

# LOS DERECHOS DE LA SOCIEDAD DE HECHO CIVIL CONCUBINARIA EN PAREJAS DEL MISMO SEXO EN COLOMBIA

Angélica Suarez Sánchez

## Resumen

El artículo analiza los derechos de la Sociedad de Hecho Civil Concubinaria conformada por parejas del mismo sexo en Colombia. Para ello, se ha diseñado un estudio de tipo jurídico apoyado en la exploración y sistematización del ordenamiento legal y la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. En un primer momento se estudia la figura del concubinato así como las sociedades civiles de hecho entre concubinos; luego se explora la jurisprudencia relacionada con las sociedades civiles de hecho entre concubinos antes y después de la Ley 54 de 1990; y por último, se analiza la jurisprudencia que regula las sociedades civiles de hecho entre parejas del mismo sexo partiendo de la sentencia hito C-075 de 2007 de la Corte Constitucional. Los resultados muestran un reconocimiento cada vez mayor de derechos a concubinos del mismo sexo a partir de la labor efectuada por las altas Cortes en Colombia.

Palabras clave: ***sociedad civil de hecho, concubinato, parejas del mismo sexo, derechos patrimoniales.***

## Abstract

The aim of the paper is to analyze the rights of Civil Society Made Concubinary formed by same-sex couples in Colombia. To do this, we designed a study of legal type supported in exploration and systematization of the legal system and jurisprudence issued by the Constitutional Court, the Supreme Court and the State Council. At first figure of concubinage and civil societies in fact between cohabitants he is studied; then jurisprudence related to civil societies in fact between domestic partners before

and after Law 54 of 1990 is explored; and finally, the law that regulates civil societies<sup>2</sup> in fact between same-sex couples

based on the landmark ruling C-075 of 2007 the Constitutional Court discussed. The results show an increasing recognition of rights to same-sex domestic partners from the work done by the high courts in Colombia.

Keywords: ***civil society in fact, cohabitation, same-sex couples, economic rights.***

## **Introducción**

En virtud de la reforma que trajo consigo la Ley 54 de 1990 (Colombia, Congreso de la República, 1990, 28 de diciembre), la legislación colombiana creó un vacío normativo relacionado con la sociedad de hecho civil concubinaria (anterior a su vigencia), y ello ha dado lugar a que las familias que tienen su nacimiento en esta figura, queden expuestas a un peligro o detrimento en términos de seguridad. En esta clase de unión concubinaria hay un gran vacío en materia legislativa, razón por la que se excluye del ámbito jurídico y la reglamentación normativa, un hecho social cada vez más extendido en la actualidad, pero que de igual forma genera efectos “proyectados en derechos y obligaciones análogos a los del matrimonio en su situación individual, familiar y estado civil” (Corte Suprema de Justicia, 2009, 11 de marzo). Si bien el vacío reglamentario es notorio entre los concubinos de diferente sexo, aún lo es más entre personas del mismo sexo.

Con la sentencia C-075 de 2007 (Corte Constitucional, 2007, 7 de febrero) se extendieron algunos efectos patrimoniales de las uniones maritales de hecho a las parejas entre el mismo sexo pero se estableció que las mismas no podían constituir uniones de este tipo. En términos de igualdad, la Corte Constitucional en su momento reconoció un conjunto de derechos de naturaleza patrimonial a las parejas del mismo sexo, y desde ese entonces, y de manera progresiva se ha otorgado a las mismas otros derechos y garantías por vía jurisprudencial en coherencia con el marco axiológico y

normativo contenido en la Constitución Política de 1991. Sin embargo, pese a lo anterior, los denominados concubinos o sociedad de hecho civil concubinaria entre parejas del mismo sexo no encuentran la misma protección que se le ha venido dando a las parejas que deciden a través de un contrato civil manifestar su voluntad de vivir en unión y convivencia.

El concubinato no crea por sí sólo comunidad de bienes, ni sociedad de hecho, y para que sea reconocida esta como sociedad, y no como unión entre concubinos, se debe observar la actividad en común que entre ellos se realice. Esta figura de unión de hecho se une con la denominada ***affectio societatis*** que es la participación en las pérdidas y en las ganancias que surja con prescindencia de la unión extramatrimonial y que no tenga por finalidad crear, prolongar, fomentar o estimular el concubinato pues en su defecto estaría afectado de nulidad por ilicitud de causa en la razón de su móvil determinante.

La unión de hecho civil concubinaria entre parejas del mismo sexo se encuentra totalmente excluida del principio de seguridad en la familia, y aún más grave, no se encuentra reconocida como una familia, y por ende, tampoco dentro de los fines del Estado, ***contrario sensu*** como lo está la unión marital de hecho. En efecto, la unión marital de hecho se encuentra amparada constitucionalmente y reglamentada por la Ley 54 de 1990 (Colombia, Congreso de la República, 1990, 28 de diciembre), definiéndose de forma clara la naturaleza de la unión, el régimen patrimonial de los compañeros y los lineamientos jurídicos de este figura.

La unión marital de hecho tiene un desarrollo jurídico concreto basado en un conjunto de normas claras y precisas. Por otro lado, la unión concubinaria de hecho y la unión concubinaria de hecho entre personas del mismo sexo no tiene ningún soporte legal y ninguna base que desde el ámbito jurídico permita considerarse como una unión en sí. Entonces, se deja así a los concubinos en un estado de indefensión, por cuanto no hay normas legales que indiquen su conformación, liquidación, sus obligaciones y derechos, por lo que es preciso remitirse al Título XXXI, ***Disolución, Nulidad y***

**Liquidación de Sociedades** del Código de Procedimiento Civil (Colombia. Gobierno Nacional, 1970, 6 de agosto). En efecto, el art. 627 describe la disolución judicial y liquidación de una sociedad civil, comercial o de hecho, a petición de cualquiera de los socios por las causales previstas en la Ley o en el contrato social, siempre que tal declaración no corresponda a una autoridad administrativa. Se tiene entonces que una disolución es la terminación del contrato de sociedad por culminación del desarrollo del objeto social, es decir, por terminarse la base o la razón de ser de cualquier forma empresarial, y por liquidación que es la etapa jurídico-contable. En los concubinos su unión también es sentimental pero el legislador no lo contempla de esa manera y tampoco como un vínculo familiar desde la óptica de la Constitución Política. Sin embargo, esta interpretación excepcional si se encuentra contenida en la jurisprudencia bajo la denominación de **sociedad civil de hecho entre concubinos**.

Resulta necesario, en este orden de ideas, reconocer los derechos que tienen las sociedades de hecho civil concubinaria constituidas por parejas del mismo sexo con el fin de identificar los avances y los vacíos creados a nivel normativo y jurisprudencial en Colombia. El estudio se encuentra justificado por varias razones. El primer motivo es de naturaleza social. Al igual que ocurriera en su momento con la Unión Marital de Hecho, la realidad social que hoy se desprende con las parejas del mismo sexo conduce a que el Derecho sea reflexionado con el objetivo de dar respuesta a las dinámicas y estructuras sociales que surgen. Los concubinos del mismo sexo se manifiestan en la actualidad como actores que merecen ser protegidos por el Estado y dicho sustento se encuentra en la Constitución Política de 1991. Como lo describe Panero (2010, p. 94)

[...] hoy existe un movimiento social a favor de ese tipo de uniones, por la tendencia a expandir la libertad del individuo hasta límites a menudo incompatibles, no ya con la regulación jurídica del derecho de familia, sino de cualquier ámbito dentro del derecho privado general.

El segundo motivo se encuentra relacionado con una evidente escases investigativa en la materia. Una revisión de la literatura permite identificar trabajos que

tienden a explorar y a analizar los derechos y libertades de las parejas del mismo sexo<sup>5</sup>, pero muy pocos estudios buscan ahondar en la figura de la Sociedad Civil de Hecho Concubinaria entre parejas del mismo sexo. Por ello, esta labor académica es una iniciativa para contribuir al campo de conocimiento del Derecho Civil y el Derecho de Familia.

### **Problema de investigación**

¿Cuáles son los derechos de la Sociedad de Hecho Civil Concubinaria conformada por parejas del mismo sexo en Colombia?

### **Objetivo**

Analizar los derechos de la Sociedad de Hecho Civil Concubinaria conformada por parejas del mismo sexo en Colombia.

### **Metodología**

El estudio se enmarca en el paradigma epistemológico histórico-hermenéutico y en el enfoque cualitativo, y corresponde a una investigación de tipo jurídico. El paradigma epistemológico seleccionado es una respuesta a la tradición empírica-analítica basada en la implementación de métodos e instrumentos estadísticos y que tiene por objeto la interpretación y exploración de la realidad social dentro de la que encaja los fenómenos jurídicos y socio-políticos. El enfoque cualitativo tiene como propósito la exploración de los fenómenos desde sus particularidades con una visión holística y sin acudir a la medición de los datos obtenidos. La investigación jurídica busca la sistematización, el análisis y la interpretación del marco normativo y axiológico que estructura el ordenamiento constitucional y legal.

En el caso de esta investigación, y conforme a los objetivos trazados, el método hermenéutico es el más apto para el desarrollo del estudio jurídico. Para ello, se utiliza

una matriz de análisis documental y jurisprudencial a fin de reconocer el recorrido<sup>6</sup> histórico en torno a los derechos de las parejas del mismo sexo cuando se encuentran bajo la figura de la Sociedad de Hecho Civil Concubinaria.

## Esquema de resolución del problema

1. ***El concubinato: origen y delimitación conceptual.*** 2. ***La sociedad civil de hecho concubinaria en la legislación colombiana.*** 3. ***La sociedad civil de hecho concubinaria en la jurisprudencia.*** 4. ***La jurisprudencia relacionada con la sociedad civil de hecho concubinaria entre parejas del mismo sexo.***

## Plan de redacción

### ***El concubinato: origen y delimitación conceptual***

El concubinato tiene su origen en la antigua Roma como institución creada por el Emperador Augusto a través de la ***Lex Iulia et Papia Poppaea*** y ***Lex Iulia de Adulteriis*** para aquellas parejas que no podían contraer nupcias dadas sus condiciones sociales diversas, por lo que se puede afirmar que no estuvo castigada por la Ley, y por el contrario, fue admitida en la conciencia y las prácticas de la sociedad antigua (Parra, 2005). Con estas disposiciones se estableció que el hombre que no hubiese contraído justas nupcias, podía tener no más de una concubina, y para ello se requería que no fueran parientes y que fuesen púberes. Los requisitos y características del concubinato en el periodo romano eran: (a) que los concubinos siempre fueran púberes; (b) que fueran solteros; (c) la unión de un hombre y una mujer; (d) la unión no podía estar en el grado de prohibición; y (e) no existe ninguna formalidad y se puede disolver por voluntad de los concubinos.

Desde el Derecho Romano se interpretó el concubinato como “la unión estable de un hombre y una mujer sin ***affectio maritalis*** o que teniéndola, carecen de ***conubium***” (Panero, 2010, p. 96), es decir, capacidad para contraer matrimonio. De la misma forma

lo expresa Parra (2005, p. 239) al señalar que el concubinato en el periodo romano era “la unión estable entre un hombre y una mujer sin ***affectio maritalis***”. Esta figura buscaba, primero, separarse de la institución matrimonial, y segundo, distinguirla de una mera relación sexual brindándole una cierta estabilidad.

El concubinato era considerado en su momento como una unión irregular que se adhería al grupo de uniones irregulares como el ***contubernium*** (unión entre esclavos) o el ***stuprum*** (unión sexual con parientes cercanos). En términos de efectos jurídicos respecto de los hijos, el concubinato en la época de Constantino evolucionó pues estos pasaron a ser hijos naturales, y en el periodo de Justiniano se establecieron obligaciones de los padres hacia los hijos: alimentos, derechos sucesorales, entre otros.

Ya con el cristianismo se comenzó a quitar las regulaciones sobre esta clase de uniones a fin de reivindicar la institución matrimonial y que estos concubinos contrajeran nupcias abriendo la posibilidad de legitimar a los hijos producto de la unión. Bizantino León en el siglo IX prohibió el concubinato. Las Siete Partidas en el título XV definía los hijos del concubinato de la siguiente forma: “son aquellos que no nacen del matrimonio según la Ley”, es decir, de las que nacen de las barraganas “***naturales et non legítimos***” (Real Academia de la Historia, 1807). Los hijos de las barraganas como los hijos naturales se podían legitimar si al momento de engendrarlos el padre la tuviese como mujer legítima. De esta manera los

únicos hijos legítimos procedían de la barragana, de otra manera, era imposible según la Ley VIII, Título XIII, Partida VI.

A comienzos del siglo XVI, en el Reino de Castilla, se expidieron las Leyes del Toro. La Ley XI de estas consideraba a los hijos naturales a aquellos que provenían de padres que al momento de la concepción y del nacimiento no eran casados:

[...] se digan ser los hijos naturales, cuando al tiempo que nasceran, o fueren concebidos, sus padres podían casar con sus madres justamente sin dispensación: con tanto, que el padre que le reconozca por su hijo, puesto que no haya tenido la mujer de quien lo ovo en su casa, ni sea una sola [...]. (Álvarez, 1796, p. 115)

La gran diferencia de esta Ley con la del Derecho de Partidas respecto a los hijos naturales es que la misma extendió el beneficio de la naturalidad no sólo a los hijos de la barragana sino a los otros hijos ilegítimos siempre que provinieran de padres que no pudieran casarse (Ruíz, 1953, p. 37). En las Leyes del Toro no hubo ninguna solemnidad estaba admitido el reconocimiento tácito y reconocimiento presunto en cuanto al concubinato (García, 1954, p. 156).

En el Derecho Canónico, el concubinato adquiere un matiz de delito conforme a los artículos 2176 al 2181 del Código de Derecho Canónico. En estas normas el mismo se define como la unión de un hombre y una mujer que tiene relaciones carnales continuas o por lo menos frecuentes de manera ilegal y tiene unos parámetros y son: (a) que las relaciones sexuales entre el hombre y la mujer sean de continuidad y permanencia; (b) que su vida marital tenga semejanza a la matrimonial; y (c) que sea público el concubinato (Miguelé, *et. al.*, 1969).

Para Muñoz (1948, p. 160) el concubinato es “la unión marital consensual de un hombre y una mujer libres, con carácter o intención duradera, sin estar legalizada ni santificada por ninguna fórmula o requisito legal ni ceremonia religiosa”. En otras palabras, el concubinato reviste de las siguientes características: consensual, conformada por un hombre y una mujer libres de vínculos matrimoniales, con vocación de mantenerse en el tiempo y por fuera de toda solemnidad religiosa o legal. De acuerdo a los aportes Doyharcabal (1980), el concubinato como concepto puede retomarse de diversa forma, por ejemplo, como “la unión estable entre un hombre y una mujer libres de lazos matrimoniales” y añade que esta definición se contextualiza fuera del concubinato como adulterio o el concubinato entre clérigos. Este autor también expone que el concubinato es la “unión estable, de categoría inferior, consensual, entre personas solteras o viudas que no podían contraer justas nupcias, entre sí, o bien no deseaban hacerlo, [y que] no traía consigo ninguna reprobación moral” (Doyharcabal, 1980).

Por su parte, Celis (2004) define el concubinato como una unión o un vínculo creado entre un hombre y una mujer que no cuentan con lazo matrimonial. También expone otros dos conceptos partiendo de la doctrina y la jurisprudencia. En la primero indica que esta institución hace referencia a la unión de un hombre y una mujer que mantienen relaciones sexuales y una vida en común, y en la segunda expresa que se trata de una situación que tiene su origen en la vida en común constituida por dos personas que no están vinculadas por el matrimonio. Se rescata de los aportes de este autor que el concubinato genera una vida en común para las dos personas, lo cual supera a todas luces las esporádicas relaciones sexuales, generando obligaciones aunque estas no sean propias a las del matrimonio.

Se puede señalar que su regulación dentro de los sistemas de Derecho positivo es diversa y que se generan restricciones diferentes en cuanto a sus efectos. Esto se debe a dos razones. Por un lado, su plena regulación y admisión

pondrían en riesgo a la familia legítima por lo que se restringen sus efectos jurídicos, y por otro, no se puede desconocer los efectos que trae consigo en cuanto a obligaciones y derechos que desde la práctica social surgen como consecuencia del desarrollo de este tipo relaciones cada vez más numerosas.

En la tesis ecléptica del concubinato se observa la figura desde dos ámbitos. En el primero, las relaciones sexuales por no estar legitimadas por el vínculo matrimonial se consideran ilícitas; y en el segundo, las consecuencias que se desprenden del concubinato son de orden económico, porque no están cobijadas por presunción de ilicitud y que por lo tanto estiman que debe ser objeto de regulación por el Derecho. De acuerdo con esta tesis el concubinato no genera una sociedad de bienes. Empero se sostiene una conjunción de intereses por los amantes en donde un largo trabajo en común puede constituir una sociedad de hecho producto de una actividad razonada y voluntaria. En esta tesis, además, la cohabitación *per se* no da nacimiento a la compañía matrimonial. El concubinato no es una figura ilícita. En efecto, se debe destacar que se admite:

- a) Sociedades de hecho entre concubenarios cuando hay unos aportes entre ambos con fines de explotación y lucro, y con el propósito de repartir entre si las utilidades.
- b) Cuando entre los concubenarios de la explotación laboral satisfacen las obligaciones familiares comunes como la crianza, la educación, y el establecimiento de los hijos, para tal fin va implícito el propósito de repartirse los remanentes si los hubiere.

Entre los elementos básicos de una sociedad se encuentran el *animus societatis*, es decir, la intención individual de los socios (Corte Suprema de Justicia, 2003, 28 de octubre), entonces en los concubinos vendría a ser la reciproca colaboración entre la pareja en una actividad económica con miras al logro de un propósito en común. Dentro de los elementos estructurales del

contrato societario de hecho entre concubinos se encuentra: a) calidad de socio, b) aportes, c) participación o distribución de riesgos, pérdidas y utilidades. Para obtener la calidad de socio en una sociedad de hecho un acuerdo asociativo en él se encuentran: a) ***animus contra heridae –societatis***, b) ***animus societatis***, c). ***affectio societatis*** (Corte Suprema de Justicia, 2010, 30 de junio).

La Corte Suprema de Justicia señala las condiciones de la sociedad de hecho: a) explotación en común; b) que ejerza una acción paralela y simultánea entre los presuntos asociados tendientes a la conservación de beneficios; c) la colaboración entre ellos debe ser en pie de igualdad; y d) que no se trate de un estado de simple indivisión, de tenencia, guarda, conservación o vigilancia de bienes (Corte Suprema de Justicia, 1935, 30 de noviembre). Dentro de los requisitos específicos de la sociedad de hecho concubinaria están que la Sociedad no haya tenido finalidad en el crear, prolongar, fomentar o estimular el concubinato si esto fuera así el contrato sería nulo. Como el concubinato no crea por si solo una comunidad de bienes, ni sociedad de hecho es preciso reconocer la sociedad de hecho entre concubinos que se pueda distinguir claramente lo que es la actividad en común en una determinada empresa, una vivienda en común, y de una intimidad extendida al manejo, conservación y administración de los bienes de uno o de otro y ambos (Corte Suprema de Justicia, 1935, 30 de noviembre).

### ***La sociedad civil de hecho concubinaria en el ordenamiento jurídico***

El abordaje del tema de las sociedades en el contexto jurídico, implica una revisión de lo que es una sociedad, una sociedad comercial, una sociedad civil, una sociedad de derecho y una sociedad de hecho (Narváez, 1996, p. 25). Se entenderá por sociedad como la asociación de dos o más personas que han decidido unirse en una relación durable y organizada con fines hacia objetivos compartidos, configurando una relación contractual.

Desde el punto de vista mercantil, contexto en el que más se ha desarrollado la materia, las sociedades se definen como la “reunión organizada de capital y trabajo para facilitar el desenvolvimiento económico de las personas físicas, [convirtiéndose] en el ropaje, la vestimenta jurídica de organizaciones destinadas a la producción de bienes y servicios” (Gilberto, 1995, p. 24). Ahora bien, las sociedades comerciales y las sociedades civiles se diferencian en la finalidad que persiguen. Las primeras tienen como objetivo negocios mercantiles (producción y comercialización de bienes y servicios), mientras que las sociedades civiles atañen a instituciones reguladas por la Ley Civil. En cuanto a las sociedades de derecho, se entenderán estas como aquellas que han sido creadas con el cumplimiento de todos los requisitos legales, mientras que la sociedad de hecho no logra cumplir con cada una de las exigencias jurídicas.

Gilberto (1995, p. 32) describe que históricamente las sociedades fueron un asunto civil o del *ius civile*, y que con posterioridad fueron separados como producto de los avances en la doctrina que propugnaban por la “autonomía científica del derecho comercial”. Por tanto, como se describiera con anterioridad, las sociedades comerciales se enmarcaron dentro de los actos de comercio y las sociedades civiles dentro de los actos no comerciales. Por tanto, una sociedad civil de hecho entre concubinos será constituida no con fines mercantiles sino que estos mismos, serán los medios para desarrollar un proyecto en común o en pareja, razón por la que se debe probar el aporte de cada uno de los socios ya sea en bienes, dinero o trabajo.

El Código Civil Colombiano (Colombia, Congreso de la República, 1887, 15 de abril) hasta 1994, estableció en el art. 2.079 que una sociedad constituía “un contrato por el que dos o más personas estipulan poner un capital u otros efectos en común, con el objeto de repartirse entre sí las ganancias o pérdidas que resulten de la especulación” y añadía que “la sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados”. Por otro lado, el artículo

2.080 del mismo Código indicaba que para la existencia de la sociedad se requería (i) el aporte en común de dinero, servicio, cosa o trabajo apreciable en dinero; (ii) la participación de los socios en los beneficios de la sociedad. Así mismo, del mismo artículo 2.079 se desprende el requisito del consentimiento, es decir, el ***animus societatis***. En la misma línea de análisis jurídico, el Código Civil en el artículo 2.083 definió la sociedad de hecho como aquella que no puede subsistir legalmente, y en este caso se desprende la facultad de alguno de los socios para que se liquiden las operaciones anteriores a fin de extraer el aporte dado.

Sin embargo, las normas antes mencionadas fueron derogadas por el artículo 242 de la Ley 222 de 1995 (Colombia, Congreso de la República, 1995, 20 de diciembre). De este modo, se dispuso la aplicación de las normas comerciales a las sociedades civiles de hecho, por lo que su existencia tiende a un manejo más de línea jurisprudencial que legal. En el contexto del Código de Comercio Colombiano (Colombia, Gobierno Nacional, 1971, 27 de marzo), el título IX aborda las sociedades mercantiles de hecho. En su artículo 498 describe que una sociedad mercantil será de hecho “cuando no se constituya por escritura pública”, pero que puede ser demostrada su existencia por cualquiera de los medios probatorios establecidos en la Ley, como lo señala el Código de Procedimiento Civil (Colombia, Gobierno Nacional, 1970, 6 de agosto) en su artículo 175: “sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez”.

El artículo 499 del Código de Comercio (Colombia, Gobierno Nacional, 1971, 27 de marzo) describe que como consecuencia de la carencia de personería jurídica, los derechos y obligaciones que se adquieren para la empresa social recaen a favor y a cargo de todos los socios de hecho, además que las estipulaciones realizadas produce efectos entre ellos. Este artículo resulta concordante con la disposición del artículo 501 del mismo Código, el cual señala que en la sociedad de hecho “todos y cada uno de

los asociados responderán solidaria e ilimitadamente por las operaciones celebradas<sup>14</sup>; además de establecer que “los terceros podrán hacer valer sus derechos y cumplir sus obligaciones a cargo o en favor de todos los asociados de hecho o de cualquiera de ellos”. En cuanto a la liquidación de la sociedad mercantil de hecho, los artículos 505 y 506 del Código de Comercio (Colombia, Gobierno Nacional, 1971, 27 de marzo) describe que en cualquier momento cada uno de los socios tiene la capacidad y libertad para solicitar la liquidación y el pago de la participación, aplicándose por tanto las normas de Derecho Mercantil contenidas en el capítulo IX del Título I.

Ahora bien, volviendo al tema de la sociedad de hecho civil entre concubinos, se observa la inaplicabilidad de la norma mercantil en cuanto a la naturaleza que reviste la sociedad conformada entre concubinos. En efecto, este tipo de sociedad no surge con fines mercantiles o comerciales, pues los mismos son dispuestos para un proyecto en común más allá de utilidades o lucro. En su momento, la Ley 54 de 1990 (Colombia, Congreso de la República, 1990, 28 de diciembre) entró a regular la situación de muchas parejas que formaban familias sin un matrimonio religioso de por medio, razón por la cual se estableció la institución de la Unión Marital de Hecho como sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, la cual puede ser declarada por vía judicial cuando se cumpliera con los requisitos de Ley.

Los requisitos para la declaración de la existencia de la unión marital son: convivencia durante un periodo no inferior a dos años sin impedimento legal para contraer matrimonio, o con impedimento legal para contraerlo por alguno o los dos compañeros, pero siempre que haya sido disuelta la sociedad conyugal anterior, al menos, en un periodo no inferior a un año desde el comienzo de la unión marital de hecho (art. 2º, Ley 54 de 1990). Antes la norma expresaba que la sociedad anterior debía haberse disuelto y liquidado, pero la Corte Constitucional declaró la inexecutable del término por considerar que se vulneraba el derecho a la igualdad y desprotegía la sociedad patrimonial de hecho de los compañeros, al darle mayor peso al matrimonio anterior aún no liquidado (Corte Constitucional, 2013, 16 de octubre).

En este orden de ideas, es posible afirmar que la legislación durante los últimos 20 años ha dado paso a varias reconfiguraciones en cuanto a la manera de interpretar y comprender la familia, y la necesidad de extender la protección legal a cada uno de los sujetos que deciden con otras personas abonar esfuerzos para proyectos comunes. Un ejemplo de ello se encuentra en la aplicación del régimen de protección contenido en la Ley 54 de 1990 a las parejas homosexuales, lo cual fue dispuesto por la Corte Constitucional:

[...] cobra mayor relevancia la dimensión regulatoria de la situación patrimonial de la pareja en condiciones de equidad y de ello es testimonio el énfasis que en el análisis del régimen previsto en la ley y en la consideración de los elementos que le dan sustento se pone en las condiciones de convivencia como expresión de un proyecto de vida en común con solidaridad y apoyo mutuo. (Corte Constitucional, 2007, 7 de febrero)

Siendo así las cosas, es posible afirmar que existe una desprotección de los concubinos, quienes también han decidido mantener “condiciones de convivencia como expresión de un proyecto de vida en común con solidaridad y apoyo mutuo” (Corte Constitucional, 2007, 7 de febrero). Antes de la Ley 54 de 1990 se reconocía la sociedad de hecho, y esta era reglamentada por la norma civil y por diversas jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia.

### ***La sociedad civil de hecho concubinaria en la jurisprudencia***

Antes de la Ley 54 de 1990, la Corte Suprema de Justicia en algunas sentencias abordó la institución jurídica de las sociedades de hecho entre concubinos así como el Consejo de Estado. La primera de la que se tiene referencia fue emitida en el año 1935, y en ella la Corte Suprema de Justicia (1935, 30 de noviembre) definió algunas de sus características así como una tipología de las sociedades de hecho. En su momento, el Alto Tribunal sostuvo que la sociedad de hecho puede formarse a partir de un

consentimiento expreso, cuando las solemnidades y requisitos para conformarse con<sup>16</sup> sociedad de Derecho, no alcanzan a configurarse en dicha relación. Así mismo, este tipo de sociedades pueden formarse a partir de un consentimiento tácito, es decir, que como producto de los hechos (la división de funciones, el trabajo, la visión conjunta, etc.), se presume la existencia de una sociedad de hecho:

[...] no puede alegarse que la sociedad es un contrato que no se forma sino por manifestaciones recíprocas y concordantes de la voluntad de las partes y .que este elemento fundamental no existe en esas denominadas sociedades creadas de hecho: en éstas tal acuerdo no falta; lo que acontece es que se acredita por medio de una presunción. (Corte Suprema de Justicia, 1935, 30 de noviembre)

Desde esta perspectiva, se empezó a considerar que una sociedad de hecho es aquella en la que se demuestre a partir de los elementos facticos: a) actividades coordinadas en la explotación común; b) acciones paralelas y simultaneas para el alcance de beneficios; c) las acciones deben mostrar un nivel de igualdad, sin que exista una independencia del uno sobre el otro a partir de un contrato; y d) la relación no debe provenir de un estado de indivisión, tenencia, guarda, etc., pues se requiere de actividades conjuntas y articuladas para el logro de beneficios. Así, no es necesario que frente a terceros se muestre la sociedad como tal, basta el cumplimiento de los elementos fácticos descritos.

En caso de una sociedad de hecho entre concubinos, es necesario demostrar, adicionalmente, dos tipos de elementos facticos: a) la sociedad no puede tener como finalidad “el crear, prolongar, fomentar o estimular el concubinato, pues si esto fuere así, el contrato sería nulo por causa ilícita, en razón de su móvil determinante”; y b) distinción clara de la actividad común entre los concubinos para el desarrollo de un negocio o una empresa a partir de la intimidad, la vivienda común, el manejo y conservación de los bienes.

Más de veinte años después, la Corte Suprema de Justicia volvió a pronunciarse<sup>17</sup> en 1958. En esta sentencia, la Corporación analizó la viabilidad de las sociedades de hecho entre concubinos, la liquidación de la sociedad y las limitaciones al concubinato. En su momento, la Corte Suprema de Justicia (1958, 26 de marzo) indicó que no existe impedimento para que una sociedad de hecho, como la conformada entre concubinos, pueda existir de forma legal como otro tipo de sociedad, pues no hay impedimento para ello. En efecto, lo que el Legislador enfatiza es la imposibilidad en que concurren sociedades universales. La Corte expresa respecto de la liquidación de sociedades de hecho entre concubinos, que esta se realiza sobre los bienes y dineros que han sido producto del trabajo y la asociación entre los concubinos, razón por la que no se incluyen los bienes adquiridos por alguna de las partes antes del concubinato o a título gratuito durante el concubinato. Así las cosas, “debe existir un criterio de causalidad entre la asociación de hecho y los bienes provenientes de la misma”, y con ello comprobado se puede repartir los aportes entre los socios en forma equitativa.

Para la Corte Suprema de Justicia, entre los concubinos además de la comunidad en vida, se crea una comunidad de bienes, toda vez que las utilidades y bienes adquiridos se logra con “la industria y economía de la concubina”. Detalla la Corte que “no puede decirse que tal capital es de exclusiva propiedad del concubino, sino de ambos, pues su formación se hizo dentro del estado de concubinato y con ocasión del mismo” (Corte Suprema de Justicia, 1958, 26 de marzo). Explica la Corte que en el ámbito de la sociedad de hecho entre concubinos, en sí, esta figura no genera efectos a nivel jurídico, pues la unión entre concubinos para una empresa en la cual se generan utilidades, constituye el elemento clave para declarar la existencia de una sociedad de hecho, es decir, el patrimonio creado por el esfuerzo mancomunado de las partes.

Al igual que la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado (1980, 29 de abril) antes de 1990 analizó la figura del concubinato y emitió una jurisprudencia hito en materia de protección del derecho de la concubina por muerte del compañero. En esta sentencia, se le reconoce a la concubina el derecho a ser resarcida e indemnizada por la desprotección que genera la ausencia de su compañero. Sobre el asunto, la Corte Constitucional (2010, 15 de febrero) expresa que en su momento el Consejo de Estado

reconoció que “la concubina se encontraba en una situación jurídicamente protegida<sup>18</sup> tenía derecho, frente a la muerte ilícita de su concubino, a ser reparada por los perjuicios materiales y morales que conllevaba este daño”, y agrega que esta decisión resultó muy relevante toda vez que pertenece al “campo de la responsabilidad, en cuanto a la titularidad del derecho a ser reparada por el daño antijurídico, tanto la cónyuge como la concubina se encontraban en pie de igualdad”. Por su parte, el Consejo de Estado (2012, 6 de agosto) afirmó que “esta sentencia constituye un importante hito, pues contiene un extenso estudio histórico jurídico del concubinato, en el cual se señala que éste fenómeno surgió coetáneamente con las formas más primitivas de matrimonio”.

Con posterioridad a la Ley 54 de 1990, diferentes jurisprudencias han analizado la figura de la sociedad de hecho entre concubinos. La Corte Constitucional (1992, 12 de agosto) abordó la posesión como derecho fundamental por conexidad con el derecho de propiedad y cómo la misma servía de instrumento para la defensa del concubino, aquel que intenta ser despojado de la propiedad cuando el compañero fallece. La posesión al estar amenazada de despojo sin haberse surtido un debido proceso en el cual se permita una defensa judicial idónea, merece ser tutelada. Así mismo, declaró el trabajo doméstico de la concubina como aporte a la sociedad de hecho. La Corte Constitucional estima que el aporte de trabajo doméstico de la mujer tiene especial relevancia en la sociedad formada.

La Corte Constitucional (1995, 9 de agosto) también analiza otros tópicos del derecho en conexidad con la figura de la sociedad de hecho entre concubinos, como es el caso de la pensión de sobreviviente y la aplicación de la legislación a favor del trabajador o sus beneficiarios, en este caso, el concubino. Para la Corte la pensión de sobreviviente es un derecho cierto e indiscutible, e irrenunciable, el cual fue reglado por la Ley 33 de 1973 y con posterioridad con la Ley 100 de 1993. Con el Decreto 2665 de 1988 se permitió que se suspendiera las prestaciones económicas y de salud cuando se demostrara que la persona no tenía derecho a las mismas. En interpretación de la Corte Constitucional, si bien ha sido variada la legislación en el tema pensional,

cualquier duda debe resolverse a favor del trabajador o beneficiario, aún más cuando<sup>18</sup> antes y después de 1988 las normas se habían centrado en el beneficio del cónyuge superviviente. En fin, la norma debe aplicarse forma retrospectiva.

En este mismo año, la Corte Suprema de Justicia (1995, 16 de enero) exploró la declaración de la sociedad de hecho civil en aquellos casos antes de la vigencia de la Ley 54 de 1990. Para la Corte, antes de entrar en vigencia la Ley 54 de 1990, las relaciones concubinarias eran intrascendentes y por ello se les daba un trato diferencial en donde lo importante era demostrar los aportes hechos por las partes a fin de una explotación económica con el fin de repartir utilidades. Atendiendo a lo anterior, cualquier tipo de situación fáctica sobre estos supuestos, merece ser atendida conforme a las normas que permitían la declaración de estas sociedades de hecho.

Por su parte, el Consejo de Estado (2001, 29 de marzo) nuevamente abordó la situación de los concubinos en materia pensional y el derecho a la pensión de sobreviviente cuando existe un matrimonio no disuelto ni liquidado. Para dar respuesta al problema, la Corporación estudia quién es la persona beneficiaria de la pensión sustitutiva del causante, es decir, si la cónyuge o la compañera permanente (concubina); y para ello describe que son aplicables el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 7º del Decreto Reglamentario 1889 de 1994. Las normas aplicables permiten inferir que el derecho a la pensión de sobreviviente, recae en primer lugar sobre el cónyuge, y a falta de este o porque no reúne los requisitos, el compañero (a) permanente conforme a lo dispuesto por la Ley 100. Para el Consejo de Estado es imprescindible interpretar el término “y a falta de éste [...]”, el cual indica a quién corresponderá el beneficio. El Consejo de Estado en esta decisión sostiene que esta norma no excluye al compañero(a) permanente ni lo pone en una situación de desigualdad

[...] pues éstos tendrán derecho cuando el cónyuge sobreviviente lo hubiere perdido, porque al momento del deceso del causante no hicieron vida en común

con él, salvo, se repite, en el evento de hallarse en imposibilidad de hacerlo por haber abandonado éste el hogar sin justa causa.

Así las cosas, el sistema jurídico en Colombia en cuanto a la sustitución pensional, mantiene la igualdad entre los dos sujetos (cónyuge y compañero-compañera permanente), toda vez que el criterio de análisis no es el vínculo matrimonial sino la convivencia en pareja al momento de la muerte. De este modo, se debe interpretar que será beneficiario de la sustitución pensional el compañero(a) permanente no sólo cuando no exista cónyuge sobreviviente sino además cuando el mismo ha perdido el derecho a la sustitución pensional. En el caso en concreto, la Sala reconoce que al momento de fallecer el causante, el mismo convivía con una señora que no era su esposa conforme a las pruebas aportadas y **contrario sensu** las apreciaciones del **ad quem**. Pero así mismo, la Sala indica que la cónyuge por este hecho no ha perdido su derecho, toda vez que fue el causante quien decidió convivir con otra persona por fuera del matrimonio, a pesar de que en los últimos años del causante no conviviera con el mismo.

La Corte Constitucional (2010, 15 de febrero) en su sentencia hace un desarrollo histórico y jurídico también en materia pensional frente a los concubinos o compañeros permanentes y cómo es la aplicación retrospectiva de las normas expedidas con posterioridad a 1990. En particular, la Corte sostiene que es procedente la acción de tutela cuando no existe otro mecanismo jurídico de defensa efectivo, como es el caso del concubino o la concubina en materia pensional. Para la Corte, tanto el **a quo** como el **ad quem** en el caso de estudio, erraron al considerar que era improcedente la acción de tutela, toda vez que la accionante había sido vulnerada en su derecho a la igualdad y la seguridad social, como producto de una discriminación de origen familiar y sobre la cual la legislación y la jurisprudencia ha ido corrigiendo reconociendo los derechos de las mujeres sin vínculo matrimonial.

La Corte enfatiza en que la Constitución de 1991 garantiza la igualdad de condiciones y trato tanto a las familias conformadas por vínculos jurídicos como por

vínculos naturales. En este sentido resalta el artículo 5º y 42 de la Carta Política de 1991. La razón de ello se concreta en que décadas anteriores se daba un trato discriminatorio a las formas de familia diferentes a la del matrimonio, reconociéndose bajo las denominaciones de “concubinato, amancebamiento o barraganería, las cuales al ser consideradas **ilegítimas**, les eran adscritas consecuencias jurídicas adversas por la diferencia de trato que tenían respecto de quienes se encontraban casados por contrato matrimonial” (Corte Constitucional, 2010, 15 de febrero).

Explica la Corte que hasta antes de la Ley 54 de 1990, no existían normas jurídicas que protegieran los derechos de los concubinos y que sólo por vía jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia había desarrollado una tesis a través de la cual se podía proteger el patrimonio a través de las sociedades civiles de hecho, “consagrando la **actio pro socio** para la partición de los bienes adquiridos en común y la repartición de los beneficios” (Corte Constitucional, 2010, 15 de febrero).

Sólo a partir de la Ley 33 de 1973, se reconoció a la mujer (cónyuge) el derecho a la pensión de sobreviviente, pero siguió excluyendo a las concubinas. Y en la misma década, la Ley 12 de 1975 (Congreso de la República, 1975, 16 de enero) describió que la “cónyuge supérstite, o la compañera permanente, de un trabajador [...] tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si ese falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la Ley o en convenciones colectivas”. Sin embargo, hasta este momento aún no se le reconocía a la concubina el derecho a la sustitución pensional a la cual tenía derecho su compañero antes de su muerte.

Con la Ley 54 de 1990 se buscó eliminar todo tipo de discriminación frente a las familias conformadas por vínculos naturales. Y de la misma forma, en el marco de la promulgación de la Carta Política de 1991, la Ley 100 de 1993 a través de los artículos 47 y 74 reguló el tema de la sustitución pensional, a fin de poner en “pie de igualdad al cónyuge y a la compañera o compañero supérstite como posibles beneficiarios de la pensión de sobrevivientes”, pero en este camino se han presentado inconvenientes por

los diferentes regímenes que regulaban la materia, razón por la que la Corte Constitucional ha debido analizar en diversas situaciones la inconstitucionalidad e inadmisibilidad de estas normas a la luz del ordenamiento constitucional.

La Corte Constitucional resalta la posición de la Corte Suprema de Justicia en torno a la situación de muchas familias constituidas por vínculos naturales con anterioridad a la expedición de la Ley 54 de 1990 y que “veían sus derechos transgredidos al aplicarse la norma sólo a partir de la vigencia de esta disposición” (Corte Constitucional, 2010, 15 de febrero). Por estos motivos, se observó la necesidad de emplear el principio de retrospectividad de la Ley, a fin de no menoscabar la situación las partes que quedaban sin protección alguna.

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia (2011, 24 de febrero) analiza la existencia y trascendencia de las relaciones afectivas, sexuales y familiares en las sociedades civiles de hecho entre concubinos como prueba del ***animus societatis***. La sociedad de hecho y su regulación desde la Ley y la jurisprudencia se deben a la notable y radical transformación en cuanto al Derecho de familia en concordancia con la evolución socio-cultural y política que se ha dado en las últimas décadas. La Corte Constitucional reconoce el libre desarrollo a la personalidad como un “derecho de carácter relacional”, significando lo anterior que la protección va encaminada a salvaguardar las decisiones que los seres humanos de manera consciente e independiente adopten respecto a algo. (Calderón 2016) Las uniones libres generan efectos jurídicos en cuanto a derechos y obligaciones entre las partes de forma análoga al matrimonio, en cuanto a la situación individual, familiar y civil. Y así, la relación contractual de hecho entre concubinos y sus elementos estructurales: ***animus contrahendae societatis***, ***animus societatis*** y ***affectio societatis***, no pueden ser valorados al margen y con exclusión de los factores de relación personal y familiar, toda vez que en este tipo de sociedad pueden incorporarse los mismos.

Para la Corte Suprema de Justicia (2011, 24 de febrero), la comunidad de vida<sup>23</sup> que construyen las parejas que conviven **more uxorio**, son verdaderas unidades familiares en las cuales confluye

[...] los lazos afectivos, la cohabitación, las relaciones sexuales, la ayuda y el socorro mutuos, por elementales reglas de experiencia, evidencia de suyo, por sí y ante sí, el prístino designio de conformar también una comunidad singular de bienes con esfuerzos recíprocos y el propósito de asociarse de obtener un patrimonio.

En otras palabras, no sólo se observa la conformación de una comunidad de bienes con los aportes de cada uno, sino que también se incorporan en esta comunidad singular elementos de tipo afectivo. El aporte en el trabajo doméstico y en la entrega afectiva, son elementos valiosos y significativos para la valoración del elemento estructural del **animus societatis**:

[...] el trabajo doméstico y afectivo de uno de los compañeros libres, su dedicación a las labores del hogar, cooperación y ayuda a las actividades del otro, constituyen **per se** un valioso e importante aporte susceptible de valoración, la demostración inequívoca del **animus societatis** y de la comunidad singular de bienes, salvo prueba en contrario.

Por lo anterior, en este tipo de casos, los juzgadores de primera y segunda instancia no deben anclarse en un análisis que tengan por fin determinar si los actos de los actores se enmarcaban en el espectro civil o comercial, enfatizando que en el pasado se distinguía el tipo de legislación aplicable atendiendo a la naturaleza mercantil o civil de la relación, pero que de forma gradual se había reconocido “la concurrencia de idénticos elementos consistentes en la pluralidad de socios, aportes comunes, propósito de lucro para repartir utilidades o pérdidas e intención de constituir la sociedad” (Corte Suprema de Justicia, 2011, 24 de febrero). La posición del Alto Tribunal es que la preexistencia de una sociedad conyugal, no es obstáculo para que

se forme una sociedad de hecho entre concubinos, toda vez que se trata de una<sup>24</sup> sociedad diferente, la cual no surge del matrimonio, sino de “actos dispositivos, negociales o contractuales, aún de **hecho**, [que] presuponen íntegros los elementos esenciales del tipo contractual y son de carácter singular, particular y concreto”.

Pese a lo anterior, la Corte Suprema de Justicia (2011, 7 de marzo) sostiene que es imposible la existencia de dos sociedades de forma simultánea. Para la Corte, aquellas personas que se encuentran casadas sin sociedad conyugal vigente, están en capacidad, y sin limitación legal, para emprender otro tipo de proyectos en cuanto a la administración de sus bienes en un terreno de igualdad, pero sin “concurrir en más de una comunidad de bienes a título universal”. Por tanto, resulta lógico que mientras subsista una sociedad conyugal, no es factible que se establezca otra comunidad de bienes a título universal. Así, no es dable que los bienes que integren el haber de una sociedad conyugal vigente puedan incorporarse en el acervo de otra sociedad que se tenga con otra persona.

Es posible para una persona que tenga una sociedad conyugal que se encuentra en liquidación, constituir otras sociedades con posterioridad. Así, lo importante es que dos sociedades con bienes a título universal no coexistan. Para que se produzca efectos civiles en aquellas comunidades que no se encuentran en legítimo matrimonio, no basta con comprobar que hay un concubinato, pues es necesario demostrarse que hubo una verdadera sociedad de hecho con los elementos o requisitos ya planteados por la jurisprudencia.

La Corte compara la sociedad de aquellos que se encuentran unidos por vínculo matrimonial y los que se encuentran fuera de esta situación jurídica. Respecto de los primeros, para la existencia una comunidad de bienes no es necesario que se tipifique los elementos del contrato social: el **animus societatis**, los aportes recíprocos y el propósito de repartir las utilidades del negocio. Así, solo basta el matrimonio que se conforme una comunidad de bienes a partir de la voluntad para casarse (artículos 180 y 1774 del Código Civil Colombiano). En cuanto al segundo grupo de comunidades, es

necesario probar los elementos del contrato social ya descritos, a diferencia del afecto<sup>25</sup> o la vida sexual, a fin de que sea declarada la existencia de sociedad de hecho y que una vez declarada sirva al concubino(a) a reclamar la parte que le corresponde de la comunidad de bienes.

### ***La jurisprudencia relacionada con la sociedad civil de hecho concubinaria entre parejas del mismo sexo***

El tema de las sociedades civiles de hecho concubinarias entre parejas del mismo sexo han tenido un desarrollo jurisprudencial importante en el caso de las parejas del mismo sexo. En el caso de las parejas concubinarias del mismo sexo, el desarrollo jurisprudencial ha sido reciente y más escaso, aunque se evidencia que el reconocimiento de derechos de estas parejas, al igual que las parejas del mismo sexo, se ha venido realizando a través de vía jurisprudencial.

Se debe reconocer en este conjunto de decisiones jurisprudenciales la sentencia C-075 de 2007 de la Corte Constitucional (2007, 7 de febrero) a través de la cual se declaró por primera vez en Colombia, la aplicación de la unión marital de hecho regulada por la Ley 54 de 1990 para parejas del mismo sexo. Con esta sentencia se declaró exequible la Ley 54 de 1990 “en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales”. Sin embargo, se debe resaltar que ya con anterioridad la Corte Constitucional había hecho una revisión de la Ley 54 de 1990 estudiando la posible inexecutable parcial del artículo 1º del literal a) por ser contrarios a los presupuestos constitucionales 1º, 13, 16, 18 y 21 de la Carta Política, y en este momento no hizo extensivos los efectos económicos de la unión marital de hecho a las parejas del mismo sexo.

También se encuentran en el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo las sentencias C-811 de 2007 y la C-336 de 2008. En la primera se declaró la exequibilidad del artículo 163 de la ley 100 de 1993 en el entendido que la vinculación al régimen contributivo en materia de salud es aplicable a las parejas del mismo sexo

y “cuya exclusión del sistema de seguridad social es más grave que la exclusión del régimen patrimonial” (Corte Constitucional, 2007, 3 de octubre). En la segunda jurisprudencia, la Corte Constitucional consideró que las personas del mismo sexo también son beneficiarias de la pensión de sobreviviente, “siempre y cuando acrediten su condición en la misma forma en que lo hacen las parejas heterosexuales, esto es, mediante la expresión, ante un notario, de la voluntad de conformar una pareja singular y permanente” (Corte Constitucional, 2008, 16 de abril).

La Corte Suprema de Justicia (2015, 14 de diciembre) en sentencia decide la solicitud de un hombre para que se declarará la unión marital de hecho y la respectiva sociedad patrimonial entre este último y Eiberts Hernández del 25 de enero de 2004 y el 28 de septiembre de 2009, día en que fallece el señor Hernández. El solicitante argumenta que a consecuencia del nexo afectivo creado con el causante, surgió una sociedad patrimonial en el periodo señalado y compuesta por enseres, un automotor, inmuebles, depósitos de cuenta bancaria, entre otros. En este caso los padres del solicitante (herederos ascendientes) se opusieron a las pretensiones del solicitante formulando “las excepciones de inexistencia de la unión marital de hecho y consecuentemente la de la sociedad patrimonial, existencia de un patrimonio unipersonal y mala fe y temeridad del demandante”.

Frente a ello, el **a quo** declaró probada la primera excepción y se negaron las pretensiones del demandante, el **a quem** revocó la sentencia y declaró existente la unión marital de hecho desde el 2004 al 2009, la respectiva sociedad patrimonial, su disolución y liquidación. En su momento, el Tribunal de segunda instancia indicó que la unión marital investigada fue conformada entre el accionante y el causante, pues convivieron bajo estas condiciones con ánimo de hacer vida común, compartieron lecho y techo, contribuyeron a la sociedad y ninguno de los dos sostuvo de manera paralela alguna otra sociedad del mismo tipo (Agudelo y Cárdenas, 2015) .

En su momento, la Corte Suprema de Justicia consideró que la jurisprudencia de la Corte Constitucional del 7 de febrero de 2007 era aplicable al caso en concreto pues la

relación entre el demandante y el causante había surgido con anterioridad a la misma<sup>27</sup> pero perdurado en el tiempo con posterioridad a la misma cuando fallece el señor Hernández en septiembre de 2009. Bajo el criterio de inaplicabilidad de la sentencia C-075 de 2007, los recurrentes buscaban revocar la decisión del Juez de segundo grado pues la conformación de la vida en común entre el accionante y el causante se había dado con anterioridad a la señalad jurisprudencia de la Corte Constitucional. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia utilizando el mismo criterio para la Ley 54 de 1990 encuentra que es justa la aplicación de la decisión del Tribunal Constitucional.

Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia (2015, 14 de diciembre) explica que las uniones maritales de hecho integrada por personas heterosexuales se encuentran sustentadas en la institución de la familia como núcleo fundamental de la sociedad conforme al artículo 42 de la Constitución Política de 1991 (Agudelo y Cárdenas 2015), así como su protección integral, pero en el caso de las relaciones parejas del mismo sexo el tratamiento resulta diferencial pues su trascendencia empieza a ser notoria con posterioridad al año de 1991 y con ocasión de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que encuentra la necesidad de

[...] reconocer garantías individuales ya que todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico, lo que incluye la opción sexual (art. 16 ibídem), y, de otro, por la carencia de una regulación normativa, lo que para esa época no era considerado discriminatorio en la medida en que el principio de protección a la familia alude únicamente a las uniones conformadas por quienes tienen distinto género.

Lo que se observa es que las relaciones entre parejas del mismo sexo han venido teniendo una regulación diferencial a las familias que han tenido su origen en la denominada unión marital de hecho. Y ello se debe a la imposibilidad de darle tratamiento equivalente a las parejas del mismo sexo conforme a la figura de la familia nacidas bajo el concepto instaurado por la Ley 54 de 1990. Para la Corte Suprema de Justicia (2015, 14 de diciembre) el tema de las parejas del mismo sexo en cuanto a su situación patrimonial cobra una relevancia significativa en la actualidad dadas las condiciones de convivencia como expresión de un proyecto de vida en común fundamentados en la solidaridad y el apoyo mutuo. También señala que no debe pasarse por alto que hay una insuficiente regulación del tema a pesar de que las parejas del mismo sexo tienen proyecciones y efectos en el ámbito patrimonial al igual que las parejas heterosexuales, requiriendo de medidas de protección pues:

[...] los homosexuales que cohabitan se encuentran desprotegidos patrimonialmente, porque al terminarse la cohabitación no tienen herramientas jurídicas para reclamar de su pareja la parte que les corresponde en el capital que conformaron durante el tiempo de convivencia [...] es también evidente en el evento de muerte de uno de los integrantes de la pareja, caso en el cual, por virtud de las normas imperativas del derecho de sucesiones, el integrante supérstite podría ser excluido de la titularidad de los bienes que conformaban ese patrimonio, por el derecho de los herederos del causante.

De esta manera, por vía jurisprudencial se han venido reconociendo los derechos de las parejas del mismo sexo, primero para que puedan pretender el capital que les corresponde con ocasión de la separación con la persona que cohabitan, y segundo buscar el amparo en caso de fallecimiento y la ausencia del compañero. Frente a esto último se debe referenciar lo dispuesto por la

Corte Constitucional (2012, 22 de marzo) en sentencia C-238 donde se ataca el término cónyuge en los artículos 1040 y 1046 del Código Civil Colombiano. En esta oportunidad la Corte Constitucional indica que debe entenderse el cónyuge beneficiario de la sucesión intestada como compañero o compañera permanente de distinto sexo o del mismo sexo.

Valga señalarse que esta tendencia no solo tiene presencia en Colombia, sino también en otros países de la región de América Latina como en México donde se ha instaurado la Sociedad de Convivencia como un instrumento para la protección y el reconocimiento de los “derechos de carácter civil a personas con relaciones personales de convivencia permanente, entre las que se encuentran las personas con identidad de género distinta de la correspondiente a su sexo y las personas con preferencia sexual distinta de la heterosexual” (Rojas, 2011).

## **CONCLUSIONES**

Se ha podido establecer o comprobar la importancia de la jurisprudencia, por su esencia y de lo que significa para la ciencia del Derecho y su estructura, con su noble y sabio ejercicio, que interpreta, aclara, revela, propone y hasta modula el verdadero sentido del Derecho abstracto. La labor del juez, en estas épocas dejó de ser solo una función de aplicación silogística de la ley, para convertirse en un ejercicio hacedor del Derecho. De ello se ha dado cuenta el legislador y en sus creaciones normativas, hoy, toma las experiencias y propuestas de la jurisdicción para hacerlas Ley y el estudio que acaba de exponerse es un claro ejemplo. Razón tiene Recaséns (1980, p. 228) al decir: “Nunca ha podido el legislador cumplir el propósito de crear la totalidad de reglas de Derecho necesarias, ni nunca podrá cumplirlo. Ahora bien, como esta función debe ser cumplida, cuando el caso apremia, es el Juez quien interviene como una especie de legislador suplente [...]”.

Importante y significativo ha sido el aporte de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia, sobre el fenómeno jurídico de la sociedad de hecho entre los concubinos de sexo diferente y del mismo sexo. Se puede afirmar que su desarrollo jurisprudencial ha sido de especial interés e impacto en el objetivo de proteger los derechos patrimoniales de las personas que han decidido hacer vida en común por fuera del matrimonio. Con anterioridad a la Ley 54 de 1990, la protección de los derechos patrimoniales de los concubinos se ubicaba en el espectro interpretativo de las Cortes, las cuales construyeron una tesis fundamentada en el aporte económico, material e inmaterial de las partes en función del bienestar de la sociedades, a fin de reconocer a cada uno de los socios, en terreno de igualdad, las utilidades de las que podían beneficiarse. Esta tesis se creó, con especial uso, para la defensa de la mujer quien desde el punto de vista histórico, ha debido soportar una carga injustificada de discriminación. Hoy, las reglas e interpretaciones que se han nutrido a lo largo del siglo XX para proteger a los concubinos, son aplicables a las parejas del mismo sexo aunque el legislador no haya dado el paso para la protección efectiva a nivel patrimonial de las parejas del mismo sexo.

## REFERENCIAS

### ***Libros y artículos***

- Agudelo Ospina, A. F., Cárdenas Zapata, Y. C., & Cuervo Tafur, H. (2015). Acercamiento al hermafroditismo, intersexualismo y desorden del desarrollo sexual desde una perspectiva conceptual y normativa. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), 95-122
- Álvarez, D. J. (1796). ***Comentarios a las Leyes del Toro, según su espíritu y el de la legislación de España***. Madrid: Imprenta de la Viuda de Ibarra.

- Álvarez, D. (2006). **Manual de Derecho de Familia. Aspectos prácticos**. Medellín: Universidad de Medellín.
- Celis, R. (2004). **Regímenes matrimoniales**. Santiago de Chile: Universidad Central de Chile.
- Colombia, Congreso de la República (1887, 15 de abril). Ley 57 del 15 de abril de 1887. Diario Oficial No. 7.019 del 20 de abril de 1887.
- Colombia, Congreso de la República (1975, 16 de enero). Ley 12 del 16 de enero de 1975. Diario Oficial No. 34.245 de 16 de enero de 1975.
- Colombia, Congreso de la República (1990, 28 de diciembre). Ley 54 del 28 de diciembre de 1990. Diario Oficial No. 39.615 de diciembre 31 de 1990.
- Colombia, Congreso de la República (1995, 20 de diciembre). Ley 222 del 20 de diciembre de 1995. Diario Oficial No. 42.156 del 20 de diciembre de 1995.
- Colombia. Gobierno Nacional (1970, 6 de agosto). Decreto 1400 del 6 de agosto de 1970. Diario Oficial No. 33.150 de 21 de septiembre de 1970.
- Colombia. Gobierno Nacional (1971, 27 de marzo). “Decreto 410 del 27 de marzo de 1971”. Diario Oficial No. 33.339 de junio 16 de 1971.
- Doyharcabal, S. (1980). Concubinato y cristianismo. **Revista Chilena de Derecho**, 17 (1/6).
- García, M. (1954). **El reconocimiento de la filiación natural**. Barcelona: Casa Editorial Bosch.
- Gilberto, C. (1995). **Tratado de las sociedades**. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Jiménez Ramírez, M. C., & Arboleda Ramírez, P. B. (2015). La cláusula democrática en la Constitución: una aproximación a su alcance. *Revista Academia & Derecho*, 6(10), 53-90.

- Lafont, P. (1997). ***Derecho de Familia: Seguridad familiar***. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Miguelé, L., Moran, S. y Cabrera, M. (1969). ***Código de Derecho Canónico***. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.
- Muñoz, L. (1948). El concubinato en Puerto Rico. ***Revista Jurídica U.P.R.***, (17).
- Narváez, J. (1996). ***Teoría general de las sociedades***. Bogotá: Legis.
- Panero, P. (2010). ***El concubinato romano como antecedente de las actuales parejas de hecho***. ***RIDROM***, (5), 92-125.
- Parra, M. (2005). Mujer y concubinato en la sociedad romana. ***Anales de Derecho***, (23), 240-248.
- Real Academia de la Historia (1807). ***Las siete Partidas del rey Don Alfonso El Sabio***. Madrid: Real Academia de la Historia.
- Recansés, L. (1980). ***Nueva filosofía de la interpretación del Derecho***. México: Porrúa.
- Rojas, A. (2011). Algunas implicaciones jurídicas del matrimonio entre personas del mismo sexo en la Ciudad de México. ***Revista Derecho del Estado***, (26).
- Ruiz, H. (1953). ***El concubinato como fuentes de relaciones jurídicas***. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

### **Jurisprudencia**

- Colombia, Consejo de Estado (1980, 29 de abril). Expediente No. 2506 del 29 de abril de 1980. C.P. Valencia Arango, J.
- Colombia, Consejo de Estado (2001, 29 de marzo). Radicado No. 76001-23-31-000-24604-01(2773-00) del 29 de marzo de 2001. C.P. Olaya Forero, A.

Colombia, Consejo de Estado (2012, 6 de agosto). Expediente No. 0154-2008 del 6 de agosto de 2012. C.P. Arenas Monsalve, G.

Colombia, Corte Constitucional (1992, 12 de agosto). Sentencia T-494 del 12 de agosto de 1992. M.P. Angarita Barón, C.

Colombia, Corte Constitucional (1994, 19 de mayo). Sentencia C-239 del 19 de mayo de 1994, M.P. Arango Mejía, J.

Colombia, Corte Constitucional (1995, 9 de agosto). Sentencia T-355 del 9 de agosto de 1995, M.P. Martínez Caballero, A.

Colombia. Corte Constitucional (2007, 7 de febrero). Sentencia C-075 del 7 de febrero de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Colombia. Corte Constitucional (2007, 3 de octubre). Sentencia C-811 del 3 de octubre de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Colombia. Corte Constitucional (2008, 16 de abril). Sentencia C-336 del 16 de abril de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Colombia, Corte Constitucional (2010, 15 de febrero). Sentencia T-098 del 15 de febrero de 2010. M.P. Henao Pérez, J.

Colombia. Corte Constitucional (2012, 22 de marzo). Sentencia C-238 del 22 de marzo de 2012. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza.

Colombia, Corte Constitucional (2013, 16 de octubre). Sentencia C-700 del 16 de octubre de 2013, M.P. Rojas Ríos, A.

Colombia. Corte Suprema de Justicia (1935, 30 de noviembre). Proceso 4760 del 30 de noviembre de 1935. M.P. Zuleta Ángel, E.

Colombia, Corte Suprema de Justicia (1958, 26 de marzo). Sentencia G.J. LXXXVIII del 26 de marzo de 1958.

Colombia. Corte Suprema de Justicia (2003, 28 de octubre). Expediente No. 7007 del 28 de octubre de 2003.

Colombia, Corte Suprema de Justicia (2009, 11 de marzo). Expediente No. 85001-3184-001-2002-00197-01 del 11 de marzo de 2009. M.P. Namén Vargas, W.

Colombia. Corte Suprema de Justicia (2010, 30 de junio). Expediente 08001-3103-014-2000-00290-01 del 30 de junio de 2010.

Colombia, Corte Suprema de Justicia (2011, 24 de febrero). Expediente No. C-25899-3103-002-2002-00084-01 del 24 de febrero de 2011. M.P. Namén Vargas, W.

Colombia. Corte Suprema de Justicia (2015, 14 de diciembre). Radicado No. 73001-31-10-002-2010-00026-01 del 24 de diciembre de 2015. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez.