeral 6.º: “Los salarios y las prestaciones sociales en la proporción prevista en las leyes respectivas. La inembargabilidad no se extiende a los salarios y prestaciones legalmente enajenados”.	Artículos 154, 155, 156 y 344. ²

¹ Congreso de los Estados Unidos de Colombia. *Diario oficial nro. 2867. Ley 84 de 1873: Código Civil de los Estados Unidos de Colombia.* (31 de mayo de 1873).

² Las normas citadas son del siguiente tenor:

Artículo 1677 del Código Civil	Artículo 684 del Código de Procedimiento Civil	Artículo 594 del Código General del Proceso	Código Sustantivo del Trabajo
Numeral 2.º: “El lecho del deudor, el de su mujer, los de los hijos que viven con él y a sus expensas, y la ropa necesaria para el abrigo de todas estas personas”.	Numeral 10.º: “Los utensilios de cocina y los muebles de alcoba que existan en la casa de habitación de la persona contra quien se decretó el secuestro, y las ropas de la familia que el juez considere indispensables, a menos que el crédito provenga del precio del respectivo bien”.	Numeral 11.º: “El televisor, el radio, el computador personal o el equipo que haga sus veces, y los elementos indispensables para la comunicación personal, los utensilios de cocina, la nevera y los demás muebles necesarios para la subsistencia del afectado y de su familia, o para el trabajo individual, salvo que se trate del cobro del crédito otorgado para la adquisición del respectivo bien. Se exceptúan los bienes suntuarios de alto valor”.	
Numeral 3.º: “Los libros relativos a la profesión del deudor, hasta el valor de doscientos pesos y a la elección del mismo deudor”. Derogado en virtud de la Sentencia C-318 de 2007.			
Numeral 4.º. “Las máquinas e instrumentos de que se sirve el deudor para la enseñanza de alguna ciencia o arte hasta dicho valor y sujetos a la misma elección”. Derogado en virtud de la Sentencia C-318 de 2007.			

-
- Artículo 154 C. S. T. “Regla General. No es embargable el salario mínimo legal o convencional”.
 - Artículo 155 C. S. T. “Embargo parcial del excedente. El excedente del salario mínimo mensual solo es embargable en una quinta parte”.
 - Artículo 156 C. S. T. “Excepción a favor de cooperativas y pensiones alimenticias. Todo salario puede ser embargado hasta en un cincuenta por ciento (50%) en favor de cooperativas legalmente autorizadas, o para cubrir pensiones alimenticias que se deban de conformidad con los artículos 411 y concordantes del Código Civil”.
 - Artículo 344 C. S. T. “Principio y excepciones:
 - * Son inembargables las prestaciones sociales, cualquiera que sea su cuantía.
 - * Exceptúanse de lo dispuesto en el inciso anterior los créditos a favor de las cooperativas legalmente autorizadas y los provenientes de las pensiones alimenticias a que se refieren los artículos 411 y Concordantes del Código Civil, pero el monto del embargo o retención no puede exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor de la prestación respectiva”.

Artículo 1677 del Código Civil	Artículo 684 del Código de Procedimiento Civil	Artículo 594 del Código General del Proceso	Código Sustantivo del Trabajo
Numeral 5.º: “Los uniformes y equipos de los militares, según su arma y grado”.	Numeral 7.º: “Los uniformes y equipos de los militares”.	Numeral 8.º: “Los uniformes y equipos de los militares”.	
Numeral 6.º: “Los utensilios del deudor artesano o trabajador del campo, necesarios para su trabajo individual”.	Numeral 11.º: “Los utensilios, enseres e instrumentos necesarios para el trabajo individual de la persona contra quien se decretó el secuestro, a juicio del juez, con la salvedad indicada en el numeral anterior”.	Numeral 11.º: “El televisor, el radio, el computador personal o el equipo que haga sus veces, y los elementos indispensables para la comunicación personal, los utensilios de cocina, la nevera y los demás muebles necesarios para la subsistencia del afectado y de su familia, o para el trabajo individual, salvo que se trate del cobro del crédito otorgado para la adquisición del respectivo bien. Se exceptúan los bienes suntuarios de alto valor”.	
Numeral 7.º: “Los artículos de alimento y combustible que existan en poder del deudor, hasta concurrencia de lo necesario para el consumo de la familia, durante un mes”.	Numeral 12.º: “Los artículos alimenticios y el combustible para el sostenimiento de la persona contra quien se decretó el secuestro y de su familia durante un mes, a criterio del juez”.	Numeral 12.º: “El combustible y los artículos alimenticios para el sostenimiento de la persona contra quien se decretó el secuestro y de su familia durante un (1) mes, a criterio del juez”.	
Numeral 8.º: “La propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente”.	Numeral 13.º: “Los objetos que posean fiduciariamente”.		
Numeral 9.º: “Los derechos cuyo ejercicio es enteramente personal, como los de uso y habitación”.	Numeral 14.º: “Los derechos personalísimos e intransferibles, como los de uso y habitación”.	Numeral 13.º: “Los derechos personalísimos e intransferibles”.	
		Numeral 14.º: “Los derechos de uso y habitación”.	

Fuente: elaboración propia con base en el marco normativo.

El Código de Procedimiento Civil y el Código General del Proceso señalaron nuevos bienes inembargables no relacionados en el artículo 1677 del Código Civil, así:

Tabla 2. Nuevos bienes inembargables según el marco normativo

Artículo 684 del Código de Procedimiento Civil	Artículo 594 del Código General del Proceso
Numeral 1.º: “Los de uso público”.	
<p>Numeral 2.º: “Los destinados a un servicio público cuando éste se preste directamente por un departamento, una intendencia, una comisaría, un distrito especial, un municipio o un establecimiento público, o por medio de concesionario de éstos; pero es embargable hasta la tercera parte de los ingresos del respectivo servicio, sin que el total de embargos que se decretén exceda de dicho porcentaje.</p> <p>Cuando el servicio lo presten los particulares, podrán embargarse los bienes destinados a él, así como la renta líquida que produzcan, y el secuestro se practicará como el de empresas industriales”.</p>	<p>Numeral 3.º: “Los bienes de uso público y los destinados a un servicio público cuando este se preste directamente por una entidad descentralizada de cualquier orden, o por medio de concesionario de estas; pero es embargable hasta la tercera parte de los ingresos brutos del respectivo servicio, sin que el total de embargos que se decretén exceda de dicho porcentaje.</p> <p>Cuando el servicio público lo presten particulares, podrán embargarse los bienes destinados a él, así como los ingresos brutos que se produzcan y el secuestro se practicará como el de empresas industriales”.</p>
Numeral 3.º: “Las dos terceras partes de la renta bruta de los departamentos, las intendencias, las comisarías, los distritos especiales y los municipios”.	Numeral 16.º: “Las dos terceras partes de las rentas brutas de las entidades territoriales”.
Numeral 4.º: “Las sumas que para la construcción de obras públicas se hayan anticipado o deban anticiparse por las entidades de derecho público a los contratistas de ellas, mientras no hubiere concluido su construcción, excepto cuando se trate de obligaciones en favor de los trabajadores de dichas obras, por salarios, prestaciones e indemnizaciones sociales”.	Numeral 5.º: “Las sumas que para la construcción de obras públicas se hayan anticipado o deben anticiparse por las entidades de derecho público a los contratistas de ellas, mientras no hubiere concluido su construcción, excepto cuando se trate de obligaciones en favor de los trabajadores de dichas obras, por salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones”.
Numeral 6.º: “Las condecoraciones y pergaminos recibidos por actos meritorios”.	Numeral 7.º: “Las condecoraciones y pergaminos recibidos por actos meritorios”.
Numeral 8.º: “Los lugares y edificaciones destinados a cementerios o enterramientos”.	Numeral 9.º: “Los terrenos o lugares utilizados como cementerios o enterramientos”.
Numeral 9.º: “Los bienes destinados al culto religioso”.	Numeral 10.º: “Los bienes destinados al culto religioso de cualquier confesión o iglesia que haya suscrito concordato o tratado de derecho internacional o convenio de derecho público interno con el Estado colombiano”.

Fuente: elaboración propia con base en el marco normativo.

Por su parte, el artículo 594 del Código General del Proceso amplió la lista de bienes inembargables, así:

Tabla 3. Nuevos bienes inembargables de acuerdo con el Código General del Proceso

Artículo 594 del Código General del Proceso
Numeral 1.º: “Los bienes, las rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación o de las entidades territoriales, las cuentas del sistema general de participación, regalías y recursos de la seguridad social”.
Numeral 2.º: “Los depósitos de ahorro constituidos en los establecimientos de crédito, en el monto señalado por la autoridad competente, salvo para el pago de créditos alimentarios”.
Numeral 4.º: “Los recursos municipales originados en transferencias de la Nación, salvo para el cobro de obligaciones derivadas de los contratos celebrados en desarrollo de las mismas”.
Numeral 15.º: “Las mercancías incorporadas en un título-valor que las represente, a menos que la medida comprenda la aprehensión del título”.

Fuente: elaboración propia con base en el marco normativo.

Además del artículo 1677 del Código Civil, 684 del Código de Procedimiento Civil y 594 del Código General del Proceso, en Colombia hay otras normas que consagran otros bienes como inembargables:

- La Ley 70 de 1931, 91 de 1936, 9 de 1989, 3 de 1991, 495 de 1999, 546 de 1999, 861 de 2003 y el Decreto 2817 de 2006 se refieren al patrimonio de familia inembargable que consiste en la afectación de uno o varios inmuebles en favor de cónyuges, compañeros permanentes y menores de edad, sean parientes o no del constituyente. Significa lo anterior que el inmueble o los inmuebles afectados son inembargables salvo que se pretenda cobrar los dineros prestados para la adquisición de los bienes.
- El valor de los inmuebles no puede ser superior a 250 salarios mínimos mensuales legales vigentes. Las normas citadas no se refieren a que dichos inmuebles afectados tengan una destinación específica.
- La Ley 258 de 1996 y 854 de 2003 establecen que el inmueble destinado a vivienda familiar se torna inembargable a partir de la afectación misma. Las normas exigen, como se mencionó, una destinación específica y limita la protección a un solo inmueble sin fijar límite alguno en la cuantía.

- La Ley 155 de 2012, en concordancia con el Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero) y el Decreto 2349 de 1965, protege parcialmente los dineros depositados en cuentas de ahorro de sujetos jurídicos individuales, personas naturales, y la protección es parcial porque cada año la Superintendencia Financiera señala el monto inembargable. A partir del 1 de octubre de 2020, el monto es de treinta y ocho millones ciento noventa y tres mil novecientos veintidós pesos colombianos (\$38.193.922), hasta el 30 de septiembre de 2021.
- Las normas ya citadas del Código Sustantivo del Trabajo, artículos 154, 155, 156 y 344.

Por último, se puede señalar que los bienes inembargables, en Colombia, hoy son los relacionados en el artículo 594 del Código General del Proceso y los señalados en las normas especiales que se acaban de citar. Además, se resalta que los bienes que eran inembargables a la luz del artículo 684 del Código de Procedimiento Civil, los cuales no fueron recogidos por el artículo 594 del Código General del Proceso, adquieren la categoría de bienes embargables como, por ejemplo, los bienes que se tienen a título de fideicomiso civil.

3. A manera de síntesis

De todo lo dicho se pueden hacer las siguientes precisiones:

- En el ordenamiento jurídico colombiano la referencia al patrimonio se contrae al conjunto de activos con valor monetario.
- En la jurisprudencia y, más específicamente, en la jurisprudencia colombiana, se habla, mayoritariamente, del patrimonio como el conjunto de activos y pasivos de contenido monetario.
- En la jurisprudencia y en la jurisprudencia colombiana se habla, minoritariamente, del patrimonio como el conjunto de todas las situaciones de ventaja y desventaja sean o no de contenido monetario.
- La prenda general de los acreedores, en Colombia, no está referida a todo el patrimonio del deudor; ella se contrae a los activos del deudor que tengan el carácter de bienes embargables.
- Conociendo los bienes inembargables se puede afirmar que todos los demás bienes de contenido monetario que se encuentren en el patrimonio del deudor son embargables y, por lo tanto, constituyen la prenda general de los acreedores.

4. Contenido de la facultad que distingue a los derechos reales

Al definir, de manera general, el derecho real, y al definir cada uno de los derechos reales, se determina que ellos se distinguen por la facultad que tiene el sujeto activo, titular del derecho, para exigirle al sujeto pasivo, toda la comunidad, una conducta de inacción respecto de un bien corporal singular avaluable en dinero y, excepcionalmente, sobre un bien incorporeal también singular y avaluable en dinero.

Esa facultad se despliega en varias acciones que normalmente están referidas al derecho de dominio por ser este el único derecho real pleno, en tanto únicamente de él se pueden predicar las cinco actividades que la jurisprudencia y la doctrina vienen señalando tradicionalmente:

- Disponer jurídicamente del bien: es la posibilidad que tiene el titular de un derecho real de disponer jurídicamente del bien vinculado al derecho y puede hacerlo mediante negociación que requiere de la concurrencia de título y modo, en lo que la doctrina ha llamado *transferencia del bien y del derecho mismo*.

Igualmente, el titular puede hacer uso de esta acción mediante el otorgamiento del testamento para que tanto el derecho como el bien, ante su muerte, pase a otros sujetos. Al no existir memoria testamentaria, el legislador colombiano establece que el derecho y el bien pasan a los sujetos que son llamados a heredar en Colombia.

El titular puede disponer a título gratuito o a título oneroso y la acción de disposición jurídica del bien, mediante negociación, solo la tiene el titular del derecho de dominio. La disposición jurídica del derecho la tiene el dueño, el usufructuario, el acreedor prendario, el acreedor hipotecario, el acreedor retenedor y el titular del derecho de servidumbre.

El traslado del derecho por causa de muerte, con o sin testamento, se predica del dominio, de la prenda, de la hipoteca, de la retención y de la servidumbre.

- Administrar el bien: los titulares de los derechos de dominio, usufructo, uso, habitación y servidumbre activa pueden y deben cuidar, mantener, realizar las reparaciones a que hubiere lugar y buscar que produzcan bienes, salvo esta última acción en los derechos de habitación y servidumbre activa. Administrar es, entonces, ocuparse de los bienes con miras a mantenerlos en debida forma y a que ellos, por regla general, produzcan.

- Gozar del bien: esta acción consiste en que el titular del derecho real se pueda apropiar de lo que el bien produce, total o parcialmente, de acuerdo con lo convenido o de acuerdo con los mandatos de ley. Gozan del bien el dueño, el usufructuario y el usuario; excepcionalmente, y previo pacto, pueden gozar los acreedores prendario, hipotecario y retenedor.
- Usar el bien: en este caso, el titular de ciertos derechos reales puede emplear el bien en las actividades que naturalmente correspondan. Pueden usar el bien el dueño, el usufructuario, el usuario y el titular del derecho de servidumbre.
- “Abusar” del bien: alude a la posibilidad que tiene únicamente el dueño de disponer materialmente del bien vinculado a su derecho. Esta acción que, en principio, se entendió sin límites, se ha venido a restringir porque en un estado social de derecho hay principios que se oponen a tal acción, como la solidaridad social y la contribución al desarrollo económico del Estado.

La Corte Constitucional, en Sentencia C-595 de 18 de agosto de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz, dijo:

La Corte ha afirmado, en múltiples ocasiones, que la propiedad, en tanto que derecho individual, tiene el carácter de fundamental, bajo las particulares condiciones que ella misma ha señalado en varias sentencias.

Justamente los atributos de goce y disposición constituyen el núcleo esencia de ese derecho, que en modo alguno se afecta por las limitaciones originadas en la Ley y el derecho ajeno pues, *contrario sensu*, ellas corroboran las posibilidades de restringirlo, derivadas de su misma naturaleza, pues todo derecho tiene que armonizarse con las demás que con él coexisten, o del derecho objetivo que tiene en la Constitución su instancia suprema.

Por estas consideraciones, la Corte procederá a retirar el término “arbitrariamente” (referido a los atributos del derecho real de propiedad en Colombia) artículo 669 del Código Civil, demandado.³

El artículo 669 del Código Civil es del siguiente tenor:

El dominio que se llama también propiedad es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella (arbitrariamente), no siendo contra ley o contra derecho ajeno.

La propiedad separada del goce de la cosa se llama mera o nuda propiedad.⁴

Al analizar el contenido del artículo 669 del Código Civil, solo aparecen las acciones de goce y abuso; las demás no son señaladas en una norma especial. La teoría ha sido producto de la jurisprudencia y la doctrina, las cuales manifiestan lo siguiente:

³ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-595/99*. M. P. Carlos Gaviria Díaz. (18 de agosto de 1999).

⁴ Congreso de los Estados Unidos de Colombia, *op. cit.*, 1873.

- *La disposición jurídica del bien* es propia del derecho real de dominio y solo de él, conforme la regulación que aparece al consagrar la tradición en sentido técnico jurídico.
- *La administración* es una acción no exclusiva del propietario porque la tienen otros titulares de derechos reales como el usufructuario, el usuario, el habitador y el titular del predio dominante.
- *El goce* lo tiene no solo el propietario, sino también el usufructuario y el usuario.
- *El uso* lo tiene no solo el propietario, sino también el usufructuario, el usuario, el habitador y el titular del predio dominante.
- *El abuso* solo lo tiene el propietario.

De lo anotado se puede concluir que la regla general en cuanto a las acciones mencionadas es que ellas no aparecen vinculadas a los derechos de prenda, hipoteca y retención. Ante esta situación se puede afirmar:

- Tales derechos, pese a la facultad conferida, no tienen ninguna acción.
- Tales derechos tienen otras acciones consagradas en normas diversas a las que han tenido en cuenta la jurisprudencia y la doctrina para referirse al tema.

Suena carente de toda lógica que un sujeto sea titular de una facultad y que, en desarrollo de ella, no tenga acciones respecto del bien al cual se refiere el derecho. Tanto el acreedor prendario como el acreedor hipotecario y el acreedor retenedor, quienes tienen la facultad de exigir a la comunidad que se abstenga de interferir en lo que ellos pueden hacer respecto de un bien corporal o incorporeal, singular y avaluable en dinero, deben tener, además, acciones que les permitan la configuración de la facultad.

Tabla 4. Acciones permitidas a los diferentes tipos de acreedores

Acreedor prendario con tenencia	Acreedor prendario sin tenencia	Acreedor hipotecario	Acreedor retenedor
Tiene la posibilidad de solicitar, mediante los procedimientos señalados, que el bien sea rematado para que se le pague con el producido de la subasta. La regla general es que no puede disponer del bien, administrar, gozar, usar ni abusar. Excepcionalmente, y mediante pactos adicionales, puede administrar, gozar y usar del bien.	Puede requerir, a través de los procedimientos establecidos, que el bien sea rematado para que se le pague con el producido de la subasta. Teniendo en cuenta que la prenda aquí considerada es sin tenencia, no cabe la posibilidad de pactar ni administración, ni goce ni uso del bien. Pero cuenta con una acción especial que le permite vigilar el manejo del titular del bien, puesto que, si se trata de una mala administración que pone en peligro la existencia del bien, puede solicitar que la prenda se convierta en prenda con tenencia o exigir de inmediato el procedimiento ejecutivo para el remate del bien.	Tiene la posibilidad de solicitar, con los procedimientos respectivos, que el bien sea rematado para que se le pague con el producido de la subasta. Posee una acción especial que le permite vigilar el manejo del titular del bien, ya que, si se trata de una mala administración que pone en peligro la existencia del bien, puede solicitar que se le dé una nueva garantía o exigir de inmediato el procedimiento ejecutivo para el remate del bien. Puede exigir que el bien le sea entregado en administración a efectos de garantizar un debido manejo y que esa administración se pueda elevar a la categoría de anticrítica, lo cual significa que lo que el bien produzca por la administración del acreedor, frutos naturales o civiles, se van a imputar al crédito. Por tanto, debido a tal pacto, termina administrando, gozando y usando del bien.	Tiene la posibilidad de solicitar, mediante los procedimientos señalados, que el bien sea rematado para que se le pague con el producido de la subasta. La regla general es que no puede disponer del bien, administrar, gozar, usar ni abusar. Excepcionalmente, y mediante pactos adicionales, puede administrar, gozar y usar del bien.

Fuente: elaboración propia con base en el marco normativo.

Segunda parte: Derecho de familia

1. Concurrencia de patrimonios conyugales y de estos con los patrimonios maritales

1.1 Introducción

1.1.1 Un punto de partida

La jurisprudencia y la doctrina colombiana vienen defendiendo dos tesis: una respecto de los patrimonios conyugales y otra respecto de los patrimonios maritales. Esas tesis se expresan así:

- A partir de la vigencia de la Ley 1 de 1976 no puede darse en Colombia la concurrencia de patrimonios conyugales.
- Por mandato de la Ley 54 de 1990 es imposible que se estructure una relación patrimonial entre compañeros permanentes si uno de ellos o ambos tienen patrimonio conyugal vigente.

1.1.2 Fundamento normativo de las tesis planteadas

Para respaldar las tesis expuestas en los apartes anteriores se citan, de las leyes invocadas, los siguientes textos donde se resaltan las expresiones en las cuales la jurisprudencia y la doctrina se fundamentan:

- Artículo 25 de la Ley 1 de 1976:

El artículo 1820 del Código Civil quedará así:

Artículo 1820. La sociedad conyugal se disuelve:

1º. Por la disolución del matrimonio;

2º. Por la separación judicial de cuerpos, salvo que fundándose en el mutuo consentimiento de los cónyuges y siendo temporal, ellos manifiesten su voluntad de mantenerla;

3º. Por la sentencia de separación de bienes;

- 4º. *Por la declaración de nulidad del matrimonio, salvo en el caso de que la nulidad haya sido declarada con fundamento en lo dispuesto por el numeral 12 del artículo 140 de este código. En este evento, no se forma sociedad conyugal*,⁵ y
- 5º. Por mutuo acuerdo de los cónyuges capaces, elevado a escritura pública, en cuyo cuerpo se incorporará el inventario de bienes y deudas sociales y su liquidación. No obstante, los cónyuges responderán solidariamente ante los acreedores con título anterior al registro de la escritura de disolución y liquidación de sociedad conyugal. Para ser oponible a terceros, la escritura en mención deberá registrarse conforme a la ley. Lo dispuesto en este numeral aplicable a la liquidación de la sociedad conyugal disuelta por divorcio o separación de cuerpos judicialmente decretados.⁶
- Artículo 2 de la Ley 54 de 1990:
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, y*
 - 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 ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas⁷ por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho.*⁸

1.1.3 Una tesis opuesta

Quien escribe considera que la jurisprudencia y la doctrina colombiana están equivocadas en las tesis expuestas; equivocación que surge de una lectura desacertada de las normas y del olvido de una elemental regla de hermenéutica jurídica respecto de las presunciones.

Este escrito busca demostrar las tesis contrarias de la siguiente manera:

- En Colombia es posible la concurrencia de patrimonios conyugales.
- En Colombia es posible que exista relación patrimonial entre compañeros permanentes que tengan patrimonios conyugales vigentes.
- Como consecuencia de la anterior tesis, hay también concurrencia de patrimonios conyugales con patrimonios maritales.

⁵ Las cursivas son nuestras.

⁶ Congreso de la República de Colombia. *Diario oficial* nro. 34.492. Ley 1 de 1976: *Por la cual se establece el divorcio en el matrimonio civil, se regulan la separación de cuerpos y de bienes en el matrimonio civil y en el canónico, y se modifican algunas disposiciones de los Códigos Civil y de Procedimiento Civil en materia de Derecho de Familia.* (19 de enero de 1976).

⁷ Esta expresión “liquidadas” fue declarada inexistente por la Corte Constitucional de Colombia, ver *Sentencia C-700/13*. M. P. Alberto Rojas Ríos. (16 de octubre de 2013).

⁸ Cámara de Representantes de Colombia. *Diario oficial* nro. 39.615. Ley 54 de 1990: *Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes.* (31 de diciembre de 1990). Las cursivas son nuestras.

1.2 Del patrimonio conyugal |

1.2.1 Concepto

En muchos regímenes jurídicos se denomina incorrectamente el aspecto patrimonial en el matrimonio porque se habla de sociedad. En otros ordenamientos se habla de comunidad.

En Colombia, tanto en el estatuto original (Código Civil) como en los estatutos posteriores (Ley 28 de 1932, Ley 68 de 1946, Decreto 2820 de 1974 y Ley 1 de 1976) se habla de sociedad conyugal para hacer referencia al régimen patrimonial entre cónyuges. De otro lado, la jurisprudencia y la doctrina hablan indistintamente de sociedad o de comunidad; en algunos casos se habla de “patrimonio autónomo”.

Mal designar una institución crea, de entrada, una confusión intelectiva toda vez que debe procederse, en primer lugar, a clarificar que no es propiamente tal institución o, como se viene repitiendo desde tiempo atrás, que se trata de una situación *sui generis*.

Importa, por lo dicho, tratar de precisar cuál es la naturaleza jurídica del patrimonio conyugal:

- ¿Será el patrimonio conyugal una típica sociedad civil o comercial? Más de cien años de estudios críticos liberan la tarea de probar que no se trata de una sociedad; todos los argumentos pueden resumirse en una simple frase: el patrimonio conyugal no es una sociedad civil ni comercial porque no admite sus elementos configurantes.
- ¿Será el patrimonio conyugal una institución autónoma? Se pudiera salir del paso, anotando sin más análisis, que se está frente a una institución independiente cuya normatividad, en los estatutos ya citados, lo convierte en una figura diferente a todos los institutos civiles o comerciales consagrados en el ordenamiento jurídico colombiano; proceder de esta manera ahorraría tiempo y trabajo, pero quedaría flotando en el ambiente una fuerte sensación de inconformidad. En verdad, la mal llamada “sociedad conyugal” no constituye una rueda suelta en el ordenamiento jurídico, pese a la ausencia de norma escrita, porque ella cabe perfectamente dentro de otro concepto como se verá más adelante.
- ¿Será el patrimonio conyugal un patrimonio autónomo? Si bien es cierto que en la mayoría de las legislaciones no aparece una tipificación expresa de lo que es un patrimonio autónomo, la realidad jurídica ha llevado a la jurisprudencia y a la doctrina a señalar las pautas que permiten identificarlo.

Acogiendo el concepto de patrimonio autónomo, expresado por el profesor chileno Luis Bustamante Salazar,⁹ se puede precisar que el patrimonio personalidad

⁹ Bustamante Salazar, Luis. *El patrimonio* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica Chile, 1979).

(autónomo) se puede entender “como una universalidad de bienes e intereses, adscrita a la satisfacción de una finalidad, carente de titularidad jurídica activa, a la cual, sin embargo, quedan vinculadas todas las acciones y derechos de los terceros cuando concurren los presupuestos que el ordenamiento jurídico señala”.

Aplicando estas pautas al aspecto patrimonial entre cónyuges, se observa, a primera vista, cierta correspondencia conceptual; pero el patrimonio conyugal no tiene sujetividad independiente: el patrimonio conyugal está adscrito a los cónyuges, y por esta sencilla razón no se puede aceptar que el patrimonio conyugal será un patrimonio autónomo.

- ¿Será el patrimonio conyugal una especie de comunidad? De conformidad con los artículos comprendidos entre 2322 y 2340 del Código Civil, el patrimonio conyugal encaja perfectamente dentro del concepto de comunidad. Cuando el patrimonio conyugal entra en estado de disolución, la titularidad patrimonial que antes estaba en cabeza de cada uno de los cónyuges pasa a pertenecer a ambos cónyuges sin que importe quién haya adquirido los bienes ni en qué proporción lo haya hecho; la proporción en la comunidad, en principio, es por partes iguales. Respecto del pasivo, entre los cónyuges, también hay responsabilidad por mitades sin olvidar que frente a terceros hay solidaridad.

La comunidad entre cónyuges sigue las reglas de toda comunidad especialmente en lo que tiene que ver con el tema de la representación que corresponde a ambos comuneros o a quien ellos designen para tal efecto; así mismo, la comunidad impone la gestión para su liquidación.

1.2.2 Del patrimonio conyugal en Colombia

El Código Civil colombiano consagraba un sistema de muebles y adquisiciones ubicable dentro de los denominados régimen de unidad de bienes y régimen de muebles y gananciales. Lo anterior, porque, respecto de la administración y control del patrimonio, el marido era amo y señor, pero respecto de la integración de la masa patrimonial se hacía necesario distinguir entre muebles y gananciales. El sistema del Código Civil tuvo vigencia hasta el 31 de diciembre de 1932 por cuanto a partir del 1 de enero de 1933 entró en vigencia la Ley 28 de 1932, que estableció la plena capacidad jurídica de la mujer, razón por la cual el sistema del Código vino a sufrir modificaciones.

Frente a la Ley 28 de 1932 han surgido criterios encontrados sobre el sistema vigente en Colombia: de un lado, un grupo de doctrinantes, encabezados por el Dr. Arturo Valencia Zea, sostiene que la Ley 28 no solo varió lo atinente a la administración de los bienes conyugales, sino que también cambió el sistema de muebles y adquisiciones por el sistema de

gananciales. De otro lado, el grupo opositor que a fuerza de releer el texto de la Ley llega a la conclusión, compartida por la ponencia, de que únicamente se modificó lo atinente a la administración de la masa patrimonial, y no la conformación que se sigue regulando por las normas del Código Civil y por las normas que lo han modificado, tales como el Decreto 2820 de 1974 y la Ley 1 de 1976.

Dentro del primer criterio, al patrimonio conyugal solo pertenecen los bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia de la relación patrimonial (vigencia de la “sociedad conyugal” en el lenguaje antitécnico aquí criticado) con las excepciones que expresamente están consagradas. Dentro del criterio que se comparte en esta ponencia, el patrimonio conyugal está conformado, además de los bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia de aquél, por los bienes muebles que los cónyuges tienen al momento de contraer matrimonio y por los bienes muebles que los cónyuges adquieran a título gratuito durante la vigencia del patrimonio conyugal. La razón para sostener y defender esta posición no es otra que la clara expresión normativa y una simple deducción al analizar el texto de la Ley 28 de 1932: esta norma no establece parámetros para conformar la masa patrimonial, solamente remite a las disposiciones del Código Civil y este regula la conformación del patrimonio conyugal en la forma que aquí se acepta.

El profesor Valencia Zea mal estima que la regulación del Código, en la conformación de la masa patrimonial, es consecuencia lógica de la incapacidad de la mujer casada; hay aquí un error de apreciación normativa por cuanto el Código en el señalamiento de las pautas de composición de la masa no distingue entre marido y mujer; habla indistintamente de cónyuge. La diferencia se hace para fines de administración, para fines de responsabilidad y para fines de restituciones; significa lo anterior que en lo atinente a la conformación de la masa patrimonial se tiene que aplicar el sistema del Código Civil.

1.2.3 Límites espaciales y temporales del patrimonio conyugal

Importa ahora precisar respecto de cuáles matrimonios y desde cuándo surge, en Colombia, un patrimonio conyugal.

1.2.3.1 Límites espaciales

Es necesario precisar sobre cuáles matrimonios puede predicarse, en Colombia, la existencia de un patrimonio conyugal; tres normas la permiten:

- Artículo 180 del Código Civil, modificado por el artículo 13 del Decreto 2820 de 1974:

Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, según las reglas del Título XXII, Libro IV, del Código Civil.

Los que se hayan casado en país extranjero y se domiciliaren en Colombia, se presumirán separados de bienes, a menos que de conformidad a las Leyes bajo cuyo imperio se casaron se hallen sometidos a un Régimen Patrimonial diferente.¹⁰

- Artículo VII de la Ley 20 de 1974:

El Estado reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado de conformidad con las normas del Derecho Canónico. Para la efectividad de este reconocimiento la competente autoridad eclesiástica transmitirá copia auténtica del acta al correspondiente funcionario del Estado quien deberá inscribirla en el Registro Civil.¹¹

Esta norma fue adicionada por el protocolo final del concordato así:

En relación con el artículo VII

- I. De acuerdo con la legislación vigente en el Estado colombiano la inscripción de un matrimonio canónico que no haya sido anotado en el registro civil al tiempo de su celebración, podrá siempre efectuarse a requerimiento de cualquiera de los cónyuges o de quien tenga un interés legítimo en dicho matrimonio. Con tal fin será suficiente la presentación de una copia auténtica de la respectiva partida eclesiástica. La muerte de uno o de ambos cónyuges no será obstáculo para efectuar dicha inscripción.
 - II. Los efectos civiles del matrimonio canónico debidamente inscrito en el registro civil regirán a partir de la fecha de la celebración canónica de dicho matrimonio.¹²
- Decreto 354 de 1998, por el cual se aprueba el Convenio de Derecho Público Interno número 1 de 1997, entre el Estado colombiano y algunas entidades religiosas cristianas no católicas:

Artículo II. Efectos jurídicos y civiles del matrimonio religioso cristiano no católico. El vínculo del matrimonio se constituye y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes expresado ante el Ministro de culto competente de las entidades religiosas que suscriben este Convenio, en la forma y con las solemnidades y requisitos establecidos en este Convenio y no producirá efectos civiles, si en su celebración se contraviniere a tales formas, solemnidades y requisitos. Los matrimonios celebrados por las entidades religiosas que suscriben el presente Convenio deberán ser oficiados por Ministros que cumplan los siguientes requisitos:

¹⁰ Ministerio de Justicia de Colombia. *Diario oficial* nro. 34.249. *Decreto 2820 de 1974: Por el cual se otorgan iguales derechos y obligaciones a las mujeres y a los varones.* (4 de febrero de 1975).

¹¹ Congreso de la República de Colombia. *Diario oficial* nro. 34.234. *Ley 20 de 1974: Por la cual se aprueba el "Concordato y el Protocolo Final entre la República de Colombia y la Santa Sede".* (14 de enero de 1975).

¹² Corte Suprema de Justicia. *Concordato entre la República de Colombia y la Santa Sede.* (s. f.).

1. Ser Ministro de culto. Para todos los efectos legales, son Ministros de culto de las entidades religiosas que suscriben el presente Convenio las personas físicas que estén dedicadas, con carácter estable, a las funciones de culto o asistencia religiosa y acrediten el cumplimiento de estos requisitos mediante certificación, expedida por la entidad religiosa, de conformidad con sus estatutos y reglamentos internos.
2. Presentar ante la Oficina de Registro del Estado Civil de las personas de su jurisdicción, una certificación expedida por el representante legal de las entidades religiosas que suscriben el presente Convenio en la que se haga constar que se trata de uno de sus Ministros de culto, autorizado por ella para celebrar matrimonios en el distrito correspondiente a la entidad religiosa ubicada en un barrio, zona o sector determinado, en un municipio o varios municipios o en un departamento enunciando el nombre de los mismos y la delimitación de su área de competencia.¹³

1.2.3.1.1 *Matrimonios celebrados en Colombia*

De las normas transcritas se puede concluir, como regla general, que todos los matrimonios civiles y religiosos, reconocidos por el Estado colombiano, celebrados en Colombia, y por el solo hecho de su celebración, dan origen a la formación de un patrimonio conyugal regido por el Título XXII del Libro IV del Código Civil. El principio general tiene excepciones, esto es, matrimonios celebrados en Colombia que no originan la formación de un patrimonio conyugal; las excepciones son dos:

- La consagrada en el numeral 4.^o del artículo 25 de la Ley 1 de 1976. El artículo 1820 del Código Civil quedará así:

Artículo 1820. La sociedad conyugal se disuelve:

[...] 4.^o Por la declaración de nulidad del matrimonio, salvo en el caso de que la nulidad haya sido declarada con fundamento en lo dispuesto por el numeral 12 del Artículo 140 de este Código. En este evento, no se forma Sociedad Conyugal.¹⁴

- La que surge como consecuencia de la celebración de capitulaciones matrimoniales cuando los futuros contrayentes han decidido que en su matrimonio operará un sistema de separación de bienes (exclusión del patrimonio conyugal). Esta situación es viable en Colombia y tiene como respaldo normativo el claro texto del artículo 1773 del Código Civil, que expresa:

Las capitulaciones matrimoniales no contendrán estipulaciones contrarias a las buenas costumbres ni a las leyes. No serán, pues, en detrimento de los derechos

¹³ Ministerio del Interior de Colombia. *Diario oficial nro. 43245. Decreto 354 de 1998: Por el cual se aprueba el Convenio de Derecho Público Interno número 1 de 1997, entre el Estado colombiano y algunas Entidades Religiosas Cristianas no Católicas.* (25 de febrero de 1998).

¹⁴ Congreso de la República de Colombia, *op. cit.*, 1976.

y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge respecto del otro o de los descendientes comunes.¹⁵

1.2.3.1.2 *Matrimonios celebrados en el exterior*

De las normas transcritas se podía concluir, como regla general, que todos los matrimonios celebrados en el exterior y que estuvieran domiciliados en Colombia no daban origen a la formación de un patrimonio conyugal porque se presumían separados de bienes (presunción legal). Para desvirtuar la presunción se acudía a dos medios:

- Probar que en el Estado donde se contrajo matrimonio existía un régimen de bienes comunes: patrimonio conyugal.
- Probar que habían celebrado capitulaciones matrimoniales de acuerdo con la ley colombiana y que en ellas se había consagrado un régimen de bienes que conformaba un patrimonio conyugal.

Lo anterior, hoy está modificado porque la Corte Constitucional colombiana en Sentencia C-395 de 22 de mayo de 2002, M. P. Jaime Araújo Rentería, y la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SC-7726-2014 del 17 de junio de 2014, M. P. Jesús Vall de Rutén Ruiz, vinieron a precisar lo atinente a las consecuencias del matrimonio de colombianos celebrado en el exterior.

En efecto, la Corte Constitucional señaló:

5. Condición jurídica de los extranjeros. Igualdad con los nacionales colombianos.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 100 de la Constitución Política:

“Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros. Asimismo, los extranjeros gozarán, en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley.

”Los derechos políticos se reservan a los nacionales, pero la ley podrá conceder a los extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en las elecciones y consultas populares de carácter municipal o distrital”.

Acerca de la igualdad de los extranjeros con los nacionales colombianos, esta corporación ha manifestado:

“El artículo 13 consagra la obligación del Estado de tratar a todos en igualdad de condiciones. Obviamente, esta norma no significa que no se puedan formular diferenciaciones en el momento de regular los distintos ámbitos en los que se desarrolla la convivencia, sino que opera a la manera de un principio general de

¹⁵ Congreso de los Estados Unidos de Colombia, *op. cit.*, 1873.

acción del Estado, que implica que siempre debe existir una justificación razonable para el establecimiento de tratos diferenciados.

“Al mismo tiempo, el primer inciso señala cuáles son los criterios que, en principio, son inaceptables para el establecimiento de diferenciaciones. En su presencia, como ya lo ha señalado esta Corporación, el examen de igualdad que realiza el juez constitucional debe ser estricto o intermedio, según el caso, de manera tal que el creador de la norma debe justificar sobradamente la necesidad o conveniencia de la diferenciación.¹⁶

”Entre los criterios sospechosos mencionados en el inciso 1º del artículo 13 se encuentra el del origen nacional. Este criterio también hace relación a los extranjeros. Sin embargo, con respecto a este grupo de personas debe aclararse que el artículo 100 de la Constitución autoriza la limitación o supresión de algunos de sus derechos y garantías. Es así como la mencionada norma permite la restricción o denegación de algunos de sus derechos civiles, siempre y cuando medien razones de orden público. Asimismo, el artículo señala que la Constitución y la ley podrán limitar el ejercicio por parte de los extranjeros de las garantías concedidas a los nacionales e, igualmente, precisa que los derechos políticos se reservan a los nacionales, aun cuando se admite que la ley podrá autorizar la participación de los extranjeros residentes en Colombia en las elecciones del orden municipal o distrital. Es decir, el mismo artículo 100 de la Constitución atenúa la fuerza de la expresión “origen nacional” contenida en el artículo 13, cuando ella se aplica a las situaciones en que estén involucrados los extranjeros.

”De lo anterior se colige que no en todos los casos el derecho de igualdad opera de la misma manera y con similar arraigo para los nacionales y los extranjeros. Ello implica que cuando las autoridades debatan acerca del tratamiento que se debe brindar a los extranjeros en una situación particular, para el efecto de preservar el derecho de igualdad, habrán de determinar en primera instancia cuál es el ámbito en el que se establece la regulación, con el objeto de esclarecer si éste permite realizar diferenciaciones entre los extranjeros y los nacionales. Por lo tanto, la intensidad del examen de igualdad sobre casos en los que estén comprometidos los derechos de los extranjeros dependerá del tipo de derecho y de la situación concreta por analizar”.¹⁷

De otro lado, la Corte ha señalado que la aplicación de un tratamiento diferente debe estar justificado por situaciones de hecho diferentes, una finalidad objetiva y razonable y una proporcionalidad entre el tratamiento y la finalidad perseguida.¹⁸

¹⁶ Ver al respecto: Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-445/95*. M. P. Alejandro Martínez Caballero. (4 de octubre de 1995). Nota al pie en el original.

¹⁷ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-768/98*. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. (10 de diciembre de 1998). Nota al pie en el original.

¹⁸ En este punto, pueden consultarse las Sentencias C-530/93, T-040/98, T-375/98 y C-474/99, entre otras (nota al pie en el original).

En relación con la situación que se examina, por ser extranjero, todo individuo que se encuentra en un país distinto de donde es nacional, su condición, en el campo del derecho internacional privado, es distinta, respecto de cada Estado. Ello permite y, además, exige un tratamiento diferente en las materias de dicho campo, entre ellas en forma preponderante el estado civil y la capacidad, en los cuales la generalidad de los Estados someten a sus nacionales a la ley personal y excluyen de su aplicación a los no nacionales, por la soberanía de los otros Estados y por el interés en el desarrollo de relaciones armónicas dentro de la comunidad internacional.

Ello justifica en forma razonable y objetiva el artículo 180, inciso 2.º, del Código Civil colombiano, modificado por el artículo 13 del Decreto Ley 2820 de 1974:

- I) Por una parte, consagre mediante una presunción legal el régimen de separación de bienes para los matrimonios de extranjeros celebrados en el exterior cuando éstos últimos se domicilian después en Colombia, en lugar del régimen de sociedad conyugal que aplicable a los matrimonios de nacionales colombianos independientemente del sitio de su celebración.

Este régimen, como resulta obvio, es igual al de las personas que no han celebrado matrimonio, lo cual significa que materialmente la disposición demandada no modifica la situación patrimonial de los contrayentes a partir de la celebración de aquél.

- II) Por otra parte, contemple que dicha presunción se puede desvirtuar mediante la prueba de cualquiera otro régimen vigente en el país de la celebración del matrimonio, aplicando así un criterio territorial, en lugar del personal aplicado a los matrimonios de nacionales colombianos, esto es, aplicando concretamente el principio *lex loci contractus*, en virtud del cual los actos y contratos deben regirse en su integridad por la ley de su creación, en armonía con la configuración del matrimonio como un contrato en el Código Civil colombiano (Arts. 113 y ss.) y eliminando los inconvenientes que pueden presentarse por la pluralidad de lugares de ejecución, como en este caso.¹⁹

La Corte Suprema de Justicia manifiesta:

1. En el asunto bajo examen, como se sintetizó, el impugnante increpa al juzgador por haber supuesto la prueba de que A..... T..... V..... y M..... L..... G..... H..... se encontraban unidos en matrimonio bajo el régimen patrimonial de la sociedad conyugal, y por no percatarse, al interpretar la demanda, de que el petitum no se encaminó al reintegro de los bienes a la sociedad conyugal, sino al patrimonio de su esposa; yerros que lo llevaron a concluir, desatinadamente, que no existía legitimación en la causa por activa.
2. Para el censor, el primer desacuerdo del ad quem consistió en no dar aplicación al inciso 2º del artículo 180 del Código Civil, según el cual, quienes “se hayan

¹⁹ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-395/02*. M. P. Jaime Araújo Rentería. (22 de mayo de 2002).

casado en país extranjero y se domiciliaren en Colombia, se presumirán separados de bienes, a menos que de conformidad a las leyes bajo cuyo imperio se casaron se hallen sometidos a un régimen patrimonial diferente”; equívoco que lo llevó a asumir que entre los esposos Tinoco-Galeano existía una sociedad conyugal.

Pues bien, teniendo en cuenta que en el proceso se encuentra acreditado y no tiene discusión que el actor –Abelardo Tinoco Vivas– es un nacional colombiano, nacido en el municipio de Villeta, identificado con la cédula de ciudadanía 19.051.426, y que contrajo matrimonio en San Vicente del Táchira (Venezuela) con M..... L.... G....., también colombiana, portadora de la cédula de ciudadanía 41.618.867 – nupcias inscritas en el registro civil patrio– (fls. 2, 3 y 182, cdno. 1; 441 vto. y 442, cdno. 2), la Sala encuentra que el desatino enrostrado a la decisión combatida es inexistente, toda vez que la norma en cita no resulta aplicable al caso en la medida en que, según lo ha explicado la jurisprudencia civil y constitucional, refiere única y exclusivamente al matrimonio de extranjeros que se domicilien en este país.

Sobre el particular, si bien en otros tiempos se generaron múltiples discusiones en torno a la debida hermenéutica del inciso 2º del artículo 180 ídem, en la actualidad el debate se ha superado al considerar esta corporación que:

La interpretación armónica y teleológica de esa disposición, permite concluir que solo cobija aquellos matrimonios celebrados en el exterior, en los cuales participen extranjeros, por las razones que pasan a exponerse:

- a) La Ley 28 de 1932, que otorgó a los contrayentes en pie de igualdad, la posibilidad de administrar libremente sus bienes y el artículo 13 del Decreto 2820 de 1974 que suprimió expresamente el sistema de potestad marital y reafirmó la igualdad del marido y de la mujer en el matrimonio, aunque otorgan plena libertad a la mujer a la hora de pactar las capitulaciones matrimoniales, no son bastante para explicar la aplicación del inciso segundo del artículo 180 del Código Civil a los nacionales colombianos, cuando contraen nupcias en el exterior.

Si bien hoy en día hay menores restricciones para que los contrayentes establezcan el régimen económico que a bien tengan, ello no implica crear una presunción: la de que la pareja de colombianos casados fuera del país quisieron (sic) sujetarse a la ley extranjera.

Aunque los miembros de la pareja, cuando son colombianos, pueden convenir libremente y desde un comienzo el régimen de “separación de bienes”, de ello no se desprende que de la sola celebración del matrimonio en el extranjero sea posible deducir un querer que las partes no expresaron. Gran diferencia hay en no querer la comunidad de bienes en el matrimonio y decirlo expresamente, por una parte, y acudir a la celebración de un matrimonio en el exterior para obtener el mismo efecto, por otra.

En consecuencia, si a los colombianos casados en el extranjero se les aplica la presunción del inciso 2º del artículo 180 del Código Civil, ello sí que riñe con las normas que regulan la materia en Colombia, pues enerva sin más la presunción establecida en el artículo 1774, sin que haya pacto escrito y expreso al respecto.

Y si bien en este país también es posible pactar un régimen económico para el matrimonio, ajeno a la sociedad conyugal, es menester que ello se haga mediante capitulaciones que exigen el cumplimiento de ciertas formalidades, pues a la luz del artículo 1772 del Código Civil, ellas requieren de la solemnidad, esto es, de la escritura pública. Del mismo modo, se procede en caso de modificación a las capitulaciones, por mandato del artículo 1779 *ibidem*. Las normas citadas junto con el artículo 1780 de esa normatividad, que impone la presencia del notario, dan cuenta de la solemnidad inherente a las capitulaciones.

De esa exigencia de solemnidad se desprenden dos conclusiones basilares. La primera, que de conformidad con el artículo 22 del Código Civil “en los casos en que los códigos o leyes de la unión exigiesen instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y producir efecto en asuntos de competencia de la unión, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de estas en el país en que hubieren sido otorgadas”. Por lo dicho, no cabe el entendimiento de que la pareja de colombianos, al elegir contraer matrimonio fuera del país, elude o sustituye las formas de acreditar las capitulaciones.²⁰

1.2.3.2 Límites temporales

Es necesario establecer cuál es el período a tener en cuenta para la conformación del matrimonio conyugal; la respuesta es fácil en la casi totalidad de los sistemas donde se precisa que el período va desde la celebración del matrimonio hasta la ocurrencia de alguna de las causales que obligan a la disolución. En la legislación colombiana la situación se ha prestado a discusiones porque el artículo 1 de la Ley 28 de 1932 establece que

[...] durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiera; pero a la Disolución del Matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil debe liquidarse el patrimonio conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido este patrimonio desde la celebración del matrimonio, y en consecuencia se procederá a su liquidación.²¹

²⁰ Corte Suprema de Justicia. *Sentencia SC-7726/2014*. M. P. Jesús Vall de Rutén Ruiz. (17 de junio de 2014).

²¹ Congreso de la República de Colombia. *Diario oficial nro. 22139. Ley 28 de 1932: Sobre reformas civiles (Régimen Patrimonial en el Matrimonio)*. (13 de noviembre de 1932).

La norma transcrita señala los límites temporales que han de tenerse en cuenta para la conformación del patrimonio conyugal: la celebración del matrimonio y el momento en que ocurra una de las causales de disolución señalada por la Ley; hasta aquí no hay duda ni discusión alguna, pero el hecho anotado en el artículo 1 de la Ley de 1932 (disposición y administración de cada cónyuge) crea confusiones. Por ello, se ha llegado a afirmar que no existe patrimonio conyugal sino en el momento mismo de la disolución (en una manida frase se resume el problema: “La comunidad nace para morir”).

Lo anterior es una mala apreciación del problema. Importa destacar que a partir de la celebración del matrimonio, dentro de las reglas anotadas al hablar de los límites espaciales, surge la posibilidad de la existencia del patrimonio, pero esta posibilidad se concreta solamente al momento de presentarse la causal de disolución; por lo tanto, debe analizarse el patrimonio existente, en cabeza de cada cónyuge, al momento de la disolución, y realizar un análisis retroactivo hacia el momento de la celebración del matrimonio para determinar cuáles bienes conforman el patrimonio conyugal teniendo en cuenta las reglas consagradas en los artículos 1781 a 1804 del Código Civil y en las normas pertinentes del Decreto 2820 de 1974 y Ley 1 de 1976.

1.2.4 De la disolución del patrimonio conyugal en Colombia

El patrimonio conyugal se disuelve, en Colombia, por dos vías: una consecuencial y otra directa.

1.2.4.1 La vía consecuencial

A consecuencia de las afectaciones del matrimonio que ponen fin al vínculo o a la convivencia, el patrimonio conyugal se disuelve salvo una excepción.

Las afectaciones del vínculo que ponen fin al vínculo matrimonial son las siguientes: la muerte, real o presunta, de uno de los cónyuges; la declaración de nulidad; la declaración de divorcio y la declaración de cesación de efectos civiles. La afectación del vínculo que pone fin a la convivencia, pero mantiene el vínculo, es la declaratoria de separación de cuerpos.

Los fenómenos jurídicos atrás relacionados traen como consecuencia la disolución del patrimonio conyugal, esto es, el cierre patrimonial, salvo cuando se trata de una separación de cuerpos temporal y los cónyuges expresamente solicitan mantener el patrimonio conyugal. Una vez disuelto el patrimonio conyugal, por vía consecuencial, la comunidad no revive sino por la celebración de un nuevo matrimonio, de ser posible, entre los mismos sujetos.

Cuando se está frente al fenómeno de la inexistencia, no puede hablarse de patrimonio conyugal porque este parte del supuesto indispensable de que el matrimonio exista jurídicamente.

Importa hacer una referencia al matrimonio católico. Cuando frente a este matrimonio se dan los fenómenos de la muerte, la cesación de efectos civiles y la separación de cuerpos, la consecuencia es igual: el patrimonio conyugal se disuelve. Pero frente a la “declaración de nulidad eclesiástica”, la situación no es clara: si se admite la posibilidad de anular el matrimonio católico, el dogma de la indisolubilidad pierde toda vigencia; los canonistas explican que el fenómeno subyacente en las “declaraciones de nulidad” no es otro que el de la inexistencia porque el pretendido matrimonio no llegó a surgir jurídicamente, dejando a salvo el dogma de la indisolubilidad. Salvar el dogma trae como corolario el tener que afirmar que, por consiguiente, en tales matrimonios no se forma patrimonio conyugal.

1.2.4.2 La vía directa

El patrimonio conyugal puede disolverse, por vía directa, sin que el vínculo matrimonial ni la convivencia se afecten. La disolución directa se logra por vía extrajudicial o por vía judicial. Para lo primero basta con que los cónyuges acudan, de mutuo acuerdo, ante el notario para poner punto final al patrimonio conyugal, esto es, para disolverlo. También se puede lograr este mismo efecto a través de la conciliación, de conformidad con la Ley 640 de 2001 y el Decreto 1818 de 1998, artículo 30.

Por el camino judicial se logra la disolución cuando uno de los cónyuges logra probar una de las causas consagradas en el artículo 200 del Código Civil y el juez así lo declara.

La norma sustantiva reza así:

Art. 200. Modificado. Ley 1.^a de 1976, art. 21.-Cualquiera de los cónyuges podrá demandar la separación de bienes en los siguientes casos:

- 1.^o Por las mismas causas que autorizan la separación de cuerpos, y
- 2.^o Por haber incurrido el otro cónyuge en cesación de pagos, quiebra, oferta de cesión de bienes, insolvencia o concurso de acreedores, disipación o juego habitual, administración fraudulenta o notoriamente descuidada de su patrimonio en forma que menoscabe gravemente los intereses del demandante en la sociedad conyugal.²²

1.2.5 Análisis de dos textos legales

1.2.5.1 Artículo 25 de la Ley 1 de 1976

Art. 25.- El artículo 1820 del Código Civil quedará así:

Artículo 1820. La sociedad conyugal se disuelve:

- 1.^o Por la disolución del matrimonio;

²² Congreso de los Estados Unidos de Colombia, *op. cit.*, 1873.

- 2.º Por la separación judicial de cuerpos, salvo que fundándose en el mutuo consentimiento de los cónyuges y siendo temporal, ellos manifiesten su voluntad de mantenerla;
- 3.º Por la sentencia de separación de bienes;
- 4.º *Por la declaración de nulidad del matrimonio, salvo en el caso de que la nulidad haya sido declarada con fundamento en lo dispuesto por el numeral 12 del artículo 140 de este Código. En este evento, no se forma sociedad conyugal, y*
- 5.º Por mutuo acuerdo de los cónyuges capaces, elevado a escritura pública, en cuyo cuerpo se incorporará el inventario de bienes y deudas sociales y su liquidación. No obstante, los cónyuges responderán solidariamente ante los acreedores con título anterior al registro de la escritura de disolución y liquidación de sociedad conyugal.

Para ser oponible a terceros, la escritura en mención deberá registrarse conforme a la ley. Lo dispuesto en este numeral aplicable a la liquidación de la sociedad conyugal disuelta por divorcio o separación de cuerpos judicialmente decretados.²³

La norma trae los casos en los cuales se disuelve el patrimonio conyugal; casos que corresponden a lo anotado en el punto 1.2.4 de esta segunda parte.

Puede darse el caso de una persona que contrae varios matrimonios en Colombia sin que se hayan disuelto los vínculos civiles anteriores. Así, por ejemplo: Pedro contrae matrimonio con Ana en 1980 y, sin disolver tal vínculo, contrae matrimonio con María en 1985 y, sin disolver esos dos vínculos anteriores, contrae matrimonio con Rosa en 1990.

Si Pedro fallece en 1995; si Pedro obtiene en cada matrimonio el divorcio o la separación de cuerpos indefinida; si Pedro de común acuerdo disuelve los patrimonios conyugales; si Pedro en separación de bienes obtiene la disolución de sus patrimonios conyugales; si Pedro obtiene las nulidades de sus matrimonios por causales diferentes a la señalada en el numeral 12 del artículo 140 del Código Civil, habrá que concluir que en todos y cada uno de los matrimonios de Pedro hubo patrimonio conyugal y que todos están disueltos y que todos se deben liquidar.

Obsérvese que el numeral 4.º del artículo 25 de la Ley 1 de 1976 solo establece la no conformación del patrimonio conyugal si los matrimonios subsiguientes a uno preexistente se anulan con base en la causal del numeral 12 del artículo 140 del Código Civil. Lo anterior significa que en todos los demás casos de concurrencia de matrimonios en Colombia, si se dan los presupuestos del aparte 1.2.3.1.1, se forman tantos patrimonios conyugales como matrimonios se celebren.

²³ Congreso de la República de Colombia, *op. cit.*, 1976 (las cursivas son nuestras).

1.2.5.2 Artículo 2082 del Código Civil

Esta norma está derogada expresamente por el artículo 242 de la Ley 222 de 1995. No obstante, importa analizar la norma porque muchos autores consideran que no es posible la concurrencia de patrimonios conyugales por cuanto el artículo en comento los prohíbe. Tal afirmación era y es equivocada por dos razones fundamentales:

- La norma se refería a sociedades a título universal y de gananciales a título universal.
El artículo 2082 decía:

Se prohíbe toda sociedad a título universal, sea de bienes presentes y venideros o de unos u otros.

Se prohíbe, asimismo, toda sociedad de ganancias, a título universal, *excepto entre cónyuges*.

Podrán, con todo, ponerse en sociedad cuantos bienes se quiera, especificándolos.²⁴

Obsérvese que la norma prohíbe sociedades a título universal y se prohíbe toda sociedad de gananciales, excepto entre cónyuges. Los conceptos de sociedad universal y de sociedad de gananciales son, en palabras del profesor Fernando Vélez Barrientos, los siguientes:

[...] El Derecho Romano, dice el Sr, Vera en el artículo 2.056, igual al 2.082, reconocía la sociedad universal de todos los bienes presentes y futuros, aun aquellos que vinieran a los socios por donación, herencia o legado. Las leyes de don Alfonso, el sabio, aceptaron esta legislación con algunas modificaciones como se ve en las leyes 7^a y 9^a, tít. 10 de la parte 5^a...

La nulidad de la cláusula en que se hace figurar en una sociedad los bienes futuros trae la nulidad de todo el contrato de sociedad.

Cuando sólo se designan algunos aportes y se agrega que también entran los que el socio posee, esta cláusula entrañará la nulidad de todo el acto, como en el caso anterior. Los bienes que no se designan no entran en la sociedad, aunque se establezca en el contrato que los designados son todos los que el socio posee.

Dice el art. 2056 que se prohíbe toda sociedad de ganancias a título universal. Esto se refiere a bienes que no entran en la sociedad y, por lo mismo, no están afectos a las deudas de ellas.

Las ganancias de los bienes que forman la sociedad, es claro que son para ésta.

55. Para mejor inteligencia del artículo 2082, diremos que, según el Sr. Vera, el Código Francés admite la sociedad universal de todos los bienes y ganancias, “excluyendo los que vengan a los socios por herencia, legado o donación”.

Efectivamente, dicho Código en su artículo 1835, dice que las sociedades son universales o particulares; en su artículo 1837, que la sociedad de todos los bienes

²⁴ Congreso de la República de Colombia. *Diario oficial nro. 42.156. Ley 222 de 1995: Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones.* (20 de diciembre de 1995). Las cursivas son nuestras.

presentes es aquella en que las partes ponen en común todos los bienes muebles e inmuebles que poseen, y en su artículo 1838, que la sociedad universal de ganancias comprende todo lo que las partes adquieran con su industria, a cualquier título que sea, durante la sociedad, y los bienes muebles que posean al celebrarse el contrato, pero no sus inmuebles personales, de los cuales sólo entra a la sociedad el goce de ellos. De esto se deduce que entran en aquélla las deudas muebles de cada socio. Según el artículo 1839, la simple convención de sociedad universal sólo establece la sociedad universal de ganancias. (Baudry-Lacantinerie, *Précis etc.*, t. 3º, núms. 764, etc.).

56. Sociedades universales en la generalidad de los casos, solo serían origen de complicaciones y dificultades entre los socios y aun con terceros. Esas sociedades pueden ser una manera de simular una donación de un socio al otro; lo que probablemente es causa de que el artículo 1840 del Código Francés disponga que no puede celebrarse sino entre personas hábiles para donar o para recibir donaciones (arts. 1444, etc.).

Por esto creemos que es acertado que el artículo 2082 prohíbe las sociedades a título universal, sea de bienes presentes, de bienes futuros o de unos y otros. De esta prohibición resulta que adolecería de nulidad absoluta (t. 6º. nums. 507, etc.) un contrato en que las partes dijesen que aportaban a la sociedad todos sus bienes presentes o éstos y los futuros, o los últimos. Las partes pueden poner en la compañía todos los bienes que quieran, pero determinándolos como debe ser (art. 1464, 1465, 1466 y 1867; arts. 467, num. 4º., 493, etc., C. de C.).

Que sea sociedad de ganancias a título universal, puede deducirse del artículo 1838 del Código Francés citado antes. De modo que si en un contrato de sociedad se estipula que pertenecerá a ésta todo lo que cada uno de los socios gane de cualquier manera, o sea, en toda clase de trabajos, oficios o profesiones, el contrato será absolutamente nulo.

De esta regla se exceptúa a los cónyuges, lo que quiere decir que pueden tener sociedad a título universal de ganancias. De esto no debe deducirse que puedan celebrar un contrato distinto al de su sociedad conyugal (n. 43), sino que ésta comprende todas las ganancias de cada cónyuge (art. 1781), salvo lo que estipulen en sus capitulaciones matrimoniales (art. 1776).²⁵

El patrimonio conyugal en Colombia no corresponde a tal clasificación; el patrimonio conyugal, sin ser sociedad como ya se explicó, puede ubicarse dentro del sistema de un régimen de muebles y gananciales.

- Al confrontar la norma con los conceptos transcritos es claro que en materia de patrimonio conyugal no se trata de sociedades universales ni de sociedades de gananciales, lo cual bastaría para desvirtuar el argumento materia de análisis; pero, además, obsérvese que la misma norma admite la concurrencia de sociedades de

²⁵ Vélez Barrientos, Fernando. *Derecho civil*. Tomo 8 (Bogotá: Ediciones Lex, 1983).

gananciales entre cónyuges. Para finiquitar este punto es preciso reiterar que el patrimonio conyugal en el Código Civil colombiano corresponde al concepto de régimen de muebles y gananciales no universal porque aquellos bienes hacen parte de él y hay bienes que se excluyen.

Sin embargo, aceptando en vía de discusión que el patrimonio conyugal es “una sociedad a título universal”, resulta perfectamente posible que concurran varias de ellas por mandato expreso de la norma.

1.2.6 Conclusión

Queda demostrado que en Colombia es posible la concurrencia de patrimonios conyugales; siempre que se den los presupuestos del punto 1.2.3.1 y salvo la excepción del numeral 4.^º del artículo 25 de la Ley 1 de 1976. Cuando se encuentren dos o más matrimonios subsiguientes respecto de una misma persona, sin haber disuelto los patrimonios conyugales, existirán tantos patrimonios conyugales como matrimonios existan. El problema de la liquidación y el orden de liquidarlos es asunto que escapa al tema de este escrito, pero las soluciones se encuentran en la jurisprudencia y en la doctrina colombiana referente al problema antes de la vigencia de la Ley 1 de 1976.

1.3 De la relación patrimonial entre compañeros permanentes

1.3.1 Concepto

En su naturaleza puede asemejarse al patrimonio conyugal y por ello se remite a lo anotado en el aparte 1.2.1. Se diferencian esos patrimonios en la conformación de sus activos y en algunas de las causales de disolución.

La relación patrimonial entre compañeros surge desde el momento mismo en el que surge la unión marital de hecho y goza, a veces, de presunciones de existencia conforme el texto del artículo 2 de la Ley 54 de 1990 que establece:

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, y
- 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 ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido

disueltas y liquidadas²⁶ por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho.²⁷

1.3.2 De la relación patrimonial entre compañeros permanentes en Colombia

1.3.2.1 Del concepto de presunción

El artículo 66 del Código Civil es del siguiente tenor:

Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.

Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal.

Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.

Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisible la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias.²⁸

La presunción pertenece por esencia al campo del derecho probatorio; frente a una presunción el sujeto beneficiado con ella se libera de la carga de la prueba. Si no se dan los elementos que estructuran la presunción, el sujeto queda situado de nuevo frente a la regla general de la carga de la prueba: incumbe a la parte probar (artículo 167 del Código General del Proceso). Así, por ejemplo:

- Si no se dan los elementos para presumir que el marido de la mujer casada es el padre del hijo de ella, ¿cuál será la consecuencia? ¿Que ese hijo no tiene padre? ¿Que hay que probar quién es el padre? Por supuesto, la respuesta correcta es la afirmación del segundo interrogante.
- Si no se dan los elementos para presumir el domicilio de una persona, ¿será que esa persona carece de domicilio o habrá que probar cuál es? Por supuesto, hay que probarlo.
- Si no se dan los elementos para presumir la mala fe, ¿será que ella está ausente de la actividad o será que hay que probarla? Por supuesto, hay que probarla.

²⁶ Esta expresión “liquidadas” fue declarada inexistente por la Corte Constitucional, ver *Sentencia C-700/13. op. cit.*

²⁷ Cámara de Representantes de Colombia, *op. cit.*, 1990 (las cursivas son nuestras).

²⁸ Congreso de los Estados Unidos de Colombia, *op. cit.*, 1873.

En síntesis, cada vez que no se den los elementos de una presunción, la consecuencia no es la inexistencia del hecho; la consecuencia es la necesidad de desplegar una actividad probatoria.

1.3.2.2 Del contenido del artículo 2 de la Ley 54 de 1990

La norma es del siguiente tenor:

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, y
- 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 ambos compañeros permanentes, *siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas²⁹ por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho.*³⁰

Ha establecido el legislador una doble situación de presunciones frente al aspecto patrimonial de los compañeros permanentes. Si no se dan los elementos de las presunciones, ¿cuál será la consecuencia? ¿La no existencia de relación patrimonial o la necesidad de probarla? Si se han aceptado como ciertas las conclusiones dadas en el punto 1.3.2.1, es obligatorio concluir que, si no se dan los presupuestos del artículo 2 de la Ley 54 de 1990, lo que deberán hacer los interesados es probar que la relación patrimonial existe.

1.3.2.3 De los elementos a probar para establecer la relación patrimonial entre compañeros permanentes en Colombia

Deben probarse dos hechos:

1.3.2.3.1 *La unión marital de hecho*

Para efectos de la ley, sin ahondar en el punto que es polémico, se exige probar la unión marital de hecho ante el juez de familia en primera instancia, por declaración ante notario en escritura pública o ante conciliador en la respectiva acta de acuerdo.

²⁹ Esta expresión “liquidadas” fue declarada inexistente por la Corte Constitucional, ver *Sentencia C-700/13. op. cit.*

³⁰ Cámara de Representantes de Colombia, *op. cit.*, 1990 (las cursivas son nuestras).

1.3.2.3.2 *La oportunidad y forma de adquisición de los bienes*

Deberá probarse que los bienes fueron adquiridos durante la vigencia de la unión marital de hecho, como fruto del trabajo, el socorro y la ayuda mutua o que, habiéndose adquirido con anterioridad o sin las exigencias dichas, aumentaron su valor porque este mayor precio pertenece a la relación patrimonial, advirtiendo que la Corte Constitucional en Sentencia C-014 del 4 de febrero de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, ha señalado que ese mayor valor de los bienes propios pertenece a la comunidad patrimonial siempre y cuando sea fruto del trabajo, el socorro y la ayuda mutua.

La Corte expresa:

10. En la segunda demanda de inconstitucionalidad se plantea que vulnera el derecho de igualdad la disposición, incluida en el parágrafo del artículo 3º de la Ley 54 de 1990, que prescribe que el mayor valor que produzcan los bienes de propiedad de uno de los compañeros permanentes, durante la unión de hecho, forma parte de la sociedad patrimonial.

La demanda parte de la base de que la unión de hecho es “un matrimonio a título precario” y que, por consiguiente, no es posible aceptar que el régimen de disolución y liquidación de la sociedad patrimonial sea más severo –con respecto a los bienes de cada uno de los compañeros permanentes– que el previsto para la disolución y liquidación de la sociedad conyugal.

11. Tanto en la sociedad conyugal como en la patrimonial se distingue entre los bienes que pertenecen a la sociedad y los bienes propios de cada uno de los cónyuges o compañeros. El último rubro está compuesto tanto por las propiedades que son adquiridas por los convivientes a título de donación, herencia o legado, como por las pertenencias que poseía cada uno de ellos en el momento de conformar la sociedad. En el caso de la sociedad conyugal cabe aclarar que el Código Civil (arts. 1781 ss.) establece que los bienes muebles propios de los consortes ingresan a la sociedad, y su valor debe ser restituido al cónyuge respectivo en el momento en que ella se disuelve.

De lo anterior se colige que el legislador ha optado por no incorporar todos los bienes que poseen o adquieren los consortes o convivientes a la sociedad conyugal o patrimonial. De esta manera, ha autorizado a estas personas para que preserven y, en determinados casos, formen o acrezcan un patrimonio propio.

La demanda de la actora debe analizarse a partir de esta premisa. Ella plantea que del texto legal atacado se deduce que la valorización que obtienen los bienes propios de los compañeros permanentes ingresa a la sociedad conyugal, hecho que implica un perjuicio económico para el compañero al que pertenece el bien, pues la valorización no es sino un mecanismo de protección contra la devaluación que afecta a la moneda. Esa es la razón que la conduce a presentar la demanda de inconstitucionalidad, por considerar que, al comparar

esta situación con la que se aplica a los integrantes de la sociedad conyugal, en esta materia se brinda un trato discriminatorio a los compañeros permanentes.

Sin embargo, una interpretación sistemática de la norma acusada no avala la interpretación que hace la actora de la disposición. En efecto, como se ha visto, las normas que regulan las sociedades conyugal y patrimonial expresan el interés del legislador en garantizar la existencia, al lado de los bienes comunes, de bienes propios de los cónyuges o compañeros permanentes. Pues bien, si este es el deseo del legislador no es posible aceptar una interpretación de la norma que propiciaría, en unos cuantos años, el agotamiento de los patrimonios propios de los compañeros permanentes, en razón del fenómeno de la inflación.

Por lo demás, debe precisarse que lo que el texto acusado señala es que a la sociedad patrimonial ingresará el mayor valor que produzcan los bienes propios durante la unión material de hecho. Empero, la mera actualización del precio de un bien, como resultado de la tasa de devaluación de la moneda, no constituye un producto de la cosa, pues de esa valorización monetaria no se deduce que el poseedor del bien haya acrecentado realmente su patrimonio. Para poder hablar de que un bien ha producido un mayor valor es necesario que se pueda constatar un incremento material de la riqueza de su propietario. Evidentemente, esa situación no se presenta en este caso.

Lo anterior conduce a esta Corporación a la conclusión de que la frase atacada no puede interpretarse como referida a la valorización monetaria o actualización del precio de los bienes propios de los compañeros permanentes. Por ello, cabe más bien aceptar la interpretación realizada por el Ministerio de Justicia y el Derecho y la Procuraduría, ya reseñadas.

Por lo tanto, se declarará la constitucionalidad de la norma acusada, si bien bajo el entendido de que la valorización de los bienes propios de los convivientes, por causa de la corrección monetaria, no ingresa a la sociedad patrimonial. Además, en atención a que el análisis efectuado se ha restringido al punto referido a la correcta interpretación del texto, la declaración de constitucionalidad se limitará al cargo formulado.³¹

El artículo 3 de la Ley 54 establece:

El patrimonio o capital producto del trabajo, ayuda y socorre mutuos pertenece por partes iguales a ambos compañeros permanentes.

Parágrafo: No formarán parte del haber de la sociedad, los bienes adquiridos en virtud de donación, herencia o legado, ni los que se hubieren adquirido antes de iniciar la unión marital de hecho, pero si lo serán los réditos, rentas, frutos o mayor valor que produzcan estos bienes durante la unión marital de hecho.³²

³¹ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-014/98*. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. (4 de febrero de 1998).

³² Cámara de Representantes de Colombia, *op. cit.*, 1990.

1.3.2.3.3 *De la disolución de la relación patrimonial entre compañeros permanentes*

Concretando el artículo 5 a los casos de disolución de la relación patrimonial se hace necesaria una visión independiente de cada una de las causales señaladas:

Artículo 5º. de la Ley 54 de 1990:

La sociedad marital entre compañeros permanentes se disuelve:

- a) Por la muerte de uno o ambos compañeros;
- b) Por el matrimonio de uno o de 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) Por sentencia judicial.

La expresión “disolución de la sociedad marital” se presta a confusiones porque no se ha empleado en el texto legal para tipificar un fenómeno determinado; se ha hablado de Unión *Marital* y de Sociedad *Patrimonial*. La norma se viene entendiendo como referida a la relación patrimonial lo que lleva a señalar, en la Ley, la ausencia de causales para terminar las uniones maritales, situación que es importante regular o al menos precisar por vía de interpretación para señalar que la Unión Marital de Hecho termina por las mismas causas por las cuales termina el matrimonio.³³

1.3.2.3.3.1 *La muerte de uno o ambos compañeros*

La muerte puede ser real o presunta y frente a tal hecho sobra toda especulación crítica. Este supuesto no solo da lugar a la disolución de la relación patrimonial, sino que también es una de las causales de terminación de la unión marital de hecho.

1.3.2.3.3.2 *El matrimonio de uno o ambos compañeros con terceras personas*

Se viene entendiendo, por la mayoría, que basta con la simple celebración del matrimonio de uno o de ambos compañeros con terceras personas para que se dé la disolución de la relación patrimonial; tal interpretación es imprecisa porque no siempre, por la simple realización del matrimonio, se acaba la unión: puede darse el caso de compañeros permanentes que sin terminar la unión (permanente y singular) realicen un matrimonio sin que se produzca convivencia con el cónyuge. Debe entenderse, en un sentido lógico, que la disolución de la sociedad patrimonial se dará únicamente cuando termine la unión por rompimiento total de la comunidad o porque se pierda, al menos, uno de los elementos esenciales de ella (singularidad y permanencia), independientemente de la realización o no de un matrimonio.

³³ Cámara de Representantes de Colombia, *op. cit.*, 1990 (las cursivas son nuestras).

En este punto se observa una grave omisión normativa porque no se estableció la consecuencia patrimonial cuando el matrimonio se celebra entre los compañeros mismos. En razón de los regímenes diferentes, del matrimonio y de la unión marital, ha de entenderse que también se disuelve la comunidad patrimonial por el hecho del matrimonio entre los compañeros permanentes.

1.3.2.3.3.3 Mutuo consentimiento expresado ante notario mediante escritura pública

Consecuencia del principio de la autonomía de la voluntad y consecuente con el mismo principio en materia de patrimonio conyugal, esta causal no se presta a problema alguno.

1.3.2.3.3.4 Mutuo consentimiento expresado ante conciliador mediante acta

Consecuencia del principio de la autonomía de la voluntad y consecuente con el mismo principio en materia de patrimonio conyugal, esta causal no se presta a problema alguno.

1.3.2.3.3.5 Por sentencia judicial

La parquedad de la norma induce al intérprete a buscar los elementos estructurales de esta causal: lo primero, indagar por las razones para pretender la decisión judicial. Lo segundo, determinar el procedimiento y la competencia para ello.

- Razones para invocar la sentencia judicial: la Ley 54 de 1990 nada dice; por razones analógicas hay que pensar que los motivos para solicitar la disolución de la relación patrimonial no pueden ser otros que los consagrados por el Código Civil colombiano para obtener la disolución del patrimonio conyugal, artículo 1820; esta afirmación se hace por vía analógica, ya que la norma no señala las causas para invocar la sentencia judicial y al hacer la remisión en el artículo 7 deja por fuera el Capítulo V que se refiere a las causales de disolución del patrimonio conyugal.
- Procedimiento y competencia: también, con base en la remisión del artículo 7, se llega a la conclusión sobre el procedimiento que no puede ser otro distinto al liquidatorio reglado en el artículo 523 del Código General del Proceso. La competencia radica en los jueces de familia porque así lo ordena el texto del artículo 7 de la Ley en comento.

1.3.3 Conclusiones

Si la consecuencia lógica de la no presunción es la posibilidad de probar, entonces, resulta posible afirmar que se pueden dar uno o varios patrimonios conyugales (ver punto 1.2.6) y esa circunstancia no impide la existencia de un patrimonio marital conformado por uno o ambos cónyuges con terceros con los que se convive en una unión marital de hecho. Lo

anterior hace factible señalar que se puede dar la concurrencia entre uno o varios matrimonios conyugales y entre uno o dos patrimonios maritales. Por ejemplo, el patrimonio conyugal de A con B y el patrimonio marital de A con C o el patrimonio conyugal de X con Z y los patrimonios maritales de X con M y Z con T.

Se ha demostrado que es posible la concurrencia de patrimonios conyugales y que es posible que estos concurran con una relación patrimonial; pero es importante anotar que es imposible la concurrencia de relaciones patrimoniales por la simple razón de que ellas solo pueden surgir de la unión marital de hecho y esta no admite concurrencia porque la institución exige permanencia y singularidad.

1.4 Conclusiones finales

Las tesis sostenidas por la jurisprudencia y la doctrina colombiana sobre la no concurrencia de patrimonios conyugales y sobre la imposibilidad de estructurar una relación patrimonial si existe un patrimonio conyugal, son tesis equivocadas.

La primera, porque se incurre en el error de hacer extensiva la situación del numeral 4.^º del artículo 25 de la Ley 1 de 1976 a todos los casos de bigamia, cuando solo es aplicable al matrimonio que se anula por la existencia de un vínculo anterior. Descartando la excepción, ha de entenderse que es viable encontrar la concurrencia de dos o más patrimonios conyugales; el problema de las liquidaciones y el orden de efectuarlas escapa a este escrito, pero ello es posible como ocurría antes de la Ley 1 de 1976.

La segunda tesis es equivocada porque se olvida la elemental regla de hermenéutica que enseña que, cuando no es posible presumir, la consecuencia es la viabilidad de la probanza y no la afirmación de inexistencia.

Los compañeros permanentes, en Colombia, pueden demostrar, pese a tener patrimonios conyugales vigentes, la existencia de una relación patrimonial; de tal situación surge contundentemente una posterior conclusión: la posibilidad de concurrencia de patrimonio conyugal y relación patrimonial. El problema de las liquidaciones y el orden de efectuarlas escapa a este escrito.

2. Concurrencia de titulares frente a los derechos económicos familiares

El derecho de familia contemporáneo reconoce derechos económicos entre cónyuges, entre compañeros permanentes y entre aquellos y estos. Derechos que se pueden concretar en lo siguiente:

- Derecho a participar en el patrimonio común, esto es, en la comunidad de bienes, que no “sociedad conyugal” como se precisó en el apartado anterior.
- Derecho a participar en la herencia del cónyuge o compañero permanente fallecido.
- Derecho a la porción conyugal.
- Derecho de alimentos.
- Derechos vinculados con la seguridad social tales como el ser beneficiario de ella frente a la vinculación del otro y, en especial, el derecho a la sustitución pensional del cónyuge o compañero permanente fallecido.

Hasta el año de 1960, se podía afirmar que no había inconveniente alguno frente a la reclamación de un cónyuge respecto de los derechos mencionados. Excepcionalmente, se encontraban los casos de bigamia en donde podían concurrir varios cónyuges y los jueces resolvieron, dicha concurrencia, protegiendo al primer cónyuge en el tiempo o al último de ellos y, a veces, a todos los que concurrían. Así, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico colombiano, si un sujeto contraía dos o más matrimonios teniendo vínculos anteriores vigentes y fallecía, los varios cónyuges supérstites tenían derecho a reclamar participación en cada una de las comunidades conyugales surgidas de tales matrimonios; a reclamar herencia en el orden sucesoral correspondiente; a reclamar porción conyugal y a solicitar la sustitución pensional.

El legislador colombiano, en virtud del numeral 4.º del artículo 25 de la Ley 1 de 1976, determinó la no concurrencia de cónyuges frente a los derechos en la comunidad de bienes, al indicar que en los matrimonios en los que preexistía un vínculo matrimonial de uno de los cónyuges no se formaba comunidad conyugal, en un evento expresamente regulado por el legislador. La norma es del siguiente tenor:

El artículo 1820 de Código Civil quedará así:

ART. 1820. La sociedad conyugal se disuelve:

[...]

4. Por la declaración de nulidad del matrimonio, salvo en el caso de que la nulidad haya sido declarada con fundamento en lo dispuesto por el numeral 12 del artículo 140 de este código. *En este evento, no se forma sociedad conyugal.*³⁴

La solución frente a la comunidad conyugal no se hizo extensiva a los otros derechos y, por ello, la jurisprudencia ha venido tomando varias posiciones como se verá a continuación.

Para los años de 1980, los ordenamientos jurídicos vinieron a reconocer derechos a los concubinos o compañeros permanentes de diferente sexo, bajo la consideración de la existencia de un núcleo familiar que debería tener los mismos derechos y obligaciones de los cónyuges. Para el 2000, los ordenamientos jurídicos ampliaron el ámbito de protección y otorgaron derechos e impusieron obligaciones a los compañeros permanentes del mismo sexo, haciendo extensivas las normas propias de los cónyuges.

El reconocimiento y extensión de los derechos conyugales a favor de los compañeros permanentes, de diferente o del mismo sexo, aumentó la confusión frente a la concurrencia de sujetos interesados en los derechos económicos referidos, porque ya no solo es posible la concurrencia de cónyuges, sino que también es posible la concurrencia de ellos con compañeros permanentes.

Es necesario precisar que, como regla general, las legislaciones no admiten la concurrencia de compañeros permanentes del mismo o de diferente sexo porque cada uno de estos tipos de unión exige, como nota característica esencial, la permanencia y la exclusividad. Teniendo en cuenta que nada se ha regulado frente a la concurrencia de compañeros y cónyuges, y que esta se presenta a diario, la jurisprudencia y la doctrina entran a buscar soluciones.

Desde la óptica del ordenamiento jurídico colombiano y frente a cada uno de los derechos patrimoniales mencionados, se puede señalar lo siguiente:

2.1 Derechos relacionados con la comunidad de bienes |

El artículo 180 del Código Civil colombiano señala:

Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, según las reglas del Título XXII, Libro IV, del Código Civil.

Los que se hayan casado en país extranjero y se domiciliaren en Colombia, se presumirán separados de bienes, a menos que de conformidad a las leyes bajo cuyo imperio se casaron se hallen sometidos a un régimen patrimonial diferente.

Por su parte, el artículo 2 de la Ley 54 de 1990 indica:

³⁴ Congreso de la República de Colombia, *op. cit.* 1976 (las cursivas son nuestras).

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, y
- 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 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.³⁵

La Corte Constitucional colombiana, en Sentencia C-075 de 7 de febrero de 2007, precisó:

Declarar la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales.³⁶

Como se anotó, no es posible la concurrencia de las comunidades conyugales en el caso del mandato del artículo 25 de la Ley 1 de 1976.

Por disposición de la Ley 54 de 1990 y en virtud de la Sentencia C-075 de 2007, en las uniones maritales heterosexuales y homosexuales se conforman comunidades patrimoniales de bienes y, al ser posible el surgimiento de la unión entre personas con vínculo matrimonial anterior vigente, pueden coexistir, en un momento determinado, respecto de un mismo sujeto, una o varias comunidades conyugales y una comunidad patrimonial de hecho. Sirven de ejemplos los siguientes supuestos:

- Pedro, casado con María, la abandona, sin disolver ni liquidar la comunidad conyugal, y conforma una unión marital con Rosa, al fallecer Pedro coexistirán la comunidad conyugal y la comunidad patrimonial. En este caso, la concurrencia impone que se liquide, en primer lugar, la comunidad patrimonial y que luego se liquide la comunidad conyugal surgida del matrimonio anterior.
- Pedro, compañero permanente de Rosa, contrae matrimonio con María, pero sigue en la convivencia con Rosa, de manera permanente y singular; al fallecer Pedro coexistirán la comunidad patrimonial y la comunidad conyugal. En este caso, se deberá liquidar, primero, la comunidad conyugal y, luego, la comunidad patrimonial.

³⁵ Cámara de Representantes de Colombia, *op. cit.*, 1990.

³⁶ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-075/07*. M. P. Rodrigo Escobar Gil. (7 de febrero de 2007).

2.2 Derecho de herencia |

Los artículos 1040, 1046 y 1047 del Código Civil, modificados por la Ley 29 de 1982, señalan:

Artículo 1040. Son llamados a sucesión intestada: los descendientes; los hijos adoptivos; los ascendientes; los padres adoptantes; los hermanos; los hijos de éstos; el cónyuge supérstite; el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Artículo 1046. Si el difunto no deja posteridad, le sucederán sus ascendientes de grado más próximo, sus padres adoptantes y su cónyuge. La herencia se repartirá entre ellos por cabezas.

No obstante, en la sucesión del hijo adoptivo en forma plena, los adoptantes excluyen a los ascendientes de sangre; en la del adoptivo en forma simple, los adoptantes y los padres de sangre recibirán igual cuota.

Artículo 1047. Si el difunto no deja descendientes ni ascendientes, ni hijos adoptivos, ni padres adoptantes, le sucederán sus hermanos y su cónyuge. La herencia se divide la mitad para éste y la otra mitad para aquellos por partes iguales.

A falta de cónyuge, llevarán toda la herencia los hermanos, y a falta de éstos aquél. Los hermanos carnales recibirán doble porción que los que sean simplemente paternos o maternos.³⁷

Por su parte, la Corte Constitucional colombiana, en Sentencia C-238 de 22 de marzo de 2012, resolvió:

Primer. Declarar EXEQUIBLE, por los cargos analizados en esta sentencia, la expresión “cónyuge”, contenida en los artículos 1040, 1046 y 1047 del Código Civil, siempre y cuando se entienda que ella comprende al compañero o compañera permanente de distinto sexo o del mismo sexo que conformó con el causante, a quien sobrevive, una unión de hecho.³⁸

Si un sujeto fallece y le sobreviven cónyuge y compañero/a permanente, en principio se entiende que ambos sujetos, en el orden sucesoral pertinente en el que sean llamados a heredar, pueden concurrir. Teniendo en cuenta que la Ley solo ha previsto la presencia de un sujeto, la jurisprudencia ha resuelto de diversas maneras, así: en un principio, se le reconoció el derecho al cónyuge bajo la equivocada apreciación de que primaba tal calididad sobre la de compañero/a permanente. Con posterioridad, se estimó que el derecho herencial debía ser compartido, por partes iguales, entre los sujetos que acreditaran las calidades pertinentes. Posteriormente, la jurisprudencia entró a considerar los períodos de convivencia que el fallecido tuvo con cada uno de los reclamantes para repartir el derecho en proporción al tiempo de convivencia.

³⁷ Congreso de los Estados Unidos de Colombia, *op. cit.*, 1873.

³⁸ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-238/12*. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. (22 de marzo de 2012).

Un sector de la doctrina estima, y aquí se considera que es la posición que responde al espíritu del legislador, que el derecho de herencia debe corresponder al sujeto que demuestre que convivía con el causante, al momento del fallecimiento. Ello, porque dicho sector entiende que el derecho de herencia, para el cónyuge o para el compañero/a, se funda en razones de convivencia y solidaridad, entendida como el cumplimiento del deber de conformar un hogar.

2.3 Derecho de porción conyugal

El artículo 1230 del Código Civil colombiano, señala:

La porción conyugal es aquella parte del patrimonio de una persona difunta que la ley asigna al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua subsistencia.³⁹

Por su parte, la Corte Constitucional colombiana, en Sentencia C-283 del 13 de abril de 2011, precisó:

Primero. Declarar exequibles los artículos 1016-5, 1045, 1054, 1226, 1230, 1231, 1232, 1234, 1235, 1236, 1237, 1238, 1243, 1248, 1249, 1251 y 1278 del Código Civil, siempre y cuando se entienda que a la porción conyugal en ellos regulada, también tienen derecho el compañero o compañera permanente y la pareja del mismo sexo.

Segundo. exhortar al Congreso para que legisle de manera sistemática y ordenada sobre las materias relacionadas con las uniones maritales de hecho y las parejas del mismo sexo.⁴⁰

Frente a este derecho, en el ordenamiento jurídico colombiano vale todo lo dicho respecto del derecho de herencia y a ello se remite.

2.4 Derecho de alimentos

El artículo 411 del Código Civil colombiano señala:

Se deben alimentos:

1. Al cónyuge.⁴¹

Por su parte, la Corte Constitucional colombiana, en Sentencias C-1033 del 27 de noviembre de 2002 y C-029 del 28 de enero de 2009, resolvió:

Sentencia C-1033 de 2002:

³⁹ Congreso de los Estados Unidos de Colombia, *op. cit.*, 1873.

⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-283/11*. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. (13 de abril de 2011).

⁴¹ Congreso de los Estados Unidos de Colombia, *op. cit.*, 1873.

Primero. Declarar exequible el numeral 1º del artículo 411 del Código Civil, siempre y cuando se entienda que esta disposición es aplicable a los compañeros permanentes⁴² que forman una unión marital de hecho.⁴³

Sentencia C-029 de 2009:

[...]

Segundo. Declarar la exequibilidad, por los cargos analizados, de la expresión “cónyuge” contenida en el numeral 1º del artículo 411 del Código Civil, en el entendido de que también comprende, en igualdad de condiciones, a los integrantes de las parejas del mismo sexo que se hayan acogido al régimen de la Ley 54 de 1990 y demás normas que lo modifiquen.⁴⁴

Todos y cada uno de los sujetos que acrediten la calidad de cónyuge o compañero/a permanente, respecto de otro, bajo el supuesto de la necesidad de aquellos y la capacidad de este, podrán reclamar los alimentos a que haya lugar, sin que el obligado pueda pretender liberarse so pretexto de la pluralidad de sujetos; la ley le impone, con independencia de dicha pluralidad, el cumplimiento del deber alimentario.

Esta posible concurrencia solo es factible entre sujetos vivos porque si un sujeto fallece y le sobreviven cónyuges o compañeros/as, la obligación alimentaria termina con la muerte y no podrán concurrir ante la sucesión ni ante los herederos. Si para el momento de la muerte se han causado alimentos, en favor de cónyuges y compañeros/as, estas obligaciones se miran de manera independiente y como tales se pueden cobrar dentro de la sucesión respectiva.

2.5 Derechos relacionados con la pensión de vejez

El texto inicial del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 era del siguiente tenor:

Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a. En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite.

En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante (por lo menos desde el momento en que este cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez),⁴⁵ y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de

⁴² La Corte hace alusión a los compañeros permanentes heterosexuales.

⁴³ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-1033/02*. M. P. Jaime Córdoba Triviño. (27 de noviembre de 2002).

⁴⁴ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-029/09*. M. P. Rodrigo Escobar Gil. (28 de noviembre de 2009).

⁴⁵ El aparte entre paréntesis fue declarado inexequible.

dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido.⁴⁶

La jurisprudencia aplicó, en diversos momentos, las distintas teorías interpretativas, así:

- Reconoció el derecho al cónyuge bajo la equivocada apreciación de que primaba tal calidad sobre la de compañero/a permanente.
- Estimó que el derecho a la pensión debía ser compartido, por partes iguales, entre los sujetos que acreditaran las calidades pertinentes.
- Consideró los períodos de convivencia que el fallecido tuvo con cada uno de los reclamantes para repartir el derecho a la pensión en proporción al tiempo de convivencia.

El legislador colombiano adoptó la última teoría interpretativa conforme lo establece el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, al modificar el 47 de la Ley 100 de 1993, ya transcrita.

La norma actual expresa:

Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

- a. En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido *no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte*;
- b. En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos(as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea⁴⁷ en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo [sic]. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una

⁴⁶ Congreso de la República de Colombia. *Diario oficial* nro. 41.148. Ley 100 de 1993: *Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*. (23 de diciembre de 1993).

⁴⁷ Es de anotar que el legislador colombiano incurre en un grave error al considerar la posibilidad de la convivencia simultánea, toda vez que la Ley 54 de 1990 señala como elementos de existencia de la unión marital de hecho la singularidad y la permanencia.

separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a) en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.⁴⁸

La Corte Constitucional colombiana, en Sentencia C-1035 del 22 de octubre de 2008, declaró EXEQUIBLE la parte *destacada en cursiva* “en el entendido de que además de la esposa o el esposo [sic] serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos/as en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido”.⁴⁹

También aquí, un sector de la doctrina considera que la posición equitativa es la de reconocer el derecho a la sustitución a la persona que acredite haber estado conviviendo con el pensionado al momento de su muerte.

2.6 A modo de conclusión

Todo lo dicho se convierte en un llamado de atención, no solo frente a la legislación colombiana, sino frente a los demás ordenamientos jurídicos, para que planteen, de manera clara y precisa, cuál ha de ser la solución frente a la concurrencia de cónyuges y compañeros/as permanentes, respecto de cada uno de los derechos económicos familiares descritos, con miras a dar seguridad jurídica a los ciudadanos.

⁴⁸ Congreso de la República de Colombia. *Diario oficial nro. 45.079. Ley 797 de 2003: Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales.* (29 de enero de 2003). Las cursivas son nuestras.

⁴⁹ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-1035/08.* M. P. Jaime Córdoba Triviño. (22 de octubre de 2008).

Tercera parte: Sujetos jurídicos

1. Los sujetos jurídicos en el ordenamiento jurídico colombiano

Cada Estado, al separar los entes, crea dos grandes grupos: el de los entes sujetos jurídicos y el de los entes no sujetos jurídicos. Al clasificarlos, le da a cada grupo un tratamiento diferente: a los primeros les permite ser centro de imputación jurídica y, por ende, ser parte sujetiva de relaciones jurídicas. A los segundos los protege como elementos de la naturaleza misma creando conductas que conllevan sanciones para los sujetos jurídicos que incurran en ellas.

Cada Estado, además de otorgar la sujetividad a los entes escogidos, les entrega otras dádivas para un mejor desempeño en el desarrollo de su existencia. Así, por ejemplo, les otorga derechos, obligaciones, garantías, atributos y para-atributos. Dádivas que varían según los diferentes tipos de sujetos jurídicos como se explica a continuación.

1.1 Del sujeto jurídico corporal⁵⁰ individual, otrora llamado “persona natural”⁵¹

1.1.1 Otorgamiento y duración de la sujetividad

El sujeto jurídico corporal individual, en el ordenamiento jurídico colombiano, recibe el carácter de sujeto jurídico cuando se dan tres hechos jurídicos sucesivos que conforman el llamado *nacimiento jurídico*, artículo 90 del Código Civil que expresa:

La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre.

La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás.⁵²

⁵⁰ Porque se puede apreciar por los sentidos.

⁵¹ Expresión inadecuada porque no existen sujetos jurídicos artificiales.

⁵² Congreso de los Estados Unidos de Colombia, *op. cit.*, 1873.

Conforme lo señala el artículo 74 del Código Civil, a partir del nacimiento jurídico, todo ser humano es sujeto jurídico sin importar su edad, sexo, estirpe o condición.

La calidad de sujeto jurídico corporal individual termina definitivamente con la muerte real (cesación de las funciones cardiorrespiratorias), con la muerte cerebral⁵³ y con la muerte presunta donde cabe la posibilidad de reaparecer y recuperar la calidad de sujeto jurídico corporal individual.

1.1.2 De los atributos y su análisis crítico

Tradicionalmente, se afirma que el Estado le otorga al sujeto jurídico corporal individual, por el solo hecho del nacimiento jurídico, unas calidades conocidas con el nombre de “atributos” y se mencionan la nacionalidad, el nombre, el estado civil, la capacidad, el patrimonio y el domicilio.

Antes de señalar cuáles son los verdaderos atributos de un sujeto jurídico corporal individual es necesario precisar el concepto de atributo, entendiendo por tal aquella institución que es común a todos los sujetos, de modo que, si un solo sujeto carece de ella, deja de ser atributo.

De los llamados atributos del sujeto jurídico corporal individual, no tienen la característica señalada la nacionalidad, la capacidad y el patrimonio. La primera, porque hay sujetos jurídicos apátridas, esto es, sujetos que en un momento determinado no tienen vínculo jurídico-político con ningún Estado; la segunda, porque se confunde conceptualmente con lo que es la sujetividad entendida como la posibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones; el patrimonio, porque a la luz de la Escuela Clásica pueden existir sujetos jurídicos corporales individuales que en un momento determinado carezcan de activos y pasivos, y en la visión moderna, también se debe excluir porque dicha escuela manifiesta que el patrimonio es la posibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, reiterando el concepto de la sujetividad.

1.1.3 De los llamados para-atributos

En razón de que hay instituciones importantes en el mundo jurídico, pero que no todos los sujetos jurídicos individuales las tienen, el Estado coloca esas instituciones al lado de los atributos y de allí su nombre de *para-atributos*. En el ordenamiento jurídico colombiano se pueden distinguir como tales la nacionalidad, la ciudadanía y el patrimonio.

⁵³ Se advierte que no hay unanimidad de criterios sobre la cesación de la sujetividad en razón de la muerte cerebral; quien escribe, con fundamento en la ley que regula los trasplantes en Colombia, considera que la muerte cerebral pone fin a la sujetividad. Basta con leer el concepto de cadáver que trae la ley al señalar que este es el sustrato material de quien ha fallecido real o cerebralmente.

Es importante hacer un breve análisis del patrimonio como institución jurídica en el ordenamiento colombiano. Ni el Código Civil ni el Código de Comercio se ocupan de señalar el concepto ni los elementos que lo integran; solo la legislación tributaria señala que se entiende por patrimonio el conjunto de activos de un sujeto jurídico determinando que, para que hagan parte de este, los activos deben tener valoración monetaria. Este concepto eminentemente restrictivo de patrimonio corresponde con lo manifestado por el Código Civil cuando señala que el patrimonio es prenda general de los acreedores.

La jurisprudencia y la doctrina discuten si el concepto de patrimonio es el señalado por la legislación tributaria o si en el campo de derecho privado se puede tener otro concepto de él. La llamada Escuela Clásica considera que el patrimonio es el conjunto de activos y pasivos que se pueden valorar monetariamente. La Escuela Moderna comprende que el patrimonio es la mera posibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones de carácter económico o monetario; esta posición se debe descartar, como ya se dijo, por equivaler al mismo concepto de sujetividad. La Escuela Contemporánea afirma que el patrimonio es el conjunto de activos y pasivos, situaciones de ventaja o desventaja, sean ellas de contenido económico o extraeconómico.

El sujeto jurídico corporal individual, de cara a la legislación tributaria y de cara a la relación jurídica acreedor deudor, podrá tener como patrimonio el conjunto de activos valorables monetariamente. En una visión amplia, cuando se trata de analizar las situaciones de ventaja y desventaja en que se encuentra el sujeto, se podrá afirmar que tiene patrimonio con independencia del valor económico.

1.1.4 De los derechos, obligaciones y garantías

La Carta Política de 1991, en los artículos 11 a 41 consagró los derechos fundamentales. Por su parte, en el artículo 95 estableció los deberes y obligaciones no solamente de los ciudadanos colombianos, sino de todo sujeto jurídico individual corporal vinculado al Estado colombiano.

El artículo 95 expresa:

La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades.

Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.

Son deberes de la persona y del ciudadano:

1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios;
2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas;
3. Respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales.

4. Defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica;
5. Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país;
6. Propender al logro y mantenimiento de la paz;
7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia;
8. Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano;
9. Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad.⁵⁴

A lo largo y ancho de la Carta Política de 1991 aparecen las garantías que el Estado colombiano le entrega al sujeto jurídico corporal individual para el debido ejercicio de sus derechos y para la guarda de estos; el ejemplo clásico y fundamental es la llamada “acción de tutela o derecho de amparo”.⁵⁵

1.2 Del sujeto jurídico corporal individual que está por nacer: *nasciturus*

1.2.1 Otorgamiento y duración de la sujetividad

Este sujeto jurídico, en el ordenamiento jurídico colombiano, recibe tal carácter desde el momento en que la unión de esperma y óvulo se implanta en el útero de una mujer.

La calidad de sujeto jurídico corporal individual, del que está por nacer, termina cuando hay cesación del embarazo o nacimiento biológico o nacimiento jurídico; así se desprende del artículo 90 del Código Civil, ya transcrito.

Cuando de manera natural o provocada se interrumpe la gestación, desaparece el sujeto llamado *nasciturus*; así mismo, cuando solo hay nacimiento biológico, esto es, cuando la criatura simplemente sale del vientre, sin separarse de la madre y sin sobrevivir un instante, también se termina la calidad del sujeto mencionado. En estos dos supuestos el mandato legal es contundente: se mirará como si el sujeto no hubiera existido. En ambos casos se habla de *no nato* (no nacido).

Cuando hay nacimiento jurídico del *nasciturus* se termina la sujetividad de este y comienza la sujetividad del ente corporal individual, ser humano.

⁵⁴ República de Colombia. *Constitución política de Colombia*. 1991.

⁵⁵ República de Colombia, *Constitución, op. cit.* 1991.

1.2.2 De los atributos y su análisis crítico

Como se anotó, para que una calidad tenga la naturaleza de atributo tiene que ser constante a todos los sujetos respecto de los cuales se analiza.

La ley colombiana no le da al *nasciturus* ningún atributo porque ella exige para su otorgamiento el nacimiento jurídico.

1.2.3 De los llamados para-atributos

En relación con los llamados para-atributos, el *nasciturus* no tiene nacionalidad porque esta depende, en Colombia, entre otros requisitos, del nacimiento jurídico.

El *nasciturus* carece de ciudadanía porque esta se adquiere, en Colombia, con la mayoría de edad.

En relación con el para-atributo llamado *patrimonio*, la ley colombiana le da al *nasciturus* la posibilidad de tener patrimonio tanto en sentido restringido como en sentido amplio, pero siempre sometido al hecho futuro e incierto de que se dé el nacimiento jurídico. Lo anterior significa que el *nasciturus*, mientras lo es, es titular de posiciones de ventaja y sujeto obligado frente a posiciones de desventaja, sean de carácter monetario o extramonetario, pero para que se consoliden tanto las posiciones de ventaja como las de desventaja es necesario que el *nasciturus* nazca jurídicamente presentándose allí un traslado automático al sujeto jurídico individual corporal nacido vivo.

Si no hay nacimiento jurídico, como ya se dijo, se mira como si el *nasciturus* jamás hubiera existido y las posiciones de ventaja y desventaja irán a otros sujetos señalados por la ley ante la inexistencia del sujeto que no llegó a nacer.

1.2.4 De los derechos, obligaciones y garantías

Si se leen los artículos de la Carta Política de 1991, que en principio relacionan los derechos, obligaciones y garantías del sujeto jurídico corporal individual, se encontrará que también el *nasciturus* goza de unos y de otras y tiene deberes que cumplir, lógicamente que el ejercicio de unos y otros deberá hacerlo por medio de su representante legal.

1.3 Del sujeto jurídico incorporal llamado por el Código Civil “corporación”

1.3.1 Del otorgamiento y duración de la sujetividad

Antes de hacer referencia al otorgamiento y duración de la sujetividad, es importante señalar que el Código Civil solo regula las corporaciones de derecho privado. Por mandato del inciso segundo del artículo 635 del Código Civil, las corporaciones de derecho público se regulan por las normas de derecho estatal.

El sujeto jurídico incorporal llamado *corporación*, en el ordenamiento jurídico colombiano, recibe tal carácter desde el momento en que una entidad especialmente señalada por el Estado revisa la actuación de los sujetos que se asocian en dos etapas que se denominan *acta de creación y aprobación de los estatutos*.

Algunos autores consideran que la sujetividad de la corporación surge con la sola acta de creación; otros consideran que se requiere del acta de creación y la aprobación de los estatutos; otros que surge con el cumplimiento de la formalidad que la ley exija (documento público o privado) que dé cuenta del acta de creación y aprobación de estatutos; finalmente, hay quienes comprenden que todas las anteriores etapas son preliminares a la obtención de la sujetividad porque esta deviene de la aprobación que el órgano respectivo haga de tales actuaciones. Hoy, regla general, el órgano que otorga la sujetividad a la corporación es la Cámara de Comercio y se entiende que existe a partir de la fecha de la anotación en el respectivo registro.

Originalmente, el otorgamiento de la sujetividad correspondía al poder ejecutivo del Estado, artículo 636 del Código Civil. Posteriormente, se delegó tal facultad en las gobernaciones y hoy quien otorga la sujetividad a las corporaciones de derecho privado es la respectiva Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio de la corporación misma.

La calidad de sujeto jurídico de la corporación se extingue cuando se da una de las causales previamente establecidas en los estatutos o cuando se da una de las causales de ley que ordena disolverla y liquidarla. Técnicamente, se pierde la calidad de sujeto con la liquidación porque entre la disolución y la liquidación se sigue conservando el carácter de sujeto jurídico, pero con restricción, ya que su actuación se tiene que limitar única y exclusivamente a obtener la liquidación.

1.3.2 De los atributos y su análisis crítico

Haciendo un análisis crítico de los llamados atributos del sujeto (nacionalidad, nombre, estado civil, capacidad, patrimonio y domicilio), frente a la corporación, se tiene: no puede

existir ninguna corporación sin nombre y respecto de él, el Código Civil, en razón del principio de la autonomía de la voluntad, permite que los sujetos que se asocien para crear la corporación escojan libremente el nombre que a bien tengan pero con la exigencia de que en el nombre vaya la expresión “corporación”, como, por ejemplo, la Corporación Universidad de Medellín.

Es bueno advertir que en el mundo financiero aparecen unas entidades que no corresponden al concepto de las corporaciones privadas y, sin embargo, utilizan dicha expresión en su nombre, ellas son las corporaciones financieras que son otro tipo de sujeto jurídico de las llamadas *sociedades* y, en particular, de las llamadas *sociedades anónimas*.

En relación con la nacionalidad, no puede existir ninguna corporación que no esté vinculada, esto es, sometida a un ordenamiento jurídico específico; en otras palabras, no hay corporaciones apátridas: todas tienen que declarar en sus estatutos bajo qué ordenamiento jurídico van a operar.

El estado civil, particularmente considerado, esto es, la posición que un sujeto tiene frente a la institución familiar es, por supuesto, repelente a la corporación. Algun sector de la doctrina que considera que hay otro concepto de estado civil, en sentido amplio, es decir, el conjunto de elementos que permiten distinguir a un sujeto de otro, afirma que la corporación tendría ese atributo llamado *estado civil general*. La tendencia general es a excluir el estado civil como atributo de la corporación.

En relación con el domicilio, este se constituye en atributo de la corporación porque obligatoriamente ella tiene que estar vinculada a un ente territorial llamado municipio.

Por las razones que se han expresado a lo largo de este escrito, la capacidad de goce no es atributo, ya que se confunde con el concepto mismo de sujetividad jurídica.

El patrimonio, frente a la corporación, no es atributo porque pueden existir corporaciones sin activos o sin activos ni pasivos, los cuales son los conceptos que tradicionalmente se manejan en el ordenamiento jurídico colombiano.

1.3.3 De los llamados para-atributos

Como se anotó en el punto anterior, la nacionalidad frente a las corporaciones se convierte en verdadero atributo, no así la ciudadanía que por su naturaleza misma frente al sujeto jurídico aquí analizado es absolutamente repelente; la ciudadanía es una institución solo predicable del sujeto jurídico corporal individual (ser humano).

El patrimonio, frente a la corporación, es un para-atributo en tanto que ella puede tenerlo o no tenerlo.

1.3.4 De los derechos, obligaciones y garantías

Si se leen los artículos de la Carta Política de 1991 que en principio relacionan los derechos, obligaciones y garantías del sujeto jurídico corporal individual, se encontrará que también la corporación goza de unos y de otras y tiene deberes que cumplir, lógicamente que el ejercicio de unos y otros deberá hacerlo por medio de su representante legal.

1.4 Del sujeto jurídico incorporal llamado por el Código Civil “fundación”

1.4.1 Del otorgamiento y duración de la sujetividad

De manera preliminar hay que advertir que el Código Civil solo tiene dos artículos vigentes que se refieren al sujeto jurídico incorporal llamado *fundación*. Originalmente, el Código traía el artículo 651, hoy derogado inexplicablemente por el artículo 45 de la Ley 57 de 1887. La norma señalaba que todo lo regulado en los artículos 637 a 649 para la corporación y sus miembros debía aplicarse a la fundación de beneficencia de derecho privado y a los individuos que fungen como administradores de ella. El artículo 650 indica que la fundación se rige por los estatutos dados por el creador o fundador de ella y, a falta de ellos, corresponde al presidente de la república elaborar los estatutos pertinentes. El artículo 652 señala que la fundación termina por el agotamiento de los bienes destinados a su funcionamiento.

La anterior situación normativa ha hecho que la jurisprudencia y la doctrina, ante la ausencia de normas, acuda por vía de analogía a todo lo que regula el Código para las corporaciones advirtiendo que ambos sujetos se diferencian en su estructura porque la corporación es una asociación de sujetos para realizar actividades sin ánimo de lucro, en tanto que la fundación es un conjunto de activos, patrimonio en sentido restringido, que se destinan a una finalidad específica, también sin ánimo de lucro, de beneficencia.

1.4.2 De los atributos y su análisis crítico

Haciendo un análisis crítico de los llamados atributos del sujeto (nacionalidad, nombre, estado civil, capacidad, patrimonio y domicilio), frente a la fundación, se tiene: no puede existir ninguna fundación sin nombre y respecto de él, el Código Civil, en razón del principio de la autonomía de la voluntad, permite que quienes la crean escojan libremente el nombre que a bien tengan, pero con la exigencia de que en él vaya la palabra “fundación”, como, por ejemplo, la Fundación Hospital Pablo Tobón Uribe.

En relación con la nacionalidad, no puede existir ninguna fundación que no esté vinculada, esto es, sometida a un ordenamiento jurídico específico; en otras palabras, no

hay fundaciones apátridas: toda fundación tiene que declarar en sus estatutos bajo qué ordenamiento jurídico va a operar.

El estado civil, particularmente considerado, esto es, la posición que un sujeto tiene frente a la institución familiar es, por supuesto, repelente a la fundación. Algun sector de la doctrina que considera que hay otro concepto de estado civil, en sentido amplio, esto es, el conjunto de elementos que permiten distinguir a un sujeto de otro, afirma que la fundación tendría ese atributo llamado *estado civil general*. La tendencia general es a excluir el estado civil como atributo de la fundación.

En relación con el domicilio, este se constituye en atributo de la fundación porque obligatoriamente ella tiene que estar vinculada a un ente territorial llamado municipio.

El patrimonio, frente a la fundación, es atributo en razón de la naturaleza misma del sujeto porque no pueden existir fundaciones sin activos.

Por las razones que se han expresado a lo largo de este escrito, la capacidad de goce no es atributo, ya que se confunde con el concepto mismo de sujetividad jurídica.

1.4.3 De los llamados para-atributos

Como se anotó en el punto anterior, la nacionalidad frente a las fundaciones se convierte en verdadero atributo, no así la ciudadanía que por su naturaleza misma frente al sujeto jurídico aquí analizado es absolutamente repelente; la ciudadanía es una institución solo predictable del sujeto jurídico corporal individual (ser humano).

1.4.4 De los derechos, obligaciones y garantías

Si se leen los artículos de la Carta Política de 1991 que en principio relacionan los derechos, obligaciones y garantías del sujeto jurídico corporal individual, se encontrará que también la fundación goza de unos y de otras y tiene deberes que cumplir, lógicamente que el ejercicio de unos y otros deberá hacerlo por medio de su representante legal.

1.5 Del sujeto jurídico incorporal llamado por el Código Civil “sociedad”

1.5.1 Del otorgamiento y duración de la sujetividad

En el brevíssimo Título XXXVI del Libro Primero del Código Civil, titulado “De las personas jurídicas”, se advierte en el artículo 635 que los artículos 633 a 652 no son aplicables a las sociedades porque ellas están reguladas en otros títulos del Código Civil y en el Código de Comercio. En el Libro Cuarto del Código Civil, Título XXVII, bajo la denominación

“De la sociedad”, se hacía referencia al contrato de sociedad sin que se hiciera el estudio del sujeto jurídico como tal, lo cual llevó a que la jurisprudencia y la doctrina elaboraran la teoría siguiendo fundamentalmente los principios generales de la corporación en tanto que ambas pertenecen al género asociación. La Ley 222 de 1995 en el artículo 242 derogó expresamente todos los artículos del Título XXVII del Código Civil, lo cual significa que, a partir de la vigencia de la Ley en comento, todo el contrato de sociedad se rige por las disposiciones del Código de Comercio sin importar que sean comerciales o no.

Siguiendo la normativa del Código de Comercio, se puede afirmar que el sujeto jurídico llamado *sociedad*, en el ordenamiento jurídico colombiano, recibe tal carácter desde el momento en que una entidad especialmente señalada por el Estado revisa la actuación de los sujetos que se asocian en dos etapas: *acta de creación y aprobación de los estatutos*.

Algunos autores consideran que la sujetividad de la sociedad surge con la sola acta de creación; otros, que se requiere del acta de creación y la aprobación de los estatutos; otros comprenden que surge con el cumplimiento de la formalidad que la ley exija (documento público o privado) que dé cuenta del acta de creación y aprobación de estatutos; finalmente, hay quienes argumentan que todas las anteriores etapas son preliminares a la obtención de la sujetividad porque esta deviene de la aprobación que el órgano respectivo haga de tales actuaciones. Hoy, regla general, el órgano que otorga la sujetividad a la sociedad es la Cámara de Comercio y se entiende que existe a partir de la fecha de la anotación en el respectivo registro.

La calidad de sujeto jurídico de la sociedad se extingue cuando se da una de las causales previamente establecidas en los estatutos o cuando se da una de las causales de ley que ordena disolverla y liquidarla. Técnicamente, se pierde la calidad de sujeto con la liquidación porque entre la disolución y la liquidación se sigue conservando el carácter de sujeto jurídico, pero con restricción, ya que su actuación se tiene que limitar única y exclusivamente a obtener la liquidación.

1.5.2 De los atributos y su análisis crítico

Haciendo un análisis crítico de los llamados atributos del sujeto (nacionalidad, nombre, estado civil, capacidad, patrimonio y domicilio), frente a la sociedad, se tiene: no puede existir ninguna sociedad sin nombre y respecto de él, el Código de Comercio, en razón del principio de la autonomía de la voluntad, permite que los sujetos que se asocien para crear la sociedad escojan libremente el nombre que a bien tengan, pero con la exigencia de que, según el tipo de sociedad que deseen conformar, en el nombre contenga la palabra “limitada”, “anónima”, “colectiva”, “en comandita simple”, “en comandita por acciones” o “por acciones simplificada”, como, por ejemplo, El Trébol Ltda.

En relación con la nacionalidad, no puede existir ninguna sociedad que no esté vinculada, esto es, sometida a un ordenamiento jurídico específico; en otras palabras, no hay sociedades apátridas, toda sociedad tiene que declarar en sus estatutos bajo qué ordenamiento jurídico va a operar.

El estado civil, particularmente considerado, es decir, la posición que un sujeto tiene frente a la institución familiar es, por supuesto, repelente a la sociedad. Algun sector de la doctrina que considera que hay otro concepto de estado civil, en sentido amplio, esto es, el conjunto de elementos que permiten distinguir a un sujeto de otro, afirma que la sociedad tendría ese atributo llamado *estado civil general*. La tendencia general es a excluir el estado civil como atributo de la sociedad.

En relación con el domicilio, este se constituye en atributo de la sociedad porque obligatoriamente ella tiene que estar vinculada a un ente territorial llamado municipio.

El patrimonio, frente a la sociedad, es atributo porque la ley exige relacionar el aporte de cada uno de los socios y es elemento esencial en la estructura de la sociedad. No pueden existir sociedades sin activos.

Por las razones que se han expresado a lo largo de este escrito, la capacidad de goce no es atributo, ya que se confunde con el concepto mismo de sujetividad jurídica.

1.5.3 De los llamados para-atributos

Como se anotó en el punto anterior, la nacionalidad frente a las sociedades se convierte en verdadero atributo, no así la ciudadanía que por su naturaleza misma frente al sujeto jurídico aquí analizado es absolutamente repelente; la ciudadanía es una institución solo predicable del sujeto jurídico corporal individual (ser humano).

1.5.4 De los derechos, obligaciones y garantías

Si se leen los artículos de la Carta Política de 1991 que en principio relacionan los derechos, obligaciones y garantías del sujeto jurídico corporal individual, se encontrará que también la sociedad goza de unos y de otras y tiene deberes que cumplir, lógicamente que el ejercicio de unos y otros deberá hacerlo por medio de su representante legal.

1.6 Del sujeto jurídico incorporal llamado por el Código de Comercio “fiducia mercantil”

1.6.1 Del otorgamiento y duración de la sujetividad

El Código de Comercio regula lo atinente a un sujeto jurídico incorporal similar al sujeto jurídico incorporal llamado *fundación* en el Código Civil. Se trata de dos patrimonios autónomos con finalidades opuestas, la fiducia mercantil es, por esencia, una actividad con ánimo de lucro en tanto que la fundación, como se señaló, desarrolla actividades de beneficencia sin ánimo de lucro.

De acuerdo con la normativa mercantil, el sujeto jurídico incorporal *fiducia mercantil* surge cuando un sujeto jurídico cualquiera contrata con un sujeto jurídico incorporal determinado, sociedad anónima vinculada al sistema financiero, que recibe el nombre genérico de fiduciaria. Se debe precisar que no basta con el simple contrato en virtud del cual el sujeto determina el conjunto de bienes que va a ser administrado por la fiducia, sino que es necesario que se realice un supuesto jurídico denominado *modo* en virtud del cual el constituyente del fideicomiso transfiere el dominio de los bienes a la fiducia misma, no a la fiduciaria. Así, por ejemplo, si Pedro Pérez decide apartar de su patrimonio unos determinados bienes inmuebles para constituir una fiducia mercantil, bienes que serán administrados por la entidad fiduciaria, por ejemplo, para cubrir los gastos educativos de los hijos de Pedro, no basta con el contrato de fiducia mercantil, sino que Pedro Pérez debe realizar un supuesto jurídico denominado *modo* en virtud del cual transfiere de su patrimonio al mismo patrimonio autónomo los bienes referidos. En el ejemplo, el modo es la tradición que se perfecciona con el registro de la escritura pública respectiva en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados. Si se trata de bienes no sometidos a registro, el constituyente de la fiducia deberá hacer entrega de estos a la entidad fiduciaria que actúa como representante del patrimonio autónomo.

En el momento en que se cumple con los requisitos mencionados: contrato (título) y tradición (modo), surge el sujeto jurídico incorporal y tal calidad se extingue por una cualquiera de las causales establecidas en el contrato o consagradas en la ley donde se resalta que el agotamiento del patrimonio pone fin al sujeto.

1.6.2 De los atributos y su análisis crítico

Haciendo un análisis crítico de los llamados atributos del sujeto (nacionalidad, nombre, estado civil, capacidad, patrimonio y domicilio), frente a la fiducia mercantil, se tiene: no puede existir ninguna fiducia mercantil sin nombre y respecto de él, el Código de Comercio, en razón del principio de la autonomía de la voluntad, permite que quienes la crean

escojan libremente el nombre que a bien tengan, pero con la exigencia de que en el nombre vaya la expresión “fiducia”, como, por ejemplo, la Fiducia Nro. 0143 o la Fiducia Educativa Martínez Restrepo.

En relación con la nacionalidad no puede existir ninguna fiducia mercantil que no esté vinculada, esto es, sometida a un ordenamiento jurídico específico; en otras palabras, no hay fiducias mercantiles apátridas, toda fiducia mercantil tiene que declarar en sus estatutos bajo qué ordenamiento jurídico va a operar.

El estado civil, particularmente considerado, esto es, la posición que un sujeto tiene frente a la institución familiar es, por supuesto, repelente a la fiducia mercantil. Algun sector de la doctrina que considera que hay otro concepto de estado civil, en sentido amplio, esto es, el conjunto de elementos que permiten distinguir a un sujeto de otro, afirma que la fiducia mercantil tendría ese atributo llamado *estado civil general*. La tendencia general es a excluir el estado civil como atributo de la fiducia mercantil.

En relación con el domicilio, este se constituye en atributo de la fiducia mercantil porque obligatoriamente ella tiene que estar vinculada a un ente territorial llamado municipio.

El patrimonio, frente a la fiducia mercantil, es atributo en razón de la naturaleza misma del sujeto porque no pueden existir fiducias mercantiles sin activos.

Por las razones que se han expresado a lo largo de este escrito, la capacidad de goce no es atributo, ya que se confunde con el concepto mismo de sujetividad jurídica.

1.6.3 De los llamados para-atributos

Como se anotó en el punto anterior, la nacionalidad frente a las fiducias mercantiles se convierte en verdadero atributo, no así la ciudadanía que por su naturaleza misma frente al sujeto jurídico aquí analizado es absolutamente repelente; la ciudadanía es una institución solo predicable del sujeto jurídico corporal individual (ser humano).

1.6.4 De los derechos, obligaciones y garantías

Si se leen los artículos de la Carta Política de 1991 que en principio relacionan los derechos, obligaciones y garantías del sujeto jurídico corporal individual, se encontrará que también la fiducia mercantil goza de unos y de otras y tiene deberes que cumplir, lógicamente que el ejercicio de unos y otros deberá hacerlo por medio de su representante legal.

1.7 Del sujeto jurídico incorporal llamado por el Código Civil y el Código General del Proceso “sucesión o herencia”

1.7.1 Del otorgamiento y duración de la sujetividad

Tanto el Código Civil colombiano en el Libro Tercero como el Código General del Proceso, al regular el trámite del llamado *proceso de sucesión*, permiten a la jurisprudencia y a la doctrina, elaborar toda la teoría del sujeto jurídico incorporal llamado *sucesión o herencia*. Al igual que la fundación y la fiducia mercantil, la sucesión es un patrimonio autónomo, pero advirtiendo que acá se trata del conjunto de activos y pasivos.

La sucesión o herencia existe desde el momento mismo en que fallece un sujeto jurídico individual y termina cuando se efectúa la liquidación y adjudicación del patrimonio, activos y pasivos, a los interesados que surgen en virtud del llamado de la ley o a veces de los testamentos.

1.7.2 De los atributos y su análisis crítico

Haciendo un análisis crítico de los llamados atributos del sujeto (nacionalidad, nombre, estado civil, capacidad, patrimonio y domicilio), frente a la sucesión o herencia, se tiene: no puede existir ninguna sucesión o herencia sin nombre y respecto de él, el Código Civil y el Código General del Proceso determinan que ha de ser el nombre del causante antecedido de la expresión “sucesión de”, como, por ejemplo, Sucesión de Ana Olga Posada Ángel.

En relación con la nacionalidad no puede existir ninguna sucesión o herencia que no esté vinculada, esto es, sometida a un ordenamiento jurídico específico; en otras palabras, no hay sucesiones o herencias apátridas: toda sucesión o herencia tiene que declarar en sus estatutos bajo qué ordenamiento jurídico va a operar.

El estado civil, particularmente considerado, esto es, la posición que un sujeto tiene frente a la institución familiar es, por supuesto, repelente a la sucesión o herencia. Algun sector de la doctrina que considera que hay otro concepto de estado civil, en sentido amplio, es decir, el conjunto de elementos que permiten distinguir a un sujeto de otro, afirma que la sucesión o herencia tendría ese atributo llamado *estado civil general*. La tendencia general es a excluir el estado civil como atributo de la sucesión o herencia.

En relación con el domicilio, este se constituye en atributo de la sucesión o herencia mercantil porque obligatoriamente ella tiene que estar vinculada a un ente territorial llamado municipio.

Por las razones que se han expresado a lo largo de este escrito, la capacidad de goce no es atributo, ya que se confunde con el concepto mismo de sujetividad jurídica.

1.7.3 De los llamados para-atributos

Como se anotó en el punto anterior, la nacionalidad frente a las sucesiones o herencias se convierte en verdadero atributo, no así la ciudadanía que por su naturaleza misma frente al sujeto jurídico aquí analizado es absolutamente repelente; la ciudadanía es una institución solo predictable del sujeto jurídico corporal individual (ser humano).

El patrimonio, frente a la sucesión o herencia, es un para-atributo en tanto que ella puede tenerlo o no tenerlo. Cuando lo tiene, se torna en patrimonio autónomo; cuando no lo tiene es un simple sujeto jurídico incorporal que se torna necesario para otros efectos jurídicos distintos del reparto patrimonial como, por ejemplo, para adelantar pretensiones de filiación.

1.7.4 De los derechos, obligaciones y garantías

Si se leen los artículos de la Carta Política de 1991 que en principio relacionan los derechos, obligaciones y garantías del sujeto jurídico corporal individual, se encontrará que también la sociedad o herencia goza de unos y de otras y tiene deberes que cumplir, lógicamente que el ejercicio de unos y otros deberá hacerlo por medio de su representante legal.

2. De la capacidad de ejercicio de los sujetos (visión general de la Ley 1996 de 2019)

2.1 Breve recuento histórico

En el transcurso de la historia se puede comprobar que todos los Estados antiguos, modernos y contemporáneos se han preocupado por establecer la aptitud para que un ente pueda ser parte de una relación jurídica (capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones). Así mismo, los Estados se han preocupado por establecer la aptitud de los sujetos para poder celebrar actos y negocios jurídicos directamente o por medio de representantes, bien porque los sujetos no quieran o porque no puedan actuar personalmente.

En el ordenamiento jurídico colombiano se hace referencia a dos tipos de capacidad, la de goce y la de ejercicio. Respecto de la primera, se señala que es la posibilidad que tiene un sujeto de adquirir derechos y contraer obligaciones y que ella se obtiene desde el momento mismo en que se tiene la calidad de sujeto y por ello se afirma, desde esta óptica, que no hay sujetos que carezcan de capacidad de goce.

Hoy, la tendencia es a no hablar de capacidad de goce por ser un concepto que se confunde, en tanto tiene los mismos contenidos, con la sujetividad o con la llamada personalidad jurídica. Ser sujeto jurídico implica tener la posibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, por lo tanto, basta con señalar quiénes son los sujetos jurídicos en un Estado determinado sin que sea necesario predicar de ellos que tienen capacidad de goce o personalidad, pues, finalmente, estas dos expresiones equivalen al concepto, ya dicho, de la sujetividad.

Si bien es cierto que hoy hay claridad conceptual respecto de los aspectos mencionados, los códigos decimonónicos y aun los códigos contemporáneos manejan las tres instituciones, con lo cual se crean confusiones innecesarias y se oscurece un tema que debe ser absolutamente claro y preciso.

La llamada *capacidad de ejercicio* es la posibilidad que tienen ciertos sujetos para poder exigir sus derechos y cumplir sus obligaciones directamente, se adquiere con el cumplimiento de ciertas exigencias y se pierde también por la ocurrencia de ciertos hechos o declaraciones judiciales. En relación con esta capacidad, se puede hablar de sujetos capaces y sujetos incapaces.

Los sujetos incapaces no quedan al margen de los actos y negocios jurídicos porque la actuación de los representantes los vincula favorable y desfavorablemente. Con independencia de la incapacidad que da lugar a la representación, como ya se afirmó, esta figura se puede dar sin estar vinculada a la capacidad. Esto ocurre de las siguientes maneras: bien porque el sujeto capaz faculte a otro sujeto para que actúe en nombre y por cuenta y riesgo de quien faculta; bien porque la naturaleza jurídica del sujeto impone la necesidad de actuar mediante representantes, como en los casos de los llamados *sujetos jurídicos incorporales*; o bien porque un tercero, de manera unilateral, decide actuar por otro como ocurre en la denominada “agencia oficiosa”.

Acerca de la capacidad de ejercicio, y siguiendo los varios estatutos que se han dado en la historia de Colombia, se pueden distinguir los siguientes momentos normativos:

- Código Civil de 1887
- Ley 28 de 1932
- Decreto 2820 de 1974
- Ley 27 de 1977
- Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006)
- Ley 1306 de 2009
- Ley 1996 de 2019

2.1.1 Código Civil de 1887

En él se estableció que los sujetos jurídicos podían ser, respecto de la capacidad de ejercicio, capaces o incapaces y, para ello, de manera expresa, se dijo que los seres humanos menores de edad se consideraban incapaces, salvo que mediante norma expresa se les habilitara. Por el contrario, los seres humanos mayores de edad se presumían plenamente capaces, salvo que mediara una declaración judicial de interdicción por razón de demencia, sordomudez o disipación; respecto de las mujeres mayores de edad se estableció que ellas caían en incapacidad al contraer matrimonio, de manera que su cónyuge entraba a representarlas en la celebración de actos y negocios jurídicos, salvo algunas expresas excepciones.

Respecto de las llamadas personas jurídicas, de manera contradictoria se afirmó su incapacidad en el artículo 1504 del Código cuando en el artículo 633 se había señalado que ellas eran capaces.

En el régimen del Código se distinguió entre incapacidad absoluta e incapacidad relativa. En el artículo 1504 se consagraba:

Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y sordomudos que no pueden darse a entender por escrito.

Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución.

Son también incapaces los menores adultos, que no han obtenido habilitación de edad; los disipadores que se hallan bajo interdicción de administrar lo suyo; las

mujeres casadas, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas cuatro clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.

El Código señalaba la mayoría de edad a los veintiún años; y respecto de la menoría de edad distinguía:

- Infante o niño, el que no había cumplido siete años.
- Impúber, el varón que no había cumplido catorce años y la mujer que no había cumplido doce años.
- Púber o adulto, el que ha dejado de ser impúber.
- Menor adulto, el que ha dejado de ser impúber pero no había cumplido veintiún años.
- Mayor adulto, el que había cumplido veintiún años.

En el régimen del Código, las incapacidades originadas en demencia, sordomudez o disipación exigían el adelantamiento de un proceso judicial y la designación de un representante denominado genéricamente “guardador”. Las incapacidades originadas en la menor edad y en el acto jurídico matrimonial no exigían procedimiento alguno para su consagración y, como regla general, la representación surgía, respecto de los menores, de la patria potestad, y sobre las mujeres, de la celebración de las nupcias. El menor emancipado debía obtener la designación de representante mediante trámite judicial tanto para confirmar el designado en testamento por los padres como el representante legal o dativo.

Las personas jurídicas, así llamadas en el Código, se entendieron con capacidad de ejercicio pese a la disposición transcrita y la explicación de su actuación mediante representante se encuentra en la naturaleza misma de dicho sujeto porque su incorporalidad impone la representación jurídica que se tiene que concretar, finalmente, en un sujeto jurídico corporal, esto es, un ser humano.

2.1.2 Ley 28 de 1932

La Ley 28 de 1932 le devolvió la capacidad de ejercicio a las mujeres casadas cuando en el artículo 5 señaló:

La mujer casada, mayor de edad, como tal, puede comparecer libremente en juicio y para la administración y disposición de sus bienes no necesita autorización marital ni licencia del juez, ni tampoco el marido será su representante legal.⁵⁶

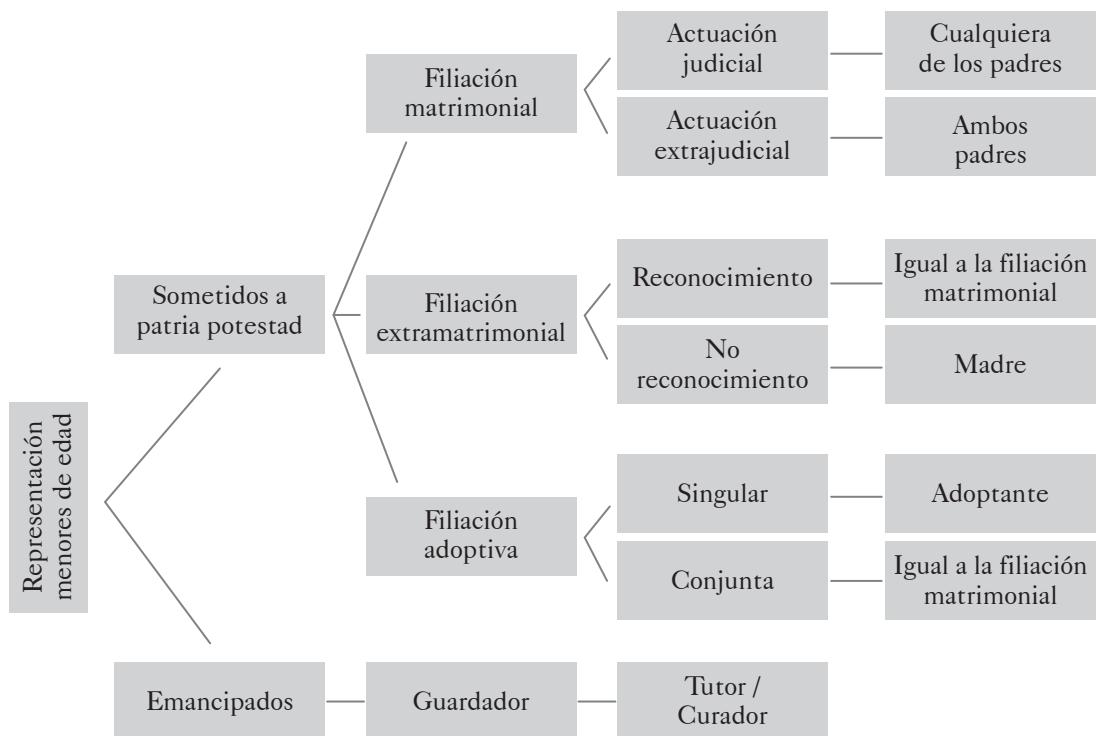
2.1.3 Decreto 2820 de 1974

Este modificó el régimen del Código en lo atinente a las reglas de representación de los menores de edad distinguiendo si estaban sometidos o no a patria potestad: si lo estaban,

⁵⁶ Congreso de la República de Colombia, *op. cit.*, 1932.

la representación variaba según la clase de filiación y el tipo de actuación (judicial o extra-judicial). Si estaban emancipados, la representación la tenían los guardadores en su doble especialidad de tutorías o curadurías.

Figura 5. Reglas de representación de menores de edad según Decreto 2820 de 1974



Fuente: Elaboración propia.

2.1.4 Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006)

El Código de la Infancia y la Adolescencia modificó, en materia de capacidad, la edad para determinarla; en efecto, dispuso, al crear la categoría de adolescentes, que estos eran los mayores de 12 años, creando un desfase con lo establecido en el Código Civil, sin distinguir entre hombres y mujeres.

2.1.5 Ley 1306 de 2009

La Ley vino a corregir el desfase del Código de la Infancia y la Adolescencia y, para que concordaran las edades, modificó el contenido del artículo 34 del Código Civil, así:

Llámese infante, todo el que no ha cumplido siete años; impúber o niño o niña a quienes no han cumplido doce años; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos [...].

Las expresiones mayor de edad o mayor, empleadas en las leyes comprenden a los menores que han obtenido habilitación de edad, en todas las cosas y casos en que las leyes no han exceptuado expresamente a estos.⁵⁷

La Ley 1306 creó otra modificación tocante con la representación de incapaces porque derogó lo atinente a las tutelas como especies de guardas y estas las subdividió en curadurías, consejerías y administraciones.

La Ley omitió referirse a los sujetos sordomudos que no se pueden dar a entender por un lenguaje convencional de signos, lo cual originó una amplia discusión para determinar si había que considerarlos capaces o incapaces. La jurisprudencia se ha inclinado por considerarlos sujetos incapaces.

2.1.6 Ley 1996 de 2019

La nueva Ley modificó las reglas de capacidad respecto de los mayores de edad al establecer como principio, “presunción de derecho” según algunas voces de la doctrina, que todo mayor de edad tiene capacidad de ejercicio.

La modificación señalada llevó a establecer la abolición de las guardas y de los trámites de interdicción e inhabilidad para los mayores, sustituyendo estas instituciones por unas nuevas llamadas *apoyos* y *nombramiento de apoyos*, como se explicará más adelante.

Todas las modificaciones normativas relacionadas, excepto la Ley 1996, buscaron proteger a los incapaces marginándolos de todas las actuaciones jurídicas y, a veces, no jurídicas, para dejar que fueran los representantes los que interviniieran en unas y otras; las diferencias en el trato en cada una de las normas citadas no afectaron la consideración estatal de protección por vía del marginamiento. Como se verá a continuación, la Ley 1996 rompe el paradigma de protección para establecer que, si bien esta es necesaria, no se puede marginar a los sujetos discapacitados porque ello atenta contra la dignidad humana.

⁵⁷ Congreso de la República de Colombia. *Diario oficial* nro. 47.371. Ley 1306 de 2009: *Por la cual se dictan normas para la Protección de Personas con Discapacidad Mental y se establece el Régimen de la Representación Legal de Incapaces Emancipados.* (5 de junio de 2009).

2.2 Análisis de la Ley 1996 de 2019 |

2.2.1 Antecedentes

La Organización de las Naciones Unidas, con fecha 13 de diciembre de 2006, creó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

El Estado colombiano suscribió la Convención el día 13 de mayo de 2011, siendo el país número cien en adherir al convenio y comprometiéndose a adecuar su regulación interna al pacto internacional.

La Convención fue incorporada al ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 1346 de 2009, la cual fue revisada por la Corte Constitucional en Sentencia C-293 de 2010, y declarada ajustada a la Carta Política de 1991.

Aún pendiente el compromiso de adecuar la legislación interna a la Convención, y antes de la expedición de la Ley 1346, el Estado colombiano, de manera descuidada, dictó la Ley 1306 de 2009 que no acogía los lineamientos de protección para los sujetos mayores con discapacidad. Por esta razón, los organismos internacionales requirieron al Estado colombiano para que cumpliera el compromiso de adecuar la legislación interna a los lineamientos de la Convención. La respuesta de Colombia a tal cuestionamiento fue la expedición de la Ley 1996 de 2019.

2.2.2 Contenido de la Ley

El texto está dividido en varias partes donde se abordan diferentes aspectos, así:

2.2.2.1 Capítulo I: Disposiciones generales

Los artículos 1 a 7 regulan el objeto de la Ley, que no es otro que establecer medidas específicas para garantizar a todas las personas mayores de edad la capacidad legal con independencia de la capacidad o incapacidad mental, física o de otra índole.

Señalan las normas que para la interpretación de la Ley se debe tener como referente la Carta Política de 1991 y la referida Convención de las Naciones Unidas.

De manera antitécnica y pecando contra la legística, la Ley procede a definir varios conceptos tales como acto jurídico, apoyos, ajustes razonables, valoración de apoyos y conflicto de intereses.

En la misma línea antitécnica se refiere a algunos principios de derecho que se deben tener en cuenta para la aplicación de la Ley: dignidad, autonomía, no discriminación, igualdad, celeridad.

En el artículo 5 se precisan los criterios para establecer salvaguardia, entendiendo por esta todas aquellas medidas, adecuadas y efectivas, para el ejercicio de la capacidad legal con el fin de evitar abusos en el trato con personas discapacitadas. Se refieren algunos criterios como necesidad, duración de los apoyos, correspondencia de los mismos e imparcialidad.

El artículo 6, bajo el erróneo título de “presunción de capacidad”, establece que todos los sujetos, aun los que padecen alguna discapacidad, tienen capacidad de ejercicio. En el artículo 7, al referirse a los menores de edad, señala que la Ley les es aplicable cuando estén habilitados para realizar directamente algunos actos o negocios jurídicos.

2.2.2.2 Capítulo II: Mecanismos para el ejercicio de la capacidad legal y para la realización de los actos jurídicos

Los artículos 8 a 14 regulan los mecanismos para el ejercicio de la capacidad y la realización de los actos jurídicos al precisar que todos los sujetos discapacitados tienen derecho a realizar, por ellos mismos, los actos jurídicos y, para ello, el Estado colombiano tiene que implementar los ajustes razonables para que se lleve a cabo el derecho mencionado. De tal manera, el discapacitado podrá comunicarse, comprender, informarse y hacer valer el principio de plena capacidad legal.

A más del ajuste razonable, los discapacitados pueden contar con “los apoyos”, que serán sujetos que contribuyan a que aquellos puedan realizar los actos y hacer valer sus preferencias.

El artículo 10 señala que los apoyos pueden ser designados por el discapacitado mismo o por las autoridades judiciales. El discapacitado podrá acudir, previamente, a entes públicos o privados especialistas en el manejo de las discapacidades para que valoren las necesidades y determinen el perfil de quiénes pueden ser los apoyos.

El Gobierno nacional está obligado, en un plazo no superior a un año contado a partir de la vigencia de la Ley, a establecer los protocolos para la valoración de los apoyos. Igualmente, está obligado, en un plazo no superior a 18 meses, a partir de la entrada en vigencia de la Ley, a expedir la reglamentación del servicio de valoración de apoyo.

El artículo 14 señala que cuando un sujeto requiera de apoyos, pero no tenga personas de confianza para designar, el juez de familia los nombrará acudiendo a los defensores personales adscritos a la Defensoría del Pueblo.

2.2.2.3 Capítulo III: Acuerdos de apoyo para la celebración de actos jurídicos

El artículo 15 señala que por acuerdos de apoyo se entiende la formalización de la designación que el discapacitado hace directamente del sujeto que él ha seleccionado como apoyo.

El artículo 16 indica que esa formalización debe constar en escritura pública suscrita por los sujetos vinculados y, para la autorización del notario, este se debe entrevistar, previa

y separadamente, con ambos sujetos, con miras a controlar la debida aplicación de la Ley. El notario tiene la obligación de señalárselo a los sujetos intervinientes los derechos y obligaciones que surgen del acuerdo.

El artículo 17 permite que los acuerdos de apoyo se realicen ante los conciliadores extrajudiciales en derecho y les impone a estos las mismas cargas que la Ley les asigna a los notarios.

Al respecto, el Ministerio de Justicia y del Derecho deberá, dentro del año siguiente contado a partir de la entrada en vigencia de la Ley, crear planes de formación para notarios, empleados notariales y conciliadores extrajudiciales para la formalización de los apoyos.

El artículo 18 señala que los acuerdos de apoyo están limitados a un período de cinco años, al vencimiento del plazo se deberá agotar de nuevo el procedimiento que señala la Ley para designar apoyos.

El artículo 19 indica que, ante la existencia del pacto de apoyo, el discapacitado deberá usarlo al momento de la celebración de los actos jurídicos como requisito de validez de estos; en consecuencia, la actuación sin la intervención del apoyo será causal de nulidad relativa. Además, advierte el parágrafo del artículo 19 que los conceptos de los apoyos no obligan al discapacitado a actuar en tal sentido, toda vez que este “tiene derecho a tomar riesgos y a cometer errores”.

El artículo 20 se refiere a la terminación y a las modificaciones del acuerdo de apoyo y establece que el titular del acto puede terminar de manera unilateral el acuerdo por escritura pública o por declaración ante el centro de conciliación extrajudicial ante el cual se hubiere formalizado el acuerdo. El pacto se puede modificar por mutuo acuerdo a través de escritura pública o por acta ante el centro de conciliación. Los párrafos 1 y 2 se refieren a la terminación del acuerdo por muerte, bien del titular del acto o bien del sujeto designado como apoyo.

2.2.2.4 Capítulo IV: Directivas anticipadas

Bajo la errónea denominación de “directivas”, la Ley consagra la posibilidad de que una persona mayor de edad pueda establecer su expresión fidedigna de voluntad y preferencias respecto de actuaciones futuras; lo técnico es referirse a “directrices”, pues, finalmente, lo que se permite que la persona haga es dar instrucciones hacia el futuro sobre cualquier aspecto de su vida.

La suscripción de estas directrices se debe hacer de la misma forma como se hacen los acuerdos de apoyo ya referidos.

El artículo 23 indica el contenido mínimo de las directrices, así:

1. Ciudad y fecha de expedición del documento.

2. Identificación de la persona titular del acto jurídico que realiza la directriz y, en caso de estar realizándola con personas de apoyo, la identificación de las mismas.
3. Si hay personas de apoyo colaborando con la creación del documento, se deberá dejar constancia de haber discutido con el titular del acto jurídico las consecuencias o implicaciones de los actos incluidos en las directrices para su vida.
4. La manifestación de voluntad de la persona titular del acto jurídico en la que señale las decisiones anticipadas que busca formalizar.
5. Firma de la persona titular del acto jurídico.
6. Firma de la persona de apoyo o personas de apoyo designadas en la directriz anticipada.

Los notarios y los conciliadores deberán realizar los ajustes razonables para la suscripción de las directrices anticipadas.

La formalización de las directrices admite cualquier medio de comunicación: escritos, videos, lenguaje de señas, con acompañamiento de traductor, con miras a obtener la mayor claridad y precisión de la voluntad anticipada que se emite.

En el señalamiento de las directrices anticipadas, quien las hace puede actuar acompañado de apoyos, si fuere necesario, ya que la expresión de directrices constituye en sí misma una manifestación de voluntad.

El artículo 26 establece que las directrices son de obligatorio cumplimiento por parte de los apoyos; así mismo, indica que ellas obligan a terceros cuando estén referidas a procedimientos médicos. También señala la norma que las directrices son obligatorias para todos los terceros cuando se esté en presencia de obligaciones de no hacer que no sean contrarias a la Ley.

No obstante, el titular puede, en el futuro, manifestar voluntad contraria a ellas, salvo que se trate de una cláusula de voluntad perenne, caso en el cual se tendrá que dar aplicación al procedimiento manifestado en el artículo 28 de la Ley.

Se entiende por “cláusula de voluntad perenne” la manifestación que hace el otorgante en el sentido de que lo expresado de manera anticipada no podrá ser desconocido en el futuro, ni siquiera por el mismo otorgante; esta cláusula no aplica en decisiones que tengan que ver con la salud del titular.

La cláusula de voluntad perenne puede ser derogada, modificada o sustituida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley que señala en qué consiste cada una de esas posibilidades, así:

- Revocar: es dejar sin efecto la cláusula.
- Sustituir: es cambiar una cláusula por otra, con el mismo carácter de perenne.
- Modificar: es alterar el contenido de la cláusula.

Para realizar cualquiera de las conductas mencionadas, se debe surtir el mismo trámite empleado para la formulación de la directriz.

La directriz anticipada se debe dar a conocer para que toda la comunidad, incluyendo la familia y personas designadas como apoyo, se enteren de la voluntad del titular y se respete lo decidido. La norma indica que basta con sacar copias de la escritura o el acta e informar a tales sujetos la existencia de ello. Hubiera sido mucho más técnico y seguro haber ordenado que tales documentos fueran inscritos en el folio del Registro Nacional del Estado Civil.

Finalmente, el capítulo en comento indica, en el artículo 30, que, si las directrices son de carácter clínico, se puede solicitar que ellas se inscriban o incorporen a la historia clínica del sujeto declarante. El Ministerio de Salud y Protección Social deberá reglamentar el proceso de incorporación de las directrices a la historia clínica dentro del año siguiente a la promulgación de la Ley.

2.2.2.5 Capítulo V: Adjudicación judicial de apoyos

En este capítulo, la Ley se ocupa de establecer el procedimiento para la adjudicación de apoyos por vía judicial.

Se señala que es necesario tramitar un procedimiento de jurisdicción voluntaria siendo competente el juez de familia del domicilio del sujeto con discapacidad, cuando la solicitud proviene del mismo sujeto. Cuando es a petición de otra persona, el trámite a seguir es el verbal sumario. Al efecto, la Ley modifica los artículos pertinentes del Código General del Proceso en lo que concierne a competencia y asuntos de la jurisdicción de familia.

El artículo 37 de la Ley modificó el artículo 586 del Código General del Proceso para establecer todo lo atinente a demanda, trámite y sentencia en la adjudicación de apoyos a petición del titular del acto, así:

Tabla 5. Adjudicación de apoyos a petición del titular del acto

Artículo 586 del Código General del Proceso	Artículo 37 Ley 1996 de 2019
<p>“Artículo 586. Interdicción y rehabilitación de la persona con discapacidad mental absoluta. Para la interdicción de la persona con discapacidad mental absoluta se observarán las siguientes reglas:</p> <p>1. A la demanda se acompañará un certificado de un médico psiquiatra o neurólogo sobre el estado del presunto interdicto.</p>	<p>El artículo 586 de la Ley 1564 de 2012 quedará así:</p> <p>“Artículo 586. Adjudicación de apoyos en la toma de decisiones promovido por la persona titular del acto jurídico. Para la adjudicación de apoyos promovida por la persona titular del acto jurídico, se observarán las siguientes reglas:</p> <p>1. En la demanda que eleve la persona titular del acto jurídico deberá constar su voluntad expresa de solicitar apoyos en la toma de decisiones para la celebración de uno o más actos jurídicos en concreto.</p>

Artículo 586 del Código General del Proceso	Artículo 37 Ley 1996 de 2019
<p>2. No será necesario probar el interés del demandante para promover el proceso, e incluso podrá promoverlo el Juez de Oficio.</p> <p>3. En el auto admsorio de la demanda se ordenará emplazar, en los términos previstos en este Código, a quienes se crean con derecho al ejercicio de la guarda y se ordenará el dictamen médico neurológico o psiquiátrico sobre el estado del paciente.</p> <p>4. En el dictamen médico neurológico o psiquiátrico se deberá consignar:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Las manifestaciones características del estado actual del paciente. b) La etiología, el diagnóstico y el pronóstico de la enfermedad, con indicación de sus consecuencias en la capacidad del paciente para administrar sus bienes y disponer de ellos, y c) El tratamiento conveniente para procurar la mejoría del paciente. <p>5. Realizada la citación, se decretarán las pruebas necesarias y se convocará a audiencia para interrogar al perito y para practicar las demás decretadas, luego de lo cual el juez dictará sentencia y si decreta la interdicción en aquella hará la provisión del guardador testamentario, legítimo o dativo conforme a lo preceptuado en el Código Civil. En la misma sentencia ordenará la confección, en un plazo que no excederá de treinta (30) días, del inventario y avalúo de los bienes de la persona con discapacidad mental absoluta por un auxiliar de la justicia, salvo cuando no haya bienes, con cargo al patrimonio de la persona con discapacidad mental o por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar cuando la persona con discapacidad no tenga recursos suficientes para ello. Recibido y aprobado el inventario, el juez fijará la garantía y una vez otorgada esta, se dará posesión al guardador y se hará entrega de los bienes inventariados.</p>	<p>2. En la demanda se podrá anexar la valoración de apoyos realizada al titular del acto jurídico por parte de una entidad pública o privada.</p> <p>3. En caso de que la persona no anexe una valoración de apoyos o cuando el juez considere que el informe de valoración de apoyos aportado por la persona titular del acto jurídico es insuficiente para establecer apoyos para la realización del acto o actos jurídicos para los que se inició el proceso, el Juez podrá solicitar una nueva valoración de apoyos u oficiar a los entes públicos encargados de realizarlas, en concordancia con el artículo 11 de la presente ley.</p> <p>4. En todo caso, como mínimo, el informe de valoración de apoyos deberá consignar:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Los apoyos que la persona requiere para la comunicación y la toma de decisiones en los aspectos que la persona considere relevantes. b) Los ajustes procesales y razonables que la persona requiera para participar activamente del proceso. c) Las sugerencias frente a mecanismos que permitan desarrollar las capacidades de la persona en relación con la toma de decisiones para alcanzar mayor autonomía en las mismas. d) Las personas que pueden actuar como apoyo en la toma de decisiones de la persona, para cada aspecto relevante de su vida y, en especial, para la realización de los actos jurídicos por los cuales se inició el proceso. e) Un informe general sobre el proyecto de vida de la persona. <p>5. En el auto admsorio de la demanda se ordenará notificar a las personas que hayan sido identificadas como personas de apoyo en la demanda.</p> <p>6. Recibido el Informe de valoración de apoyos, el Juez, dentro de los cinco (5) días siguientes, correrá traslado del mismo, por un término de diez (10) días a las personas involucradas en el proceso y al Ministerio Público.</p>

Artículo 586 del Código General del Proceso	Artículo 37 Ley 1996 de 2019
<p>Efectuada la posesión, se entregarán los bienes al guardador conforme al inventario realizado según lo previsto en el artículo 44 de la Ley 1306 de 2009, en diligencia en la cual asistirá el Juez o un comisionado suyo y el perito que participó en la confección del mismo. El guardador podrá presentar las objeciones que estime convenientes al inventario, dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción de los bienes, con las pruebas que sustenten su dicho, y estas objeciones se resolverán mediante incidente. Aprobado el inventario, se suscribirá por el guardador y el juez; una copia del mismo se depositará en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos para su conservación y la inscripción relativa a los bienes sujetos a registro.</p> <p>La ausencia del perito no impedirá la diligencia de entrega, pero lo hará responsable de los daños que aquella ocasione.</p> <p>6. En el curso de la primera instancia se podrá decretar la interdicción provisoria del incapacitado mental absoluto, de conformidad con lo dispuesto en la ley, teniendo en cuenta el certificado médico acompañado a la demanda. En el auto que decrete esta medida se designará el curador provvisorio.</p> <p>También se podrán decretar las medidas de protección personal de quien se encuentre con discapacidad mental que el Juez considere necesarias, incluyendo las medidas terapéuticas que se estimen convenientes.</p> <p>Los autos a que se refiere el presente numeral son apelables en el efecto devolutivo si en ellos se accede a tales medidas y en el diferido si las niegan.</p> <p>7. Los decretos de interdicción provisoria y definitiva deberán inscribirse en la Oficina de Registro del Estado Civil y notificarse al público por aviso que se insertará una vez por lo menos en un diario de amplia circulación nacional, señalado por el Juez.</p> <p>8. La posesión, las excusas o la incapacidad del guardador se regirán por lo dispuesto en la Ley 1306 de 2009”.</p>	<p>7. Una vez corrido el traslado, el Juez decretará las pruebas que considere necesarias y convocará a audiencia para escuchar a la persona titular del acto jurídico, a las personas citadas en el auto ad misorio y para practicar las demás pruebas decretadas, en concordancia con el artículo 34 de la presente ley.</p> <p>8. Vencido el término probatorio, se dictará sentencia en la que deberá constar:</p> <ol style="list-style-type: none"> El acto o actos jurídicos delimitados por la sentencia que requieren el apoyo solicitado. La individualización de la o las personas designadas como apoyo. La delimitación de las funciones de la o las personas designadas como apoyo. Los programas de acompañamiento a las familias cuando sean pertinentes y las demás medidas que se consideren necesarias para asegurar la autonomía y respeto a la voluntad y preferencias de la persona. En ningún caso el Juez podrá pronunciarse sobre la necesidad de apoyos para la realización de actos jurídicos sobre los que no verse el proceso. Las salvaguardias destinadas a evitar y asegurar que no existan los conflictos de interés o influencia indebida del apoyo sobre la persona. <p>9. Se reconocerá la función de apoyo de las personas designadas para ello. Si la persona designada como apoyo presenta dentro de los siguientes cinco (5) días excusa, se niega a ser designado como apoyo, o alega inhabilidad, se tramitará incidente para decidir sobre el mismo”.</p>

Fuente: elaboración propia con base en el marco normativo.

El artículo 38 de la Ley modificó el artículo 396 del Código General del Proceso para establecer lo atinente a demanda, trámite y sentencias en la adjudicación de apoyos a petición de otro sujeto diferente al titular del acto. La norma indica:

Tabla 6. Adjudicación de apoyos a petición de otro sujeto distinto al titular del acto

Artículo 396 del Código General del Proceso	Artículo 38 Ley 1996 de 2019
<p>“Artículo 396. Inhabilitación y rehabilitación de persona con discapacidad mental relativa. El proceso de inhabilitación se seguirá con audiencia de la persona con presunta discapacidad mental relativa o inhábil negocial. En la demanda podrá pedirse la inhabilitación provisional, y la solicitud se decidirá en el auto admsitorio de la demanda.</p> <p>Admitida la demanda, el juez decretará las pruebas que estime convenientes y dispondrá que se practique el examen sicológico u ocupacional del presunto inhábil por un equipo interdisciplinario. En el auto que decrete la inhabilitación provisional se nombrará el consejero interino. Dicho auto será apelable en el efecto devolutivo; el que deniegue la inhabilitación lo será en el efecto diferido.</p> <p>Las pruebas que se practiquen dentro del proceso se tendrán en cuenta para decidir sobre la inhabilitación provisional y la definitiva.</p> <p>Decretada la inhabilitación, la provisión de consejero se hará en el mismo proceso por el procedimiento señalado para la guarda.</p> <p>Parágrafo 1.º El consejero hará un inventario de los bienes que recibe en administración previo avalúo hecho por perito.</p> <p>Parágrafo 2.º Cuando la demanda la promueva el mismo inhabilitado el proceso será de jurisdicción voluntaria.</p> <p>Parágrafo 3.º En lo pertinente, las normas procesales contenidas en la Ley 1306 de 2009 se aplicarán a los procesos de inhabilitación”.</p>	<p>El artículo 396 de la Ley 1564 de 2012 quedará así:</p> <p>“Artículo 396. En el proceso de adjudicación de apoyos para la toma de decisiones promovido por persona distinta al titular del acto jurídico se observarán las siguientes reglas:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La demanda solo podrá interponerse en beneficio exclusivo de la persona con discapacidad. Esto se demostrará mediante la prueba de las circunstancias que justifican la interposición de la demanda, es decir que a) la persona titular del acto jurídico se encuentra absolutamente imposibilitada para manifestar su voluntad y preferencias por cualquier medio, modo y formato de comunicación posible, y b) que la persona con discapacidad se encuentre imposibilitada de ejercer su capacidad legal y esto conlleve a la vulneración o amenaza de sus derechos por parte de un tercero. 2. En la demanda se podrá anexar la valoración de apoyos realizada al titular del acto jurídico por parte de una entidad pública o privada. 3. En caso de que la persona no anexe una valoración de apoyos o cuando el juez considere que el informe de valoración de apoyos aportado por el demandante es insuficiente para establecer apoyos para la realización del acto o actos jurídicos para los que se inició el proceso, el Juez podrá solicitar una nueva valoración de apoyos u oficial a los entes públicos encargados de realizarlas, en concordancia con el artículo 11 de la presente ley. 4. El informe de valoración de apoyos deberá consignar, como mínimo: <ol style="list-style-type: none"> a) La verificación que permita concluir que la persona titular del acto jurídico se encuentra imposibilitada para manifestar su voluntad y preferencias por cualquier medio, modo y formato de comunicación posible.

Artículo 396 del Código General del Proceso	Artículo 38 Ley 1996 de 2019
	<p>b) Las sugerencias frente a mecanismos que permitan desarrollar las capacidades de la persona en relación con la toma de decisiones para alcanzar mayor autonomía en las mismas.</p> <p>c) Las personas que pueden actuar como apoyo en la toma de decisiones de la persona frente al acto o actos jurídicos concretos que son objeto del proceso.</p> <p>d) Un informe general sobre la mejor interpretación de la voluntad y preferencias de la persona titular del acto jurídico que deberá tener en consideración, entre otros aspectos, el proyecto de vida de la persona, sus actitudes, argumentos, actuaciones anteriores, opiniones, creencias y las formas de comunicación verbales y no verbales de la persona titular del acto jurídico.</p> <p>5. Antes de la audiencia inicial, se ordenará notificar a las personas identificadas en la demanda y en el informe de valoración de apoyos como personas de apoyo.</p> <p>6. Recibido el informe de valoración de apoyos, el Juez, dentro de los cinco (5) días siguientes, correrá traslado del mismo, por un término de diez (10) días a las personas involucradas en el proceso y al Ministerio Público.</p> <p>7. Una vez corrido el traslado, el Juez decretará las pruebas que considere necesarias y convocará a audiencia para practicar las demás pruebas decretadas, en concordancia con el artículo 34 de la presente ley.</p> <p>8. Vencido el término probatorio, se dictará sentencia en la que deberá constar:</p> <p>a) El acto o actos jurídicos delimitados que requieren el apoyo solicitado. En ningún caso el Juez podrá pronunciarse sobre la necesidad de apoyos para la realización de actos jurídicos sobre los que no verse el proceso.</p> <p>b) La individualización de la o las personas designadas como apoyo.</p> <p>c) Las salvaguardias destinadas a evitar y asegurar que no existan los conflictos de interés o influencia indebida del apoyo sobre la persona.</p>

Artículo 396 del Código General del Proceso	Artículo 38 Ley 1996 de 2019
	<p>d) La delimitación de las funciones y la naturaleza del rol de apoyo.</p> <p>e) La duración de los apoyos a prestarse de la o las personas que han sido designadas como tal.</p> <p>f) Los programas de acompañamiento a las familias cuando sean pertinentes y las demás medidas que se consideren necesarias para asegurar la autonomía y respeto a la voluntad y preferencias de la persona.</p> <p>9. Se reconocerá la función de apoyo de las personas designadas para ello. Si la persona designada como apoyo presenta dentro de los siguientes cinco (5) días excusa, se niega a aceptar sus obligaciones o alega inhabilidad, se tramitará incidente para decidir sobre el mismo".</p>

Fuente: elaboración propia con base en el marco normativo.

En el párrafo del artículo 32, la Ley insiste en señalar que el Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, diseñará un programa de capacitación para jueces de familia, dentro del año siguiente a la vigencia de la Ley, para llevar a cabo de manera eficaz los procesos mencionados.

Dentro del proceso se determinará la clase de apoyo que se requiere en lo que la Ley denomina “valoración de apoyo”, que también se deberá basar en los programas de capacitación a cargo de la Escuela Judicial; la norma ordena la creación de un cuerpo interdisciplinario en cada juzgado que asesore al juez para la valoración de apoyo y la designación respectiva.

La Ley le asigna al juez varios criterios para enfrentar los procedimientos, de jurisdicción voluntaria o verbal sumario. Los criterios son los siguientes:

- Darle primacía a la voluntad del titular del acto.
- Admitir la participación directa del titular del acto.
- Tener en cuenta la confianza entre el titular y el sujeto designado como apoyo.
- El cumplimiento de los trámites señalados en la Ley y en los reglamentos que se expidan por mandato de esta.
- La necesidad de realizar los ajustes razonables para que el discapacitado pueda actuar debidamente.

La Ley le ordena al Ministerio Público intervenir en los procesos de designación de apoyos y le impone el deber de velar por los derechos de los discapacitados y supervisar el cumplimiento de la sentencia.

La adjudicación judicial de apoyos puede ser modificada o terminada conforme el mandato del artículo 42 que modificó el contenido del artículo 587 de la Ley 1564, así:

Tabla 7. Precisiones sobre la modificación o terminación de la adjudicación judicial de apoyos

Artículo 587 del Código General del Proceso	Artículo 42 Ley 1996 de 2019
<p>“Artículo 587. Rehabilitación del interdicto. Para la rehabilitación de la persona con discapacidad mental, se aplicará el procedimiento de la interdicción, sin que haya lugar a la citación de posibles interesados”.</p>	<p>El artículo 587 de la Ley 1564 de 2012 quedará así:</p> <p>“Artículo 587. Modificación y terminación de la adjudicación de apoyos. En cualquier momento, podrán solicitar la modificación o terminación de los apoyos adjudicados:</p> <ol style="list-style-type: none"> La persona titular del acto jurídico; La persona distinta que haya promovido el proceso de adjudicación judicial y que demuestre interés legítimo podrá solicitar; La persona designada como apoyo, cuando medie justa causa; El juez de oficio. <p>El Juez deberá notificar de ello a las personas designadas como apoyo y a la persona titular del acto, si es del caso, y correrá traslado de la solicitud por diez (10) días para que estas se pronuncien al respecto.</p> <p>En caso de no presentarse oposición, el Juez modificará o terminará la adjudicación de apoyos, conforme a la solicitud”.</p>

Fuente: elaboración propia con base en el marco normativo.

El artículo 43 de la Ley establece que cada despacho judicial donde se haya adjudicado un apoyo será el competente para conocer de los procesos relacionados con las personas discapacitadas y para ello se deberá formar un archivo especial que permita retomar todos los documentos y decisiones propios del proceso de jurisdicción voluntaria o verbal sumario. Transcurridos dos años desde la apertura del proceso especial sin que se hayan presentado procesos donde se vincule al discapacitado, se cerrará dicho archivo y todo el expediente pasará al archivo general del juzgado; igual sucede cuando se informe la muerte del discapacitado.

Al término de cada año contado a partir de la ejecutoria de la sentencia, se deberá realizar un balance de las actuaciones del apoyo y expresar en qué consistió la actuación, las razones que motivaron su intervención y la persistencia de la relación de confianza entre la persona titular y el apoyo. Si hay terceros interesados en participar en la audiencia donde se ha de rendir el balance, ellos deberán solicitarle al juez, 10 días antes del cierre del año, a efectos de que se les informe el lugar, fecha y hora de la diligencia; si no solicitan la información en el plazo indicado, de igual modo, pueden participar en la diligencia.

Finalmente, señala la Ley que en la sentencia de adjudicación de apoyos se establecerán los actos jurídicos que se deberán realizar con la intervención del apoyo, so pena de afectar la validez del negocio jurídico en categoría de nulidad relativa.

2.2.2.6 Capítulo VI: Personas de apoyo

Este capítulo establece los requisitos para ser persona de apoyo, las inhabilidades en que se pueden encontrar, las obligaciones que asumen, el señalamiento de las formas que implican representación y cuáles no.

Los requisitos para llegar a ser persona de apoyo son los siguientes:

- Tener la calidad de persona, según la ley colombiana (persona individual o colectiva).
- En el caso en que la designación provenga de acuerdo o directriz anticipada, se entiende que, con la simple suscripción y agotamiento de las formalidades, el sujeto queda facultado para actuar.
- Cuando la designación proviene de la adjudicación judicial, el sujeto queda facultado para actuar como apoyo en el momento en que se le da posesión por el juez.

Las inhabilidades para ser persona de apoyo son las siguientes:

- La existencia de un litigio pendiente entre el titular del acto y el sujeto señalado como apoyo.
- El conflicto de intereses entre el titular del acto y el sujeto señalado como apoyo.

Las obligaciones que asume la persona señalada como apoyo son las listadas a continuación:

- Actuar conforme la voluntad y preferencias del titular del acto.
- Actuar de manera diligente, honesta y de buena fe.
- Mantener y conservar una relación de confianza con el titular del acto.
- Mantener la confidencialidad de la información personal del titular del acto.
- Las que se acuerden o sean asignadas judicialmente.
- Comunicar al juez y al titular del acto todas las circunstancias que puedan dar lugar a la modificación o terminación del apoyo y las circunstancias que le impidan cumplir con sus funciones.

Las acciones que pueden emprender las personas de apoyo para el ejercicio del cargo son las siguientes:

- Facilitar la manifestación de voluntad y preferencias al titular del acto, previa discusión sobre las consecuencias e implicaciones de lo que va a realizar este.
- Facilitar la comprensión de un determinado acto jurídico.
- Representar al titular en los actos que admitan tal actuación.
- Interpretar de la mejor manera la voluntad y las preferencias del titular cuando este se encuentre absolutamente imposibilitado para actuar.
- Honrar la voluntad y las preferencias del titular del acto cuando ellas fueron dadas en una directriz anticipada.

La actuación de los apoyos puede implicar o no representación del titular.

El artículo 48 de la Ley señala los casos de actuación con representación, bien porque el titular lo ha señalado o bien, previa autorización del juez, cuando el titular está en imposibilidad absoluta; en este caso, el apoyo debe probar ante el juez la imposibilidad y que el acto jurídico refleje la voluntad y las preferencias del titular.

Las demás actuaciones del sujeto que apoya no conllevan representación y el acompañamiento que en estos casos se hace se debe limitar a recomendar, interpretar y establecer las circunstancias de modo y lugar que le faciliten al sujeto titular del acto la actuación respectiva.

El sujeto de apoyo, en relación con sus funciones, será responsable por el no ejercicio adecuado del cargo y, por lo tanto, deberá indemnizar todos los daños que cause frente al titular del acto y frente a terceros. Si el sujeto de apoyo ha cumplido lealmente el encargo, así se causen daños y perjuicios con la actuación del titular, no será responsable.

2.2.2.7 Capítulo VII: Actos jurídicos sujetos a registro

Cuando los actos jurídicos se refieran a bienes sometidos a registro, el registrador respectivo deberá dejar constancia de que el acto fue realizado con la intervención del sujeto de apoyo.

2.2.2.8 Capítulo VIII: Régimen de transición

En este capítulo se abordan los temas relacionados con la vigencia de la norma, los procesos de interdicción e inhabilitación, la adjudicación de apoyos transitorios y la revisión de procesos de interdicción e inhabilitación.

La Ley entró en vigencia con la publicación en el Diario Oficial nro. 51.057 de 26 de agosto de 2019, salvo las normas que establecen plazos para hacer implementaciones y los artículos contenidos en el Capítulo V, las cuales que entraron en vigencia 24 meses después de la promulgación de la Ley, es decir, el 26 de agosto de 2021.

La Ley 1996 de 2019 prohibió el inicio de procesos de interdicción o inhabilitación a partir de la vigencia de la Ley. La norma consagró la posibilidad de hacer designaciones de apoyo de manera excepcional en tanto no se hayan dado los cursos de preparación e implementación de trámites cuando un sujeto mayor de edad se encuentre absolutamente imposibilitado para expresar su voluntad y preferencias. Este proceso de adjudicación judicial de apoyo transitorio puede ser promovido por quien tenga un interés legítimo y acredite relación de confianza con el titular del acto. Mediante proceso verbal sumario, el juez de familia determinará el sujeto que va a servir de apoyo siguiendo los parámetros de la Ley; en la sentencia, el juez fijará el alcance de la actuación del apoyo. El término de esta designación transitoria será fijado por el juez y no podrá superar la fecha final del período de transición. En este proceso, el titular del acto se podrá oponer en cualquier momento.

Respecto de los procesos de interdicción e inhabilitación en curso, al momento de la entrada en vigencia de la Ley deben ser suspendidos de forma inmediata, pero el juez podrá decretar de manera excepcional medidas cautelares nominadas o innominadas para proteger y garantizar la vida y derechos de la persona con discapacidad.

Señala la Ley que los procesos de interdicción o de inhabilitación que ya hubieren tramitado deben ser revisados citando de oficio a los interdictos o inhabilitados y a sus guardadores, curadores o consejeros, para determinar si se hace necesaria o no la designación de un apoyo. Si lo primero, habrá que agotar el trámite señalado en la Ley; si lo segundo, se determina que terminan las interdicciones, inhabilitaciones y el ejercicio de las guardas vigentes. Esta actuación se debe realizar en un plazo no superior a 36 meses contados a partir de la entrada en vigencia de la Ley. Los interdictos e inhabilitados, en el mismo plazo antes indicado, pueden solicitar al juzgado respectivo, donde se tramitó la interdicción o inhabilitación, que se tomen las decisiones ya referidas.

En ambos casos, actuación de oficio o a petición de parte, el juez de familia determinará si los sujetos afectados en su capacidad requieren de apoyo para participar en el trámite que aquí se viene analizando. En ese trámite de la revisión, el juez establecerá si pone punto final, como ya se dijo, a las interdicciones, inhabilitaciones y guardas, o si, por el contrario, procede de manera excepcional a la designación de un apoyo transitorio y si es procedente o no tomar medidas cautelares nominadas o innominadas.

2.2.2.9 Capítulo IX: Derogatorias, modificaciones y disposiciones finales

Los artículos 57, 58, 59 y 60 de la Ley modificaron el contenido de los siguientes artículos del Código Civil:

Tabla 8. Modificación al Código Civil

Norma	Texto Código Civil	Texto modificado
Art. 62, ord. 2. ^º del C.C. modificado por el artículo 59 de la Ley 1996 de 2019.	<p>“Las personas incapaces de celebrar negocios serán representadas:</p> <p>[...]</p> <p>2. Por el tutor o curador que ejerciere la guarda sobre menores de 21 años no sometidos a patria potestad y sobre los dementes, disipadores y sordomudos que no pudieren darse a entender”.</p>	“2. ^º Por el tutor o curador que ejerciere la guarda sobre menores de edad no sometidos a patria potestad”.

Norma	Texto Código Civil	Texto modificado
Art. 784 CC. modificado por el artículo 58 de la Ley 1996 de 2019.	<p>“Los que no pueden administrar libremente lo suyo, no necesitan de autorización alguna para adquirir la posesión de una cosa mueble, con tal que concurren en ello la voluntad y la aprehensión material o legal; pero no pueden ejercer los derechos de poseedores, sino con la autorización que competá.</p> <p>Los dementes y los infantes son incapaces de adquirir por su voluntad la posesión, sea para sí mismos, o para otros”.</p>	<p>“Los que no pueden administrar libremente lo suyo no necesitan de autorización alguna para adquirir la posesión de una cosa mueble, con tal que concurren en ello la voluntad y la aprehensión material o legal; pero no pueden ejercer los derechos de poseedores, sino con la autorización que competá. Los infantes son incapaces de adquirir por su voluntad la posesión, sea para sí mismos, o para otros”.</p>
Art. 1504 modificado por el artículo 57 de la Ley 1996 de 2019.	<p>“Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y sordomudos, que no pueden darse a entender por escrito.</p> <p>Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución.</p> <p>Son también incapaces los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad y los disipadores que se hallen bajo interdicción. Pero la incapacidad de estas personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.</p> <p>Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos”.</p>	<p>“Son absolutamente incapaces los impúberes. Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores púberes. Pero la incapacidad de estas personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes. Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos”.</p>
Art. 2346 modificado por el artículo 60 de la Ley 1996 de 2019.	<p>“Los menores de diez años y los dementes no son capaces de cometer delito o culpa; pero de los daños por ellos causados serán responsables las personas a cuyo cargo estén dichos menores o dementes, si a tales personas pudieren imputárseles negligencia”.</p>	<p>“Los menores de 12 años no son capaces de cometer delito o culpa; pero de los daños por ellos causados serán responsables las personas a cuyo cargo estén dichos menores, si a tales personas pudieren imputárseles negligencia”.</p>

Fuente: elaboración propia con base en el marco normativo.

El artículo 59 de la Ley modificó el inciso primero del artículo 68 de la Ley 1564 de 2012.

La norma era del siguiente contenido: “Fallecido un litigante o declarado ausente o en interdicción, el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos o el correspondiente curador”.

La nueva redacción es la siguiente: “Fallecido un litigante o declarado ausente, el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos o el correspondiente curador”.

El artículo 61 de la Ley estableció las siguientes derogatorias expresas y la genérica, tácita, así:

Quedan derogados los numerales 5 y 6 contenidos en el artículo 22 de la Ley 1564 de 2012; el ordinal 3 del artículo 127, el ordinal 2 del artículo 1061 y el ordinal 3 del artículo 1068 de la Ley 57 de 1887 [sic]; los artículos 1 a 48, 50 a 52, 55, 64 y 90 de la Ley 1306 de 2009, el artículo 6 de la Ley 1412 de 2010; el inciso 1 del artículo 210 del Código General del Proceso; el parágrafo 1 del artículo 36 de la Ley 1098 de 2006 y las demás normas que sean contrarias a esta ley.

El artículo 62 estableció término para que el Gobierno nacional emitiera los decretos reglamentarios dentro de un plazo máximo de cuatro meses contados a partir de la vigencia de la Ley, con miras a cumplir con las medidas ordenadas en el artículo 13 de la Ley 1618 de 2013 para garantizar el derecho al trabajo de las personas con discapacidad.

El artículo 63 estableció la vigencia de la Ley a partir de su promulgación, con las salvedades señaladas en el texto de ella misma.

Cuarta parte: Codificación*

* Los textos que componen esta última parte se refieren a una discusión académica del pasado reciente en la que el autor expresó su opinión. Se ha conservado la redacción original.

1. De un proyecto de reforma a la codificación de derecho privado

La Universidad Nacional de Colombia, como un homenaje al maestro Arturo Valencia Zea, elaboró un proyecto de Código de Derecho Privado con miras a sustituir los Códigos Civil y Comercial, aquel de 1887 y este de 1971. El nuevo proyecto recoge fundamentalmente lo establecido en el proyecto de Código Privado del profesor Arturo Valencia Zea, y lo instituido en el proyecto de Código Privado de la comisión designada por el Gobierno nacional en la década de los ochenta, presidida por Valencia Zea.

La comunidad académica ante el proyecto mencionado ha reaccionado de diferente manera; un sector se opone rotundamente a la derogatoria de los Códigos vigentes y considera que se deben mantener, ya que los problemas que el diario vivir genera, han sido, son y serán resueltos por la jurisprudencia y la doctrina nacionales. Otro sector entiende que debe haber una derogatoria total de los Códigos vigentes porque los tiempos contemporáneos exigen una reformulación de principios, reglas y estructuras normativas opuestas a las que aparecen consagradas en los estatutos que nos rigen. Otro sector piensa que se debe acudir a un término medio para conservar la estructura general de los Códigos y hacer los ajustes de rigor, lo cual implica modificar los estatutos vigentes. Finalmente, hay otro sector que se resiste a la codificación actual y a la futura porque desdice del sistema de Códigos y considera que se debe legislar con leyes independientes y especiales.

La discusión que se ha dejado planteada se abandonó de manera precipitada y la academia se ha concretado en defender o en atacar el proyecto, pero en relación con cada norma en particular; esta circunstancia rompe la lógica que impone ir por pasos en la discusión de la iniciativa. Montoya ha hecho un llamado de atención, un llamado a la cordura y ha asumido una posición frente al panorama y frente al tema que se discute; los dos documentos que a continuación se presentan dan cuenta de ello.

2. De un llamado a la cordura

En días pasados, la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, bajo la dirección de los profesores José Alejandro Bonivento Fernández, Pedro Lafont Pianetta y Fredy Andrei Herrera Osorio, dio a conocer a la comunidad académica y a la sociedad colombiana un proyecto de Código Civil.

El proyecto presentado fue elaborado con fundamento en los proyectos de Código de 1980 y 1984, el primero realizado por el profesor Arturo Valencia Zea y el segundo, por una comisión estatal dirigida, también, por Valencia Zea.

En la presentación del proyecto se leen dos afirmaciones a tener siempre presentes y no olvidarlas ni distorsionarlas:

- El proyecto, si bien tiene como base los proyectos antes citados, fue actualizado por los profesores actuando como representantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional.
- El proyecto es un mero borrador que se somete a la discusión de la comunidad en dos fases, una obligatoria y otra eventual. La primera implica que la comunidad y la sociedad decidan si es necesaria la sustitución o reforma del Código Civil vigente. La segunda, y solo en el evento de una respuesta positiva a la primera fase, ha de encarar la elaboración definitiva del proyecto que se presente a consideración del Congreso colombiano.

Es imposible pretender elaborar un proyecto, de cualquier Código, mediante la intervención de toda la comunidad. La lógica y las reglas de la experiencia imponen la necesidad de tener un texto unipersonal (proyecto de Bello, proyecto de Fleitas, proyecto de Valencia Zea) o un texto producto de una comisión (proyecto de Código de Familia cubano, proyecto de Código Privado argentino, proyecto de Código Civil de Puerto Rico, proyecto de Código Civil colombiano de 1980 y de 2020).

El proyecto de la Universidad Nacional es un texto sometido a discusión con miras a establecer, en orden preciso, la viabilidad de la sustitución o reforma de las codificaciones actuales civil y comercial; si se llega a determinar lo uno o lo otro, habrá que redactar un texto para consignarlo a la aprobación del Congreso de la República.

Lo anterior significa que el proyecto de la Nacional no es un proyecto de Ley; es un proyecto académico que está en la fase inicial de discusión y, si la supera, habrá de convertirse en un nuevo texto del proyecto en sentido técnico-jurídico.

El Gobierno nacional, en relación con el proyecto de la Universidad Nacional, no se ha comprometido a presentarlo al Congreso. Como lo expresó la exministra, Margarita Cabello Blanco, el Gobierno apoya la discusión y abre los canales pertinentes, pero no más, hasta ahora; habrá que esperar el resultado de la primera gran discusión para demandar del Gobierno, si fuere pertinente, su apoyo.

La comunidad académica, ante el proyecto de la Universidad Nacional, se debe dar a la tarea de analizar el proyecto en una visión macro para responder, fundamentalmente, los siguientes interrogantes:

- ¿Es necesario sustituir las codificaciones privadas, Código Civil y Código de Comercio?
- ¿Es necesario modificar las codificaciones privadas, Código Civil y Código de Comercio?
- ¿Es necesaria la unificación total o parcial de las codificaciones privadas, Código Civil y Código de Comercio?
- Si es necesaria la sustitución o modificación y la unificación total o parcial, ¿cómo elaborar el proyecto que se debe someter al Congreso?

Lo que parecía un llamado a un ejercicio estrictamente académico ha tomado tintes diferentes: circulan por los diversos medios de comunicación opiniones que causan estupor:

- El proyecto de Código Civil acaba con la propiedad privada en Colombia.
- El proyecto de Código Civil desconoce el principio de los derechos adquiridos en Colombia.
- El Gobierno nacional apoya un proyecto de Código Civil de claro corte izquierdista en Colombia.
- El proyecto de Código Civil acaba con la seguridad jurídica en Colombia.

¡Alto ahí! *Chi va piano, va lontano, va sicuro e va sano.*

El proyecto de la Universidad Nacional está en discusión, en una primera etapa, para resolver si es necesaria o no la sustitución o la reforma de lo existente; el debate puede llevar a concluir que no es necesario ni lo uno ni lo otro porque la comunidad colombiana considere que con las codificaciones existentes y con la hermenéutica de los jueces se pueden seguir interpretando los conflictos que la vida contemporánea nos presente día a día. Si esta posibilidad es la que sale avante, no hay nada más que discutir porque hasta ahí llega el proyecto.

Si la decisión, en esta primera parte, es que hay que sustituir o modificar las codificaciones existentes, habrá que enfrentar la dura tarea de elaborar el proyecto de ley respectivo con fundamento en el proyecto de la Universidad Nacional, que no es una camisa de fuerza y que puede ser, finalmente, modificado de acuerdo con el consenso nacional.

Este llamado a la cordura tiene por finalidad que nos concentremos en la primera fase de la discusión y busquemos los mecanismos que permitan concluir si es necesaria o no la tarea de sustituir o reformar las codificaciones privadas actuales; no nos apartemos del objetivo primordial adelantando, de buena o mala fe, la discusión de la segunda fase: tiempo habrá para ello.

3. De una posición personal: La visión de Montoya

Medellín, 21 de octubre de 2020

Señores
Claustro de Profesores
Escuela de Derecho
Universidad EAFIT
Ciudad

Apreciados colegas:

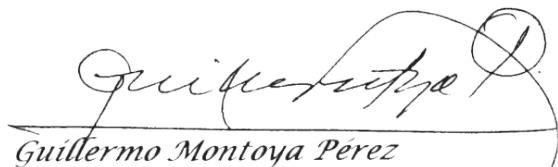
En relación con la discusión sobre la necesidad o no de sustituir, modificar o mantener el Código Civil colombiano, me permito expresar mi opinión y lo hago así:

1. Considero que el Código Civil no se debe sustituir porque muy buena parte de él permite resolver los conflictos intersubjetivos de carácter privado que se suelen presentar en la convivencia diaria.
2. Pienso, también, que se deben hacer profundas modificaciones en parte del Código como lo señalo a continuación:
 - 2.1. Respecto del Libro Primero, estimo que debe contener toda la teoría de los sujetos jurídicos de carácter privado. Se debe adecuar para que en tal Libro se precise quiénes son sujetos jurídicos en Colombia, su origen y los atributos, derechos, obligaciones y garantías que les corresponden a cada uno de ellos por el solo hecho de existir.
 - 2.2. Del Libro Primero se debe excluir todo lo atinente a la familia para adicionar el Código con un Libro más dedicado a esta institución o separar del Código Civil lo relacionado con la célula fundamental de la sociedad y crear el Código de Familia.
 - 2.3. Del Libro Primero hay que tener en cuenta que todo lo referente a incapacidades y representación se ha derogado y el lugar de tales normas debe ser ocupado por la Ley 1996 de 2019, con los ajustes y precisiones a que hubiere lugar.

- 2.4. Del Libro Segundo hay que establecer que se debe hacer una adecuada teoría de las ontologías jurídicas, esto es, de los entes no sujetos y se deben precisar las normas que entran a regular de manera particular cada uno de los derechos reales reconocidos en el ordenamiento jurídico colombiano.
- 2.5. Del Libro Tercero, estimo que se puede mantener tal y como hoy aparece, resaltando las modificaciones legislativas y jurisprudenciales que en los últimos años se le han hecho.
- 2.6. Del Libro Cuarto, considero que se debe mantener en lo pertinente a las obligaciones, unificándolas bajo el acápite de Obligaciones de Derecho Privado (recopilando las normas civiles y mercantiles).
- 2.7. Del Libro Cuarto, en lo atinente a los contratos, pienso que se deben unificar los contratos civiles y mercantiles porque no se justifica un doble tratamiento de una misma institución.
- 2.8. En último lugar, debo referirme al Título Preliminar del Código, el cual considero que se debe mantener haciendo actualización tanto del tema de las fuentes, como de la interpretación de la norma y las palabras de uso frecuente.

Conforme lo convenido en el último claustro, creo que la Escuela debe propiciar la discusión que lleve a decidir si es conveniente mantener el Código Civil tal y como hoy se encuentra o si se sustituye totalmente o se enfrentan modificaciones parciales. Para participar en tal decisión he expresado en las líneas anteriores cuál es mi posición para que, con otras, la Escuela pueda tomar una posición frente a las demás posturas académicas que el tema suscita.

Cordialmente,



Guillermo Montoya Pérez

Referencias

Bustamante Salazar, Luis. *El patrimonio*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Chile. 1979

Cámara de Representantes de Colombia. *Diario oficial nro. 39.615. Ley 54 de 1990: Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes*. (31 de diciembre de 1990).

Congreso de la República de Colombia. *Diario oficial nro. 22139. Ley 28 de 1932: Sobre reformas civiles (Régimen Patrimonial en el Matrimonio)*. (13 de noviembre de 1932).

Congreso de la República de Colombia. *Diario oficial nro. 34.234. Ley 20 de 1974: Por la cual se aprueba el “Concordato y el Protocolo Final entre la República de Colombia y la Santa Sede”*. (14 de enero de 1975).

Congreso de la República de Colombia. *Diario oficial nro. 34.492. Ley 1 de 1976: Por la cual se establece el divorcio en el matrimonio civil, se regulan la separación de cuerpos y de bienes en el matrimonio civil y en el canónico, y se modifican algunas disposiciones de los Códigos Civil y de Procedimiento Civil en materia de Derecho de Familia*. (19 de enero de 1976).

Congreso de la República de Colombia. *Diario oficial nro. 41.148. Ley 100 de 1993: Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*. (23 de diciembre de 1993).

Congreso de la República de Colombia. *Diario oficial nro. 42.156. Ley 222 de 1995: Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones*. (20 de diciembre de 1995).

Congreso de la República de Colombia. *Diario oficial nro. 45.079. Ley 797 de 2003: Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales*. (29 de enero de 2003).

Congreso de los Estados Unidos de Colombia. *Diario oficial nro. 2.867. Ley 84 de 1873: Código Civil de los Estados Unidos de Colombia*. (31 de mayo de 1873).

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-445/95*. M. P. Alejandro Martínez Caballero. (4 de octubre de 1995).

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-014/98*. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. (4 de febrero de 1998).

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-768/98*. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. (10 de diciembre de 1998).

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-595/99*. M. P. Carlos Gaviria Díaz. (18 de agosto de 1999).

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-1033/02*. M. P. Jaime Córdoba Triviño. (27 de noviembre de 2002).

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-075/07*. M. P. Rodrigo Escobar Gil. (7 de febrero de 2007).

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-1035/08*. M. P. Jaime Córdoba Triviño. (22 de octubre de 2008).

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-029/09*. M. P. Rodrigo Escobar Gil. (28 de noviembre de 2009).

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-283/11*. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. (13 de abril de 2011).

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-238/12*. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. (22 de marzo de 2012).

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-700/13*. M. P. Alberto Rojas Ríos. (16 de octubre de 2013).

Corte Suprema de Justicia. *Sentencia SC-7726/2014*. M. P. Jesús Vall de Rutén Ruiz. (17 de junio de 2014).

Corte Suprema de Justicia. *Concordato entre la República de Colombia y la Santa Sede*. (s. f.).

Ministerio de Justicia de Colombia. *Diario oficial nro. 34.249. Decreto 2820 de 1974: Por el cual se otorgan iguales derechos y obligaciones a las mujeres y a los varones.* (4 de febrero de 1975).

Ministerio del Interior de Colombia. *Diario oficial nro. 43.245. Decreto 354 de 1998: Por el cual se aprueba el Convenio de Derecho Público Interno número 1 de 1997, entre el Estado colombiano y algunas Entidades Religiosas Cristianas no Católicas.* (25 de febrero de 1998).

República de Colombia. *Constitución política de Colombia.* 1991.

Vélez Barrientos, Fernando. *Derecho civil.* Tomo 8. Bogotá: Ediciones Lex, 1983.



Queremos que formes parte de la Editorial EAFIT.
Únete a nuestra comunidad de lectores y
recibe información especial sobre novedades,
lanzamientos y actividades culturales.



Esta obra se terminó de imprimir en Transparencia Dúo para la Editorial EAFIT.
Medellín, octubre de 2025
Fuente: Caslon540 BT, *Caslon540 BT*

El *Diccionario de la lengua española* señala que “divertimento” es una expresión italiana que equivale a “divertimiento” –con i antes de la e–. Agrega, además, que es una forma musical de estilo desenfadado y alegre, y dice también que se denomina divertimento a la obra artística o literaria cuyo principal objetivo es divertir. Sin embargo, ¿es posible un divertimento jurídico? Para Guillermo Montoya Pérez la respuesta fue siempre positiva. Sostenía que se podían crear divertimentos jurídicos que permitieran sonreír: ya fuera por la contundencia, por la perplejidad o por el atrevimiento. Movido por esta certeza, antes de su fallecimiento dejó lista esta segunda entrega, en la que, además, expresó su posición frente al debate académico y jurídico sobre la reforma a la codificación privada propuesta en años recientes por la Universidad Nacional de Colombia.

ISBN 978-958-720-991-4



9 789587 209914

Sitio web del libro

