

SALVAMENTO DE VOTO

Ref. Exp. 1100131100212005-00997-01

Con todo respeto por la Sala debo salvar mi voto respecto de la sentencia que decide casar la sentencia del Tribunal, en cuanto acogió la tesis jurídica de la retrospectividad de la Ley 54 de 1990 atinente a la vigencia de las *"uniones maritales y sociedades patrimoniales entre compañeros permanentes"* con anterioridad a la fecha de promulgación de la nueva normatividad reguladora de la materia.

El fallo de primera instancia declaró la existencia de la *"unión marital de hecho y la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes"* objeto de la presente controversia *"desde el 1° de diciembre de 1970 y -se encuentra actualmente vigente"*, aspecto que fue revocado parcialmente por el *ad quem* en cuanto determinó que tales situaciones familiares se prolongaron en el tiempo únicamente del *"31 de diciembre de 1990 hasta el 25 de mayo de 2005"*, porque *"la Ley 54 no puede aplicarse a las relaciones de hecho entre compañeros anteriores a su vigencia"*, para lo cual se respaldó en la cita de la sentencia de casación de 20 de abril de 2001, expediente 5883.

Discrepo de la solución adoptada por la mayoría de los Honorables Magistrados respecto de dar por establecida la *"unión marital de hecho"* y en consecuencia la *"sociedad patrimonial"*

entre compañeros permanentes” aún antes de la vigencia de la Ley 54 de 1990, esto es, que esta normativa “en lo concerniente a la época de inicio de la convivencia, puede comprender un tiempo anterior al 31 de diciembre de 1990 –fecha en la entró a regir la misma- principalmente porque el legislador en ningún momento exigió que la continuidad de hechos necesaria para darla por establecida, se cumpliera con posterioridad a su vigencia”.

Mi disentimiento comedido se centra en la circunstancia de darle al mencionado ordenamiento jurídico unos efectos retrospectivos, a través de los cuales las *“uniones maritales y sociedades patrimoniales”* constituidas con anterioridad a la fecha de vigencia del mismo, quedaron cobijadas y amparadas por los efectos protectivos generados por la novísima legislación que por primera vez se encargaba de regular tan importantes hechos sociales.

Se lee en el artículo 9° del texto aludido que *“la presente Ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias”*, debiéndose destacar que su publicación se hizo en el Diario Oficial n° 39.615 del 31 de diciembre de de 1990.

Es postulado universal que la ley expedida formalmente se aplica hacia el futuro por no producir efectos hacia atrás o el pasado, es decir, tiene el carácter de ser irretroactiva. Obviamente que existen excepciones expresamente establecidas por el legislador o que se desprenden de la naturaleza de su texto, como

por ejemplo las de índole interpretativa y las relativas al orden público.

En este caso, en concepto de la suscrita Magistrada, el texto del artículo noveno de la aludida ley es claro, concreto y contundente en cuanto dispuso que la misma sería aplicable a partir de su vigencia, expresión que inequívocamente significa que rige única y exclusivamente para el avenir y que no puede extender su alcance a situaciones surgidas con antelación, como lo ha decidido la mayoría de la Corporación en esta sentencia y de la cual, insisto, exhibo mi radical disenso dentro de la mayor armonía y respeto intelectual.

Aplicar la figura de la retrospectividad en este evento para extender hacia el pasado a las *"uniones maritales y las sociedades patrimoniales entre compañeros permanentes"* conformadas con anterioridad a la vigencia explícita de la ley determinada por voluntad del Congreso de la República a que fuera *"a partir de su promulgación"*, constituye, ni más ni menos, una sorpresiva e inopinada afectación de derechos de terceras personas que estaban unidas maritalmente de facto bajo el convencimiento de que entre ellos no surgía ninguna clase de sociedad patrimonial, toda vez que en el momento no existía en el panorama jurídico nacional un ordenamiento normativo que la estableciera ni la regulara.

La Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse, también por mayoría, en relación con la irretroactividad de la Ley 54

de 1990 en la sentencia n° 072 de 20 de abril de 2001, expediente 5883, con argumentos consistentes que conservan plena validez, y que por compartirlos en su totalidad, me permito reproducir algunos de sus apartes que sirven de sustento específico a lo que he venido sosteniendo:

"(...)

"Siendo el acto legal de naturaleza eminentemente constitutiva, pues, se repite, es el que crea o tipifica el nuevo fenómeno jurídico, llamado 'sociedad patrimonial entre compañeros permanentes', sujeto a un régimen propio hasta entonces inexistente y con pautas formativas distintas a las de la situación tratada por la jurisprudencia por la vía de la sociedad de hecho, sin necesidad de entrar a hacer un abstracto ejercicio en torno a derechos adquiridos, con lógica jurídica enmarcada en pautas de equidad y justicia, inevitablemente se tiene que concluir en la negación de cualquier efecto retroactivo o retrospectivo de la ley, porque lo cierto es que la nueva disposición no subsume el factum anterior, por cuanto ella misma lo excluye en el artículo 2º, cuando establece, además de otras condiciones antes no concebidas, los dos años de la unión marital como requisito para que opere la presunción legal de existencia de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, que es claramente el tiempo que la ley señaló para que la norma pudiera ser utilizada como

fundamento de una decisión judicial, pues no debe olvidarse que por encima de cualquier consideración atinente al reconocimiento de un hecho social (unión extramatrimonial), lo que de ella resulta trascendente y que es lo que convoca a esta decisión, es el otorgamiento de una tutela jurisdiccional perfectamente identificable, pero diferida en el tiempo a los dos señalados años de unión marital”.

“(...)”

“Descartado así el carácter imperativo de la ley 54 de 1990, y por contera su naturaleza de orden público, el último rescoldo argumentativo de la aplicación inmediata queda apagado, porque si la norma es supletoria de la voluntad de los compañeros permanentes, la novedosa ley no puede aplicarse a las relaciones jurídicas constituidas con anterioridad a su vigencia, por cuanto allí prima la voluntad y la autonomía de las partes, que libremente adecuaron su conducta al régimen jurídico para entonces vigente, pues al fin de cuentas la aplicación o no de la ley que introduce la nueva regulación a las situaciones o relaciones jurídicas preexistentes, tiene que ver con ese específico carácter, porque de él depende que ésta se considere como de orden público, y por ende, con un contenido implicado con el interés general o el “interés público o social”, como lo consagra el artículo 58 de la Constitución Política, que es el principio que por prevalecer sobre el interés individual o

privado (artículo 1º Constitución Política), impone de manera excepcional la aplicación inmediata de la nueva ley”

Consecuentemente, ratifico que no fue acertada la decisión de casar la sentencia, puesto que no le era permitido a la Corte, como lamentablemente se hizo aquí por la mayoría, extender jurídicamente hacia el pasado los efectos y alcances de la Ley 54 de 1990 al darle amparo a la *“unión marital y sociedad patrimonial entre compañeros permanentes”* discutida en este litigio desde el 1º de diciembre de 1970, como se dijo en la demanda o en la fecha diferente que se logre demostrar hacia adelante con las pruebas de oficio que se recauden en esa dirección, puesto que lo legalmente correspondía era efectuar la declaración deprecada únicamente *“a partir de la promulgación”* de la misma, o sea, el 1º de enero de 1991.

Fecha *ut supra*


RUTH MARINA DÍAZ RUEDA
Magistrada

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Exp. 1100131100212005-00997-01

Con el debido respeto por la opinión mayoritaria de la Sala, a continuación me permito consignar los razonamientos en los cuales me apoyo para salvar el voto respecto de la decisión adoptada dentro del proceso ordinario de declaración de unión marital de hecho promovido por Luz Marina Rincón Alvarado contra José Hernán Ortiz Gil, al darle en ese asunto alcance retrospectivo a la ley 54 de 1990.

Como así lo manifesté al salvar voto frente a la sentencia de casación de 28 de octubre de 2005, expediente 08001-31-10-004-2000-00591-01, no comparto esa conclusión por constituir un ostensible y serio ataque a la seguridad jurídica, aparte de no contar la retrospectividad con sustento atendible en nuestro ordenamiento jurídico.

Cual lo expresé en ese momento y lo reitero aquí, afinco mi divergencia en lo sostenido por la Corte en el fallo S-072 de 20 de abril de 2001, en particular, en los siguientes argumentos que allí expuso:

"3. Consciente el legislador no sólo del inocultable hecho social de la "familia natural", sino del silencio de la ley, que como ya se dijo, simplemente soslayaba el fenómeno, el 29 de diciembre de 1990 expidió la ley 54, publicada en el Diario Oficial 39.618 de 31 de diciembre de 1990, "Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes".

"Esta normatividad, como su misma titulación lo indica, tiene como finalidad, además de reconocer la existencia de la "familia natural", establecer los derechos y deberes de orden patrimonial de los "concubinos", y así llenar el vacío legal existente en una materia que interesa al bienestar de la familia y que no puede quedar al margen de la protección del Estado, como se lee en la Exposición de motivos (Anales del Congreso N° 79 de 15 de agosto de 1988).

"Aunque la ley 54 de 1990, es un texto anterior a la Constitución de 1991, su lectura e interpretación no puede ser extraña a los valores y principios que esta última consagra, esto es, verla como una preceptiva con una vocación de equidad e igualdad, pero sin que necesariamente se pueda concluir en una asimilación absoluta entre matrimonio y unión marital de hecho, porque sin duda alguna lo que sus normas procuran es reconocer, como luego lo hizo el artículo 42 de la Constitución Política, que la unión libre entre el hombre y la mujer, también es una forma legítima de constituir la familia, merecedora de toda la protección legal y de la aceptación social.

"Procurando la finalidad dicha, el artículo primero define la unión marital de hecho como "la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular"; expresión esta de "unión marital de hecho", destinada a sustituir términos antiguos (concubinato o amancebamiento), que por lo peyorativos aparecían como discriminatorios.

"Por su parte el artículo segundo presume legalmente la existencia de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, y por contera establece una tutela jurisdiccional para su declaración, cuando "exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos (2) años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio" (literal a) y "Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos (2) años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un (1) año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho" (literal b). Este artículo, según lo entendió la Corte Constitucional en Sentencia C-239 de 1994, tiene como propósito "evitar la coexistencia de dos sociedades de gananciales a título universal, nacida una del matrimonio y la otra de la unión marital de hecho".

"Los artículos restantes, en su orden, tienen contenidos destinados a determinar el haber de la sociedad patrimonial (artículo 3º), la forma de probar su existencia y la competencia de los jueces de familia en primera instancia (artículo 4º), las causas de disolución (artículo 5º), la legitimación de los compañeros permanentes o sus herederos para pedir la liquidación y la adjudicación de los bienes (artículo 6º), el procedimiento a aplicarse en consideración a la pretensión propuesta (artículo 7º), el régimen de prescripción de las acciones (artículo 8º) y la vigencia y derogaciones de la ley (artículo 9º).

"Refiriéndose al contenido de la ley, la Corte Constitucional con ocasión de la sentencia C-098 de 1996, advirtió que ésta "sin equiparar a los miembros de las uniones libres y a los cónyuges vinculados por matrimonio, avanza en el sentido de reconocer jurídicamente su existencia y regular sus derechos y deberes patrimoniales", para luego agregar que con la ley se quiso llenar el silencio que en esta materia se observaba y además suplir las falencias que aun dentro del marco de la respuesta jurisprudencial se seguían presentando, pues, "Las presunciones legales sobre la existencia de la unión marital de hecho, la configuración de la sociedad patrimonial entre los miembros de la pareja, la libertad probatoria para acreditar la unión, comportan mecanismos y vías diseñadas por el legislador con el objeto de reconocer legitimidad de este tipo de relaciones y buscar que en su interior reine la equidad y la justicia".

"4. Identificado el problema que plantea el caso, así como el contenido de la ley 54 de 1990 y la finalidad que la justifica, procede entrar a la definición de su ámbito de validez temporal, tomando tres situaciones fácticas completamente diferentes, dos de las cuales no ofrecen dificultad, como son las uniones maritales fenecidas antes de la ley, no amparadas por ésta, dada su obvia inexistencia, y aquéllas que sin duda alguna tuvieron comienzo y se consolidaron bajo la vigencia de la ley, luego de su promulgación, incuestionablemente comprendidas por ella.

"De modo que el punto álgido, en consideración al trato sucesivo que como hilo conductor une a la pareja de compañeros permanentes, se presenta respecto de las relaciones o uniones que empezadas antes de la vigencia de la ley 54, sin solución de continuidad siguieron luego, porque es frente a este específico caso, y a propósito de la novedosa reglamentación, donde vale preguntar si los dos (2) años de que trata el artículo 2º, pueden corresponder al bienio anterior a la vigencia de la ley, o si necesariamente tienen que ser contados a partir de su promulgación, o sea desde el 1º de enero de 1991.

"Por supuesto que el tema no es pacífico, porque hay quienes sostienen el efecto retroactivo, o el restrospectivo, o la aplicación inmediata, que es la opción del recurrente, para afirmar con cualquiera de los criterios que la ley tiene en cuenta el bienio anterior a su vigencia, para así entender cumplido el requisito temporal de la unión marital, confundido con el mismo instante de su promulgación, y dar lugar simultáneamente a la presunción legal de existencia de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes. En cambio otros, como sucede con el ad quem en este caso, predicen los efectos de la ley hacia el futuro, para excluir de su aplicación situaciones sucedidas antes de la promulgación.

"El ámbito de validez temporal de la norma jurídica, que es el discutido en el proceso con ocasión de la vigencia de la ley 54 de 29 de diciembre de 1990, implica una definición entre retroactividad o irretroactividad de la ley, como puntos extremos de su aplicación en el tiempo, porque otras proposiciones intermedias como las de

retrospectividad y aplicación inmediata, de alguna manera constituyen excepciones al principio de irretroactividad, porque de todos modos con dichos criterios lo procurado es la aplicación de la norma a hechos acaecidos con anterioridad a su vigencia, aunque no agotados o cumplidos definitivamente, pues de lo que se trata, según lo entiende la doctrina, es de llevar su aplicación a hechos derivados de una relación jurídica, aun subsistente, pero nacida precedentemente.

"La irretroactividad de la ley es el principio que prevalece en la legislación universal. Por regla general se considera que la ley no puede tener efectos hacia el pasado. Es la premisa, ha dicho la jurisprudencia, "según la cual, en la generalidad de las circunstancias se prohíbe, con base en la preservación del orden público y con la finalidad de plasmar la seguridad y estabilidad jurídicas, que una ley tenga efectos con anterioridad a su vigencia, salvo circunstancias especiales que favorezcan, tanto al destinatario de la norma como a la consecución del bien común de manera concurrente" (Sentencias C-549/93 y C-926/2000).

"Desde luego que el sistema jurídico del país no es ajeno a este postulado, porque la propia Constitución lo consagró como principio general en el artículo 58, donde acudiendo a una de las teorías que sustentan la irretroactividad de la ley, la de los "derechos adquiridos", dejó por sentado que las normas rigen para el futuro cuando expresamente declaró la garantía de "la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni

vulnerados por leyes posteriores", para seguidamente agregar que, "Cuando de la aplicación de la ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado debe ceder al interés público o social", que es ciertamente una relativización del principio inicialmente concebido. Principio este que igualmente reconocía el artículo 30 de la Constitución de 1886, vigente para cuando se promulgó la ley 54 de 1990.

"De manera que la retroactividad de la ley, o la retrospectividad o "la aplicación inmediata", según la terminología del recurrente, son excepciones al principio general de irretroactividad, cuya fundamentación está íntimamente ligada con la necesidad de amparar la seguridad jurídica en los términos del inciso 2º del artículo 2º de la Constitución. De ahí, entonces, que la irretroactividad de la ley se torne en una garantía para la protección de los derechos adquiridos, pero también de los intereses legítimos, porque cuando de conductas se trata está de por medio el valor fundamental de la libertad, merecedor de la mayor de las tutelas, que se manifiesta precisamente en la opción de elegir de conformidad con la significación legal que a la misma se le ha dado. Si un individuo, dicen Alex Weill et Francois Terre (Introduction Générale au Droit, pág. 364), "que ha obedecido la orden de la ley pudiera ser molestado bajo pretexto de que una ley posterior ha modificado los términos de la reglamentación que existía antes, la ley perdería toda su fuerza, puesto que nadie osaría ni siquiera ejecutar las órdenes de la ley por el temor de ver

ulteriormente actos, aunque legítimamente ejecutados, criticados por una ley nueva y desconocida”.

“En el Estado Social de Derecho, democrático y constitucional, como lo es el colombiano, según la declaración del artículo 1º de la Constitución, el principio de seguridad jurídica constituye base esencial de la organización democrática y factor consustancial al desarrollo de la sociedad, dado el entronque que el mismo tiene con la política libertaria que la Carta plasma, lo cual hace imperioso el conocimiento anticipado de la normatividad a la cual los asociados deben adecuar su comportamiento. Ahí la razón del principio de irretroactividad, que es un límite para el legislador, y por supuesto para el juez, porque aunque al primero le corresponde señalar las reglas que rigen el ejercicio de los derechos, esta competencia, como todo mundo lo sabe, no es absoluta, sino, por el contrario, restringida, porque necesariamente en el gobierno de esos derechos deben resultar armonizados los intereses individuales con los generales, pero sin olvidar que de estos últimos hace parte todo el sistema de derechos y garantías fundamentales de las personas, que debe dejarse a salvo cuando la actividad legislativa está destinada a constituir o modificar instituciones jurídicas. Con mayor razón el juez que produce un acto singular, inevitablemente sometido al imperio de la ley, que es la que debe aplicar privilegiando el interés público o social cuando éste entra en conflicto con el interés privado o particular, como lo dice expresamente el artículo 58 de la Constitución. ♦

"Esta hermenéutica restrictiva que se impone en el ámbito de la aplicación de la ley en el tiempo, ofrece en la práctica legislativa una política normal y ordinaria de leyes promulgadas para disponer hacia el futuro y excepcionalmente de leyes de aplicación diferida, o sea para regir relaciones jurídicas constituidas con posterioridad a la promulgación, dejando que los efectos de las ajustadas antes se sigan surtiendo por la ley igualmente anterior (ultraactividad). También por esa vía excepcionalísima se advierte la vigencia de leyes con carácter retroactivo, como ocurre, simplemente por vía de ejemplo, con algunas leyes penales para garantizar el principio de favorabilidad.

"Por su parte, la doctrina con el fin de zanjar la eventual y concreta oposición entre retroactividad e irretroactividad de la ley, ha morigerado el alcance del principio de irretroactividad acudiendo a dos excepciones, ambas con respaldo legal en el ordenamiento jurídico colombiano: las leyes interpretativas, que se entienden incorporadas a la interpretada y las leyes de orden público, a las cuales además de otorgárseles un carácter imperativo, derogatorio de la convención particular, se les implica directamente con la prevalencia del interés general sobre el particular o privado. Por consiguiente, sendos tipos de leyes se prodigan de un efecto inmediato, como lo es el procurado por el recurrente con respecto a la ley 54 de 1990.

"5. Siguiendo los derroteros teóricos presentados, debe entrarse en la esencia misma del caso concreto para dar

respuesta al cuestionamiento planteado, cual es la aplicación en el tiempo de la ley 54 de 1990.

"Sea lo primero dejar por averiguado que en la mencionada ley el Congreso no adoptó explícitamente un compromiso con la retroactividad, la retrospectividad o la aplicación inmediata de la norma, para derivar de cualesquiera de las alternativas una respuesta afirmativa a las aspiraciones del recurrente. Ciertamente éste es un aspecto que pasa en silencio en la historia de la ley (Anales), lo cual de alguna manera explica lo difuso de su tenor, porque ninguno de los tres artículos (1º, 2º y 9º), referidos al problema del ámbito de validez temporal, de manera diáfana y expresiva dan cuenta de que la real y verdadera voluntad del legislador, haya estado orientada por el camino que indica el recurrente, siendo ésta, sin duda alguna, la justificación de la controversia y la dificultad del caso mismo.

"La Corte Constitucional a propósito de una demanda de inconstitucionalidad propuesta contra el artículo 1º de la ley 54 de 1990, en cuanto decía "A partir de la vigencia de la presente ley", tuvo oportunidad de ocuparse del tema de la "aplicación en el tiempo" de la citada normatividad, anotando como aspecto primario que, "Lo primero que debe anotarse es esto: en cuanto a su vigencia, la ley 54 de 1990 sigue el principio general según el cual la ley rige hacia el futuro. Al respecto, el artículo 9º de la ley comentada dispone que ésta rige a partir de la fecha de su promulgación". Así mismo, aunque advirtiendo que la tarea interpretativa de la ley la debe cumplir en última instancia la Corte Suprema de

Justicia con ocasión del caso concreto, adelantó su propio criterio, insinuativo al menos del carácter irretroactivo de la ley 54, cuando dijo: "De la norma citada surge un primer criterio que esclarece el asunto que se estudia: la aplicación de la ley 54 de 1990 a relaciones concubinarias consumadas, es decir, nacidas y extinguidas antes de su vigencia, sólo sería posible, idealmente, en la medida en que **no se vulneraran derechos adquiridos, en razón del principio consagrado en el artículo 58 de la Constitución: 'Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores'**. Aunque hay que advertir que **ello implicaría darle a la ley un efecto retroactivo, que ella misma no previó, y que está, en general, prohibido en guarda de la seguridad jurídica.** (Sentencia C-239 de 31 de mayo de 1994).

"Esta, la posición de la Corte Constitucional, que aunque respetando la función que la Corte Suprema de Justicia cumple dentro de la competencia que le otorga el recurso extraordinario de casación, para interpretar la ley con ocasión del caso concreto, como ella misma lo anota, constituye una segunda e importante aproximación a la respuesta, en todo caso muy distinta a la abogada por el impugnante, porque para el mencionado tribunal constitucional, "la ley 54 de 1990 sigue el principio general según el cual la ley rige hacia el futuro", amén de que "Sólo el legislador al dictar una ley, puede establecer su carácter retroactivo", que es lo que en principio no ve la Corte Suprema de Justicia en su contenido, como inicialmente se anticipó. Por lo demás, para la Corte

Constitucional es posible hablar, aun en vigencia de la ley que se analiza, de una "sociedad de hecho entre concubinos, cuya existencia y disolución han podido presentarse antes y después de la vigencia de la ley 54, y que está sujeta a otros principios, según la ley y la jurisprudencia".

"Ahora, como lo ha admitido la doctrina y la jurisprudencia, la ley 54 tiene un carácter innegablemente constitutivo, en cuanto ella genera una relación jurídica que antes no preveía la ley, así el hecho social reconocido diariamente golpeara a la puerta. Obviamente, como bien se sabe, la ley 54 no originó tránsito legislativo alguno, como para pensar en un conflicto de leyes en el tiempo en consideración a incompatibilidades o contradicciones lógicas, porque como ya se dijo, lo que había era una ausencia de régimen específico, que fue suplida por la interpretación jurisprudencial acudiendo analógicamente a la institución jurídica de la sociedad de hecho, para conferir así un tratamiento legal y justo a la cuestión patrimonial de los concubinos, ya que la sociedad conyugal sólo guardaba correspondencia con el matrimonio legalmente constituido y la ley civil prohibía la conformación de sociedades universales diferentes a la mencionada sociedad conyugal (artículo 2089 del Código Civil).

"Siendo el acto legal de naturaleza eminentemente constitutiva, pues, se repite, es el que crea o tipifica el nuevo fenómeno jurídico, llamado "sociedad patrimonial entre compañeros permanentes", sujeto a un régimen propio hasta entonces inexistente y con pautas formativas

distintas a las de la situación tratada por la jurisprudencia por la vía de la sociedad de hecho, sin necesidad de entrar a hacer un abstracto ejercicio en torno a derechos adquiridos, con lógica jurídica enmarcada en pautas de equidad y justicia, inevitablemente se tiene que concluir en la negación de cualquier efecto retroactivo o retrospectivo de la ley, porque lo cierto es que la nueva disposición no subsume el *factum anterior*, por cuanto ella misma lo excluye en el artículo 2º, cuando establece, además de otras condiciones antes no concebidas, los dos años de la unión marital como requisito para que opere la presunción legal de existencia de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, que es claramente el tiempo que la ley señaló para que la norma pudiera ser utilizada como fundamento de una decisión judicial, pues no debe olvidarse que por encima de cualquier consideración atinente al reconocimiento de un hecho social (unión extramatrimonial), lo que de ella resulta trascendente y que es lo que convoca a esta decisión, es el otorgamiento de una tutela jurisdiccional perfectamente identificable, pero diferida en el tiempo a los dos señalados años de unión marital.

"Habermas afirma que "cada ley individual representa una interpretación y un perfeccionamiento hermenéutico de los principios básicos que se encuentran y se explicitan en una constitución dada", y a decir verdad que este criterio se ve realizado en normas como las consagradas por la ley 54 de 1990, que como ya se anotó, estaba dirigida a llenar un vacío con sentido de equidad. Con todo, como igualmente quedó expuesto, no por la justificación de la ley, ni por su finalidad, quedaba en entredicho la justicia

de la solución jurisprudencial, la cual sigue subsistiendo aun bajo la vigencia de la ley 54, porque las normas jurídicas que la amparaban permanecen, ora para ser aplicadas a una sociedad expresamente convenida, o ya a una surgida de los hechos, cual sería el caso de aquéllas uniones que viniendo de atrás no alcanzan a subsumirse en los preceptos de la ley en comentario o que manteniéndose después de ésta, quedan sometidas a un doble tratamiento: el de la sociedad de hecho para la relación patrimonial anterior a la posibilidad de la aplicación de la ley y el de la sociedad patrimonial para la época enmarcable en la novedosa normatividad.

"Pues bien, la posición que ahora la Corte expone, sometida a un test de proporcionalidad, no solamente aparece como la más adecuada, porque sin duda alguna deja a salvo los principios de seguridad jurídica y justicia, que serían los que resultarían menguados de entenderse la retroactividad, sino por consultar el problema de la continuidad de la relación que es uno de los más delicados en la aplicación de las leyes en el tiempo, como se discute igualmente en los contratos sucesivos, que mutatis mutandi guardan semejanza con el fenómeno analizado, amén de mirar el carácter supletorio de la ley 54 de 1990, en cuanto tiene que ver con la constitución de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, el cual claramente se nota en el artículo 2º en tanto sienta una mera presunción legal, por ende desvirtuable y consecuentemente admisorio de algún tipo de convenio paritario e imparcial acorde con las finalidades de la ley y al mínimo de derechos que ésta reconoce a los compañeros permanentes. Carácter que

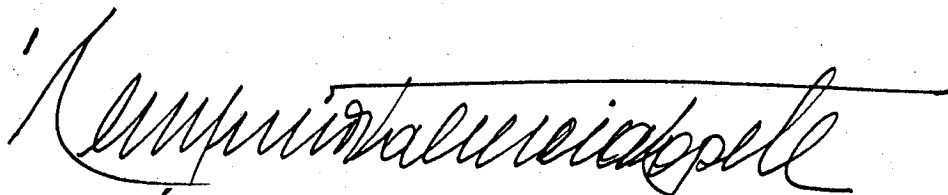
igualmente se nota en el inciso 1º del artículo 7º, cuando remite a las normas "contenidas en Libro IV, Título XXII, Capítulo I a VI del Código Civil", para ser aplicadas a "la liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes", donde se ubican, entre otros, los artículos 1771 a 1780, concernientes al régimen de las capitulaciones matrimoniales, que por la misma definición legal son "las convenciones" que celebran los esposos antes de contraer matrimonio, relativas a los bienes que se aportarán a la sociedad conyugal, las cuales bien pudieran dar lugar a un régimen de separación de bienes o a otro distinto, porque de modo similar a como acontece con la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, la sociedad conyugal surge de una presunción legal, "A falta de pacto escrito" en contrario, como lo indica el artículo 1774 del Código Civil, que es otra de las normas que obran por remisión.

"Descartado así el carácter imperativo de la ley 54 de 1990, y por contera su naturaleza de orden público, el último rescoldo argumentativo de la aplicación inmediata queda apagado, porque si la norma es supletoria de la voluntad de los compañeros permanentes, la novedosa ley no puede aplicarse a las relaciones jurídicas constituidas con anterioridad a su vigencia, por cuanto allí prima la voluntad y la autonomía de las partes, que libremente adecuaron su conducta al régimen jurídico para entonces vigente, pues al fin de cuentas la aplicación o no de la ley que introduce la nueva regulación a las situaciones o relaciones jurídicas preexistentes, tiene que ver con ese específico carácter, porque de él depende que ésta se considere como de orden público, y por ende, con

un contenido implicado con el interés general o el "interés público o social", como lo consagra el artículo 58 de la Constitución Política, que es el principio que por prevalecer sobre el interés individual o privado (artículo 1º Constitución Política), impone de manera excepcional la aplicación inmediata de la nueva ley."

Dada la claridad y contundencia de tales razonamientos, sigo creyendo que la ley 54 de 1990 no se aplica a situaciones anteriores a la vigencia de dicha norma y, por tanto, la Corte no ha debido prohiar en el caso aquí juzgado su alcance retrospectivo.

Fecha *ut supra*.


CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto y consideración debidos a los señores magistrados que conformaron la mayoría decisoria en el asunto de esta especie, paso a expresar a continuación las razones que me llevan a discrepar honda y vivamente de varias de las consideraciones que sostienen el fallo aquí adoptado. Al Respecto reitero y transcribo lo que siempre he sostenido.

1. La aplicación de la Ley 54 de 1990 en el tiempo.

Permitaseme decirlo con firmeza: la discusión no es semántica ni de simple nomenclatura. Puede nominársela como se quiera, pero lo realmente indiscutible en este caso es que la Corte, so pretexto de aplicar retrospectivamente (o de manera inmediata como por momentos se dice) la mencionada ley, la ha aplicado de manera abiertamente retroactiva, con todas las terribles secuelas y desventajas que de ello se desgajan.

Como sé que difícilmente el más asiduo y tenaz de los lectores ha podido llegar hasta acá, luego de leer el fallo y los demás salvamentos de voto, renuncio, en obsequio a la brevedad, a trasuntar muchas de las definiciones y explicaciones que tanto la doctrina como la jurisprudencia han asentado en torno a los aludidos conceptos y que, dada su autoridad, luminosidad y contundencia servirían de apoyo a mi afirmación, abdicación que, en todo caso, debo admitirlo, no poca mengua le hace a estas consideraciones.

De todos modos, sea suficiente memorar que, como en su momento lo dijo esta Corporación,

"En el Estado Social de Derecho, democrático y constitucional, como lo es el colombiano, según la declaración del artículo 1º de la Constitución, el principio de seguridad jurídica constituye base esencial de la organización democrática y factor consustancial al desarrollo de la sociedad, dado el entronque que el mismo tiene con la política libertaria que la Carta plasma, lo cual hace imperioso el conocimiento anticipado de la normatividad a la cual los asociados deben adecuar su comportamiento. Ahí la razón del principio de irretroactividad, que es un límite para el legislador, y por supuesto para el juez, porque aunque al primero le corresponde señalar las reglas que rigen el ejercicio de los derechos, esta competencia, como todo mundo lo sabe, no es absoluta, sino, por el contrario, restringida, porque necesariamente en el gobierno de esos derechos deben resultar armonizados los

intereses individuales con los generales, pero sin olvidar que de estos últimos hace parte todo el sistema de derechos y garantías fundamentales de las personas, que debe dejarse a salvo cuando la actividad legislativa está destinada a constituir o modificar instituciones jurídicas. Con mayor razón el juez que produce un acto singular, inevitablemente sometido al imperio de la ley, que es la que debe aplicar privilegiando el interés público o social cuando éste entra en conflicto con el interés privado o particular, como lo dice expresamente el artículo 58 de la Constitución.

Esta hermenéutica restrictiva que se impone en el ámbito de la aplicación de la ley en el tiempo, ofrece en la práctica legislativa una política normal y ordinaria de leyes promulgadas para disponer hacia el futuro y excepcionalmente de leyes de aplicación diferida, o sea para regir relaciones jurídicas constituidas con posterioridad a la promulgación, dejando que los efectos de las ajustadas antes se sigan surtiendo por la ley igualmente anterior (ultraactividad). También por esa vía excepcionalísima se advierte la vigencia de leyes con carácter retroactivo, como ocurre, simplemente por vía de ejemplo, con algunas leyes penales para garantizar el principio de favorabilidad.¹

Por consiguiente, corresponde al legislador establecer en cada ley el ámbito temporal dentro del cual ésta va producir sus efectos,

*"potestad amplia y autónoma que le permite acomodar el ordenamiento jurídico a las condiciones que las nuevas manifestaciones sociales imponen, de modo que al amparo de ese mecanismo le es dado remediar, inclusive, de inmediato, las iniquidades que un determinado modo de ser de la sociedad ocasiona a ciertos sectores de la misma, facultad que, claro está, encuentra sólido e infranqueable confín en el mandato imperativo contenido en el artículo 58 de la Constitución Política Nacional"*².

De manera, pues, que en nuestro sistema jurídico ni siquiera el legislador tiene amplias facultades para especificar la eficacia temporal de las leyes habida cuenta que por mandato del referido artículo 58 de la Carta política no le es dado trasponer los límites que los derechos adquiridos le imponen.

Si las cosas son de ese modo, ha de colegirse que, necesariamente,

"los jueces tienen la prohibición de, motu proprio, aplicar retroactivamente una norma a un caso que se fundamenta en hechos previos a la entrada en vigencia de ésta. En este sentido se debe recalcar que no hay retroactividad implícita, por cuanto la regla general es la irretroactividad y sólo se le otorga efecto retroactivo si el legislador lo ha manifestado en forma expresa en caso de orden público, o de leyes interpretativas o penales benignas al reo, es decir, en los casos constitucionalmente permitidos"³. (Se subraya).

¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 20 de abril de 2001.

² Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 20 de marzo de 2003. Expediente 6726.

³ Corte Constitucional Sentencia SU 881 del 25 de agosto de 2005

2. ¿Qué se entiende por retroactividad de la ley?

Para explicar cuándo una norma es retroactiva, esta Corte ha acudido a diversos criterios de distinción, todos a cual más, hay que destacarlo de una vez, ponen de presente que aquí se ha quebrantado el principio de la irretroactividad de la ley. Así, tomando como derrotero la naturaleza de los hechos, ha dicho que

"Con miras a establecer cómo se proyecta la ley nueva sobre una determinada situación o relación jurídica, parece conveniente examinar la cuestión a la luz de los hechos, perspectiva desde la cual se impone inferir que éstos, en relación con aquella (la ley nueva), pueden ser pasados (*facta praeterita*), pendientes (*facta pendentia*) o futuros (*facta futura*), de donde se deduce que las normas legales tendrían efecto retroactivo cuando se aplican a *hechos consumados* bajo el imperio de una ley anterior (*facta praeterita*), o a los *efectos ya realizados* de situaciones aún en desarrollo (*facta pendentia*). Por el contrario, si la ley se aplica a ***consecuencias aún no realizadas***, derivadas de una determinada situación fáctica, inclusive preexistente a ella, está actuando de una manera que suele serle propia, o sea, surtiendo efectos inmediatos; y si solamente se aplica a ***situaciones fácticas futuras***, acontecerá que su eficacia es retrasada. Desde esta perspectiva se tiene que las leyes, según sean sus alcances temporales, se pueden clasificar en retroactivas, cuando actúan sobre los efectos ya cumplidos con anterioridad a su vigencia; de aplicación inmediata, cuando gobiernan todos los efectos que se produzcan desde el momento en que entra en vigor, incluidos los que se deriven de una situación surgida de antemano; y de aplicación diferida, cuando rige únicamente las situaciones que se constituyan con posterioridad a su vigencia, lo que presupone la supervivencia de la ley anterior en relación con los efectos emanados de aquellas previamente constituidas" ⁴.

En consecuencia, para ejemplificar lo dicho, si se expidiera una ley que tuviera por objeto señalar un límite al cobro de intereses en el contrato de mutuo, ella podría disponer **sin ser retroactiva**: a) que se aplicara a los contratos ajustados con posterioridad a su entrada en vigor, sin afectar, por ende, los réditos de los contratos celebrados con anterioridad. En esta hipótesis realmente se trataría de una ley de aplicación diferida, que sólo imperaría sobre los actos futuros y que, subsecuentemente genera la ultraactividad de aquella anterior que toleró los altos rendimientos; b) que además de gobernar los préstamos convenidos con posterioridad, igualmente se aplicara a los intereses que se causen a partir de su vigencia en aquellos contratos pactados con anterioridad, es decir, que se trataría de una ley de aplicación retrospectiva en cuanto entra a gobernar las consecuencias futuras de situaciones

preexistentes. Por el contrario, la aludida legislación **sería retroactiva** si: 1) considera mal habidos los intereses ya devengados y ordena su reintegro a quien los ha pagado; y 2) cuando se aplica a los intereses que se han causado pero no se han pagado, es decir, aquellos que están pendientes.

Por consiguiente, se aplica de manera retroactiva la ley cuando se la hace obrar sobre los efectos o consecuencias ya cumplidos de relaciones o situaciones jurídicas extinguidas o, inclusive, existentes aún al tiempo de su vigencia, pero no lo es, si somete inmediatamente bajo su imperio los efectos aún no causados de situaciones preexistentes. De igual modo, será retroactiva cuando le atribuye a aquellos hechos que de conformidad con la legislación anterior no eran aptos o idóneos para constituir la situación jurídica creada por la nueva ley los efectos constitutivos que ésta les atribuye.

Ahora, siguiendo el clásico criterio de los "derechos adquiridos", ha asentado la Sala que:

"La ley es retroactiva, -indican Planiol y Ripert- 'Cuando vuelve sobre el pasado, ya sea para apreciar las condiciones de legalidad de un acto, o para modificar y suprimir los efectos ya realizados de un derecho. Fuera de esto (prosiguen) no hay retroactividad, y la ley puede modificar los efectos futuros de los hechos o actos, aún anteriores a ella, sin ser retroactiva' (Tratado Elemental de Derecho Civil, Tomo II, pág.129). Orientado por similar criterio, Eduardo Zuleta Angel cita a Vareillas-Sommieres, resumiendo su teoría en el sentido de indicar que la retroactividad de la ley se presenta"...a) Cuando borra o destruye en el pasado los efectos ya producidos de un acto o de un hecho anterior, o en otros términos, cuando nos arrebatara un derecho en el pasado; y b) Cuando suprime o modifica in futurum uno de nuestros derechos actualmente existentes en razón de un hecho pasado" (Estudios Jurídicos, Bogotá, Ed. Temis, 1974, pág. 49). De manera que mientras la ley nueva no entre a regular el pasado para suprimir efectos realizados de un derecho, ni a desconocer hacia el futuro la realidad de derechos ya anticipadamente constituidos, ella no tiene alcance retroactivo ni lesiona derechos adquiridos.⁵ (Se subraya).

3. ¿En qué consiste la retrospección de la ley?

La ley obra retrospectivamente cuando se aplica a las consecuencias nuevas de un hecho antiguo, entendiéndose por tal aquel acaecido con anterioridad a su promulgación. Es diáfano, entonces, que en este evento la norma posterior no

⁴ Sentencias del 20 de marzo de 2003, expediente 6726, y del 9 de marzo de 2004, expediente 6984

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 29 de mayo de 1997. Expediente 4845.

afecta los derechos consolidados y los efectos de un hecho o una situación dada ya realizados, los cuales se rigen por la ley en vigor cuando ocurrieron.

"La finalidad de la consagración de la retrospectividad es evitar que se perpetúe la configuración de injusticias sociales –especialmente en materia laboral– so pretexto de que empezaron a consolidarse en el pasado o tienen su origen en un hecho pasado y, por tanto, no se podría aplicar retroactivamente la ley.

"Se hace necesario anotar que es preciso separar el efecto retrospectivo, cuando este haya sido consagrado, de la aplicación general inmediata de la ley, porque de no estar consagrada la retrospectividad de una norma, no le será aplicable la nueva ley a las consecuencias de actos previos, así éstas tengan o puedan tener lugar con posterioridad a la vigencia de la ley. De lo contrario se daría un efecto retroactivo no aceptado en nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, la doctrina ha señalado que '(...) una ley es retroactiva cuando modifica o restringe las consecuencias jurídicas de hechos realizados durante la vigencia de la anterior. Podría también decirse: cuando modifica o restringe las consecuencias jurídicas derivadas de la aplicación de la precedente. La forma de expresión es diversa, pero la idea expresada es la misma, ya que la aplicación de una ley supone siempre la realización de su hipótesis.

" 'Observe el lector que hablamos de realización del supuesto y nacimiento de las consecuencias normativas, no del ejercicio de éstas. Los derechos y deberes expresados por la disposición de la ley nacen en el momento en que el supuesto se realiza, aun cuando sean posteriormente ejercitados y cumplidos o no lleguen nunca a ejercitarse ni a cumplirse. Habrá que tomar también en cuenta la posibilidad de que las obligaciones derivadas de la realización de un supuesto no sean exigibles desde el momento en que nacen. Incluso en esta hipótesis, tales obligaciones existen, aun cuando su cumplimiento no pueda reclamarse desde luego. Si una ley nueva las suprime o restringe, es necesariamente retroactiva, aun cuando al iniciarse su vigencia no sean exigibles todavía'. (subrayas ajenas al texto)

"En este orden de ideas, para que se aplique una norma nueva a los efectos de un hecho acaecido previamente a su vigencia se debe autorizar expresamente tal aplicación so pena de estar desconociendo la prohibición de aplicación retroactiva de la ley"⁶.

4. La aplicación que en este fallo se hace de la Ley 54 de 1990 es retroactiva.

Sea oportuno traer a colación cómo la Corte Constitucional, refiriéndose en general a la irretroactividad de la ley precisó que:

"... siguiendo las orientaciones de la doctrina y la jurisprudencia, configuran derechos adquiridos las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en

⁶ Corte Constitucional Sentencia SU 881 del 25 de agosto de 2005

tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona.

"Ante la necesidad de mantener la seguridad jurídica y asegurar la protección del orden social, la Constitución prohíbe el desconocimiento o modificación de las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una ley, con ocasión de la expedición de nuevas regulaciones legales. De este modo se construye el principio de la irretroactividad de la ley, es decir, que la nueva ley no tiene la virtud de regular o afectar las situaciones jurídicas del pasado que han quedado debidamente consolidadas, y que resultan intangibles e incólumes frente a aquélla, cuando ante una determinada situación de hecho se han operado o realizado plenamente los efectos jurídicos de las normas en ese momento vigentes.

"La doctrina y la jurisprudencia contraponen a los derechos adquiridos las "meras expectativas", que se reducen a la simple posibilidad de alcanzar un derecho y que, por lo mismo, no son más que una intención o una esperanza de obtener un resultado jurídico concreto. Por lo tanto, la ley nueva si puede regular ciertas situaciones o hechos jurídicos que aun cuando han acaecido o se originaron bajo la vigencia de una ley no tuvieron la virtud de obtener su consolidación de manera definitiva, como un derecho, bajo la ley antigua.

"No obstante, las referidas expectativas pueden ser objeto de alguna consideración protectora por el legislador, con el fin de evitar que los cambios de legislación generen situaciones desiguales e inequitativas o de promover o de asegurar beneficios sociales para ciertos sectores de la población o, en fin, para perseguir cualquier otro objetivo de interés público o social. Es así como la ley nueva puede tomar en cuenta hechos o situaciones sucedidos en vigencia de la ley antigua para efectos de que con arreglo a las disposiciones de aquélla puedan configurarse o consolidarse ciertos derechos (efecto retrospectivo).

"Cuando el artículo 58 de la Constitución, alude a la garantía de la propiedad privada y a los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, y dispone que tales derechos "no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores", indudablemente está otorgando una protección a las situaciones jurídicas que definitivamente han quedado consolidadas bajo la vigencia de una ley y no a las meras expectativas de derechos.

"Sin embargo, es necesario precisar que la regla precedente no es absoluta, porque ella misma prevé la posibilidad de que se puedan afectar, los referidos derechos "cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida", evento en el cual "el interés privado deberá ceder al interés público o social". Ello explica, que no obstante el respeto que merecen los referidos derechos, sea posible decretar su expropiación, utilizando las modalidades previstas en la Constitución, o que se puedan imponer limitaciones, obligaciones o cargas especiales, con el fin de asegurar la función social de la propiedad y de la función ecológica que le es inherente.

"...Distinto del efecto retroactivo y retrospectivo es el efecto inmediato de la ley, por la vocación de ésta de que sus disposiciones se apliquen en el futuro, desde el momento en que empieza a regir, no permitiendo por consiguiente la subsistencia de la ley antigua ni de las situaciones o

hechos nacidos durante su vigencia, pero que no han alcanzado a configurar o consolidar verdaderos derechos”⁷.

Y refiriéndose de manera concreta a la aplicación en el tiempo de la Ley 54 de 1990 anotó que ella rige hacia el futuro de modo que

*“...la aplicación de la Ley 54 de 1990 a relaciones concubinarias consumadas, es decir, nacidas y extinguidas antes de su vigencia, sólo sería posible, idealmente, en la medida en que **no se vulneraran derechos adquiridos, en razón del principio consagrado en el artículo 58 de la Constitución: ‘Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores’**. Aunque hay que advertir que **ello implicaría darle a la ley un efecto retroactivo, que ella misma no previó, y que está, en general, prohibido en guarda de la seguridad jurídica.**”⁸.*

Habiendo llegado a este punto, hay que convenir, entonces, que independientemente del nombre que se le quiera dar a la forma como la Corte ha aplicado aquí la Ley 54 de 1990, esto es, si se trató de hacerla efectiva de manera retrospectiva o, como en algunas partes del fallo se sostiene, de hacerla obrar de manera inmediata, lo cierto es que la cosa no es de léxico y que siguiendo cualquiera de los anteriormente reseñados criterios relativos al concepto de retroactividad, la sentencia comporta una manifiesta y, a mi juicio, inadmisibles, aplicación retroactiva de la referida Ley 54 porque cercena de tajo los derechos de linaje patrimonial de aquellos concubinos, por vía de ejemplo el de propiedad (y uso aquí el término entonces en boga, para distinguirlo del de compañeros permanentes definido en el reseñado estatuto), que con antelación a la promulgación de la referida ley habían adquirido y consolidado para sí aquellos bienes que ahora, por virtud de la retroacción aplicada por la Corte, pertenecen a la sociedad patrimonial de hecho. No se trata de hacerla obrar en cuestiones relativas al ejercicio del derecho de dominio o a cargas a él concernientes (artículo 28 de la ley 153 de 1887), ni respecto de consecuencias no producidas, sino de la mutilación total o parcial del mismo.

Por supuesto que una vez adquiridos por los concubinos, los bienes ingresaron a su patrimonio sin condición ni gravamen alguno –excepto, claro está, los

⁷ Corte Constitucional Sentencia C147, del 19 de marzo de 1997

⁸ Corte Constitucional Sentencia C 239 del 31 de mayo de 1994)

originados en actos expresos de su voluntad-, de modo que al despojarlos ahora total o parcialmente de ese derecho, ya afianzado, violenta derechos legítimamente adquiridos, con evidente sacrificio no sólo de la seguridad jurídica, sino, aquí sí, de inquebrantables imperativos de justicia.

No puede decirse, creo yo, como repetidamente se afirma en la sentencia, que como las uniones maritales de facto no estaban regladas por el ordenamiento no existía ningún derecho consolidado con antelación a la expedición de la susodicha ley, pues tal elucidación, lo digo con respeto, no es atinada. **No lo es, de un lado, porque el derecho adquirido que la sentencia vulnera en este caso es el de propiedad**, derecho que, huelga decirlo, estaba (y está) suficientemente protegido por la Constitución y la ley; de otra parte, porque la materia que carecía de una reglamentación explícita era el concubinato como forma de constituir familia y como fuente de la sociedad de gananciales entre los concubinos, cuestión esta última que, por el contrario, de manera clara, precisa y contundente sí estaba reglada por el artículo 2082 del Código Civil, a la sazón vigente, que expresamente, exceptuando las originadas en el matrimonio, las prohibía.

Resulta, entonces, a mi juicio, verdaderamente incomprensible concluir que estando en vigor por la época de los hechos de este litigio (por lo menos de 1983 a 1995) el mencionado artículo 2082 que prohibía rotundamente las aludidas sociedades universales y de gananciales, salvedad hecha de las conyugales, regla jurídica a la cual sometieron su comportamiento todos los colombianos, se diga ahora que por virtud de una ley expedida varios años después, no sólo que sí existían, sino, lo que es más delicado, que por esa misma época se presumía por la ley su existencia. Es decir, que al mismo tiempo lo que el artículo 2082 prohibía, la Ley 54 de 1990 permitía y presumía como existente.

5. La retroactividad de las presunciones.

Para finalizar sostiene la mayoría, apoyándose, según lo dice, en la doctrina, que como la Ley 54 de 1990 consagra en el punto una presunción ella es retroactiva. Empero, además de que se trata de una afirmación que carece de demostración, y no podía tenerla porque la ley 153 de 1887, estatuto que

gobierna el tránsito de legislación, no contiene la ninguna alusión a una regla de ese talante, lo cierto es que, esa elucidación de la Sala no repara en que el verdadero designio de la norma no es la de descargar del peso de la prueba de un hecho a una de las partes sino que, yendo mucho más lejos, le atribuye una consecuencia jurídica (el surgimiento de una sociedad patrimonial, verdadero hontanar de derechos y obligaciones) a un supuesto de hecho (la preexistencia por más de dos años, en las condiciones señaladas por la ley, de una unión marital de facto entre compañeros permanentes), sólo que esa consecuencia se da solamente por vía general (de ahí que simplemente se diga que se presume) pero no de manera irremediable porque, como no podía ser de otro modo, en el punto no deja de señorearse el principio de la autonomía de la voluntad, conforme al cual la pareja puede prever lo que en Derecho estimen pertinente (capitulaciones, por ejemplo, pues es clara y categórica la remisión que se hace, entre otros, al Capítulo I del Título XXII del Código Civil).

Y permítaseme acotar acá, respetuosa pero sinceramente, que la Corte da un traspies cuando afirma, como vehementemente lo hace el fallo, que en las uniones maritales (o conyugales, seguramente) en las que no se forme sociedad patrimonial se comete una "grave injusticia", como si en el punto la única forma de hacer justicia a la familia es estableciendo por doquier sociedades patrimoniales entre la pareja. No, la noción de justicia que emana del ordenamiento es muy otra: por supuesto que surge una familia a pesar de que no exista una unión marital (porque falle uno de sus requisitos, la singularidad, por ejemplo) o conyugal; inclusive, puede existir unión marital de hecho entre compañeros (y por ende una relación de índole familiar), pero no surgir sociedad patrimonial entre ellos (v. gr., porque no han cumplido el término previsto en la ley o porque no han disuelto la sociedad conyugal preexistente). Entonces, si se aplicara "el mandato constitucional" del que se vale la sentencia habrá que concluir que como en todas estas hipótesis existe familia pero no sociedad patrimonial se comete una "grave injusticia", cuyo remedio comportaría, entonces, muy seguramente, la inconstitucionalidad de las normas que impiden el nacimiento en esos casos de la comunidad de gananciales. Y creo que hasta allá no se ha llegado. Por lo menos no hasta ahora.

De otro lado, es palmario que son diversas las hipótesis previstas por el legislador (por ejemplo, las capitulaciones matrimoniales, el matrimonio

celebrado en el exterior, etc.) en las que, sin reparos de justicia material y de constitucionalidad, a pesar de existir uniones matrimoniales, no aflora la sociedad patrimonial entre los cónyuges, y no por eso hay que desgarrarse las vestiduras.

6. Colofón.

Tiénese, pues, que sin mediar nebulosos e inexactos planteamientos, lo que emerge como corolario, es lo siguiente:

6.1 corresponde al legislador establecer en cada ley el ámbito temporal dentro del cual ésta va producir sus efectos, potestad amplia y autónoma que le permite acomodar el ordenamiento jurídico a las condiciones que las nuevas manifestaciones sociales imponen y que solo encuentra valladar irreductible en el artículo 58 de la Constitución Nacional que le impide proferir preceptos que alteren los efectos ya cumplidos con anterioridad a su vigencia, y que solamente a falta de un señalamiento expreso de ese temperamento emanado del legislador, compete al intérprete la tarea de determinar los alcances en el tiempo de esa normatividad, labor que debe ajustarse, de todas formas, a las disposiciones previstas en la predicha ley 153 de 1887, teniendo siempre presente que ésta señala como criterios hermenéuticos generales los de la irretroactividad y la eficacia inmediata de la ley.

6.2 De la detenida lectura de todo el articulado de la Ley 54 de 1990 se infiere sin hesitación alguna que el legislador no consagró reglas específicas encaminadas a extender hacia el pasado los efectos de la aludida legislación, ni puede entenderse que tal hubiese sido su tácito designio, ya que, por el contrario, dispuso en el artículo 9°, que esa ley "rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias", amén que en el artículo primero fue enfático al señalar que "a partir de la vigencia de la presente ley y para todos los efectos civiles se denomina unión marital de hecho, ...", enunciado con el cual indica con cierta vehemencia que todos los efectos civiles que le atribuye a las relaciones maritales que constituyen su objeto, sólo surgen a partir de su entrada en vigor, y de cara a las uniones maritales surgidas a partir de su fecha de vigencia, pues únicamente desde ese momento tales situaciones tienen reconocimiento legal.

6.3 Si el legislador, a quien, como ha quedado dicho, le incumbía determinar, con sujeción a los imperativos constitucionales, sus efectos temporales, extendiéndolos en el tiempo si así lo reclamaban las necesidades sociales que intentaba remediar, se abstuvo de hacerlo, entre otras cosas porque era conciente de que al hacer obrar en el pasado dicha ley tal disposición difícilmente superaría un examen de constitucionalidad, no puede por ningún motivo el juzgador (cuya decisión, valga acotarlo al margen, se escapa del juicio de constitucionalidad pertinente, como no sea el propio), al acometer su quehacer hermenéutico, concederle los efectos que aquel se negó a otorgarle, puesto que se encuentra subyugado a los principios generales de la irretroactividad y de la eficacia inmediata de la ley, que gobiernan este evento frente a la palpable ausencia de regla específica al respecto.

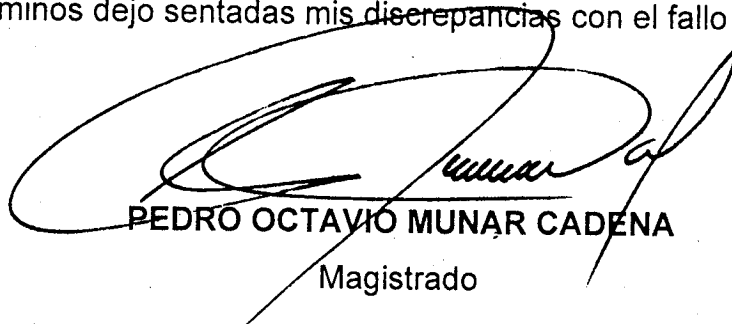
6.4 Que rectamente entendido el concepto, la mencionada legislación produce efectos inmediatos, en la medida en que seguidamente entró en vigor, sometió a su imperio toda relación, inclusive las que tuvieron su génesis con anterioridad, entre " un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen comunidad de vida permanente y singular", a la que denominó unión marital de hecho, de modo que los vínculos que el estado de compañero o compañera comportan, los derechos y obligaciones familiares que de ella brotan, la protección jurídica y todos los demás efectos civiles que le corresponden, surgieron al momento de su vigencia, cobijando, incluso, se reitera, aquellas relaciones que, reuniendo las exigencias allí previstas, preexistían. Por supuesto que de no tener eficacia inmediata, aquellas situaciones jurídicas consolidadas de antemano y cuyos contornos fueran idénticos o similares a aquellos que la Ley 54 de 1990 gobierna, quedarían excluidos de su aplicación.

6.5 Así mismo, que cumplidos dos años contados a partir de su vigencia, todas aquellas uniones que reúnan las exigencias de la precitada ley, aún las que se formaron con anterioridad, darán lugar, por vía de la presunción prevista en el artículo segundo ejusdem, a la "sociedad patrimonial entre compañeros permanentes", puesto que, como ha quedado dicho, se vulneraría el principio de la irretroactividad si se admitiese que el aludido estatuto tiene la aptitud de atribuirle a aquellos hechos que de conformidad con la legislación anterior no eran aptos o idóneos para constituir la situación jurídica creada por la nueva ley los efectos constitutivos que ésta les atribuye, desde luego que para la normatividad que existía con anterioridad a la susodicha Ley 54, ni la unión

marital, ni la duración de la misma tenían alguna relevancia jurídica, y por ende, carecían de aptitud para consolidar una comunidad del linaje del que la nueva ley estableció. Más exactamente, si solamente a partir de la promulgación de la predicha ley tienen reconocimiento legal y producen todos los efectos civiles que allí se le reconocen, es obvio que no puede el juzgador, sin hacerla retroactiva, concederle a las relaciones maritales consolidadas con anterioridad los efectos atributivos que la nueva ley prevé y que solo surgieron a partir del instante en que entró a regir.

6.6 No puede decirse que el juez puede extender los efectos de la ley hacia el pasado siempre y cuando no vulnera derechos adquiridos, toda vez, que, de un lado, como ha quedado dicho, una labor de esa especie le incumbe al legislador, no al juez, quien en el ejercicio de su tarea hermenéutica, y a falta de un mandato en ese sentido de aquel, debe ceñirse a los principios de la aplicación inmediata e irretroactiva de la ley, y de otro lado, porque aún si se admitiese, en gracia de discusión, que tal posibilidad fuera viable, habría que, igualmente, reconocer que se vulnerarían los derechos adquiridos de los concubinos frente a quienes la ley anterior no consagraba la presunción de existencia de sociedades patrimoniales y, por ende, tenían la propiedad exclusiva de los bienes adquiridos durante la existencia de la relación marital y la libre y autónoma administración y disposición de ellos, derechos todos estos que la nueva ley no podría conculcar.

En estos términos dejo sentadas mis discrepancias con el fallo mayoritario.



PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA
Magistrado