

República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Civil

**OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE**  
**Magistrado Ponente**

**SC007-2021**

Radicación n° **68001-31-10-001-2013-00147-01**

(Aprobado 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 el demandado respecto de la sentencia de 24 de marzo de 2015, proferida por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, dentro del proceso ordinario de María Isabel Quesada de Duarte, contra Pedro Emilio Torres Quijano.

**I.- EL LITIGIO**

1.- Se pidió en el libelo declarar la existencia de la unión marital de hecho conformada por María Isabel Quesada de Duarte y Pedro Emilio Torres Quijano, desde el 15 de febrero de 1991 hasta la fecha de presentación de la demanda subsanada.

En consecuencia, se declare la existencia de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes por el mismo periodo y su liquidación (fls. 19 – 21 y 26, c. 1).

2.- Como sustrato fáctico se expuso que desde el 15 de febrero de 1991 María Isabel Quesada de estado civil casada y Pedro Emilio Torres Quijano, soltero, conformaron una unión marital de hecho, que para la fecha de presentación de la demanda aún subsistía, unión en la que no se procrearon hijos, ni se realizaron capitulaciones, conformándose también una sociedad patrimonial integrada por varios inmuebles.

3.- El accionado se opuso al éxito de las pretensiones, y como excepciones de mérito alegó: «prescripción de la acción», «falta de legitimación en la causa por activa o inexistencia de la unión marital de hecho», «falsedad de los hechos base de la acción», «inexistencia de la unión marital de hecho y sociedad patrimonial por no haberse adquirido bienes durante el tiempo de convivencia», «falta de legitimación en la causa por pasiva», «mala fe e inducción en error a un funcionario judicial», «excepción extintiva de la acción impetrada», «carencia e inexistencia de interés jurídico o derecho para demandar la unión marital y la patrimonial», «inexistencia de la causa invocada», «declarar las excepciones que se hallen probadas», «sustracción materia de la acción», «estimación anticipada de perjuicios ocasionados al demandado y buena fe» (fls. 34 – 41 y 113 – 123, c. 1).

4.- La primera instancia culminó con sentencia del 22 de agosto de 2014, en la cual el *a quo*, accedió en parte a los pedimentos de la demanda. En esa dirección, declaró que entre Pedro Emilio Torres Quijano y María Isabel Quesada existió una unión marital de hecho entre el 1° de febrero de 1992 y el 24 de julio de 2013; declaró la prosperidad parcial de algunas de las excepciones de mérito propuestas y denegó las pretensiones relacionadas con la existencia y liquidación de la sociedad patrimonial por cuanto, de acuerdo a lo acreditado en el juicio, ambos compañeros eran de estado civil casados, sin disolución de las respectivas sociedades conyugales, circunstancia que *«impide por prohibición legal expresa, el surgimiento de la presunción de sociedad patrimonial»*. (fls. 237 - 271, c. 1).

5.- Ambas partes formularon recurso de apelación. En sentencia emitida el 24 de marzo de 2015, el Superior confirmó los ordinales primero, cuarto y sexto del fallo de primer grado, y revocó los restantes, y en su lugar, decidió declarar *«la existencia de una sociedad patrimonial entre María Isabel Quesada y Pedro Emilio Torres Quijano, conformada durante la misma época de duración de la unión marital de hecho entre ellos. Por tanto, se ordena su disolución y liquidación»* y declaró imprósperas la totalidad de las defensas propuestas por el convocado. (fls. 43 – 82, c. 5).

## II.- FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO

En sustento de su determinación, el *ad quem* efectuó

las siguientes apreciaciones.

La Ley 54 de 1990 instituyó la unión marital de hecho y como consecuencia de la declaración de su existencia, la presunción de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, siempre que se den los requisitos que señala la misma ley en su artículo 2°. Ello significa, que «puede existir una unión marital de hecho con sociedad patrimonial de hecho presunta, así como unión marital de hecho con sociedad patrimonial no presunta, pues la comentada ley no excluye en momento alguno esta última posibilidad».

El requisito de temporalidad exigido en el artículo 2° de la Ley 54 de 1990, no se refiere a la existencia de la unión marital, sino a la presunción de sociedad patrimonial. En ese sentido, puede presentarse una unión marital de hecho, aunque los compañeros tengan poco tiempo de convivencia, siempre que sea singular y permanente. Dicha norma «no señala el origen de la sociedad patrimonial sino los requisitos de una presunción, en otras palabras, otorga una ventaja probatoria a quien *demandada*»; quien no reúne esas condiciones, no puede sufrir consecuencia distinta a la que emana del texto legal, «que la sociedad no se presume, con lo cual, quien alegue la existencia de la figura ha de probar que la fortuna construida lo ha sido entre los dos, producto del trabajo común, de la ayuda recíproca y del socorro que se deben los compañeros *permanentes*», por cuanto no es otro el efecto de toda norma que establece una presunción legal.

Es posible hablar de unión marital de hecho cuando los compañeros permanentes tienen una vida en común singular, así sea menor de dos años, y alguno de ellos tenga una sociedad conyugal sin liquidar. Los dos *ítems* tienen la misma naturaleza jurídica en cuanto a los requisitos de la presunción, y merecen igual tratamiento, sin embargo, en esas condiciones, quien demande la declaración de la sociedad patrimonial no goza de la presunción de su conformación y tendrá que probar que así ha sido.

El argumento referente a que desde esa perspectiva se confunden los patrimonios, es ajeno al caso por cuanto *«la sociedad patrimonial no es una sociedad a título universal, como se puede desprender de un cotejo entre los artículos 1774 del Código Civil y 3 de la Ley 54 de 1990. Y mucho menos lo es cuando el compañero permanente que funge como demandante no está amparado por la presunción. De modo que el problema de determinar en qué masa se hallan los bienes pasa a ser un problema puramente probatorio de la liquidación, que corresponde a otro estadio del pleito, que en modo alguno impide el reconocimiento de la figura, pues no es esencial»*.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 10 de septiembre de 2003 expediente N°7603, estimó inconstitucional la exigencia del artículo 2° de la Ley 54 de 1990, según la cual, para la conformación de la sociedad patrimonial las sociedades conyugales anteriores debían estar liquidadas, por cuanto *«no se compadece con la Carta*

que una cosa visiblemente innecesaria tenga el poder de anondar el derecho sustancial, cuya primacía asegura *aquella*, cuando es la disolución lo que pone fin a la sociedad conyugal, no la liquidación, bastando lo primero para evitar la confusión patrimonial. Pese a ello, la Ley 979 de 2005 insistió en consagrar la exigencia de la liquidación, sin embargo,

En opinión de esta Sala, el camino trazado por la sentencia de la Corte que se acaba de glosar debe continuarse. Así que desde la sentencia de julio 17 de 2009 este Tribunal ha venido en la construcción de la argumentación para sostener que la exigencia de la disolución (...) corre igual suerte que la de liquidación, enfrentada a los principios constitucionales. Por consiguiente, esta Sala aplica la excepción de inconstitucionalidad a la exigencia que indica que no hay lugar a sociedad patrimonial de hecho entre compañeros permanentes cuando persista una sociedad conyugal anterior, pues tal regla, no explícita en el texto legal, pero aplicada como norma derivada o adscrita, por la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, de tribunales y jueces, en el llamado derecho viviente, vulnera principios constitucionales como el de igualdad, el de acceso a la justicia, el de prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, entre otros.

En la demanda se afirmó que la unión marital duró entre el 15 de febrero de 1991 hasta la subsanación de aquella, mientras que el demandado negó rotundamente la existencia de una relación de esa naturaleza, empero, de los testimonios recibidos «fácilmente se concluye como lo hizo la funcionaria de primera instancia que en verdad entre la demandante y el demandado existió la relación de pareja que se reclama y que, incluso, se prolongó más allá de la presentación de la demanda. La conclusión es en cuanto a la unión marital de hecho, la misma a la cual llegara el juzgado en la sentencia de primera instancia».

No ocurre lo mismo respecto a lo decidido acerca de la sociedad patrimonial, denegada por el Juzgado aduciendo razones de orden jurídico que la sala mayoritaria no comparte, y dadas las particularidades del caso, se resuelve *«acorde con el precedente de este Tribunal, pero no con el de la Corte Suprema de Justicia que el proyecto derrotado dice seguir»*.

Si bien es cierto que el demandado desde el punto de vista formal tiene un matrimonio vigente, al comenzar la convivencia con María Isabel Quesada ya se encontraba separado de hecho con su esposa legítima, con lo que se *«robustece la conclusión de que la actora merece protección del derecho»*, la cual no tiene el alcance de la presunción consagrada en el artículo 2° de la Ley 54 de 1990, debiendo ella asumir, como en efecto lo hizo, *«la carga de demostrar que entre los dos compañeros construyeron un patrimonio familiar, no necesariamente una sociedad de hecho»*, y existen numerosos indicios de que el patrimonio adquirido por los contendientes durante su convivencia se aviene con lo dispuesto en el artículo 3 de la citada Ley, de manera que,

*Todos los indicios analizados atrás y que surgen de las declaraciones reseñadas son, para el Tribunal, suficiente prueba, ante la imposibilidad jurídica ya explicada de poderla presumir, de la existencia de la sociedad patrimonial entre María Isabel Quesada y Pedro Emilio Torres Quijano. Queda así satisfecha la carga probatoria que a la demandante impone el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, de probar, que existió una sociedad patrimonial de hecho entre compañeros permanentes, lo cual deberá declarar el Tribunal, sin necesidad de apoyo en presunción alguna.*

### III.- LA DEMANDA DE CASACIÓN

Se formuló un solo cargo con soporte en la causal 1° del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil acusando violación indirecta, por indebida aplicación del artículo 2° literales a y b y el parágrafo del artículo 3° de la Ley 54 de 1990, por **error de hecho** en la apreciación de las pruebas documentales y testimoniales arrojadas al proceso, así como de la respuesta ofrecida frente a los hechos y pretensiones (fls. 29 a 74, c. 6).

Para el recurrente, de la prueba recaudada no se deducía la existencia de una unión marital de hecho entre compañeros permanentes, además, la sociedad patrimonial no podía declararse porque tanto la accionante como el accionado son casados y las respectivas sociedades conyugales se encuentran vigentes. En sustento, expuso:

Los testimonios de Olga Sandoval de Sanabria, Elicencia Esteban Melo, Orfelina Beltrán de Olarte, Rosa Emira Esteban Melo, Gladys Pinzón Sáenz, no son plena prueba de los hechos de la demanda, ni suficientes para arribar a las conclusiones del Tribunal, por cuanto en los mismos hay aseveraciones falsas toda vez que no concuerdan con la realidad de los hechos investigados y existen también contradicciones.

El *ad quem*, no valoró en su real dimensión los testimonios de María Esperanza Torres, Leonor Vanegas



Gómez, Fabio Gómez Silva, Cristian Torres, Luz Aida García Quintero, Raúl Cristancho Pinzón, Beatriz Martínez Rondón, Jorge Enrique Rincón y Gonzalo Valbuena Garcés, decretados a petición del demandado.

Confrontados los testimonios de las personas citadas a instancia de la promotora con los solicitados por el impugnante, se aprecia que los últimos hablaron con sinceridad y certeza lo que realmente vieron y han vivido con él, dado que ellos *«siempre están cerca de Pedro, tienen acceso a la casa porque son los que le colaboran y al unísono todos han dicho que la señora María Isabel Quesada de Duarte, si bien lo visitaba lo hacía de vez en cuando de manera muy esporádica y que nunca compartió techo, lecho y mesa con Pedro»*, de manera que entre ellos solo existió un noviazgo, no una convivencia con las características de la unión marital.

Ante la indebida valoración que se le dio a la prueba testimonial, el juzgador de primera instancia declaró la unión marital, más no la sociedad patrimonial, sin embargo, en la segunda instancia fue más gravosa la situación, dado que además se reconoció la existencia de la sociedad patrimonial, pese a que los bienes de Pedro Emilio *«hacen parte de la sociedad conyugal que sigue vigente con la señora Myriam Riaño Godoy, dado que fue estando casado con esta señora que los adquirió»*, además, la demandante también tiene vigente la sociedad conyugal con Jaime Duarte, siendo la disolución de esas sociedades anteriores, el requisito indispensable para que pueda

declararse la sociedad patrimonial.

El *ad quem* no valoró el registro civil de matrimonio allegado con la contestación de la demanda que daba cuenta del matrimonio del demandado con Myriam Riaño Godoy, del cual se desprendería un hecho impeditivo de la declaratoria de la unión marital. Tampoco tuvo en cuenta las escrituras de compraventa arriadas en la misma oportunidad, de las cuales se infiere que los inmuebles fueron adquiridos por Pedro Emilio Torres antes de casarse o en vigencia de la sociedad conyugal con Myriam Riaño, unión respecto de la cual nunca se ha tramitado separación de cuerpos, divorcio o cesación de efectos civiles de matrimonio, ni disolución o liquidación de la sociedad conyugal, como requisito necesario para que pueda presumirse la existencia de la sociedad patrimonial.

El Tribunal se apartó de la ley y la jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia respecto a los requisitos de la sociedad patrimonial, cometiendo una gran injusticia en detrimento del recurrente, pues lo que tiene lo consiguió con su esposa y no con la accionante. De ese modo, dejó de lado que la sociedad conyugal se encontraba vigente por lo que los bienes allí adquiridos no pueden entrar a ser parte de una presunta sociedad patrimonial.

En consecuencia, solicita casar la sentencia de segunda instancia, y en su lugar, se declare que no existe mérito para el reconocimiento de la unión marital de hecho, y mucho menos de la sociedad patrimonial, entre las partes.

#### IV.- CONSIDERACIONES

1.- Por virtud del tránsito de legislación y el numeral 5° del artículo 625 de la Ley 1564 de 2012, conforme al cual los recursos interpuestos, *«se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron»*, en la definición de este asunto se tendrán en cuenta las normas que establecía el Código de Procedimiento Civil por ser las aplicables al momento en que se formuló el recurso de casación (10 abr. 2015) y que conservan vigencia hasta que culmine.

2.- Pese a que en el cargo formulado con soporte en el primer motivo consagrado en el artículo 368 del Código de Procedimiento Civil el impugnante solo acusó en forma explícita violación indirecta de normas sustanciales, no puede soslayarse que en su escrito también cuestionó al Tribunal por haberse apartado de la ley y la jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia respecto a los requisitos de la sociedad patrimonial, lo que pone en evidencia un cuestionamiento específico respecto a la solución jurídica del caso.

Según lo dijo la Sala en SC 24 abr. 2012, rad. n° 2005-00078, para acreditar la violación directa de la ley sustancial prevista en el numeral 1° del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, debe el recurrente enfocar su ataque a establecer la existencia de *«falsos juicios sobre las normas sustanciales que gobiernan el caso, ya sea por falta de aplicación, al no haberlas tenido en cuenta; por aplicación*

*indebida, al incurrir en un error de selección que deriva en darles efectos respecto de situaciones no contempladas; o cuando se acierta en su escogencia pero se le da un alcance que no tienen, presentándose una interpretación errónea,* precisamente, en esta última hipótesis se ubica el apartado del reproche planteado en el libelo casacional, al acusar al Tribunal de haber declarado la existencia de la sociedad patrimonial, pasando por alto que la Ley 54 de 1990 impide el surgimiento de la misma, cuando alguno de los compañeros tenga una sociedad conyugal que no haya sido disuelta.

En esas circunstancias, es menester dar alcance al artículo 51 del Decreto 2651 de 1991 -adoptado como legislación permanente, por el artículo 162 de la Ley 446 de 1998-, que entre las reglas a tener en cuenta, cuando quiera que en la demanda de casación se invoque la infracción de normas de derecho sustancial, incluye, «2°. Si un cargo contiene acusaciones que la Corte estima han debido formularse separadamente, deberá decidir sobre ellas como si se hubieran invocado en distintos cargos», por ser la situación evidenciada en el presente asunto.

A partir de la aplicación de esa premisa jurídica, se escindirá el estudio de la acusación en dos cargos, con apego a la causal primera de casación.

En primer lugar, se estudiará el ataque por violación indirecta de normas sustanciales derivada de yerros de hecho en la apreciación de los medios de convicción, por lo

que concierne a la declaratoria de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes. Estudio del cual se desprende infundado el cargo.

A continuación, se examinará la eventual vulneración directa de las normas materiales invocadas, de cara al reconocimiento de la sociedad patrimonial. Para el efecto, se tendrá en cuenta la doctrina probable de la Sala en punto a la prohibición legal de coexistencia de la sociedad conyugal y la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, sin desconocer la posibilidad que tienen los jueces de separarse de ella, siempre que lo hagan de manera razonada con argumentos jurídicos fundados y suficientes.

En ese laborío, se concluirá que el sentenciador, de manera injustificada dada la escasa solidez de los argumentos esgrimidos para decidir del modo que lo hizo, incurrió en la violación directa de las normas invocadas por el impugnante, al separarse de la interpretación que frente a las mismas ha decantado la jurisprudencia de la Corte, en cumplimiento de la labor de unificación que le es propia.

**2.1.-** En lo que respecta a las características de la unión marital de hecho como modelo de conformación familiar previsto en la Ley 54 de 1990, en CSJ, SC 12 dic. 2011, Rad. n.° 2003-01261-01, ratificada en SC2535- 2019, se expuso.

*Tres son, pues, en esencia, los requisitos que deben concurrir para la configuración de una unión material de hecho: la voluntad por parte de un hombre y una mujer -en*

*el contexto de la ley 54 de 1990-, de querer conformar, el uno con el otro, una comunidad de vida, y, por ende, dar origen a una familia; que dicho proyecto común se realice exclusivamente entre ellos, de tal manera que no existan otras uniones de alguno o de ambos con otras personas, que ostenten las mismas características o persigan similares finalidades; y que tal designio y su concreción en la convivencia se prolonguen en el tiempo.*

Para el juzgador de segunda instancia todos estos requisitos se acreditaron en el asunto *sub judice*, principalmente a partir de testimonios. El cargo en casación se edificó en lo que el recurrente calificó como una errónea apreciación de esos medios de convicción.

**2.1.1.-** Si se tiene en cuenta que el error de hecho por errónea apreciación probatoria puede presentarse cuando el fallador se equivoca ostensiblemente al valorar materialmente los medios demostrativos, por suposición, pretermisión o tergiversación, ello significa que no cualquier equivocación es válida para soportar esta acusación, siendo menester que sea manifiesta y además trascendente en el sentido de la sentencia, lo que le impone al inconforme un laboratorio de individualización de los medios probatorios que a su juicio fueron indebidamente apreciados por el sentenciador, y una comparación entre éstos y las conclusiones que de su valoración se extrajeron, encaminada a demostrar en qué consistió el error y cuál fue su incidencia en la definición del asunto.

Al reparar en la sustentación del recurso, se advierte un desconocimiento de esas exigencias en la medida que los reparos lucen como un alegato de instancia que da

cuenta de la forma como el inconforme considera que debieron valorarse las declaraciones de terceros y aun el dicho de las partes, pero en modo alguno ofrece un juicio comparativo o de cotejo entre lo que efectivamente dijeron los comparecientes y lo que de ellos extrajo el Tribunal, además, omitió indicar con exactitud en qué consistió la grave equivocación en que incurrió el sentenciador y su trascendencia en la decisión final.

En contravía de esa exigencia, en la demanda de casación el opugnador se dedicó a transcribir los testimonios recibidos por solicitud de la parte demandante a Olga Sandoval de Sanabria, Elicencia Esteban Melo, Orfelina Beltrán de Olarte, Rosa Emira Esteban Melo y Gladys Pinzón Sáenz, glosando algunas de las respuestas ofrecidas por ellos, para descalificarlas y acusar que no corresponden a la verdad, y, adicionalmente, reclamar que no se le hubiera dado más relevancia a los testimonios de María Esperanza Torres, Leonor Vanegas Gómez, Fabio Gómez Silva, Cristian Torres, Luz Aida García Quintero, Raúl Cristancho Pinzón, Beatriz Martínez Rondón, Jorge Enrique Rincón y Gonzalo Valbuena Garcés, decretados a petición del demandado.

Como puede verse, en esencia, el casacionista no especificó con referencia a cada uno de aquellos deponentes si el error enrostrado al sentenciador se contrajo a la suposición, pretermisión o tergiversación de su dicho, y se centró en expresar su total desacuerdo con las aseveraciones de un grupo de testigos -los pedidos por la

demandante-, en oposición a lo expresado por los que acudieron al juicio por su expresa solicitud que, en su criterio, si dieron cuenta de la verdad de los hechos.

En esas condiciones, la deficiencia en la formulación del cargo, impide efectuar el cotejo que ameritaría su estudio de acuerdo con la vía escogida.

**2.1.2.-** Pese al advertido defecto en la formulación de la impugnación, no sobra destacar que, en realidad, se presentaron posiciones disímiles en las versiones de los distintos declarantes que acudieron al juicio. Ante la presencia de dos grupos de testigos, el fallador se inclinó por darle mayor alcance al dicho de aquellos citados por petición de la promotora, e incluso al de Cristian Torres, que fue solicitado por el convocado, por considerar que éstos hicieron un relato más confiable de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la relación marital que vinculó a quienes ahora fungen como partes en este proceso y su duración.

Así mismo, el *ad quem* expresó de manera razonada por qué le generaban un grado de convicción superior con relación a las demás declaraciones recibidas, para concluir, «[a]l tener en cuenta que las declaraciones presentadas por la parte demandante son más responsivas, no ambiguas ni contradictorias, fácilmente se concluye, (...) que en verdad entre la demandante y el demandado existió la relación de pareja que se reclama y que, incluso, se prolongó más allá de la presentación de la demanda».



En tal virtud, el escrutinio de esas disquisiciones resulta ajeno a la labor encomendada a la Corte, pues tal y como se dijo en CSJ SC 003-2003 del 11 de febrero de 2003, rad. 6948, reiterada en SC 1151 de 2015, rad. N° 2005-00448-01,

*(...) si en un proceso se encuentran, por ejemplo, dos grupos de testigos que afirman posiciones contrarias, dando cada uno la razón de la ciencia de su dicho, no puede cometer per se el Tribunal error evidente si se inclina por uno de esos grupos de testigos, máxime si en apoyo de su elección se sustenta en otras pruebas que corroboran el dicho del grupo escogido. Se trata, en efecto, de que en casos como el que abstractamente se plantea, el Tribunal hace uso racional de su discreta autonomía en la apreciación de las pruebas, no pudiendo en consecuencia, cometer yerro fáctico en esa tarea.*

En otras palabras, cuando el juzgador opta por dar credibilidad a un conjunto de declarantes y no lo hace con otro que se muestra antagónico, además apoyado en otros medios de convicción según sucedió en el *sub judice*, ejerce la tarea de valorar el acervo de acuerdo con las reglas de la sana crítica (art. 187 C. de P. C.) y, por ende, no se puede calificar dicha determinación de errada, tal cual lo expone el embate que se resuelve, sino como el cumplimiento de su función jurisdiccional.

Por lo demás, no sobra señalar que, a tono con lo previsto en los artículos 218 y 228 del Código de Procedimiento Civil, la contradicción de la prueba testimonial se efectúa por vía del interrogatorio al testigo y de la tacha de éste por sospechoso, prerrogativas que tuvo a su disposición el apoderado del accionado si consideraba

que existían circunstancias que podían afectar la credibilidad o imparcialidad de los testigos, o si al momento de la práctica de la prueba advirtió respuestas oscuras o contradictorias acerca de hechos que debían quedar esclarecidos, por cuanto es a partir de lo allí evidenciado que el juez llega a su convencimiento de cuál es la decisión más acertada para resolver el litigio.

En esa dirección, se aprecia que el mandatario del convocado participó activamente en las audiencias de recepción de pruebas haciendo preguntas, e incluso tachando los testimonios de Olga Sandoval de Sanabria y Orfelina Beltrán de Olarte, tachas que fueron desestimadas en la sentencia de primer grado y frente a las cuales se pronunció el Tribunal indicando, respecto al primero, que el apoderado del demandado “lo tachó como sospechoso asegurando que no era veraz, pero no señaló cuál era el motivo de la tacha y no aparece en los generales de ley que la declarante tuviese alguna relación con las partes de la que pudiera inferirse alguna parcialidad. La tacha, entonces, es totalmente infundada” (pag. 73, c. 5) y en similar sentido se pronunció sobre el segundo (fl. 74, ib.), por lo que les confirió suficiente mérito demostrativo a esas versiones.

### 2.1.3.- Por otra parte, es cierto que en la foliatura se

aprecia copia del registro civil de matrimonio de Pedro Emilio Torres Quijano y Myriam Riaño Godoy, y que efectivamente el sentenciador no mencionó ese documento en el fallo censurado, sin embargo, es claro que la expresa referencia al mismo en nada habría cambiado sus

conclusiones dado que en su argumentación dejó sentado que, *«si bien es cierto que el demandado, desde el punto de vista formal, tiene un matrimonio vigente, para cuando comenzaron la convivencia juntos María Isabel Quesada y Pedro Emilio Torres Quijano, ya éste se hallaba separado de hecho de su esposa legítima»* y fue a partir de esa inferencia que construyó su tesis referente a que en este caso no operaba la presunción de existencia de la sociedad patrimonial, sino que debía ser demostrada.

En esa medida, es claro que ese medio probatorio de manera implícita sí fue considerado, y aún si se admitiera como cierta la omisión endilgada en ese sentido, la misma carecería de la fuerza necesaria para desvirtuar el juicio del *ad quem* en punto al estado civil del demandado, por lo mismo ningún yerro fáctico puede endilgarse, menos aún si se tiene en cuenta, que,

*(...) tratándose de error de hecho por preterición de una prueba o de un hecho de la demanda, no le basta al censor con señalar que en las consideraciones del fallo no se mencionó, sino que debe demostrar es que efectivamente no se tuvo en cuenta. Porque de haberse considerado, establecido implícitamente por sus conclusiones, su no mención sería una deficiencia de expresión, pero no de apreciación probatoria o de la demanda. Ello mismo se predica de las excepciones y de los demás medios defensivos aducidos, que suelen ser estudiados implícitamente con los fundamentos de la demanda que resulta a la postre favorecida (CSJ SC 5 may. 1998, exp. 5075).*

**2.1.4.-** Finalmente, aunque en la presentación inicial de su demanda el casacionista aludió a defectos derivados de la indebida apreciación de la contestación de la demanda, lo cierto es que no presentó reparos concretos al

respecto, de donde no es menester efectuar ninguna evaluación del fallo sobre ese *ítem*, como tampoco acerca de la aducida falta de apreciación de unas escrituras públicas de compraventa de inmuebles, dado que la discusión relacionada con la inclusión de bienes en la sociedad patrimonial hace parte de un estadio procesal posterior al fallo que declara su existencia.

En resumen, no prospera el cargo por violación indirecta de la Ley sustancial en lo concerniente a la declaratoria de la existencia de la unión marital de hecho.

**2.2.- Acusó el recurrente que el Tribunal se apartó de la ley y la jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia respecto a los requisitos de la sociedad patrimonial, al dejar de lado que la sociedad conyugal del demandado se encontraba vigente por lo que los bienes allí adquiridos no pueden entrar a ser parte de una presunta sociedad patrimonial.**

**2.2.1.-** Revisado el hilo argumentativo del fallo censurado, emerge palmario el desatino del Tribunal, al presentar una reinterpretación del artículo 2° de la Ley 54 de 1990, modificado por el 1° de la Ley 979 de 2005, acompañándolo con el artículo 3° de la primera, con el fin de justificar por qué se «*aparta de la tesis de la Corte Suprema de Justicia*», en franco desconocimiento de la doctrina probable que en esa materia surge de la jurisprudencia de la Corte que hasta la fecha se mantiene invariable.

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»*.

En efecto, al tenor del artículo 4° de la Ley 169 de 1896 *«Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores»*, disposición que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en C836 de 2001,

*(...) siempre y cuando se entienda que la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación, y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, en los términos de los numerales 14 a 24 de la presente Sentencia.*

Los mencionados numerales aluden a la fuerza vinculante de los precedentes como doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia, sustentada en los principios de igualdad, seguridad jurídica y buena fe, así como a la posibilidad que tiene la Corporación de modificar su jurisprudencia, en caso de que juzgue «*erróneas*» las decisiones tomadas en el pasado, lo que le impone asumir una carga argumentativa, que es igualmente exigible a los jueces para apartarse de la doctrina probable emanada de este órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria.

Por su pertinencia y para mayor ilustración, se cita in extenso un apartado del referido proveído:

20. Con todo, como se dijo antes, la fuerza normativa de la doctrina probable proviene (1) de la **autoridad** otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla, unificando la jurisprudencia ordinaria nacional; (2) del carácter decantado de la interpretación que dicha autoridad viene haciendo del ordenamiento positivo, mediante una **continua confrontación y adecuación a la realidad social**; (3) del deber de los jueces respecto de a) la igualdad frente a la ley y b) la igualdad de trato por parte de las autoridades y; (4) del principio de buena fe que obliga también a la rama jurisdiccional, prohibiéndole actuar contra sus propios actos. Por otra parte, la autoridad de la Corte Suprema para unificar la jurisprudencia tiene su fundamento en la necesidad de garantizar los derechos fundamentales de las personas y esta atribución implica que la Constitución le da un valor normativo mayor o un “plus” a la doctrina de esa alta Corporación que a la del resto de los jueces de la jurisdicción ordinaria. Ello supone que la carga argumentativa que corresponde a los jueces inferiores para apartarse de la jurisprudencia decantada por la Corte Suprema es mayor que la que corresponde a este órgano para apartarse de sus propias decisiones por considerarla *erróneas*.

21. La expresión “*erróneas*” que predica la norma demandada de las decisiones de la Corte Suprema puede entenderse de tres maneras diferentes, y cada interpretación da lugar a cambios jurisprudenciales por razones distintas. En primer lugar, cuando la doctrina, habiendo sido adecuada en una situación social

determinada, no responda adecuadamente al cambio social posterior. Como se analizó de manera general en el numeral 18 supra, este tipo de error sobreviniente justifica que la Corte cambie su propia jurisprudencia. En segundo lugar, la Corte puede considerar que la jurisprudencia resulta errónea, por ser contraria a los valores, objetivos, principios y derechos en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico. En estos casos también está justificado que la Corte Suprema cambie su jurisprudencia para evitar prolongar en el tiempo las injusticias del pasado, haciendo explícita tal decisión. En tercer lugar, como resulta apenas obvio, por cambios en el ordenamiento jurídico positivo, es decir, debido a un tránsito constitucional o legal relevante.

Esta Corporación se ha pronunciado sobre las anteriores dos posibilidades de variar la jurisprudencia, en los siguientes términos:

*“44- El respeto al precedente es entonces esencial en un Estado de derecho; sin embargo, también es claro que este principio no debe ser sacralizado, puesto que no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias en la decisión de un caso. Así, las eventuales equivocaciones del pasado no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y en el futuro. O, en otros eventos, una doctrina jurídica o una interpretación de ciertas normas puede haber sido útil y adecuada para resolver ciertos conflictos en un determinado momento pero su aplicación puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares, pero en otro contexto histórico, por lo cual en tal evento resulta irrazonable adherir a la vieja hermenéutica. Es entonces necesario aceptar que todo sistema jurídico se estructura en torno a una tensión permanente entre la búsqueda de la seguridad jurídica -que implica unos jueces respetuosos de los precedentes- y la realización de la justicia material del caso concreto -que implica que los jueces tengan capacidad de actualizar las normas a las situaciones nuevas-.” SU-047/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero)*

*Debe entenderse entonces que el error judicial al que hace referencia la norma demandada justifica el cambio de jurisprudencia en los términos expresados, pero no constituye una facultad del juez para desechar la doctrina de la Corte Suprema de Justicia sin un fundamento explícito suficiente.*  
(Subraya intencional).

**2.2.2.-** Tratándose de los requisitos para predicar la existencia de una sociedad patrimonial entre compañeros permanentes surgida de la unión marital de hecho entre

ellos, la Corte en múltiples oportunidades se ha pronunciado sobre el alcance del artículo 2° de la Ley 54 de 1990, a cuyo tenor,

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

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

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, previo 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 distintos, 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. (Subraya intencional).

Esta misma posición jurídica, fue reiterada en CSJ SC 20 abr. 2001, rad. 5883 y en SC 10 sep. 2003, rad. 7603, última providencia en la que se expuso,

[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

*podría 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 (...).*

En ese pronunciamiento, además, se consigió una nueva hermenéutica de 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, 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 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 división, 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 ganancias, 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.*

La Ley 979 de 2005, 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 para estos 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 interpretación de los presupuestos de viabilidad

de la sociedad patrimonial entre compañeros, consignadas 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 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*».

Es 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 acogió el criterio que venía sosteniendo esta Corporación 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 ganancias 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 complemento 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 ganancias en las cuales se pueda confundir el patrimonial 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 incursión 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 sí 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.*

Para cerrar la reseña jurisprudencial, se memora que en un caso similar procedente del mismo Tribunal, en CSJ SC14428-2016, tras efectuar un importante recuento de su línea jurisprudencial sobre esta materia<sup>1</sup>, la Corte precisó:

*La sociedad patrimonial entre compañeros permanentes solo surge, entonces, si la sociedad conyugal que uno de ellos o los dos tenían, ya se disolvió, sin importar que aún no se haya liquidado. Al disolverse, quedan definidos los activos y los pasivos del vínculo conyugal, delimitados los aportes que hicieron los conyugues, y claros los parámetros a partir de los cuales debe realizarse la liquidación subsecuente.*

*Como es natural, mientras la sociedad conyugal subsista, a su haber ingresan los bienes que la ley dispone, con sus respectivos condicionamientos. Por ello, formarán parte de aquella, según lo establece el artículo 1781 del Código Civil:*

*(...) los salarios y emolumentos de todo género de empleos y oficios devengados durante el matrimonio», «los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros de cualquiera naturaleza que provengan, sea de los bienes sociales, sea de los bienes propios de cada uno de los cónyuges y que se devenguen durante el matrimonio», el «dinero que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante él adquiriere, obligándose la sociedad a la restitución de igual suma», las «cosas fungibles y especies muebles que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante él adquiere (sic); quedando obligada la Sociedad a restituir su valor según el que tuvieron al tiempo del aporte o de la adquisición», «todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio a título oneroso», «los bienes raíces que la mujer aporta al*

---

<sup>1</sup> CSJ SC, 10 Sep. 2003, Rad. 7603, CSJ SC, 4 Sep. 2006, Rad. 1998-00696-01, CSJ SC, 7 Mar. 2011, Rad. 2003-00412-01, CSJ SC, 22 Mar. 2011, Rad. 2007-00091-01

matrimonio, apreciados para que la sociedad le restituya su valor en dinero».

Y la sociedad conyugal subsiste, evidentemente, hasta que se disuelve, lo que ocurre únicamente por los motivos señalados en el artículo 1820 ejusdem, y la existencia de unión marital en la que esté involucrado alguno de los consortes, no es uno de ellos.

(...).

Entonces, si al haber de la sociedad conyugal, antes de disolverse, ingresan por disposición legal los bienes y ganancias señalados en el artículo 1781 de la codificación civil, y este vínculo persiste hasta tanto no concurre alguna de las causales del artículo 1820 del mismo estatuto, no podría afirmarse, salvo que se quisiera ir en contra de toda lógica, que los activos de aquella pueden simultáneamente ingresar y hacer parte de otra universalidad, pues lo que existe en un lugar y período determinados no puede estar, al mismo tiempo, en otra parte.

Para concluir más adelante que, en el fallo censurado

se,

(...) 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 2° 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.

### 2.2.3- 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.

En ese sentido, en CSJ SC8525-2016 se efectuó un importante recuento de esta tesis, con énfasis en sus fundamentos constitucionales y legales, en orden a lo cual, se puntualizó:

*De consiguiente, en muchas hipótesis, puede existir al margen del matrimonio o de la vigente unión marital de hecho prevista en la Ley 54 de 1990, y de las correspondientes sociedad conyugal o patrimonial, una sociedad de hecho comercial o civil<sup>2</sup>, pudiendo coexistir ésta última con la sociedad conyugal, o con la sociedad patrimonial, pero cada cual con su propia naturaleza, identidad y autonomía jurídica. Todo ello, de la misma manera cómo puede existir la sociedad conyugal, y adlátere, en forma simultánea, una sociedad mercantil regular integrada por los cónyuges o por uno de estos con terceros.*

*Lo dicho no se refiere a la terminante singularidad que existe en forma excluyente entre el matrimonio y la sociedad conyugal, en relación con la unión marital y su sociedad patrimonial. La existencia de una sociedad conyugal o de una unión marital, no constituye escollo para que fulgure una sociedad de hecho entre concubinos o en el marco de la familia natural, “(...) pues no se trata de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes*

---

2 La naturaleza civil o comercial de la sociedad de hecho concubinaria es intrascendente a la hora de decidir un litigio, como el ahora planteado, por tratarse de una sociedad de hecho donde no importa el carácter de las actividades que originan el aporte, ni la determinación de la etiología de los actos que generan el provecho económico para establecer si son de índole comercial o civil por la identidad de los elementos axiológicos que integran una y otra, tal como paladinamente lo explican las sentencias de casación de esta Sala del 14 de mayo de 1992 y, del 22 de mayo del 2003 en el expediente 7826

regulada en la Ley 54 de 1990, y nada se opone a su formación, pues a partir de ésta, puede afirmarse que hoy coexisten, como sociedades de hecho, la civil, la comercial y la proveniente de la unión marital de hecho, cada una con presupuestos legales, autónoma tanto en el plano sustantivo como procesal” (cas. civ. auto de 16 de julio de 1992)<sup>3</sup>.

Como lo reitera la doctrina de esta Corte: “(...) la preexistencia de una sociedad conyugal, no impide la formación de la sociedad de hecho entre ‘concubinos’, ni su vigencia excluye la posibilidad de otras sociedades entre consortes o entre éstos y terceros, las cuales, por supuesto, son diferentes, por cuanto aquella surge ex lege por la celebración del matrimonio y es universal.

“En cambio, las otras sociedades surgen de actos dispositivos, negociales o contractuales, aun de ‘hecho’, presuponen integros los elementos esenciales del tipo contractual y son de carácter singular, particular y concreto (cas.civ. sentencia de 18 de octubre de 1973, CXLVII, 92).

“En cualquier caso, tiene dicho la Corte, ‘nada impide que una sociedad de hecho, como la formada entre concubinos, pueda concurrir con otras, civiles o comerciales legalmente constituidas, toda vez que lo que el legislador enfáticamente reprime es la concurrencia de sociedades universales’ (cas. civ. sentencia de 29 de septiembre de 2006, exp. 110013103011999- 01683-01, reiterando las de 27 de junio de 2005, exp. 7188 y 26 de marzo de 1958)”<sup>4</sup>.

Esse pensamiento, ya había sido desarrollado en una importante providencia del 2006, fijando inclusive las pautas para la distribución de los bienes de esa sociedad de hecho, siguiendo el criterio de causalidad entre la asociación de hecho y los bienes obtenidos en su desarrollo<sup>5</sup>.

**2.2.4.- Carece igualmente de asidero para separarse de la doctrina probable fijada en la jurisprudencia de la Corte sobre esta temática, el argumento del Tribunal referente a que el efecto de la preexistencia de una sociedad conyugal de uno o ambos compañeros permanentes, no es otro que el desvanecimiento de la presunción de la existencia de la**

3 CSJ., Civil, Sent. de 24 de febrero de 2011, expediente C-25899-3103-002-2002-00084-01  
4 CSJ., Civil, Sent. de 24 de febrero de 2011, expediente C-25899-3103-002-2002-00084-01.  
5 CSJ. Civil: Cas. Sent. de 29 de septiembre 2006, expediente 11001 31 03 011 1999 01683 01.

sociedad patrimonial, quedando sometida a la prueba de que realmente se conformó.

Tal interpretación resulta insostenible porque desconoce la integridad de la regulación de esa figura jurídica, es decir, la totalidad del segundo precepto de la Ley 54 de 1990 con la modificación introducida por la Ley 979 de 2015 que fija expresamente los requisitos de la sociedad patrimonial, así como la teleología de la norma.

Ciertamente, no admite discusión que la presunción de la sociedad patrimonial tal y como está plasmada en el artículo 2° de la Ley 54 de 1990 es de las denominadas *iuris tantum*, que por su naturaleza admiten prueba en contrario, y que la doctrina define, como «*reglas jurídicas sustanciales para la aplicación del derecho objetivo a ciertos casos concretos, cuyos efectos sustanciales se produce por fuera del proceso y son reconocidos en éste, donde además influyen en la carga de la prueba*»<sup>6</sup>.

Ante la consagración de ese régimen presunto de comunidad de bienes entre compañeros permanentes, es evidente que lo que puede probarse en contrario es que, muy a pesar de darse los supuestos previstos por el legislador (literales a) y b) art. 2° Ley 54/90), por alguna circunstancia debidamente demostrada en el juicio, conforme lo autoriza el artículo 66 del Código Civil, la misma no se estructuró, como ocurriría, por ejemplo, si se

---

<sup>6</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo II, 5° ed., Bogotá, Temis, 2006, pág. 681.

prueba que los compañeros, antes de la constitución de la unión marital, voluntariamente deciden otorgar capitulaciones patrimoniales<sup>7</sup>, lo que impediría el nacimiento de ese régimen económico.

Aunado a lo anterior, el *ad quem* pasa por alto la finalidad que soporta la exclusión de las dos modalidades de comunidad de bienes, que según ya quedó explicado, no es otra que evitar la confusión de dos sociedades a título universal, careciendo de toda lógica el argumento referente a que la sociedad patrimonial, a diferencia de la conyugal, no tiene esa connotación, en ese sentido, basta poner de relieve que la Corte en SC10304-2014, por virtud del principio de igualdad que debe orientar el trato dispensado a la familia constituida por vías jurídicas o de hecho, puntualizó,

(...) como la sociedad patrimonial derivada de la unión marital de hecho se presume, esto significa que la excepción a la otra prohibición de patrimonios universales no sólo quedó abierta “entre cónyuges”, sino también respecto de compañeros permanentes. La permisón, 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 (...)”<sup>8</sup>.

**3.-** En síntesis, la interpretación y alcance que la doctrina jurisprudencial de esta Corporación le ha conferido al artículo 2° de la Ley 54 de 1990, ha sido firme y se ha mantenido de manera constante en sus proveídos por lo

---

7 Institución aplicable por virtud de la remisión del artículo 7° de la Ley 54 de 1990 efectúa a los capítulos I a IV del Título XXII del Libro Cuarto de Código Civil.

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

constituye doctrina probable en esa materia en los términos del artículo 4° de la Ley 169 de 1896.

Desde esa perspectiva, y comoquiera que el escenario social en que se ha aplicado la reseñada jurisprudencia no ha sufrido ningún cambio significativo, pues las circunstancias fácticas siguen siendo similares; que no se han presentado modificaciones en el ordenamiento positivo sobre la regulación legal del régimen económico del matrimonio y de la unión marial de hecho, y que no existen razones de peso para considerar que esa doctrina probable es errónea por contrariar valores superiores del ordenamiento jurídico, estima la Corte que no existen razones válidas para modificarla, por ende, los argumentos esbozados por el Tribunal para separarse de ella, no logran destruir su fundamento, como ya se explicó.

**4.-** En suma, 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 2° de la Ley 54 de 1990, con la modificación del 1° de la Ley 979 de 2005, como insistentemente ha expresado la Corporación desde antaño y en lo que ha sido enfática hasta la actualidad.

**5.-** En consecuencia, se casará parcialmente el fallo

impugnado en lo que se refiere al análisis de la existencia de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, puesto que en lo correspondiente a la unión marital de hecho los reparos presentados por el impugnante en esta senda no salieron adelante.

**6.-** 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».

### III.- SENTENCIA SUSTITUTIVA

**1.-** Ante la prosperidad de la acusación corresponde a la Corte, en sede de instancia, desatar el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra el fallo de 22 de agosto de 2014, proferido por el Juzgado de Familia en Descongestión de Bucaramanga respecto a su negativa de reconocer la existencia de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, dando por superada cualquier inconformidad del demandado frente al reconocimiento de la unión marital de hecho entre María Isabel Quejada y Pedro Emilio Torres Quijano del 1° de febrero de 1992 al 24 de julio de 2013, lo que se mantiene inólume y no amerita un nuevo análisis.

**2.-** El a quo denegó las pretensiones segunda y

tercera de la demanda, encaminadas a la *“declaratoria, disolución y liquidación de la sociedad patrimonial”* entre compañeros permanentes por el mismo lapso de la comunidad de vida que mantuvieron, por cuanto, acreditado el estado civil de casado de cada uno de los compañeros permanentes, sin disolución de las respectivas sociedades conyugales *«impide por prohibición legal expresa, el surgimiento de la presunción de sociedad patrimonial establecida en el art. 2 de la ley 54 de 1990»*.

**3.-** El disentimiento de la apelante se concretó en que declarada la unión marital de hecho, no había razón para que se negara la sociedad patrimonial, solo por no haberse disuelto las sociedades conyugales anteriores, pues de esa manera se *«está violentando el derecho a la igualdad y a la protección de las familias que surgen con ocasión a la unión marital de hecho, pues se estaría violando el derecho de los compañeros que conjuntamente han elaborado un patrimonio»* y que, en este caso, los compañeros de forma mancomunada lograron hacer un capital de bienes, por lo que desconocer sus derechos sobre el 50% de los bienes adquiridos durante el tiempo que duró la unión se constituye en una *«flagrante violación»* de los mismos por el tiempo de convivencia.

**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 ganancias paralela.

**5.-** En este caso, se acreditó que Pedro Emilio Torres Quijano y Myriam Riaño Godoy contrajeron nupcias el 3 de noviembre de 1989, como se extrae de la copia del registro civil de matrimonio con serial 991724 (fl. 65, c. 1), siendo pacífico que para la fecha en que se profirió el fallo de primer grado no se había decretado la disolución de la sociedad conyugal originada con ocasión de ese vínculo matrimonial. Basta esta inferencia para deducir la improcedencia de la sociedad patrimonial, al margen de que el estado civil de casada que también se predicó de la demandante desde la presentación del libelo no se haya probado en debida forma.

**6.-** En las advertidas circunstancias, si bien, según se acreditó en esta causa Pedro Emilio Torres y María Isabel Quesada estuvieron unidos como pareja del 1° de febrero de 1992 al 24 de julio de 2013, durante dicho lapso fue imposible que se irradiaran los efectos patrimoniales aparejados a esa clase de nexos en vista de un impedimento legal, como lo era la existencia de una sociedad conyugal vigente respecto del demandado, por lo que, según quedó analizado con suficiencia al resolver el cargo formulado en casación, le asistió razón al *a quo*, para denegar las



pretensiones dirigidas a obtener el reconocimiento de la sociedad patrimonial.

**7.-** Teniendo en cuenta que ninguna de las apelaciones tuvo éxito en la segunda instancia, no hay lugar a imponer costas por este grado de conocimiento.

#### **IV.- DECISIÓN**

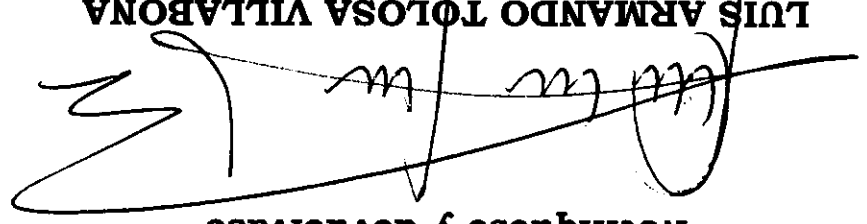
En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA PARCIALMENTE** la sentencia de 24 de marzo de 2015, proferida por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, dentro del proceso ordinario que adelantó María Isabel Quesada en contra de Pedro Emilio Torres Quijano. Por lo tanto, en sede de instancia,

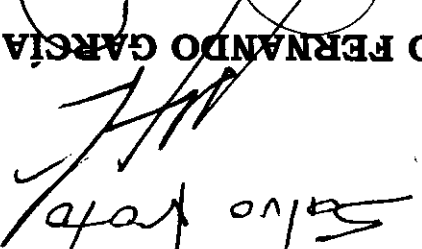
#### **RESUELVE:**

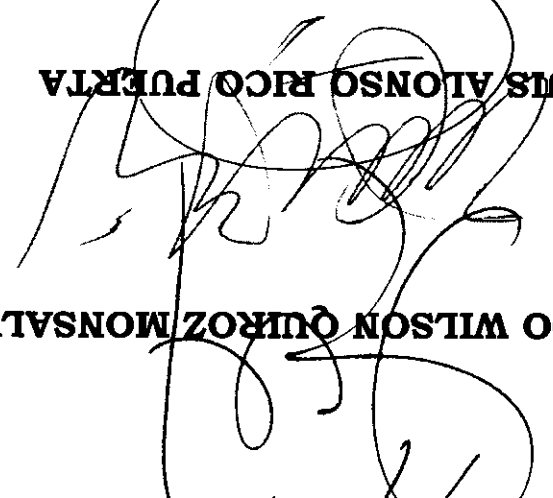
**PRIMERO: CONFIRMAR** en su integridad la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado de Familia en Descongestión de Bucaramanga dentro del presente asunto, que declaró la existencia de unión marital de hecho entre Pedro Emilio Torres Quijano y María Isabel Quesada del 1° de febrero de 1992 al 24 de julio de 2013, y denegó la pretensión de existencia de sociedad patrimonial entre los mismos compañeros permanentes y demás determinaciones relacionadas.

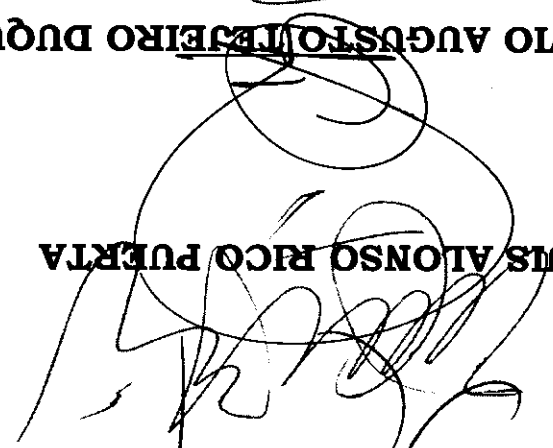
**SEGUNDO:** Sin costas en segunda instancia, dado el resultado de la alzada, ni en casación en vista de la prosperidad del recurso. En su oportunidad, devuélvase el expediente a la Corporación de origen.

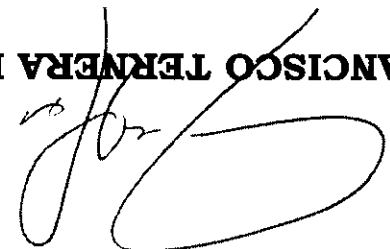
**Notifíquese y devuélvase**

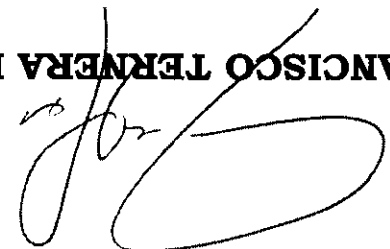
  
**LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA**  
Presidente de Sala  
*Salvo voto*

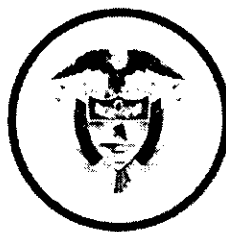
  
**ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO**

  
**AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO**

  
**LUIS ALONSO RICO PUERTA**

  
**OCTAVIO AUGUSTO TEIXEIRA DUQUE**

  
**FRANCISCO TERNERERA BARRIOS**



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Civil

**LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA**  
**SALVAMENTO DE VOTO**

**Radicación n.º 68001-31-10-001-2013-00147-01**

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 María Isabel Quesada de Duarte y Pedro Emilio Torres Quijano, desde el 15 de febrero de 1991 hasta la fecha de presentación de la demanda subsanada.

**1.El contorno fáctico y jurídico del proceso**

Se contrae a una unión marital de hecho y la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes.

## 2. Las sentencias de instancia

a) El Juzgado declaró la unión marital, entre las partes reseñadas entre el 1º de febrero de 1992 y el 24 de julio de 2013 y negó la sociedad patrimonial. Esto último, al encontrar que los integrantes de la pareja, como consecuencias de anteriores matrimonios, tenían vigentes las sociedades conyugales anteriores, en tanto, no se habían disuelto.

b) El Tribunal confirmó la unión marital y revocó la patrimonial. 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»*.

## 3. La demanda de casación

En el cargo único formulado por el demandado 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.

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 anfibológico. Pero debo destacar, de ninguna manera el Tribunal de Bucaramanga actuó de manera irrevocable, 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. Añadiendo que no se confunden los patrimonios por cuanto «la sociedad patrimonial no es una sociedad a título universal, como se puede desprender de un cotejo entre los artículos 1774 del Código Civil y 3 de la Ley 54 de 1990. Y mucho menos lo es cuando el compañero permanente que funge como demandante no está amparado por la presunción. De modo que el problema de determinar en qué masa se hallan los bienes pasa a ser un problema puramente probatorio de la liquidación, que corresponde a otro estadio del pleito, que en modo alguno impide el reconocimiento de la figura, pues no es esencial».

El tribunal, luego expuso:

*“En opinión de esta Sala, el camino trazado por la sentencia de la Corte que se acaba de glosar -refiriéndose a la sentencia del 10 de septiembre de 2003 expediente N°7603 que consideró innecesaria la liquidación- debe continuarse. Así que desde la sentencia de julio 17 de 2009 este Tribunal ha venido en la construcción de la argumentación para sostener que la exigencia de la disolución (...) corre igual suerte que la de liquidación, enfrentada a los principios constitucionales. Por consiguiente, esta Sala aplica la excepción de inconstitucionalidad a la exigencia que indica que no hay lugar a sociedad patrimonial de hecho entre compañeros permanentes cuando persista una sociedad conyugal anterior, pues tal regla, no explícita en el texto legal, pero aplicada como norma derivada o adscrita, por la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, de tribunales y jueces, en el llamado derecho viviente, vulnera principios constitucionales como el de igualdad, el de acceso a la justicia, el de prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, entre otros”.*

Y de ese modo concluyó:

*“Todos los indicios analizados atrás y que surgen de las declaraciones reseñadas son, para el Tribunal, suficiente prueba, ante la imposibilidad jurídica ya explicada de poderla presumir, de la existencia de la sociedad patrimonial entre María Isabel Quesada y Pedro Emilio Torres Quijano. Queda así satisfecha la carga probatoria que a la demandante impone el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, de probar, que existió una sociedad patrimonial de hecho entre compañeros permanentes, lo cual deberá declarar el Tribunal, sin necesidad de apoyo en presunción alguna”.*

**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



*patrimoniales, 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 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”.

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 el surgimiento de la "sociedad patrimonial", cuando no se encuentra disuelta, en esencia para evitar la confusión de "universales 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 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 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 error 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 contraidas 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 precise, 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, algo más de 21 años, no se puede sostener, constitucional, convencional, justiciera y razonablemente que la relación económica del matrimonio anterior esté vigente. La razón es sencilla, la disolución 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 si 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 más de veinte 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 aquélla 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 tesis 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 trascendentes finalidades de esta institución, resulta contrario a derecho que sin existir las finalidades del matrimonio, la cooperación, el socorro, ayuda mutua 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: Gullón 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 (...)”<sup>1</sup>.*

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*).

---

1 ALEJANDREZ 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.

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) seria, 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 (...)"<sup>2</sup>.*

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 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*

---

<sup>2</sup> 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.

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)”<sup>3</sup>.

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 3° del artículo 2° 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 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”<sup>4</sup>.

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

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



Lo relevante de la anterior doctrina jurisprudencial, es el efecto declarativo de las decisiones consecuenciales de 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 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”*<sup>5</sup>.

La segunda hipótesis del nuevo ordenamiento

---

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.

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 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 1º 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*"<sup>6</sup>(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.

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

---

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

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 "(...)*des hacer algo pniendo flin a la unión de sus componentes (...)* destruir o *aniquilar algo (...)* resolver"<sup>7</sup>, 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 Pedro Emilio Torres Quijano y Myriam Riaño Godoy, 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 relación se quebró de manera definitiva e irrevocable a partir de la ruptura de la pareja.

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

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

hechos probados, de tal modo que la vigencia formal del vínculo, o la preexistencia de la sociedad conyugal del matrimonio anterior, no disuelta formalmente, no puede ser escollo para que fulgure y excluya 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 adquieran.

En el punto es trascendental reiterar que la unión conformada por Pedro Emilio Torres Quijano y María Isabel Quesada de Duarte, 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 supralegal alguna, 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 el contradictor sale premiado por la sentencia de casación disfrutando el trabajo, el patrimonio y la contribución que se compañaera 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 combato 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 adoctrinado 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”<sup>8</sup>.

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 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 (...)”<sup>9</sup> (Negritillas propias).

---

8 CSJ SC del 17 de mayo de 1988 G. J., t. CXXIV, páginas 151 - 162.  
9 VIGO, Rodolfo Luis. *Los Desafíos de la Justicia en el siglo XXI*, en *La Protección de los Derechos Fundamentales y la Jurisdicción Ordinaria*, página 64.



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

Fecha *ut supra*.



**LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA**  
Magistrado