siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: SOCIEDAD CONYUGAL / REQUISITOS PARA SU NACIMIENTO / MATRIMONIO Y AUSENCIA DE CAPITULACIONES / NO SE EXIGE EL CUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES CONYUGALES / HABER ABSOLUTO Y HABER RELATIVO / SUBROGACIÓN LEGAL / REQUISITOS / LIQUIDACIÓN / INVENTARIO Y AVALÚOS / OBJECIONES / DEBE INCLUIRSE BIEN ADQUIRIDO DENTRO DEL MATRIMONIO QUE NO FUE OBJETO DE SUBROGACIÓN.**

El Legislador patrio ha considerado que la vida común de los cónyuges implica no solo una asociación de personas, sino también una asociación de bienes, por ello conviene recordar que, conforme lo dispone el artículo 180 del C.C., por el hecho del matrimonio celebrado en Colombia, surge la sociedad conyugal; siendo necesario dos requisitos: (i) la existencia del contrato matrimonial y (ii) la ausencia de capitulaciones. (…)

… a falta de capitulaciones, con el matrimonio nace la sociedad conyugal, conformada por los bienes relacionados en el artículo 1781 del Código Civil, bienes que se pueden clasificar dentro de dos tipos de haberes: el haber absoluto y el haber relativo. (…)

Todos los bienes de los cónyuges que ingresan al haber relativo implican el deber de recompensar su valor en el momento de la disolución y liquidación de la sociedad conyugal.

Las normas que regulan la sociedad conyugal no condicionan que la calidad de bienes sociales dependa de la cohabitación, fidelidad, ayuda y socorro mutuos, fines del matrimonio, sino del modo como fueron adquiridos por los esposos y la época o causa de su adquisición. (…)

Este régimen económico subsiste mientras no se haya presentado una causal de disolución, que entre otras cosas son: (i) el divorcio del matrimonio, (ii) la nulidad, (iii) la separación indefinida de cuerpos judicialmente decretada, (iv) la muerte de uno o ambos cónyuges, y (v) el mutuo acuerdo elevado a escritura pública. (…)

… según el certificado de tradición y libertad del bien disputado, inicialmente fue adquirido por la señora Doris el 9 de agosto de 1989, esto es, pocos días antes de contraer matrimonio. Siendo ello así, significa que no ingresaba a la sociedad conyugal una vez contrajera matrimonio con el señor José Fernando. Empero, el certificado da cuenta que años más tarde, el 19 de julio de 1994 lo vende a la señora María Elena Herrera de Bustamante y poco más de 8 años después, la señora Doris compra el mismo inmueble a la señora María Elena. En consecuencia, por efectos de haber ocurrido dicha adquisición durante la vigencia de la sociedad conyugal, el inmueble ingresa al haber absoluto de la misma.

La situación expuesta por quien objeta la inclusión no encaja en las hipótesis del artículo 1792, ninguno de tales eventos se presenta. (…)

Una conclusión inicial de lo dicho nos permite, afirmar que el bien inmueble litigado pertenece al haber absoluto de la sociedad conyugal que se formó por las nupcias que contrajeron Doris y José Fernando, lo que implica que ha de repartirse por parte iguales entre los consortes.

Tampoco se puede afirmar que, quien no ha cumplido los deberes que implica contraer nupcias, o si no contribuyó en la adquisición de los bienes, al reclamar sus gananciales incurre en abuso del derecho y en enriquecimiento sin causa.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

Sala de Decisión Civil Familia

Magistrado Ponente:

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

Pereira, diecisiete (17) febrero de dos mil veinte (2020)

Expediente: 66170-31-10-001-2018-00212-01

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

**I. ASUNTO**

Resuelve el Tribunal el recurso de apelación formulado por el apoderado judicial del señor **JOSÉ FERNANDO VELÁSQUEZ SALGADO**, contra al auto del 14 de agosto de 2019, proferido por el Juzgado Único de Familia de Dosquebradas - Risaralda, que decidió unas objeciones a los inventarios y avalúos presentadas en el trámite de liquidación de la sociedad conyugal del apelante y la señora **DORIS SÁNCHEZ FORERO**.

**II. ANTECEDENTES**

**1.** En la referida liquidación, el 10 de junio de 2018 se celebró audiencia de inventarios y avalúos. El señor **JOSÉ FERNANDO** relacionó como activos de la sociedad conyugal las siguientes partidas:

**PARTIDA PRIMERA*:***Una casa de habitación identificada con el folio de matrícula inmobiliaria No. 294-28133, ubicada en Dosquebradas, avaluada en $167.063.040.

**PARTIDA SEGUNDA:** Pensión de vejez otorgada por Colpensiones de salario mínimo mensual, que recibe la señora **DORIS SÁNCHEZ FORERO**.

**2.** La señora **DORIS** no presentó relación de activos ni de pasivos, empero sí objetó las relacionadas por su ex esposo.

**2.1.** Como sustento de la objeción adujo su apoderada judicial que, las partes luego de contraer matrimonio solo convivieron 8 meses, porque el señor **JOSÉ FERNANDO** abandonó a su esposa, apareciendo solo para la notificación de la demanda de divorcio. Que antes del matrimonio contraído el 19 de agosto de 1989, la señora **DORIS** había adquirido el inmueble objeto de la liquidación y que por situaciones de índole personal y para proteger el inmueble, el 19 de julio de 1994 lo traspasó a su mejor amiga, pero no dejó de poseerlo, hasta cuando su mejor amiga lo volvió a poner a su nombre el 10 de diciembre de 2002., por lo cual afirma se trata de un bien propio, de conformidad con el artículo 1792 del Código Civil.

**2.2.** Señala que conforme al artículo 113 del Código Civil, el matrimonio tiene como fines vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente y manifiesta que el bien lo readquirió la señora **DORIS** estando casada pero en nada contribuyó el señor **JOSÉ FERNANDO**, su inclusión a la sociedad conyugal, entonces, va en detrimento de los derechos de la ex esposa, por abuso del derecho en los términos del artículo 95 de la Cara Política, porque el actor se está aprovechando de la interpretación de la norma con el fin de obtener resultados no previstos por el ordenamiento jurídico; la ayuda mutua para la adquisición nunca se dio. No discute que se haya formado la sociedad conyugal, pero sí que el inmueble pertenezca al haber social.

**2.3.** No es justo, dice, que el esposo fugaz venga a recoger lo que no sembró; no convivió con la esposa, no la ayudó y mucho menos la socorrió.

**2.4.** Invoca un enriquecimiento sin causa por parte del ex esposo y un empobrecimiento de la ex esposa, teniendo en cuenta que esta última es de la tercera edad, cuenta con 61 años de edad, que únicamente tiene estudios de básica primaria, solo cuenta con una pensión que le provee su mínimo vital y el inmueble que ahora se discute es su único patrimonio; amerita su protección en los términos del artículo 46 de la C.P.

**2.5.** Con respecto a la pensión de vejez aduce que son ingresos periódicos que recibía la señora **DORIS** por haber laborado por muchos años pero así mismo se gastaban, por lo cual no hay que incluirlos en la sociedad, y los percibidos con posterioridad a la disolución de la sociedad no son sociales, por lo tanto debe excluirse de los inventarios.

**3.** Mediante la providencia impugnada (auto del 14 de agosto de 2019), el a quo declaró prósperas dichas objeciones y, en consecuencia, excluyó tales partidas y aprobó en ceros los inventarios y avalúos. Acogió todos los argumentos expuestos por la mandataria judicial de la señora **DORIS SÁNCHEZ FORERO**. Para decidir así, señaló, que dichas objeciones debían resolverse bajo una mirada Constitucional, como fue planteado por la apoderada de la demandada.

**3.1.** En tal sentido, expuso que en casos como este acude a Aristóteles y específicamente a su libro Ética a Nicómaco, para analizar el concepto de justicia o injusticia y su relación con la igualdad o desigualdad. Después de una extensa intervención, se pregunta si sería justo y equitativo que el señor **JOSÉ FERNANDO** tenga derecho a la mitad del inmueble de que se trata este asunto. Al final concluye que no.

**3.2.** De la revisión del certificado de tradición y libertad del inmueble encuentra que la señora **DORIS** antes del matrimonio lo había adquirido y con las pruebas que analizó (testimoniales), dijo que después lo vendió de mentiritas y luego lo compró de mentiritas, por lo cual nunca se despojó del dominio.

**3.3.** Luego señala que ha de tenerse a la señora **DORIS** como sujeto de especial protección constitucional, por cuanto se trata de una mujer que ha sido cabeza de familia, de la tercerea edad (61 años), abandonada por su esposo, que no tiene fuente distinta de ingresos sino su pensión de vejez. Y agrega que lo más seguro es que si el señor **JOSÉ FERNANDO** apareció a estas alturas a reclamar el 50% de la casa, en caso de que salga avante, entonces deja a la señora sin vivienda.

**3.4.** Reflexiona el a quo en el sentido de que desde el enfoque legal el señor **JOSÉ FERNANDO** tendría razón, pues estaba casado y durante la vigencia de la sociedad conyugal fue adquirido el bien a título oneroso, empero ello no puede verse desde el modelo de Estado patriarcal cuando se expidieron las normas (1885), las cosas han cambiado, como ocurre con la unión marital de hecho y la sociedad patrimonial, los bienes entran a esta última bajo el esfuerzo común de ambos compañeros permanentes. Entonces concluye que con la expedición de la Constitución Política de 1991 y con fundamento en el preámbulo, él como autoridad debe proteger los derechos, creencias, bienes, la vida, honra y si el juez advierte una injusticia en un caso que se le plantea tiene que superarla con base en la Constitución, pues en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y las leyes se aplicarán las disposiciones constitucionales. En este caso concreto considera hay una abierta contradicción entre las normas que regulan el régimen patrimonial de la sociedad conyugal y los principios y derechos constitucionales.

**3.5.** No le queda duda al a quo, que por parte del señor **JOSÉ FERNANDO** hay un abuso del derecho y un enriquecimiento sin causa, figuras que describe con amplia exposición, puesto que para nada contribuyó a adquirir el inmueble, no hizo ningún aporte, no es producto de su esfuerzo, sacrificio y socorro, filosofía que orienta que los bienes habidos en el matrimonio sean de ambos cónyuges.

**3.6.** Remata su exposición recabando sobre que la razón de ser de la partición de los bienes habidos en el matrimonio es la convivencia y la ayuda, el esfuerzo común, no presentes en el señor **JOSÉ FERNANDO**, de tal manera que venir a reclamar en tales condiciones es un injusto y el despacho no puede patrocinarlo.

**5.** Frente a dicha decisión, apeló el vocero judicial del señor **JOSÉ FERNANDO**. Los reparos a la decisión se pueden condensar de la siguiente manera:

**5.1.** De conformidad con el artículo 1781 del Código Civil, hacen parte de la sociedad conyugal las pensiones y bienes adquiridos a título oneroso.

**5.2.** El despacho plantea que el bien adquirido por la demandada es un bien propio, porque fue adquirido antes del matrimonio, sin embargo, en el año 94 ella lo vende o lo transfiere y en el año 2002 lo vuelve a adquirir, y lo vuelve a comprar con el fin de eludir al señor **FERNANDO** y terceros que persiguieran el bien, considerando tal conducta ilícita.

**5.3.** No puede hablarse de subrogación, toda vez que no se demostraron los requisitos para ello, a más de que fue adquirido por un valor muy superior al de su venta; tampoco se declaró la nulidad de la escritura de venta que hizo en el año 94, o la recisión del contrato de compraventa.

**5.4.** El divorcio fue de mutuo acuerdo y en esta liquidación se plantean situaciones como el abandono y la no convivencia que debieron hacerse planteado en dicho proceso. Insiste en que no hay abuso del derecho porque la misma ley autoriza al señor **FERNANDO** para adelantar la liquidación de la sociedad conyugal y no hay enriquecimiento sin causa, porque la ley le permite participar de los gananciales.

**5.6.** El fallador de instancia, solo miró desde el lado del desfavorecimiento de la demandada, con violación del principio de igualdad, olvidando que el demandante también es una persona de especial protección Constitucional, es discapacitado, por lo que solicita se revoque la decisión apelada y en su lugar se incluya dentro de la liquidación de la sociedad conyugal el activo social presentado, conformado por el bien en disputa y la pensión percibida por la demandada.

**6.** Surtido el trámite de ley, procede esta Sala Unitaria a decidir la alzada, previas las siguientes

**III. CONSIDERACIONES**

**1.** El recurso formulado por el interesado es procedente de conformidad con el artículo 321-5 del CGP y esta Corporación es competente para conocer del mismo, ya que es el superior funcional de quien profirió la providencia confutada, la cual es susceptible de ser apelada; el recurso fue formulado en tiempo oportuno y, además, ha sido sustentado debidamente.

**2.** El Legislador patrio ha considerado que la vida común de los cónyuges implica no solo una asociación de personas, sino también una asociación de bienes, por ello conviene recordar que, conforme lo dispone el artículo 180 del C.C., por el hecho del matrimonio celebrado en Colombia, surge la sociedad conyugal; siendo necesario dos requisitos: (i) la existencia del contrato matrimonial y (ii) la ausencia de capitulaciones. Consagró un régimen o conjunto de normas que regulan las relaciones patrimoniales entre los esposos, llamado sociedad conyugal, estructurado con las disposiciones del Código Civil, atinentes al tema, esto es artículos 1781 a 1804 y la Ley 28 de 1932. Por su origen, este régimen es legal-supletorio, por cuanto la ley lo está regulando, pero faculta a los contrayentes para excluirlo totalmente y de manera solemne, antes de la celebración del matrimonio, o para introducirle algunas modificaciones.

Este régimen legal suple el silencio de las partes, es decir, se impone a falta de acuerdo previo de voluntades de los contrayentes para excluirlo o modificarlo. Dentro de este sistema no todos los bienes de los cónyuges entran al haber de la sociedad conyugal, sólo ingresan los que expresamente consagran dichas disposiciones.

En este orden de ideas, a falta de capitulaciones, con el matrimonio nace la sociedad conyugal, conformada por los bienes relacionados en el artículo 1781 del Código Civil, bienes que se pueden clasificar dentro de dos tipos de haberes: el haber absoluto y el haber relativo.

**3.** Los bienes del haber absoluto se encuentran definidos en los numerales 1, 2 y 5 del artículo 1781 de Código Civil. Son:

***1. Los salarios, honorarios, prestaciones sociales, utilidades, remuneraciones, indemnizaciones y, en general, todos aquellos otros dineros derivados del trabajo o de las actividades productivas, pertenecen a la sociedad conyugal y no deben ser restituidos a la parte que los obtuvo.***

***2. Los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros naturales o civiles que se deriven de los bienes sociales o de los bienes de cada cónyuge, que se devenguen durante el matrimonio.***

***5. Todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio a título oneroso.***

Los bienes del haber absoluto, luego de pagadas las deudas de la sociedad, se reparten por partes iguales entre los cónyuges en el momento de la disolución y liquidación de la sociedad.

**4.** Ahora, los bienes que se incorporan al haber relativo de la sociedad, son aquellos descritos en los numerales 3, 4 y 6 del artículo 1781 del Código Civil. Son:

***3. Del dinero que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante él adquiriere, obligándose la sociedad a la restitución de igual suma.***

***4. De las cosas fungibles y especies muebles que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante él adquiere; quedando obligada la Sociedad a restituir su valor según el que tuvieron al tiempo del aporte o de la adquisición.***

***6. De los bienes raíces que la mujer aporta al matrimonio, apreciados para que la sociedad le restituya su valor en dinero.***

Todos los bienes de los cónyuges que ingresan al haber relativo implican el deber de recompensar su valor en el momento de la disolución y liquidación de la sociedad conyugal.

**5.** Las normas que regulan la sociedad conyugal no condicionan que la calidad de bienes sociales dependa de la cohabitación, fidelidad, ayuda y socorro mutuos, fines del matrimonio, sino del modo como fueron adquiridos por los esposos y la época o causa de su adquisición. Y como no se exigió por el legislador que fuera de otra manera, ha de entenderse que para que surja la sociedad conyugal basta la celebración del matrimonio, por ello, algunos manifiestan, irónicamente, que bien puede un cónyuge dedicarse a la vida contemplativa en tanto que el otro se dedica a la vida productiva y aquél tendría igual derecho que éste.

Este régimen económico subsiste mientras no se haya presentado una causal de disolución, que entre otras cosas son: (i) el divorcio del matrimonio, (ii) la nulidad, (iii) la separación indefinida de cuerpos judicialmente decretada, (iv) la muerte de uno o ambos cónyuges, y (v) el mutuo acuerdo elevado a escritura pública. De no presentarse alguno de estos eventos, el régimen de la sociedad conyugal persiste, por lo que se requiere de alguno de ellos para que se entienda extinguida y opere su disolución. La separación de hecho no es causal de disolución de la sociedad conyugal. Finiquitada la sociedad de bienes con la disolución, se habilita el camino a sus integrantes para obtener una conformación apropiada de los inventarios y su distribución equitativa, definir así los bienes propios y los comunes de la alianza marital, a través del trámite de la liquidación de la sociedad conyugal habida entre ellos.

**6.** En la unión marital de hecho, el trabajo, la ayuda y el socorro mutuos sí son determinantes para la calificación de los bienes como sociales, pues así lo dispone la norma. En efecto, el artículo 3º de la Ley 54 establece:

***“El patrimonio o capital producto del trabajo, ayuda y socorro mutuos pertenece por partes iguales a ambos compañeros permanentes.***

***PARAGRAFO. No formarán parte del haber de la sociedad, los bienes adquiridos en virtud de donación, herencia o legado, ni los que se hubieren adquirido antes de iniciar la unión marital de hecho, pero sí lo serán los réditos, rentas, frutos o mayor valor que produzcan estos bienes durante la unión marital de hecho.”***

**7.** La Corte Constitucional se ha pronunciado reiteradamente, en el entendido de que ambas sociedades no se pueden analizar bajo la misma mirada y ello obedece a las diferencias que hay entre matrimonio y unión marital de hecho, que son lógicas y no contrarían el principio de igualdad, puesto que se trata de instituciones diferentes respecto de las cuales la Constitución no ha previsto el deber de igual tratamiento. Para ilustración se mencionan las siguientes sentencias C-239 de 1994, C-114 de 1996, C-821 de 2005, C-1035 de 2008, C-283 de 2011 y C-278 de 2014.

Por lo anterior, para destacados doctrinantes es necesario crear conciencia en la sociedad de que si bien ambas formas de constituir una familia son reconocidas por la Constitución, sus efectos y características son diferentes. Y, entonces, debe propenderse por que los ciudadanos sepan, previamente a tomar la decisión de formar una familia por matrimonio o por unión marital de hecho, que hay diferencias, principalmente, en cuanto a los tiempos para hacer efectivos los derechos patrimoniales y en la confección de los haberes de cada una.

**8.** Al revisar la documentación allegada al expediente, probado está y no hay discusión al respecto que la señora **DORIS** y el señor **JOSÉ FERNANDO** contrajeron matrimonio el 18 de agosto de 1989 y se divorciaron el 2 de marzo de 2018. El inmueble en disputa fue adquirido a título de compraventa por la señora **DORIS**, mediante escritura pública número 4103 del 10 de diciembre de 2002, lo que significa que, de conformidad con el numeral 5 del artículo 1781 del Código Civil, hace parte de los bienes de la masa social, destinado a repartirse entre los ex cónyuges por partes iguales al liquidar la sociedad, toda vez que fue adquirido durante la vigencia de la sociedad conyugal a título oneroso.

**9.** La vocera judicial refiere que el inmueble en disputa fue adquirido por la señora **DORIS** el 9 de agosto de 1989, esto es, pocos días antes de contraer matrimonio con el señor **JOSÉ FERNANDO**, pero que por situaciones de índole personal y para proteger el inmueble, la señora **DORIS** el 19 de julio de 1994 lo traspasó a su mejor amiga, pero no dejó de poseerlo, hasta cuando su mejor amiga lo volvió a poner a su nombre el 10 de diciembre de 2002. Por lo anterior afirma se trata de un bien propio, de conformidad con el artículo 1792 del Código Civil.

**10.** Planteada así la situación, el caso amerita se analice conforme a lo reglamentado en el artículo 1792 del Código Civil, que contempla las situaciones en que un bien inmueble, no obstante haberse adquirido durante la vigencia de la sociedad conyugal no pertenece a ella. Es del siguiente tenor:

***“ARTICULO 1792. OTROS BIENES EXCLUIDOS DEL HABER SOCIAL. La especie adquirida durante la sociedad no pertenece a ella aunque se haya adquirido a título oneroso, cuando la causa o título de la adquisición ha precedido a ella.***

***Por consiguiente:***

***1o.) No pertenecerán a la sociedad las especies que uno de los cónyuges poseía a título de señor antes de ella, aunque la prescripción o transacción con que las haya hecho verdaderamente suyas se complete o verifique durante ella.***

***2o.) Ni los bienes que se poseían antes de ella por un título vicioso, pero cuyo vicio se ha purgado durante ella por la ratificación, o por otro remedio legal.***

***3o.) Ni los bienes que vuelven a uno de los cónyuges por la nulidad o resolución de un contrato, o por haberse revocado una donación.***

***4o.) Ni los bienes litigiosos y de que durante la sociedad ha adquirido uno de los cónyuges la posesión pacífica.***

***5o.) Tampoco pertenecerá a la sociedad el derecho de usufructo que se consolida con la propiedad que pertenece al mismo cónyuge: los frutos sólo pertenecerán a la sociedad.***

***6o.) Lo que se paga a cualquiera de los cónyuges por capitales de crédito constituidos antes del matrimonio, pertenecerá al cónyuge acreedor.***

***Lo mismo se aplicará a los intereses devengados por uno de los cónyuges antes del matrimonio, y pagados después.”***

**11.** Como se puede apreciar, según el certificado de tradición y libertad del bien disputado, inicialmente fue adquirido por la señora **DORIS** el 9 de agosto de 1989, esto es, pocos días antes de contraer matrimonio. Siendo ello así, significa que no ingresaba a la sociedad conyugal una vez contrajera matrimonio con el señor **JOSÉ FERNANDO**. Empero, el certificado da cuenta que años más tarde, el 19 de julio de 1994 lo vende a la señora **MARÍA ELENA HERRERA DE BUSTAMANTE** y poco más de 8 años después, la señora **DORIS** compra el mismo inmueble a la señora **MARÍA ELENA**. En consecuencia, por efectos de haber ocurrido dicha adquisición durante la vigencia de la sociedad conyugal, el inmueble ingresa al haber absoluto de la misma.

La situación expuesta por quien objeta la inclusión no encaja en las hipótesis del artículo 1792, ninguno de tales eventos se presenta. De ellos el que más se asemeja al caso concreto es el del numeral 3º, empero el inmueble no volvió a la cónyuge por haberse declarado la nulidad o resolución del contrato de compraventa que realizó a la señora **MARÍA ELENA.** Y tampoco se trata de la revocación de una donación. Y aunque no está consagrada, tampoco ocurrió en virtud de la declaración de simulación de la compraventa. En todo caso no existe providencia judicial que haya dejado sin efectos la compraventa realizada.

Las declaraciones que se hacen en escrituras públicas tienen poder de convicción, mientras no sean impugnadas o desvirtuadas en forma legal, esto es a través de un proceso declarativo, cosa que aquí no ha ocurrido; no es el juez de la liquidación de la sociedad conyugal el competente para realizar tal declaratoria.

A lo anterior debe agregarse que, no se observa la concurrencia de los requisitos que den cuenta de la existencia de una subrogación legal (art. 1789 C.C.), figura consagrada por el legislador, para evitar que ingresen a la sociedad conyugal inmuebles adquiridos a título oneroso por uno de los cónyuges, pero que son de su exclusiva propiedad; en el caso concreto, el bien fue adquirido durante la vigencia de la sociedad patrimonial, sin que en la escritura de compraventa se hubiere mencionado tal fenómeno, por lo que forma parte de la sociedad, según lo indica el ordinal 5º del artículo 1781 del Código Civil.

Claramente desconoció el funcionario judicial de primer grado, el contenido de la escritura pública de compraventa número 4013 del 10 de diciembre de 2002, de la Notaría Única de Dosquebradas, en la que **MARÍA ELENA HERRERA DE BUSTAMANTE** dijo vender y la **DORIS SÁNCHEZ FORERO** comprar el inmueble de que se trata este litigio.

**12.** Una conclusión inicial de lo dicho nos permite, afirmar que el bien inmueble litigado pertenece al haber absoluto de la sociedad conyugal que se formó por las nupcias que contrajeron **DORIS** y **JOSÉ FERNANDO**, lo que implica que ha de repartirse por parte iguales entre los consortes.

**13.** Ahora, continuando con el análisis, no podemos pretender que se excluya un bien inmueble de una sociedad conyugal, que fue adquirido a título oneroso durante la vigencia de la misma, por cuanto el otro consorte incumplió los deberes personales de socorro y auxilio mutuos que implica contraer nupcias, o no contribuyó en la adquisición del bien. Extender las disposiciones de la sociedad patrimonial a la sociedad conyugal no es posible, pues como ya se advirtió matrimonio y unión marital de hecho son instituciones diferentes.

**14.** Tampoco se puede afirmar que, quien no ha cumplido los deberes que implica contraer nupcias, o si no contribuyó en la adquisición de los bienes, al reclamar sus gananciales incurre en abuso del derecho y en enriquecimiento sin causa.

**15.** Cuando hablamos del abuso de los derechos, nos referimos a los derechos subjetivos (aquellas facultades de que somos titulares las personas, reconocidas por el Estado, para la satisfacción de nuestras necesidades). Estos derechos subjetivos tienen una función individual o privada, que consiste en que ellos han sido establecidos para que le sirvan a los intereses de las personas a quienes se les otorgan y la persona debe ejercer estos derechos en forma que no causen perjuicio a las demás personas o la colectividad. Es decir, que el abuso del derecho consiste en ejercer nuestros derechos en sentido contrario a su propio contenido y a los fines sociales y económicos del ordenamiento jurídico; o abstenerse de ejercerlos cuando ello signifique un perjuicio para los demás, lo cual debe generar una indemnización. El abuso del derecho se presenta no solo cuando se ejercita o no un derecho con la intención de dañar (*animus noscendi*), sino también cuando en su ejercicio se causa un daño porque se incurre en negligencia o imprudencia que un hombre diligente colocado en las mismas condiciones no habría causado.

La Corte Suprema de Justicia, de antaño ha destacado como formas de abuso del derecho, cuando se embargan en exceso bienes del deudor, cuando temerariamente se formula denuncia penal, cuando se insiste en el secuestro de bienes que no pertenecen al ejecutado, cuando se abusa del derecho de litigar, como cuando el litigante que promueve temerariamente controversia judicial, y después de someter al adversario a larga, costosa y reñida disputa, inesperadamente pretende que se le acepte un desistimiento para eludir un inminente fallo adverso, y otros más.

Aquí no se puede predicar abuso del derecho por parte del señor **JOSÉ FERNANDO**, puesto que es la misma ley la que le faculta para demandar la liquidación de la sociedad conyugal y a la vez que le adjudiquen sus gananciales y no podría afirmarse que lo hace temerariamente o con aniño dañino, por cuanto respaldo jurídico tiene para obrar de esa manera.

Ya se dijo que, finiquitada la sociedad de bienes con la disolución, se habilita el camino a los ex esposos para obtener una conformación apropiada de los inventarios y su distribución equitativa, para definir así los bienes propios y los comunes de la alianza marital, a través del trámite de la liquidación de la sociedad conyugal habida entre las partes. De manera que no puede haber abuso del derecho, cuando un ciudadano acude a los estrados judiciales a reclamar el derecho sobre los gananciales de la sociedad conyugal que alguna vez conformó con otra persona, acreditando la disolución de la sociedad conyugal y la existencia de bienes del haber absoluto.

**16.** Tampoco se presenta un enriquecimiento sin causa. Debemos recordar el principio de que todo patrimonio bien administrado debe producir unas ventajas o un aumento, pero ello debe ser el fruto del trabajo lícito. Excepcionalmente, la ley autoriza incrementos sin que se tenga en cuenta el esfuerzo del trabajo, como por ejemplo, en el caso de las donaciones, en las herencias y los legados, en la prescripción adquisitiva de dominio, en el usufructo legal de los bienes de los hijos menores de edad. Igual sucede en la liquidación de la sociedad conyugal, por cuanto su misma naturaleza jurídica y las normas que la regulan, permite que cualquiera de los consortes pueda aprovecharse de los bienes que tienen la calidad de gananciales.

En general, como lo sostiene la doctrina, todo sistema jurídico trata de evitar enriquecimientos ilegítimos y por ello la existencia de este principio general del derecho, cuya sanción es la acción de *in rem verso*.

El principio del enriquecimiento sin causa hace, entonces, referencia a que cuando un patrimonio reciba un aumento a expensas de otro **sin causa justificada**, el titular del patrimonio enriquecido queda obligado a indemnizar el valor del empobrecimiento del otro. Son algunos ejemplos de situaciones que generan tal enriquecimiento: el pago de lo no debido, el abono erróneo en su cuenta de dineros ajena, cuando se cumple un contrato nulo, cuando se hacen mejoras a cosas ajenas, cuando se dispone de bienes ajenos o en el caso de que al vendedor se le anticipe el precio y no venda, o para la administración pública en el pago de un impuesto al cual no estaba obligado el ciudadano.

Uno de los requisitos del enriquecimiento sin causa, es que el empobrecimiento del afectado como consecuencia del enriquecimiento del beneficiado sea injusto; esto es, que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa justificada. Conforme a las normas que regulan la sociedad conyugal, en el reparto de gananciales es posible que uno de sus integrantes obtenga provecho del esfuerzo de la otra.

**17.** Ahora, considera el a quo hay una abierta contradicción entre las normas que regulan el régimen patrimonial de la sociedad conyugal y los principios y derechos constitucionales y allí encuentra sustento para implicarlas y, con apoyo en la equidad y justicia, contrariando lo dispuesto en los artículos 1781 y 1792 del Código Civil accede a la objeción. Apela a la figura de la excepción de inconstitucionalidad.

En la Sentencia C-122 de 2011, enseña la Corte Constitucional que la excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se fundamenta en la actualidad en el artículo 4º de la Constitución, que establece que, *“La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales…”* Este control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto; se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o ex officio por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución.

La excepción de inconstitucionalidad, entonces, consiste en dejar de aplicar en un caso concreto una norma jurídica por ser contraria a la Constitución Política, y ello supone necesariamente que la norma en cuestión sea la aplicable al caso controvertido y se busca precisamente a través de tal excepción que la autoridad judicial o administrativa deje de aplicarla, en aras de salvaguardar la supremacía de la Constitución y el orden jurídico.

En este caso se debe subrayar que la norma que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida, ya que los efectos del control por vía de excepción son inter partes, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución.

Ahora, ha dicho el alto tribunal Constitucional que esta excepción de inconstitucionalidad debe reunir ciertos requisitos para su procedencia, uno de los cuales es la palmaria y flagrante oposición entre los textos constitucionales y la norma cuya inaplicación se pretende, porque si tal incompatibilidad no existe, no cabe la inaplicación y la circunstancia no es otra que la de incumplimiento o violación de los mandatos dejados de aplicar. El antagonismo entre los dos extremos de la proposición ha de ser tan ostensible que salte a la vista del intérprete, haciendo superflua cualquier elaboración jurídica que busque establecer o demostrar que existe. Además, debe preservarse el principio que establece una presunción de constitucionalidad.

En el sentido jurídico que aquí busca relievarse, son incompatibles dos normas que, dada su mutua contradicción, no pueden imperar ni aplicarse al mismo tiempo, razón por la cual una debe ceder ante la otra. En la materia que se estudia, tal concepto corresponde a una oposición tan grave entre la disposición de inferior jerarquía y el ordenamiento constitucional que aquella y éste no puedan regir en forma simultánea. Así las cosas, el antagonismo entre los dos extremos de la proposición ha de ser tan ostensible que salte a la vista del intérprete, haciendo superflua cualquier elaboración jurídica que busque establecer o demostrar que existe.

**18.** El régimen económico de la sociedad conyugal que el a quo afirma está en abierta contradicción con los principios y derechos constitucionales, a juicio de la Sala Unitaria no es manifiesta, palmaria o flagrante, es decir, no puede establecerse de la sola confrontación de la Constitución y los artículos 1781 a 1841 que no han sido derogados y la Ley 28 de 1932 y mucho menos para dejarlas de aplicar, con base en la pretendida excepción de inconstitucionalidad. Las normas en cita, conforman un régimen que no riñe con las normas constitucionales que se endilgan como contrariadas (preámbulo, artículos 1º, 2º, 13, 29, 43 y 46. Al no evidenciarse la violación de normas de rango Constitucional, de conformidad con la jurisprudencia transcrita, es improcedente la aplicación de la referida excepción y, por ende, la declaratoria de nulidad de los actos acusados bajo este cargo.

En criterio de esta Sala Unitaria, no se violan los preceptos constitucionales, por el hecho de que el Legislador haya regulado de manera diferente la sociedad conyugal y la sociedad patrimonial de las uniones permanentes. O porque haya regulado la sociedad conyugal y en ella la calificación de los bienes en sociales no dependa de la cohabitación, fidelidad, ayuda y socorro mutuos, fines del matrimonio, sino del modo como fueron adquiridos por los esposos y la época o causa de su adquisición.

Al gozar el régimen de la sociedad conyugal de presunción de legalidad, el señor juez de primera instancia estaba obligado a proferir la decisión con fundamento en las normas que lo rigen, sin desconocer que debe existir siempre armonía entre los preceptos constitucionales y las normas jurídicas de inferior rango, y si no la hay, la Constitución Política de 1991 ordena de manera categórica que se apliquen las disposiciones constitucionales en aquellos casos en que sea manifiesta y no caprichosa, la incompatibilidad entre las mismas, por parte de las autoridades con plena competencia para ello.

**19.** Dicho lo anterior, ha de tenerse el inmueble objeto de la diputa como un bien de la sociedad conyugal, por haberse adquirido a título oneroso en vigencia de la misma, en los términos del artículo 1781-5 del Código Civil.

**20.** En cuanto a la pensión de vejez que le fuera reconocida a la señora **DORIS** por Colpensiones, mediante resolución GNR 050332 del 2 de abril de 2013, en cuantía de un salario mínimo legal mensual no es un bien ganancial, por lo cual no debe hacer parte de los activos de la sociedad conyugal.

En efecto y como se sabe, la pensión por vejez es un ingreso mensual de por vida que se obtiene al cumplir 57 años, si se es mujer, siempre y cuando lo que haya cotizado durante tu vida laboral permita financiar una renta de por lo menos un salario mínimo (Ley 100 de 1993). Dicha prestación, como tal, no ingresa al haber de la sociedad conyugal, empero el valor de las mesadas si y serán objeto de gananciales en la medida que dichos dineros se hallen acumulados; de no ser así, si se han gastado periódicamente en la misma forma como se reciben, nada hay por repartir.

En este sentido, se confirmará la decisión del a quo de excluir la pensión de vejez reconocida a la señora **DORIS** por Colpensiones, de los activos de la sociedad conyugal que se encuentra en estado de liquidación.

**21.** Por último, es necesario precisar que, el caso no ameritaba que se decidiera con enfoque o perspectiva de género. Si bien en el litigio participa una mujer que ya tiene 61 años de edad, se trata de un asunto puramente económico, en el que no existe prueba de que se trate de una persona que haya sido agredida o violentada durante la convivencia con su esposo; la pensión de vejez que devenga no se ve afectada por la liquidación de la sociedad conyugal. No se vislumbran situaciones de discriminación entre los sujetos del proceso o asimetrías que obliguen a dilucidar la prueba y valorarla de forma diferente a efectos de romper esa desigualdad. Ambos litigantes han estado representados por sus respectivos abogados y no estamos ante una situación diferencial por la especial posición de debilidad manifiesta de cualquiera de los dos intervinientes.

**22.** Así entonces, prospera el reparo formulado por el apoderado judicial del señor **JOSÉ FERNANDO VELÁSQUEZ SALGADO**, respecto del bien inmueble litigado, por lo cual se confirmará parcialmente el auto venido en apelación para incluir dicho activo en los inventarios y avalúos de la sociedad conyugal en liquidación.

Sin condena en costas en esta sede, por haber prosperado parcialmente el recurso.

**VI. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala Civil Familia Unitaria, **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE** la decisión contenida en el auto apelado, proferido el 22 de abril de 2019, por el Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal**.**

**SEGUNDO: MODIFICAR EL ACTIVO** de la sociedad conyugal en liquidación, para **INCLUIR** como partida única del activo social, el inmueble relacionado por el señor JOSÉ FERNANDO VELÁSQUEZ, referido al “*“El cien por ciento (100%) del derecho de dominio y la posesión sobre el siguiente bien inmueble: Un lote de terreno con su respectiva casa de habitación de dos (2) plantas, (…) ubicado en el área urbana del Municipio de Dosquebradas – Rda, en la CARRERA 7ª. No. 41-18 barrio SAN FELIX – PLAYA RICA, (…) Folio de Matrícula Inmobiliaria No. 294-28133. (…)”.* Avaluada en la suma de $167.063.040.

**TERCERO: CONFIRMAR** en todo lo demás el auto recurrido.

Sin condena en costas.

En su oportunidad, vuelva el expediente al juzgado de origen.

Notifíquese y cúmplase,

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

Magistrado