

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Magistrado Ponente

SC006-2021

Radicación n° 68001-31-10-006-2011-00475-01

(Aprobada en sesión de veinte de agosto de dos mil veinte)

Bogotá D.C., veinticinco (25) de enero de dos mil veintiuno (2021).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por los opositores, frente a la sentencia de 11 de diciembre de 2014, proferida por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, dentro del proceso ordinario que adelantó Carmen Cecilia Jaimes Jaimes contra Víctor Julio, Eduarda, Herminda y Aracely Mantilla Barrios, al cual fueron integrados como litisconsortes Audy, Elizabeth, Arnulfo, July Osvinta, Leonilde, Ninfa, Edgar, Flor Alba, Otoniel, Marco Tulio y Azucena Mantilla Barrios, todos ellos en calidad de herederos determinados de Marco Aurelio Mantilla Lizcano.

I.- EL LITIGIO

1.- La promotora pidió declarar la existencia de la unión marital de hecho que mantuvo con Marco Aurelio Mantilla Lizcano desde 1997 hasta el 6 de junio de 2011, cuando falleció éste, con la consecuente sociedad patrimonial por igual lapso, que debe liquidarse en virtud de su disolución.

Sustentó sus aspiraciones en que Mantilla Lizcano contrajo matrimonio con Abigail Barrios el 6 de enero de 1954, con quien procreó varios hijos, entre ellos Víctor Julio, Eduarda, Herminda y Aracely Mantilla Barrios, y liquidó su sociedad conyugal según escritura 1075 de 12 de marzo de 1999 de la Notaría Tercera de Bucaramanga.

A su vez, ella se casó con Esteban Jaimes Méndez en 1972, de quien se separó pasados 4 años y luego se divorció por «escritura 3743 de 19 de julio de 2001 (sic), en la Notaría Séptima de Bucaramanga»¹.

Desde febrero de 1997, inició unión marital de hecho con Marco Aurelio, que fue ininterrumpida y constante hasta la defunción del compañero el 6 de junio de 2011 y durante la cual constituyeron un patrimonio social conformado por un bien inmueble, mejoras, dinero y

¹ Si bien en el hecho quinto del libelo se habla de que por «escritura 3.743 de 19 de julio de 2001, en la Notaría séptima de Bucaramanga, voluntariamente se divorció», al dar cumplimiento al auto inadmisorio se aportó copia auténtica de la «liquidación de la sociedad conyugal» según «primera copia de escritura No. 3.743 de julio diez y nueve (19) del **dos mil once (2011)**» -se resalta- (fls. 91 al 94).

ganado (fls. 43 al 53 cno. 1).

2.- La acción se dirigió contra Víctor Julio, Eduarda, Herminda y Aracely Mantilla Barrios, quienes una vez enterados se opusieron, en vista de que Carmen Cecilia Jaimes Jaimes contó con una sociedad conyugal vigente al 6 de junio de 2011, según se desprende de los anexos del libelo, lo que imposibilitaba el surgimiento de la comunidad de bienes pregonada con su progenitor. Para acreditarlo anexaron la partida eclesiástica de las nupcias celebradas entre Esteban Jaimes Méndez y Carmen Cecilia Jaimes Jaimes, así como el correspondiente registro civil de matrimonio con las notas marginales de cesación de efectos civiles y liquidación de sociedad conyugal según escrituras 3742 y 3743 de 19 de julio de 2011 de la Notaría Séptima de Bucaramanga (fls. 99 al 108 cno. 1).

Como adición a su respuesta allegaron reproducción formal del primero de los instrumentos públicos aludidos (fls. 109 al 113 cno. 1).

3.- A solicitud de la promotora se integró el contradictorio con los restantes hijos del difunto Marco Aurelio Mantilla Lizcano, esto es, Audy, Elizabeth, Arnulfo, July Osvinta, Leonilde, Ninfa, Edgar, Flor Alba, Otoniel, Marco Tulio y Azucena Mantilla Barrios. Estos comparecieron y se pronunciaron en iguales términos a los de sus hermanos (fls. 148 al 162, cno. 1).

4.- El Juzgado Sexto de Familia de Bucaramanga

declaró que entre Carmen Cecilia Jaimes Jaimes y Marco Aurelio Mantilla Lizcano existió unión marital de hecho y sociedad patrimonial del 1º de julio de 1999 al 6 de junio de 2011 (fls. 304 al 320, cno. 1).

5.- El superior, al desatar la apelación de los demandados y sus litisconsortes, confirmó la determinación (fls. 18 al 40 cno. 3).

II.- FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO

Dos son los puntos de inconformidad, de un lado las deficiencias en los testimonios recaudados y del otro que al existir una sociedad conyugal vigente durante la convivencia eso imposibilitaba el nacimiento de la unión marital de hecho, así como de la sociedad patrimonial, fuera de que todos los bienes relacionados como afectos a la misma los adquirió Marco Aurelio antes de la convivencia.

Los declarantes fueron claros sobre cómo se enteraron de los hechos sin que necesitaran ahondar en temas intrascendentes y, aunque los informes dicen que fueron aleccionados, no los tacharon en momento oportuno. En cuanto a los que ellos citaron el *a quo* acertó al restarles mérito.

La vigencia de la sociedad conyugal de ninguna manera impide la existencia de la unión marital de hecho, para la que sólo deben reunirse los requisitos del artículo 1º de la Ley 54 de 1990, esto es, dos personas que sin estar

casadas entre sí tengan una comunidad de vida permanente y singular, lo que es suficiente para convalidar su reconocimiento por el lapso fijado en el fallo de primer grado, ya que la duración no fue discutida.

Establecido lo anterior, lo que incide en el estado civil de quienes la conforman y los demás aspectos que son connaturales, ningún sentido tendría si no se le hacen extensivos sus efectos al campo patrimonial, con lo que se obligaría a la gestora iniciar un pleito de «*declaración de existencia de una sociedad de hecho*», en detrimento del principio de la economía procesal.

Si bien el legislador buscó que no hubiera simultaneidad entre la comunidad patrimonial derivada del vínculo de hecho y las sociedades conyugales de los compañeros por anteriores nupcias, fue para evitar confusiones entre ellas y debates probatorios, lo que no ocurre en esta oportunidad ya que durante el matrimonio de Carmen Cecilia ningún acrecimiento patrimonial hubo, como lo hizo constar en el correspondiente instrumento público de liquidación, así fuera posterior al deceso de Marco Aurelio.

El artículo 2° de la Ley 54 de 1990 contempla solo una presunción de existencia de «*sociedad patrimonial entre compañeros permanentes*», que en este caso se desvirtúa con la vigencia de la sociedad conyugal de Jaimes Jaimes hasta después de la muerte de Mantilla Lizcano, pero eso no impide que aquella se acredite por otros medios

demonstrativos y así lo ha sostenido el Tribunal en múltiples asuntos, con apoyo en el artículo 3º ibídem en pos de constatar «si el patrimonio fue producto del trabajo, ayuda y socorro mutuos de los compañeros permanentes», lo que en este evento quedó comprobado pues así lo informaron los deponentes, sin que incluso fuera necesario ahondar en el desempeño laboral de la compañera para el acrecimiento en vista de la relevancia del «aporte de la mujer, a la sociedad patrimonial, en la unión marital de hecho», como fue tratado en CSJ SC 24 feb. 2011, rad. 2002-00084-01.

Toda vez que no hay confusión de patrimonios y es evidente la «coexistencia entre la sociedad conyugal que tenía la demandante y la sociedad patrimonial de los compañeros (...) pues la sociedad conyugal no trajo ni frutos, ni deudas, por otro lado la sociedad conyugal del causante, fue disuelta y liquidada previo al inicio de la unión marital de hecho», resulta infructuosa la discusión sobre los bienes susceptibles de repartición que corresponde a una etapa posterior.

III.- LA DEMANDA DE CASACIÓN

Recurrieron en casación los contradictores y en sustento formularon dos cargos. En AC6430-2015 se inadmitió el segundo al presentar defectos de técnica y se le dio paso al restante encausado por la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, que se desatará bajo los parámetros de esa compilación ya que estaba vigente en la época en que se interpuso la

opugnación (23 de enero de 2015), conforme dispone el numeral 5 del artículo 625 de la Ley 1564 de 2012.

PRIMER CARGO

Invocan como infringidos en forma directa los artículos 2° a 7° de la Ley 54 de 1990, con las modificaciones introducidas por el 1°, numeral 3 del 2° y 4° de la Ley 979 de 2005, por aplicación indebida; para derivar en la desatención de los preceptos 1781 al 1784, 1792, 1793, 1795 y 1796 del Código Civil y 610 del Código de Procedimiento Civil.

A pesar de estar plenamente acreditado que *«si bien existe o existió una unión marital de hecho entre Mantilla Lizcano y Carmen Cecilia Jaimes Jaimes, es también cierto y probado que durante la existencia de esa unión marital existía una sociedad conyugal vigente»*, la de *«Esteban Jaimes Mendez y Carmen Cecilia Jaimes Jaimes, (...) liquidada después de la muerte de Mantilla Lizcano»*, por lo que no se daban los supuestos de la Ley 54 de 1990 en lo que respecta a la declaratoria de sociedad patrimonial y así *«lo reconoce el mismo Tribunal al decir claramente que no es aplicable la presunción del artículo 2° de la Ley 54 de 1990»*, pero prefiere apartarse de precedentes jurisprudenciales sobre el tema para acceder a lo pedido *«por razón del trabajo y socorro mutuos con fundamento en el artículo 3° inciso 1° de la Ley 54 de 1990 que se refiere a la liquidación de tal sociedad en el sentido de que el patrimonio o capital pertenece por partes iguales a los compañeros permanentes*

pero obviamente previa su declaración judicial».

El referido artículo 2°, modificado por el 1° literal b) de la Ley 979 de 2005, establece los requisitos para «declarar la existencia de una sociedad entre compañeros permanentes», como son «la existencia de una unión marital de hecho, que no exista impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o ambos compañeros y siempre que las sociedades anteriores hayan sido disueltas», como lo han entendido la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional.

Las dos clases de sociedades a que se refiere el fallo confutado son *sui generis* y autónomas. Mientras la «conyugal, producto del matrimonio tiene una regulación legal y procesal para los efectos de su disolución y liquidación», la que surge entre compañeros permanentes «tiene por virtud de la ley 54 de 1990 y de la ley 979 de 2005 una regulación procesal y legal debidamente señaladas en las normas tanto para su disolución como para su liquidación».

Aunque la unión marital de hecho es un presupuesto para el nacimiento de la última, aquella puede existir así no surja la otra o incluso iniciado el nexo sin implicaciones económicas es posible que «posteriormente se convierta en una sociedad entre compañeros permanentes», para lo cual es necesario «que las sociedades anteriores hayan sido disueltas, por lo menos, con un año de anticipación».

Eso fue deliberadamente obviado por el *ad quem* en

esta oportunidad, en contravía de las normas que se anuncian vulneradas *«que regulan los presupuestos necesarios para la declaración de sociedad entre compañeros permanentes, la constitución, disolución y liquidación de las sociedades patrimoniales, (...) además el ordenamiento legal que exige la aplicación objetiva de las normas sobre las sucesiones intestadas, los inventarios y avalúos»*, puesto que de haberlas aplicado en su correcto sentido el resultado hubiera sido diferente y acorde con el propósito de revocar *«la sentencia proferida por el Juez de instancia respecto de la existencia de una sociedad entre compañeros permanentes, cuando no se cumplía con los requisitos de la ley. Que, a pesar de reconocerlo el Tribunal, resolvió declararla»*.

El *«yerro iuris in judicando»* del sentenciador consistió en que *«no subsumió correctamente la diferencia o semejanza del caso concreto frente a la voluntad abstracta del legislador consignada en los artículos mencionados y de contera, aplicó indebidamente normas que no conllevan la voluntad del legislador al caso concreto, dejando de aplicar los artículos atrás referidos»*.

CONSIDERACIONES

1.- Los alcances de la acusación son parciales puesto que al optar los recurrentes por la senda de la transgresión directa de estipulaciones materiales, dejan de lado los cuestionamientos que se hicieron en la alzada por deficiencias al valorar las pruebas que derivaron en el reconocimiento de la existencia de unión marital de hecho

entre Carmen Cecilia Jaimes Jaimes y Marco Aurelio Mantilla Lizcano, para centrar los esfuerzos a disentrin acertadamente de la hermenéutica que se le dio en el fallo conutado al marco jurídico de la sociedad patrimonial que estimó aparejada a aquella, sin que se cumplieran las exigencias de rigor.

2.- Es manifiesto el desatino del Tribunal en esta

ocasión ya que en forma expresa anuncia una reinterpretación del artículo 2º de la Ley 54 de 1990, modificado por el 1º de la Ley 979 de 2005, al acompañarlo con el 3º de la primera compilación, con el fin de justificar por qué se *«aparta de la tesis de la Corte Suprema de Justicia»* sobre el tema y proponer una novedosa posición que responde a criterios de *«economía procesal»*, para confundir como si se tratara de una misma cosa dos figuras claramente diferenciadas, de un lado la *«sociedad de hecho entre concubinos»*, resultado de la evolución jurisprudencial de la Sala para responder a una realidad social creciente, y del otro la *«sociedad patrimonial entre compañeros permanentes»* que surgió a la luz en virtud de la Ley 54 de 1990, avance normativo que no le restó relevancia a la anterior por la forma como quedó concebida la novel figura.

Encaminada la acción a la declaratoria de existencia de la unión marital de hecho, para sustentar el reclamo accesorio sobre los efectos patrimoniales que de allí pueden surgir, la labor de los falladores de instancia se circunscribía a verificar los supuestos de viabilidad delimitados por las estipulaciones sobre cada una de esas

materias y ampliamente decantados por el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, no a manera de propuesta sino en cumplimiento de los fines de «*unificar la jurisprudencia nacional y proveer a la realización del derecho objetivo en los respectivos procesos*», según el artículo 365 del Código de Procedimiento Civil, designio mantenido en el artículo 333 del Código General del Proceso en el que se extiende a «*defender la unidad e integridad del ordenamiento jurídico*».

A pesar de que los sentenciadores cuentan con un margen de independencia en la toma de decisiones al amparo del artículo 128 de la Constitución Política, en virtud del cual pueden desatender con suficiente sustento los precedentes del superior en situaciones semejantes pero con particularidades que así lo permitan, no puede pasarse por alto que de conformidad con el artículo 4 de la Ley 169 de 1896 «[t]res 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 variara la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores» otorgándoles un efecto vinculante.

Al respecto en CSJ SC10304-2014 se precisó que

(...) 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** –se resalta–.

Al margen de los antecedentes históricos, esta Corte, ha prolijado 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 limpiamente en un precepto con más de un siglo de vigencia, que inclusive en época no muy reciente, resistió los embates de inconstitucionalidad. Se trata del art. 4 de la Ley 169 de 1896, el cual sin titubeos edifica una categoría bien diferenciada de los conceptos de jurisprudencia y de precedente, a los cuales se aludió anteladamente y que indiscriminadamente menciona el recurrente en casación.

Precisamente en lo que corresponde a la figura de la «sociedad patrimonial entre compañeros permanentes» existe una considerable cantidad de pronunciamientos de la Corte que dilucidan el alcance del precepto que contempla sus exigencias, desde la redacción original del artículo 2º de la Ley 54 de 1990 según el cual

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

a) Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio;

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

Dicho texto no dejó dudas desde un comienzo de que el objetivo de sus condicionamientos era impedir la coexistencia de dos sociedades de ganancias a título universal y así fue interpretado en CSJ SC 20 sep. 2000, rad. 6117, donde se advirtió que

(...) para que se presuma la existencia de una sociedad

patrimonial entre los miembros de la pareja, denominados legalmente compañeros permanentes, que habilite declararla judicialmente, el artículo segundo exige una duración mínima de dos años, si no tienen impedimento para contraer matrimonio; y si alguno o ambos lo tienen, “que 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”.

Dentro de ese contexto brota evidente que el legislador sabedor de que muchas son las uniones de hecho que se integran con personas que son o han sido casadas con terceros, previó que no concurrieran dos sociedades patrimoniales, la conyugal que se conformó por razón del matrimonio anterior y la patrimonial entre compañeros permanentes; igualmente previó que si uno de los compañeros permanentes contrae matrimonio con persona distinta, se disuelve la sociedad marital patrimonial precedente. En ese orden de ideas, resulta perfectamente admisible, lógico y coherente pensar que el legislador no tuvo en mente dar cabida, en cambio, a la coexistencia de sociedades patrimoniales nacidas de la unión marital de hecho, tesis esta por la que propugna el censor.

Obvio que no es cierto, como dice éste, que si el legislador acepta que haya unión marital de hecho y matrimonio vigente al mismo tiempo, en donde se involucre uno de los compañeros permanentes o ambos, con mayor razón es dable aceptar la concurrencia de varias uniones maritales, pues en realidad para efectos patrimoniales la ley 54 exige justamente la previa disolución y liquidación de la sociedad conyugal, y pasado un año de ésta para concedérselos a la unión de hecho, y esta se extingue si uno de los compañeros permanentes contrae matrimonio.

En ese sentido, no se necesitaba de mandato legal expreso que prohibiera la simultaneidad de uniones maritales, ni de los efectos patrimoniales consiguientes, en el caso de que se diera esa hipótesis, pues los requisitos esenciales que exigen la configuración de dicho fenómeno consagrados en la ley 54 de 1990 repelen su presencia plural.

En lo que fue insistente en CSJ SC 20 abr. 2001, rad. 5883, con alusión a providencia de la Corte Constitucional, para destacar que

(...) el artículo segundo [de la Ley 54 de 1990] presume legalmente la existencia de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, y por contera establece una tutela jurisdiccional para su declaración, cuando “exista unión marital

de hecho durante un lapso no inferior a dos (2) años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio" (literal a) y "Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos (2) 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 (1) año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho" (literal b). Este artículo, según lo entendió la Corte Constitucional en Sentencia C-239 de 1994, tiene como propósito "evitar la coexistencia de dos sociedades de ganancias a título universal, nacida una del matrimonio y la otra de la unión marital de hecho".

Lo que fue reiterado en CSJ SC 10 sep. 2003, rad.

7603, bajo la lectura de que

[s]egún el espíritu que desde todo ángulo de la ley [54 de 1990] se aprecia, así de su texto como de su fidedigna historia, en lo que, por lo demás, todos a una consienten, el legislador, fiel a su convicción de la inconveniencia que genera la coexistencia de sociedades -ya lo había dejado patente al preceptuar que en el caso del numeral 12 del artículo 140 del código civil, el segundo matrimonio no genera sociedad conyugal, según se previó en el artículo 25 de la ley 1ª de 1976, que reformó el 1820 del código civil- aquí se puso en guardia nuevamente para evitar la concurrencia de una llamada conyugal y otra patrimonial; que si en adelante admitía, junto a la conyugal, otra excepción a la prohibición de sociedades de ganancias a título universal (artículo 2083 del código civil), era bajo la condición de proscribir que una y otra lo fuesen al tiempo. La teleología de exigir, amén de la disolución, la liquidación de la sociedad conyugal, fue entonces rigurosamente económica o patrimonial: que quien a formar la unión marital llegue, no traiga consigo sociedad conyugal alguna; sólo puede llegar allí quien la tuvo, pero ya no, para que, de ese modo, el nuevo régimen económico de los compañeros permanentes nazca a solas. No de otra manera pudiera entenderse cómo es que la ley tolera que aun los casados constituyan uniones maritales, por supuesto que nada más les exige sino que sus aspectos patrimoniales vinculados a la sociedad conyugal estén resueltos (...).

Pronunciamiento éste que trascendió a darle una lectura a la estipulación conforme al espíritu de la Constitución Política de 1991, bajo el entendido de que resultaba irrelevante la exigencia de liquidar la sociedad

conyugal para dar paso a la comunidad de bienes entre compañeros si lo que le pone fin es la disolución, punto de quiebre que se torna determinante toda vez que

(...) la norma, al llegar hasta exigir en tales eventos la liquidación de la sociedad conyugal, sin ningún género de duda fue a dar más allá de lo que era preciso para lograr la genuina finalidad que se propuso; porque si el designio fue, como viene de comprobarse a espacio, extirpar la eventual concurrencia de sociedades, suficiente habría sido reclamar que la sociedad conyugal hubiese llegado a su término, para lo cual basta simplemente la disolución. Es esta, que no la liquidación, la que le infiere la muerte a la sociedad conyugal.

(...)

Que la mera disolución es lo que a la conyugal pone fin, lo dice el hecho de que justo es en ese momento cuando queda fijado definitivamente el patrimonio de ella, es decir, sus activos y pasivos, y entre unos y otros se sigue una comunidad universal de bienes sociales, administrados en adelante en igualdad de condiciones por ambos cónyuges (o, en su caso, por el sobreviviente y los herederos del difunto). En dicha comunidad apenas si tienen los cónyuges derechos de cuotas indivisas, y se encuentran en estado de transición hacia los derechos concretos y determinados; como en toda indivisión, allí está latente la liquidación. Pero jamás traduce esto que, en el interregno, la sociedad subsiste, porque, como su nombre lo pone de relieve, la liquidación consiste en simples operaciones numéricas sobre lo que constituye gananciales, con el fin de establecer qué es lo que se va distribuir, al cabo de lo cual se concreta en especies ciertas los derechos abstractos de los cónyuges. Es, en suma, traducir en números lo que hubo la sociedad conyugal, desde el momento mismo en que inició (el hecho del matrimonio) y hasta cuando feneció (disolución); ni más ni menos.

Ahora, la Ley 979 de 2005 que fue expedida con el fin facilitar la acreditación de las uniones maritales de hecho y sus efectos patrimoniales, en su artículo 1° introdujo una modificación al referido artículo 2° de la Ley 54 de 1990, sin alterar su texto original y solo para añadir medios alternos de demostración de existencia de la sociedad patrimonial, con la advertencia de que se conservaba la restricción inicial de surgimiento de ésta cuando alguno de los compañeros tenía vigente matrimonio sin disolver su

sociedad conyugal durante la convivencia de facto, según se desprende de su contenido:

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

a) Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio;

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

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

1. Por mutuo consentimiento declarado mediante escritura pública ante Notario donde dé fe de la existencia de dicha sociedad y acrediten la unión marital de hecho y los demás presupuestos que se prevén en los literales a) y b) del presente artículo.

2. Por manifestación expresa mediante acta suscrita en un centro de conciliación legalmente reconocido demostrando la existencia de los requisitos previstos en los literales a) y b) de este artículo.

Quiere decir lo anterior que las consideraciones en materia de la hermenéutica frente a los presupuestos de viabilidad de la sociedad patrimonial entre compañeros, consignados en los fallos antes aludidos y acogidos en muchos otros sobre la materia, conservaron pleno valor con posterioridad a 2005 y se han mantenido inalterados desde esa época a hoy, como quedó expuesto en CSJ 22 mar. 2011, rad. 2007-00091, al concluir que «existiendo impedimento legal para contraer matrimonio, la nueva relación patrimonial surge a partir de la disolución de la

sociedad conyugal anterior» y en CSJ SC 28 nov. 2012, rad. 2006-00173, al recordar que

(...) la jurisprudencia ha precisado que para la conformación de la “unión marital de hecho”, no constituye obstáculo el que ambos compañeros o alguno de ellos tenga “sociedad conyugal”, pues esta circunstancia según quedó visto, en principio obstaculiza es el surgimiento de la “sociedad patrimonial”, cuando no se encuentra disuelta, en esencia para evitar la confusión de universalidades patrimoniales, por lo que acorde con esa orientación, se reclama únicamente la ocurrencia de ésta, mas no su “liquidación”.

En iguales términos CSJ SC7019-2014 donde se recalca que *«la finalidad de la normatividad que «define (...) las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes», no fue crear «sociedades patrimoniales» paralelas a las «sociedades conyugales» derivadas del «matrimonio» de uno de los compañeros, sino impedir que se superpongan varias comunidades de bienes a título universal».*

Recientemente en SC10304-2014 se dijo que

(...) como la sociedad patrimonial derivada de la unión marital de hecho se presume, esto significa que la excepción a la otrora 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 abrevia en dos fuentes, la legítima y la natural, sus consecuencias patrimoniales deben predicarse de ambas (...)”

Ese planteamiento suficientemente consolidado en diversos precedentes, todos anteriores a la fecha en que se profirió el fallo atacado, fueron desatendidos conscientemente por el Tribunal bajo el entendido de que se

trataba de una mera «tesis» insostenible de la Corte porque la presunción legal del artículo 2° de la Ley 54 de 1990, con la modificación del 1° de la Ley 979 de 2005, es desvirtuable como si la exigencia de la disolución de las sociedades conyugales preexistentes no constituyera un hito a tomar en cuenta para el surgimiento de la sociedad patrimonial entre compañeros con impedimento para contraer nupcias, lo que riñe flagrantemente con el sentido natural y obvio de la norma en cuestión, que ni siquiera sufrió cambio con las alteraciones posteriores del precepto en estudio en virtud de los pronunciamientos de la Corte Constitucional en CC C-700/13 donde se declaró «inexequible la expresión "y liquidadas" contenida en el literal b) del artículo 2° de la Ley 54 de 1990 modificado por el artículo 1° de la Ley 979 de 2005» y C193-2016 que llegó a la misma conclusión sobre el aparte «"por lo menos un año" consagrada en el mismo literal», puesto que en ambos se acogió el criterio que venía sosteniendo la Corte desde la SC 10 sep. 2003, rad. 7603, respecto de la suficiencia de la disolución para poner fin a la sociedad conyugal, pero sin desdibujar lo relacionado con la imposibilidad de que coexistan dos comunidades universales de bienes.

Es así como en CC C-700/13 se hizo énfasis en que

(...) referido al propósito de la norma de evitar la existencia simultánea de sociedades, la Corte Constitucional acoge la interpretación de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, según la cual la intención de la ley 54 de 1990, en análisis de su texto y tratamiento jurídico histórico, es que la consagración de efectos patrimoniales a la unión marital de hecho encuentra inconveniente la coexistencia de sociedades patrimoniales y conyugales.

La CC C-193/16, por su parte, trajo de nuevo a colación el tema para exponer que

[r]evisando los antecedentes legislativos de esta Ley y de su modificación, a través de la presunción de sociedad patrimonial y los requisitos que operan como hechos básicos para eximir de la carga de probar el hecho presumido, es decir, la sociedad patrimonial, la Sala observa que su finalidad es evitar la coexistencia de sociedades universales con gananciales comunes -sociedades conyugal y patrimonial- y la confusión entre estos patrimonios en procura de impedir defraudaciones, además de otorgar certeza temporal frente al patrimonial.

Lo que complementó luego con que

(...) la disolución de la sociedad conyugal anterior para que sea posible declarar la existencia de la unión marital de hecho desde el día siguiente, y una vez transcurridos como mínimo dos años de ésta opere la presunción de sociedad patrimonial, tiene como finalidad legítima evitar la coexistencia de sociedades universales de gananciales en las cuales se pueda confundir el patrimonio social.

Frente al precepto demandado, la Corte no advierte que la igualdad de derechos y deberes que le asisten a la pareja se desconozca, habida cuenta que el argumento que expone el demandante parte del supuesto de la mala fe del compañero permanente con sociedad conyugal disuelta, al indicar que por incuria o dolo premeditado no va a disolver dicha sociedad para bloquear la presunción de la sociedad patrimonial. De acuerdo con el artículo 83 Superior, se presume la buena fe en todas las actuaciones y gestiones que adelanten los particulares, motivo por el cual la Corte no puede inferir la actuación incorrecta e irresponsable de un compañero en detrimento de la sociedad patrimonial, como parece asegurarlo el demandante.

Es más, cuando por diferentes razones la sociedad conyugal no fue disuelta y se incumple el hecho básico de la presunción de sociedad patrimonial denominado disolución de la sociedad conyugal, ni los compañeros permanentes ni el haber social constituido por los bienes producto del trabajo, ayuda y socorro mutuos, quedan desamparado por el Estado porque para esos casos el legislador diseñó otro proceso judicial como lo es la sociedad de hecho -antes entre concubinos- para que el patrimonio común sea distribuido en partes iguales entre los socios. Esto es, como ya se explicó, un efecto económico y patrimonial que el Estado protege por otro medio judicial, ya que su deber es amparar el patrimonio independientemente de la figura jurídica que utilice para ello, bien sociedad patrimonial o

bien sociedad de hecho.

Tampoco se desconoce la protección integral a la familia natural, habida consideración que por incumplir el requisito de la disolución si bien no se presume la sociedad patrimonial, lo cierto es que la unión marital de hecho como lazo familiar natural si es declarada y como tal garantizada en sus efectos personales. Por ejemplo, así lo reconoció la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 28 de noviembre de 2012 que se referenció.

El proceder del *ad quem*, en franca rebeldía de la doctrina probable sentada por esta Sala y avalada por la Corte Constitucional, ni siquiera se sustenta en la propuesta que enarbolaba sobre principios de «economía procesal» y la irrelevancia de que la sociedad conyugal de la demandante siguiera vigente para cuando falleció Marco Aurelio en vista de que la liquidación posterior fue en ceros, puesto que en tal ejercicio pasó a confundir dos instituciones que son disímiles, esto es, la sociedad patrimonial entre compañeros, que es a título universal y excluye cualquier otra de la misma naturaleza en forma simultánea, con la sociedad de hecho que surge por el trabajo mancomunado de dos personas y puede concurrir con cualquier otra clase de sociedades conyugales y patrimoniales, invadiendo así una órbita que no era de su especialidad por corresponder a la jurisdicción civil, como se previno en CSJ SC 30 oct. 2000, rad. 5830:

Llama la atención que el demandado identifique la controversia con la unión marital de hecho regulada en la ley 54 de 1990, sin que haya nada en el proceso que apunte semejante afirmación. De donde es dable intuir que todo obedece a la creencia errónea de que, a partir de la vigencia de la precitada ley, toda relación patrimonial entre quienes hacen vida marital extramatrimonial ha de regirse necesariamente por la figura de la unión marital de hecho que allí se consagra.

Con tal modo de pensar no se cae en la cuenta de que dicha ley

no excluyó, ni hubiera tenido razón valedera alguna para hacerlo, la eventualidad consistente en que una pareja, además de convivir, resuelva formar una sociedad de contenido económico, o que ésta surja simplemente de los hechos, dada la concurrencia de elementos necesarios para ello. De ahí que, como ha venido sosteniéndolo esta Sala, "puede afirmarse que hoy coexisten, como sociedades de hecho, la civil, la comercial y la proveniente de 'unión marital de hecho', cada una con presupuestos legales autónomos tanto en el plano sustantivo como en el procesal" (proveído de 16 de julio de 1992).

Acerca de la diferencia que entre ellas puedan existir, afirmó luego esta Corporación que "con mucha anticipación a la vigencia de la ley 54 de 1990, la jurisprudencia permitía la declaración judicial de existencia de sociedades de hecho entre concubinos, no sobre la hipótesis de ser reales esas relaciones concubinarias, que para tal efecto fueron intrascendentes, sino merced a la concurrencia de un consentimiento recíproco de asociarse entre concubinos, que aunado al suministro de aportes hechos por ambos permitieran la explotación económica de una actividad lucrativa, tendiente al reparto de utilidades. Sobre esa hipótesis específica procedía, pues, la declaración de existencia de la sociedad en mención y, por ende, la pretensión del actor debía estar orientada no sólo a la declaración de esa relación patrimonial, sino que su actividad procesal tenía que moverse en orden a la comprobación de los supuestos fácticos ya dichos".

En cambio, al compañero permanente que acuda a la ley 54 de 1990, "le basta probar la prolongación de sus relaciones concubinarias en el tiempo para que se presuma la existencia de la sociedad patrimonial, supuesto que envuelve una situación sustancialmente diferente a la anterior".

Así que el diverso entorno que caracteriza a unas y otras hace que los jueces llamados a conocer de ellas sean también distintos. En el régimen de la precitada ley es apenas natural que "si la pretensión gira alrededor de una relación de contenido familiar", dicha acción "haya sido asignada al conocimiento de los jueces de Familia", lo cual por cierto, dicho sea de paso, vino a ratificar el parágrafo 1° del artículo 26 de la ley 446 de 1998; a diferencia de lo que ocurre con las sociedades de hecho, civiles o comerciales, donde no se ven sino "relaciones de contenido eminentemente patrimonial", y, por lo tanto, la respectiva acción "continúa adscrita en su conocimiento a los jueces ordinarios".

Total, no pueden confundirse unas y otras sociedades; "como se anunció, cada una de ellas tiene sus propios perfiles, y por ello no pueden subsumirse en el género de la 'unión marital' para asignarlos en su conocimiento, sin distingo, a la jurisdicción de familia" (auto de 25 de agosto de 1992).

De suerte que si en el sub-lite fue suplicada la declaratoria de

existencia de una sociedad de hecho, así y todo entre concubinos, es claro que el conocimiento del asunto correspondía a la jurisdicción civil, como en efecto aconteció.

Sólo el demandado, y a buen seguro movido por la confusión preanotada, asevera, contra toda la evidencia que revelan tanto el *petitum* como la causa *petendi* del proceso, que aquí se trata de la sociedad patrimonial de la ley 54 de 1990.

El corolario obligado de lo expuesto es que la jurisdicción civil era la llamada a conocer y decidir este pleito; cumples decir, entonces, que la nulidad aquí alegada no se ha presentado.

3.- Quiere decir lo anterior que incurrió el fallador de segundo grado en la vulneración frontal denunciada y alcanza éxito la censura, puesto que desconoció flagrantemente las restricciones impuestas para el reconocimiento de efectos patrimoniales a las uniones maritales de hecho cuando al menos uno de sus integrantes conserve una sociedad conyugal vigente, al tenor de lo contemplado en el artículo 2º de la Ley 54 de 1990, con la modificación del 1º de la Ley 979 de 2005, como inconsistentemente ha expresado la Corporación desde antaño y en lo que ha sido enfática hasta la actualidad.

Así se hizo saber al mismo Tribunal en un caso similar al presente, según CSJ SC14428-2016, en vista de que

(...) desconoció la imposibilidad legal de la existencia coetánea de dos universalidades de bienes, y, más específicamente, de que surja una sociedad patrimonial entre compañeros permanentes cuando la sociedad conyugal anterior de uno de los integrantes de la unión aún no se encuentra disuelta, tal y como se desprende del literal b) del artículo 2º de la Ley 54 de 1990, modificada por la Ley 979 de 2005.

La conclusión del *ad quem*, por ende, transgredió directamente las disposiciones sustanciales de esa ley invocadas en el cargo, al darle una errónea interpretación, y deducir lo que estas no consagran, al punto que le dio un alcance completamente distinto, y se permitió realizar una declaración que tales

preceptos proscriben, razones que imponen la prosperidad de la censura.

Para el efecto en nada incide que al momento de finiquitar la comunidad patrimonial que va aparejada al matrimonio no queden remanentes a distribuir, puesto que la partición de gananciales solo es una consecuencia de su disolución a agotarse bajo las directrices de los artículos 1821 al 1836 del Código Civil, sin que sea un supuesto imprescindible para la conformación de la sociedad conyugal la existencia de bienes antes del vínculo o su adquisición mientras dure, puesto que al tenor del artículo 180 id., con la modificación del artículo 13 del Decreto 2820 de 1974, «[p]or el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, según las reglas del título XXII, libro IV del Código Civil». Además, la liquidación no deja de ser un ajuste recíproco de cuentas que puede arrojar saldos positivos, en ceros o negativos para los esposos, con incidencia frente a los demás terceros interesados en su agotamiento al instante en que se configuró cualquiera de las causales del artículo 25 de la Ley 1ª de 1976, no antes ni después.

4.- En consecuencia, se casará parcialmente el fallo impugnado en lo que se refiere al análisis de la existencia o no de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, puesto que en lo correspondiente a la unión marital de hecho resultó pacífico lo dispuesto en las instancias ya que no fue materia de reproche por esta senda y carece de incidencia en la determinación.

5.- No habrá condena en costas por el recurso extraordinario en vista del éxito del ataque, como lo prevé el inciso final del artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, según el cual «/s/i no prospera ninguna de las causales alegadas, se condenará en costas al recurrente, salvo en el caso de rectificación doctrinaria».

IV.- SENTENCIA SUSTITUTIVA

1.- En vista de la prosperidad de la acusación corresponde a la Corte, en sede de instancia, desatar el recurso de apelación interpuesto por el reclamante contra el fallo de 11 de diciembre de 2014, proferido por el Juzgado Sexto de Familia de Bucaramanga, dando por superada cualquier inconformidad frente al reconocimiento de la unión marital de hecho entre Carmen Cecilia Jaimes Jaimes y Marco Aurelio Mantilla Lizcano del 1º de julio de 1999 al 6 de junio de 2011, lo que se mantiene incólume y no amerita un nuevo análisis.

2.- La determinación del *a quo* accedió a la pretensión de dar por sentada la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes por el mismo lapso de la comunidad de vida que estos mantuvieron.

3.- El disentimiento de los apelantes radica en que para la fecha del deceso de Marco Aurelio Mantilla Lizcano, su compañera Carmen Cecilia Jaimes tenía una sociedad conyugal vigente con Esteban Jaimes Méndez, en virtud del matrimonio celebrado el 24 de febrero de 1972 y

que solo disolvieron el 19 de julio de 2011 en virtud de la cesación de efectos civiles del vínculo religioso que los ataba, razón por la cual no era posible reconocer efectos patrimoniales a la comunidad de vida que sostuvieron Mantilla Lizcano y Jaimes Jaimes.

4.- De conformidad con el literal b) del artículo 2° de la Ley 54 de 1990, según la modificación del 1° de la Ley 979 de 2005, la presunción de coincidencia de la unión marital de hecho que perdura más de dos años con una sociedad patrimonial se derrumba en el evento de que se constate respecto de uno o ambos compañeros permanentes *«impedimento legal para contraer matrimonio»*, sin que *«la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas»*, puesto que tal situación se constituye en un obstáculo insalvable para el nacimiento de una sociedad universal de gananciales paralela.

5.- Está plenamente comprobado que Carmen Cecilia Jaimes Jaimes y Esteban Jaimes Mendez contrajeron nupcias el 24 de febrero de 1972, como se extrae de la copia auténtica del registro civil de matrimonio con serial 165183, en el cual aparecen dos notas que dan fe de la cesación de efectos civiles y la liquidación de sociedad conyugal que acordaron los esposos mediante las escrituras 3742 y 3743 de 19 de julio de 2011, otorgadas en la Notaría Séptima de Bucaramanga, instrumentos de los cuales también obran en el plenario reproducciones formales (fls. 91 al 94, 106 y 111 al 113).

Dicho medios de convicción son suficientes para constatar que si bien Carmen Cecilia Jaimés y Marco Aurelio Mantilla Lizcano estuvieron unidos como pareja del 1º de julio de 1999 al 6 de junio de 2011, cuando éste falleció, durante dicho lapso fue imposible que se irradiaran los efectos patrimoniales aparejados a esa clase de nexos en vista de un impedimento inexcusable que así lo impedía, como lo expresan los contradictores y encuentra eco en segunda instancia, derivando en una modificación de lo dispuesto en lo pertinente.

6.- Frente al éxito de uno de los aspectos materia de inconformidad no hay lugar a imponer costas en segunda instancia y se reducirán en un cincuenta por ciento las de primer grado.

V.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA PARCIALMENTE** la sentencia de 11 de diciembre de 2014, proferida por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, dentro del proceso ordinario que adelantó Carmen Cecilia Jaimés Jaimés contra Víctor Julio, Eduarda, Herminia y Aracely Mantilla Barrios, al cual fueron integrados como litisconsortes Audy, Elizabeth, Arnulfo, July Osvinta, Leonilde, Ninfa, Edgar, Flor Alba, Otoniel, Marco Tulio y Azucena Mantilla Barrios, todos ellos en calidad de herederos determinados de Marco

Aurelio Mantilla Lizcano. Por lo tanto, en sede de instancia

RESUELVE:

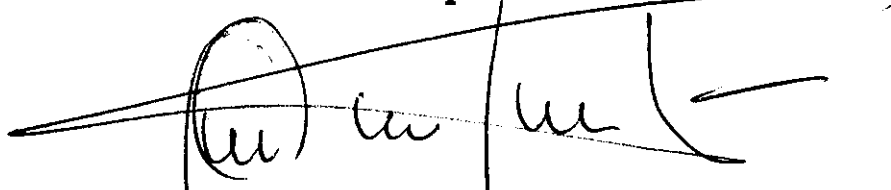
PRIMERO: CONFIRMAR el primer numeral de la sentencia proferida por el Juzgado Sexto de Familia de Bucaramanga dentro del presente asunto, que declaró la existencia de unión marital de hecho entre Carmen Cecilia Jaimes Jaimes y Marco Aurelio Mantilla Lizcano del 1° de julio de 1999 al 6 de junio de 2011.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral segundo y en su defecto negar la pretensión de existencia de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, por lo expuesto.

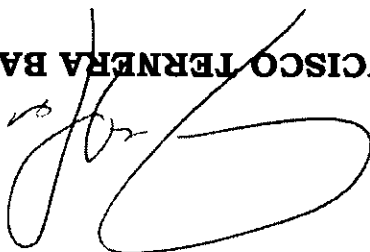
TERCERO: MODIFICAR el numeral tercero en el sentido de que la condena en costas de primera instancia se reducen en un cincuenta por ciento (50%).

Sin costas en segunda instancia ni en casación en vista de la prosperidad de los recursos. En su oportunidad, devuélvase el expediente a la Corporación de origen.

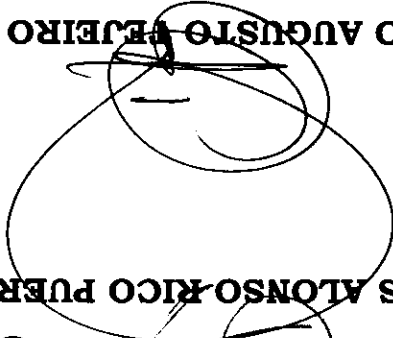
Notifiquese


LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
Presidente de Sala
Salvo voto

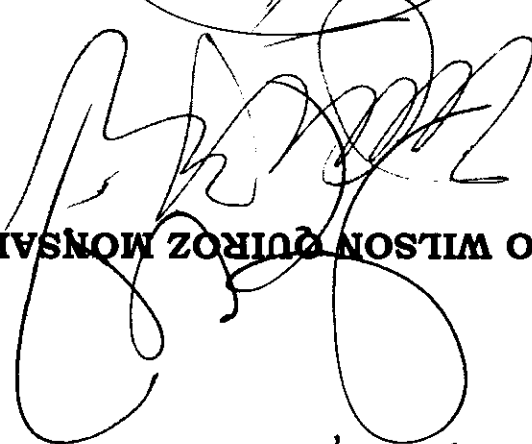
FRANCISCO TERNEIRA BARRIOS



OCTAVIO AUGUSTO VEJEIRO DUQUE



LUIS ALONSO RICO PUERTA



AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO



ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO





República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
SALVAMENTO DE VOTO

Radicación n.º 68001-31-10-006-2011-00475-01

Con el debido respeto que siempre he observado por la Sala y por esta Corte de Casación, procedo a señalar, con toda consideración, las razones por las cuales disido expresamente de la decisión contenida en la sentencia de casación dictada en el asunto de la referencia, tocante con el régimen de bienes en el matrimonio y los derechos de las personas en las uniones maritales de hecho.

En el juicio declarativo materia de litigio, se solicitó declarar la existencia de la unión marital de hecho conformada por la demandante Carmen Cecilia Jaimes y Marco Aurelio Mantilla Lizcano, desde 1997 hasta el 6 de junio de 2011 con la consecuente sociedad patrimonial, mediante la citación y audiencia de los herederos de Marco Aurelio Mantilla Lizcano.

1. El contorno fáctico y jurídico del proceso

Se contrae a una unión marital de hecho y la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes. En efecto, se solicitaron esas declaraciones desde 1997 hasta el 6 de junio de 2011. Según los hechos, Mantilla Lizcano contrajo matrimonio con Abigail Barrios el 6 de enero de 1954, con quien procreó varios hijos, entre ellos Victor Julio, Eduarda, Herminda y Aracely Mantilla Barrios, y liquidó su sociedad conyugal según escritura 1075 de 12 de marzo de 1999 de la Notaría Tercera de Bucaramanga. A su vez, ella se casó con Esteban Jaimes Méndez en 1972, de quien se separó pasados 4 años y luego se divorció por «escritura 3743 de 19 de julio de 2011 (sic), en la Notaría Séptima de Bucaramanga».

La actora enunció que desde febrero de 1997, inició unión marital de hecho con Marco Aurelio, que fue ininterrumpida y constante hasta la defunción del compañero el 6 de junio de 2011 y durante la cual constituyeron un patrimonio social conformado por un bien inmueble, mejoras, dinero y ganado (fls. 43 al 53 cno. 1).

2. Las sentencias de instancia

2.1. El Juzgado Sexto de Familia de Bucaramanga declaró que entre Carmen Cecilia Jaimes Jaimes y Marco Aurelio Mantilla Lizcano existió unión marital de hecho y sociedad patrimonial del 1° de julio de 1999 al 6 de junio de 2011 (fls. 304 al 320, cdo. 1).

2.2. El Tribunal confirmó integralmente. Consideró que, si bien en el caso no se presumía, ciertamente, ante la existencia de una sociedad conyugal vigente de uno de los integrantes de la relación, ello no significaba que no se pudiera probar en contrario. Y el caso así ocurrió, pues al demostrarse que el demandado «*ya se encontraba separado de hecho con su esposa legítima*», amén de la consecución de un patrimonio en la nueva relación de hecho, quedaba acreditado que hubo la sociedad universal. Ello robustecía la conclusión, según la cual, la «*actora merece protección del derecho*».

La vigencia de la sociedad conyugal de ninguna manera impide la existencia de la unión marital de hecho, para la que sólo deben reunirse los requisitos del artículo 1° de la Ley 54 de 1990. Probado esto, ningún sentido tendría si no se le hacen extensivos sus efectos al campo patrimonial. De otro modo, se obliga a la gestora iniciar un pleito de «*declaración de existencia de una sociedad de hecho*», en detrimento del principio de la economía procesal.

El artículo 2° de la Ley 54 de 1990 contempla solo una presunción de existencia de «*sociedad patrimonial entre compañeros permanentes*», que en este caso se desvirtúa con la vigencia de la sociedad conyugal de Jaimes Jaimes hasta después de la muerte de Mantilla Lizcano, pero eso no impide que aquella se acredite por otros medios demostrativos y así lo ha sostenido el Tribunal en múltiples asuntos, con apoyo en el artículo 3° ibídem en pos de constatar «*si el patrimonio fue producto del trabajo, ayuda y*

socorro mutuos de los compañeros permanentes», lo que en este evento quedó comprobado pues así lo informaron los deponentes, sin que incluso fuera necesario ahondar en desempeño laboral de la compañera para el acrecimiento en vista de la relevancia del «aporte de la mujer, a la sociedad patrimonial, en la unión marital de hecho», como fue tratado en CSJ SC 24 feb. 2011, rad. 2002-00084-01.

3. La demanda de casación

En el cargo único admitido y formulado por la parte demandada recurrente, contiene dos acusaciones. Una relacionada con la declaración de la unión marital de hecho demandando la inexistencia de unión marital. La otra, con la relación patrimonial, fundamentada, en lo esencial, en que la prueba de su matrimonio anterior, impedía el surgimiento de una nueva sociedad de bienes, solicitando su desquiciamiento por oponerse a la Ley 54 de 1990.

4. La sentencia de casación. Respuesta de la Corte y fallo sustitutivo

Declara infundado el ataque enderezado contra la relación personal. Y recibe exitoso el embate contra la declaratoria de sociedad patrimonial. En efecto, la vigencia de una sociedad conyugal anterior del demandado enervaba otra sociedad patrimonial. En esto, dijo, el Tribunal se reveló contra la doctrina probable. Casa y niega la relación económica o la existencia de la sociedad patrimonial. Razonó entonces:

“Está plenamente comprobado que Carmen Cecilia Jaimes Jaimes y Esteban Jaimes Mendez contrajeron nupcias el 24 de febrero de 1972, como se extrae de la copia auténtica del registro civil de matrimonio con serial 165183, en el cual aparecen dos notas que dan fe de la cesación de efectos civiles y la liquidación de sociedad conyugal que acordaron los esposos mediante las escrituras 3742 y 3743 de 19 de julio de 2011, otorgadas en la Notaría Séptima de Bucaramanga, instrumentos de los cuales también obran en el plenario reproducciones formales (fls. 91 al 94, 106 y 111 al 113).

“Dichos medios de convicción son suficientes para constatar que si bien Carmen Cecilia Jaimes Jaimes y Marco Aurelio Mantilla Lizcano estuvieron unidos como pareja del 1° de julio de 1999 al 6 de junio de 2011, cuando éste falleció, durante dicho lapso fue imposible que se irradiaran los efectos patrimoniales aparejados a esa clase de nexos en vista de un impedimento inexcusable que así lo impedía, como lo expresan los contradictores y encuentra eco en segunda instancia, derivando en una modificación de lo dispuesto en lo pertinente”.

De ese modo concluyó:

“En consecuencia, se casará parcialmente el fallo impugnado en lo que se refiere al análisis de la existencia o no de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, puesto que en lo correspondiente a la unión marital de hecho resultó pacífico lo dispuesto en las instancias ya que no fue materia de reproche por esta senda y no tiene incidencia en la determinación”.

4.1. La sentencia del tribunal no debió casarse, dada su coherencia interna y su apuesta por la protección constitucional de los derechos de la nueva sociedad patrimonial. En el caso es indiscutible, el cuestionamiento frente a la declaración de existencia de la unión marital no podía salir adelante.

Pero del mismo modo, la sentencia recurrida del Tribunal de Bucaramanga, con relación a la declaratoria de sociedad patrimonial no debió quebrarse, porque el Tribunal justificó con suficiencia los motivos por los cuales

se apartaba de la posición de la Corte en la materia. Con independencia de que su tesis sea o no acertada, reconoció el derecho. La solución era esa, a pesar de que a mi juicio no otorga el fundamento correcto para la problemática porque el cimiento de la *ratio decidendi* es antijurídico. Pero debo destacar, de ninguna manera el Tribunal de Bucaramanga actuó de manera irreverente, y en el punto debió morigerarse la argumentación porque cumplió con la carga de transparencia y de argumentación. El gran acierto del Tribunal citado y cuya sentencia allí es ejemplar, estriba en que consumó de manera auténtica la tarea del juez del Estado Constitucional, al hacer justicia, porque protegió constitucionalmente a la demandante, y a esa conclusión debía arribarse, así lo fuere por otras razones.

Dijo el Tribunal que en el caso no había lugar a presumirla, sino que se había demostrado patentemente la existencia de la sociedad patrimonial, porque del contenido de la Ley 54 de 1990, quien demande la declaración de la sociedad patrimonial no goza de la presunción de su conformación y tendrá que probar que así ha sido. Defendió la confusión patrimonial, expuso que el problema era probatorio no impide el reconocimiento patrimonial demandado.

El tribunal, luego expuso su planteamiento apoyado en doctrina de esta Sala, desarrollo la carga de transparencia con relación al criterio de a prohibición de pluralidad o paralelismo de universalidades en el matrimonio, y del mismo modo paso a desarrollar la carga

de argumentación para separarse de la decisión prohijada por esta Sala de Casación.

4.2. La equívoca doctrina de esta Sala de Casación avalada por la Corte Constitucional predicando, ambas cortes, un paralelismo societario de universalidades jurídicas inexistente. La Sala de Casación para revocar la decisión recurrida, a fin de superar el problema ficticio de paralelismo de las sociedades, entre la conyugal del matrimonio anterior y la patrimonial de la unión marital, defiende un criterio nominalista de la continuidad de la sociedad conyugal hasta cuando sobrevenga un acto disolutorio formal o meramente simbólico y vaciado de contenido, en perjuicio de la real sociedad constituida por quienes formaron la nueva unión marital, así los antiguos casados no convivan. Tampoco en la hipótesis puesta a consideración adopta la declaración oficiosa de una sociedad de hecho, a pesar de que aparezcan demostrados sus elementos.

En el caso de que disido, se perpetúa la injusticia frente la parte demandante integrante de la nueva unión marital, negando de paso una visión material de la Constitución y desconociendo una orientación de género y diferenciada.

Ciertamente el art. 2° de la Ley 54 de 1990, en los literales a y b, consagra dos presunciones para declarar la sociedad patrimonial, y añade en el literal b, en su versión originaria: “(...) *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”.

La sentencia de la Corte, luego de citar la precedente regla segunda de la Ley 54 de 1990, añade que esa disposición tiene como fin “(...) *impedir la coexistencia de dos sociedades de ganancias a título universal*”, línea de pensamiento en la cual se hallan la sentencia CSJ SC 20 sep. 2000, rad. 6117, donde se advirtió que el legislador previó que “(...) *no concurrieran dos sociedades matrimoniales, la conyugal que se conformó por razón del matrimonio anterior y la patrimonial entre compañeros permanentes*”, de tal manera, que por ejemplo, si uno de los compañeros permanentes contrae matrimonio con persona distinta, también se disuelve la sociedad marital patrimonial precedente; e insiste que procura no “(...) *dar cabida, en cambio, a la coexistencia de sociedades patrimoniales*” prohibición que en sentir de esta sentencia, no era necesario “(...) *mandato legal expreso que prohibiera la simultaneidad de uniones maritales, ni de los efectos patrimoniales consiguientes*”, para repeler la pluralidad.

La tesis como se recuerda, también está en la CSJ SC 20 abr. 2001, rad. 5883 y en la SC 10 sep. 2003, rad. 7603. Esta última, enseña, que es propósito “(...) *evitar la concurrencia de una llamada conyugal y otra patrimonial; que si en adelante admita, junto a la conyugal, otra excepción a la prohibición de sociedades de ganancias a título universal (artículo 2083 del código civil), era bajo la*

condición de proscribir que una y otra lo fuesen al tiempo”.

Por esa senda caminó la Ley 979 de 2005 e inalterada ha seguido la doctrina de la Sala en las decisiones CSJ 22 mar. 2011, rad. 2007-00091, al concluir que *«existiendo impedimento legal para contraer matrimonio, la nueva relación patrimonial surge a partir de la disolución de la sociedad conyugal anterior»* y; en la CSJ SC 28 nov. 2012, rad. 2006-00173, matiza que (...) *la jurisprudencia ha precisado que para la conformación de la “unión marital de hecho”, no constituye obstáculo el que ambos compañeros o alguno de ellos tenga “sociedad conyugal”, pues esta circunstancia según quedó visto, en principio obstaculiza es el surgimiento de la “sociedad patrimonial”, cuando no se encuentra disuelta, en esencia para evitar la confusión de universalidades patrimoniales*”. La CSJ SC7019-2014 repite que la ley y la doctrina no tienen por fin *“(...) crear «sociedades patrimoniales» paralelas a las «sociedades conyugales» derivadas del «matrimonio» de uno de los compañeros (...)” e “(...) impedir que se superpongan varias comunidades de bienes a título universal*”.

En esa línea han venido todas las decisiones sobre el punto, con algunos intentos por modular, y la de ahora, refuta la tesis del Tribunal como insostenible, y añade que la disolución de la sociedad es el *“(...) hito a tomar en cuenta para el surgimiento de la sociedad patrimonial entre compañeros con impedimento para contraer nupcias”*, criterio que no ha sufrido cambios con posteriores pronunciamientos como los de *“(...) la Corte Constitucional*

en CC C-700/13 donde se declaró «*inexequible la expresión "y líquuidadas" contenida en el literal b) del artículo 2° de la Ley 54 de 1990 modificado por el artículo 1° de la Ley 979 de 2005*» y C-193-2016 que llegó a la misma conclusión sobre el aparte «*por lo menos un año" consagrada en el mismo literal*». En ambos acoge, la Corte Constitucional, el criterio de esta Corporación, expuesto desde la SC 10 sep. 2003, rad. 7603, que planteó como suficiente el acto disolutorio para poner fin a la sociedad conyugal, censurando también la coexistencia de dos comunidades universales de bienes. Justamente, la C-700/13 enfatizó que

(...) *al propósito de la norma de evitar la existencia simultánea de sociedades, la Corte Constitucional acoge la interpretación de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, según la cual la intención de la ley 54 de 1990, en análisis de su texto y tratamiento jurídico histórico, es que la consagración de efectos patrimoniales a la unión marital de hecho encuentra inconveniente la coexistencia de sociedades patrimoniales y conyugales*».

La sentencia luego de aludir a la línea jurisprudencial ilustrada retoma las últimas decisiones del mismo sendero: C-193/16, y posteriormente la CSJ SC14428-2016, cerrando el recuento de la respectiva doctrina; de modo que nuestro Tribunal Constitucional, persevera en el mayúsculo yerro que contiene la línea jurisprudencial que a ligeros pasos vengo exponiendo.

Finalmente, la sentencia de la cual disiento concluye:

“El proceder del ad quem, en franca rebeldía de la doctrina probable sentada por esta Sala y avalada por la Corte Constitucional, ni siquiera se sustenta en la propuesta que enarbola sobre principios de «economía procesal» y la irrelevancia de que la sociedad conyugal del demandado siguiera vigente

para cuando se formuló la demanda, confundiendo la sociedad patrimonial entre compañeros, que por ser a título universal excluye cualquier otra de la misma naturaleza en forma simultánea, con la sociedad de hecho que surge por el trabajo mancomunado de dos personas y que sí puede concurrir con cualquier otra clase de sociedades conyugales y patrimoniales, situación que ha sido objeto de estudio en múltiples pronunciamientos de esta Sala”.

5. De los motivos para apartarme del fallo y para solicitarle a la Sala cambie su postura

5.1. No existían razones para reprender al tribunal.

La Corte para amonestar al tribunal y para defender la singularidad en el matrimonio y en la unión marital prevista en la Ley 54 de 1990 ha venido sosteniendo históricamente la improcedencia de la dualidad o paralelismo simultáneo de sociedades universales, entre la sociedad conyugal de los gananciales en el matrimonio y la sociedad patrimonial en la unión marital. En el mismo sentido lo ha hecho en el caso de las segundas nupcias contraídas sin haber disuelto o cesado el vínculo civil de las primeras.

Precisamente la jurisprudencia trasuntada en la sentencia de la que disiento, y cuya línea, al menos de lo transcurrido en la presente centuria he mencionado rápidamente siguiendo la decisión de casación, ahora confutada en mi salvamento, tiene ese núcleo central. En consecuencia, la persona que forma una nueva familia cuando ha estado casada e integra una nueva unión marital con otra persona o, cuando contrae nuevas nupcias, sin haber ejecutado el acto formal disolutorio el vínculo

precedente, de manera tajante se afirma, no se estructura una nueva sociedad de gananciales o una sociedad patrimonial junto a la vigente del matrimonio anterior.

La decisión del tribunal de Bucaramanga, según lo precisé, fue asertiva y, por lo tanto, no debió casarse; sin embargo, la *ratio decidendi* de la sentencia del Tribunal, como ya lo anuncie, no es la más afortunada, en relación a la presunción de sociedad patrimonial, porque es contradictoria y exótica, infringiéndose que se pueda contraprobar la inexistencia.

Distinto es que la sociedad conyugal derivada del matrimonio anterior del demandado, se encuentre disuelta. La verdad, sea dicha, los equívocos de las soluciones en la sentencia del Tribunal y, con injusticia notoria en la de la Sala de esta Corte, y reiterada por la Corte Constitucional, rehúsan entender que de ningún modo se presenta la coexistencia de sociedades universales, porque la forma cómo encaran el problema es errada. Si el fallecido, convivió en forma permanente y singular con la demandante, por varios años, hasta su fallecimiento, acompañándolo, no se puede sostener, constitucional, convencional, justiciera y razonablemente que la relación económica del matrimonio anterior esté vigente. La razón es sencilla, si la disolución de ese primigenio vínculo jurídico, ocurrió por la fuerza, el vigor y la contundencia de los hechos, en concreto, con la separación de facto y definitiva de los casados, todo estaba aniquilado, por tanto, la decisión judicial apenas debía escrutar cuándo ocurrió materialmente esa ruptura

definitiva para así reconocerlo y de tajo, descontaminar la injusticia.

Desde el mismo momento cuando dejó de existir la ayuda y socorro mutuos, es razón subyacente suficiente e indeleble para no presumir la continuidad o perpetuación de la sociedad conyugal. Y si esa separación definitiva se consolidó, y el hecho lo erigió el legislador como causa de disolución, nada más pertinente que abrir la senda, la mente, la concepción jurídica a los hechos reales. Así, lo importante es constatar el hecho, nada más, la situación fáctica y esto aparecía completamente probado.

Empero, para la Corte, en la línea jurisprudencial, que a velocidad condensé, para que emerja la sociedad patrimonial se reclama la presencia formal de la disolución, y únicamente a partir de esa demostración, y desde ese instante, es como puede abrirse paso la sociedad patrimonial, y cómo se gestan los términos de ley para el surgimiento de la nueva sociedad conyugal o patrimonial. Y reitera, sólo si, ello existe, es desde ese momento como tiene por claudicada la sociedad económica primigenia y germinada la nueva, negando todo tiempo posterior a los hechos del cese definitivo de la antigua.

5.2. La tesis defendida ardientemente por la Sala que da prevalencia a lo formal sobre lo real, genera problemas graves de injusticia material. A continuación enumero algunos, los más notables, los cuales de ningún modo se resuelven con la errada solución jurisprudencial

defendida hasta ahora. Cito los más relevantes:

1. Nuevas familias que sin haber disuelto los dos integrantes o uno de ellos los vínculos precedentes forman un capital, como en el caso presente y la justicia les desestima los derechos como los de la parte demandante que luego de trabajar muchos años, su pretensión es aniquilada injustamente por el máximo tribunal de la justicia anegando su derecho por la carencia de ese elemento formal.

2. Conductas torticeras, codiciosas y ambiciosas de uno de los cónyuges que espera que la nueva familia progrese económicamente para repentinamente y luego de años, entablar caprichosamente acciones disolutorias aupadas por criterios interpretativos defendidos por exégesis de la ley ajenas a la realidad, favoreciendo a quien nada laboró, para hacerse a la mitad del patrimonio que le corresponde al consorte que formó esa nueva sociedad y que la tornó productiva económicamente en el ciclo económico.

3. La publicidad y promoción de acciones fraudulentas de naturaleza simulatoria para hacer retornar bienes o derechos a una sociedad conyugal inexistente materialmente, apoyando al promotor para apropiarse de lo laborado por otras personas sin el concurso de aquél.

4. La formulación de acciones definitivamente onerosas y sancionatorias, como aquella que pena al

cónyuge o heredero que dispone de bienes sociales o hereditarios, sin haberse liquidado y disuelto la sociedad, perdiendo la cuota respectiva en el bien y debiéndola restituir doblada.

5. La incentivación de comportamientos ladinos, apócrifos y tramposos, que esperan que el otro consorte capitalice para una vez aumentado el capital dar el zarpazo pidiendo medidas cautelares para satisfacer el apetito egoísta, ocioso y haragán porque espera que otro patrimonio diferente aumente sus activos para buscar su participación.

6. La defensa de la prevalencia de la forma sobre el fondo, de lo accidental sobre lo sustancial, de lo accesorio sobre lo principal, de lo accidental sobre lo esencial porque no importa que exista o no sociedad real sino la aparición de el elemento formal disolutorio.

7. Patrocina el cobro de lo no debido y del enriquecimiento injusto y sin causa.

8. Sirve de asiento a la prevalencia de la forma y de lo ideal sobre lo real y material.

5.3. La sociedad conyugal se disuelve realmente desde la separación de hecho definitiva, irreversible e irrevocable de los cónyuges, momento desde el cual ponen fin a su convivencia

Esta es la tesis más realista que con mayor solidez

permite caminar hacia el restablecimiento de los derechos de las mujeres y hombres esquilados por aquella afrentosa e injusta modelo de una dogmática ajena a la realidad.

En este sentido son los hechos reales, la historia, los sucesos o los acontecimientos los determinantes para adjudicar formas jurídicas, y no pueden ser las fórmulas vacías e insensatas las que dobleguen la realidad y la vida de las personas, porque entonces el hombre será apenas un autómatas o un esclavo de la ley. La ley es para el hombre y no el hombre para la ley.

Por esencia el matrimonio es un institución y un contrato “(...) *solemne por el cual (un hombre y una mujer) se unen con el fin de vivir juntos, (de procrear) y de auxiliarse mutuamente*”, de conformidad con el art. 113 del C.C. colombiano, por consiguiente, la nota distintiva, es la convivencia, el “vivir juntos”, de tal manera que si la esencia y finalidad es esa, y ella desaparece, resulta nada más que necesario reconocer que como tal ya no existe, ni como vínculo personal ni como sociedad conyugal, cuando cesa la convivencia de la pareja indefinidamente. Afirmar lo contrario es algo totalmente vano, es incurrir en una *contradictio in adiecto*, porque va más allá de ser un fantasma semántico, que da vida a la sumatoria de los contrarios, para aceptar que existe lo que no existe; que pervive aquello que no subsiste, al amparo de un contrato formal, de tal modo que ese criterio equivocado no es meramente un error lógico, epistemológico, sino también

ontológico que pregona la defensa de una tesis injusta, inequitativa, inconstitucional, insostenible e irreal.

Por consiguiente, se halla en mora esta Corte de aceptar la realidad y abandonar un criterio desacertado que afecta los derechos fundamentales de las personas y que derechamente quebranta la naturaleza del Estado Constitucional y social de derecho y los principios, los valores y los derechos insertos en la Carta.

5.3.1. La tesis cohonesta el enriquecimiento injustificado de un patrimonio a expensas de otro. Si al casarse dos personas por el hecho el matrimonio surgen tres patrimonios consistentes en el patrimonio propio de cada cónyuge y el patrimonio de la sociedad conyugal cuando no celebran pacto escrito o capitulaciones matrimoniales para mantener la separación y distinción patrimonial, y si los cónyuges ya no conviven ni cumplen las trascendentales finalidades de esta institución, resulta contrario a derecho que sin existir las finalidades del matrimonio, la cooperación, el socorro, ayuda mutuas y convivencia, el patrimonio de un cónyuge obtenga ventajas a expensas de la continuidad formal de la sociedad conyugal cuando los consortes ya no conviven. Pero mucho más injusto e inequitativo, deviene que si alguno de los contrayentes, tras separarse definitivamente del antiguo consorte, proceda a formar una nueva convivencia con una persona diferente, con carácter permanente de auxilio, socorro y ayuda mutua, la ley aniquile y cercene los derechos y el esfuerzo económico de la nueva pareja, so

pretexto de que continúa existiendo formalmente un matrimonio apenas nominal, ficticio, vacío, con un contrato sin ejecución real y sin existencia diaria.

Lo grave y lo auténticamente injusto, estriba en el hecho de que un antiguo cónyuge, por virtud de la existencia documental y meramente formal de un matrimonio inexistente en la práctica obtenga ventaja de otro patrimonio, y burle los derechos de la compañera permanente desprotegida.

5.4. El derecho comparado no acompaña la injusticia que entraña la prolongación meramente formal de la vigencia de la sociedad conyugal

Podemos encontrar algunas respuestas en el derecho comparado sobre el particular. En España, la doctrina con apoyo en la jurisprudencia expresa:

“A este respecto, nuestro más alto tribunal de justicia también se ha pronunciado sobre la finalización de la sociedad de gananciales, y ha establecido en sentencia de 11 de octubre de 1999 (ponente: Guillón Ballesteros), en su fundamento segundo que el abandono del hogar de manera definitiva por uno de los cónyuges supuso de facto la disolución de la sociedad de gananciales (...) el abandono de familia no conlleva, aparte de las sanciones legales, la ilógica de que siga existiendo la sociedad de gananciales, ni puede apoyarse esta conclusión de hecho en los artículos 1393.3 y 1394 del Código Civil, (...) no exigiendo por tanto ninguna declaración para declarar extinguida la sociedad (...)”¹.

¹ ALFJANDREZ PEÑA, Pedro. *Liquidación de bienes Gananciales. Aspectos prácticos, procesales y sustantivos*. 4 edic. Valladolid – España, Editorial Lex Nova, 2008, p. 213. ISBN: 978-84-8406-847-1.

Ese criterio aparece plasmado en otras sentencias del Tribunal Supremo Español del 26 de abril de 2000, número 417/2000 (RJ 2000/3230), 23 de diciembre de 1992, 17 de junio de 1998, 26 de noviembre de 1987, 13 de junio de 1986. Las audiencias provinciales siguiendo esa línea igualmente han aplicado esos criterios.

5.4.1. El canon 1392 del Código Civil español, en línea con la normatividad patria, establece que la comunidad de bienes concluye de pleno derecho cuando se produce el divorcio, pero también por “*decisión judicial*” en los casos de separación de hecho por más de un año de los cónyuges, bien por mutuo acuerdo, ya debido al abandono del hogar (artículo 1393, numeral 3º, *ibídem*).

En el derecho ibérico, como se observa, la cesación de la convivencia matrimonial, por sí, legitima la disolución de la sociedad con efecto retroactivos, tomando como data la fecha de la separación definitiva de hecho.

La jurisprudencia española, de tal modo, considera inequitativo el criterio de la vigencia apenas formal de la sociedad conyugal cuando no hay convivencia efectiva. Ha posibilitado la extinción de la sociedad de bienes a partir de la sola separación de hecho de los consortes en forma definitiva, con miras a adecuar su comportamiento al principio de la buena fe y a la realidad social.

Se requiere, ante todo, un cese efectivo, definitivo y prolongado de la convivencia matrimonial; y, en segundo

término, la comprobación material de esas circunstancias o su confirmación mediante actos subsiguientes, como la formalización judicial de esa separación.

El Tribunal Supremo Español, Sala de lo Civil, en sentencia de 23 de febrero de 2007, reitera aquella doctrina contenida en el fallo de 26 de abril de 2000, cuando nuevamente razona:

<[L]a libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, que es la convivencia mantenida entre los cónyuges>, con lo que se viene a mitigar el rigor literal (...) del número 3º del artículo 1393 del Código Civil y ello al objeto de adaptarlo a la realidad social y al principio de la buena fe. Así, es la separación de hecho la que determina, por exclusión de la convivencia conyugal, que los cónyuges pierdan sus derechos a reclamarse como gananciales bienes adquiridos por éstos después del cese efectivo de la convivencia, siempre que ello obedezca a una separación fáctica (no a una interrupción de la convivencia) sería, prolongada y demostrada por los actos subsiguientes de formalización judicial de la separación y siempre que los referidos bienes se hayan adquirido con caudales propios o generados con su trabajo o industria a partir del cese de aquella convivencia (...).²

En España, como se observa, se entiende contrario a la buena fe y a la realidad social, en términos generales, la reclamación que hace un cónyuge, respecto de los haberes obtenidos por el otro en estado de separación de hecho y en cuya adquisición de manera alguna ha contribuido, sobre la base de la vigencia teórica del matrimonio y de la sociedad

² En el mismo sentido, en general, la sentencia del Tribunal Supremo Español de 25 de octubre de 2015. Además, entre otros, los fallos de 22 de enero y de 25 de octubre de 2013 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22; de 29 de junio de 2012 y de 26 de junio de 2014 de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5ª; de 1º de junio de 2012 de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 5ª; y de 12 de julio de 2012 de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.

de bienes.

El problema no ha sido ajeno al Derecho chileno. El Congreso Nacional, introdujo la nueva ley de matrimonio civil cuya última modificación es del 17 de mayo de 2004, Ley 19947, donde sustituyó la Ley de Matrimonio Civil del 10 de enero de 1884. La nueva normatividad en el art. 21 reguló y aprobó, las separaciones de hecho acaecidas entre las parejas casadas, y de la forma como éstas podían proceder, desde el 2004, a fin de evitar ulteriores problemas sobre la conformación de la sociedad de bienes. En este texto dispuso:

“Artículo 21.- Si los cónyuges se separaren de hecho, podrán, de común acuerdo, regular sus relaciones mutuas, especialmente los alimentos que se deban y las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio.

“En todo caso, si hubiere hijos, dicho acuerdo deberá regular también, a lo menos, el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquel de los padres que no los tuviere bajo su cuidado. En este mismo acuerdo, los padres podrán convenir un régimen de cuidado personal compartido.

“Los acuerdos antes mencionados deberán respetar los derechos conferidos por las leyes que tengan el carácter de irrenunciables” (modificado por el art. 3 de la Ley 20680 del 21 de junio de 2013).

Consciente ese legislador, cual se viene planteando, señaló que esa separación de hecho desde el 2004 en adelante se podía realizar por algunos de los medios siguientes, y por supuesto, gobernaba las situaciones de separación de hecho para los nuevos matrimonios o los fenómenos fácticos acaecidos desde el 2004, en lo tocante con la fecha cierta de separación definitiva e irrevocable. En

efecto, allí estimó:

“Artículo 22.- El acuerdo que conste por escrito en alguno de los siguientes instrumentos otorgará fecha cierta al cese de la convivencia:

- a) escritura pública, o acta extendida y protocolizada ante notario público;

- b) acta extendida ante un Oficial del Registro Civil, o

- c) transacción aprobada judicialmente.

“No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, si el cumplimiento del acuerdo requiriese una inscripción, subinscripción o anotación en un registro público, se tendrá por fecha del cese de la convivencia aquella en que se cumpla tal formalidad.

“La declaración de nulidad de una o más de las cláusulas de un acuerdo que conste por medio de alguno de los instrumentos señalados en el inciso primero, no afectará el mérito de aquel para otorgar una fecha cierta al cese de la convivencia.

“(…).

“Artículo 25.- El cese de la convivencia tendrá también fecha cierta a partir de la notificación de la demanda, en el caso del artículo 23.

“Asimismo, habrá fecha cierta, si no mediere acuerdo ni demanda entre los cónyuges, cuando, habiendo uno de ellos expresado su voluntad de poner fin a la convivencia a través de cualquiera de los instrumentos señalados en las letras a) y b) del artículo 22 o dejado constancia de dicha intención ante el juzgado correspondiente, se notifique al otro cónyuge. En tales casos, se tratará de una gestión voluntaria y se podrá comparecer personalmente. La notificación se practicará según las reglas generales”.

La data o fecha cierta de la terminación, al ser determinante puede ser demostrada, entonces, por acto bilateral o unilateral, según las reglas citadas. Sin embargo, no reguló las separaciones fácticas acaecidas con antelación al 2004, y para lo pertinente, previó un régimen transitorio en la misma ley donde, expuso, que los matrimonios

celebrados con anterioridad a la nueva ley la fecha cierta de la separación de hecho efectiva y definitiva, no se probará por los medios antes expuestos, sino bajo el esquema de libertad probatoria, como, por ejemplo, la prueba testimonial, disponiendo:

“Artículo 2º.- Los matrimonios celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley se regirán por ella en lo relativo a la separación judicial, la nulidad y el divorcio.

“Sin perjuicio de lo anterior, las formalidades y requisitos externos del matrimonio y las causales de nulidad que su omisión originan, se regirán por la ley vigente al tiempo de contraerlo; pero los cónyuges no podrán hacer valer la causal de nulidad por incompetencia del oficial del Registro Civil, prevista en el artículo 31 de la Ley de Matrimonio Civil del 10 de enero de 1884.

“Además, no regirán las limitaciones señaladas en los artículos 22 y 25 de la Ley de Matrimonio Civil para comprobar la fecha de cese de la convivencia entre los cónyuges; sin embargo, el juez podrá estimar que no se ha acreditado si los medios de prueba aportados al proceso no le permiten formarse plena convicción sobre ese hecho.

“(…) (modificado por el art. 2 de la Ley 20286 de 2008)”³.

De tal modo que, para los propósitos de estimar la fecha cierta de la terminación material de la convivencia, correspondía al juez establecerla teniendo en cuenta los elementos probatorios aportados por las partes. En el caso según lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 2º transitorio de la ley de Matrimonio Civil, no rigen las limitaciones señaladas en los artículos 22 y 25 de la misma Ley, con el fin de comprobar la fecha de cese de la convivencia entre los

3 CHILE, Biblioteca Nacional del Congreso de Chile. <http://bcn.cl/2fctd>

cónyuges. En ese caso, le corresponde al juez, escrutar los diferentes medios de prueba, distintos a los consignados para los nuevos matrimonios.

5.4.2. En un sentido mucho más claro y puntual, en líneas generales, la jurisprudencia argentina, acota:

“(…) [S]i ambos cónyuges son los causantes de la ruptura matrimonial, ninguno de ellos tiene derecho a los bienes adquiridos por el otro después de la separación, tal conclusión se fundamenta en razones de equidad y de orden lógico y moral (…). Si la sentencia de divorcio o separación personal se dicta con fundamento en la interrupción prolongada de la convivencia, sin analizar la culpabilidad de los cónyuges, ninguno de ellos tendrá derecho a participar de los bienes adquiridos por el otro a partir de la separación de hecho”⁴.

Lo relevante de la anterior doctrina jurisprudencial, es el efecto declarativo de las decisiones consecuentes de la disolución de la sociedad conyugal, tratándose de la separación de hecho o personal de los casados, en el sentido de no incluirse en la masa partible los bienes adquiridos por uno u otro luego del rompimiento de la vida matrimonial, teniendo efectos retroactivos a la fecha de acaecimiento de la ruptura, salvo excepciones legales.

El Derecho argentino, hoy por esa misma senda, pero de una manera más certera, consciente de la injusticia que podía abrigarse, cuando se desconoce la data cierta o real de la separación definitiva e irrevocable de conformidad con el art. 475 del C.C. y Comercial de la Nación, actualmente vigente, Ley 26.994 del 7 de octubre del 2014, fijó varias

⁴ Cámara de Apelaciones en lo Civil. Sentencia de 29 de septiembre de 1999.

hipótesis para la extinción de la comunidad de bienes, un tanto similares a las de nuestro ordenamiento. A propósito de la conclusión o extinción de la comunidad por la separación de hecho definitiva e irrevocable, como momento de la extinción explícitamente expone y defiende la aplicación de los efectos retroactivos de la declaración en dos instantes. En una primera hipótesis consignada en el inciso primero regula: *“La anulación del matrimonio, el divorcio o la separación de bienes producen la extinción de la comunidad con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges”*⁵.

La segunda hipótesis del nuevo ordenamiento argentino, es mucho más explícita y contundente, y *mutatis mutandis*, se relaciona directamente con el caso aquí expuesto a la Corte, al postular que la sociedad de gananciales directamente se da por extinguida en forma retroactiva a la fecha de la separación efectiva o real, cuando expresa: **“Si la separación de hecho sin voluntad de unirse precedió a la anulación del matrimonio o al divorcio, la sentencia tiene efectos retroactivos al día de esa separación”**.

Ese legislador, en este último punto, reproduce y mejora sin condición alguna, la regla 1306 del anterior C.C. argentino, que plasmaba: *“(...) producida la separación de hecho de los cónyuges, el que fuere culpable de ella no tiene derecho a participar en los bienes gananciales que con*

5 ARGENTINA, CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. Ley 26.994, vigencia según Ley 27.077 del 7 de octubre del 2014. Buenos Aires: Lajouane, 2015, p. 126.

posterioridad a la separación de hecho aumentaron el patrimonio del no culpable”.

El Derecho mexicano tampoco ha ignorado la cuestión. Tiene una normatividad amplia sobre la disolución de la sociedad conyugal, en lo tocante con los efectos retroactivos de la nulidad. El Código Civil Federal, en vigor a partir del 1° de septiembre de 1932, en el Libro Primero “De las Personas”, en el artículo 196 enfrenta el problema: “El abandono injustificado por más de seis meses del domicilio conyugal por uno de los cónyuges, hace cesar para él, **desde el día del abandono**, los efectos de la sociedad conyugal en cuanto le favorezcan; éstos no podrán comenzar de nuevo sino por convenio expreso”⁶(subrayas *ex texto*)

Según lo razonado, en el derecho comparado, con relación al problema planteado, en algunos de los ordenamientos más prominentes ya han resuelto la inquietud que ocupa el asunto materia de juzgamiento siguiendo la fecha cierta de la separación definitiva e irrevocable de hecho. De esos ordenamientos se puede inferir que en pos de hacer real el momento de la separación, posibilitan establecer la data cierta de la separación efectiva y definitiva de los contrayentes, convirtiendo en obligación del juez, investigar la fecha cierta de la separación efectiva, para que la decisión no sea meramente formal o nominalista, sino justa y real, excluyendo toda forma de enriquecimiento injusto.

6 MÉXICO, CODIGO CIVIL FEDERAL. Vigésima quinta edición. México, D.F.: Sista, 2014, p. 40.

Como colofón de este ejercicio comparatista, la tesis que pareciera razonable en nuestro medio de la subsistencia formal de la sociedad conyugal desconociendo la verdadera y real fecha de separación de los cónyuges, hoy encierra evidentes injusticias, que el Estado Constitucional y Social de Derecho no puede aplaudir, por la carencia de ayuda, auxilio, solidaridad, socorro mutuos, comunidad de intereses, cuando la pareja o los consortes están del todo separados fácticamente y entrelazados por un convenio meramente ideal y formal, ajeno a la realidad y a la buena fe, y a la auténtica justicia material, por carencia de esfuerzo recíproco como elemento axial del régimen económico social.

5.5. De tal modo que en el caso concreto al estar disuelta de hecho la sociedad conyugal de manera irreversible, atendiendo que disolver significa “(...) *deshacer algo pniendo filn a la unión de sus componentes (...) destruir o aniquilar algo (...) resolver*”⁷, desde ese instante mismo, eficazmente puede emerger la sociedad patrimonial sin que se presente la confusión económica de los compañeros permanentes con las anteriores sociedades.

6. Para el caso que nos atañe, la separación de hecho entre la antigua pareja, fue suficiente y la ulterior sentencia, apenas debía reconocer en forma retroactiva la autoridad de la realidad, entendiendo disuelta la primigenia sociedad. Lo expuesto, teniendo en cuenta que aquella

7 RAE, Real Academia de la Lengua. Diccionario esencial de la Lengua Española. 22 edic. Madrid: Espasa Calpe, 2006, p.

relación se quebró de manera definitiva e irrevocable a partir de la ruptura de los consortes que para entonces estaban casados.

Desde entonces, no existía ningún impedimento para el surgimiento de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, porque el vínculo que conformaba el obstáculo, estaba disuelto y roto por el vigor de los hechos.

En estas condiciones, el argumento relativo a la simultaneidad o paralelismo entre sociedad conyugal y sociedad patrimonial, resulta impertinente, por causa de los hechos probados, de tal modo que la vigencia formal del vínculo, o la preexistencia de la sociedad conyugal del matrimonio anterior, no disuelve formalmente, no puede ser escollo para que fulgure una nueva sociedad patrimonial en el marco de la art. 42 de la Carta, con el nuevo patrimonio, representado en los activos y pasivos que para la nueva universalidad se adquirieran.

En el punto es trascendental reiterar que la unión conformada por la demandante y el fallecido, tal como se describió en los hechos de la providencia, y se demostró, era permanente en el tiempo, singular y, por lo tanto, contaba con la estabilidad en la comunidad de vida, factores suficientes para concretar los efectos patrimoniales de la relación referida.

Se imponía desde la fuerza material de la Constitución y ante la carencia de norma legal o suprallegal

alguna que apuntara a sostener esa errada doctrina, salvo una interpretación formal y anfibológica, como obligación de la judicatura, desembocar en la necesidad de proteger el vínculo constituido entre las partes citadas a la contienda judicial, sobre todo, en auxilio de la unidad familiar, a la luz de los principios, valores y derechos.

7. Se hace necesaria una perspectiva o un enfoque de género. Finalmente, no quiero profundizar este aspecto, pero es patente, el lector podrá observar que quien demanda es una mujer, y como tal, la decisión judicial la perjudica y la desampara. Este desabrigo que no le brinda el juez del siglo XXI, juzgador de naturaleza constitucional, la torna doblemente afectada porque, además estando probada la sociedad de hecho, no la reconoce, obligándola a encarar un nuevo juicio por la falta de dispensa de justicia material, en un nuevo tortuoso proceso, mientras la parte contradictora sale premiada por la sentencia de casación disfrutando el trabajo, el patrimonio y la contribución que la compañera realizó, gracias a una doctrina del todo injusta. Ello significa que se afrentó la Constitución y *corpus iuris internacional* que protege a las mujeres discriminadas en América Latina y en el mundo, faltando entonces también una orientación de género, en frente de la familia y su baluarte más importante, la mujer.

8. La función nomofiláctica del juez por medio de la Casación y de las acciones constitucionales. La tarea del juez debe ser viva, comprometida con la justicia y con la realidad. Su enfoque debe ser dinámico en el Estado

Constitucional y social de Derecho, por consiguiente, solo se ejerce una auténtica guardiana de la ley y de los derechos ante la Constitución, cuando las disposiciones legales se adaptan a las cambiantes necesidades históricas y a la propia Carta. No se trata de quebrar la seguridad jurídica y la confianza legítima, principios democráticos de los que es centenariamente adalid esta Suprema Corte de Justicia; tribunal que ha vivificado el pensamiento jurídico nacional y ha procurado la protección de los derechos, anticipándose las más de las veces en la solución de casos injustos y contrarios al sistema jurídico.

La situación agitada en casación, ineludiblemente, imponía una solución del modo aquí planteado. Precisamente, en su constante tarea como magistratura de cierre, superando prejuicios y, ante todo, el carácter exegético y textualista de la ley. La visión que combató en este salvamento se relaciona con una serie de preconceptos que no responden a una visión material de la Carta, ni menos a una aprehensión racional y justa de la realidad y de los derechos de las parejas.

El Código civil debe ser reinterpretado de manera dúctil y racional, adaptándolo a las necesidades cambiantes, siguiendo los principios valores y derechos que predica la Carta. Y esta tarea compete a los jueces del Estado Constitucional. Con sabiduría inquebrantable ha adocinado esta Sala:

"(...) habiendo de considerarse el ordenamiento como un

sistema completo y armónico, y de entenderse como un medio para absolver las dificultades y necesidades múltiples y cambiantes de la praxis, la jurisprudencia actualiza permanentemente el derecho y logra su desarrollo y evolución, para lo cual no ha menester de específico cambio legislativo, bastándole un entendimiento racional y dúctil de las leyes, dentro de un proceso continuo de adaptación de ellas a concepciones, ambiente, organización social, necesidades nuevas, distintas de las que las originaron, posiblemente contrarias a ellas, en armonía con la equidad y los requerimientos vitales.

“La ley es una creación del espíritu objetivo, que aun cuando producto de determinado cuerpo político constitucionalmente calificado a ese objeto, se independiza de él desde su expedición, al punto de que el influjo de los propósitos que animaron a sus redactores va decreciendo a medida que la norma se proyecta sobre coyunturas cada vez distintas y más lejanas de las de su origen, y de que el intérprete es llamado a proceder con la mente puesta en el legislador, para imaginar cómo habría este regulado la situación nueva si le hubiese sido factible entonces tenerla presente. En rigor, la jurisprudencia tiene una misión que rebasa los marcos de la gramática y de la indagación histórica: el de lograr que el derecho viva, se remoce y se ponga a tono con la mentalidad y las urgencias del presente, por encima de la inmovilidad de los textos, que no han de tomarse para obstaculizar el progreso, sino ponerse a su servicio, permitiendo así una evolución jurídica sosegada y firme, a todas luces provechosas”⁸.

Un juez, una Corte, un tribunal juzgan la historia reconstruida a través de la prueba, pero, al mismo tiempo, y a diferencia del historiador, ejercen una función interpretativa, pedagógica y restaurativa del Estado de Derecho porque proyectan la norma jurídica y el valor supremo de la justicia para la solución de casos futuros. No debe olvidarse por ello, que

“(…) [E]l hábito del jurista se orienta ex post facto, es decir

⁸ CSJ SC del 17 de mayo de 1988 G. J., t. CXXIV, páginas 151 -162.

hacia hechos que se han producido en el pasado y que el juez debe decidir en términos jurídicos. Sin embargo, desde el punto de vista institucional los poderes judiciales deben poner la mirada en la orientación previsible de la sociedad a la que se presta el servicio de justicia e ir definiendo sus cambios y necesidades como para ir proveyéndoles (...) ese servicio. Por supuesto que a tales fines resulta necesario que dichos poderes cuenten con los profesionales necesarios capaces de ir delineando futuros cambios y exigencias, pero también se requiere que aquellos generen puentes con la sociedad como para ser receptivos a las cambiantes necesidades. Un elemental requerimiento para poder cumplir con este desafío es contar con una exhaustiva y completa lectura de la realidad existente (...)» (Negritillas propias).

9. En los anteriores términos, dejo consignado mi anunciado salvamento. La recurrida debió confirmarse.

Fecha ut supra.

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
Magistrado