

CONVERSATORIO

SOCIEDAD CONYUGAL Y  
SOCIEDAD PATRIMONIAL  
DE LA UNIÓN  
MARITAL



DÍA  
21/02/22  
LUNES

HORA  
5:00 PM



EVENTO HÍBRIDO  
(PRESENCIAL Y VIRTUAL)

Academia Colombiana  
de Jurisprudencia

[foros@academiacolombianadejurisprudencia.com.co](mailto:foros@academiacolombianadejurisprudencia.com.co)



AUGUSTO  
CANGREJO COBOS



CARLOS  
FRADIQUE-MÉNDEZ



YAIRA  
ALARCON PALACIO



JAIRO  
RIVERA SIERRA

Conversatorio  
Modalidad presencial y virtual  
Bogotá, 21 de febrero de 2022  
Academia Colombiana de Jurisprudencia



# CONVERSATORIO SOCIEDAD CONYUGAL Y SOCIEDAD PATRIMONIAL DE LA UNIÓN MARITAL

Luis Augusto Cangrejo Cobos\*  
*Académico de número*

## Nota preliminar

Con un propósito netamente académico, dejamos a consideración de la comunidad jurídica estos trazos críticos sobre una polémica decisión de la Sala Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, como continuación de nuestros trabajos encaminados a generar un diálogo y, en lo posible, alguna idea acorde con nuestro ordenamiento.

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia profirió la Sentencia de casación SC-4027, calendada en 14 de septiembre de 2021, para resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de segunda instancia emanada del Tribunal Superior de Bogotá en fecha 27 de mayo de

---

\* Doctor en Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, especialización de Derecho Procesal del Colegio Mayor (1980-1981). Profesor de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (profesor titular) y de la Universidad Nacional de Colombia. Profesor de la Universidad Sergio Arboleda y la Universidad de los Andes. Profesor invitado en varias universidades del país. Se han regentado las cátedras de Derecho procesal civil especial, Derecho civil obligaciones y Derecho probatorio, en niveles de posgrado, especializaciones y maestrías. Además, ha sido profesor de Casación civil, Arbitramento y Pruebas mercantiles en el Colegio Mayor del Rosario y en la Universidad Nacional de Colombia.

2014, dentro del proceso ordinario iniciado en el año 2008. La tramitación del proceso llevó algo más que 13 años, 7 de los cuales tomó la Corte para resolver el recurso de casación; es del caso anotar que el recurso extraordinario se interpuso y debía resolverse bajo las disposiciones pertinentes contenidas por el Código de Procedimiento Civil.

La decisión de la Sala Civil de la Corte no fue unánime, pues algunos de sus integrantes salvaron el voto, y otros aclararon el suyo.

El estudio que nos proponemos adelantar comprende dos partes fundamentales; la primera, sobre las notas características del Recurso Extraordinario de Casación y su técnica, aspectos que no fueron observados por la Corte en su descaminada sentencia, y la segunda sobre las graves equivocaciones conceptuales en materia sustancial, las que se puntualizan en los apartes correspondientes.

## **El caso concreto: hechos de la demanda**

De manera inicial, transcribiremos los hechos de los cuales surgió el litigio, subrayando nosotros –fuera de texto–, los que consideramos cardinales, así:

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 SOC 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 Circulo 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 Circuito 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 Circuito de Bogotá. De modo que, si el libelo fue radicado el 31 de marzo de 2008, esa convivencia se extendió desde 1 981 (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. (Énfasis agregado).*

El marco pretensional de la demanda se encaminó a obtener la declaratoria de simulación absoluta de la venta y la nulidad de la donación que, como acto real, careció de insinuación; subsidiariamente, se impetró la declaratoria de lesión enorme en la enajenación.

## **Los fallos de instancia**

### **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 de la venta, y, en 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. Cardinalmente, el *a-quo* advirtió que la venta se efectuó estando disuelta y sin liquidarse la sociedad conyugal, sin que, por otro lado, se haya acreditado el pago del precio estipulado.

### **La sentencia de segunda instancia**

El superior, al resolver el recurso de apelación de los demandados, revocó la anterior decisión y desestimó las pretensiones.

*“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”.*

*“(…) 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”.*

*“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”.* (Énfasis agregado).

Contra esta sentencia se interpuso y concedió el Recurso de Casación.

### **El Recurso Extraordinario de Casación**

Es del caso dar inicio al presente estudio crítico, citando unas palabras del salvamento de voto del magistrado Dr. García, que, sin duda, enmarcan el sombrío universo por donde transitó la Corte en este asunto:

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. [Típico desconocimiento del elenco].

Solamente con el propósito de enmarcar nuestros apuntes críticos, ofrecemos algunas premisas estructurales del recurso extraordinario, así:

1. De manera inicial ha de recordarse que las normas que regulan el proceso civil son de orden público y de obligatoria observancia; por ello, su trámite es, y debe ser, manifestación del debido proceso como garantía fundamental para las partes, en el ejercicio de sus derechos que en dicha calidad les ha consagrado la ley.
2. Salvo las excepciones de ley, la carta política consagró el principio de la doble instancia, artículo 31, con lo que puede afirmarse que el proceso normalmente concluye con la sentencia de segunda instancia. En las instancias tienen lugar los recursos ordinarios como ejercicio del derecho de impugnación respecto de las decisiones del juez. Desde luego que la reposición y la apelación materializan dicho ejercicio para provocar un nuevo examen de la determinación adoptada por el mismo juez o el superior jerárquico.
3. No está de más advertir, como lo enseñaba Ulpiano (D. L XLIX, T.I), que el uso de la apelación es necesario porque corrige la injuria o el desacierto de los juzgadores; aunque a veces, al reformar, empeore las sentencias bien dictadas. Desde luego que no siempre falla mejor el último que tiene que dictar sentencia.
4. Deslindando lo anterior, en la otra orilla encontramos los recursos extraordinarios –casación, revisión, anulación–, que, por su naturaleza, solamente proceden respecto de determinadas sentencias, por los motivos taxativamente previstos, y, además, la impugnación ha de ajustarse a las previsiones de técnica previstas por el legislador.

5. En este orden de ideas, aunque parece obvio, hay que decir que la casación no es una tercera instancia; como medio extraordinario de impugnación es claro que comporta un juicio en derecho a la sentencia de segunda instancia, sin perjuicio de la casación *per saltum*. Para su concreción han de surtirse las etapas o momentos que reclaman su desarrollo; así, la interposición oportuna y su concesión ante el Tribunal cuya sentencia se recurre, luego, el examen inicial de la Corte sobre la procedencia del recurso y su admisión en su caso.
6. Admitido el recurso, ha de concretarse la censura mediante la demanda de casación que, necesariamente, ha de ajustarse a los precisos parámetros de la técnica del recurso; esto es, la causal que se invoca y los cargos que se formulan en búsqueda del quiebre del fallo recurrido. Si la demanda no reúne tales exigencias se inadmite y cobra ejecutoria el fallo recurrido, y dicho auto carece de recursos.
7. Descendiendo a las causales de casación, el artículo 368 del CPC, modificado por el artículo 1º del Decreto 2282 de 1989, las enlistaba en cinco numerales; como se sabe, la causal primera es la que permite acusar el fallo por errores *in judicando*, errores de juicio, que comportan violación de norma sustancial, mientras que las otras cuatro atañen a errores *in procedendo*, o errores de actividad. En la actualidad, artículo 336 CGP.
8. Es requisito medular de la demanda de casación la formulación técnica de los cargos que, separadamente, se endilgan al fallo recurrido, atendiendo la causal que se invoca y la exposición fundamentada de la acusación, “... *en forma clara y precisa. Si se trata de la causal primera, se señalarán las normas de derecho sustancial que el recurrente estime violadas.*” (art. 374 CPC); el CGP en su artículo 344 reproduce lo anterior en los siguientes términos: “*La formulación, por separado, de los cargos contra la sentencia recurrida, con la exposición de los fundamentos de cada acusación, en forma clara, precisa y completa y con sujeción a las siguientes reglas:*”. En el caso bajo estudio, como se dijo, el recurso debía ceñirse a lo dispuesto por el CPC.

9. En la técnica del recurso es menester tener en cuenta los siguientes aspectos:
  - 9.1 Cada causal es autónoma, es decir, independiente una de otra; por ello, han de presentarse en capítulos separados,
  - 9.2 No hay cargos subsidiarios. Ningún cargo depende de la prosperidad o no de otro cargo formulado, como sí sucede con la acumulación de pretensiones de la demanda inicial del proceso o de la reconvencción, en su caso.
  - 9.3 Los cargos formulados dentro de la órbita de una causal determinada son independientes; esto es, cada cargo es una acusación que deberá analizar y resolver la Corte sin consideración a los otros cargos. Por ello, de prosperar alguno de ellos con suficiencia para casar la sentencia, no habrá necesidad de examinar los demás formulados.
  - 9.4 Es del caso anotar que los cargos formulados dentro de la órbita de la causal primera –hoy primera y segunda–, violación de la norma sustantiva, bien lo sea de manera directa, o, indirecta, son excluyentes por su estructura.
  - 9.5 Desde luego que la violación de la norma sustancial por vía directa excluye cualquier consideración sobre los aspectos probatorios; los hechos han quedado fijados en los términos de la sentencia recurrida. La censura por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea, que recuerda la casación pura, es, estrictamente, un juicio en derecho a la sentencia; el juez aplicó una norma que no regula el caso, y, por ello, dejó de aplicar la que correspondía, o bien, aplicó la norma pertinente, pero la interpretó equivocadamente, así restringe o amplía de manera inconsulta su contenido. En el silogismo de la sentencia judicial, el error tiene lugar en la premisa mayor.
  - 9.6 La violación indirecta de la norma sustancial, a contrario, permite la entrada de los aspectos probatorios al ámbito del recurso; baste recordar que, por imperativo legal, toda decisión

judicial ha de fundarse en las pruebas “regular y oportunamente” arrimadas al proceso. La violación de la norma obedece al yerro del juez en la contemplación jurídica del medio probatorio, error de derecho, *juris in iudicando*; o bien, en la contemplación objetiva del medio probatorio, error de hecho, *facti in iudicando*. Este es en verdad un capítulo apasionante de la casación y del arte de juzgar.

- 9.7 Para lo que se afirma adelante, dentro de la órbita de la causal primera de casación del CPC., ordenamiento bajo el cual se interpuso y sustentó el recurso de casación, –hoy, primera y segunda del artículo 336 CGP–, es necesario señalar que los yerros a que aluden los cargos deben estar soportados y referidos en un todo al contenido objetivo de la sentencia censurada, que no otro. Reiteramos que el objeto del recurso no es otro distinto que la sentencia recurrida; no podrá acusarse una sentencia con fundamento en lo que dicha providencia no dijo.

## El fallo de la Corte

Al leer la sentencia de la Sala Civil, y al cotejarla con la técnica del recurso extraordinario, bajo las notas fundamentales que se han dejado consignadas, hiere al ojo, cómo y de qué manera, se desnaturalizó el recurso y se procedió en contra de la ley. Sin entrar en largas construcciones teóricas, nos referiremos, puntualmente, a los aspectos que consideramos corroboran nuestra afirmación.

Veamos:

1. Contra la sentencia del Tribunal Superior, el casacionista formuló cinco cargos dentro de la órbita de la causal primera de casación; cuatro de ellos por la vía indirecta por los errores de hecho en que, según su demanda, incurrió el juzgador en la apreciación objetiva de distintos medios de prueba, de donde se derivó la violación de las normas sustanciales indicadas por falta de aplicación, y, por aplicación indebida de aquellas en que apoyó su decisión.

2. El cargo Cuarto lo formula el recurrente por la vía directa, denunciando el quebranto de los artículos 1824, 1781 y 1871 del Código Civil, por falta de aplicación.
3. Luego de hacer de manera conjunta un recuento del contenido de cada uno de los cargos, formula la Sala una “regla novedosa pero contraria a la ley”, consistente en la fusión de todos los cargos para resolverlos conjuntamente; dijo así:

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* (Folio 20 del fallo).
4. No ofrece dificultad alguna advertir que “establecer los contornos temporales de la sociedad conyugal surgida del matrimonio” no constituye argumento alguno para separarse de la técnica del recurso; tal afirmación reclama una petición de principio, puesto que son aspectos de hecho que fueron decantados en las instancias, y así llegaron a la Corte.
5. Lo establecido en la ley respecto de la autonomía, independencia y naturaleza de las causales y de los cargos, como también la incompatibilidad de la censura cuando esta se refiere a violación de la ley sustancial por la vía directa, con la que se endilga por la vía indirecta, como se dejó planteado, es incoherente; esto, desde luego, ninguna consideración mereció a la Corte. Si a la Corte le estuviere dado hacer lo que hizo en este caso, podría afirmarse que al recurrente tampoco puede exigírsele formalidad o parámetro alguno para enlistar los yerros, todos y cada uno de ellos, “*asociado con la incidencia de los yerros de juzgamiento enrostrados en la decisión adoptada*”, supuestamente enderezados a establecer los contornos de la relación material en los términos de ley.
6. Adicionalmente, con pena encontramos que al borrar el entorno de los cargos en casación, la Sala abordó el examen a la manera de una tercera instancia y dirigida a adoptar la decisión

de NO CASAR la sentencia, exponiendo argumentos totalmente ajenos a los expuestos por el Tribunal, es decir, hace unos planteamientos teóricos con apoyo en instrumentos de derecho internacional sobre la materia de debate, con los que, en el afán de querer mostrar su erudición, rompió el ámbito y fines del Recurso extraordinario.

7. Como un epitafio, diremos que el Derecho procesal, en compañía del derecho civil, talvez a consecuencia de los aires metafísicos kantianos, “*se marchó por el desierto despacito... a la vista de la muda, ja la vista de la absorta caravana! ...*”

### **La cuestión de hecho: aspectos sustanciales**

Como quiera que los hechos que dieron origen al dilatado proceso ordinario están enmarcados puntualmente entre la sociedad conyugal ilíquida y la sociedad patrimonial de la unión marital, y, particularmente, con la enajenación del alguno de los bienes perteneciente a la primera, nos referiremos a la cuestión medular de índole sustancial que, en sentir de la Corte, constituye un “*cambio jurisprudencial*”. Este supuesto cambio, como creemos, riñe abiertamente con los textos legales pues resulta evidente que “*crea*” una nueva causal de disolución de la sociedad conyugal; es decir, adiciona el contenido del artículo 1820 del Código Civil.

Como se advirtió en líneas anteriores, desbordando el contenido del fallo del Tribunal Superior, y para sustentar su decisión, la Corte expuso su propio criterio sobre el alcance de las normas sustanciales que regulan el caso.

Veamos:

1. Es menester reiterar que estando vigente la sociedad conyugal, independientemente de la separación de hecho de los cónyuges, esta se mantiene mientras no se disuelva por los motivos taxativamente previstos por la ley; de vieja data la Corte Suprema así lo ha indicado:

“*Resulta claro entonces que, formada la sociedad conyugal, ella perdurará hasta cuando se disuelva por ocurrir alguna de las precisas causas señaladas por este texto. No existen causales de disolución*”

distintas de las que el legislador ha señalado. Dicho con otras palabras, el régimen legal de la sociedad conyugal gobierna las relaciones económicas patrimoniales de los casados mientras la sociedad esté vigente, mientras no se disuelva por la ocurrencia de alguno de los motivos que la ley taxativamente ha erigido en causas de disolución de la sociedad conyugal.”<sup>1</sup>

2. En este orden de ideas, en el caso concreto es indudable que la sociedad conyugal estuvo vigente hasta el mes de marzo de 2001, ya que, por sentencia judicial, se declaró disuelta; y, que la cuota de dominio sobre el inmueble fue adquirida por el cónyuge en el año de 1988, lo que inobjetablemente permite predicar que fue adquirido en vigencia de la sociedad conyugal.
3. Al detenerse la Corte a examinar el contenido del artículo 6° de la Ley 25 de 1992, reformatorio del artículo 154 del Código Civil, encontró que el divorcio podrá impetrarse con apoyo en la separación “judicial o de hecho” que haya perdurado por más de dos años; lo anterior, como gran descubrimiento, llevó a la Sala a afirmar que: “Lo 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.*” (Énfasis agregado).
4. La descaminada sentencia incurre en un inexcusable error al considerar que la separación de hecho de los cónyuges es causal autónoma de disolución de la sociedad conyugal que, por el transcurso del tiempo –aquel que exige la ley para el surgimiento de la sociedad patrimonial de la unión marital–, opera *ope legis*; desde luego que ese hecho, bien puede ser fundamento para impetrar contenciosamente la separación de cuerpos, o la separación de bienes, y, en su caso, el divorcio o la cesación de efectos civiles

<sup>1</sup> CSJ. Gaceta Judicial T. CLIX, p. 257.

del matrimonio eclesiástico, eventos que implican la disolución de la sociedad conyugal.

5. De aceptarse lo dicho por la Corte, en esa línea, estando vigente el vínculo matrimonial o la unión marital con efectos patrimoniales, ante la separación de hecho de los cónyuges o compañeros, “que perdure más de dos años”, se autoriza al titular para disponer de los bienes que por ley correspondan a la sociedad conyugal o patrimonial, sin que se considere como venta de cosa ajena; lo mismo, si se donan o transfieren; es decir, sin responsabilidad alguna de su parte.
6. Esta falsa apreciación, como se consigna en los salvamentos y aclaraciones de voto a la sentencia, llevó a la Sala Civil y Agraria a desconocer la legitimación de la cónyuge para reclamar respecto de los actos de disposición realizados por el otro cónyuge en vigencia de la sociedad conyugal, o aún, disuelta, pero sin haberse liquidado. De aceptarse lo anterior, resultaría evidente el cercenamiento de los derechos del cónyuge afectado, llegándose, incluso, a anticipar a contrapelo de la ley el tiempo de prescripción de las acciones para reclamar sus derechos.
7. Algunos magistrados, aunque dejaron de lado lo atinente al rigor del Recurso Extraordinario, salvaron o aclararon su voto; algunos de sus apartes los incluimos para conocimiento del lector, así:
  - 7.1. *“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. En Colombia, por mandato legal, la sociedad conyugal que nace por el solo hecho 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. Aunque los bienes provengan de uno solo de ellos, la sociedad se forma por el mero hecho del matrimonio”.* (Énfasis agregado). Salvedad de voto, magistrado Álvaro Fernando García Restrepo. (SC-4027-2021; 14/09/2021).

7.2. *“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. La sociedad conyugal no dejó de existir desde que los esposos se separan de hecho. alrededor de la época en que el segundo conformó una unión marital con Clementina y, en vigencia de este último vínculo, él adquirió el inmueble objeto de la controversia.”* (Énfasis agregado). Aclaración de voto magistrado Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. (SC-4027-2021; 14/09/2021)

7.3. *“La argumentación de la que se aparta optó por crear una nueva causal de disolución de la sociedad conyugal y por esa senda negó la legitimación de la demandante para discutir la venta que su otrora esposo realizó de un bien, pasando por alto ocuparse del tema que realmente le correspondía”.* (Énfasis agregado). Aclaración de voto magistrado Octavio Augusto Tejeiro Duque. (SC-4027-2021; 14/09/2021)

8. No obstante, lo aquí consignado, encontramos que la misma Sala en sentencia posterior a la que se analiza, volvió sobre el punto, y, todo parece indicar que “novedosamente” pueden coexistir la sociedad conyugal y la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes en los casos excepcionales que ha creado la Corte al margen de la ley; en punto, dejamos este aparte de una aclaración de voto al fallo calendarado en 15 de diciembre de 2021:

“Aclaración en relación con el surgimiento de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes cuando no se encuentra

disuelta la sociedad conyugal proveniente de matrimonio antecedente, por cuanto se afirmó que tal circunstancia, “como regla de principio”, constituye causa de impedimento para que aflore la primera; no obstante, no precisa el pronunciamiento cuáles serían las excepciones al indicado axioma y no puede soslayarse que tales hipótesis quedaron claramente delineadas a partir de la Sentencia SC-4027-2021. *No viene a duda que la jurisprudencia de la Sala ha admitido la existencia de ciertos eventos que, una vez configurados, permiten aseverar que la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes brota con los efectos pecuniarios que le son propios, aun si la sociedad conyugal predecesora en que participa alguno de los integrantes de la pareja, se encuentra vigente.* Las hipótesis ameritaban mencionarse en aras de precisar la “regla de principio” que la Corte acogió en lo que atañe al nacimiento de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, cuando concurre su homóloga de origen conyugal, pues a ningún postulado puede atribuírsele el predicado de completo sin la debida explicación de las situaciones excepcionales en que se excluye su aplicabilidad. Aclaración de voto magistrada Hilda González Neira. (SC-5106- 2021; 15/12/2021). (Énfasis agregado).

9. Al hablar de la sentencia, y particularmente de aquella que no resulta de la aplicación de la ley a los casos por ella previstos y bajo los principios generales con un propósito superior, el bien común, Don José de Vicente y Caravantes expresó: *“Pero este juicio, esta decisión, esta sentencia podía separarse de las vías de la equidad y de los principios de la justicia, ya por haberse dejado arrastrar el juez por pasiones de odio, de afecto o de interés material hacia alguna de las partes, ya por equivocación de juicio, ya por ignorancia de entendimiento”*<sup>2</sup>. (Énfasis agregado).

---

<sup>2</sup> José de VICENTE, y José CARAVANTES, *Tratado Histórico, Crítico Filosófico de los Procedimientos Judiciales en materia Civil*. Madrid, 1856. T.I, 20.

SOCIEDAD CONYUGAL Y SOCIEDAD  
PATRIMONIAL DE LA UNIÓN MARITAL  
COMENTARIOS A LA SENTENCIA SC-4027-2021

Yadira Alarcón Palacio\*  
*Académica correspondiente*

Acabamos de hacer un análisis desde el punto de vista técnico, donde pudimos identificar una serie de tensiones en el estricto sentido del recurso extraordinario de casación. Sin embargo, lo que subyace en el fallo de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia es una postura en la que tres de sus miembros (uno que ya terminó su periodo) están a favor de introducir al sistema jurídico colombiano la existencia de una posible disolución por las vías de hecho de la sociedad conyugal, y precisamente esa postura se encuentra en tensión con otras posturas que fueron evidentes, tanto en salvamentos de voto concretamente, como en aclaraciones de voto. Hay que señalar que son dos las aclaraciones y dos los salvamentos de voto.

En términos generales a mí me gustaría empezar por aclarar a la ciudadanía que la sociedad conyugal está vigente, que es un régimen que se disuelve conforme a las formas establecidas actualmente, a día de hoy, por el Código Civil, y que dentro de ellas se encuentra la muerte y la disolución por separación de cuerpos, por separación de bienes, por divorcio o por liquidación de la sociedad conyugal de mutuo acuerdo; esa claridad es muy importante porque podemos estar confundiendo que este pronunciamiento está alterando actualmente nuestro régimen.

Es un pronunciamiento que intenta adentrar una nueva postura al derecho colombiano y que se justifica en el hecho de buscar una solución legal más

---

\* Profesora Titular y Directora de la Especialización en Derecho de Familia de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia). Abogada de la Universidad del Norte (Barranquilla - Colombia). Doctora (Ph. D) en Derecho Privado Social y Económico y Máster en Necesidades y Derechos de la Infancia de la Universidad Autónoma de Madrid (España); Especialista en Derecho de Familia de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá - Colombia). Socia Directora de la firma Alarcón Palacio & Asociados. Contacto: yalarcon@javeriana.edu.co.

justa, más acorde con las situaciones de hecho que se presenten entre personas que, siendo cónyuges que no conviven, han iniciado su convivencia con otras personas y esto nos lleva a la solución surgida del problema de la concurrencia de parejas en Colombia en la Ley 54 de 1990.

Esta ley entra a responder a una carencia que existía de un régimen económico para las parejas de hecho. Entra a superar todo el debate de la existencia de los concubinos –o, realmente, eran las concubinas en Colombia–, porque por la indisolubilidad del vínculo jurídico del matrimonio religioso, específicamente, del matrimonio católico, daba al traste con la posibilidad de tener un nuevo régimen económico. Esa sociedad de hecho que se utilizó para proteger las parejas de hecho a partir de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia en 1935, consideró el *animus societatis* de la pareja como lo único protegible, al margen de la relación de pareja, pues esta era considerada como una relación con causa ilícita, así fue protegiéndose la sociedad de hecho, pero esa sociedad de hecho encuentra, finalmente, una respuesta jurídica en la Ley 54 de 1990 que se enfrenta, en ese momento histórico colombiano, a la indisolubilidad del vínculo predominante en la mayoría de las nupcias en Colombia, que eran por el rito católico.

Frente a esa indisolubilidad, la Ley 54 de 1990 nos ofrece dos alternativas a la existencia de la sociedad patrimonial de hecho, esta es una de las leyes más intervenidas a lo largo de la historia tanto por el legislador como por la jurisprudencia. La Ley 54 de 1990 es una ley revisable, es un régimen inestable, incompleto, debatible, confuso, un régimen que nos presenta una serie de falencias en el sistema que han hecho que, tanto la jurisprudencia como el legislador hayan intentado solventar este deficiente sistema jurídico que es uno de los más reparados a lo largo de la historia.

Pero, en últimas, nos ofrece dos soluciones: si las dos personas son solteras, no tienen impedimento para contraer matrimonio entre ellos y pueden tener una sociedad patrimonial de hecho desde el primer día en que inicia la convivencia como hecho generador de los derechos y, en segundo lugar, si tienen impedimento para contraer matrimonio entre ellos porque se encuentran unidos a vínculo anterior, uno o ambos, entonces tienen que entrar a disolver su sociedad conyugal para que puedan tener un régimen de sociedad patrimonial de hecho. Y aquí está la primera cuestión, la primera pregunta es: ¿cuáles son los fines de las instituciones patrimoniales de pareja en Colombia?

Hay algo muy claro para mí, me doctoré con una tesis doctoral en deuda y responsabilidad en la sociedad de gananciales y creo que tengo autoridad para compartir lo que he venido trabajando durante muchos años, que en Colombia se confunde la protección de la mujer con la ganancialidad; en Colombia pretendemos ubicar la ganancialidad como la protección de la mujer. El problema es cuando nos enfrentamos a una situación en la que hay dos mujeres, aquí no sabemos exactamente cómo resolver la proyección, porque, efectivamente, ser mujer puede ser un estado de vulnerabilidad, pero no lo es, de manera necesaria, ser mujer no implica una discapacidad para la toma de decisión en nuestro régimen.

En el régimen de la sociedad conyugal, hemos tenido unas disposiciones claras, el matrimonio tiene tres regímenes económicos: primero, el matrimonio tiene como régimen económico la capitulación matrimonial por excelencia, no por defecto. Es la primera manifestación de la autonomía de la voluntad de los futuros contrayentes tener un régimen de capitulaciones matrimoniales, en él están llamados a definir si quieren o no quieren la sociedad conyugal. Se debatió mucho tiempo si siempre surgía la sociedad conyugal. Eso está superado, la sociedad conyugal se puede excluir por capítulos. Entonces si tenemos el régimen de exclusión de la sociedad conyugal hay algo claro, la sociedad conyugal no es inherente al matrimonio, no necesariamente para haber matrimonio tiene que existir haber social. Tenemos como régimen principal la voluntad de las partes, que a eso no le subimos el volumen, a la autonomía de la voluntad privada, y no hacemos pedagogía del uso de la autonomía en virtud de las decisiones que deben tener los futuros contrayentes.

Segundo, tenemos una sociedad conyugal supletoria, a falta de exclusión del pacto de capitulaciones o en la modificación del mismo por capitulaciones, también existe la posibilidad de liquidar la sociedad conyugal durante el matrimonio, para tener un régimen de separación de bienes y la pareja sigue casado sin sociedad conyugal. Partir de que necesariamente tiene que haber un régimen de gananciales, no es correcto. Ahora, la propuesta que está sobre la mesa se basa en el derecho comparado, para decir que sería mucho más justo tener una posibilidad de disolución por las vías de hecho, porque nosotros estamos intentando llevar las vías de hecho al derecho y llevar el derecho a las vías de hecho, y eso es lo que estamos

haciendo en Colombia, regulando las situaciones de hecho por defecto, intentando buscar las soluciones jurídicas al derecho por defecto, por lo que, lo primero que tendría que decirse para contestar cuáles son los fines de las instituciones patrimoniales, es buscar un régimen de equilibrio entre cónyuges plenamente capaces, o entre compañeros permanentes plenamente capaces. Excepcionalmente, habrá otro tipo de motivos, pero el régimen de gananciales no pretende nada más allá que buscar un equilibrio entre personas plenamente capaces, y no es inherente a la relación matrimonial ni a la unión marital. Esa discusión que hay en la sentencia acerca de los efectos de la ruptura, que si tenemos un régimen para disolver, que sí que surge solamente al momento de la disolución y que si debemos mirar atrás como si siempre hubiera existido, se ha zanjado por la existencia del régimen durante todo el matrimonio y hasta su disolución.

Hay una cosa clara, comparto la manifestación del señor presidente actual, magistrado Quiroz, de que eso realmente no está en discusión, es decir, la sociedad conyugal surge desde que las partes se casan y no han excluido por capitulaciones el régimen la sociedad conyugal, produce efectos jurídicos desde sus comienzos; otra cosa es cuáles son esos efectos jurídicos. La sociedad conyugal permite la libre disposición de los bienes de los que cada uno de los cónyuges sea titular, la sociedad conyugal permite la responsabilidad de los cónyuges a título personal con base en los bienes como garantía de los que el cónyuge deudor aparece como titular y lo que hay es una limitación en otro tipo de herramientas e incluso, como lo planteo en mi tesis doctoral, en la misma Ley 28 de 1932 en el artículo segundo, y es respecto de las obligaciones ordinarias domésticas o de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes.

En esa disposición, respecto de las obligaciones ordinarias domésticas, donde la misma norma dice que los cónyuges responderán solidariamente frente a terceros y mancomunadamente entre sí, es donde tenemos una diferenciación de esa facultad de libre disposición de los bienes de que sean titulares. Por lo que, pretender en este momento, desconocer nuestro régimen, por fuera de nuestra normativa, es ir un poco contra el sistema. Es posible variar el sistema a través de sentencias, es posible que lleguemos a una doctrina probable, pero esta doctrina probable no debería desconocer nuestra historia normativa que no es igual que la de Chile y que no es igual que la de España.

En España hay una norma en el derecho positivo que permite que la separación de hecho disuelva los efectos de la sociedad conyugal, pero eso no es una creación jurisprudencial, es una disposición normativa. Hacerlo en Colombia, implicaría una reforma legislativa, para que pudiéramos en el Congreso de la República debatir, si eso es lo que nosotros merecemos como nuevo régimen para atender a las necesidades actuales de las diferentes formas de pareja.

En tercer lugar, tendríamos que decir cuál es el problema de la concurrencia y cuál es el problema de la existencia de un nuevo régimen si usted está separado. Nuestras manifestaciones en este foro son absolutamente respetuosas y nuestro ejercicio es absolutamente académico, pero no podría decirse que la sociedad conyugal ataca el derecho al alimento, por ejemplo, el fundamento de la sociedad conyugal no tiene efectos frente a determinados derechos correlativos entre cónyuges, el derecho de alimentos no está sometido a la existencia de una sociedad conyugal o una sociedad patrimonial, el derecho de alimentos tiene por causa la condición de estado civil, no la condición de régimen económico; entonces, ese tipo de cosas tenemos que mantenerlas claras en nuestro ejercicio, claras en nuestra jurisprudencia para que las personas no vayan a confundir que cuando no tienen sociedad conyugal, entonces, por ejemplo, no tienen garantía para responder por el derecho de alimentos o se queda suspendido su derecho a alimentos.

No hay que confundir el régimen, este es, entre los cónyuges, y tiene dos esferas, una esfera interna y una esfera externa frente al tercero. El tercero no ve la sociedad conyugal porque no tiene personalidad jurídica. Los deudores son los cónyuges, los que tienen afectación en garantía al patrimonio individual de cada cónyuge que solo tiene ganancialidad respecto de una futura calificación, no en el marco de una convivencia, frente al tercero. Entonces, es muy importante que mantengamos la claridad de nuestro régimen, el hecho de que por el divorcio se disuelve la sociedad conyugal que estuviera vigente no es una decisión que pueda alterarse mientras la ley lo ordene de esa forma, y lo que dice la norma es que por el hecho del divorcio se entiende disuelta la sociedad conyugal que exista hasta ese momento.

En el caso en concreto, la sentencia se dicta la cesación de efectos civiles del matrimonio católico de mutuo acuerdo el 28 de marzo de 2001, ese

día se entiende disuelta la sociedad conyugal y, comparto también con el doctor Quiroz, el efecto es declarativo y no es constitutivo, lo que declara es probada una causal y lo que constituye es la terminación del régimen. La terminación de la sociedad conyugal, entonces, no puede retrotraer los efectos de una disolución que opera por virtud de la ley de ese momento hacia el futuro.

También queremos anotar que, cuando una persona sabe que está en unión marital de hecho, sin sociedad patrimonial de hecho, debería tomar todas las medidas tendientes a proteger su propio patrimonio porque se encuentra vinculado a otra persona que no tiene clara su situación patrimonial con su compañero o su cónyuge anterior.

En materia de Seguridad Social hemos tenido muchísimos ejemplos en que la concurrencia de parejas nos ha llevado a temas como la división proporcional al tiempo de convivencia de la pensión de sobrevivientes. En materia civil hemos tenido una estabilidad en la sociedad conyugal frente a la sociedad patrimonial de hecho, porque la ley es clara y dice: si usted tiene sociedad conyugal vigente y su sociedad conyugal no ha sido disuelta entonces no puede surgir la sociedad patrimonial de hecho.

Ahora bien, qué es justo o qué no es justo las soluciones de nuestro derecho no debería considerarse, pues el derecho se presume justo, mientras esté vigente tiene una connotación de justicia, es nuestro régimen y mientras esté vigente y no haya sido atacado por inconstitucionalidad y declarado inexecutable o modulado mediante una sentencia que lo especifique, debemos aplicarlo conforme se encuentra vigente en ese sentido.

En el caso, se puede decir que no tenía ninguna correlación con el hecho en concreto, que el tema era un tema de simulación que no fue, en mi opinión, acertado, el entrar a traer unas instituciones del derecho comparado que obedecen a otras realidades como, por ejemplo, decir que el régimen de gananciales del derecho español se parece al régimen de gananciales del derecho colombiano, esto es desconocer que allí no existe un régimen de aporte de bienes muebles, que allí no existe ningún tipo de recompensa, que hay un régimen de gestión conjunta de los bienes gananciales durante la vigencia del régimen, que no hay una total independencia de los bienes como aquí en Colombia, que, dependiendo de cómo se realiza el acto que es de mutuo

acuerdo o si es autorizado por un cónyuge a favor del otro o si es realizado en el ejercicio de la profesión u oficio, va a tener diferentes garantías.

A las personas que tengan interés en adentrarse mucho más profundamente en el régimen español, pues les pongo a disposición mi tesis doctoral porque yo dedico 350 páginas al régimen español y sé que estoy diciendo algo que ha debido ponerse en evidencia en la sentencia y es que son regímenes distintos y cuya administración y disposición obedecen a reglas totalmente diferentes a las del derecho colombiano, entonces extrapolar de manera casi automática un derecho externo, que en mi opinión aporta muchísimas cosas, porque por eso yo lo traje a colación en la discusión de mi tesis, pero no se puede desconocer que son contextos de aporte de bienes muy distintos y cuyas soluciones jurídicas están muy determinadas y de diferente forma en ambos regímenes.

Un aporte adicional es el papel del juez ordinario, en la forma en que puede esgrimir el derecho para llegar a las mismas soluciones del derecho constitucional, es decir, no necesariamente el juez ordinario tiene que recurrir al escenario constitucional o al argumento constitucional para llegar a las soluciones igualmente justas o en un entorno igualitario de carácter constitucional. La presunción de ganancialidad que consagra el artículo 1795 del Código Civil no es una presunción absoluta, si, en el evento en que un bien se considere que se presume ganancial, hay lugar a que se demuestre que no lo es.

En este caso concreto, si la pretensión era salvar la ganancialidad presunta del inmueble en concreto, el derecho tenía una respuesta desde el régimen ordinario en un principio de legalidad estricta, por lo que lo que no tenemos que hacer es dejarnos llevar por la igualdad en términos abstractos para elevar el discurso al tema de las dos instituciones, como si aquellas personas que se consideran un poco más formalistas lo que hicieran en su interpretación es vulnerar la Constitución y la igualdad; el derecho civil, aunque data desde 1853, no quiere decir que no nos dé herramientas actuales y que no haya sido ajustado a lo largo del tiempo para responder a los cánones de igualdad. Ahora también, y se ha dicho ya aquí por los grandes maestros, el derecho es un sistema y debe ser interpretado de manera sistemática y en esa medida lo que no podemos hacer es, por intentar buscar una solución más justa o razonable, perder de vista el resto del sistema.

Efectivamente, aquí hay cosas que yo no puedo compartir como, por ejemplo, que la sociedad conyugal responde al aporte que hagan las personas durante su vigencia y que una persona que no ha hecho aportes a esa sociedad conyugal no merece participar en esa ganancialidad; porque lo que estamos diciendo es que la ganancialidad no responde al principio de solidaridad, y si lo hace. La ganancialidad deriva de aquellos caminos católicos que hizo la Iglesia Católica en España, de pueblo en pueblo pactando por capitulaciones la ganancialidad por encima del régimen de separación que derivaba del derecho romano.

La ganancialidad no implica el aporte, como tampoco implica que la persona tenga un trabajo, la ganancialidad no deriva de la contribución, la ganancialidad deriva de que hubo una forma familiar que se estipuló y que goza de una presunción de que lo adquirido se presume ganancial; el hecho de estar separado no hace que ese cónyuge ya no sea digno de participar en la ganancialidad. Nos parece un poco fuerte porque la dignidad no depende que no convivas, la dignidad depende de quién eres, de cómo formas a tus hijos, de qué es lo que contribuyes en la vida de la otra persona, más allá de la relación sexual.

Se puede ser absolutamente digno de compartir el patrimonio porque tengo sociedad conyugal, aunque no conviva con mi pareja. No tiene nada que ver ni con el aporte, ni tiene nada que ver con que la persona esté separada. Aquí lo que se está juzgando es la dignidad del cónyuge separado y es muy fuerte partir de la indignidad del cónyuge separado que, en el noventa por ciento de las veces, no ha dado lugar a la separación. Se puede desvirtuar la presunción de ganancialidad, pero en principio rige aunque los cónyuges estén separados.

También se dice que el cónyuge separado tenía herramientas para utilizarlas para divorciarse y no lo hizo, pero es que hay que entender una cosa del actual sistema causal de divorcio, y es que este revictimiza al cónyuge inocente y le impone la carga de ser él, el que tenga que mover todo el aparato jurisdiccional para demostrar lo que le ha pasado, para demostrar la infidelidad, para demostrar el maltrato, para demostrar la perversión, es decir, que tenemos que castigar a la persona que quiere deshacerse de un matrimonio haciendo que esa persona mueva toda la aparato judicial, porque el divorcio no es gratuito.

Al cónyuge separado, no se le puede juzgar porque no ha liquidado su sociedad conyugal, aunque sea titular de la acción por la separación de hecho por más de dos años. Además, ¿por qué partimos del hecho de que no fue su voluntad?, ¿de que fue un negligente social?, ¿por qué no se parte del hecho contrario?, de que no quiso disolver teniendo la acción para ello y no quiso constituir una sociedad patrimonial con otra persona y que esa otra persona tiene un régimen de separación de bienes, que es un régimen que también le protege. Y, ¿cómo le protege? En la titularidad de la copropiedad, porque son personas capaces, adultas, iguales ante la ley.

Otra cosa es la vulnerabilidad, que es el abuso, el maltrato, ser adulto mayor, la discapacidad, la minoría de edad, en donde sí hay que aplicar la protección y el enfoque diferencial. Pero la igualdad entre las personas, sin distingo de sexo, debe regir. Ningún sistema sale a proteger a una mujer en quiebra, a una mujer comerciante. Nunca el Estado sale a protegerla, pero, cuando se se trata de una mujer con unión marital de hecho, como no tuvo sociedad patrimonial porque su compañero tenía sociedad conyugal vigente, entonces se cree que debemos protegerla. No lo comparto, creo en la mujer colombiana, creo que puede protegerse a través del sistema de separación de bienes, creo que ella sabe lo que hace, creo en su capacidad y creo en su igualdad, y también tiene que ser responsable de un posible fraude de ley al pretender defraudar una sociedad que se tenía con la persona anterior, y que ha debido decirle a su compañero permanente que liquidara su sociedad conyugal para evitar confusiones en los patrimonios, para tener un patrimonio común.

Hay que hacer pedagogía de la sentencia, pedagogía del derecho, pedagogía de la igualdad. Hay que enseñar a ser iguales y el derecho tiene que aplicarse por igual a ambos regímenes porque, por el hecho de que el matrimonio haya sido el primero de los regímenes no quiere decir que esté derogado, el matrimonio no está derogado, tiene su propio régimen y su sociedad conyugal se disuelve conforme a la ley vigente. También la unión marital de hecho existe, y tiene igualdad y tiene protección y tiene que aplicarse su régimen, pero dentro de la sociedad patrimonial de hecho no se permite tener este régimen si uno de los compañeros tiene sociedad conyugal vigente, por tanto, existe, el régimen que les rige es la separación de bienes.

COMENTARIOS A LA SENTENCIA SC-027-2021  
RELATIVOS A LA SOCIEDAD CONYUGAL  
Y A LA SOCIEDAD PATRIMONIAL

Jairo Rivera Sierra\*  
*Académico correspondiente*

Señor Presidente  
Señores Miembros de la Mesa Directiva  
Señores Académicos

Agradezco el espacio que me ha sido brindado por parte de la Academia Colombiana de Jurisprudencia para poder intervenir acerca de la providencia que nos convoca el día de hoy, sentencia proferida por la Sala Civil, de la honorable Corte Suprema de Justicia, con ponencia del magistrado Luis Armando Tolosa, de fecha 14 de septiembre de 2021, con radicado SC-4027-2021.

Con el respeto que me merecen los académicos que me antecedieron en el uso de la palabra, manifiesto mi desacuerdo con las conclusiones a las que llegaron, desacuerdo en las cuestiones tanto fácticas y jurídicas, propias del caso, razón por la cual desde ya manifiesto mi acuerdo con las consideraciones que fueron expuestas por la Sala Civil de la corporación al momento de resolver uno de los problemas jurídicos puestos a su consideración.

Con la venia de los señores académicos me permito recordar los hechos jurídicamente relevantes, para que podamos tener un panorama amplio acerca de los argumentos que dieron lugar al fallo que comentamos:

---

\* Filósofo con especialización en Historia, en la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, 1978). Es abogado y especialista en Derecho Comercial por la Universidad Externado de Colombia (Bogotá, 1982 y 1984, respectivamente). Doctor en Derecho por la Universidad Externado de Colombia. Ha sido profesor por más de 20 años de la Universidad Externado, director del Departamento de Derecho Civil y actualmente es Director de Posgrados de la Facultad de Derecho de la misma universidad.

1. El 26 de junio de 1953 la señora Fanny Peña de Monsalve contrajo matrimonio con el señor Jesús Ernesto Monsalve Benavides.
2. Para el año de 1981 (aproximadamente) la pareja se separó de cuerpos, situación que se prolongó hasta el momento en el cual se decretó el divorcio y se declaró en estado de disolución la sociedad conyugal de la pareja.
3. Para la época, el señor Monsalve Benavides comenzó una convivencia que desembocó en una unidad de vida permanente y singular con la señora Clementina Barriga Manrique.
4. El 25 de junio de 1988 el señor Monsalve Benavides adquirió el 50% de un inmueble por compraventa realizada a personas relacionadas con su núcleo familiar. He de mencionar que, en apariencia, el bien se adquirió en vigencia de la sociedad conyugal.
5. Mediante Sentencia del 28 de marzo de 2001 el Juzgado Primero de Familia de Bogotá decretó el divorcio y declaró disuelta la sociedad conyugal conformada por los señores Peña de Monsalve y Monsalve Benavides.
6. El 22 de julio de 2005 el señor Monsalve Benavides transfirió a título de compraventa su parte del inmueble a su compañera permanente, la señora Barriga Manrique.
7. El mismo día e igualmente mediante instrumento público, se constituyó una hipoteca a favor de terceros, pertenecientes al núcleo familiar de la pareja, por parte de la señora Barriga Manrique.
8. El 24 de junio de 2006 el señor Monsalve Benavides contrajo matrimonio con su compañera permanente, la señora Barriga Manrique, quienes cumplían sus 25 años de unión marital de hecho.
9. El 22 de febrero de 2007 el señor Monsalve Benavides es declarado en interdicción, por lo que se le asigna como curadora a su nueva cónyuge, la señora Barriga Manrique, quien además actuó como su apoderada.
10. Con ocasión de los hechos mencionados con anterioridad, la señora Peña de Monsalve, su exesposa, impetró demanda declarativa de simulación absoluta y de manera subsidiaria, la declaratoria de

nulidad relativa, y como consecuencia la rescisión del negocio por lesión enorme.

11. De acuerdo con las averiguaciones que he podido hacer sobre el caso, el 04 de marzo de 2011 se presentó demanda de liquidación de sociedad conyugal entre los señores Peña de Monsalve y Monsalve Benavides, ya divorciados, como se anotó en el hecho 5° en el año 2001.

## **Problemas jurídicos**

La Sentencia SC-4027-2021 plantea un número considerable de problemas jurídicos desde los puntos de vista sustancial y procedimental. Me voy a referir en esta intervención a dos instituciones básicas del derecho de familia: la sociedad conyugal como consecuencia del matrimonio y la sociedad patrimonial como consecuencia de la unión marital de hecho.

Son tres los problemas jurídicos más sensibles sobre los cuales deseo ahondar. Ellos son:

1. ¿Es jurídicamente posible que un bien adquirido por compraventa, en vigencia de la sociedad conyugal, encontrándose separados de hecho los cónyuges, no tenga la categoría de social?
2. Uno de los cónyuges, sin haberse liquidado la sociedad conyugal, haga parte de la sociedad patrimonial conformada con su compañera permanente?
3. ¿Es jurídicamente posible que coexistan la sociedad conyugal y la sociedad patrimonial?

## **Doctrina tradicional**

Para adentrarnos en el tema, debemos sentar las bases de lo que hasta ahora la legislación y la jurisprudencia tradicionales han indicado sobre el particular. Las reglas básicas para resolver los conflictos patrimoniales que se presenten son cuatro:

1. No pueden coexistir la sociedad conyugal y la sociedad patrimonial en los dos o en uno de los integrantes de la pareja matrimonial,

al tenor de lo ordenado por el artículo 2° de la Ley 54 de 1990, que a la letra dice que es posible la unión marital de hecho con sociedad patrimonial “... *cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas...*” entendiéndose que la sociedad conyugal se disuelve por mutuo acuerdo, por divorcio, por nulidad del matrimonio, por la separación de cuerpos y de bienes, o por muerte de uno o de los dos cónyuges.

2. Disuelta la sociedad conyugal, se da paso a la conformación de la sociedad patrimonial en la unión marital de hecho, siempre que se cumpla el requisito de la convivencia permanente y singular, por más de dos años.
3. Los compañeros permanentes están autorizados por la ley y así lo ha reconocido la jurisprudencia, para hacer el tránsito de la sociedad patrimonial a la sociedad conyugal. Esta situación es permitida legalmente cuando con posterioridad a la unión marital de hecho, con sociedad patrimonial, los compañeros contraen matrimonio, caso en el cual están facultados para declarar los bienes que hacen parte de esta última, relacionándolos e identificándolos, mediante escritura pública, con expresa manifestación de que estos se integran a la sociedad conyugal, producto del matrimonio, al tenor de lo dispuesto por el artículo 2.2.6.15.2.6.1 del Decreto 1664 de 2015, que llena el vacío dejado por la Ley 54 de 1990.
4. Lo que un cónyuge adquiere después de haberse separado de forma definitiva de su otro cónyuge, hace parte de la sociedad conyugal, así uno de los cónyuges, lo haya adquirido con el trabajo y auxilio de su nueva pareja, esto es, de su compañero permanente.

### **¿Cuál es la novedad que trae la sentencia que comentamos?**

La Sentencia SC-4027-2021, proferida por la honorable Corte Suprema de Justicia, específicamente sobre el tema de la sociedad conyugal y la sociedad patrimonial, ofrece una argumentación novedosa. La Corte da un viraje en algunas de las cuatro reglas enunciadas, de la siguiente forma:

1. La familia constitucional, creada por vínculos jurídicos o naturales, existe para satisfacer necesidades personales, y su repercusión

no solo se da en el ámbito social, sino también en el patrimonial. Este último escenario, es producto del trabajo, ayuda y socorros mutuos, es cuestión de vital importancia, porque la colaboración recíproca de quienes constituyen o conforman dichas familias, sirve para facilitar la supervivencia de sus miembros.

La razón anterior justifica, conforme el artículo 180 del Código Civil, el nacimiento, coetáneamente con el matrimonio, de una “sociedad de bienes entre los cónyuges”, y esto mismo se predica de la unión marital de hecho, en cuanto, con el lleno de ciertas circunstancias, el legislador también supone la existencia de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes.

2. Esta postura de la Corte es muy fuerte en el propósito de acabar, de dar por concluida, de eliminar la discriminación de carácter económico-patrimonial entre las parejas que conforman una unión marital de hecho, respecto de aquellas que se encuentran unidas por el vínculo matrimonial. De continuar esta línea jurisprudencial lo que vamos a encontrar es una superación definitiva de un déficit de derechos que se ha mantenido frente a la primacía de la sociedad conyugal con respecto a la sociedad patrimonial.
3. No parece justo ni igualitario que una mujer que conviva con un hombre y construya un patrimonio con él, a partir del fallecimiento de su compañero permanente, esta no tenga derecho alguno a reclamar la mitad de lo que le corresponde por el hecho de que dicho compañero no hubiese liquidado su sociedad conyugal. Este es un rezago de épocas preconstitucionales que en buena hora la Corte Suprema de Justicia ha querido superar.
4. Como bien se observa en este caso, la Corte no está legislando, está reinterpretando el numeral 8° del artículo 154 del Código Civil, en lo que se refiere a la separación de hecho.
5. La familia constitucional en Colombia se puede constituir, entre otras por el matrimonio o por la unión marital de hecho. De acuerdo con el artículo 180 del Código Civil, a partir de aquel se conforma la sociedad conyugal que tiene por objeto satisfacer, entre otras, las necesidades patrimoniales mediante el trabajo, la

ayuda y el socorro mutuo y facilita la supervivencia de sus integrantes. En idénticas circunstancias se da la sociedad patrimonial, en la unión marital de hecho cuando esta se conforma de manera permanente y singular y han transcurrido más de dos años de dicha unión, si se tiene en cuenta que, paulatinamente, la jurisprudencia se ha caracterizado por darle igual valor al matrimonio y a la unión marital de hecho con sus respectivas consecuencias económicas.

6. Hasta este punto no existe un aporte real diferente a lo establecido por la Jurisprudencia o por el precedente que en la materia ha establecido esa Corporación. Sin embargo, la Corte comienza a indicar, a lo largo de la parte considerativa, una nueva forma de entender las causales de divorcio y de disolución del vínculo familiar, de acuerdo con lo establecido en la normatividad civil.

Se pone de presente que el artículo 1820, numeral 1° del Código Civil, consagra la terminación o disolución de la sociedad conyugal, entre otros casos, por la “disolución del matrimonio” y por la “separación judicial de cuerpos” regla que debe leerse, en consonancia con el artículo 6°, numeral 8° de la Ley 25 de 1992, el cual instituyó la separación de cuerpos, judicial o de hecho, que haya perdurado por más de dos años.

Lo anterior significa que al hacer una interpretación sistemática, la separación de hecho tiene igual valor que la separación judicial y esta forma de repensar la cuestión que nos atañe, trae unas consecuencias nuevas en el tratamiento de la cuestión que nos ocupa.

Debemos entonces anotar que una nueva lectura, a partir de lo dicho, debe hacerse de la siguiente forma: la separación de cuerpos, judicial o de hecho, de los cónyuges, superior a los dos años, disuelve el vínculo matrimonial y la sociedad conyugal. Esta afirmación implica una postura integral en el análisis de la situación de los cónyuges separados de hecho y resuelve un tema de justicia haciéndola constitucional en términos de igualdad.

Así mismo, una nueva lectura de la unión marital de hecho debe hacerse en los siguientes términos. La unión marital de hecho conformada por dos personas que tienen un vínculo matrimonial

anterior, cumplido el requisito de la singularidad y permanencia por más de dos años, conforma sociedad patrimonial, cuando la separación con sus respectivos cónyuges ha sido de carácter de definitiva.

7. Lo novedoso del argumento de la Corte radica en que, de acuerdo con los artículos 180, 1774 del Código Civil y 1° de la Ley 28 de 1932, la sociedad conyugal nace con el matrimonio y se termina con su disolución. Hasta este momento se venía sosteniendo de manera errónea, por la jurisprudencia y alguna doctrina que la sociedad conyugal era una sociedad sui generis que nacía y moría en el acto de su disolución. En este fallo se deja claro que la sociedad conyugal existe, con vida y dinámica propia desde que se contrae el matrimonio, es decir su origen no está ligado a su terminación.
8. Los preceptos puestos como ejemplo, como se observa, no suspenden el nacimiento de la comunidad económica hasta el día de su disolución y menos autorizan a los cónyuges o compañeros permanentes para adoptar su comienzo cuando fenece, ni en ningún otro momento. Ninguna de las disposiciones citadas, asocia el origen de la sociedad conyugal con su terminación, y tampoco existe otra norma limitándola temporalmente en esa dirección.
9. La segunda novedad que se desprende de lo dicho es todavía más importante. El numeral 8 del artículo 6 de la Ley 25 de 1992 ordena que una causal de divorcio es la separación de cuerpos judicial o de hecho por más de dos años, norma que había sido interpretada por la jurisprudencia y la doctrina como causal de divorcio más no como causal de la disolución de la sociedad conyugal, de forma independiente.

El paso que da la Jurisprudencia en este caso es de enorme importancia porque afirma que la separación de cuerpos por más de dos años también disuelve la sociedad conyugal. Además, afirma que esta disolución se da, con independencia de que se declare el divorcio o la cesación de los efectos civiles del matrimonio canónico, con fundamento en dicha separación de hecho.

Esta nueva sistemática nos permite, como ya se dijo, enriquecer las reglas de la liquidación de la sociedad conyugal con el artículo 13 de la Constitución Política ya que es al Estado al que le corresponde promover todas las condiciones posibles para que la igualdad sea real y efectiva y es él quien debe adoptar todas las medidas posibles en favor de los grupos históricamente discriminados.

10. La tercera novedad consiste en que la Corte afirma de manera clara que el patrimonio o el capital hecho por cada cónyuge, a partir de los dos años de separación, no integra la masa indivisa de gananciales, salvo que se den las situaciones de los artículos 1820 y 152 del Código Civil, modificados por la Ley 1 de 1976.

En este punto, la Corte no está violentando la ley positiva, está reinterpretando el silencio normativo que hay sobre el particular, y lo está haciendo con aplicación de criterios supletivos, sin olvidar la existencia de los principios generales del derecho de Familia: la buena fe, la realidad social, el abuso del derecho, ya que no resultaría ni ético, ni moral, ni constitucional participar económicamente de aquello que no se ayudó a construir, código de conducta que violentaría el principio de solidaridad, transversal al texto constitucional.

11. Para la Corte, rota la relación matrimonial, sin disolución jurídica, lo que queda es una “apariencia”, una “fachada” de la vida conyugal, porque esta solo está contenida en un documento y no en una expresión real, y en este caso ante el silencio de la ley y de la doctrina no se puede permitir que la avaricia, la avidez y el apetito desaforado de uno de los cónyuges se constituya en un medio para obtener una ventaja injusta sobre el otro.

En este punto, la Corte no comparte el hecho de que un integrante de la pareja, separado definitivamente y con ningún deseo de reconciliación, ni de reanudación de la relación, puede disfrutar de aquello que no ayudó o construyó. El Estado de Derecho Constitucional no puede admitir que una sociedad conyugal se prolongue hasta la firma de una escritura pública o una decisión judicial, por-

que en equidad y en justicia no es posible que se reconozca la existencia de algo meramente formal cuando en la realidad no existe.

12. Concuero plenamente con el razonamiento de la Corte. No se puede continuar sancionando a la compañera o al compañero permanente por la falta de interés que tiene un excónyuge para liquidar la sociedad conyugal a su arbitrio. ¿Quién le atribuyó ese poder al excónyuge? ¿Ese poder tiene origen en el texto constitucional? Claramente, no. El derecho de familia debe abandonar, de manera definitiva toda discriminación
13. Toda postura discriminatoria resulta deleznable. Si aplicamos este criterio al matrimonio, este es una institución intervenida por el Estado. El cónyuge no causante del cese definitivo cuenta con las acciones que le ofrece el ordenamiento jurídico, de tal modo que no puede ser de recibo que su negligencia le haga daño a un tercero, que de buena fe ha ayudado a construir el patrimonio de una familia
14. En cuarto lugar la Corte se compromete con un argumento que cambia la percepción existente sobre la sociedad patrimonial en la unión marital de hecho. Aquí la pregunta es: ¿Un miembro de la pareja o los dos, que no han liquidado su sociedad conyugal, y que conviven en unión marital de hecho con otra persona conforman sociedad patrimonial? La respuesta de la Corte es por la afirmativa. En este punto es coherente con su pensamiento al haber aceptado, como debió de haberse hecho antes, que la sola separación de hecho de manera irreconciliable, permanente, definitiva, indefinida e irrevocable, disuelve la sociedad conyugal y, por lo tanto, da paso a la conformación de la sociedad patrimonial entre la nueva pareja, en virtud de un regla que surge de los hechos, es el reconocimiento de la contribución del compañero permanente a formar un patrimonio; esta regla surge de la aplicación del criterio material, que es la convivencia efectiva, real y no formal en dicha constitución. Lo contrario sería aceptar un enriquecimiento injustificado, que no puede tener asidero en términos constitucionales, ni legales.

La Corte reconoce que los bienes que los compañeros permanentes ayudaron a construir, producto de su trabajo, socorro mutuo y

ayuda, no pueden ingresar al haber de la sociedad conyugal preexistente, después de una separación definitiva como ya quedó dicho, porque esta sociedad conyugal no puede obtener un beneficio económico que no sea producto de la intención de hacer vida marital, pues ya no conviven y los gananciales son por definición el producto de la vida marital de los casados.

15. 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.

Este punto es de vital importancia y por esa razón me permito citar textualmente lo que la Corte afirma:

*“Los bienes se califican como gananciales, en la medida en que los cónyuges viven juntos y forman una unidad de espíritu y colaboración”.*

Una vez rota la vida en común de los cónyuges no se pueden calificar como gananciales los bienes adquiridos por cada uno de ellos.

Cuando leí esta sentencia recordé que todo cambio, particularmente en la jurisprudencia, conlleva defensores y detractores. Yo pertenezco al grupo de los primeros porque pienso que la jurisprudencia sigue y seguirá ocupando un papel primordial en la evolución del derecho y de los pueblos, cuando reconoce la existencia de los hechos y se niega a ignorarlos.

Al concluir su lectura recordé el caso Villaveces. En este proceso el magistrado Tancredo Naanetti en 1924 reconoció la existencia del daño moral y abrió un camino por fuera de la letra del Código Civil que sigue siendo de importancia cardinal en el mundo del daño. Recordé también al profesor JJ Gómez, quien siendo juez en Medellín, se atrevió a desafiar la ley Concha y casó por lo civil a una pareja bajo la amenaza de una excomunión que no tardó en llegarle, o al después magistrado, que sentó postura firme sobre posesión inscrita.

## LA SEPARACIÓN DE HECHO Y LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Carlos Fradique Méndez\*  
*Académico de número*

Presento mi cordial saludo a las señoras académicas y señores académicos. Mis votos por su bienestar en familia.

La Academia Colombiana de Jurisprudencia tuvo la deferencia de permitirme intervenir en un foro para analizar el fondo de la Sentencia SC-4027 de 2021, proyectada por el magistrado Luis Armando Tolosa. En los siguientes términos expreso lo mínimo que puedo comentar al respecto y aclaro que considero este escrito como un primer borrador.

Colombia es como una empresa, *sui generis*, pero al fin y al cabo una empresa y como tal tiene unos estatutos que llamamos constitución y leyes.

Ninguna ley, ningún acto, ninguna decisión de los órganos de gobierno o de administración de la empresa Colombia puede ser contrario a la Constitución y las leyes.

La Constitución y las leyes son como reglamentos para una sana vida en sociedad.

*Mutatis mutandis*, las leyes son como un reglamento deportivo. Las leyes del deporte son las más equitativas y el deporte y la educación son la columna vertebral de una sana convivencia.

Recordemos que “El propósito de un reglamento deportivo es como para cuidar a las personas que vivirán o van a convivir dentro de las reglas de este, es decir, para que no se cometan faltas físicas o verbalmente entre los participantes en el juego”.

---

\* Abogado de la Universidad Libre de Colombia, Bogotá. Especializado en Derecho civil y comercial bajo la dirección del Profesor Álvaro Pérez Vives. Experto litigante en Derecho Civil, de Familia, Infancia y Adolescencia. Profesor de Derecho Civil, Derecho de Familia y Derecho Romano y Cultura Jurídica en varias universidades de Bogotá. Contacto: carlosfradiquem@outlook.com

La Constitución y las leyes deben permitir la realización de los fines del Estado a que hace referencia el art. 2 de la Constitución:

Servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; Proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

El Congreso, y en algunos casos el Presidente, dicta leyes para facilitar la realización de los fines de la Constitución.

Cuando los asociados, socios de la empresa Colombia realizan actos que no se ajustan a la Constitución o a la ley, personas en nombre de la República, deben disponer lo que corresponda para corregir las injusticias generadas por los transgresores, con el fin de restablecer el orden jurídico. Esos correctivos no pueden ser caprichosos ni mucho menos pueden estar fuera del marco de la Constitución y las leyes.

Las personas que corrigen injusticias se llaman, entre otras denominaciones, jueces y deben tener sabiduría para identificar hechos, debidamente probados, sin manto de duda sobre su existencia y, luego, la norma que debe aplicarse para corregir los resultados de las conductas irregulares que deben juzgar.

Es sabido que en Colombia por virtud del matrimonio solemne puede nacer una comunidad de bienes entre los socios cónyuges y que por virtud del matrimonio consensual puede nacer una sociedad patrimonial, semejante a la sociedad conyugal.

Nacidas esas sociedades, llega el día en el que se deben disolver y se debe proceder a su liquidación.

Me refiero a la disolución de la sociedad conyugal, expresamente reglado por el art. 1820 del CC en concordancia con el art. 154 de la misma obra. Hago esta referencia porque el derecho es un sistema, una red de normas con vasos comunicantes, que de no saberlos identificar se pueden generar choques jurídicos, guerras jurídicas, inseguridad jurídica, desconfianza en los jueces.

En la Sentencia de casación 4027 de 2021, proyectada por el magistrado Luis Armando Tolosa, la Corte Suprema de Justicia, mejor tres magistrados de los siete de la sala, cometieron yerros inexplicables que generan choques jurídicos. Los relacionados con la técnica de Casación serán identificados por el señor académico Augusto Cangrejo.

Hago una aclaración que para mí es importante:

La sentencia no podía ser casada porque hay serias deficiencias en la estructura y argumentación de la demanda de casación.

En toda sentencia se identifican, desde tiempos inmemoriales, 1) los considerandos, las motivaciones, las razones que sirvan de fundamento a lo que se decida, y, 2) la parte resolutive.

Es la forma de entender de manera elemental el art. 279, 280 y 281 del CGP con antecedentes centenarios.

Por supuesto que una y otra parte deben ser coherentes. Armonía entre los hechos y la verdad, y entre estos y el derecho que debe aplicarse.

En la primera parte de la sentencia se deben relatar las pretensiones, los hechos y las pruebas y, en función de todo lo anterior, el análisis, el juicio lógico que permita tomar la decisión correcta.

En la primera parte la doctrina distingue, en primer lugar, los hechos con sus circunstancias, las pruebas aportadas en debida forma y las normas, el derecho con sus diferentes espectros, que llaman la *ratio decidendi*, la razón, el fundamento de la decisión de la parte resolutive y además hace referencia a textos o consideraciones en los que puede apoyarse el juez para que la *ratio decidendi* se pueda entender mejor y que llama la *Obiter dicta*.

En esta parte debe imperar de manera transparente la obligación que tienen los jueces de respetar la constitución y de manera puntual aplicar el art. 230 de la Constitución que reza los jueces están sujetos al imperio de la ley y no la ley al imperio de los jueces.

Los jueces no pueden ignorar la ley, inaplicarla, reformarla...

En la segunda parte, la resolutive, el juez decide el caso y debe hacerlo en concordancia, congruencia con los hechos, las pruebas y normas de lo que se llama la *ratio decidendi*.

En el caso concreto la Corte Suprema hizo despliegue de dichos de paso, de temas no discutidos en segunda instancia y no planteados en la demanda de casación, todo alrededor del día en el que se disolvió la sociedad conyugal.

La norma que tres magistrados quisieron aplicar es la que encuentran, modificada a su manera, en el art. 154 del CC.

El matrimonio se disuelve por divorcio y una de las causas de divorcio es la separación de hecho que haya perdurado por lo menos dos años. Por remisión, estas causas también lo son de separación de bienes.

De tiempo inmemorial, para que esta causa genere efectos es necesario que se declare judicialmente y la disolución se da a la ejecutoria de la sentencia judicial.

Para tres magistrados, les pareció original, osado, revolucionario modificar este numeral del art. 154 del CC para hacerle decir lo que no dice, es decir, que la causal genera efectos de pleno derecho al cumplirse dos años de la separación de hecho, que los magistrados de manera ligera dijeron que se habían cumplido más o menos en el año 1982.

¿Acaso es de recibo que un juez resuelva que la sociedad conyugal se disuelve más o menos en un año determinado, si para todos los efectos legales se requiere de un día, de una fecha cierta, especialmente para contabilizar términos de prescripción?

Debe tenerse en cuenta que con la aplicación del numeral 8 del art. 154 del CC para resolver que la sociedad conyugal estaba disuelta más o menos en 1982, solo estuvieron de acuerdo tres magistrados: Francisco Ternera, Hilda González y Armando Tolosa.

En contra de esta consideración jurídica, estuvieron de acuerdo cuatro magistrados: Fernando García, Aroldo Quiroz, Alonso Rico y Augusto Tejeiro. Un salvamento de voto y tres aclaraciones de voto para decir que no estaban de acuerdo con la *ratio decidendi*.

De esta verdad jurídica se debe concluir que la norma jurídica, así modificada en tentativa, no se tuvo en cuenta y no tiene efectos jurídicos, no es doctrina judicial, no es jurisprudencia y no obliga a ningún juez. Sirvió para hacer comentarios de prensa, para presentar una noticia que no es cierta como lo he demostrado.

En las consideraciones al margen del caso de fondo se dijo que como la sociedad conyugal se había disuelto más o menos en 1982, el que el marido hubiera celebrado un matrimonio consensual más o menos en 1985, de este matrimonial se generaba sociedad patrimonial, afirmación que no es correcta, y dijo también que como el marido seguía casado en matrimonio solemne y al mismo tiempo casado en matrimonio consensual tenía dos estados civiles y que eso desvirtuaba la esencia del estado civil en cuanto es único e indivisible.

La Corte tiene razón respecto de los dos estados civiles y es porque se ha institucionalizado la bigamia en Colombia y esa advertencia de la Corte corrobora lo que he dicho en la Academia sobre la necesidad de reglamentar el inicio del matrimonio consensual, de tal manera que para que surta efectos debe celebrarse sin vicios de nulidad.

Como referencias de paso, de recreo jurídico, me permito hacer unas reflexiones y preguntas sobre las consecuencias, casi bárbaras, si se llegara a aceptar la reforma que la Corte intentó sobre la causal 8 de divorcio:

1. Si la separación de hecho a los dos años, de pleno derecho disolviera el matrimonio, como disolvió la sociedad conyugal según la Corte, de la misma manera deberían tener efectos las demás causales y entonces no sería necesario el proceso de divorcio.
2. ¿La sentencia de la Corte, que solo hace referencia de la norma, art. 154, en las consideraciones y no en la parte resolutive, modificaría la sentencia del juzgado de familia, que fijó como fecha de disolución de la sociedad el 28 marzo de 2001?
3. ¿Las acciones para demandar la liquidación de la sociedad conyugal prescribieron en 1992?
4. ¿Si hubiera habido actos de agresión entre el excónyuge y la excónyuge, así considerados por la Corte en la sentencia comentada, no habría violencia intrafamiliar?
5. ¿Si la esposa abandonada o que abandonó el hogar hubiera celebrado matrimonio solemne, entre 1983 y 2000, este matrimonio no sería nulo por preexistencia del vínculo?

6. ¿Si ambos hubieran sido elegidos al congreso, esa elección no sería anulable porque había desaparecido el vínculo matrimonial más o menos desde 1982? ¿Qué dirá el Consejo de Estado?
7. ¿Como los cónyuges no sabían de la reforma retroactiva del art. 154 del CC que iba a decidir la Corte, se habrían divorciado sin pedirlo y sin saberlo? Sobre la irretroactividad de la jurisprudencia he insistido, pero no he tenido eco. Ojalá lo dijera el presidente de una alta corte.
8. ¿De pasó la Corte derogó el art. 1824 del CC?

Dejo a su consideración estas reflexiones, como cuota inicial de un buen estudio sobre las facultades de los jueces en casación, en revisión, en tute-las, para ignorar o cambiar las leyes y hasta la Constitución.