

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Magistrado Ponente

SC10304-2014

Radicación: 11001-31-10-015-2006-00936-01

(Aprobado en sala de siete de julio de dos mil catorce)

Bogotá, D. C., cinco (5) de agosto de dos mil catorce (2014).

Se decide el recurso de casación que interpuso Carlos Germán Orbes Sánchez, respecto de la sentencia de 21 de junio de 2010, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia, en el proceso ordinario del recurrente contra Deyanira Eraso Obando.

1. ANTECEDENTES

1. El actor solicita se declare que él y la convocada formaron una unión marital de hecho, desde el mes de marzo de 1972, hasta el 7 de agosto de 2006, fecha en la

cual esta última abandonó el hogar, y consiguientemente, una sociedad patrimonial entre compañeros permanentes.

2. La contendiente se opuso a las pretensiones, aduciendo una simple relación de concubinato, pues el demandante estuvo casado con la señora Helena González Silva, fallecida el 29 de junio de 1998.

3. El Juzgado Quince de Familia de Bogotá, mediante sentencia de 25 de marzo de 2009, accedió a declarar la unión marital de hecho entre el 25 de marzo de 1972 y el 19 de julio de 2006, y la sociedad patrimonial, desde el 1º de enero de 1991, fecha de vigencia de la Ley 54 de 1990.

2. LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

1. Acometido el estudio del recurso de apelación elevado por ambas partes contra la anterior decisión, el Tribunal, luego de analizar las pruebas en conjunto, encontró demostrado que Deyanira Eraso Obando y Carlos Germán Orbes Sánchez, “(...) convivieron como marido y mujer por un espacio superior a treinta años (...”).

2. Para el juzgador, el matrimonio del demandante con Helena González Silva, celebrado el 17 de septiembre de 1966, no obstaba la sociedad patrimonial entre los compañeros permanentes, dado que mediante Escritura Pública 6539 de 21 de diciembre de 1982, los cónyuges habían disuelto y liquidado la sociedad conyugal.

3. La aplicación retrospectiva de la citada ley, pedida en la alzada por Carlos Germán Orbes Sánchez, el *ad quem* la desestimó. De un lado, por cuanto el artículo 2082 del Código Civil, “(...) prohibía expresamente las sociedades de gananciales distintas de la conyugal (...); y de otro, porque además de desconocer el principio de seguridad jurídica, es discriminatoria, pues antes de regir la normatividad en cuestión, en la materia no existía la oportunidad de celebrar capitulaciones maritales, como sí hacia el futuro.

2. En ese orden, el superior confirmó la unión marital de hecho y la sociedad patrimonial, esta última desde el 31 de diciembre de 1990, fecha de vigencia de las disposiciones que gobiernan el asunto.

3. LA DEMANDA DE CASACIÓN

3.1 CARGO ÚNICO

1. Denuncia la violación directa de los artículos 2, literal a), y 9 de la Ley 54 de 1990, por indebida interpretación.

2. Lo anterior, en sentir del censor, al haberse negado la aplicación retrospectiva de la precitada ley, en contra inclusive de la doctrina sentada por la Corte en fallo de casación de 28 de octubre de 2005, lo cual se llevó de calle la teoría de la doctrina probable, así como la obligatoriedad del precedente judicial, en los términos de la sentencia C-836 de 2001 de la Corte Constitucional.

3. Según el recurrente, la carga argumentativa aducida por el Tribunal para apartarse de la jurisprudencia de esta Corporación, “*(...) es muy precaria (...)*”.

3.1. Sobre la prohibición de las sociedades de gananciales distintas de la conyugal, el derogado artículo 2082 del Código Civil, simplemente consagraba una proscripción y en su vigencia no obstaculizaba los efectos patrimoniales solicitados, pero bajo la figura de la sociedad de hecho civil o comercial, según el caso.

3.2. Si la Ley 54 de 1990 presume la existencia de la sociedad marital, su aplicación es retrospectiva, sin menoscabo del principio de seguridad jurídica y del derecho fundamental a la igualdad, pues así se permite a las “*(...) mencionadas uniones, recibir el beneficio probatorio que se le apareja a la presunción, tanto más si se considera el indiscutido interés público que se enseñorea en la ley*”.

4. Para el recurrente, por lo tanto, el “*(...) Tribunal no sólo no podía apartarse del precedente constitutivo de doctrina probable, sino que su argumentación se basó en aspectos interpretativos que ya fueron superados por la jurisprudencia de la H. Sala, sin lograr desvirtuarla con algo novedoso (...)*”.

5. Solicita el impugnador, en consecuencia, se case parcialmente la sentencia atacada, “*(...) únicamente en lo referente a la fecha de iniciación de la sociedad patrimonial, que corresponde al día 25 de marzo de 1972 (...)*”.

3.2. CONSIDERACIONES

1. El cargo indistintamente alude a la doctrina probable y al precedente.

Delanteramente, por causa de los problemas jurídicos planteados por el recurrente, es necesario señalar la diferencia fundamental entre las categorías jurisprudencia, doctrina probable y precedente, por cuanto la censura indistintamente se refiere a unas y otras, sembrando confusión para el análisis de la censura.

La palabra jurisprudencia se deriva del latín *iuris prudentia* que significa prudencia, sabiduría; y del griego *frónesis*, que traduce valoración y conocimiento de lo justo e injusto para practicar lo primero y evitar lo segundo. La Real Academia Española, define la palabra “*jurisprudencia*” (Del lat. *iurisprudentia*), como la “*1. f. Ciencia del derecho. 2. f. Conjunto de las sentencias de los tribunales, y doctrina que contienen. 3. f. Criterio sobre un problema jurídico establecido por una pluralidad de sentencias concordes*”¹. Guillermo Cabanellas la identifica como: “*la doctrina que se deduce del conjunto de las sentencias de los tribunales*”; “*(...) Conjunto de sentencias que determinan un criterio acerca de un problema jurídico omitido u oscuro de los textos positivos o en otras fuentes del Derecho (...)*”. Justiniano la definió como “*Divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injustique scientia*”, queriendo significar que la

¹ RAE. *Diccionario esencial de la lengua española*. 22 edic. Madrid. Espasa Calpe, 2006, p. 862

jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo e injusto.

Nótese, las primeras conceptualizaciones caracterizan la jurisprudencia como la ciencia de lo justo o injusto, el arte de lo bueno y de lo equitativo, la prudencia como virtud² (la *areté*), la sabiduría; razón por la cual, Justiniano y sus intérpretes, la identifican como ciencia de las cosas divinas y humanas, la ciencia del derecho, la de los jurisconsultos o jurisprudentes.

La evolución histórica, al margen de las numerosas escuelas jurídicas que edifican diversas teorías³, va concibiendo la jurisprudencia como la doctrina que sientan o elaboran los tribunales y las cortes a través de sus decisiones, consolidándose como el constructo teórico del cual se apropián los juristas, para referirlo a la prudencia que debe tener el juez y a la equidad que debe observar para resolver los conflictos jurídicos sometidos a su conocimiento. Y pacífico ha sido para nuestra familia jurídica, que además, es una fuente formal del derecho, ora principal o ya secundaria, con una notoria incidencia en la elaboración del razonamiento jurídico y en la solución de casos (art. 230 C.N.).

² La virtud es definida por el Diccionario de la RAE como: "Actividad o fuerza de las cosas para producir o causar sus efectos (...) Eficacia de una cosa para conservar o restablecer la salud corporal. (...) Fuerza, vigor o valor. (...) Poder o potestad de obrar. (...) Hábito de obrar bien, independientemente de los preceptos de la ley, por sola la bondad de la operación y conformidad con la razón natural" RAE. *Diccionario esencial de la lengua española*. 22 edic. Madrid. Espasa Calpe, 2006, p. 1526. Para el pensamiento griego es la *areté*, categoría que caracteriza a las personas que ostentan un comportamiento recto y prudente.

³ Conceptualista, normativista, sociológica, de intereses, etc.

Sintetizando en este contexto, la jurisprudencia es la disciplina que estudia los principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los jueces, marco dentro del cual algunos la refieren exclusivamente a las decisiones de las altas cortes, mientras otros, a la generalidad de los mismos.

Ahora, cuando se aborda la categoría precedente, ha de entenderse desde la perspectiva de la lengua materna, con independencia de la carga conceptual proveniente de la familia del *common law*. La Real Academia de la Lengua, enuncia que precedente viene de preceder; lat. *praecēdens, -entis*, y lo define como: “1. adj. Que precede o es anterior y primero en el orden de la colocación o de los tiempos. 2. m. antecedente (la acción o dicho anterior). 3. m. Aplicación de una resolución anterior en un caso igual o semejante al que se presenta”⁴.

La expresión precedente se deriva, por tanto, del verbo preceder, esto es, aquello que es anterior y primero en el orden o en el tiempo; por ello es sinónimo de antecedente. Aplicada entonces, la categoría en cuestión frente al concepto a la jurisprudencia, podemos señalar que precedente es una decisión relativa a un caso particular que es anterior y primera frente a otras decisiones y que fija reglas utilizables para otros casos sucesivos o posteriores, en forma persuasiva o vinculante; y como tales, susceptibles de ser universalizada para ser aplicada como

⁴ RAE. *Diccionario esencial de la lengua española*. 22 edic. Madrid. Espasa Calpe, 2006, p. 1188

criterio de decisión, dando identidad jurídica y unidad conceptual al ordenamiento jurídico.

Conforme a tal noción, el precedente es la primera decisión de un juez o tribunal de mayor jerarquía (precedente vertical), o del propio juez (precedente horizontal o autoprecendente), que es acogida en casos ulteriores, sucesivos o posteriores en forma persuasiva o vinculante por el propio juez o por los jueces de menor jerarquía, adquiriendo efectos normativos para casos posteriores.

Ahora, cuando se habla de la doctrina probable en derecho nacional, corresponde a la categoría francesa de la *“jurisprudence constante”*; y a la conocida en España como la *“doctrinal legal”*, institución encaminada a llenar vacíos, interpretar problemas jurídicos y brindar soluciones a lagunas jurídicas, con fundamento en la jurisprudencia de las cortes de casación.

Al margen de los antecedentes históricos, esta Corte, ha prohijado y desarrollado una ardua y consistente tarea en su función casacional de unificar la jurisprudencia – función nomofiláctica-, con fundamento en la doctrina probable, prevista expresa y lípidamente en un precepto con más de un siglo de vigencia, que inclusive en época no muy reciente, resistió los embates de inconstitucionalidad⁵. Se trata del art. 4 de la Ley 169 de 1896, el cual sin titubeos edifica una categoría bien diferenciada de los

⁵ CConst. Sentencia C-836 agosto nueve (9) de dos mil uno (2001), exped. D 3374.

conceptos de jurisprudencia y de precedente, a los cuales se aludió antelarmente y que indiscriminadamente menciona el recurrente en casación.

El precepto en cuestión dispone: *“Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que jugué erróneas las decisiones anteriores”*. Se trata entonces, de un concepto que nace en Colombia con la Ley 169 de 1896, cuya inmediata antecesora fue la doctrina legal española.

1.1. Sin embargo, en el caso no puede hablarse de doctrina probable, pues al tenor del artículo 4 de la Ley 169 de 1896, en relación con los efectos retrospectivos de la Ley 54 de 1990, el valor vinculante solicitado estaría dado por tres decisiones uniformes de la Corte en sede de casación.

Lo anterior se echa de menos en el *sub lite*, porque al momento de proferirse el fallo atacado, el 21 de julio de 2010, no existía jurisprudencia constante en la materia, pues la única decisión al respecto existente, fue emitida por mayoría el 28 de octubre de 2005 (expediente 00591). Solo después de aquella data, los efectos retrospectivos dichos se abrazaron, aunque no por unanimidad, en las sentencias de casación de 3 de noviembre de 2010 (expediente 00196), de 22 de noviembre de 2010 (expediente 00997) y de 12 de

diciembre de 2011 (expediente 01261). Igualmente, en la sustitutiva de 12 de agosto de 2011 (expediente 00997).

En consecuencia, ante la ausencia, para la época, de la doctrina probable en la temática discutida, el Tribunal no pudo violar las normas de derecho sustancial citadas en el cargo, tampoco el artículo 4 de la Ley 169 de 1896.

1.2. El precedente, con todo, cabía observarse, porque al ser el resultado de la aplicación e interpretación de la ley positiva, ésta se ve reflejada en esa laboriosidad, razón por la cual debe servir de obligada herramienta de decisiones venideras, mayormente cuando proviene del órgano constitucionalmente encargado de unificar la jurisprudencia. Así se garantiza, de un lado, la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas frente a la ley, y de otro, la consistencia del ordenamiento jurídico.

1.2.1. Si el precedente, contrastado con el litigio pendiente de resolver, se identifica, esto supone decisiones uniformes. Por lo mismo, sirve de parámetro para los justiciables, en la medida que aporta cierto nivel de previsibilidad acerca de la aplicación e interpretación de una disposición legal.

Aceptar, frente a casos iguales, tratos jurídicos y judiciales diferenciados, implica generar, en contra de la paz y del sosiego sociales, caos y desconcierto, inestabilidad e inseguridad jurídicas. En un estado de cosas tal, los usuarios del servicio, entonces, no sabrían de antemano a

qué atenerse y estarían a merced del capricho o de la posición personal del juez de turno.

De ahí, el respeto a la jurisprudencia de las cortes y en particular de esta Corporación, inclusive del autoprecendente, surge basilar en la tarea de administrar justicia. Por esto, cuando un funcionario investido de jurisdicción se apresta a resolver un caso y en la materia controvertida lo encuentra igual a otro decidido en el pasado, no puede pasarlo de largo, precisamente, en protección del derecho a la igualdad, así como de los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima.

Al decir de la Corte Constitucional, lo anterior se explica por cuatro razones basilares:

“En primer término, por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles. En segundo término, y directamente ligado a lo anterior, esta seguridad jurídica es básica para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades. En tercer término, en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Y, finalmente, como un mecanismo de control

de la propia actividad judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos. Por todo lo anterior, es natural que en un Estado de derecho, los ciudadanos esperen de sus jueces que sigan interpretando las normas de la misma manera, por lo cual resulta válido exigirle un respeto por sus decisiones previas”⁶.

Lo dicho, por supuesto, debe mirarse con un valor relativo, por cuanto en virtud de los principios de autonomía e independencia judicial (artículo 228 de la Constitución Política), los jueces se encuentran facultados para acoger o apartar el precedente, según las circunstancias concretas presentes en cada caso. Lo primero, significa compartirlo y tomarlo como fuente orientadora e inspiradora de su decisión. Lo segundo, desconocerlo y propiciar una solución diferente, en cuyo caso deben expresar motivos sólidos para rechazarlo.

1.2.2. En el *subexámine*, el Tribunal hizo referencia explícita a la sentencia de casación de 28 de octubre de 2005, donde expresamente, contrario a lo predicado anteriormente por la Corte, se reconoció efectos retrospectivos a la Ley 54 de 1990, al punto de transcribir apartes pertinentes de la misma, sólo que, dijo, no la compartía, por las razones que explicitó.

⁶ Sentencia SU de 29 de enero de 1999.

Si el juzgador de segundo grado, por tanto, se apartó motivadamente del precedente, la violación de la ley sustancial tampoco pudo devenir de haber inobservado la referida jurisprudencia.

2. Así las cosas, pasa a estudiarse si, en coherencia con la tesis del *ad quem*, hay lugar al cambio radical, o si, al decir de la censura, se trata de una argumentación precaria, con incidencia en las normas denunciadas, en cuanto nada “*novedoso*” se expuso, como para concitar un replanteamiento de la materia.

Desde luego, contrario al escrito de réplica, el análisis no se obsta. Si el artículo 9 de la mentada ley habla de su vigencia temporal, lo cual se entronca con los temas en discusión -irretroactividad o aplicación inmediata-, la mención de la norma en la sentencia impugnada, así no sea expresa, es implícita, ergo el ataque resulta pertinente.

Y si el Tribunal, al negar los efectos retrospectivos en cuestión, lo hizo para dejar a salvo la prohibición de las sociedades universales -salvo la conyugal-, el derecho a la igualdad y el principio de seguridad jurídica, todo gira, entonces, alrededor de la aplicación de la ley en el tiempo.

El artículo 9 de la Ley 54 de 1990, por lo tanto, denunciado como violado, bastantea la idoneidad formal de la demanda, porque como el requisito de la “*proposición jurídica completa*” se encuentra atenuado, es suficiente para el efecto señalar una cualquiera de las normas sustanciales

que haya sido base esencial del fallo impugnado o debido serlo (artículo 51 del Decreto 2651 de 1999, prorrogado en su vigencia por el artículo 162 de la Ley 446 de 198).

En esa línea, si el artículo 2, literal a), *ibidem*, también denunciado como transgredido, es ajeno a la hipótesis de los compañeros permanentes con impedimento dirimente, que sería el caso, la equivocación del recurrente de no citar el literal que los arropa, el b), es intrascendente.

No obstante, si el *ad quem* confirmó la sociedad patrimonial, aunque por un lapso inferior al de duración de la unión marital, esto significa, en la base de su decisión jugó papel preponderante, en general, la presunción del artículo 2; obvio, luego de constatar la disolución y liquidación de una otrora sociedad conyugal. En ese contexto, se trata de un simple error *calami*, superable, sin menoscabo del contenido objetivo del escrito de casación.

2.1. La Corte, en la memorada sentencia de 25 de octubre de 2005 (número 268, expediente 00591), respecto de las uniones maritales que al entrar en vigencia la Ley 54 de 1990, venían y continuaron desarrollándose sin solución de continuidad, sentó la tesis vigente contra la cual el Tribunal se subvierte, en los siguientes términos:

“a) En primer lugar, (...) en la hora actual, más particularmente desde que fue promulgada la Constitución de 1991, el Estado y la sociedad toda garantizan la protección de la familia, la que puede constituirse por vínculos naturales o jurídicos, sin que, por

tanto, quepan interpretaciones que -de alguna manera- preserven prerrogativas para alguna tipología especial de familia (art. 42). Más aún, si la Carta Política es de aplicación inmediata en lo que a derechos y garantías se refiere, resulta claro que esa tutela particular no se puede brindar únicamente a las uniones maritales de hecho que afloraron el primero de enero de 1990, sino que ella debe extenderse a las que venían desarrollándose de tiempo atrás, con mayor razón si se considera el trato indiferente que el legislador le brindaba a las otrora llamadas relaciones concubinarias, a las que sólo la jurisprudencia, *in partis*, les brindaba cierto amparo.

"Justamente sobre el tema de la aplicación inmediata de la Constitución, tiene señalado la Corte Constitucional que 'no puede abrigarse duda alguna que la Carta de 1991 se aplica en forma inmediata y hacia el futuro tanto a aquellos hechos que ocurran durante su vigencia como a las situaciones en tránsito de ejecución. No así, por el contrario, a aquellas situaciones jurídicas que alguna doctrina prefiere denominar consolidadas y no simplemente concretas, como lo propuso en su momento Bonnecase' (Se subraya, sent. C-014 de enero 21/93).

"Por consiguiente (...), es necesario prohijar una interpretación de la Ley 54 de 1990, que le permita a las familias integradas con anterioridad a su expedición, y que se preservaron con posterioridad a ella, recibir de inmediato el reconocimiento que esa normatividad les confiere, (...) tocante con la conformación de la sociedad patrimonial entre quienes, de antiguo, o ex ante, vienen siendo compañeros permanentes, sin que se pueda negar esa retrospectividad argumentando que la misma carta Política garantiza 'los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores' (art. 58), toda vez que, como se explicará en párrafos siguientes, antes de 1990, en puridad, no existía ninguna normatividad que regulara los efectos patrimoniales del otrora

llamado concubinato, por lo que no podría afirmarse válidamente la existencia de derechos adquiridos de los compañeros permanentes con anterioridad a la promulgación de la Ley 54. Dicho con brevedad –y anticipadamente-, en casos de anomia no hay derechos adquiridos.

“b) En segundo lugar, es preciso resaltar que, por regla general, la promulgación de leyes tuitivas –la 54 de 1990 es una de ellas- en las que existe un innegable interés general, tiene el inequívoco propósito de brindar pronta y cumplida tutela a cierto grupo de personas que reciben una protección precaria, o nula. De allí que en la ponencia para primer debate al Proyecto de ley No. 107 de 1988-Cámara de Representantes, antecedente de la mencionada normatividad, se hubiere precisado que la ley pretende conjurar ‘una grave injusticia’, generada, entre otras razones, por existir ‘un vacío en la legislación acerca de un hecho social cada vez más extendido’ (se subraya). Más aún, en el Informe-Ponencia para Primer Debate en Plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente, se acotó que ‘Interpretando una necesidad nacional debe reflejarse en la Constitución la realidad en que vive hoy más de la cuarta parte de nuestra población. Se deben complementar las normas legales vigentes sobre ‘uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes’ (se subraya; Gaceta Constitucional No. 85, pág. 5).

“(…).

“De allí, entonces (...), no pued[e] perseverarse en una interpretación que difiere en dos años el reconocimiento de los beneficios patrimoniales reconocidos por la Ley 54 de 1990 a las uniones maritales de hecho, pues ello traduce, ni más ni menos, que la ‘grave injusticia’ que, ex profeso, el legislador quiso remediar, siguió latente por un bienio adicional, si se quiere con el sobreentendido beneplácito de aquél, lo que no se encuentra en consonancia con el sentido común y la recta razón, amén que tal

suerte de entendimiento, in radice, desconoce el acerado principio de solidaridad que informa el ordenamiento jurídico patrio y deja latente el equivocado mensaje, de que la ley en cuestión, mutatis mutandis, es una ley de punto final de las uniones maritales de hecho que afloraron antes de su vigencia formal.

“Flaco favor se le hace a la familia natural, ciertamente, cuando se dice que, no obstante la urgente y laudable necesidad de disciplinar la unión marital de hecho reconocida y advertida expresamente por el legislador, sólo dos años después del despunte material de la ley se corregirá una situación conscientemente tildada, sin ambages, de ‘grave injusticia’. Sería paradójico aplazar sus efectos reales por un bienio, a sabiendas de la presencia de esta ‘injusticia’, calificada de ‘grave’, como se acotó. Sin duda, allí no anida una interpretación racional y, sobre todo, dotada de sólida apoyatura. No en vano, diferir la solución de una injusticia, cuando hay plena y confesada conciencia de su existencia y de sus devastadores consecuencias, es tanto como darle la espalda al genuino norte de la misión legislativa y judicial, esto es, la incesante búsqueda de la justicia, en claro apartamiento de la teleología que anima la hermenéutica contemporánea, muy alejada de la exégesis y de las interpretaciones meramente literales, de suyo pétreas y distantes de la realidad imperante, de suyo muy otra.

“(…) la Sala, al ocuparse del tema de la retroactividad, ha precisado que ‘los particulares no pueden prevalerse de las irregularidades que, por una u otra causa, surgen en el devenir de la vida diaria para pretender derivar de ellas la existencia de derechos adquiridos, menos cuando el ordenamiento jurídico está orientado, por principio general, a subsanar esas situaciones. De ahí que, cual lo ha expuesto igualmente la Corte, las leyes de orden público encaminadas a remediar injusticias sociales existentes, se expidan no sólo con el propósito de evitar que tales injusticias se produzcan en el futuro sino que se eliminen las ya

producidas; o, en otros términos, que su aplicación comprenda las nuevas situaciones y las anteriores (Cfr. Sentencia de 18 de julio de 1956, G.J. LXXXIII, pág. 269)' (Se subraya; cas. civ. de 29 de mayo de 1997; exp.: 4845).

"Por ende, no se puede afirmar que fue la propia Ley 54 de 1990 la que descartó la posibilidad de tener en cuenta el tiempo de convivencia anterior, por haber precisado en su artículo 1º que 'A partir de la vigencia de la presente ley y para todos los efectos civiles, se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular', pues es claro que esa puntual referencia, no solo tuvo el confesado, amén de notable propósito de excluir las odiosas nomenclaturas otrora utilizadas para referirse a esas uniones, a las que se otorgó un calificativo más acorde con su significación social actual, sino también el de resaltar el principio de vigencia inmediata de la ley, por lo que no se podría afirmar que las uniones que tuvieron comienzo antes del 31 de diciembre de 1990 y que siguieron desarrollándose con posterioridad, el único beneficio que reportaron, una vez promulgada la ley en cuestión, fue el de recibir una más adecuada denominación o status societario, como si ello fuere bastante, o acaso de mayor importancia que el efecto patrimonial. He aquí esbozada la ratio auténtica de la 'grave injusticia' que el legislador de 1990 se empeñó en remediar, según dan cumplida cuenta los antecedentes de la ley 54 de esa anualidad, muy diferente a solucionar, por lo pronto, la mera nomenclatura.

"c) En tercer lugar, es relevante precisar que, stricto sensu, el cómputo del plazo de convivencia anterior a la expedición de la citada ley, no traduce una aplicación retroactiva, como se suele aseverar, puesto que no se estarían desconociendo derechos adquiridos o, mejor aún, situaciones jurídicas consolidadas.

“En este sentido, destácase que antes de la Ley 54 de 1990, las uniones que ella denominó maritales de hecho, no gozaban de protección legislativa especial, pues el ordenamiento jurídico ni siquiera se ocupaba de ellas, motivo por el cual, ningún derecho subjetivo vinculado a dicha unión, podría resultar afectado por el hecho de hacer gobernar toda la relación por la novísima normatividad. De allí que, en rigor, no pueda hablarse de conflicto de leyes en el tiempo, circunstancia que, in toto, descarta el tema de la retroactividad, rectamente entendido.

“Pero además, es necesario reconocer que la irretroactividad de la ley es principio que supone la colisión de dos normatividades, una anterior y otra nueva o ulterior que la deroga o modifica. Sólo así cabe sostener que la última no pueda desconocer derechos adquiridos al amparo de la primera, o, mejor aún, que deba respetar las situaciones jurídicas consolidadas al amparo de ésta. Pero si no hay ley anterior, en estrictez, ¿qué derechos pueden ser vulnerados? El conflicto de leyes en el tiempo supone, entonces, que dos leyes promulgadas en épocas distintas, se disputan el gobierno de una determinada relación jurídica, lo que justifica que el propio legislador arbitre en esa pugna, para señalar que, en principio, la última de ellas no puede inmiscuirse en los derechos que consolidó la primera. Pero si falta una de las leyes en contienda, ¿en dónde está el conflicto? Y es claro que la Ley 54 de 1990, ello es de Perogrullo, no puede reñir consigo misma. De allí, entonces, que cuando el legislador, por vez primera, se ocupa de una situación jurídica, resulta inoficioso –a fuer de impreciso- hablar de retroactividad, pues no hay conflicto cuando en el pasado hay anomia, como se anticipó.

“Con otras palabras, como el legislador, antes de la Ley 54 de 1990, optó por ser indiferente con las otras llamadas relaciones concubinarias o de barraganería, no puede ahora el intérprete sostener que allí había un derecho al que le sirve de rodela la irretroactividad de la ley, pues harto difícil sería darle contenido

y alcance, cuando el propio ordenamiento jurídico entendía, con su silencio, que allí no había nada.

“Desde luego que no se podría encontrar –y nadie la ha hallado- una regulación y, menos aún, un arquetípico derecho adquirido o, mejor aún, una situación jurídica consolidada, en el ya derogado artículo 2082 del C.C., que prohibía “toda sociedad de ganancias, a título universal, excepto entre cónyuges”, porque largo y espinoso trecho debe recorrerse, para tratar de ver un derecho subjetivo en donde sólo existe un veto, o una proscripción frontal.

“Tan cierto será ello, que esa disposición no fue obstáculo para que la Corte, a partir de la sentencia de 30 de noviembre de 1935 (G.J. N° 1987, pág. 476), le abriera paso al reconocimiento de efectos patrimoniales a las hoy apellidadas uniones maritales de hecho, con fundamento en la figura de la sociedad de hecho civil o comercial, según el caso, si bien –antaño- resultaba claro que el simple hecho de la convivencia more uxorio extramatrimonial, no generaba la constitución de una sociedad de bienes, pues era necesario acreditar el ánimo societario, elemento éste que, según el estado actual de la jurisprudencia (...), no puede ser apreciado al margen de la relación afectiva que existe entre los compañeros permanentes, sino, por el contrario, con vista en ella.

“d) En cuarto lugar, no puede perderse de vista que si bien es cierto que el legislador descartó en general que la ley fuera retroactiva –principio que, dicho sea de paso, no es absoluto, al punto que la Ley 153 de 1887 derogó expresamente el artículo 13 del C.C., que lo establecía-, no lo es menos que, también, por regla, consagró el postulado de vigencia inmediata de la ley, la cual, rigiendo hacia el futuro, cobija necesariamente las situaciones jurídicas en curso, esto es, aquellas que venían desarrollándose con anterioridad a su promulgación y que continúan desdoblándose bajo su imperio.

“Esa aplicación de la ley nueva a las situaciones jurídicas que vienen del pasado, se concreta, claro está, a los efectos y a la extensión del derecho respectivo, que quedan sometidos al marco normativo que ella establece, sin que ello indefectiblemente implique retroactividad. Es lo que en Colombia la doctrina y la jurisprudencia han denominado retrospectividad (...), admisible, ello es capital, cuando se trata de proteger la dignidad del ciudadano y cuando a nadie perjudica (...), todo lo cual pone de presente que, con independencia de la nomenclatura que se utilice para identificar el fenómeno jurídico que se comenta, existe consenso en descartar la aplicación absoluta del postulado de la irretroactividad, para abrirle paso a una concepción más tuitiva, solidaria y fraterna, como hoy indiscutiblemente lo reclama la familia, base esencial de la sociedad.

“Por eso, entonces, no es posible desconocer que la Ley 54 de 1990 es de vigencia inmediata, motivo por el cual regula, ‘a partir de la fecha de su promulgación’ (art. 9), todas las situaciones de hecho a que ella se refiere, y no sólo las que surjan con posterioridad, sino también las que estaban en desarrollo, o sea a ‘los hechos in fieri’ y a ‘las consecuencias no consumadas de los hechos pasados’⁷ (se subraya), pues ‘la ley puede modificar los efectos futuros de los hechos o actos, aún anteriores a ella, sin ser retroactiva⁸.

“Dicho en otros términos, si la Ley 54 de 1990 tiene vigencia inmediata, necesariamente es retrospectiva, efecto que impone considerar el tiempo de convivencia anterior a su promulgación, con el fin de computar el plazo en ella previsto para la configuración de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes.

“(...).

⁷ Jorge Joaquin Llambias. Tratado de Derecho Civil. T. I. Perrot. Pág. 141.

⁸ Marcel Planiol y George Ripert. Tratado Elemental de Derecho Civil. T.II, pág. 129.

“e) En quinto lugar, si la Ley 54 de 1990 estableció una presunción legal de conformación de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes (art. 2º), no es posible oponerse a su aplicación con el pretexto de la irretroactividad de la ley, toda vez que, por ese camino, se desconocería la naturaleza procesal -más concretamente probatoria- que le es propia a las presunciones de esa estirpe, consignadas por el legislador con el inequívoco propósito de facilitar la prueba de la existencia de la referida sociedad.

“En este sentido, en lo pertinente y aplicable, cumple memorar que, a juicio de la doctrina, ‘Existen cuatro categorías de leyes que producen efecto retroactivo, a saber: 1.- Aquellas a las cuales el mismo legislador les asigne ese efecto, dentro del sistema constitucional; 2.- Las leyes interpretativas, 3.- Las que establecen presunciones legales, y 4.- Las leyes penales que disminuyen las sanciones, o le quitan carácter de delito a un hecho que antes lo tenía...”⁹ (Se subraya). Por tanto, si el óbice para la aplicación de la Ley 54 de 1990, a las uniones maritales de hecho que venían desarrollándose al momento en que ella fue promulgada, es que la ley no es retroactiva -concepto que, según se acotó en líneas precedentes, debe desacartarse cuando no existe una ley anterior con la que la ley nueva pueda entrar en conflicto-, es menester colegir que dicha normatividad, en cuanto consagra una presunción, se aparta de la referida regla, para tener vigencia inmediata (art. 40, Ley 153 de 1887) y, por tanto, producir efectos retrospectivos que le permitan a las mencionadas uniones, recibir el beneficio probatorio que se le apareja a la presunción, tanto más si se considera el indiscutido interés público que se enseñorea en la ley”.

⁹ Eduardo Rodríguez Piñeres. *Curso Elemental de Derecho Civil Colombiano*. Tomo I. Pag. 95.

Si la Ley 54 de 1990, vigente a partir del 31 de diciembre, vino a llenar los vacíos legales en materia de los vínculos de familia surgidos al margen del matrimonio, su aplicación es inmediata, en cuanto cobija las uniones maritales de hecho en curso al momento de entrar en vigor, con las consecuencias anexas. Esto, desde luego, no implica retroactividad, porque además de la inexistencia de regulación legal anterior sobre la materia, los efectos retrospectivos excluyen las relaciones de igual naturaleza nacidas y extinguidas antes de regir dicha normatividad.

Como lo precisa la doctrina nacional, “*(...) si se trata de hechos durables que existen todavía al tiempo en que la ley nueva entra en vigor, ésta puede tomarlos en ese momento, como hechos de presente, para determinar la constitución o la extinción de tal o cual situación jurídica*”¹⁰; o en palabras de esta Corporación, la “*(...) retrospección [se caracteriza] por actuar sobre los efectos aún pendientes o sin producirse y no sobre la causa generadora del derecho, que distingue particularmente a la retroactividad*”¹¹.

2.3. El Tribunal, como se recuerda, rehusó reconocer los efectos patrimoniales derivados de la unión marital de hecho, durante el tiempo anterior a la vigencia de la Ley 54 de 1990, no obstante tratarse de una relación preexistente.

De una parte, porque como para la época estaba prohibida “*(...) toda sociedad de ganancias, a título*

¹⁰ ZULETA ÁNGEL, Eduardo. Estudios Jurídicos. Editorial Temis. Bogotá 1974. Pag. 65.

¹¹ Sentencia 019 de 29 de mayo de 1997, CCXLVI-1256.

universal, excepto entre cónyuges" (artículo 2082 del Código Civil), la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes "(...) no era aceptada en el orden jurídico (...)" ; y de otra, por cuanto se desconocería el principio de seguridad jurídica y el derecho a la igualdad, pues los unidos en comunidad de vida antes de entrar a regir la ley, nunca tuvieron la oportunidad de las capitulaciones matrimoniales, como sí quienes lo hicieran en el futuro.

2.2.1. Confrontado lo expuesto, el juzgador de segundo grado incurrió en la denunciada violación directa de la ley sustancial, porque respecto de la prohibición de sociedades de gananciales distintas a las derivadas de un matrimonio, niega extender al pasado la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, sin más, por no ser aceptada, para la época, en el ordenamiento jurídico.

Empero, pasa de largo, como se explicó en la sentencia hito sobre los efectos retrospectivos de la Ley 54 de 1990, modificada en lo pertinente por la Ley 979 de 2005, que el artículo 2082 del Código Civil, derogado por el artículo 242 de la Ley 222 de 1995, solamente contiene un veto y no trata de un derecho adquirido. El Tribunal, con todo, se queda en la mitad del camino, en la letra muerta de la norma, esto es, en la simple prohibición, cuando la Corte avanzó más allá, lo cual nada se refuta.

Se reitera, entonces, quienes a la vigencia de la Ley 54 de 1990, tenían una unión marital de hecho preexistente, les asiste el derecho a exigir sus alcances, desde la época,

incluyendo los económicos, pues como quedó explicado, la restricción de toda sociedad de ganancias a título universal, excepto entre cónyuges, no fue obstáculo para reconocer, bajo las figuras de las sociedades civiles o comerciales de facto, los efectos patrimoniales, conjurándose así las injusticias generadas por la indiferencia del legislador.

En adición, como la sociedad patrimonial derivada de la unión marital de hecho se presume, esto significa que la excepción a la otra prohibición de patrimonios universales no sólo quedó abierta “*entre cónyuges*”, sino también respecto de compañeros permanentes. La permisión, por lo tanto, igualmente se extiende a las relaciones maritales vigentes al entrar a regir la ley de su gobierno, al decir de la Sala, porque “*(...) si la institución de la familia abreva en dos fuentes, la legítima y la natural, sus consecuencias patrimoniales deben predicarse de ambas (...)*”¹².

2.2.2. La violación recta de las normas enunciadas, también deviene de lo discurrido por el Tribunal acerca de las capitulaciones maritales, porque si antes de la Ley 54 de 1990, la unión marital de hecho, y por ende, la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, carecía de regulación positiva, se echa de menos el elemento legal de confrontación para establecer si la imposibilidad de celebrar aquéllas, respecto de las relaciones en curso, dejó en vilo la seguridad jurídica y el derecho a la igualdad.

¹² Sentencia de 3 de noviembre de 2010, expediente 00196.

Si de la nada no puede surgir un derecho adquirido o una situación jurídica consolidada, la eventual modificación del régimen económico de las uniones maritales vigentes es un argumento meramente hipotético. Y como el factor de parangón es fáctico y parte de un mismo hecho social, antes y después de normado, se observa, respecto de sus efectos jurídicos, la ley ninguna discriminación hizo.

En todo caso, la retroactividad y la no retrospección, son excepciones al problema de vigencia de las normas en el tiempo. De ahí, mientras el legislador guarde silencio sobre el particular, siendo de su exclusivo resorte, las disposiciones legales, en línea de principio general, son irretroactivas o retrospectivas, según sea el caso.

En coherencia, la posibilidad de acceder al régimen de las capitulaciones matrimoniales, ya sea de uniones maritales preeexistentes a la vigencia de la ley, ora de las nacidas luego, no es lo que hace la diferencia. Se trata simplemente de una consecuencia jurídica práctica en su aplicación que abriga por igual a todos los involucrados.

3. El cargo, en los términos dichos, se abre paso, y ante el éxito del recurso, no hay lugar a imponer costas en sede extraordinaria.

4. SENTENCIA SUSTITUTIVA

1. Como la decisión del Tribunal de confirmar la existencia de la unión marital de hecho entre Carlos

Germán Orbes Sánchez y Deyanira Eraso Obando, desde el 25 de marzo de 1972, hasta el 19 de julio de 2006, en su sentir, por haberse demostrado que “(...) *convivieron como marido y mujer por un espacio superior a treinta años (...)*”, no fue recurrida en casación por la parte agraviada, la demandada, se entiende que su recurso de apelación, en ese preciso aspecto, así quedó respondido.

Por esto, la Corte, en sede de instancia, se limita a contestar la alzada del actor, en lo referente a los extremos temporales de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, en cuanto reconocida, en la sentencia apelada, entre el 1º de enero de 1991 y el 19 de julio de 2006, solicita se declare “(...) *a partir del 25 de marzo de 1972 (...)*”, esto es, durante el mismo lapso de convivencia marital, atendiendo, precisamente, los efectos retrospectivos de la Ley 54 de 1990.

2. El Juzgado de instancia, para limitar en el tiempo la referida sociedad patrimonial, consideró el momento de vigencia de la mencionada ley, “(...) *sin que exista retrospectividad[,] menos aún retroactividad[,] por no haberlo consagrado expresamente el legislador*”.

Concluidos en la sentencia de casación los efectos retrospectivos solicitados, relativos a las uniones maritales de hecho en curso al entrar a regir la normatividad en cuestión, como la del caso, le asiste razón al demandante apelante. La Corte, para modificar en el punto el fallo del

juzgado, se remite, por economía, a las consideraciones que llevaron a despachar favorablemente el cargo.

3. Se observa, sin embargo, la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes debe declararse desde el 22 de diciembre de 1982, porque existiendo en el actor impedimento legal para contraer matrimonio, pues se encontraba casado (artículo 2, literal b) de la Ley 54 de 1990, modificado por el artículo 1 de la Ley 979 de 2005), la sociedad conyugal anterior fue disuelta y liquidada mediante Escritura Pública 6539 de 21 de diciembre de 1982 de la Notaría Segunda del Círculo de Bogotá, aunque para el efecto era suficiente su disolución, no sólo porque así lo tenía sentado esta Corporación¹³, sino porque la expresión “y liquidadas” del referido literal, fue declarada inexistente por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-700 de 16 de octubre de 2013.

4. Así las cosas, la Corporación procede a reproducir la parte resolutiva del Tribunal en los puntos no tocados en casación y a hacer las modificaciones pertinentes en lo que respecta a la prosperidad limitada del recurso de apelación.

5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **CASA** parcialmente la sentencia de 21 de junio de

¹³ Vid. Sentencia 097 de 10 de septiembre de 2003, expediente 7603.

2010, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Familia, en el proceso ordinario promovido por Carlos Germán Orbes Sánchez contra Deyanira Eraso Obando, y en sede de instancia;

6. “(...) RESUELVE:

*“1.- **REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral tercero de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este fallo; en consecuencia, declarar que la sociedad patrimonial conformada por la unión marital de hecho de Deyanira Erazo (sic.) Obando y Carlos Germán Orbes Sánchez, existió desde (...)” el 22 de diciembre de 1982 “(...) hasta el 19 de julio del año 2006.*

*“2.- **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada, de fecha veinticinco (25) de marzo del año dos mil nueve (2009), dictada por el Juzgado Quince de Familia de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia.*

*“3.- **CONDENAR** en costas de la presente instancia a la parte demandada y apelante, por no haber prosperado su recurso”. En la liquidación respectiva, dada la prosperidad parcial del recurso de apelación del demandante, inclúyase la suma de dos millones de pesos (2'000.000) m/cte., por concepto de agencias en derecho.*

*“4.- **DEVOLVER** en su oportunidad el expediente al despacho de origen”.*

**Cópiese, notifíquese y cuando corresponda
remitase el expediente al Tribunal de origen.**

Jesús
JESÚS VALL DE RUTÉN RUÍZ

Margarita
MARGARITA CABELLO BLANCO

Ruth
RUTH MARINA DÍAZ RUEDA
Aclaración de voto

Fernando
FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ
Aclaración de voto

Álvaro
ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

Ariel
ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

Luis
LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA



ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación n° 11001-3110-015-2006-00936-01

En consideración a que acojo de manera integral el proyecto aprobado en Sala de 7 de julio de 2014, para resolver el *«recurso de casación»* formulado por el actor frente al fallo de 21 de junio de 2010 proferido por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por Carlos Germán Orbes Sánchez contra Deyanira Eraso Obando, en el que se toma en cuenta el criterio de la *«aplicación de los efectos retrospectivos de la Ley 54 de 1990»*, hago *«aclaración de voto»*, en razón a que desde mi llegada a esta Corporación no estuve de acuerdo con la reseñada tesis, por lo que en todos los casos en cuya discusión participé, me aparté del criterio mayoritario sobre esa problemática.

Sustenté mi inconformidad esencialmente, en que el artículo 9º del citado ordenamiento, prevé que *«la presente Ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias»*, de donde interpreté que descartaba expresamente su aplicación en el sentido acogido por la

mayoría de los integrantes de la Sala, y dado el *«postulado universal que la ley expedida formalmente se aplica hacia el futuro por no producir efectos hacia atrás o el pasado, es decir, tiene el carácter de ser irretroactiva»*, sin que se hubieren contemplado excepciones o que se desprendieran de su tenor literal, como por ejemplo, las de índole interpretativa y las relativas al orden público; así mismo, expuse que aceptar la *«retrospectividad»*, constituía *«ni más ni menos, una sorpresiva e inopinada afectación de derechos de terceras personas que estaban unidas maritalmente de facto bajo el convencimiento de que entre ellos no surgía ninguna clase de sociedad patrimonial, toda vez que en el momento no existía en el panorama jurídico nacional un ordenamiento normativo que la estableciera ni la regulara»*, e igualmente, me apoyé en algunas de las razones esbozadas en la sentencia CSJ SC072, 20 abr. 2001, rad. 5883, en la que se tuvo en cuenta para la decisión la *«irretroactividad»* del texto legal en comento.

Tal como lo expresé en similar pronunciamiento al presente, frente a la providencia con la que se resolvió el recurso de casación formulado en el juicio con radicación n° 2007-01170-01, mi cambio de postura jurídica en este momento histórico, se sustenta en razones inherentes a la constitucionalización del *«derecho privado»*, resaltadas por la doctrina y la jurisprudencia, con especial énfasis en el ámbito del *«derecho de familia»*, las que me imponen abandonar la idea de continuar auspiciando la denegación de la aplicación retrospectiva de los efectos y alcances de la citada Ley 54 de 1990, dado que en esencia esa reflexión se

fundó en una *«interpretación gramatical»* de la respectiva disposición legal.

Me adhiero al criterio que sobre la aludida temática orienta la sentencia aprobada, porque responde de manera más adecuada a las posibilidades de *«protección de la familia»* exigida en el artículo 5º de la Constitución Política, en cuanto le brinda amparo como institución básica de la sociedad, mandato reiterado en el canon 42 *ídem*, que contempla su *«protección integral»*, y de otro lado, porque se propicia de forma expedita el *«acceso efectivo a la administración de justicia»* (precepto 229 *ibidem*), además de facilitar la realización de la *«justicia en sentido material»*, con sustento en factores de equidad social.

Finalmente, cabe acotar que las realidades sociales van imponiendo el moldeamiento de los criterios hermenéuticos acerca de las problemáticas en el Derecho, lo que permite asegurar la vigencia y efectividad de las normas jurídicas, de ahí que el juez no puede permanecer anclado en posiciones que en su momento cumplieron la importante misión de permitir dar respuesta a una determinada controversia, por lo que con la debida ponderación, debe mantener una actitud permeable al cambio, que en el ámbito de la función judicial de administrar justicia, permita *«hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagradas en [la Constitución Política y la ley], con el fin de realizar la convivencia social y lograr y*

mantener la concordia nacional, paradigmas estos exaltados en el artículo 1º de la Ley 270 de 1996.

Fecha *ut supra*.



RUTH MARINA DÍAZ RUEDA
Magistrada



ACLARACION DE VOTO

Radicación n°. 11001-31-10-015-2006-00936-01

En las actuales condiciones de constitucionalización del derecho privado, comparto a cabalidad el sentido del fallo que unánimemente profiere la Corte, en el que se casó la sentencia de la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida dentro del proceso ordinario de declaración de existencia de unión marital de hecho entre compañeros permanentes y su consecuente sociedad patrimonial, de Carlos Germán Orbes Sánchez contra Deyanira Eraso Obando, que desestimó la aplicación retrospectiva de la Ley 54 de 1990.

Sin embargo, es mi deber exponer las razones que me alejan del salvamento parcial de voto que acompañé frente a la decisión de la mayoría de la Sala, en asuntos que guardan similitud temática a éste (SC de 12 de agosto y 12 de diciembre de 2011, rad. 2005-00997-01 y 2003-01261-01), por considerar que precisamente el criterio que tuvo en cuenta el *ad quem* era el correcto para el caso de las uniones maritales de hecho cuyo reconocimiento se pedía, pregonando como inició una fecha anterior a la promulgación de la referida ley.

En esas oportunidades estimé que el *«principio de retrospectividad»*, según la hermenéutica de la Corte desde el 28 de octubre de 2005, contradice el espíritu de la regulación, que nada dijo al respecto, y, por el contrario, fijó que el concepto de unión marital de hecho no obedecía a un cambio de denominación, sino al surgimiento de una nueva entidad en el campo del derecho *«a partir de la vigencia de la presente ley y para todos los efectos civiles»*.

Además de que, esa lectura *«constituye, ni más ni menos, una sorpresiva e inopinada afectación de derechos de terceras personas que estaban unidas maritalmente de facto bajo el convencimiento de que entre ellos no surgía ninguna clase de sociedad patrimonial, toda vez que en el momento no existía en el panorama jurídico nacional un ordenamiento normativo que la estableciera ni la regulara»*.

No obstante lo anterior, la sensibilización de la sociedad sobre el tema, me llevan a replantear esa posición, para hacerla más justa y acorde con lo que hoy en día incluye el concepto de familia, bajo la óptica protecciónista al *«núcleo esencial de la sociedad»* del artículo 42 de la Constitución Política, coincidiendo con lo que desde hace más de una década sentó la Corporación de manera innovadora.

La Corte en SC de 5 de agosto de 2013, rad. 2008-00084-02, resaltó como la Ley 54 de 1990

(...) alcanzó mayor connotación con la promulgación de la Constitución Política de 1991, que en su artículo 5° reconoce "sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad"; principio reforzado con el 16 que pregonó el derecho al libre desarrollo de la personalidad "sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico" y el 42 que recalca, de modo claro y concreto, que "la familia es el núcleo fundamental de la sociedad" y se puede constituir por vínculos naturales si existe la voluntad responsable de conformarla (...) La complejidad con que se manifiesta la interacción de los asociados incidió, incluso, para que la Corte Constitucional en sentencia C-075 de 2007, declarara la exequibilidad condicionada de la ley 54 de 1990, que en su génesis se concibió para las uniones entre un hombre y una mujer, en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas del mismo sexo (...) Quiere decir que el ánimo protecciónista de orden superior al entorno familiar que surge de los hechos, antes que ser restringido, obliga al funcionario judicial a realizar un examen minucioso que evite el desamparo de quienes hacen parte de él, máxime cuando hoy en día la conformación del grupo no obedece a patrones pre establecidos, pues, no admite discusión que existe familia tanto en el caso de las parejas de seres humanos de diferente o igual sexo, con o sin hijos; así como en el caso de los padres solteros, viudos, divorciados y sus descendientes, y cualquier otra manifestación que encaje dentro de la órbita Constitucional.

Los fines altruistas que inspiraron el actual enfoque jurisprudencial, sobre la vigencia de la Ley 54 de 1990, están acordes con esos razonamientos y de ninguna manera se vislumbra lesivo de derechos de terceros, como si se tratara de una intromisión en la manifestación de la

voluntad, pues, la configuración de lo que antaño se conocía como «concubinato» y la sociedad de hecho derivada del mismo, como actualmente acontece con la «*unión marital*» y la sociedad patrimonial, no deviene de una manifestación expresa y formal de obligarse recíprocamente o, por el contrario, de abstraerse de ello, sino que es el resultado de los hechos continuos y permanentes con que se refuerzan los lazos de afecto entre sus integrantes, con el fin de brindarse apoyo y socorro mutuos.

La única diferencia entre lo que acontecía antes del 31 de diciembre de 1990 y hoy, es que la declaración de la sociedad de hecho entre concubinos es el producto de un desarrollo jurisprudencial decantado por la Corte desde mediados del siglo XX, que sirvió de inspiración para que el legislador regulara esos vínculos bajo una denominación que las liberara del estigma social previo, pero que cada vez se asemeja más a las uniones maritales, como lo señaló la Corporación en SC de 12 de diciembre de 2005, rad. 1989-05259-01, al precisar que

Desde su sentencia del 30 de noviembre de 1935, ha venido comulgando la Corte con la tesis de la conformación de sociedades patrimoniales de hecho entre concubinos. En ese sentido, reiteradamente ha sostenido que si bien el concubinato no crea, por sí, una sociedad de la apuntada naturaleza, nada se opone a que al lado de la relación personal extramatrimonial, la pareja coordine sus esfuerzos en un proyecto productivo que desarrollado en pie de igualdad les reporte dividendos comunes, o cuyas pérdidas, si las hay, decidan asumir a la par, gestión de la cual ha juzgado viable inducir el propósito de asociarse, en el

cual tiene germen la sociedad que en esa forma habría surgido de los hechos, desde luego, con la conjunción de los restantes elementos indispensables para la conformación de todo ente social (...) Aunque desde sus albores la doctrina elaborada por la Corporación reclamaba deslindar las actividades inmanentes a la vida familiar, de las del proyecto económico que con fines lucrativos emprendieran y desarrollaran los concubinos, para evitar que sirviese de rodela para la incubación o promoción de una forma de relación de pareja que por darse al margen del nexo matrimonial no era bien vista a los ojos del legislador ni de la sociedad, no ha sido ajena la Corte a los cambios que frente a esa clase de unión han venido gestándose, tanto en el orden jurídico como social, que en la hora de ahora ha obtenido su reconocimiento como institución jurídica -Ley 54 de 1990- y como fuente de la familia -artículo 52 de la C. P.- de ahí que haya advertido que hoy por hoy "no puede exigirse, en forma tan radical, para el reconocimiento de la unión de hecho entre concubinos, que la conjunción de aportes comunes, participación en las pérdidas y ganancias y la affectio societatis surja con prescindencia de la unión extramatrimonial y que no tenga por finalidad crear, prolongar o estimular dicha especie de unión, pues, por el contrario en uniones concubinarias con las particularidades de la aquí examinada no puede escindirse tajantemente la relación familiar y la societaria, habida cuenta que sus propósitos económicos pueden estar inmersos en esa comunidad de vida" (Sent. del 27 de junio de 2005).

Desconocer esa realidad, sería tanto como decir que de un momento a otro se produjo una interrupción entre los nexos de la familia natural, pasando los concubinos a ser compañeros permanentes, con prescindencia de los años compartidos, para, a partir, de allí empezar un nuevo trasegar. O, lo que es peor, que quien tenía la connotación

de «concubino», no puede ser reconocido como compañero permanente de su pareja porque la convivencia tuvo génesis antes de que se profiriera la Ley 54 de 1990.

Si la actual doctrina constitucional pregoná por una salvaguardia real y cierta del grupo familiar, cualquier obstrucción a su plena conformación repudia al derecho, motivo más que suficiente para abandonar el punto de vista que hoy reconsidero.

Fecha ut supra.


FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ

Magistrado Ponente