



Agosto 15 de 2023

Sentencia C-315/23
M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar
Expediente: D-15.001

CORTE DECLARÓ CONDICIONADAMENTE EXEQUIBLE LA EXPRESIONES ‘CÓNYUGES’ INCLUIDAS EN EL ARTÍCULO 102 DEL CÓDIGO DE COMERCIO SOBRE LA VALIDEZ DE LAS SOCIEDADES FAMILIARES, BAJO EL ENTENDIDO QUE ESE VOCABLO SE REFIERE, EN IGUALDAD DE DERECHOS Y DEBERES, A LOS CÓNYUGES Y A LOS COMPAÑEROS PERMANENTES DE LAS UNIONES MARITALES DE HECHO, TANTO DE PAREJAS DEL MISMO COMO DE DISTINTO SEXO

1. Norma demandada

“DECRETO 410 DE 1971
(marzo 27)¹

**POR EL CUAL SE EXPIDE EL CÓDIGO
DE COMERCIO**

**El Presidente de la República de
Colombia,**

en ejercicio de las facultades
extraordinarias que le confiere el
numeral 15 del artículo 20 de la Ley
16 de 1968, y cumplido el requisito
allí establecido,

DECRETA:

(...)

**Artículo 102. VALIDEZ DE
SOCIEDADES FAMILIARES- APOORTE
DE BIENES.** Será válida la sociedad
entre padres e hijos o entre
cónyuges, aunque unos y otros
sean los únicos asociados. Los
cónyuges, conjunta o
separadamente, podrán aportar
toda clase de bienes a la sociedad
que formen entre sí o con otras
personas.”

2. Decisión

ÚNICO. DECLARAR EXEQUIBLE CONDICIONADAMENTE el vocablo
“cónyuges” contenido en el artículo 102 del Código de Comercio, por el
cargo examinado en esta sentencia, bajo el entendido de que ese término
se refiere, en igualdad de derechos y deberes, a los cónyuges y a los
compañeros permanentes de las uniones maritales de hecho, tanto de
parejas de distinto sexo como de parejas del mismo sexo.

¹Publicado en el Diario Oficial 33.339 del 16 de junio de 1971.



3. Síntesis de los fundamentos

En esta oportunidad, la Sala Plena de la Corte Constitucional estudió una demanda de inconstitucionalidad presentada en contra del vocablo “cónyuges” contenido en el artículo 102 del Código de Comercio. Según los accionantes, una lectura literal del aparte excluía a parejas de compañeros permanentes, así como a familias del mismo sexo unidas por un vínculo solemne o natural, y ello se traducía en una vulneración del mandato de igualdad previsto en el artículo 13 Superior, así como del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en sus disposiciones referentes al derecho a la igualdad y a la no discriminación (aplicables vía el bloque de constitucionalidad, de acuerdo con el artículo 93 de la Constitución). En particular, dado que la disposición desconoce la existencia de familias conformadas por otros vínculos distintos al que se deriva del contrato de matrimonio, en los términos en que se protegen en el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia.

Inicialmente, la Sala Plena, amparada en la competencia para ejercer el control de constitucionalidad de normas proferidas antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, determinó que el cargo admitido acreditaba los criterios necesarios para una decisión de fondo. Esto, pues el artículo 102 del Código de Comercio de 1971 se adoptó a partir del entendimiento “clásico” del concepto de familia y del vocablo “cónyuges”, los cuales estaban vigentes antes de la expedición de la Constitución de 1991, por lo que, la interpretación literal del término “cónyuges” podría conllevar la discriminación que los actores describen en su demanda. Por último, esta Corte ha considerado constitucionalmente relevante en otras ocasiones pronunciarse respecto del alcance de ese vocablo.

Superadas las dos cuestiones previas, la Sala Plena realizó el control abstracto de constitucionalidad para verificar si el vocablo en los términos descritos en la demanda, desconocía los artículos 13 y 93 de la Constitución, así como los artículos 1º y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 1º y 24 la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Para tal efecto, la Sala (i) recordó que la Constitución en su artículo 42 protege integralmente a familias conformadas por vínculos naturales o jurídicos, sin consideración a la orientación sexual, aunque no necesariamente la regulación de las formas de familia deben ser uniformes

a la luz de la cláusula general de igualdad ya que existen eventos en los que, por ejemplo, se debe mantener el carácter informal o flexible de las uniones de hecho, frente al contrato de matrimonio. De cualquier manera, recalcó que al Legislador le está vedado establecer tratos diferenciados o discriminatorios, a partir de la manera en la que se originó la familia o del sexo de sus integrantes. Adicionalmente, esta Corporación (iii) describió la protección de la que goza cualquier tipo de familia, a partir de disposiciones internacionales que integran el bloque de constitucionalidad, tales como los artículos 1º y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 1º y 24 la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Para resolver el asunto, se empleó el juicio integrado de igualdad. Al respecto, se estableció que el propósito de la disposición aludida es despejar cualquier duda respecto de la validez de las sociedades conformadas por miembros de una misma familia, así como de los aportes realizados por sus integrantes a tales sociedades. Dicho de otra manera, el artículo 102 confirma la legalidad y viabilidad jurídica de aquellas sociedades constituidas o por los miembros de una misma familia –incluso los cónyuges y sus hijos– o por aportes hechos por esas personas.

En primer lugar, fijó el patrón de igualdad. El artículo 102 del Código de Comercio, al incluir el vocablo “cónyuges”, excluye en su literalidad a las demás parejas que integran una familia (bajo el concepto vigente de esa institución), pero que no se encuentren unidas en matrimonio. Así, para efectos de este análisis, los sujetos susceptibles de ser comparados son, por una parte, las parejas unidas en matrimonio y a quienes se denominan cónyuges y, por otro, las parejas de compañeros permanentes, así como las parejas homosexuales en unión libre o unidas por un vínculo solemne.

En segundo lugar, estableció la existencia de un tratamiento diferenciado. Para la Sala, el artículo 102 del mencionado Código crea un trato diferenciado al incluir el vocablo “cónyuges” en su texto. La aplicación literal de ese término, entendido como un hombre y una mujer unidos bajo el contrato de matrimonio, constituye un trato desigual, pues excluye a los compañeros permanentes y a las parejas del mismo sexo unidas por un vínculo natural o solemne. Así, la mera inclusión del término cónyuges y su aplicación textual, supone un trato diferenciado respecto de los sujetos anteriormente descritos que no tienen tal calidad.

Finalmente, la Corporación abordó la justificación constitucional del trato desigual. En este punto, estableció si la diferencia advertida estaba

amparada por una razón constitucionalmente válida, esto es, si los sujetos o el supuesto de hecho objeto de estudio ameritan un trato diferenciado a partir de los mandatos constitucionales. Para el efecto se abordaron tres asuntos: (a) el objetivo buscado por la medida; (b) el medio empleado y, (c) la relación entre el medio y el fin. Se aplicó un escrutinio de intensidad estricta, como quiera que la exclusión de compañeros permanentes y, sobre todo, de parejas del mismo sexo que componen una familia, sin importar la naturaleza del vínculo, constituye una categoría o clasificación sospechosa, al tiempo que afecta a un grupo que ha sido históricamente discriminado, como se indicó.

Así, en un juicio de intensidad estricta deben evaluarse los siguientes aspectos: (i) si el fin perseguido por la norma es imperioso; (ii) si el medio escogido, además de ser efectivamente conducente, es necesario, esto es, si no puede reemplazarse por otros medios menos lesivos para los derechos de los sujetos excluidos por la norma, y, por último, (iii) si los beneficios de adoptar la medida exceden o no las restricciones impuestas sobre otros valores o principios constitucionales, es decir, si la medida es proporcional en sentido estricto.

Al aplicar los criterios anteriores, la Corte encontró que la medida persigue un fin constitucionalmente imperioso pues, como se indicó en precedencia, busca despejar cualquier duda o cuestionamiento respecto de la validez legal de las sociedades comerciales integradas por miembros de una misma familia y de los aportes hechos a ésta por sus integrantes. Esto a partir de mandatos constitucionales como la libertad en sentido amplio (artículo 13 y subsiguientes) o la libertad de empresa (artículo 333).

Sin embargo, la Sala concluyó que la medida no es efectivamente conducente para lograr el fin propuesto, debido a que un entendimiento textual del término "cónyuges" excluiría de su alcance a familias de compañeros permanentes o a parejas del mismo sexo unidas de forma solemne o de manera natural. Aceptar lo anterior supone desconocer la protección constitucional establecida por los artículos 13 y 42 de la Constitución, así como por los artículos 2º y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y los artículos 1º y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de esta Corporación, que protegen –en condiciones de igualdad– a las familias conformadas tanto por vínculos solemnes (matrimonio), como por vínculos naturales (uniones maritales de hecho). Aunado a lo anterior, la

jurisprudencia constitucional ha concluido que gozan de igual protección las uniones –solemnes o no–de parejas del mismo sexo.

En consecuencia, si el propósito del artículo 102 del Código de Comercio es despejar cualquier duda respecto de la validez de las *sociedades familiares*, carece de justificación constitucional impedir o excluir a otras formas de familia diferentes a las constituidas a partir de un matrimonio, de la posibilidad de crear una sociedad comercial. Esto, independientemente de la manera como se integró la familia o de la orientación sexual de quienes la conforman. Si bien el Legislador cuenta con un amplio margen de configuración en asuntos comerciales o societarios, lo cierto es que esa facultad encuentra límites cuando la determinación de este tipo de asuntos afecta de manera clara la institución familiar como ocurre en este caso y se traduce en una discriminación contraria al mandato general de igualdad del artículo 13 de la Constitución y a la protección de todo tipo de familia prevista en el artículo 42 superior.

A partir de lo anterior, la Corporación advirtió que la inconstitucionalidad de los artículos 1852 del Código Civil, 3º de la Ley 28 de 1932 y 906.1 del Código de Comercio (declarada mediante Sentencia C-068 de 1999) no lleva a entender, necesariamente, que son válidas las sociedades familiares constituidas entre personas que no las cobija la definición clásica o literal de “cónyuges”. El propósito de tales disposiciones retiradas del ordenamiento jurídico estaba encaminado a evitar que entre cónyuges se llevaran a cabo donaciones bajo la apariencia de una compraventa; proteger a la mujer casada, sometida a la potestad marital y, por ende, con incapacidad relativa; y precaver la comisión de fraudes respecto de terceros.

Por consiguiente, la declaratoria de inexequibilidad de las disposiciones con el propósito anotado no implica –ni tácita ni explícitamente– que parejas del mismo sexo unidas solemne o naturalmente o familias de compañeros permanentes puedan constituir una sociedad familiar, sin importar que el término cónyuges las excluya en su literalidad. Así, el alcance que esta decisión le da al vocablo “cónyuges” del artículo 102 demandado, a través de la exequibilidad condicionada, debe leerse de la mano con el artículo 101 del Código de Comercio, pues disipa cualquier duda respecto de la capacidad de los sujetos anotados previamente para constituir válidamente una sociedad comercial familiar. De otra manera, podría considerarse que esas personas, en realidad, integran una sociedad de hecho que carece de las atribuciones legales de una sociedad mercantil,

como la diferenciación de patrimonios o la capacidad jurídica propia de la empresa.

En línea con lo anterior, la Sentencia C-068 de 1999 incluyó entre sus motivos para declarar la inconstitucionalidad del artículo 1852 del Código Civil, 3° de la Ley 28 de 1932 y 906.1 del Código de Comercio, el hecho de que esas disposiciones emplearan el término "cónyuges". Para la Corte, la acepción del vocablo 'cónyuges' efectivamente no comprendía a las familias que no se hubieran integrado a partir de un matrimonio. Esto, según esa providencia, desconocía el artículo 42 superior, el cual protege en condiciones de igualdad a las familias unidas tanto natural como solemnemente.

De ahí que, la Corte, consideró necesario declarar la exequibilidad condicionada del vocablo "cónyuges", con el fin de garantizar y armonizar los principios de supremacía constitucional y conservación del derecho. Más aun, cuando una declaratoria de inexecutable simple expulsaría del ordenamiento una disposición que brinda certeza respecto de la validez de sociedades familiares y de los aportes realizados a estas por integrantes de una misma familia. En esa medida, la Sala Plena excluyó del ordenamiento la interpretación del vocablo "cónyuges" del artículo 102 del Código de Comercio según la cual solamente es válida la sociedad comercial constituida por una pareja heterosexual unida por un contrato de matrimonio.

Y es que más allá de la eventual voluntad privada que regiría los acuerdos de voluntades en materia comercial, lo cierto es que la norma desde una lectura literal produce un escenario de discriminación, que ha sido protegido por la Corte en reiteradas decisiones de constitucionalidad. En esa línea, la Sala Plena debe decantarse por decisiones garantistas que no dejen duda respecto de la expulsión del ordenamiento jurídico de aquellas posibles interpretaciones normativas que sean injustificadamente discriminatorias, por cuanto no puede considerarse que exista un entendimiento social e histórico completamente uniforme o unánime, según el cual el término "cónyuges" incluye de suyo a familias integradas por compañeros permanentes o por personas homosexuales unidas solemnemente o naturalmente, y mucho menos que resulta suficiente protección en este tipo de escenarios de discriminación el principio según el cual lo que no está prohibido, está permitido. Lo anterior se sustenta en las intervenciones y conceptos encontrados que se formularon a este proceso, respecto del alcance real y vigente de ese término. Incluso, por aquellas normas que

regulan de manera diferente ciertos aspectos de las uniones maritales de hecho, frente a los matrimonios solmenes (por ejemplo, el artículo 2º de la Ley 53 de 1990, que se declaró exequible en la Sentencia C-257 de 2015).

Con fundamento en lo expuesto, declaró exequible condicionadamente el vocablo “cónyuges” contenido en el artículo 102 del Código de Comercio, por el cargo examinado en esta sentencia, bajo el entendido que ese término se refiere, en igualdad de derechos y deberes, a los cónyuges y a los compañeros permanentes de las uniones maritales de hecho, tanto de parejas de distinto sexo como de parejas del mismo sexo.

4. Salvamentos de voto

La magistrada **PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA** y los magistrados **ALEJANDRO LINARES CANTILLO** y **ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO** salvaron su voto respecto de esta decisión.

Los magistrados Linares, Lizarazo y Meneses se apartaron de la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Plena en el sentido de declarar la EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA del vocablo “cónyuges”, contenido en el artículo 102 del Código de Comercio, por el cargo examinado, bajo el entendido de que ese término se refiere, en igualdad de derechos y deberes, a los cónyuges y a los compañeros permanentes de las uniones maritales de hecho, tanto de parejas de distinto sexo como de parejas del mismo sexo.

En su criterio, la Corte Constitucional debió, bien, declararse inhibida para emitir una decisión de fondo –por la falta de certeza del cargo de inconstitucionalidad–, o, a partir de sólidas razones que hubiesen superado la falta de aptitud de la demanda, haber declarado su exequibilidad.

A diferencia de la postura mayoritaria, los magistrados disidentes sostuvieron que la demanda carece de certeza, ya que de la disposición no se sigue el efecto que le atribuye el demandante, presuntamente discriminatorio, como lo puso de presente en su concepto una de las universidades intervinientes. Esto sería así, dado que la norma no contiene un mandato o prohibición, en el sentido de calificar como inválidas o prohibir las sociedades mercantiles y los aportes que realicen a las sociedades que formen entre sí o con otras personas las parejas de compañeros permanentes (de parejas del mismo o de distinto sexo) y de parejas de matrimonios del mismo sexo.

En este sentido, en concepto de los magistrados la mayoría de la Sala pasó por alto el estudio de los cargos propuestos a partir de una interpretación sistemática e histórica de la disposición demandada que permitiera dilucidar su alcance real y cierto. Así, una comprensión adecuada e integral del artículo 102 del Código de Comercio, construida a partir de los aludidos criterios, hubiera dado cuenta del *carácter permisivo y no discriminatorio* de dicho precepto, al tiempo que hubiera excluido la posibilidad de que su entendimiento condujera a un trato discriminatorio que afectara a las parejas del mismo sexo o a los compañeros permanentes.

En cuanto a la *interpretación sistemática*, los magistrados disidentes expresaron que la mayoría de la Corte se redujo a analizar una hipótesis basada en la literalidad de la noma demandada –con los límites que ello supone– y omitió integrar al alcance del término “cónyuges”, el contenido de otras medidas que regulan la validez del contrato de sociedad y otorgan distintas prerrogativas a las familias integradas por parejas del mismo sexo y a los compañeros permanentes. En efecto, de haber interpretado dicho concepto en conjunto con el artículo 101 del Código de Comercio y en línea con las sentencias C-577 de 2011 y SU-214 de 2016, hubiera evidenciado que no se estimaba inválida o nula la sociedad conformada entre compañeros permanentes o entre cónyuges, sin importar si son del mismo o de diferente sexo.

Ahora bien, en lo que atañe a la *interpretación histórica*, los magistrados disidentes consideran que la sentencia de la cual se apartaron no tuvo en consideración las propuestas y los debates que se dieron en el proceso de reforma legal en el año 1971, para reconstruir de esta manera la intención que tenía el legislador extraordinario al expedir esta norma. En este caso, tal y como lo afirma la doctrina y la jurisprudencia, el objetivo de la aclaración introducida en el artículo 102 del Código de Comercio – y que fuera propuesta desde la comisión revisora del proyecto de 1958 – sobre la validez de las sociedades conformadas por miembros de una misma familia, era salirle al paso a las teorías civilistas que establecían una presunción de mala fe respecto de los negocios jurídicos celebrados entre parientes.

En suma, para los magistrados que salvaron el voto no era posible afirmar, entonces, que una interpretación de la expresión acusada fuera contraria a la Constitución Política en los términos señalados por el actor y, ahora, por la mayoría de la Sala, pues del contenido normativo de la disposición no se deriva un trato desigual en desconocimiento del mandato de prohibición

de discriminación al interior de la familia, sino simplemente dar claridad sobre la validez de una relación comercial y poner fin a una vieja controversia entre el derecho civil y el comercial en materia de sociedades de familia.