Providencia recopilada por GMH abogados
Adquiere nuestra suscripción en
www.gmhabogados.com.co/tienda-2
WhatsApp 313-8836491

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Magistrado Ponente

SC4027-2021

Radicación: 11001-31-03-037-2008-00141-01

(Aprobado en Sala virtual de veintinueve de abril de dos mil veintiuno)

Bogotá, D. C., catorce (14) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Se decide el recurso de casación que interpuso Fanny Peña de Monsalve contra la sentencia de 27 de mayo de 2014, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, en el proceso ordinario incoado por la recurrente, frente a Clementina Barriga Manrique y Jesús Ernesto Monsalve Benavides.

1. ANTECEDENTES

1.1. ***Petitum***. Se contrae a declarar la simulación absoluta o relativa del contrato de compraventa referente al 50% del derecho de dominio de un inmueble, o su rescisión por lesión enorme, con las consecuencias inherentes, entre otras, las condenas que fueren del caso, al pretenderse sustraer dolosamente el bien de un patrimonio universal.

1.2. **Causa *petendi***. Las súplicas se fundamentaron en los hechos que en lo pertinente se sintetizan.

1.2.1. El 26 de diciembre de 1953, la actora Fanny Peña de Monsalve y el convocado Jesús Ernesto Monsalve Benavides, contrajeron matrimonio, y mediante sentencia de 28 de marzo de 2001, emitida por el Juzgado Primero de Familia de Bogotá, se declaró disuelta la respectiva sociedad conyugal.

1.2.2. Según Escritura Pública 351 de 25 de julio de 1988, otorgada en la Notaría Décima del Circulo de Bogotá, debidamente inscrita en la Oficina de Instrumentos Públicos y Privados de esta misma ciudad, Jesús Ernesto Monsalve Benavides, adquirió a María Josefa de los Ángeles Nieto de Benavides y Alba Eufemia Benavides de Uribe el cincuenta por ciento del inmueble con matrícula 50C 272170 de la Oficina de Registro de Bogotá, estando vigente su sociedad conyugal con la demandante.

1.2.3. El 22 de junio de 2005, luego de disuelta la sociedad conyugal, mediante Escritura Pública 5938 de la Notaría Diecinueve del Círculo de Bogotá, contentiva del contrato impugnado, registrada, Jesús Ernesto Monsalve Benavides transfirió el derecho controvertido a la codemandada, Clementina Barriga Manrique.

1.2.4. El precio de la compraventa aparece fijado en el instrumento público en $55'163.000, cuando para la época su valor ascendía a $250'000.000. En todo caso, amén de

vil o irrisorio, no fue recibido por el vendedor, quien tampoco, dada su buena calidad de pensionado de Ecopetrol, carecía de premuras económicas.

1.2.5. En la misma fecha del contrato de compraventa, en virtud de la Escritura Pública 5947 de la Notaría Diecinueve del Círculo de Bogotá, la adquirente hipotecó el inmueble a Pedro Pablo y Julio César Martínez Villarreal, a Alcira Acevedo de Martínez y a Carlos Adolfo Rodríguez Villarreal, en cuantía de $23'000.000.

1.2.6. Los demandados conviven en unión marital de hecho hace 27 años, aproximadamente, y se unieron en matrimonio civil el 24 de junio de 2006, celebrado en la Notaría Sexta del Círculo de Bogotá. De modo que, si el libelo fue radicado el 31 de marzo de 2008, esa convivencia se extendió desde 1981 (hecho 10 de la demanda).

1.2.7. Frente a la discapacidad de Jesús Ernesto Monsalve Benavides, el Juzgado Diecinueve de Familia de Bogotá, en auto de 22 de febrero de 2007, lo declaró en interdicción provisoria y designó a su esposa, y abogada, Clementina Barriga Manrique, como guardadora, quien ejerce el cargo desde el 19 de noviembre de 2007. Con antelación lo hacía en calidad de apoderada general.

1.2.8. Si la intención de Jesús Ernesto Monsalve Benavides, era donarle el derecho de dominio a su actual cónyuge, el negocio jurídico estaba afectado de nulidad, al no cumplirse la formalidad de su insinuación.

1.3. **Los escritos de réplica**. Los convocados se opusieron a las pretensiones.

1.3.1. Clementina Barriga Manrique, en lo esencial, aduciendo que el contrato de compraventa celebrado fue real y no ficticio, pues el precio convenido y pagado fue fijado con base en el avalúo catastral, debiéndose hipotecar el inmueble adquirido para cubrir el saldo adeudado, todo lo cual desvirtúa el invocado fraude y donación.

1.3.2. Jesús Ernesto Monsalve Benavidez, en el mismo sentido, aclaró que el 50% del derecho de dominio en el bien raíz, fue habido y enajenado en estado de separación con la demandante, desde hace más de veintisiete años, razón por la cual, ésta ni siquiera podía saber de las múltiples obligaciones que adquirió para responder económicamente por todos sus hijos.

1.4. **El fallo de primer grado**. El 24 de junio de 2011, el Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Descongestión de Bogotá, declaró la simulación absoluta, como consecuencia, condenó a Clementina Barriga Manrique, a restituir el predio a la parte actora y a pagar por frutos $211'920.314, y a Jesús Ernesto Monsalve Benavides, a perder su derecho en la partición y a cancelar a la masa universal $290'100.000, equivalente al doble de valor sustraído.

Para el fallador, el pago del precio estipulado no fue acreditado, pues no se demostró la existencia de la promesa antecedente, al parecer suscrita en 1998; y lo narrado por

Mario Eduardo Monsalve Manrique, hijo de los convocados, sobre la solución del saldo en la notaría el día de suscripción de la escritura pública, contradecía la versión del acreedor hipotecario, Julio César Martínez Villarreal, quien no percibió la presencia de aquel en dicho lugar.

En adición, el monto de la negociación por la cuota parte del derecho de dominio, $55'163.000, representaba la mitad del avalúo catastral. No obstante, conforme al dictamen pericial, el bien tenía un valor comercial de $290'100.000, de modo que el acto constituía un detrimento considerable del patrimonio del vendedor.

La destinación del producto del precio al pago de obligaciones a cargo del enajenante, aparecía desvirtuado, pues las dos deudas adquiridas y acreditadas, con Gladys Umbarila y Finanzauto S.A., una de ellas para sufragar la educación de sus hijos, no fueron solucionadas, sino que continuaron amortizándose en cuotas periódicas.

Si el motivo de la compraventa, según Miguel Enrique Monsalve Barriga, se debió a la "*enemistad*" de Jesús Ernesto Monsalve Benavides con los demás condóminos, en la declaración de Francisco Antonio Monsalve Benavides, uno de ellos, tío de aquél y hermano de éste, esa elación no se advertía ante el trato cordial manifestado por Enrique Barriga Manrique, consanguíneo de la codemandada.

Concluye el juzgador, los indicios de (i) falta de ingreso del precio de la compraventa al patrimonio del enajenante,

(ii) ausencia de prueba de su destino, (iii) ausencia de necesidad del vendedor y (iv) adquisición por la compradora sabiendo que se trataba de un bien social, por ende, la intención de sustraerlo del acervo universal, eran prueba suficiente de la simulación absoluta.

1.5. **La sentencia de segunda instancia**. El superior, al resolver el recurso de apelación de los demandados, revocó la anterior decisión y desestimó las pretensiones.

2. LA PROVIDENCIA DEL TRIBUNAL

2.1. En sentir del *ad-quem*, los indicios aludidos por al *a-quo* no desvirtuaban la presunción de legalidad del negocio jurídico cuestionado, toda vez que nada acreditaban en relación con la ausencia total de la real intención recíproca de los contratantes de enajenar y de adquirir.

La inferencia derivada del inexistente ingreso y destino del precio pagado, y de la no necesidad del vendedor, solo refería la desatención de una obligación del comprador, pero de ninguna manera refutaba la voluntad de los contratantes de traspasar la propiedad; y la adquisición a sabiendas de ser un activo social; únicamente tenía que ver con la buena o mala fe de la adquirente.

Si lo anterior fuera poco, Clementina Barriga Manrique siempre se ha erigido dueña y poseedora del inmueble. El testigo Germán Enrique Calderón, arrendatario del local comercial existente en el lugar, la señaló como tal; en igual

sentido, Constanza Bohórquez Téllez, quien también mencionó las adecuaciones realizadas por aquella.

Aunado a ello, la pretensora Fanny Peña de Monsalve, en el interrogatorio, perturbaba la legalidad del contrato, no su existencia, pues reconocía a Clementina Barriga Manrique, como propietaria del bien, al paso que simplemente le desconocía el derecho a comprar, en cuanto sabía que no podía adquirirlo, al ser graduada en derecho.

Igualmente, Gilma Patricia Bernal León, abogada de los interpelados para la época de los hechos, evidenció la realidad de la compraventa, fue testigo presencial de sus términos, incluyendo el pago del precio.

Así mismo, el copropietario Francisco Antonio Morales Benavides, expresó el desinterés del vendedor en los asuntos del predio a partir del contrato, en 2005, cuando años atrás era quien principalmente disponía de todo.

Esta última circunstancia, también fue narrada por Juan Fernando Monsalve Peña, hijo de Jesús Ernesto Monsalve y Fanny Peña, al sostener que su padre ocupó materialmente el inmueble como hasta el 2005.

2.2. Descartada la simulación absoluta, el Tribunal, en punto de la donación oculta, no la halló configurada, pues la presunción de ser veraz lo consignado en la escritura pública sobre el pago del valor de la compraventa, no había sido desvirtuada, sino corroborada.

En efecto, el recibo de 12 de agosto de 1998, emanado de Jesús Ernesto Monsalve Benavides, daba cuenta del pago de $5'000.000, como abono al precio de la promesa de compraventa del 50% del derecho de dominio.

Julio César Martínez Villarreal, acreedor hipotecario, quien estuvo presente en la notaría el día del contrato, vio cuando Clementina Barriga Manrique entregó a Jesús Ernesto Monsalve Benavides, el dinero facilitado para terminar de cubrir el saldo de $23'000.000.

Así mismo, el poder otorgado por Jesús Ernesto Monsalve Benavides a Jaime Ronderos, para llevar a cabo la negociación con la codemandada, y la necesidad de la venta, dadas las obligaciones que tenía en el 2005 y 2006 con el Banco de Bogotá, Fianzauto y Gladys Umbarila, amén de la inexistencia de prueba sobre el concilio simulatorio, confirmaban la realidad del contrato.

En adición, la acreditada enfermedad de Alzhéimer del enajenante, no incidía en la simulación, sino eventualmente en su voluntad, de donde debía seguirse la intención de celebrar la compraventa en forma real y no fingida.

2.3. Truncada la simulación absoluta y relativa, para el juzgador, la misma suerte corría la lesión enorme, ante la carencia de prueba del "*vicio ultra dimidium en el precio*".

Acreditado que la negociación había iniciado en 1998, como se corroboraba con el recibo de 12 de agosto de 1998,

acerca del abono al precio de $5'000.000, y con declaración de Gilma Patricia Bernal León, quien adujo haberla presenciado, la actora no aportó ningún elemento de juicio sobre el justo precio del bien para esa misma calenda, mientras el avalúo adosado, lo ubicaba en el 2005.

2.4. En lo demás, acreditado que Jesús Ernesto Monsalve Benavides y Fanny Peña de Monsalve, se encontraban separados desde 1981, no se advertía la intención positiva de defraudar o afectar a esta última en la sociedad conyugal que conformaron, pues la adquisición del inmueble por parte de aquél, en 1988, y su posterior enajenación a Clementina Barriga Manrique, en 2005, había sido en ese estado de separación.

3. LA DEMANDA DE CASACIÓN

Cinco cargos fueron formulados por la demandante recurrente. La Corte los resolverá aunados, por ameritar consideraciones comunes como en su momento se verá.

3.1. CARGO PRIMERO

3.1.1. Denuncia la transgresión de los artículos 1457, 1458, 1766, 1849, 1857, 1863, 1864 y 1871 del Código Civil, como consecuencia de la comisión de errores probatorios de hecho y de derecho.

3.1.2. En su desarrollo, con relación a estos últimos, la recurrente acepta los indicios sobre (i) ausencia de

ingreso del precio al patrimonio del vendedor, (ii) falta de necesidad económica del enajenante, (iii) desconocimiento del destino de lo supuestamente pagado y (iv) conocimiento de la compradora de adquirir un bien social.

3.1.2.1. Considera, sin embargo, que el Tribunal violó los cánones 174 y 175 del Código de Procedimiento Civil, al decir que tales indicios, por si mismos, eran insuficientes para declarar la simulación absoluta o relativa, a manera de tarifa legal, cuando en la materia existía libertad probatoria.

3.1.2.2. Agrega que el juzgador desconoció el precepto 187 del mismo ordenamiento, pues así dichos indicios, aisladamente, tuvieran relación con el precio y su pago, o con la buena o mala fe de la adquirente, al valorarse en conjunto, se infringieron reglas de la sana crítica.

En concreto, las de la experiencia, por cuanto "*si no se justifica la venta o el desplazamiento del precio o su destino*", esos hechos, ante la ausencia de otra explicación posible, se erigían en significativas huellas de la simulación.

De igual manera, las de la lógica, porque si el negocio jurídico exteriorizado públicamente era aparente, resultaba impropio hablar de cumplimiento o incumplimiento de algo inexistente, mucho menos, de buena o mala fe de lo fingido.

3.1.2.3. Añade que el sentenciador transgredió las normas 195-2, 253, 254, 268, 279 y 280 del Código de Procedimiento Civil, al conferirle eficacia demostrativa al

recibo de 12 de agosto de 1998, acerca del pago de $5'000.000, cuando no la tenía.

Esto, porque adosado en copia auténtica, no se señalaron las razones por las cuales el demandado vendedor se excusaba de aportar el original; del mismo modo, ante la falta de fecha cierta, no podía hacerse valer retroactivamente contra la otra parte; y si contenía una declaración en su beneficio (del demandado), carecía de valor en favor por tratarse de su propia versión.

3.1.2.4. En idéntica dirección, acota, el *ad-quem* violó las disposiciones 174, 217 y 218 del mismo Estatuto Adjetivo, al otorgarle mérito persuasivo, sin tenerlo, a lo declarado por Francisco Antonio Monsalve Benavides y Juan Fernando Monsalve Peña, para mostrar que el enajenante, luego de la compraventa, se desentendió del bien, y resaltar sus dificultades económicas.

Lo anterior, porque pese a ver la relación familiar de los testigos con el vendedor Jesús Ernesto Monsalve Benavides, hermano e hijo, constitutiva de sospecha, la idoneidad demostrativa pendía del respaldo de sus dichos "*en otras pruebas, nada de lo cual se encuentra cumplido*".

3.1.2.5. Finalmente, subraya, el fallador desconoció el artículo 195, numeral 2° del Código de Procedimiento Civil, al otorgarle mérito probatorio al interrogatorio de la actora, puesto que, si en ninguna parte aceptó ser cierto el contrato de compraventa, ni señaló un hecho indicativo en ese

sentido, por ejemplo, el pago del precio o la entrega de la posesión material, nada en su contra podía valorarse.

3.1.3. En punto de los errores de hecho, en sentir de la recurrente, el Tribunal se equivocó desde varios flancos.

3.1.3.1. Sobre los pagos efectuados por Clementina Barriga Manrique, supuso el hecho en el poder otorgado por Jesús Ernesto Monsalve Benavides a Jaime Ronderos. Su contenido no refiere "*ningún pago o recibo de dinero*", simplemente fue conferido para celebrar la compraventa; y autenticado el 3 de junio de 1994, era lejano de la época investigada.

Lo mismo sucedió al apreciar el testimonio de Julio César Martínez Villarreal, quien si bien mencionó la entrega material en la notaría de algo más de $17'000.000, esto no conducía a dejar sentado un pago real. Si una mínima parte, como $3'000.000, se solucionó mediante cheque, no tenía explicación alguna cruzar, constante y sonante, cantidades considerables, inclusive, sin contarlas el vendedor, aunque se le sugirió, pero no sabe si lo hizo.

Con relación a las obligaciones del enajenante en favor del Banco de Bogotá, Finanzauto y Gladys Umbarila, su existencia no conducía a justificar el contrato, pues en coherencia con el interrogatorio de la compradora, el afirmado precio del inmueble fue destinado a gastos del entorno familiar y no a cubrir deudas.

3.1.3.2. Acerca de la inexistente intención de simular, si el vendedor sufría de Alzhéimer, cual lo probaba el dictamen médico, la versión de Juan Fernando Monsalve Peña y el interrogatorio de la actora, no se entendía cómo, defendiéndose la realidad del contrato, la no incidencia de esa afección en la capacidad, excluía dicha intención, dado que, siendo hábil para lo uno, por lógica, lo era para lo otro.

3.1.3.3. En lo relativo a la sentada posesión material del inmueble en cabeza de la adquirente, al omitir que la testigo Constanza Bohórquez Téllez, era de oídas, si se considera que todo lo sabía por boca de aquella.

Ahora, si los actos de señorío los hizo derivar de una promesa celebrada en 1998, supuso el hecho indicador, al brillar por su ausencia el precontrato en el proceso.

La misma circunstancia no podía dejarse demostrada con el testimonio de la abogada Gilma Patricia Bernal León, porque lo entroncado con la promesa y con el pago de $5'000.000, caía al vacío, ante la falta de la prueba de lo primero y la advertida inoponibilidad a la actora de lo segundo. Además, desfiguró la testigo, pues ésta no dijo que le constara la posesión, sino la afirmó de otras personas.

Igual cosa aplicaba a lo vertido por Germán Enrique Calderón, inquilino del local, pues, aunque ratificó la posesión de la compradora, pasó por alto que la razón de su dicho era ambigua y contingente. Lo primero, al no recordar detalles importantes del arrendamiento, como el valor del

considerable canon y el término de duración; y lo segundo, porque la tenencia de un inmueble no necesariamente se entrega por quien se comporta como poseedor.

La posesión material tampoco la podía derivar de los contratos de arrendamiento obrantes en el dossier, puesto que, si bien la adquirente aparecía entregando la tenencia, el hecho quedaba aislado, al inferirse del "*caudal probatoria antes demarcado*", que fue desvirtuado, y porque si la demandada actuaba como guardadora del vendedor, de ahí podía seguirse que arrendó cosa ajena.

3.1.4. El Tribunal, en punto de la simulación absoluta, habló de "*orfandad probatoria*", conclusión que es equivocada, pues aunado a lo discurrido, omitió apreciar otros indicios.

La relación sentimental y de convivencia entre la compradora y el vendedor, mutada en matrimonio, observada en las contestaciones de la demanda y en el interrogatorio de la primera, era significativo de un acuerdo oculto. Las reglas de la experiencia enseñaban que esos hechos sucedían y fraguaban entre personas de confianza.

Igualmente, contrastadas las fechas de las nupcias de los contratantes, de la compraventa y de disolución de la primera sociedad conyugal del vendedor, se descubría la causa *simulandi*, pues a tono con el juzgador, si el inmueble era del haber social, en cuanto fue adquirido de manera onerosa durante su vigencia, ante la inexistencia de otra

explicación posible, debía seguirse que la enajenación se realizó para sustraerlo de esa universalidad.

3.1.5. En ese orden, consecuentemente, las normas sustanciales y probatorias señaladas fueron menoscabadas.

3.1.6. Solicita, por lo tanto, casar la sentencia confutada y confirmar la de primer grado, o en su defecto, acceder a la simulación relativa, en cualquier caso, con las consecuencias solicitadas.

3.2. CARGOS SEGUNDO Y TERCERO

3.2.1. En común, acusan la violación de los artículos 1849, 1857, 1863, 1864, 1865, 1871, 1946 y 1947 del Código Civil, y 89 de la Ley 153 de 1887, a raíz de la comisión de errores probatorios de hecho.

3.2.1.1. En el segundo, al decir de la impugnante, porque el Tribunal supuso una promesa de compraventa anterior a 2005, cuando el hecho documentado, de naturaleza solemne, no aparecía en el proceso.

Esa falta, agrega, llevó al juzgador a incurrir en otra del mismo linaje, al apreciar el recibo de 12 de agosto de 1998, respecto del pago de $5'000.000, y la declaración de Gilma Patricia Bernal León, pues si el cuestionado precontrato no existía en el expediente, resultaba contraevidente afirmar que tales medios lo corroboraban.

Los anteriores yerros, concluye la censura, incidieron en la decisión de negar la lesión enorme, en cuanto guiaron al sentenciador a no tener en cuenta el avalúo comercial del inmueble para la época de la compraventa, acreditado con los dictámenes de Carmen Lilia Martínez Reyes y Yolima Adelaida Muñoz Mendoza, y del arquitecto Hernando Gómez Padilla, donde se daba cuenta que el 50% del bien fue enajenado por mucho menos de la mitad del justo precio.

3.2.1.2. En el tercero, en sentir de la casacionista, porque admitiendo en gracia de discusión la celebración de la promesa en 1998, se pasó por alto observar la variación del precio entre ese año y el 2005, época de la compraventa.

La adquirente, Clementina Barriga Manrique, en efecto, confesó uno inicial de $50'000.000, pero luego, a fin de legalizar la compraventa, acordaron otro con el vendedor, Jesús Ernesto Monsalve Benavides, ante la variación del avalúo catastral, para fijarlo en la cantidad de $55'000.000, como así se concuerda con los planes de pago.

El Tribunal, por tanto, se equivocó en forma protuberante al no tener en cuenta el 2005, la fecha determinante del precio, precisamente, cuando por convenio fue reajustado y fijado de manera definitiva, y también pagado. De ahí que le era imperativo analizar la lesión enorme en la aludida data y no retrotraerla para 1998.

En concreto, declarándola, porque de acuerdo con la pericia rendida por Yolima Muñoz Mendoza, el justo precio

del derecho de dominio del inmueble, en el porcentaje involucrado, para el 2005, ascendía a $145'050.000. Luego, si fue vendido en $55'000.000, era claro que el enajenante recibió menos de la mitad de ese valor.

3.2.2. Solicita, en consecuencia, en la hipótesis de no prosperar el cargo primero, casar el fallo cuestionado y declarar la rescisión de la compraventa por lesión enorme.

3.3. CARGO CUARTO

3.3.1. Reprocha la recurrente el desconocimiento directo de los artículos 1824, 1781 y 1871 del Código Civil.

De acuerdo en el proceso que el contrato de marras tuvo lugar luego de disuelta la sociedad conyugal Monsalve-Peña, lo cual implicaba venta de cosa ajena, pues era de esa universalidad ilíquida, el Tribunal se sustrajo a aplicar al hecho sus consecuencias jurídicas, pues no dejó a salvo los derechos del dueño de la cosa enajenada.

3.3.2. Solicita, por tanto, casar la decisión confutada y decidir que la compraventa era inoponible al patrimonio autónomo en comento, implícito en la súplica de declarar la "*distracción u ocultamiento de los bienes de la sociedad conyugal*".

3.4. CARGO QUINTO

3.4.1. Denuncia la infracción indirecta de los artículos 63, 1515, 1781, 1824 y 1871 del Código Civil.

Según la censora, el Tribunal no halló probado el dolo fraguado, dirigido a ocultar o distraer de la sociedad conyugal la cuota del derecho de dominio controvertida.

Esto, dice, producto de omitir apreciar que Fanny Peña de Monsalve nunca dio vía libre a la negociación; y pasar por alto las mentiras de Jesús Ernesto Monsalve Benavides, al suscribir la compraventa, pues no solo manifestó su estado civil de soltero y con unión marital, pese a ser casado y con sociedad conyugal, sino al garantizar el inmueble como de su propiedad, cuando pertenecía a una universalidad.

Los hechos descritos y su prueba, concluye, dejaban descubierta la intención del vendedor de distraer el inmueble de un patrimonio social y de disponer a su arbitrio del precio de la compraventa.

3.4.2. Solicita, por tanto, casar la sentencia recurrida y proceder de conformidad.

4. CONSIDERACIONES

4.1. En las motivaciones del fallo del Tribunal aparece pacífico, así lo sea implícitamente, pues se trata de hechos aceptados por las partes, que el interpelado Jesús Ernesto Monsalve Benavides se encontraba separado de hecho de su esposa Fanny Peña de Monsalve, actora en el litigio, con mucha anterioridad al 15 de julio de 1988, fecha en la cual aquél adquirió de manos de María Josefa Nieto de

Benavides y Alba Eufemia Benavides de Uribe, el derecho de domino en el inmueble involucrado.

Conforme al escrito incoativo del proceso, presentado al reparto el 31 el marzo de 2008, dicha separación física y definitiva de los cónyuges, tuvo que ocurrir más o menos en 1980, porque según allí mismo lo afirma la pretensora, Clementina Barriga Manrique y Jesús Ernesto Monsalve Benavides, "*han tenido una convivencia permanente y singular hace aproximadamente 27 años*".

Esa circunstancia aparece corroborada en el escrito de 23 de febrero de 2001, donde Jesús Ernesto Monsalve Benavides y Fanny Peña de Monsalve, con el objeto de tramitar por mutuo acuerdo la cesación de los efectos civiles del matrimonio católico que contrajeron el 26 de diciembre de 1953, manifestaron que "*se encuentran separados de hecho desde hace veinte (20) años*".

Lo anterior lleva a derivar, sin polémica alguna, que el contrato impugnado, elevado a escritura pública el 22 de junio de 2005, fue celebrado entre Jesús Ernesto Monsalve Benavides, en su condición de vendedor, y Clementina Barriga Manrique, su compañera permanente, como compradora, cuando el primero no solo estaba separado de hecho de su esposa Fanny Peña de Monsalve, sino también sin efectos civiles el matrimonio entrambos contraído, a la vez, con declaración de disolución de la respectiva sociedad conyugal, en virtud del fallo de 28 de marzo de 2001, proferido por el Juzgado Primero de Familia de Bogotá.

4.2. En ese orden, el estudio aunado de los cargos se justifica, puesto que común a todos, asociado con la incidencia de los yerros de juzgamiento enrostrados en la decisión adoptada, se impone, ante todo, establecer los contornos temporales de la sociedad conyugal surgida del matrimonio celebrado entre Jesús Ernesto Monsalve Benavides y Fanny Peña de Monsalve.

4.2.1. El artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[1], señala que la familia es el elemento natural de la sociedad y como tal impone a ésta y al Estado el deber de protegerla (numeral 1°).

En desarrollo de lo anterior, el instrumento reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia en las condiciones exigidas en las leyes internas de los Estados Partes, claro está, respetando el principio de no discriminación (numeral 2°).

Por esto, a los órganos de cada Estado signatario les corresponde igualar los derechos y equiparar las responsabilidades de los cónyuges, en, durante y en la etapa de disolución del matrimonio (numeral 4°).

En el marco del canon 30, *ibídem*, además, determinar las restricciones permitidas al goce y ejercicio del derecho a fundar una familia, mediante leyes dictadas por razones de interés general y únicamente en dirección de los fines para el cual las mismas fueron establecidas.

[1] Ratificada por el Congreso de la República de Colombia mediante Ley 16 de 1972.

4.2.2. Las normas 5 y 42 de la Constitución Política colombiana de 1991, a tono con la referida normatividad interamericana de derechos humanos, radica en la familia el núcleo fundamental de la sociedad y reconoce que puede constituirse por vínculos jurídicos y naturales.

Los preceptos no regulan la familia jurídica o natural, sino que afianzan el derecho de un hombre y una mujer o de dos personas de igual o de diferente sexo a conformarla y reservan al legislador, reflejo del principio democrático, la potestad de "*regular las formas del matrimonio, la edad, y capacidad para contraerlo, lo deberes y los derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo*" (inciso 8°).

Esa competencia fue reiterada recientemente por la Corte Constitucional[2], inclusive frente a la posibilidad de las personas homosexuales de contraer matrimonio[3], al declarar exequible el artículo 113 del Código Civil, según el cual "[e]*l matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente*".

La Ley 54 de 1990, con las modificaciones introducidas por la Ley 979 de 2005, precisamente, vino a reconocer la realidad social de la familia natural o

---

[2] Sentencia SU-214 de 28 de abril de 2016.

[3] Sentencia C-577 de 26 de julio de 2011, donde, además, se dispuso "***EXHORTAR*** *al Congreso de la República para que (...) legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas*".

extramatrimonial[4], nominando a sus integrantes, para todos los efectos civiles, "*compañero y compañera permanente*", y definiéndola como la "*formada entre un hombre y una mujer que, sin estar casados, hacen una vida permanente y singular*".

Esa normatividad, a juicio de esta Sala procura llenar vacíos de igualdad y salvaguarda otras garantías supralegales sin distingo de sexos, condición, color, raza, estrato; por ello, la Corte Constitucional la declaró ajustada a la Carta Política, en el "*entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales*"[5].

En suma, siguiendo los derroteros de los artículos 5 y 42 del ordenamiento superior y de la jurisprudencia de esta Sala y de la Corte constitucional, las parejas heterosexuales y del mismo sexo, gozan del derecho fundamental a fundar una familia jurídica o natural, en la forma y con los alcances previstos por el legislador, todo, respecto de los derechos y deberes de la pareja, en un plano de igualdad, libertad y dignidad.

4.2.3. Las familias jurídicas o naturales, nacen para satisfacer necesidades personales que repercuten no solo en el campo social, sino también en el patrimonial.

---

[4] En el campo económico, esta Corporación había reconocido sus efectos desde la memorable sentencia de 30 de noviembre de 1935 (Gaceta Judicial No. 1987, página 476), bajo la égida de una sociedad irregular civil o comercial, según fuere el caso (Cfr. CSJ. Civil. Sentencia 268 de 28 de octubre de 2005, expediente 00591), porque para la época las uniones concubinarias, como se les llamaba peyorativamente, eran reprobadas socialmente, razón por la cual la cohabitación como marido y mujer, *per sé*, no podia generar ninguna sociedad o comunidad de bienes.

[5] Sentencia C-075 de 7 de febrero de 2007.

Este último ámbito, producto del trabajo, ayuda y socorro mutuo, es cuestión de vital importancia, porque la recíproca colaboración de quienes constituyen o conforman dichas familias, sirve para facilitar la supervivencia de sus miembros y cumplir las obligaciones que emanan de la convivencia en los ámbitos personal y social.

Lo anterior justifica, conforme al canon 180 del Código Civil, el nacimiento, coetáneamente con el matrimonio, de una "*sociedad de bienes entre los cónyuges*", cuya existencia, en línea de principio, se presume (artículo 1774, *ibídem*). Esto mismo se predica de la unión marital de hecho, en cuanto, bajo ciertas circunstancias, el legislador también supone la vida de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, según el texto 2° de la Ley 54 de 1990, modificado por el 1° de la Ley 979 de 2005.

El aspecto económico, en consecuencia, resulta común y consustancial a ese tipo de relaciones familiares, puesto que, definitivamente, posibilita a todos sus integrantes, cumplir el cúmulo de roles que le son propios, claro está, sin perjuicio de que los casados o compañeros permanentes, en ejercicio de la libre autonomía de la voluntad, establezcan un régimen patrimonial distinto, compatible con las normas de orden público.

4.2.4. En armonía con lo discurrido, la regla 1ª de la Ley 28 de 1932, aplicable también por remisión a la unión marital de hecho (artículo 7° de la Ley 54 de 1990), establece que en vigencia del matrimonio cada uno de los

cónyuges tiene la libre administración y disposición de los bienes propios y de los que hubiere adquirido o adquiera, modificando así el régimen existente hasta entonces, donde el marido, ante la supuesta incapacidad de la mujer casada, era el único autorizado para el efecto.

No obstante, a la disolución del vínculo jurídico o cuando conforme al Código Civil debía liquidarse la sociedad conyugal, o la patrimonial entre compañeros permanentes, según la Ley 28 de 1932, se consideraba que dicha sociedad ha existido desde el matrimonio.

Eta Sala ha sostenido que la sociedad conyugal solo hallaba concreción al momento de su disolución, puesto que, en el intervalo, simplemente, se encontraba en abstracto, naciendo, por tanto, para morir. Como lo asentó en su oportunidad:

> "*Según el sistema del Código Civil, por lo que respecta a bienes en el matrimonio había que distinguir estas tres categorías: bienes del marido, bienes de la sociedad conyugal y bienes de la mujer. Ante terceros se confundían el patrimonio social y el del marido. Pero disuelta la sociedad conyugal se manifestaba su existencia para los efectos de liquidarla, determinando los aportes y recompensas de cada cónyuge. Entonces era ya cuando ante terceros surgían perfectamente delimitados esos tres patrimonios, de los cuales los dos primeros se habían presentado en uno solo, conforme está dicho.*
>
> "*Y del mismo modo que anteriormente la sociedad conyugal permanecía latente hasta el momento de su liquidación, la sociedad hoy emerge del estado de latencia en que yacía, a la más pura realidad, con el fallecimiento de alguno de los cónyuges, el decreto de divorcio o de nulidad del matrimonio, o el reconocimiento de alguna de las causales de separación de*

bienes, de aquellas que quedaron vigentes por no estar en oposición a la reforma"[6].

Claro, en el régimen de la Ley 28 de 1932, mientras perdure el matrimonio o la unión marital de hecho, cada uno de sus integrantes tiene la libre administración y disposición, tanto de los bienes propios como de los que hubiere adquirido o adquiera, pero a la disolución de las respectivas sociedades se consideraba que se extinguían los derechos singulares en estos últimos, para mutarse en sociales y conformar una universalidad indivisa. En palabras de esta misma Corte:

"*Durante la vigencia de la sociedad, cada cónyuge puede ser titular de dos categorías de bienes: los propios exclusivos de cada uno (como los que tenga en el momento del matrimonio, los que adquiera a título gratuito y los que consiga a título oneroso, pero para subrogar bienes exclusivamente propios); y los sociales o gananciales, destinados a conformar la masa común partible cuando sobrevenga la disolución de la sociedad (...).*

"Esta facultad de administrar y de disponer libremente se ve recortada cuando la sociedad se disuelve; a partir de ese evento, cada uno de los esposos sólo puede disponer de los bienes que sean suyos exclusivamente, desde luego que en nada los afecta la disolución de la sociedad. Por este hecho, emerge la indivisión o comunidad de gananciales, y mientras perdure este estado, o sea, entre tanto se liquide y se realicen la partición y adjudicación de bienes, cada cónyuge pierde la facultad que tenía de administrar y de disponer libremente de los bienes sociales"[7].

La Corte Constitucional reeditó las anteriores doctrinas, al sostener que "*(...) con la disolución de la sociedad conyugal se extinguen los derechos patrimoniales singulares de los*

[6] CSJ. Civil. Sentencia de 20 de octubre de 1937, sobre que la sociedad conyugal deja de ser latente o virtual y se actualiza con su disolución, pues en el entretanto, los cónyuges se entienden separados de bienes. Ver también las sentencias de 7 de septiembre de 1953, de 7 de marzo de 1955, de 8 de junio de 1967, de 4 de octubre de 1982, de 30 de octubre de 1998 y 5 de septiembre de 2001, entre otras muchas.
[7] CSJ. Civil. Sentencia 102 de 25 de abril de 1991.

cónyuges sobre los bienes sociales, pasando aquéllos a adquirir un derecho universal sobre la masa indivisa"[8].

Por otra parte, al decir que cuando "*(...) tenga ocurrencia alguna causal de disolución de la sociedad conyugal (artículo 1820 C.C.), que conduzca a la terminación del citado régimen patrimonial, 'se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad'; es decir, la ley crea una ficción por virtud de la cual solamente al disolverse la sociedad conyugal se predica una comunicad de bienes, existente desde la celebración del matrimonio (...)*"[9].

Hasta el momento, como se observa, la sociedad conyugal carece de existencia material antes de disolverse, según aquella antigua doctrina, así durante su latencia ostentara una jefatura única, en cabeza del marido, en el régimen del Código Civil, o dos administradores con autonomía propia, incluidas las facultades de disposición, en el marco de la Ley 28 de 1932.

4.2.5. Sin embargo, a tono con disidencias recientes cercanas al tema[10], la Sala ha venido precisando que vincular el nacimiento de la sociedad conyugal, a la vez, con el hecho jurídico del fenecimiento, su disolución, comporta una limitación a la propia voluntad el legislador y una contradicción en el contexto del sistema jurídico.

4.2.5.1. Lo primero, véase cómo el artículo 180 del Código Civil, evoca la existencia de la comunidad de bienes

---

[8] Sentencia T-325 de 2 de julio de 1998.
[9] Sentencia T-1243 de 27 de noviembre de 2001.
[10] CSJ. Civil. Salvamentos de voto a las sentencias de 7 de abril de 2015 (expediente 00509) y de 29 de agosto de 2016 (expediente 00443), en las cuales, en términos generales, se sostuvo esa sólida y decantada doctrina.

por el simple "*hecho del matrimonio*". En igual sentido, el canon 1774, *ibídem*, al señalar que "*[a] falta de pacto escrito se entenderá, por el mero hecho del matrimonio, contraída la sociedad conyugal*"; y el precepto 1° de la Ley 28 de 1932, cuando la pregona "*desde la celebración del matrimonio*".

Ninguna de las disposiciones citadas, cual se nota, asocia el origen de la sociedad conyugal con su terminación, y tampoco existe otra norma limitándola temporalmente en esa dirección. La elaboración del hito de su despunte real, a la par con la extinción, entre otras cosas, para legitimar el interés y el derecho de acción entre los cónyuges, a todas luces es caprichosa, y como consecuencia, insostenible.

Frente a la claridad meridiana de la normatividad en los apartes transcritos, bien es sabido, a voces del artículo 27 del Código Civil, donde el legislador no distingue, al intérprete le está prohibido hacerlo, menos, si es para recortar o negar derechos subjetivos, o impedir la garantía fundamental al libre acceso a la administración de justicia.

4.2.5.2. El ordenamiento positivo, como sistema, igualmente vivifica la sociedad de bienes entre cónyuges o compañeros permanentes antes de su disolución, en unos casos, evocándola, y en otros, aludiendo a su vigencia.

4.2.5.2.1. Por ejemplo, la Ley 71 de 1931, modificada por la Ley 495 de 1999, cuando posibilita la constitución del patrimonio de familia no solo sobre inmuebles propios

de las parejas matrimoniales o maritales, sino también de la "*sociedad conyugal*" [artículo 5°, literal a)], o patrimonial.

Si la institución se erigió en protección de "*toda la familia*" (artículo 1°, *ibídem*), la tesis de la comunidad de bienes en potencia y no en concreto, dejaría sin utilidad práctica su regulación, pues para hablar de "*bienes de la sociedad conyugal*" o de la "*marital*" susceptibles del patrimonio familiar, habría que esperar su disolución. La calificación del propio legislador sobre el particular, no otra cosa significa que la ratificación material de dicha sociedad desde el matrimonio o del surgimiento de la patrimonial.

4.2.5.2.2. La existencia de dichas comunidades de bienes, antes de disolverse, igualmente las refiere el artículo 257 del Código Civil, al establecer que los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos habidos en el matrimonio o en la unión marital de hecho, "*pertenecen*" a una u otra entidad familiar.

Salvo pacto escrito dirigido a excluir la sociedad conyugal o patrimonial (artículo 1774 del Código Civil), patentizar su existencia al momento de la disolución, conllevaría, en línea de principio, tornar nugatorio el derecho de alimentos, pues si se considera que durante el matrimonio o la unión marital de hecho los regímenes económicos son apenas ocultos y no materiales, la calificación de si los referidos gastos "*pertenecen*" a una u otra comunidad, carecería de sentido.

4.2.5.2.3. El principio de la libre autonomía de voluntad, posibilita truncar las comentadas sociedades de bienes, inclusive extinguirlas, luego de surgir a la vida jurídica. Eso, y nada más, es lo permitido, no su comienzo.

Según el artículo 1777, inciso 2° del Código Civil, "[n]*o se podrá pactar que la sociedad conyugal tenga principio antes o después de contraerse matrimonio; toda estipulación en contrario es nula*". El precepto, como se observa, no suspende la germinación de la comunidad económica hasta el día de su disolución, menos autoriza a los cónyuges o compañeros permanentes para adoptar su comienzo cuando fenece, ni en ningún otro momento.

El ordenamiento, en ese caso, no obra para suplir el silencio de los asociados, sino refulge imperativo, al punto que sanciona con nulidad absoluta cualquier intento de fijar en contrario el inicio del hito temporal del régimen patrimonial de la familia jurídica o natural. Sostener una posición distinta es transformar en ficción la realidad y avalar cuanto para el mundo del derecho no es válido. Itérase, pero la voluntad expresa de los interesados puede disponer otra cosa (art. 1774 del C.C.).

4.2.5.2.4. La vigencia de la sociedad antes de su disolución, específicamente durante el matrimonio o la unión marital de hecho, se erige en otros lugares como presupuesto de legalidad de ciertas restricciones.

El artículo 5° de Ley 294 de 1996, promulgada para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar, modificado a su vez por los textos 2° de la Ley 575 de 2000 y 17 de la Ley 1257 de 2008, prohíbe al agresor en caso de tener "*sociedad conyugal o patrimonial vigente*", enajenar o gravar los bienes cuyo dominio ostenta.

El adjetivo "*vigente*", denota una comunidad de bienes presente, en ejecución, en tanto, si se tiene nacida hasta el momento de su disolución, cuando igualmente muere, las prohibiciones dichas no tendrían aplicación. Las sociedades conyugal o patrimonial, por tanto, con efectos concretos, no en potencia, nacen desde el matrimonio o desde la formación y consolidación de la unión marital de hecho, y perviven o permanecen, en general, durante su existencia.

4.2.5.2.5. En algunos casos, con el fin de imprimir confianza en el tráfico jurídico y reafirmar la presunción de buena fe, la normatividad impone el formalismo de señalar si la sociedad conyugal o patrimonial se encuentra vigente.

El artículo 27 del Decreto 960 de 1970, establece que "*[q]uien disponga de un inmueble o constituya gravamen sobre él, deberá indicar la situación jurídica del bien respecto de la sociedad conyugal, caso de ser o haber sido casado*". Como se observa, en el evento de existir un vínculo matrimonial o una unión marital de hecho, el precepto confirma, salvo pacto escrito en contrario, la vigencia simultánea de la "*sociedad conyugal*" o de la patrimonial, hasta su disolución, precisamente, al diferenciar entre estar o haber sido casado.

Según los términos del artículo 6° de la Ley 258 de 1996, para otorgar una escritura pública de enajenación o gravamen de un inmueble destinado a vivienda familiar, los notarios deben indagar al propietario y al comprador, si tienen "*vigente sociedad conyugal*" o "*patrimonial*", todo con el propósito de determinar si se encuentra limitada su comercialización o si hay lugar a su afectación.

4.2.5.2.6. En suma, el entorno del ordenamiento, indistintamente, alude a la vigencia de la sociedad conyugal o patrimonial y enfatiza su existencia material en forma coetánea con el matrimonio o la unión marital de hecho, ciertamente, para derivar unas consecuencias jurídicas, nada de lo cual tendría resultados prácticos si se interpreta que nace y muere con el fenómeno de la disolución.

La normatividad en comento, cuando alude a la vigencia de la sociedad conyugal o patrimonial, permite precisar, acorde con lo previsto en el artículo 30 del Código Civil[11], que el régimen económico de las familias jurídicas o naturales, no es latente, sino que existe desde un comienzo, sin perjuicio de que se excluya antes o se extinga después.

4.2.6. En el mismo sentido la doctrina nacional, al criticar de vieja data la tesis, según la cual la comunidad de bienes solo viene a surgir, transformándose de potencia en

---

[11] Como lo establece el precepto, "*[e]l contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía*".

acto, con la disolución del matrimonio, cuando sostiene que esa afirmación:

> "*(...) envuelve imputación al legislador de haber cometido absurdo (...); pues con esto se excluye, conforme a la naturaleza de las cosas, que la haya en algún instante posterior al en que tal hecho acontezca: el nacimiento coetáneo con la muerte no es nacimiento, sino falta de ser vivo (...),* [es] *como* [si se expresara] *que los seres vivientes nacen al quedar muertos*"[12].

Para el mismo autor, "*(...) hasta la disolución de la sociedad conyugal había, por el contrario, sociedad conyugal, que terminaba por la disolución de la misma (...). Lo potencial era la disolución, como también que, de consiguiente, debiera liquidarse la sociedad conyugal disuelta*".

En palabras de otro connotado e histórico intérprete patrio, "*(...) la sociedad conyugal no puede existir sin el matrimonio (...), necesariamente principia con [él], no pudiendo modificarse durante su existencia y terminando en los casos previstos en la ley (...)*"[13].

Como se observa, también para el foro, la sociedad conyugal tiene existencia material desde el mismo momento del matrimonio y no al tiempo con su disolución. Lo latente, en consecuencia, sería su terminación, no su nacimiento.

4.2.7. El mismo camino fue seguido por esta Corte, no obstante, los precedentes asociando el origen y llegada de la sociedad conyugal, o patrimonial, a un mismo tiempo, al referir explícita o implícitamente lo contrario.

---

[12] RODRÍGUEZ FONEGRA, Jaime. *De la sociedad conyugal o régimen de los bienes determinado por el matrimonio.* Tomo II. Bogotá: Ediciones Lerner, 1964, pp. 63-65.
[13] VÉLEZ, Fernando. *Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano. De las obligaciones y contratos.* 2ª Edición. Paris: Editorial Imprenta Paris-América. Tomo VII, p. 26.

4.2.7.1. Como adoctrinó en su oportunidad, "[l]a *sociedad de bienes entre cónyuges, nace* ***simultáneamente con el vínculo indisoluble del matrimonio. Este y aquella se forman en un mismo instante*** *(...)*[14] (énfasis a propósito).

Igualmente, al acotar que perfeccionado el matrimonio, "(...) ***simultáneamente con él nace la sociedad (...)***"[15]; y explicitar allí mismo que "*(...) celebrado el matrimonio,* ***la sociedad conyugal nace simultáneamente con éste, y no antes ni después*** *(...)*" (resaltado al margen).

4.2.7.2. En otra ocasión, a propósito de una cuestión de bigamia, donde conforme al artículo 1820, numeral 4° del Código Civil, modificado por el canon 25 de la Ley 1ª de 1976, "*no se forma sociedad conyugal*", al señalar, refiriéndose a las demás causales de nulidad del matrimonio:

> "*(...) [N]o parece necesario escrutar todo lo acontecido alrededor del tema, pues el caso es que el código civil colombiano, precisamente en el (...) numeral cuarto del artículo 1820, zanjó toda discusión para consagrar que, la nulidad del matrimonio carece de virtualidad para* ***borrar la sociedad conyugal que perduró en el interregno****. Así se concluye al declarar en él que precisamente el decreto de nulidad traduce la disolución de la sociedad conyugal*"[16] (subrayado fuera de texto)".

4.2.7.3. Lo mismo, al sostener que una sociedad de hecho civil o comercial entre concubinos, eminentemente de estirpe singular, podía convivir con otras de naturaleza universal, como la conyugal o patrimonial.

---

[14] CSJ. Civil. Sentencia de 30 de abril de 1970 (CXXXIV-77).
[15] CSJ. Civil. Sentencia de 18 de octubre de 1973 (CXLVII-91/92).
[16] CSJ. Civil. Sentencia de 1° de octubre de 2004, expediente 01175.

En particular, cuando reconoció la "*preexistencia*" de las últimas con otras sociedades regulares o irregulares[17]; y señaló que podían "*coexistir*" con la "*conyugal*" o "*patrimonial, pero cada cual con su propia naturaleza, identidad y autonomía jurídica. Todo ello, de la misma manera como 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*"[18].

4.2.7.4. Para hablar de preexistencia, coexistencia o simultaneidad de sociedades conyugales o patrimoniales, respecto de otros entes sociales, implica la subsistencia material de aquellas, como imperativo lógico, nada de lo cual tendría cumplido efecto si a un mismo tiempo se entronca disolución con el comienzo y expiración coetáneos.

4.2.8. Frente a lo discurrido, claramente se colige que ni la sociedad conyugal ni la patrimonial, surgen realmente al momento de su disolución, por el contrario, salvo pacto escrito que las excluya (art. 1774 del C.C.), tienen vida propia desde el mismo momento del matrimonio o una vez satisfechos los requisitos con la existencia de la unión marital de hecho.

La libre administración y disposición de bienes propios y sociales, por tanto, bien en cabeza del varón, según el régimen del Código Civil, ya en cada uno de los cónyuges o compañeros permanentes, acorde con la Ley 28 de 1932, no se erige en fundamento para sostener que las sociedades conyugales o patrimoniales nacen para morir.

---

[17] Vid. CSJ. Civil. Sentencia de 24 de febrero de 2011, expediente 00084.
[18] CSJ. Civil. Sentencia de 21 de junio de 2016, expediente 00129.

Lo anterior, simplemente, tiene que ver con el gobierno administrativo y dispositivo del patrimonio social. Antes, por virtud de discriminación de género, potestad omnímoda y exclusiva del hombre, ahora también, en lo suyo, de la mujer en forma dual y equivalente. En uno y otro, materializado con lealtad y responsabilidad, so pena, de las consecuencias señaladas en el ordenamiento jurídico.

4.3. Precisado, entonces, el despunte temporal de la sociedad conyugal o patrimonial, procede a elucidarse hasta cuándo se extienden sus dominios, en concreto, tratándose de la comunidad de bienes derivada de un vínculo jurídico, cuando los consortes abierta e irrevocablemente se han separado de hecho, en forma permanente, definitiva e indefinida.

4.3.1. Conforme el artículo 1820, numeral 1° del Código Civil, modificado por el canon 25 de la Ley 1ª de 1976, la terminación o disolución de la sociedad conyugal tiene lugar, entre otros casos, por la "*disolución del matrimonio*" y por la "*separación judicial de cuerpos*".

El precepto 152 del Código Civil, con la modificación del texto 5° de la Ley 25 de 1992, consagra como motivos de disolución del matrimonio la muerte real o presunta de los consortes y el "*divorcio judicialmente decretado*" o la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos.

Entre las causales de divorcio, al tenor del artículo 6°, numeral 8° de la Ley 25 de 1992, reformatorio del canon 154 del Código Civil, se instituyó "*[l]a separación de cuerpos, judicial o de hecho, que haya perdurado por más de dos años*" (subrayado y cursiva fuera de texto).

La anterior significa que la separación de "*cuerpos*" tanto "*judicial*" como de "*hecho*" de los consortes superior al lapso aludido, disuelve también de hecho la sociedad conyugal, independientemente de que posteriormente mediante providencia judicial, con fundamento en la separación de hecho, se declare el divorcio o la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos. Si así ocurre, en el campo económico, la decisión respectiva es de naturaleza declarativa, con los efectos que le son propios.

4.3.2. Es incuestionable, el rompimiento de la vida matrimonial en forma duradera, incluyendo la marital, implica material e indiscutiblemente la cesación del trabajo, la ayuda y el socorro mutuos, necesario para facilitar no solo la armonía entre los cónyuges o los compañeros permanentes, sino también para aliviar las cargas que esas convivencias conllevan en lo personal y social.

La pregunta obligada es ¿si el patrimonio o capital forjado por cada cónyuge estando separado de hecho pasa a integrar la masa indivisa de gananciales, así provenga del "*trabajo, ayuda y socorro mutuos*" con terceros, por ejemplo, de una unión marital de hecho conformada con posterioridad (artículo 3° de la Ley 54 de 1990)? El punto en justicia y

equidad es nodal. El ejemplo, hállase en el asunto objeto de juzgamiento.

No son infrecuentes los casos en que existiendo la separación material de hecho de los casados por muchos años[19], luego de producida la disolución del matrimonio por las causas legales, uno de los consortes se presenta a la justicia a reclamar gananciales arguyendo que en el interregno la comunidad de bienes estuvo vigente.

4.3.3. ***La fecha cierta de inicio y terminación de la sociedad conyugal. Hacia la verdad real y justicia en las relaciones familiares.***

El problema no es reciente, de alguna manera está expuesto en la Novísima Recopilación. Según el artículo 1774 del Código Civil, en Colombia y, en sistemas análogos, "[a] *falta de pacto escrito se entenderá, por el mero hecho del matrimonio contraída la sociedad conyugal con arreglo a las disposiciones de este título*"; y, por tanto, las ganancias y beneficios producidas por cada uno de los cónyuges, durante su vigencia se deben distribuir por partes iguales o son comunes. Esto legitima del mismo modo a los cónyuges para reconstruir el patrimonio social cuando éste es malversado, dilapidado o defraudado por alguno de los integrantes de la pareja; por ello, para determinar la legitimación en acciones simulatorias o revocatorias, o para escrutar si un bien o una obligación pertenece o no a la

[19] En el caso se reconoce pacíficamente una separación de hecho hace veintisiete (27) años, aproximadamente, a la fecha de la demanda, en marzo de 2008.

sociedad de ganancias, la fecha cierta de su conclusión o de su extinción, no es asunto de poca monta determinarla con exactitud, tanto el comienzo como la data de su terminación. Algo similar es cuanto acontece en multiplicidad de contratos, como en los de tracto sucesivo; por ejemplo, en la relación de carácter laboral, extremos imprescindibles para cuantificar los derechos económicos del trabajador y las obligaciones a cargo del empleador o de los organismos de la seguridad social.

No admite duda, según el ordenamiento y la doctrina jurisprudencial, que para efectos del nacimiento de la sociedad de gananciales o de la patrimonial, en la primera, *"a falta de pacto escrito se entenderá, por el mero hecho del matrimonio contraída la sociedad conyugal"* (art. 1774 del Código Civil), desde su celebración; o, en el caso de la segunda, *"(...) cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos [2] años, entre un hombre y una mujer (...)"* (art. 2 de la Ley 54 de 1990).

En el caso de la conclusión la circunstancia varía, porque muchas de las hipótesis están previstas legalmente en eventos, tales como el artículo 1820 del Código Civil, o del artículo 152, *ibídem*, modificado por la Ley 1ª de 1976 y sustituido por el canon 5 de la Ley 25 de 1992; no obstante, cuando los consortes continúan nominalmente casados, pero cesan definitiva e irrevocablemente la convivencia recíproca, o cuando exteriorizan y ejecutan una inequívoca voluntad de finalizarla de hecho, los ordenamientos, como el nuestro guardan silencio. Y ello, porque generalmente, en

la vida corriente los consortes, por múltiples circunstancias, no gestionan eficazmente las operaciones tocantes con los inventarios y trámites liquidatorios de carácter convencional, judicial o notarial.

Esta situación de hecho, consistente en la ruptura definitiva e irrevocable, se torna problemática e inquietante y de vital importancia para la determinación de los límites al patrimonio social, especialmente para quienes estando casados formalmente han dejado en forma palmaria e irreversible de *"(...) vivir juntos (...) y de auxiliarse mutuamente"* (art. 113 del Código Civil), desistiendo y declinando por la fuerza de los hechos de satisfacer la naturaleza auténtica del matrimonio como contrato, institución o estado. La respuesta no puede ofrecerse desde preconceptos, prejuicios o visiones idealistas. No puede estar en el marco de la injusticia o desde soluciones ajenas a la realidad, y ante todo de ningún modo debe ser contraria a la verdad o a sucesos reales. Se impone, en estas situaciones confusas, ambiguas e indecisas en la mente del juez, la búsqueda de la verdad real para encontrar razones de justicia, ante la subsistencia formal o de la prolongación nominal de la convención o del contrato matrimonial sin disolución jurídica, pero que en la práctica apenas es una apariencia o "fachada" de vida conyugal, porque sólo aparece en documento, que ante el silencio de la ley y de la doctrina permite que la ambición, la codicia o el apetito económico de uno de los cónyuges sea medio para obtener ventaja injusta sobre el otro contrayente.

En la unión marital en nuestro derecho no existen problemas, en punto de la extinción de la sociedad patrimonial, porque el artículo 8 de la Ley 54 de 1990, de alguna manera controla o castiga con el modo extintivo de la prescripción a los compañeros que luego del desenlace definitivo no promuevan prontamente sus acciones cuando señala: *"Las acciones para obtener la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, prescriben en un año, a partir de la separación física y definitiva de los compañeros, del matrimonio con terceros o de la muerte de uno o de ambos compañeros".*

En esas condiciones, ¿puede uno de los integrantes disfrutar y participar en aquello que no ayudo a ganar o a construir?. Estando separados definitiva e inequívocamente, sin rastros de reconciliación ni de reanudación de la convivencia y sin que haya mediado disolución notarial o judicial, ¿deviene ajustado al Estado de Derecho constitucional, sostener que la sociedad conyugal se prolongó hasta la fecha del acto notarial o de la decisión judicial? ¿Es justo y verdadero en equidad, señalar que la apariencia formal o la forma jurídica debe sofocar los hechos, para sostener que existe formalmente lo que es inexistente realmente? La respuesta debe ser de rigurosa justicia cuando entre compañeros o cónyuges, no hay separación de patrimonios, pacto escrito o gobierno del punto en las capitulaciones, por cuanto estando separados de hecho en forma definitiva e irrevocable, resulta inadmisible que uno de los integrantes de la pareja, bajo el manto de la doblez formal o de un disfraz de matrimonio se

beneficie para incorporar bienes o derechos para los cuales no contribuyó, tomándolos del patrimonio del otro para su merced, cuando los cónyuges o compañeros en forma definitiva, han dejado de cumplir sus obligaciones recíprocas.

Tampoco, la omisión en demandar o en solicitar la separación judicial o notarial, el divorcio o la cesación de los efectos civiles, para disolver aquello que materialmente no existe, solicitando el acto en forma tácita o expresa, puede aparejar, o dar por sentada en forma inequívoca la tesis insostenible de que la sociedad patrimonial o conyugal se ha perpetuado, al no demandar por estar separado pudiéndolo hacer, para por vía de una argumentación ideal doblegar la realidad.

La separación de hecho, implica una aceptación libre que no puede guarnecer soluciones injustas o enriquecimientos incausados, defendiendo la existencia de una apariencia formal de matrimonio sin que haya ejecución material recíproca de los deberes y obligaciones esenciales, comportamiento que del todo excluye la convivencia. La total e irrevocable ruptura de la convivencia, no puede engendrar con apoyo en puros formalismos incursión en la inequidad y en la mala fe en el ámbito de la esfera patrimonial para un cónyuge o compañero, permitiendo que uno de ellos se haga al patrimonio del otro, defendiendo una hipotética sociedad conyugal inexistente.

En estas hipótesis, tampoco puede plantearse como respuesta para sostener que la sociedad pervive apenas formalmente, que si uno de los consortes no es causante o no provocó la ruptura no puede aplicarse esta solución porque subjetivamente u objetivamente no dio lugar al cisma o quebrantamiento de la convivencia. Esta tesis resulta deleznable por cuanto, siendo el matrimonio una convención intervenida por el Estado, el cónyuge no causante del cese definitivo ha contado con las acciones que le oferta el ordenamento para pedir la aplicación de las disposiciones que regulan el incumplimiento de las obligaciones conyugales por parte del otro consorte con las condignas consecuencias legales que consignan las mismas disposiciones, de tal modo que de su parte, también ha existido negligencia en utilizar los mecanísmos que brinda el Estado de Derecho en el ámbito familiar.

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 (...)"*[20].

[20] 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.

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 razonamientos.

4.3.3. 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 3°, *ibídem*).

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

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

Se requiere, ante todo, un cese efectivo, definitivo y prolongado de la convivencia matrimonial; y, en segundo término, la comprobación material de esas circunstancias o su confirmación mediante actos subsiguientes, como la formalización judicial de esa separación.

El Tribunal Supremo Español, Sala de lo Civil, en sentencia de 23 de febrero de 2007, reitera aquélla 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 3° 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 (....)*"[21].

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

[21] En el mismo sentido, en general, las 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 1° 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.

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 artículo 21 reguló y aprobó, las separaciones de hecho acaecidas entre las parejas casadas, y de la forma como éstas podían proceder, desde el 2004, a fin de evitar ulteriores problemas sobre la conformación de la sociedad de bienes. En este texto dispuso:

> *"Artículo 21.- Si los cónyuges se separaren de hecho, podrán, de común acuerdo, regular sus relaciones mutuas, especialmente los alimentos que se deban y las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio.*
>
> *"En todo caso, si hubiere hijos, dicho acuerdo deberá regular también, a lo menos, el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquel de los padres que no los tuviere bajo su cuidado. En este mismo acuerdo, los padres podrán convenir un régimen de cuidado personal compartido.*
>
> *"Los acuerdos antes mencionados deberán respetar los derechos conferidos por las leyes que tengan el carácter de irrenunciables" (modificado por el art. 3 de la Ley 20680 del 21 de junio de 2013).*

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

con la fecha cierta de separación definitiva e irrevocable. En efecto, allí estimó:

> *"Artículo 22.- El acuerdo que conste por escrito en alguno de los siguientes instrumentos otorgará fecha cierta al cese de la convivencia:*
>
> *"a) escritura pública, o acta extendida y protocolizada ante notario público;*
>
> *"b) acta extendida ante un Oficial del Registro Civil, o*
>
> *"c) transacción aprobada judicialmente*
>
> *"No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, si el cumplimiento del acuerdo requiriese una inscripción, subinscripción o anotación en un registro público, se tendrá por fecha del cese de la convivencia aquélla 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 aquél 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 mediare 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 2°.- 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)"*[22].

De tal modo que para los propósitos de estimar la fecha cierta de la terminación material de la convivencia, corresponde al juez establecerla teniendo en cuenta los elementos probatorios aportados por las partes. 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.

---

[22] CHILE, Biblioteca Nacional del Congreso de Chile. http://bcn.cl/2fctd

4.3.4. 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*"[23].

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.

Ese 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 Código Civil 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

[23] Cámara de Apelaciones en lo Civil. Sentencia de 29 de septiembre de 1999.

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"*[24].

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

Ese legislador, en este último punto, reproduce y mejora sin condición alguna, la regla 1306 del anterior Código Civil 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

[24] 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.

disolución de la sociedad conyugal, en lo tocante con los efectos retroactivos de la nulidad. El Código Civil Federal, en vigor a partir del 1° de septiembre de 1932, en el Libro Primero "*De las Personas*", en el artículo 196 enfrenta el problema: *"El abandono injustificado por más de seis meses del domicilio conyugal por uno de los cónyuges, hace cesar para él, desde el día del abandono, los efectos de la sociedad conyugal en cuanto le favorezcan; éstos no podrán comenzar de nuevo sino por convenio expreso"*[25].

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.

4.3.5. 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

[25] MÉXICO, CODIGO CIVIL FEDERAL. Vigésima quinta eidición. México, D.F.: Sista, 2014, p. 40.

encierra evidentes injusticias, que el Estado Constitucional y Social de Derecho no puede aplaudir, por la carencia de ayuda, auxilio, solidaridad, socorro mutuos, comunidad de intereses, cuando la pareja o los consortes están del todo separados fácticamente y entrelazados por un convenio meramente ideal y formal, ajeno a la realidad y a la buena fe, y a la auténtica justicia material, por carencia de esfuerzo recíproco como elemento axial del régimen económico social.

El derecho positivo nacional, *expressis verbis*, no contiene regulación sobre las consecuencias económicas de la separación de cuerpos de hecho de los consortes por más de dos años, simplemente la contempla no solo como causal de divorcio, sino también de disolución de la sociedad conyugal. Al fin de cuentas los motivos de disolución del matrimonio sirven para extinguir la sociedad de bienes.

La jurisprudencia, tampoco ha señalado en forma directa esos efectos, pero si ha dejado entrever que los bienes en cabeza de los cónyuges, adquiridos entre la separación de hecho y la disolución judicial del matrimonio entran a conformar la masa de la sociedad conyugal.

Por ejemplo, al decir que "*(...) aunque uno de los consortes probare que el otro en nada colaboró a la formación del haber social, ambos tendrán derecho igual para que el acervo social líquido se les adjudique por mitades (...)*"[26]. La ausencia de esfuerzo recíproco,

[26] CSJ. Civil. Sentencia de 18 de octubre de 1973 (CXLVII-91/93).

también incluye el caso de la comprobada separación de hecho de los consortes.

Visto, por lo tanto, ante ese conflicto socio jurídico, múltiples razones compelen otorgar contenido material y eficaz al numeral 8 del artículo 6 de la Ley 25 de 1992, que modificó el artículo 154 del Código Civil, cuando por virtud de la separación de hecho permanente y definitiva da lugar a la disolución de la sociedad conyugal, aunado a razones de justicia, de buena fe, como para prevenir enriquecimientos torticeros.

4.3.6. El tratamiento igualitario que debe conferírsele al compañero permanente en asuntos del estado civil, relaciones personales y patrimoniales cuando su par no ha disuelto formalmente un vínculo matrimonial preexistente:

Incumbe aplicar el principio de igualdad en el evento que su actual pareja no haya disuelto un matrimonio anterior, porque tratándose de la familia un valor jurídico a proteger, no es constitucionalmente admisible privilegiar un tipo de unión específica al momento de definir quién tiene derecho sobre los bienes o activos adquiridos durante la nueva convivencia luego de darse una separación permanente y definitiva entre casados solemnemente.

Si bien el artículo 1795 del Código Civil establece a favor de la sociedad conyugal, una presunción de dominio universal sobre todos los bienes que pertenezcan a

cualquiera de los cónyuges, tal supuesto sólo podrá quebrarse si dicho vínculo fue disuelto.

La norma supone, ante la existencia de una sociedad patrimonial de hecho[27], que esta no podrá tener ningún efecto o reconocimiento si no se ha disuelto judicial o notarialmente la anterior. Aceptar esa interpretación, implícitamente edifica una presunción de derecho, contraria al numeral 8 del artículo 6 de la Ley 25 de 1992, al Estado Constitucional, a la equidad y patrocinar la iniquidad.

De tal modo, si alguno de los compañeros permanentes se encuentra casado y por incuria o dolo no ha disuelto una sociedad conyugal preexistente, y esta absorbe todos los bienes producto del trabajo, ayuda y socorro mutuos de los compañeros, se abriga una discriminación y una injusticia del vínculo solemne sobre el consensual, y se propicia un enriquecimiento sin causa.

Debe existir, entonces, razonabilidad al momento de definir la situación económica del o de la compañera permanente que junto a su pareja contribuyó a formar un patrimonio, aun cuando ésta no haya disuelto las nupcias previas, pues en asuntos de familia, la regla interpretativa imperante debe ser el criterio material, el cual corresponde

---

[27] Tal presunción se corresponde con el artículo 2° de la Ley 54 de 1990 (modificado por el art. 1, Ley 979 de 2005), el cual establece en general dos hipótesis en las que hay lugar a la declaración judicial de una sociedad patrimonial de hecho. La primera, que la unión exista mínimo por dos años y no se configure impedimento legal alguno para contraer matrimonio; y la segunda, que la unión exista mínimo por dos años, y se configure impedimento legal para contraer matrimonio, situación en la cual se exige un requisito adicional, cual es que la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho.

a la convivencia efectiva al momento de forjarse una masa de bienes, y no el formalista, relacionado con el matrimonio vigente pero desligado de facto[28]; empero, se insiste, su ruptura debe ser con carácter permanente y definitiva o indefinida e irrevocable.

Lo antelado conduce a determinar que todas las prerrogativas y obligaciones patrimoniales que el Código Civil establece a favor de los contrayentes unidos en matrimonio sean aplicables, en pie de igualdad[29], a las que conviven sin necesidad de pregonar una presunción de derecho inexpugnable por la existencia del vínculo contractual solemne[30].

Ante la simetría de trato para las instituciones del matrimonio y la unión marital de hecho, en el *subjúdice* debe considerarse la posibilidad de establecer la prevalencia del derecho patrimonial de la unión marital de hecho sobre el de la sociedad conyugal al comprobarse que a partir del comienzo y consolidación de una masa de bienes, (i) subsiste el vínculo matrimonial pero no hay vida permanente de casados por causa de la separación de

---

[28] Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T – 286 de 2000, señaló, entre otras cosas, que: "(...) *La Constitución de 1991 eliminó de manera tajante y definitiva toda forma de diferenciación entre el matrimonio y la unión permanente como fuentes u orígenes de la familia. Tanto el contrato solemne como la voluntad responsable de un hombre y una mujer, sin formalidad alguna, producen el efecto jurídico de formación del núcleo familiar. En consecuencia, todo aquello que en la normatividad se predique del matrimonio es aplicable a la unión de hecho. Con mayor razón lo relacionado con derechos, beneficios o prerrogativas, tanto de quienes integran una u otra modalidad de vínculo familiar como de los hijos habidos en el curso de la relación correspondiente* (...)".

[29] A propósito, la Corte Constitucional refiriéndose al artículo 42 de la Constitución Política, señaló en la sentencia T–018 de 1997: "(...) *en efecto, como tal norma consagra la igualdad constitucional entre las familias constituidas por vínculos jurídicos o naturales, los derechos que se originen en uniones de hecho* (...), *pueden ser alegados sin que para ello sea imprescindible un elaborado desarrollo legal* (...)".

[30] Corte Constitucional, sentencia T – 553 de 1994.

hecho, por sustracción de la "*convivencia, apoyo y soporte mutuo*"; (ii) al demostrarse que emergió una convivencia entre los compañeros permanentes en forma estable formando también una comunidad familiar singular. (iii) Los hechos tienen la virtualidad de quebrar una presunción teórica de pervivencia del vínculo, cuando la convivencia se ha roto o hubo separación de hecho definitiva o irrevocable entre casados formalmente.

Lo anterior halla venero por la evidente desproporción generada por la presunción expresada en el artículo 1795 del Código Civil, pues dicho supuesto hermenéutico discrimina y pone en clara inferioridad el vínculo familiar nacido de forma natural en relación con el nacido mediante vínculos jurídicos o del acto jurídico matrimonial.

La anotada subregla, claro está, deberá aplicarse siempre y cuando la compañera permanente demuestre los requisitos del artículo 2 de la Ley 54 de 1990, y no se configure impedimento legal alguno para contraer matrimonio, moderándose para tal efecto, dadas las circunstancias en causa, el requisito adicional atinente a que la sociedad conyugal anterior haya sido disuelta fácticamente en forma definitiva antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho, sino, la respuesta habría que buscarla en los efectos económicos derivados de las relaciones concubinarias[31] o de las uniones de hecho atípicas.

[31] Así lo dejó sentado esta Corte en sentencia de 21 de junio de 2016, expediente 00129.

Lo expuesto se justifica porque a la luz del artículo 42 de la Constitución Política, debe ampararse la existencia de una familia, que puede crearse no solo por vínculos jurídicos sino también naturales, mereciendo idéntica protección; y porque el objetivo que persigue el reconocimiento de los derechos patrimoniales del compañero o compañera permanente consiste en garantizarle que los bienes que ayudó a forjar junto a su pareja, los cuales fueron producto del trabajo, ayuda y socorro mutuos, no ingresarán a la sociedad conyugal preexistente, pues esta no puede obtener un beneficio económico que no es producto de la acción laboriosa ni de la intención legítima de hacer vida marital de los casados solemnemente, pues ya no conviven materialmente.

4.3.7. Lo anterior se refuerza con el argumento de la aplicación del principio de proporcionalidad, el cual tiene lugar cuando al colisionar el ejercicio de dos derechos constitucionales, ora idénticos o diferentes, el intérprete judicial debe resolver dicho conflicto mediante la ponderación[32].

La ponderación se realiza en ciertos casos donde se presentan colisiones entre principios o derechos superiores del mismo nivel, en las cuales no resultan posible dirimirlos a través de la subsunción de las normas con estructura de

[32] La ponderación es una herramienta argumentativa utilizada para evitar o controlar que se limiten derechos constitucionales, evitado un sacrificio inútil, desproporcionado e innecesario de los mismos (Ver ALEXY, R. "*Teoría de los Derechos Fundamentales*". Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993).

reglas, pues la antinomia de estas se resuelve mediante los criterios de jerarquía, temporalidad y especialidad[33].

El principio de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: (i) la adecuación de los .medios escogidos para la consecución del objetivo perseguido; (ii) la necesidad de la utilización de esos medios para su logro (esto es, que no exista otro recurso que pueda conducir a lograr el cometido y se sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de tales caminos); y (iii) la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y resultado; es decir, que el principio satisfecho por el logro de este cometido no sacrifique otros constitucionalmente más importantes[34].

4.3.8 En el asunto, la problemática supera la mera subsunción de los hechos frente a los artículos 1795 del Código Civil y 2 de la Ley 54 de 1990 (modificado por el art. 1, Ley 979 de 2005), en tanto, la discusión trasciende a una disputa entre derechos fundamentales.

Considerando sus características y pruebas, el conflicto de derechos está compuesto por el mismo derecho en cabeza de la cónyuge y la compañera permanente, esto es, el derecho a la igualdad (art. 13 C.P.) en perspectiva con protección del derecho a la de la familia (art. 42 C.P.), pero en dos dimensiones distintas: una formal (amparo

---

[33] En cualquier caso, es deber del juez "*ponderar*" los argumentos normativos incompatibles y atribuir pesos concretos a las hipótesis alternativas en conflicto para establecer la regla de prevalencia condicionada que definirá finalmente el pleito.
[34] Corte Constitucional, sentencia C-022 de 1996.

patrimonial de la cónyuge al salvaguardar la sociedad conyugal), y otra sustantiva o material (resguardo económico de la compañera permanente al garantizar la sociedad patrimonial de hecho).

Significa que, en el *subjúdice*, *prima facie*, subsiste un trato desigual entre las normas que regulan el patrimonio social del matrimonio y la unión marital de hecho, en tanto, el segundo no puede existir sin la disolución del primero.

Partiendo entonces de que el objetivo perseguido por la anotada diferencia de trato no se justifica, pues si bien busca evitar la concurrencia de sociedades conyugales y patrimoniales de hecho, que en *stricto sensu* no lo habría cuando ocurre la separación permanente y definitiva de los cónyuges, tal aspecto es desproporcionado porque con el propósito de evitar la coexistencia de ambos patrimonios se sacrifican los derechos de los compañeros a la protección de su patrimonio conjunto.

Casos como el presente entraña discriminación de género, porque so pretexto de defender la existencia ideal del matrimonio, se desconocen los derechos de la compañera permanente de la nueva unión emergida de los hechos para proteger los generados del matrimonio, de quien materialmente no otorga socorro y ayuda mutua al antiguo excónyuge.

Además, no existen motivaciones constitucionales objetivas que justifiquen la consecuencia jurídica

mencionada, según la cual, no se reconoce la sociedad patrimonial, cuando al menos uno de los compañeros no haya disuelto su sociedad conyugal preexistente, por cuanto el reconocimiento es requisito esencial de su resguardo como patrimonio común de la familia originada en una unión de hecho.

Si el asunto no pudiera verse en esa perspectiva, razones de justicia nutren como esencia la racionalidad de la solución prohijada por esta Corte, porque como también se insinuó, se evita así el enriquecimiento injustificado de patrimonios.

4.4. En ese orden de ideas, resulta propicia la oportunidad para precisar y dejar sentado que los bienes adquiridos por cualquiera de los cónyuges con posterioridad a la separación de hecho definitiva e irrevocable, carecen de la connotación de sociales. La razón de esto estriba en que en el interregno no puede hablarse de sociedad conyugal por ausencia de causa.

4.4.1. La convivencia marital de los cónyuges, en efecto, es el fundamento de la comunidad de gananciales, en cuanto posibilita materializar el socorro, la ayuda y trabajo recíproco, dirigido a solventar las contingencias ínsitas en el desarrollo de la relación familiar, al margen de la forma como cada uno concurre a ese propósito.

Los bienes se califican como gananciales, en la medida en que los cónyuges viven juntos y forman una unidad de

espíritu y colaboración. En la separación de hecho duradera, definitiva y permanente, el mutuo esfuerzo y trabajo desaparece, y como corolario ineluctable, la marcación de sociales de los respectivos haberes adquiridos por los consortes, al quebrarse su sustrato, esto es, la comunidad de vida. Más allá de lo jurídico; ¿deviene ético y razonable, sostener criterio diverso?

Cesada la convivencia matrimonial, ninguno de los cónyuges tiene legitimación para beneficiarse de los bienes que no han contribuido a formar. Lo contrario, implica desconocer el principio de la buena fe, así como la realidad social, con manifiesto abuso del derecho, pues no resulta ético o moral participar de algo que no se ayudó a construir, nada de lo cual permite una lectura legal y constitucional.

Acreditada la separación de hecho definitiva e irrevocable de los cónyuges, esto trae consigo, la disolución de la sociedad conyugal, faltando entonces la decisión judicial que tendrá efectos retroactivos a la data cierta demostrada de la separación de hecho definitiva y permanente. En otras palabras, la sentencia judicial que con fundamento en la separación judicial o de hecho disuelve el matrimonio, con efectos en la terminación de la comunidad de bienes, no se torna determinante en términos constitutivos, por la potísima razón de que esa extinción ya ha ocurrido, de ahí que, en el campo patrimonial, una decisión de esa naturaleza solo es declarativa, cuya nota característica, como se sabe, es constatar y reconocer un hecho desde siempre (efectos *ex tunc*), amparado en el

ordenamiento (artículo 6°, numeral 8° de la Ley 25 de 1992), cuando se trata de dar certeza del momento en que se considera ocurrió la disolución de la sociedad de bienes.

4.4.2. En el campo patrimonial, por tanto, la sentencia de divorcio de los matrimonios civiles o de cesación de efectos civiles de los religiosos, edificada en la causal de separación judicial o de hecho de los cónyuges por más de dos años, tienen efecto retroactivo a la fecha de suceder la separación definitiva, inclusive en el campo personal. Esto último, así lo asentó esta Corporación al ver en la unión marital de hecho un verdadero "*estado civil*":

> "(...) [A]*l margen de que pueda surgir la sociedad patrimonial,* no *escapa a la Corte que, en ciertos casos, como cuando uno de los integrantes de la pareja, o ambos, tiene vivo un matrimonio anterior, puede confluir la condición de casado con el de compañero permanente. Esto, empero, no atenta contra el principio de la indivisibilidad del estado civil, porque la fuente ontológica de una y otra situación es distinta, y porque (...) los mismos hechos hacen que la unión marital tenga la virtud de establecer o modificar el estado civil de quienes hacen parte de ella*"[35].

No se remite a duda, entonces, que la cesación definitiva e irrevocable de la vida matrimonial de los consortes, modifica, por sí, el estado civil de casados, razón por la cual un fallo judicial de disolución del matrimonio civil o de cesación de los efectos civiles del religioso, espetado al abrigo de la comentada causal, no hace más que reconocer esa precisa circunstancia desde cuando tuvo ocurrencia, al punto que también habilita, supuestos

[35] CSJ. Civil. Auto de 18 de junio de 2008, expediente 00205.

ciertos hechos, para desvirtuar la presunción de paternidad legítima.

4.5. Frente a lo discurrido, en el *subjúdice*, ninguno de los cinco cargos formulados está llamado a prosperar, porque en el evento de ser evidentes los errores probatorios enrostrados, de todos modos, no tendrían incidencia alguna en el fallo absolutorio espetado por el Tribunal.

En efecto, la legitimación de Fanny Peña de Monsalve, como socia conyugal de Jesús Ernesto Monsalve Benavides, la enarbola sobre la base de que el inmueble materia de la controversia, tiene la connotación de social.

Lo anterior, sin embargo, no es cierto, porque como fue explicitado al inicio de las consideraciones, desde el mismo libelo incoativo del proceso quedó plenamente acreditado que el susodicho bien fue adquirido por Monsalve Benavides, después de ocho años de haberse separado de hecho de su esposa.

En consecuencia, como se trata de un activo que califica como propio del susodicho codemandado, la actora, carece de legitimación sustancial para demandar, con relación al contrato de compraventa controvertido, la simulación absoluta o relativa (cargo primero) y la lesión enorme (cargo segundo y tercero).

Igualmente, por cuanto las consecuencias derivadas del artículo 1824 del Código Civil, solo tienen lugar cuando

dolosamente se oculta o distrae "*alguna cosa de la sociedad*", cuestión que, por lo dicho, no es el caso (cargo quinto).

Del mismo modo, porque descartada la calidad de social del bien, resulta claro, no pudo enajenarse a Clementina Barriga Manrique, cosa ajena, de ahí que, a la disuelta sociedad conyugal, el contrato de compraventa impugnado le es oponible (cargo cuarto).

En suma, al margen de la argumentación del Tribunal, la decisión contenida en la parte resolutiva de la providencia impugnada, seguiría siendo la misma.

4.6. El recurso de casación, en consecuencia, en su contexto, resulta infundado, razón por la cual se debe condenar en costas a la demandante recurrente, advirtiendo que en la tasación de las agencias en derecho se tendrá en cuenta que al mismo se opuso su contraparte.

5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **no casa** la sentencia de 27 de mayo de 2014, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, en el proceso ordinario promovido por Fanny Peña de Monsalve contra Clementina Barriga Manrique y Jesús Ernesto Monsalve Benavides.

Las costas en casación corren a cargo de la recurrente. En la liquidación, inclúyase la suma de seis millones de pesos ($6'000.000), por concepto de agencias en derecho.

Cópiese, notifíquese y cumplido lo anterior, devuélvase el expediente a la oficina de origen.

FRANCISCO TERNERA BARRIOS
(Presidente de la Sala)

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO
Con salvamento de voto

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

ACLARO VOTO

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

En aclaración de voto.

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

SALVAMENTO DE VOTO

Radicado n°. 11001-31-03-037-2008-00141-01

Con todo respeto por el Magistrado Ponente y por quienes acompañaron el proyecto que fue aprobado por esta Sala Civil en sesión del 29 de abril de 2021, me permito sustentar mi **SALVAMENTO DE VOTO,** en los siguientes términos:

Considero que el proyecto aprobado se fue por las ramas en las causales invocadas y dejó de analizar de fondo su contenido para solazarse en disquisiciones subjetivas que nada tenían que ver con el objeto del proceso, pues se observa más interés del ponente en poner sobre el tapete cuestiones que para él son novedosas y vanguardistas, aunque nada tengan que aportar a la decisión del litigio en cuestión.

Obsérvese cómo sin ninguna utilidad se discute en la providencia aprobada sobre la iniciación y terminación de la vigencia de la sociedad conyugal, lo que permite reclamar sobre la inutilidad de la doctrina que se viene proponiendo que lo único que puede traer es dificultades y enredos a la institución de la sociedad conyugal, y por ende a su similar

la sociedad patrimonial, por cuanto la que en el proyecto se denomina la antigua doctrina, no es más que un esfuerzo explicativo de la doctrina para que la comunidad entendiera como, funcionaba la libre administración de los bienes por aquel de los cónyuges que fuera titular de los mismos y en razón a que la sociedad conyugal, por no ser persona jurídica, no era propietaria jurídicamente de ningún bien.

Pero nunca, salvo los malos entendidos, ha podido afirmarse que la sociedad conyugal solo nace con su disolución. Solo que a partir del matrimonio aquella se forma con los bienes que aportan los cónyuges o cualquiera de ellos y los que adquiridos durante la existencia del matrimonio tiene el carácter de sociales de acuerdo con la ley, pero que su administración y disposición durante el matrimonio siguen en cabeza de quien es titular del bien, no de manera omnímoda sino en forma responsable, hasta el punto de que al disolverse la sociedad los cónyuges se deben recompensas e indemnizaciones. Eso confirma lo dicho en el artículo 1774 del código civil, no de ahora sino desde siempre, que, ***"A falta de pacto escrito se entenderá, por el mero hecho del matrimonio, contraída la sociedad conyugal con arreglo a las disposiciones de este título."***

Lo anterior indica claramente es que el pretendido cambio jurisprudencial y doctrinario que considera nacida la sociedad conyugal desde el matrimonio y no desde su disolución, es una mera ilusión, pues siempre ha sido así.

Lo que pasa es que los doctrinantes y profesores principalmente, y para que se entendiera la figura de la universalidad que solo se forma, y eso si es cierto, cuando entra en el estado de liquidación, traían la expresión **"nace para morir",** pero no para indicar que solo allí se formaba sino para señalar cuando se podía concretar qué bienes entraban en la universalidad de la que eran titulares los cónyuges, entendiendo ésta solo en los bienes que adquirían la calidad de sociales, porque podía haber algunos o incluso todos, que fueran propios del cónyuge y no de la sociedad conyugal, bien por su tiempo de adquisición, por su origen o causa, o por exclusión en capitulaciones.

Se está tratando de acomodar una teoría como si fuera nueva cuando todo corresponde a la tradición jurídica del país, aunque sí puede llevar a malos entendidos en asuntos como la legitimación en la causa para atacar los actos de los cónyuges administradores, como ya ha ocurrido, poniendo dificultades a la libre administración y libre circulación de los bienes, en una interpretación que es contra legem, porque es la misma ley la que autoriza a cada titular de los bienes a administrarlos de manera libre pero responsable, y la solución en caso de no serlo, la sanción es la responsabilidad por los hechos contrarios a esa buena fe o las recompensas que la misma ley ha creado.

De otro lado, se quiere también introducir una doctrina nueva, también contra legem, y es pretender que con la

separación de hecho se produce automáticamente la disolución e incluso la liquidación de la sociedad conyugal, y así se afirma que al haber adquirido el bien objeto de ataque en este proceso, unos ocho años después de la separación de hecho, ya se trataba de un bien propio del marido, y que por lo tanto no existía interés de la demandante para reclamar sobre los actos dispositivos llevados a cabo respecto del inmueble, posición insostenible, salvo con la discutible alegación de que los procesos de divorcio, de separación de cuerpos o de bienes que tienen como causal la **"separación de hecho entre los cónyuges que ha perdurado por más de dos años"** son de carácter meramente declarativo, lo cual es totalmente erróneo, pues el juez no declara el divorcio sino que lo decreta. Su carácter es constitutivo, o si se quiere declarativo constitutivo, pues declara la existencia de la causal, pero ordena o decreta su consecuencia dando lugar a la constitución de un nuevo estado civil en el primer caso, a un estado de vida separada en forma legal en el segundo, o de disolución de la sociedad conyugal en el último, efecto que encontramos además como consecuencia obligada en los tres procesos.

En Colombia pues, por mandato legal, la sociedad conyugal que nace por el solo hechos del matrimonio, subsiste hasta que se disuelva por cualquiera de las causas legales, unas de hecho como la muerte y otras que requieren sentencia judicial, como es el caso de la separación de hecho, la cual no opera automáticamente

como se dice en la sentencia, sino que se da cuando el juez decreta uno de los hechos que disuelven dicha sociedad.

Tampoco puede exigirse para la sociedad conyugal el aporte o la participación de ambos cónyuges en la consecución de los bienes como se dice en la providencia, pues debe entenderse que a pesar de que el matrimonio tiene como fines la ayuda y el socorro mutuo, el hecho de que los aportes provengan de uno solo de los cónyuges no hacen imposible el nacimiento de dicha comunidad de bienes, pues aportar uno es una obligación del acto matrimonial ni la ayuda se considera un elemento de la esencia de dicho acto. Aunque los bienes provengan de uno solo de ellos, la sociedad se forma por el mero hecho del matrimonio.

Por eso tampoco es válido el argumento traído de la legislación española sobre la inexistencia de participación en la adquisición de los bienes por uno de los cónyuges, porque en la ley colombiana no se exige esa participación. En esa medida no es cierto lo dicho sobre la naturaleza de bien propio del inmueble objeto de las pretensiones. Pero además, esa no fue la razón de la sentencia y por eso las alegaciones no sustentan ninguna decisión de esta sala ni van a favor ni en contra de los decidido por el Tribunal que se basó solamente en el análisis de la existencia o inexistencia de las pruebas simulatorias.

Por esa razón no puedo acompañar la decisión tomada, pues considero que no analizó las causales invocadas por distraerse en disquisiciones alejadas de lo verdaderamente concluyente. Obsérvese que si a los recurrentes se les exige que sus alegaciones se dirijan concretamente sobre los hechos y las pruebas que sustentan las decisiones, con mayor razón a los jueces se les exige que su motivación sea conducente y concluyente sin alejarse en teorías que creyendo ser novedosas no aportan nada al problema jurídico y fáctico planteado a la administración de justicia.

En este caso se decidió no casar, pero en el fondo un lector desprevenido de la sentencia, lo único que podrá encontrar en ella es que se plantean unas críticas a la doctrina imperante denominándola obsoleta y se propone una visión diferente, pero partiendo de unos conceptos procesales y sustanciales errados y con pretensiones de ser modificatorios de la doctrina legal probable y de la jurisprudencia imperante, razones que no comparto y por eso salvo mi voto.

ALVARO FERNANDO GARCIA RESTREPO
Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación n.° 11001-31-03-037-2008-00141-01

Con el respeto acostumbrado, brevemente expreso las razones que me separan de las consideraciones expuestas en el fallo para concluir que la sociedad conyugal deja de existir desde que los esposos se separan de hecho definitivamente.

1. La Sala concluyó que la aplicación de las normas que regulan el litigio conduce a «*puros formalismos*» que sacrificarían la equidad, la justicia y la buena fe. Por tanto, enmarcó la controversia en el supuesto enfrentamiento de derechos fundamentales, lo cual imponía emplear el principio de proporcionalidad y utilizar la metodología de la ponderación. Esto la llevó a concluir que:

> *...la separación de "cuerpos" tanto "judicial" como de "hecho" de los consortes superior al lapso aludido, disuelve también de hecho la sociedad conyugal, independientemente de que posteriormente mediante providencia judicial, con fundamento en la separación de hecho, se declare el divorcio...*

2. El epicentro de la presente aclaración radica en que la Corte podía negar los cargos casacionales y llegar al mismo resultado resolutivo, sin hacer a un lado las

disposiciones jurídicas aplicables ni anunciar la técnica de la ponderación que, en todo caso, no desarrolló. Para ello, la Sala no tenía que separarse del imperio de la ley que como «*Máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria*» y «*tribunal de casación*» debe acatar (arts. 230, 234 y 235 de la Constitución Política), como se expone en lo sucesivo.

En efecto, el matrimonio vivifica una sociedad conyugal, salvo cuando los contrayentes estipulan capitulaciones (art. 1774 del Código Civil); tal universalidad de bienes se disolverá, entre otras causas, por la ejecutoria de la sentencia de divorcio donde se reconoce alguno de los motivos taxativamente previstos por la ley (art. 160 ibidem). Así, las nupcias y la sociedad que se forma entre los cónyuges se disuelve «*por divorcio judicialmente decretado*» (canon 152 ejusdem), sin que sea suficiente que se presente en el mundo exterior uno de los supuestos de hecho que permiten el aniquilamiento definitivo de la unión, pues los efectos de él ocurren con el fallo judicial.

Esto se traduce en que resulta ineludible demostrar en un plenario alguna de las causales de divorcio, como es el caso de «*la separación de cuerpos, judicial o de hecho, que haya perdurado por más de dos años*» (art. 154 #8 ibid), para que se considere extinguido no sólo el vínculo marital sino también la sociedad conyugal.

La conclusión preliminar es sólida: de acuerdo con el ordenamiento sustancial objetivo, la separación de los contrayentes que aún no se ha reconocido judicialmente no

pone fin al matrimonio ni a la sociedad conyugal. Concluir lo contrario significa aplicar un razonamiento que podría resultar conveniente pero ajeno a las normas jurídicas que, además, son claras y se encuentran en pleno vigor.

Sin embargo, la vigencia de la sociedad conyugal no impone de manera absoluta que la integridad de los bienes en cabeza de los cónyuges siempre haga parte de la misma. Para evitar que eso suceda, la ley consagró una presunción relativa, derrotable, legal o *iuris tantum* de que «*todas las especies, créditos, derechos y acciones que existieren en poder de cualquiera de los cónyuges al tiempo de disolverse la sociedad*» le pertenecen a la primera «*a menos que aparezca o se pruebe lo contrario*» (art. 1795 del C.C.). Obsérvese que se trata de una deducción rebatible (y no de derecho), pues su propio contenido así lo establece.

Precisamente, los hechos probados según la sentencia rebatían la mencionada presunción y, a su vez, hacían innecesario que la Sala anunciara una ponderación de garantías fundamentales -que en todo caso no desarrolló- para evitar supuestos «*formalismos*». Esto es así porque, si bien Fanny Peña y Jesús Monsalve contrajeron matrimonio, se separaron de hecho y definitivamente alrededor de la época en que el segundo conformó una unión marital con Clementina Barriga, y, en vigencia de este último vínculo, él adquirió el inmueble objeto de la controversia.

Como puede verse, la sociedad conyugal no dejó de existir desde que Fanny y Jesús se separaron de hecho; eso

es claro porque así lo imponen las normas jurídicas aplicables. Sin embargo, también es indiscutible que desde la separación Fanny y Jesús dejaron de hacer aportes económicos, de ayuda y socorro mutuos a lo que fue su proyecto de vida en común, lo cual desvirtuaba por completo la presunción prevista en el artículo 1795 del Código Civil. Sin embargo, la Sala optó por seguir otro camino exento de «*formalismos*», en vez de desarrollar esta opción argumentativa, plausible y, sobre todo, amparada en el imperio de la legalidad.

3. Comoquiera «*que en estos días calificar a un juez... de formalista está lejos de ser un cumplido, no está del todo claro qué es ser un formalista o, simplemente, qué es lo malo de serlo*». En ese contexto, vale la pena recordar que la aplicación de las normas jurídicas vigentes, claras y ajustadas a la Constitución Política resguarda valores deseables en un estado social de derecho, tales como la predictibilidad de las decisiones judiciales, el respeto del derecho a la igualdad de los usuarios de la administración de justicia y la seguridad jurídica que puede verse minada por la discrecionalidad absoluta[1].

En los anteriores términos dejo consignados los motivos que en esta oportunidad me llevaron a aclarar el voto.

---

[1] SCHAUER, Frederick. *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico.* Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 45.

Fecha *ut supra.*

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO

Ref. 11001-31-03-037-2008-00141-01

Con el profundo respeto que merece la sentencia de casación emitida en el asunto de la referencia, que fue objeto de deliberación y votación en sesión de Sala Civil de 29 de abril de 2021, enseguida expongo los argumentos por los cuales no comparto sus fundamentos, aunque sí su *decisum*.

1.- El artículo 1820 del Código Civil, modificado por el 25 de la Ley 1ª de 1976, establece un *numerus clausus* de motivos de disolución de la sociedad conyugal que impide el reconocimiento judicial de cualquier otro. Esta taxatividad surge del diseño de la norma, cuyo encabezado indica claramente su propósito restrictivo y a continuación lo desarrolla en cinco numerales, sin dejar margen para la inclusión de otras causales, así como del acendrado carácter de institución de orden público familiar que tiene la materia e impide adicionarle o restarle elementos por vía diferente a la legislativa.

Entonces, por deseable que resulte la creación *ad hoc* de una razón adicional de terminación de la universalidad de bienes surgida del matrimonio como respuesta al supuesto abuso del derecho que alguno de los cónyuges pudiera intentar para participar en la repartición de activos que el otro adquirió tiempo después de que se separaron de hecho, las facultades hermenéuticas del fallador no alcanzan para ese fin, comoquiera que el principio democrático de separación de poderes le impide abrogarse potestades del órgano legislativo.

2.- Desentendido de la anotada especificidad, el fallo de cuyos considerandos disiento erige "[l]*a separación de cuerpos, judicial o de hecho, que haya perdurado por más de dos años*", contemplada en el numeral 8° del artículo 6° de la Ley 25 de 1992 como causal concreta de divorcio, en un nuevo motivo de disolución automática de la sociedad conyugal (num. 4.3.1.). Al efecto, acude al inconsistente razonamiento según el cual, como por mandato legal ese acontecimiento sirve de apoyo para la finalización del vínculo nupcial y acaecida esta ocurre lo propio con la universalidad de bienes, es posible prescindir del eslabón intermedio (divorcio) que, anota el suscrito, requiere intervención judicial o notarial, e *ipso facto* dar por materializado el último.

El numeral 4.4. sienta una conclusión aún más radical, ajena al tema de debate y que de hacer carrera desarticularía las instituciones de familia involucradas, al sostener que el mero hecho de la cesación definitiva e

irrevocable de la convivencia matrimonial *"modifica, por sí, el estado civil de casados, razón por la cual un fallo judicial... no hace más que reconocer esa precisa circunstancia desde cuando tuvo ocurrencia"*, sin detenerse en explicar en qué consiste esa alteración y tornando la que hasta la fecha ha sido considerada como una sentencia constitutiva del estado civil en meramente declarativa y con efectos retroactivos. Bajo ese deleznable criterio, cualquiera de las otras causales de divorcio o cesación de efectos civiles igualmente generaría *per se* esa *"modificación"* indeterminada.

3.- La mención de otros sistemas jurídicos con el fin de sustentar la postura que desapruebo surte el efecto contrario, pues la positivización en España, Argentina y México de la ruptura de facto de los consortes de su relación como causal de terminación de la respectiva sociedad conyugal lo que demuestra es la necesidad de una consagración semejante para que el juzgador pueda reconocer esa consecuencia. En tal medida, que la jurisprudencia de esos países exprese lo que el proyecto le atribuye apenas es un reflejo de lo que tales insumos normativos permiten.

La alusión al ordenamiento chileno también resulta desafortunada, porque la facultad que la Ley 19947 de 2004 confiere a los cónyuges separados de hecho para regular sus relaciones patrimoniales mediante los instrumentos que el artículo 22 contempla, amén de que precisamente acredita una vez más la necesidad de la

estipulación legislativa, nada nuevo aporta al debate, pues sabido es que en Colombia el mutuo acuerdo de las partes elevado a escritura pública disuelve la mentada universalidad.

4.- Que el consorte inocente en la ruptura definitiva no queda desprotegido porque tiene a su disposición las acciones legales para exigir las consecuencias del incumplimiento del otro, y si no lo hace incurre en negligencia y se somete a sus secuelas, en vez de abonar la motivación de la que difiero prueba que las partes cuentan con amplios mecanismos para obtener la disolución de la sociedad conyugal y resguardar sus derechos, siendo su desidia en utilizarlos la que eventualmente las aboca a los efectos indeseados que la mayoría conjura introduciendo una causal inexistente en el régimen jurídico nacional.

5.- Se sugiere que una decisión diferente en el caso concreto constituiría una *"discriminación de género"* porque sacrificaría el derecho de la compañera permanente a conformar una sociedad patrimonial con quien al momento de iniciar la unión marital de hecho estaba casado y no había liquidado su sociedad conyugal (lit. b), art. 2°, Ley 54 de 1990), lo cual muestra un claro desenfoque frente a la cuestión debatida, pues aquí nada tiene que ver la condición de mujer de la demandada Clementina Barriga Manrique, ni ella fue convocada por su relación con Jesús Ernesto Monsalve Benavides, sino porque adquirió de este el bien disputado mediante presunta simulación o lesión enorme.

6.- Así las cosas, la argumentación de la que me aparto optó por crear una nueva causal de disolución de la sociedad conyugal y por esa senda negó la legitimación de la actora para discutir la venta que su otrora esposo realizó de un bien, pasando por alto ocuparse del tema que realmente le correspondía, en tanto no examinó la decisión del Tribunal desde la perspectiva que los cargos plantearon, sino desde la que a bien tuvo tratar. Si hubiese seguido la senda adecuada, la conclusión sería la misma, pero con razonamientos acordes.

7.- En los anteriores términos, dejo consignada mi aclaración.

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Magistrado