

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL**

FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ
Magistrado Ponente

SC3864-2015

Radicación n° 0526631030022001-00509-01

(Aprobado en sesión de dos de septiembre de dos mil catorce).

Bogotá, D. C., siete (7) de abril de dos mil quince (2015).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 19 de febrero de 2010, dictada por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín dentro del proceso ordinario promovido por Álvaro de Jesús Montoya Penagos frente a María Eugenia Guzmán Vásquez y José Hernando Vélez González.

I.- EL LITIGIO

1.- El actor pidió declarar la simulación absoluta de los dos contratos de compraventa celebrados entre María Eugenia Guzmán Vásquez, como vendedora, y José Hernando Vélez González, en condición de comprador, respecto del apartamento 301 ubicado en el edificio de la carrera 45 n° 75 sur 118/124 de Sabaneta, y el

establecimiento de comercio “*Misceláneas Diamil*”, actos jurídicos plasmados en la escritura pública n° 261 de 24 de abril de 1998 otorgada en la Notaría Única de Sabaneta y en un documento privado. En consecuencia, deprecó la “*nulidad absoluta*” de esos negocios y oficiar a la notaría, instrumentos públicos y cámara de comercio correspondientes, para que tomen nota de la determinación.

Subsidiariamente, solicitó se decrete la rescisión por lesión enorme de dichos actos, y de contera se hagan las comunicaciones de rigor a las mencionadas oficinas.

2.- La causa *petendi* admite el siguiente compendio (fls. 23 a 33 del c. 1):

a.-) Álvaro de Jesús Montoya Penagos y María Eugenia Guzmán Vásquez contrajeron matrimonio religioso el 26 de enero de 1980, y fruto de esa unión nació Milena Montoya Guzmán el 3 de julio de 1981.

b.-) En vigencia del vínculo se adquirieron bienes que, por acuerdo de la pareja, figuran a nombre de Guzmán Vásquez, siendo ellos:

1º) Lote de la carrera 45 n° 72 sur 118/124 de Sabaneta, sobre el que se construyó una edificación de tres plantas, compuesta por cuatro unidades habitacionales: local en el primer piso y apartamentos 201, 202 y 301.

2º) Establecimiento de comercio “*Miscelánea Diamil*”, situado en el mentado edificio y avaluado en doscientos millones de pesos (\$200.000.000).

3º) Predio en Itagüí con matrícula inmobiliaria 10459062.

c.-) Sobre los bienes conseguidos con el esfuerzo laboral común, María Eugenia Guzmán Vásquez, días antes de expulsar del hogar a Montoya Penagos, realizó unilateralmente y sin justificación, una serie de contratos “*fraudulentos y simulados*”, entre ellos:

1º) La venta del apartamento 301 al esposo de su hermana Diana Milena, José Hernando Vélez González, por el precio irrisorio de veinte millones doscientos mil pesos (\$20.200.000), a pesar de ser el valor real cien millones de pesos (\$100.000.000).

2º) La enajenación del prenombrado “*establecimiento*” a Vélez González, por una suma desconocida.

d.-) El comprador, su esposa y la hija de María Eugenia no tienen capacidad económica para adquirir los bienes, ya que el primero está radicado hace varios años en los Estados Unidos de Norteamérica y es “*poco solvente*”, la segunda ha sido una empleada más de su hermana y la última es una hija de familia que se dedica a estudiar.

e.-) María Eugenia sigue al frente del establecimiento de comercio, y vendió sorpresiva e injustificadamente todas las propiedades, vehículos e inmuebles, excepto la finca de la que devenga sustento el actor, un lote en el cementerio y un predio avaluado en trescientos sesenta mil pesos (\$360.000).

3.- La admisión del pliego genitor fue notificada a los convocados, quienes se opusieron al mismo y adujeron en su defensa *“inexistencia de actos de simulación aludidos”, “improcedencia de la declaración de lesión enorme”, “falta de legitimación por activa” y “carencia de facultad para accionar, por parte del demandante”* (fls. 60 a 69 y 83 a 90 del c. 1).

4.- En la audiencia preliminar del artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, el gestor se *“retractó”* de la pretensión de lesión enorme, y el funcionario de conocimiento aceptó esa manifestación como *“desistimiento”* (fls. 121 y 122).

5.- La primera instancia denegó las súplicas del libelo inicial, al encontrar probada la excepción de fondo de *“falta de legitimación en la causa por activa”* (fls. 177 a 184).

6.- La apelación interpuesta por el vencido fue desatada por el Tribunal el 19 de febrero de 2010, mediante providencia que ratificó lo resuelto por el *a-quo* (fls. 61 a 74).

II.- FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO

En resumen son los siguientes:

1.- No se advierte nulidad que invalide lo actuado, y los presupuestos procesales están satisfechos, a pesar de las abundantes falencias, superadas bajo el entendido de que el actor apunta claramente a la recomposición del patrimonio de la sociedad conyugal, pues, en ninguna parte aparece la voluntad expresa de reclamar para sí.

2.- La legitimación en la causa, según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, es cuestión de derecho sustancial o material cuya falta no impide una sentencia de mérito; y en el asunto bajo estudio ella se cumple, toda vez que el gestor está pretendiendo por sí la tutela jurídica de un derecho patrimonial, pero para la *“sociedad conyugal”*.

3.- Se persigue una declaratoria de simulación absoluta de los contratos de compraventa celebrados entre María Eugenia Guzmán Vásquez como vendedora y José Hernando Vélez González como comprador: uno solemnizado en la escritura pública 261 otorgada en la Notaría Única de Sabaneta el 24 de abril de 1998, y el otro consignado en el documento privado de 21 de abril del mismo año.

En el asunto analizado, si se repara en que la titularidad de un derecho no dimana de la simple afirmación de quien se anuncia como tal, sorprende que se haya planteado como argumento de ataque del fallo de primer grado el siguiente: *“Mi representado ha invocado la simulación no solo en su calidad de cónyuge sino también en su calidad de cotitular de los bienes porque él participó activamente y en un mayor porcentaje en la adquisición de ellos”*.

Y es que, en este caso, respecto del inmueble materia de negocio *“ni por asomo probó que fuera ‘cotitular’ del derecho de dominio sobre tal bien raíz”*, y que de pronto hubiera participado activamente en la adquisición no le genera, *per se*, *“derecho de copropiedad”*. En cuando al establecimiento de comercio tampoco acreditó haber *“ostentado título alguno”* u *“otro interés jurídicamente tutelado”*.

4.- El artículo 1° de la Ley 28 de 1932, con indiscutible lógica, fija el decreto de disolución y liquidación como hito factual y temporal a partir del cual se reconoce interés jurídico y económico del cónyuge para reclamar por los actos de disposición ejecutado por el otro; es en ese momento que se necesita determinar su extensión o *quantum*, en orden a proceder a definir el derecho que concretamente corresponde a cada uno de ellos en el trabajo de liquidación de la masa social. Por consiguiente, *“ningún interés jurídico, ni económico, jurídicamente*

tutelados, están radicados en los cónyuges para pretender la invalidación, o la declaratoria de simulación de actos de disposición –ciertos o aparentes- que haya realizado el otro cónyuge sobre los bienes que siguen todavía bajo su libre administración y disposición”.

Sin perjuicio de lo anterior es pertinente hacer ver que la aspiración declarativa de disolución y decreto de la liquidación de la sociedad conyugal es de aquellas que la ley permite formular de manera consecencial eventual; siendo requisito, entonces, *“que primero sea declarada la existencia de la sociedad conyugal, y se decrete la disolución del matrimonio, o la cesación de efectos civiles”.*

En esos términos, la jurisprudencia de la Corte ha precisado que *“ese interés jurídico debe estar vinculado a la disolución de bienes, como acontece cuando el cónyuge ha demandado la separación de bienes, la separación de cuerpos, el divorcio, la nulidad del matrimonio, etc.”*, lo que significa que solo un libelo presentado con ese objetivo compromete la existencia de la sociedad y le confiere al cónyuge el interés para demandar la simulación, nunca la simple separación de hecho, agregándose en el precedente que *“no es jurídicamente de recibo que el otorgamiento del poder para la iniciación de un proceso orientado a disolver la sociedad conyugal, sea advertible un interés del cónyuge capaz de justificar la ulterior demanda de simulación. Desde luego, tampoco se puede ver en la escueta presentación de la demanda. Pero ni siquiera cuando la misma ha sido*

admitida. En todos estos supuestos, a la incertidumbre propia de la expectativa, según la delineación que de la misma atrás se trazó, se le suma un factor adicional que interfiere con el desenlace esperado, a saber, el de que todavía no se sabe si habrá o no decisión puesto que el demandante es libre de retirar la demanda mientras el demandado no sea notificado. Sólo cuando esto ocurra, el interés de aquel viene a concretarse y a actualizarse” (GJ t. CCXXV, n° 2464, págs. 484 y s.s.).

5.- Acá, aparece demostrado que la demanda de simulación se presentó el 10 de septiembre de 1998, mientras que la de cesación de efectos civiles del matrimonio católico el 31 de agosto de idéntica anualidad, admitiéndose esta última el 1° de septiembre siguiente, cuya notificación ocurrió el 17 de noviembre ulterior.

De ahí que cuando se radicó la demanda de “simulación”, el actor no tenía ningún interés jurídicamente tutelado que lo vinculara con algún derecho de dominio, “*ni uno de sus derivados*”, referido a los bienes que todavía permanecían absolutamente dentro de la esfera de dominio y disposición de María Eugenia Guzmán Vásquez.

6.- Para rematar, no asiste razón al actor cuando ataca la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre la simulación respecto de actos de disposición de uno de los cónyuges.

La confusión surge del propio recurrente, al intentar mostrar como idénticas y con similares efectos sustanciales y procesales dos hipótesis absolutamente disímiles, a saber: la venta de bienes propios por parte de uno de los cónyuges cuando todavía no existe disolución de la sociedad conyugal, y esa enajenación *“cuando ya está en fase de disolución y liquidación”*.

En la segunda el acto será inoponible, pero si no existe tal disolución, cada contrayente mantiene libertad de disposición de sus bienes propios, con la salvedad de que si tal actuación afecta derechos del otro cónyuge, se podrá pretender la nulidad o la simulación *“cuando nazca ese interés jurídicamente tutelado, que sólo acontece cuando se ha configurado el estado de disolución, o cuando se ha presentado demanda de nulidad de matrimonio, de divorcio, o de cesación de efectos civiles, pero siempre y cuando que tal demanda hubiese sido admitida, y se haya notificado el auto admisorio de la demanda a la parte accionada; es decir, que se haya estructurado en puridad el proceso, momento a partir de cual surge una razonable ‘fumus bonis iuris’ (apariencia de buen derecho) como se menciona en la teoría de las cautelas”*.

7.- En conclusión, asumida la *“legitimación”* desde la perspectiva sustancial, corriente prohijada por la Corte, resulta válido sostener que el actor carece de ella, ya que no es titular de derecho alguno en concreto vinculado a los bienes involucrados en los actos atacados, ni acreditó la

existencia de un interés jurídico cierto, serio, actual y concreto como para pretender la simulación.

III.- LA DEMANDA DE CASACIÓN

Contiene dos ataques apoyados en la causal primera, que se despacharán simultáneamente, pues, si bien uno es por la vía directa y el que le sigue por la indirecta, para su resolución son útiles, en esencia, las mismas motivaciones relativas a la simulación de los negocios jurídicos, los límites a la autonomía de los cónyuges para manejar sus respectivos patrimonios y el interés de cualquiera de ellos para cuestionar la simulación de los contratos del otro.

Por lo demás, la posibilidad de conjuntar cargos del linaje anunciado no es novedosa, ya que la Corte lo ha hecho en diferentes ocasiones, entre ellas, en sentencias CSJ SC de 4 de octubre de 1982, GJ. 2406, págs. 211 a 217; CSJ SC de 5 de septiembre de 2001, Rad. n° 5868 y CSJ SC de 23 de agosto de 2004, Rad. n° 17961.

PRIMER CARGO

Acusa la sentencia de violar, rectamente, los artículos 1766 del Código Civil y 1° de la Ley 28 de 1932; aquél por no haberlo traído al caso, cuando era lo que correspondía, y el último por aplicación indebida.

En su desarrollo expone:

1.- El *a-quo* estimó que el artículo primero *ibídem* le impedía a uno de los cónyuges deprecar la simulación de los actos y negocios que el otro celebró estando vigente la sociedad conyugal, y declaró por tal razón probada la defensa de *“falta de legitimación en la causa por activa”*.

El *ad-quem* adujo similar argumentación, pero con la diferencia de que sí halló en el reclamante la *“legitimación”*, que no *“el interés para obrar”*, porque al momento de demandar la *“simulación”* de las compraventas en cuestión, no estaba disuelta la sociedad conyugal y no se había notificado al menos el libelo de cesación de efectos civiles del matrimonio católico.

2.- En lógica procesal, la prosperidad de la excepción de mérito implica que la pretensión está llamada a salir avante, pero un hecho nuevo goza de la fuerza necesaria para contrarrestarla. Consecuentemente, en este asunto es preciso entender que lo suplicado debía acogerse.

3.- El artículo 1º de la Ley 28 de 1932 se refiere inequívocamente a los convenios que uno de los esposos celebra realmente estando vigente la sociedad conyugal; los negocios verdaderos o simulados efectuados después de la *“disolución de la sociedad conyugal”* tienen la connotación de *“enajenación de bien ajeno”* y, por lo tanto, son inoponibles al otro contrayente y pasan a ser bienes de la comunidad *“disuelta pero ilíquida”*, de acuerdo con lo

previsto en el artículo 1871 del Código Civil.

4.- El contrato aparente que efectúa un cónyuge en vigencia de la respectiva sociedad, no se disciplina por las precitadas normas, sino por el precepto 1766 *ejúsdem*, que sirve de fundamento a la teoría general de la simulación. De contera, si se hubiera analizado el asunto por esa vía, otra sería la conclusión.

SEGUNDO CARGO

Invoca la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, para denunciar la infracción indirecta de los artículos 1766 del Código Civil y 1° de la Ley 28 de 1932, como consecuencia del error de hecho en que incurrió el Tribunal al apreciar indebidamente la prueba documental.

Sustenta la acusación, así:

1.- El juzgador de segunda instancia señaló que a la radicación del libelo de simulación debía acreditarse que ya había proceso de cesación de efectos civiles del matrimonio católico.

2.- Se constata que esa autoridad no entendió la situación de los dos pleitos, ya que *“la presentación, admisión y notificación del auto admisorio de la demanda de cesación de efectos civiles se dio siempre antes de la*

presentación, admisión y notificación del auto admisorio de la demanda de simulación”, como lo ilustra este cuadro:

	Demanda de cesación	Demanda de simulación
Presentación	31 de agosto de 1998	10 de septiembre de 1998
Admisión	1° de septiembre de 1998	8 de octubre de 1998
Notificación	17 de noviembre de 1998	2 de diciembre de 1998

3.- El *ad-quem* consideró, equivocadamente, que a la formulación de la simulación era necesario haberse surtido el enteramiento del pleito de cesación de efectos civiles del matrimonio. Y, como no encontró esa correspondencia, vino a declarar la falta de interés para obrar.

En ese orden de ideas, el yerro de esa Corporación partió de enfrentar momentos diferentes, pues, el rasero del cotejo debió ser semejante. Así las cosas, en el *sub-lite* el gestor contaba con interés porque *“primero se demandó la cesación de efectos civiles, o porque primero se admitió esta demanda o porque primero se notificó el auto admisorio de la demanda de cesación de efectos civiles”*.

4.- En consecuencia, el desatino en la decisión reprochada consistió en apreciar equivocadamente las fechas de *“presentación, admisión y notificación”* de las demandas en mención.

IV.- CONSIDERACIONES

1.- Álvaro de Jesús Montoya Penagos pidió declarar

la simulación absoluta de los contratos de compraventa celebrados por su cónyuge María Eugenia Guzmán Vásquez como vendedora y José Hernando Vélez González en calidad de comprador: uno solemnizado en la escritura pública 261 otorgada en la Notaría Única de Sabaneta el 24 de abril de 1998, relativo al apartamento 301 ubicado en el edificio de la carrera 45 n° 75 sur 118/124 de Sabaneta, y el otro consignado en el documento privado de 21 de abril del mismo año referente al establecimiento de comercio “*Misceláneas Diamil*”.

2.- El Tribunal ratificó la decisión del *a-quo* que tuvo por probada la excepción de “*falta de legitimación por activa*” y negó las aspiraciones del reclamante, al estimar que este no es titular de ningún derecho vinculado con los bienes que fueron objeto de enajenación, ni acreditó la existencia de un interés jurídico cierto, serio, actual y concreto que lo facultara para pretender la simulación, que al surgir únicamente cuando se configura el estado de disolución o está notificado el contradictor del pliego de nulidad o divorcio del matrimonio, no se da en el caso examinado, toda vez que “*la demanda con la cual se inició este proceso fue presentada el 10 de septiembre de 1998*” y la de “*cesación de efectos civiles de matrimonio católico*” se enteró a la allí convocada “*el 17 de noviembre del mismo año*”.

3.- El recurrente aduce, en el primer cargo, que con dicha decisión se dejó de aplicar el artículo 1766 del Código

Civil, habida cuenta que el ataque a un contrato aparente celebrado por un cónyuge en vigencia de la respectiva sociedad, se disciplina, exclusivamente, por la figura que surge de ese precepto –simulación–, sin que nada tengan que ver, en esa hipótesis, las directrices del canon 1° de la Ley 28 de 1932, concernientes a los convenios reales o serios, que uno de los esposos ajusta en vigencia de la sociedad conyugal.

Y en el otro, que de los documentos llevados al proceso en segunda instancia, el *ad-quem* dedujo, equivocadamente, que a la formulación del escrito de simulación era necesario haberse surtido el enteramiento del de cesación de efectos civiles del matrimonio, cotejando de tal forma actuaciones procesales disímiles, cuando lo correcto, para establecer el interés, era contrastar en paralelo que fue primero: la demanda de “cesación de efectos civiles” o la de “simulación”, la admisión de aquella o de esta o la notificación de la primera o de la segunda; labor que de haberse realizado conducía a inferir la legitimación en el actor.

4.- Tiene incidencia en la resolución que se está adoptando, lo siguiente:

a.-) Que Álvaro de Jesús Montoya Penagos y María Eugenia Guzmán Vásquez contrajeron matrimonio católico el 26 de enero de 1980 (fl. 2 del c. 1).

b.-) Que María Eugenia Guzmán Vásquez vendió a José Hernando Vélez González, representado en los respectivos actos por Luz Elena Guzmán Vásquez:

1º) El establecimiento de comercio denominado Misceláneas Diamil, según documento privado de 21 de abril de 1998 (fl. 180 del c. 3).

2º) El apartamento 301 de la carrera 45 n° 72 sur 124 de Sabaneta, de acuerdo con la escritura pública n° 261 de 24 de abril de la precitada anualidad (fls. 18 a 20 del c. 1.)

c.-) Que el 10 de septiembre fue presentada la demanda que dio origen a este proceso, el 8 de octubre se admitió y ese proveído se notificó personalmente a la convocada el 2 de diciembre, todos de 1988 (fls. 23, 39 y 47 *ib*).

d.-) Que el libelo verbal de cesación de efectos civiles del matrimonio de Montoya Penagos y Guzmán Vásquez se radicó por aquél el 31 de agosto, le fue impartido trámite por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Envigado el 1º de septiembre y se enteró a la allí accionada el 17 de noviembre del año en comento (fls. 19, 27 y 28 del c. del Tribunal).

5.- La institución jurídica de la simulación de los negocios jurídicos no es de reciente factura si se observa que desde la época del derecho romano postclásico, ya

despuntaban algunas de sus particularidades.

En efecto, en la Constitución de los emperadores Dioclesiano y Maximiano se lee: “*Si alguno hubiere hecho que se escriba que lo hecho por él lo hizo otro, tiene más validez lo hecho que lo escrito (plus actum, quam scriptum valet)*” (citado por Parraguez Ruiz, Luis Sergio. El Negocio Jurídico Simulado. Universidad de Salamanca. Pág. 38).

No obstante su remoto origen, el análisis que de ella hicieron los comentaristas del medioevo y su utilización en el derecho intermedio francés, la figura no fue mencionada expresamente en el Código Napoleón, relacionándose apenas un precepto atinente a las contraescrituras, “*contre-lettres*”; omisión que se trasladó a las codificaciones que en el siglo XIX se sirvieron de este último, como la de don Andrés Bello.

Por ello, en el caso colombiano ha sido la jurisprudencia la encargada de establecer, a partir de la interpretación del artículo 1766 del Código Civil, las características de la simulación, sus presupuestos y los sujetos que están legitimados o sobre los cuales recae el interés para invocarla.

Así las cosas, de la simulación se precisa que es una “*acción de prevalencia*”, CSJ SC de 30 de octubre de 1998, Rad. n° 4920, que por lo mismo no se encamina a la verificación de un vicio o anomalía en el contrato, sino a

escudriñar la real voluntad de los partícipes del convenio, oculta bajo un manto de apariencia que acarrea un perjuicio cierto y actual, bien para ellos como también para terceros de esa relación, si unos u otros llegan a ser titulares de un derecho subjetivo lesionado por el negocio aparente.

En ese orden de ideas, tiene dicho la Sala que la facultad para ejercitar la aludida acción no lo ostenta cualquier persona, sino aquel que exhiba *“un interés jurídico, serio y actual, que no es otra cosa que la titularidad de un derecho cierto cuyo ejercicio se halle impedido o perturbado por el acto ostensible, que por ser fingido su declaración de simulación se reclama (G.J. CXCVI, 2° semestre, pág. 23). De manera, que en términos generales el interés se pregona de las propias partes; de los terceros que por fungir de acreedores de los contratantes eventualmente se ven lesionados, y del cónyuge, respecto de los actos jurídicos celebrados por el otro, bajo las pautas, desde luego, del régimen económico del matrimonio, previsto por la ley 28 de 1932...”* (CSJ SC de 5 de septiembre de 2001, Rad. 5868).

Ahora bien, atendiendo a que según el artículo 1° de la Ley 28 de 1932 los cónyuges tienen la libre administración y disposición de los bienes adquiridos antes del vínculo y de los que aporta a éste, la Corte ha sentado, en línea de principio, la regla según la cual el interés para atacar por simulados los negocios del otro esposo en desarrollo de la

unión, nace de la disolución efectiva de la sociedad que ellos conforman al estructurarse alguna de las causales previstas en el artículo 1820 del Código Civil; siendo la excepción a ese principio, esto es, que también existe “*interés*”, cuando ya se ha notificado al convocado la demanda dirigida inequívocamente a finiquitar la “*sociedad conyugal*”.

Sobre lo anterior, la Sala expuso en la sentencia CSJ SC de 30 de octubre de 1998, Rad. 4920, reiterada CSJ SC de 5 de septiembre de 2001, rad. 5868 y CSJ SC de 13 de octubre de 2011, Rad. 2007-0100-01, lo siguiente:

“Según establece el artículo 1o. de la Ley 28 de 1932, entre los atributos que para los cónyuges surge de la constitución de la sociedad conyugal, está el de disposición que durante el matrimonio puede ejercer cada uno de ellos respecto de los bienes sociales que le pertenezcan al momento de contraerlo, o que hubiere aportado a él, prerrogativa que sólo decaerá a la disolución de la sociedad, por cuya causa habrá de liquidarse la misma, caso en el cual ‘se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio’. Significa lo anterior, entonces, que mientras no se hubiese disuelto la sociedad conyugal por uno cualquiera de los modos establecidos en el señalado artículo 1820 del Código Civil, los cónyuges se tendrán como separados de bienes y, por lo mismo, gozarán de capacidad dispositiva con total independencia frente al otro, salvo, claro está, en el evento de afectación a vivienda familiar de que trata la Ley 258 de 1996, independencia que se traduce en que éste no puede obstaculizar el ejercicio de ese derecho. De igual manera, en vida de los contratantes tampoco los eventuales herederos podrán impugnar los actos celebrados por el otro cónyuge, fincados en las meras expectativas emergentes de una futura e hipotética disolución del matrimonio o de la sociedad conyugal, como que si así no fuere se desnaturalizaría su régimen legal. En cambio, ‘una vez disuelta la sociedad conyugal los cónyuges están legitimados para demandar la simulación de los actos celebrados por el otro. El interés jurídico es patente en ese caso porque disuelta la sociedad por cualquiera de las causas legales, se actualiza el derecho de cada uno de los cónyuges sobre los bienes sociales para la determinación de los gananciales que a cada uno

correspondan. Pero antes de esa disolución puede existir ya el interés jurídico en uno de los cónyuges para demandar la simulación de un contrato celebrado por el otro sobre bienes adquiridos por éste a título oneroso durante el matrimonio cuando la demanda de simulación es posterior a la existencia de un juicio de separación de bienes, o de divorcio, o de nulidad del matrimonio, los cuales al tener éxito, conllevan la disolución de la sociedad conyugal' (G. J. CLXV 211), caso en el cual se exige que "una de tales demandas definitorias de la disolución de dicha sociedad se haya notificado al otro cónyuge, antes de la presentación de la demanda de simulación (Sentencia de Casación Civil de 15 de septiembre de 1993); por supuesto que en eventos como los señalados, asoma con carácter definido una amenaza grave, cierta y actual a los derechos del demandante, toda vez que, sin lugar a dudas, la preservación del negocio simulado acarrea una mengua a sus derechos. Quiérese destacar, entonces, que el derecho de libre disposición derivado del régimen legal vigente de la sociedad conyugal, se encuentra fuera de toda discusión en relación con los actos en que el cónyuge **dispone real y efectivamente** de los bienes que, asumiendo la condición de sociales al momento de la disolución, le pertenecen. Empero, otro debe ser el tratamiento, cuando uno de los cónyuges ha celebrado dichos **actos de manera aparente o simulada** pues en esta hipótesis la situación habrá de abordarse de distinta manera, dado que en su impugnación, por tan específico motivo, ya no se enjuicia propiamente el ejercicio del comentado derecho de libre disposición, sino el hecho de si fue cierto o no que se ejerció ese derecho, todo en orden a verificar que los bienes enajenados mediante actos simulados, no hayan dejado de formar parte del haber de la sociedad conyugal, para los consiguientes propósitos legales. Vistas las cosas de este modo, **se impone inferir que cuando alguno de los cónyuges dispone simuladamente de los bienes que estando en cabeza suya puedan ser calificados como sociales, el otro, mediando la disolución de la sociedad conyugal o, por lo menos, demanda judicial que de resultar próspera la implique y cuyo auto admisorio hubiese sido notificado al fingidor, podrá ejercitar la simulación para que la apariencia que lesiona o amenaza sus derechos, sea descubierta**" (Resaltado adrede).

En concordancia con lo dicho por la jurisprudencia de la Corte, se debe concluir que en manera alguna el Tribunal violó las normas sustanciales invocadas en el primer cargo, toda vez que para la bienandanza de la acción de simulación ejercida por uno de los cónyuges frente a los

actos de disposición aparentes del otro en vigencia de esa relación, era preciso averiguar, preliminarmente, como en efecto se hizo, si le asistía “*interés*” serio y actual a Álvaro de Jesús Montoya Penagos, pues, dado el matrimonio que lo ataba con María Eugenia Guzmán Vásquez y la regulación de su régimen económico establecido en la Ley 28 de 1932, el mismo sólo afluía con la real o efectiva disolución de la sociedad conyugal entre ellos o, por vía de excepción, con la notificación a Guzmán Vásquez de la demanda de cesación de efectos civiles que aparejaba ese efecto.

Aupar un criterio diferente en el que le bastara a uno de los cónyuges, sin más, acreditar su condición para cuestionar por simulados los negocios o actos de su pareja sobre bienes con vocación de gananciales, valga decir, con total abstracción de lo reglado en el artículo 1° de la referida ley, implicaría, como ya lo indicó la Sala, “*anular la facultad que la misma ley concede a cada uno de ellos para disponer libremente de los bienes que adquiriera durante la unión matrimonial*” (CSJ SC de 4 de octubre de 1982, GJ 2406, págs. 211 a 218).

Y es que a ninguna otra conclusión puede conducir lo preceptuado en el artículo 1° de la ley 28 de 1932, según el cual, “*durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración de los bienes que le pertenezcan al momento de contraer matrimonio o que hubiere aportado a él como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiriera; pero a la disolución del matrimonio o*

en cualquier otro evento en que conforme al código civil deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esa sociedad desde la celebración del matrimonio, y en consecuencia se procederá a su liquidación"; habida cuenta que como lo ha pregonado la jurisprudencia de la Corte, una y otra vez, con marcada insistencia y sin desatender el espíritu de la norma, la sociedad conyugal está en una situación de “latencia”, que sólo a su disolución deviene en una “realidad jurídica incontrovertible”.

Por lo mismo es que mientras no se haya disuelto, “*ni el marido tiene derecho sobre los bienes de la sociedad manejados por la mujer, ni ésta tampoco sobre los bienes de la sociedad manejados por aquél*”, generándose una “*doble administración de los bienes, cuyo carácter de sociales no viene a revelarse ante terceros sino al disolverse la sociedad*” (CSJ SC de 20 de octubre de 1937, reiterada 18 de abril de 1939, 25 de abril de 1991, 5 de septiembre de 2001 y 19 de mayo de 2004, Rad. 7145, entre otras).

Así las cosas, en el régimen económico del matrimonio vigente hoy en día en Colombia, descrito en los citados términos por el ordenamiento e interpretado uniforme y repetidamente por la Corte, no cabe un control o escrutinio permanente que uno de los esposos pretenda realizar sobre los actos negociales del otro, dado que una petición de cuentas o una rendición de las mismas, resultaría aneja a la que por esencia es “*libre administración*”, o como se dijo

en conocida sentencia de esta Corporación, *“un régimen de tal naturaleza repulsa en principio el control o fiscalización que uno de los cónyuges pretenda ejercer sobre los actos y negocios celebrados por el otro; de no, heriríase de muerte el sistema, porque la independencia estaría condenada a desaparecer sin remedio”* (CSJ SC de 15 sep. de 1993, Rad. 3587).

Desde luego que la *“libre administración”* se predica de los actos o negocios jurídicos reales, y no de los aparentes o con el propósito de engañar o lesionar los intereses del otro cónyuge.

Sólo de esa manera se entiende que la jurisprudencia de la Sala, por vía de excepción, no como regla, y para impedir que *“el cónyuge avieso se empeñe en que la disolución decretada se haga ilusoria en sus efectos”*, establezca que el interés para demandar tal simulación surja aún sin que se esté en presencia de una situación jurídica consolidada, todo en aras de que la reclamación de gananciales no resulte huera.

Pero ese momento previo a la *“disolución de la sociedad conyugal”*, para que no llegue a desdibujar el régimen económico actual del matrimonio -*“gananciales con libre administración”*- no puede ser otro que el instante en que es notificada la parte convocada de la demanda cuyas pretensiones traen como corolario dicha *“disolución”*.

En suma, si el ejercicio de cualquier acción exige la demostración de un “*interés jurídico*”, de lo cual no escapa la de simulación derivada jurisprudencialmente de lo consagrado en el artículo 1776 del Código Civil, no cabe reproche “*jurídico*” al razonamiento del *ad-quem*, que señaló que no podía pretenderse la declaratoria de apariencia si no se ha probado “*el estado de disolución*”, o la “*demanda de nulidad de matrimonio, de divorcio o de cesación de efectos civiles, ‘pero siempre que [ella] hubiese sido admitida y se haya notificado el auto admisorio [...] a la parte accionada’*”.

6.- Resta por analizar la acusación contenida en el segundo cargo, en la que se aduce, en síntesis, que el sentenciador consideró, equivocadamente, que a la presentación de la demanda de simulación era necesario haberse surtido la notificación del libelo de cesación de efectos civiles del matrimonio, no deteniéndose en la situación de los dos pleitos, ya que “*la presentación, admisión y notificación del auto admisorio de la demanda de cesación de efectos civiles se dio siempre antes de la presentación, admisión y notificación del auto admisorio de la demanda de simulación*”, como lo muestra la siguiente tabla:

	Demanda de cesación	Demanda de simulación
Presentación	31 de agosto de 1998	10 de septiembre de 1998
Admisión	1° de septiembre de 1998	8 de octubre de 1998
Notificación	17 de noviembre de 1998	2 de diciembre de 1998

Cabalmente entendidos sus términos, el precitado

ataque corresponde a una crítica eminentemente jurídica, en la que más allá de fustigar el censor la eventual suposición o preterición de alguna prueba por parte del Tribunal, que es como se estructura el error de hecho, su reparo consiste en poner en entredicho el juicio de que a la fecha de la demanda de simulación, y no en otro momento procesal, resultaba menester demostrar que se había notificado a la demandada del escrito inicial de cesación de efectos civiles del matrimonio, para así derivar el interés para accionar en el cónyuge que recaba por la declaratoria de “*simulación*” de las compraventas en cuestión. Y es que, en sentir del recurrente, lo correcto hubiera sido contrastar en paralelo, en cada uno de los pleitos, que fue primero: el pliego inicial, la admisión o la notificación.

De tal manera que si el juzgador de segundo grado no tergiversó lo que objetivamente dan cuenta los documentos obrantes en el plenario, pues, dejó consignado y ello no se discute, que “*la demanda con la cual se inició este proceso fue presentada el 10 de septiembre de 1998 [...], que la demanda de cesación de efectos civiles de matrimonio católico [...] fue presentada el 31 de agosto de 1998 [...] y fue admitida mediante auto del 1 de septiembre del mismo año [...] pero solo fue notificado ese proveído a la demandada, el 17 de noviembre del mismo año...*”, la acusación debió encauzarse por la vía directa.

En un caso que guarda cierta semejanza, la Corte señaló:

“...en lo que hace referencia a la supuesta falta de legitimación por activa aducida por el tribunal apoyado en que cuando se celebró la negociación reprochada todavía no se había iniciado el ‘proceso de disolución y liquidación de la sociedad conyugal’, lo que se hizo con posterioridad, corresponde a un juicio estrictamente jurídico y, por lo tanto, tenía que haberse combatido por la causal primera pero por la vía directa y no por la supuesta comisión de errores de hecho [...] Lo que tenía que ser embestido por la censura era este juicio y no aplicarse como lo hizo, a explicar que con pruebas obrantes en el plenario se podía concluir que la actora estaba habilitada para promover el citado proceso de simulación” (CSJ SC de 30 de octubre de 2007, Rad. 2001-00200-01).

Con independencia de lo expuesto, y admitiendo en gracia de discusión que el embate lo fue por la vía directa, observa la Corte que el razonamiento del Tribunal no se alejó en lo más mínimo de las normas sustanciales relacionadas y, por supuesto, de la jurisprudencia vigente, dado que en reiteradas veces se ha destacado que el interés debe existir al tiempo de deducirse la acción de simulación, y no posteriormente, como cuando se admite esa demanda o se perfecciona la respectiva relación jurídico-procesal.

En efecto, en el fallo CSJ SC de 15 de septiembre de 1993, Rad. 3587, se explicó:

“Cumple ahora insistir en que ese interés, así perfilado, debe preexistir en el cónyuge que se lanza a combatir de simulados los negocios del otro; de manera que cuando formula demanda en ese sentido, esto es, de simulación, ahí debe estar precedido de aquél; porque tal interés, como elemento que es de la pretensión, debe aparecer ab initio, o sea, ‘existir al tiempo de deducirse la acción porque e derecho no puede reclamarse de futuro’ (sent. De 22 de agosto de 1940, XLIX, pág. 848). El interés debe ser, amén de cierto, actual, vale decir, existir al tiempo de recabarse la simulación; tener presente que cualquier otro momento, incluido el de la litis contestatio como aquí lo sugiere el casacionista, es admitir que se puede reclamar la simulación con tal de que

posteriormente, y obviamente con reclamo de derecho de futuro, se instaure la separación de bienes. Y como tal característica de actualidad estriba no más que en la inmediatez de la determinación que ha de sobrevivir, resulta aconsejable sobremanera que, así las partes como el juez de la causa, estén atentos a verificar su vigencia, porque es evidente que si en el proceso de divorcio, separación de cuerpos, etc., recae pronunciamiento que destruye la posibilidad de que la sociedad conyugal acabe, es este un hecho que el juez no puede perder de vista para tomar una decisión adecuada, por supuesto que la evanescencia sobreviniente de tal posibilidad lleva consigo la del interés. Así las cosas, nada hay que reprocharle al sentenciador cuando ante el marco de las cosas que dejó expresado, aseveró que cuando la simulación se pidió no existía interés en la demandante porque a la sazón ni se había disuelto la sociedad conyugal, ni había siquiera demanda que implorara ese efecto jurídico; momento ese, que no otro, en el que justamente debía aparecer lo que echó de menos; y, por contera, tampoco cuando por ello mismo restó virtualidad al aparecimiento futuro de la demanda incoativa de la separación”.

7.- Al margen de lo que acaba de exponerse, de suyo contundente para determinar que el interés para obrar en juicio se concreta al intentar la acción y no luego, conviene precisar que acá no es de recibo la controversia sobre la aplicación del inciso final del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, que indica que *“En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando este no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio”.*

Todo porque el hipotético argumento de que el interés o legitimación si bien no se tuvo al tiempo de la demanda

sino en desarrollo del trámite y era imperativo considerarlo en la sentencia confutada, es un asunto propio de un error de actividad que en el libelo de casación no se propuso en un cargo aparte y por la causal pertinente, y que la naturaleza eminentemente dispositiva de esta impugnación no permite analizar oficiosamente.

Al respecto ha dicho la Corte que

“Por supuesto que si el sentenciador se desentiende de las anteriores directrices, incurre en un error de actividad, porque vulnera una norma que lo compele a asumir determinado comportamiento al momento de definir el pleito. Acontece lo propio con relación a la incongruencia objetiva, cuando, entre otros casos, peca por defecto, vale decir, cuando omite resolver todo o parte de lo pedido o aquello sobre lo cual debía proveer de oficio” (CSJ SC de 5 de jul. De 2005, Rad. 1999-01493-01).

8.- Por todo lo dicho, los ataques no salen avantes.

9.- Ante la improsperidad del recurso de casación se impone condenar en costas al impugnante, conforme a lo dispuesto en el inciso final del artículo 375 *ibídem*, las cuales deberá liquidar la secretaría, incluyendo por concepto de agencias en derecho el valor que aquí se fijará, para lo que se tiene en cuenta que hubo réplica.

V.- DECISIÓN

En mérito de las anteriores consideraciones, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia,

administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia dictada el 19 de febrero de 2010, por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del proceso ordinario de la referencia.

Se condena en costas del recurso de casación al recurrente. Por concepto de agencias en derecho inclúyase la suma de seis millones de pesos (\$6.000.000).

Notifiquese y devuélvase

JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ

MARGARITA CABELLO BLANCO

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ
(Con salvamento de voto)

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
(Con salvamento de voto)

SALVAMENTO DE VOTO

Con el merecido respeto hacia los magistrados que suscribieron la providencia, me permito expresar los argumentos por los cuales discrepo de la decisión que adoptó la Sala.

1. Según la definición que trae el artículo 113 del Código Civil, los cónyuges se unen en matrimonio con el fin de “*vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente*”. Estos fines aparejan vínculos jurídicos que no se limitan a las obligaciones recíprocas de carácter personal, sino que se extienden a un régimen patrimonial que constituye la base económica de la familia.

La protección del patrimonio familiar ha sido un asunto de gran importancia en los distintos ordenamientos jurídicos, los cuales han implementado a lo largo de la historia varios regímenes patrimoniales, tales como la comunidad de bienes, la separación, o bien una mezcla de ambos.

En el antiguo derecho romano, los bienes de la mujer que se casaba *cum manu* pasaban a ser propiedad del marido *dotis nomine*. Más adelante, en el derecho romano justiniano, las facultades de disposición del marido sobre los bienes dotales se vieron limitadas por la obligación de constituir una *cautio rei uxoriae*. “Gradualmente –refiere Calógero– la dote terminó por ser considerada como un patrimonio de la mujer, y la propiedad del marido se redujo a una mera ficción, ya que él en realidad sólo tenía un derecho de

usufructo". (Derecho matrimonial. Madrid: Aguilar, 1960. p. 260)

En el antiguo derecho germánico, normalmente la mujer estaba sometida a la potestad del jefe de la familia (mundualdo), por lo que el hombre que deseaba tomarla en matrimonio debía pagar a aquél un mundio (especie de derecho de *manu*). La dote, en un principio, era otorgada por el marido al mundualdo; y, con el paso del tiempo, llegó a dársele a ella misma, constituyendo una propiedad de la mujer correspondiente a una parte del patrimonio del marido (*quarta o tertia*).

A comienzos de la baja edad media (siglos XI al XV), con el influjo del derecho canónico, comenzó a surgir la institución de la comunidad universal de bienes, por la que todos los bienes de ambos cónyuges, anteriores y posteriores al matrimonio, formaban una masa común que correspondía a cuotas iguales, con derecho de goce y de administración y un amplio poder de disposición por parte del marido.

Este régimen matrimonial se incorporó al antiguo derecho consuetudinario francés, en el que el marido tenía poder de disposición sobre todos los bienes comunes en calidad de dueño y señor, es decir que era libre para enajenarlos y, aún, donarlos sin el consentimiento de su mujer. Esta facultad tenía una sola restricción: "***disponer sin fraude***", tal como lo formulaba la costumbre de París. Sobre los inmuebles propios de la mujer, en cambio, el esposo sólo ostentaba la calidad de administrador y, por ello, no ejercía derecho de disposición, teniendo la comunidad el usufructo de los mismos. El derecho de la mujer se limitaba a recibir la mitad del activo el día que se disolvía el matrimonio, pero

si a esa fecha no había nada, no podía exigir nada al marido.
(COLIN y CAPITANT. Derecho Civil. Regímenes matrimoniales. Cap. 1.2)

De ahí que Pothier afirmara en el siglo XVIII, parafraseando a Dumoulin: *«El derecho de la mujer en los bienes de la comunidad no es, mientras dura ésta, más que un derecho informe, puesto que no solamente no puede por sí y ante sí disponer nada de la parte que en ellos tiene, sino que su marido, por su cualidad de jefe de la comunidad, en tanto que ésta dura, es el único que tiene el derecho de disponer, como de cosa propia, de todos los efectos que la componen, tanto por parte de su mujer como de la suya propia, sin ser.»* (Ibid. p. 38)

Como contrapeso a los poderes del marido, la mujer contaba con una serie de reglas protectoras –inspiradas en la idea romano canónica de su debilidad–, tales como la separación de bienes, el derecho de renunciar a la comunidad, el beneficio de emolumento, las recompensas y la hipoteca legal. En la práctica, el poder de disposición del marido estaba aún más limitado porque los terceros acostumbraban solicitar el consentimiento de la esposa a fin de no verse perjudicados por dos instituciones que la amparaban: la *cuota viudal*, en virtud de la cual ésta disfrutaba de la mitad de los derechos del marido difunto, y la *hipoteca legal*, que gravaba tanto los inmuebles comunes como los propios del marido. Por tal razón, las enajenaciones de inmuebles o hipotecas que éste realizara no perjudicaban los derechos de la mujer; de ahí que los terceros que contrataban con aquél exigieran siempre la intervención de su cónyuge en el acto y la renuncia a sus derechos. Esta práctica fue explicada por Pothier cuando hizo notar *“la importancia que tiene que cuando se contrata con un hombre casado, se haga intervenir a la mujer para que se obligue con él”*.

El régimen de comunidad de muebles y gananciales (*communauté de meubles et acquêts*) del derecho consuetudinario no regía en todo el reino de Francia, pues antes de la Revolución de 1789 existían regiones que optaban por el régimen dotal de origen romano.

En la preparación del Código Civil de 1804, se defendió la idea de mantener la dualidad de regímenes, pero finalmente triunfó el de comunidad de muebles y ganancias, y los demás sistemas (dotal, de separación de bienes, comunidad reducida a las ganancias, comunidad universal de bienes, o sin comunidad) se establecieron como alternativas convencionales.

Las normas del Código de Napoleón en esta materia, vigentes en Francia hasta 1965, no difieren mucho de la legislación incorporada en el Código de Don Andrés Bello, que al ser adoptada por nuestro ordenamiento civil quedó del siguiente tenor:

Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, y toma el marido la administración de los de la mujer, según las reglas que se expondrán en el Título 22, libro 4º, De las Capitulaciones matrimoniales y de la sociedad conyugal.

Los que se hayan casado fuera de un Territorio, y pasaren a domiciliarse en él, se mirarán como separados de bienes, siempre que en conformidad a las leyes bajo cuyo imperio se casaron, no haya habido entre ellos sociedad de bienes. [Art. 180, hoy modificado]

Este régimen de comunidad de bienes muebles y reparto de ganancias, originado con el simple hecho del matrimonio, se caracterizó por excluir los inmuebles y derechos reales adquiridos

con anterioridad a las nupcias y los adquiridos durante ese convenio a título gratuito; en cuanto a los muebles, todos ellos eran parte del patrimonio común, independientemente del momento o título (gratuito u oneroso) de su adquisición. De igual modo, los frutos producidos por el trabajo o los bienes de cada cónyuge entraban al haber de la sociedad.

Con relación a su disposición, el marido era el administrador único de los bienes del matrimonio, los cuales se confundían con su propio patrimonio. La mujer, por considerarse legalmente incapaz, carecía de la facultad de disponer de los bienes de la sociedad conyugal, salvo en caso de fraude de su marido, que era una excepción que ya existía en el antiguo derecho francés.

La incapacidad legal de la mujer para administrar y disponer tanto de sus bienes como de los comunes, se mantuvo en Colombia desde la Ley 57 de 1887 hasta el final de la Hegemonía Conservadora y el inicio de la República Liberal. En este último período, cobraron fuerza los movimientos activistas femeninos, y los derechos de igualdad de la mujer comenzaron a ser reconocidos por la comunidad internacional.

En este contexto, se aprobó la Ley 28 de 1932, que cambió por completo la situación de la mujer, pues le confirió plena capacidad civil y jurídica, y le permitió disponer y administrar sin restricciones sus propios bienes y los de la sociedad conyugal que estuvieren a su nombre. El marido por tanto, perdió la autoridad absoluta sobre su esposa, los bienes de ésta y los de la sociedad conyugal; comenzando así una era que tiende cada vez más hacia la materialización de la igualdad de género y la defensa de la dignidad de todas las personas.

El legislador de 1932 se inspiró en los ordenamientos de los países escandinavos –que para esa época eran los más modernos y progresistas en materia de igualdad de género–, y en sólo 10 artículos logró transformar un instituto jurídico que durante muchos siglos se utilizó para la cosificación, la opresión y explotación de la mujer.

El artículo 1º de la aludida disposición consagró:

“Durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiriera; pero a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio, y en consecuencia se procederá a su liquidación”.

Esta norma no varió en modo alguno el régimen patrimonial del matrimonio derivado del derecho francés (comunidad de muebles y gananciales), porque solamente modificó lo concerniente a la posibilidad de que la mujer, al ser legalmente capaz, pudiera administrar sus propios bienes y los de la sociedad que adquiriera a su nombre. El sistema legal que desde entonces rige entre nosotros es el de la comunidad universal de bienes muebles y adquisiciones, con separación de administración y disposición.

La composición del patrimonio social que señala el artículo 1781 del Código civil permaneció, en esencia, inalterado, porque aun cuando la legislación anterior consideraba que los bienes propios de la mujer hacían parte del haber de la sociedad, ello solo ocurría porque ésta carecía de la facultad de administración y disposición de los mismos; mas no entraban al patrimonio social, toda vez que no estaban sujetos a reparto sino que debían ser restituidos a su propietaria al momento de la disolución de la sociedad conyugal.

A partir de entonces, se hizo innecesaria la distinción entre ‘bienes que no están sujetos a reparto porque deben restituirse por la sociedad a su propietario’, y ‘bienes gananciales’; pues desde la vigencia de la Ley 28 de 1932 los bienes enumerados en los párrafos 3º, 4º y 6º del artículo 1781 del ordenamiento civil simplemente no entran a formar parte del activo de la sociedad, dado que cada cónyuge los conserva, los administra y dispone de ellos como a bien tenga.

La enumeración de los bienes que conforman los gananciales no sufrió ninguna modificación, como tampoco el régimen de la sociedad conyugal, su origen ni liquidación.

Por ello, carece de soporte jurídico opinar que la sociedad conyugal ‘nace para morir’, o que durante el matrimonio cada cónyuge es dueño de los bienes que adquiere y, por tanto, no se genera un patrimonio común sino que, “por una ficción de la ley”, se considera que la sociedad surgió desde la celebración del matrimonio para los precisos efectos de su liquidación, siendo este último momento el que origina el interés jurídico que pueda

tener la parte afectada o defraudada con la desaparición de los bienes comunes.

La errónea interpretación de la figura que se analiza consiste en confundir el momento de la *‘formación de la sociedad conyugal’* con el de la *‘exigibilidad de la adjudicación de la cuota de gananciales’*. Una cosa es que la sociedad conyugal nace con el matrimonio y desde ese instante se crea el patrimonio común, y otra distinta que durante su vigencia el cónyuge a cuyo nombre se encuentran los bienes actúe –para los efectos de administración y gestión de los bienes gananciales– “como si tuviera patrimonio separado”, quedando aplazada la exigibilidad de los derechos del otro cónyuge hasta el momento de la liquidación.

El artículo 1º de la Ley 28 de 1932 confirma lo anterior cuando señala que durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición “*de los bienes que le pertenezcan*” (es decir los propios), así como de los demás que por cualquier causa “*hubiere adquirido o adquiriera*” (esto es los de la comunidad que estén a su nombre). Lo que significa que desde la celebración del matrimonio se forma un patrimonio social distinto al de cada uno de los cónyuges. Sobre los bienes que hacen parte del patrimonio común, el cónyuge que los detenta a su nombre ejerce tanto su facultad de disposición como la representación de los intereses de su pareja, por lo que responde ante ésta por una mala gestión que haga de los mismos.

Sin embargo, un sector de la doctrina y la jurisprudencia ha entendido que la facultad de disposición del cónyuge sobre los bienes gananciales que están a su nombre significa que ejerce un

dominio absoluto sobre los mismos, lo cual no es cierto de ninguna manera porque tales potestades son una medida para colocar en un mismo plano de igualdad material los derechos de los esposos y su capacidad de administración y disposición del patrimonio familiar, pero jamás una especie de régimen de separación de bienes sin responsabilidad frente al cónyuge defraudado.

El precitado artículo debe interpretarse en el sentido natural y obvio que indica su tenor literal, sin añadirle suposiciones que el legislador no consagró. El hecho que al momento de la liquidación se tenga que considerar *“que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio”*, es sustancialmente distinto a entender que sólo cuando ocurre la disolución del matrimonio o cualquier evento que según la ley civil dé origen a la liquidación de la sociedad, ésta surge a la vida para morir de inmediato.

El precepto citado está en armonía con el artículo 180 del Código Civil, a cuyo tenor *“por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, según las reglas del Título 22, Libro IV, del Código Civil.”* De igual modo, el inciso segundo del artículo 1777 *ibidem*, señala: *“No se podrá pactar que la sociedad conyugal tenga principio antes o después de contraerse el matrimonio; toda estipulación en contrario es nula”*.

Luego, si no está permitido pactar que la sociedad conyugal comienza en un momento distinto al matrimonio, mucho menos es dable hacer tal suposición en virtud de una “ficción”.

En verdad, la ficción novedosa y práctica del legislador

consistió en otorgar plenas facultades de administración y disposición a cada cónyuge sobre los bienes que adquiere a su nombre aunque hacen parte del patrimonio de la sociedad, mas no lo contrario, esto es suponer que durante la vigencia del vínculo matrimonial no hay sociedad pero que al momento de liquidar lo que nunca ha existido *se debe pensar* que hubo una comunidad de bienes que comenzó con el matrimonio. Esto último significa desconocer el mandato de la ley y adentrarse innecesariamente en el ámbito de lo incomprensible, pues de la nada no puede surgir algo, y de un momento a otro no puede transferirse a la sociedad un patrimonio que no ha adquirido, ni unas deudas u obligaciones que jamás ha contraído.

De hecho, la finalidad práctica de esta disposición, además de dejar en igualdad de derechos y condiciones a los cónyuges, es evitar los inconvenientes que generó el régimen de sociedad de gananciales en otros países cuando se quería disponer de los bienes que hacían parte del patrimonio común, en cuyos casos se obstruía la realización de operaciones sobre tales bienes cuando no se contaba con el consentimiento de ambos cónyuges, lo que en la práctica notarial se traducía en que los terceros mostraban resistencia a la realización del negocio con uno solo de los cónyuges.

Es cierto que durante la vigencia de la sociedad conyugal cada esposo puede disponer de los bienes comunes que están a su nombre, pero esa potestad es para percibir o aumentar los gananciales y para facilitar las operaciones negociales sobre los mismos, es decir para incrementar el patrimonio social, pero no para agotarlo o disiparlo; ni mucho menos para defraudar al otro

cónyuge.

Es más, aún en el antiguo derecho francés, como se refirió líneas arriba, existía una fuerte excepción al poder del marido cuando disponía de los bienes comunes para defraudar a la esposa o a terceros, en cuyo caso la persona afectada contaba con las acciones judiciales que protegían su derecho.

No puede pensarse, entonces, que la facultad que adquiere cada cónyuge para disponer de los bienes que forman parte del patrimonio común es ilimitada, o que puede actuar a su libre arbitrio y abusar de su derecho, pues la prohibición de abusar de los propios derechos es un principio que orienta y define todo nuestro sistema jurídico, a la luz del cual deben interpretarse las demás instituciones civiles.

La sociedad conyugal de gananciales, en suma, surge por el matrimonio y con el matrimonio, y durante su vigencia se conforma un patrimonio común, tal como lo expresa el tenor literal del artículo 180 del Código Civil, el segundo inciso del artículo 1777 *ejusdem*, y el artículo 1º de la Ley 28 de 1932; siendo un asunto distinto que cada cónyuge posea la facultad de disponer con libertad y responsabilidad de los bienes que adquiere a su nombre pero que hacen parte del activo social.

Si la ley hubiera querido implementar un régimen de separación de patrimonios en el que cada cónyuge fuera propietario de las cosas que aporta y de las que adquiere durante el matrimonio, simplemente lo habría dicho de manera clara e inequívoca. Mas no lo hizo porque esa no fue su intención, como

sí lo fue perpetuar el régimen de comunidad de gananciales que existe desde 1887.

2. La sociedad conyugal nace con el matrimonio y permanece con él, y desde ese momento se crea el patrimonio común, como lo indican las disposiciones legales analizadas. Por ello, el cónyuge que no tiene la libre disposición y administración de un bien ganancial está legitimado y le asiste interés para reclamar la protección del patrimonio de la sociedad por medio de las acciones judiciales correspondientes, cuando su derecho ha sido vulnerado o se ha visto inminentemente amenazado.

No es acertado aducir que el cónyuge defraudado carece de interés serio y actual para obtener sentencia de mérito en el juicio de simulación por el simple hecho de haber promovido este proceso antes de notificar el auto que admitió la demandada de disolución y liquidación de la sociedad conyugal, pues el interés para obrar está dado por el perjuicio cierto, legítimo y concreto que amerita el proferimiento de un fallo que resuelva el fondo de su litigio, mas no por un acto que depende de su exclusiva voluntad. El interés para invocar judicialmente la protección o restablecimiento de un derecho no puede surgir de las actuaciones procesales realizadas por el reclamante, sino de las circunstancias objetivas que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico subjetivo tutelado por la ley, que en el caso que se examina se materializó en la desaparición del patrimonio de la sociedad con el único propósito de defraudar al marido.

El cónyuge afectado con la venta de los bienes gananciales

está legitimado y tiene interés para demandar la simulación desde el momento mismo que llega a conocer que los derechos patrimoniales de la sociedad han sido vulnerados o se encuentran en grave, serio e inminente peligro, lo cual puede probarse con los hechos que evidencian que el cónyuge que administra o dispone de un bien del haber común ha realizado acciones tendientes a menoscabar dicho patrimonio. Tal, interés, entonces, se refiere a una cuestión estrictamente probatoria que habrá de verificarse en cada caso concreto al momento de dictar sentencia, según las circunstancias que hayan dado lugar a la interposición de la acción.

3. En el caso que se analiza, el demandante probó que tenía interés y estaba legitimado para demandar la simulación de las ventas cuya finalidad fue menoscabar el patrimonio de la sociedad conyugal, de lo cual se percató por el extraño comportamiento de su esposa, que lo indujo a investigar y a corroborar que ésta había transferido ficticiamente la propiedad de los inmuebles familiares a una hermana (quien además era su empleada), a un cuñado y a su hija menor de edad.

Todos los supuestos de hecho de la simulación se probaron en el proceso, pues las fingidas ventas se celebraron en la misma fecha; carecieron de causa justificable; los compradores fueron familiares insolventes (uno de ellos llevaba viviendo más de 20 años fuera del país); el precio fue exageradamente inferior a su valor real; no se explicó la forma de pago ni el destino de los dineros; y la ficta vendedora nunca se ha desprendido de la posesión de los mismos. Además, para eludir la restricción legal

de celebrar ventas entre padres e hijos, la demandada transfirió algunos inmuebles a su hermana, quien al cabo de tres meses los traspasó, a su vez, a la hija de aquélla, quedando en evidencia un flagrante fraude a las prohibiciones que establecen las leyes de familia, que son de orden público.

Las ventas simuladas se celebraron entre 1997 y 1998, cuando la esposa aún no había comunicado a su marido su intención de terminar la relación, lo cual se materializó el 8 de junio de 1998 cuando aquélla lo expulsó del hogar. El 31 de agosto siguiente se presentó la demanda de cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso, y el 10 de septiembre de 1998 la de simulación. Es decir que cuando inició el proceso de simulación ya se había concretado el perjuicio inferido al patrimonio de la sociedad conyugal y a los intereses del actor.

En todo caso, al momento de dictar la sentencia de primera instancia (25 de octubre de 2006), se había notificado el auto admisorio de la demanda de cesación de efectos civiles (17 de noviembre de 1998). Es más, para esa fecha ya se había dictado la sentencia que declaró la disolución y liquidación de la sociedad conyugal (29 de marzo de 2000), tal como se reconoció en el fallo de primer grado. [Folio 183, c. 1]

De manera que, aún en el evento de que el Tribunal considerara que el interés del actor surge con la notificación del auto admisorio de la demanda de cesación de efectos civiles –que como se demostró, es una postura errónea–, esa Corporación estaba en la obligación de dictar sentencia de mérito por haberse acreditado debidamente el interés para obrar, tal como lo prevé el

inciso final del artículo 305 del estatuto procesal, a cuyo tenor “*en las sentencias se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al Despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio*”.

Tanto la legitimación en la causa como el interés para obrar son cuestiones que conciernen al derecho sustancial sobre el cual versa el litigio y, por ende, sólo al momento de decidir el fondo de la controversia debe determinarse si están o no debidamente demostrados, sin que esté el demandante obligado a alegarlos en ninguna etapa del proceso, pues son condiciones de la sentencia de mérito que el juez debe corroborar aún de oficio.

El error evidente y trascendente en la motivación de la decisión acusada consistió en no tener por demostrado el interés para invocar la simulación, cuando tal hecho se encontraba suficientemente acreditado en el proceso, lo que ameritaba la intervención de la Corte a fin de garantizar el derecho del demandante al control de legalidad *sobre su caso*, es decir su derecho subjetivo al juicio de casación, que tiene entre sus fines “*proveer a la realización del derecho objetivo en los respectivos procesos*”, así como “*reparar los agravios inferidos a las partes por la sentencia recurrida*”. (Artículo 365 del Código de Procedimiento Civil)

Desde esta perspectiva finalista, consagrada en la norma positiva, el contenido esencial y primordial de la garantía de legalidad que se atribuye a la casación consiste en asegurar la satisfacción de los derechos de los sujetos involucrados en el

proceso. Es decir que por expreso mandato de la ley, la casación no cumple una función de control de legalidad en abstracto o en interés exclusivo de la ley, porque la garantía objetiva de la legalidad se resuelve únicamente mediante la tutela material de los derechos individuales.

Por ello, si la Corte advirtió que la sentencia acusada pasó por alto que en el proceso se hallaba debidamente demostrado tanto el interés para obrar como los demás presupuestos para proferir un fallo de fondo, irrogando tal omisión un agravio al demandante que debe ser reparado, estaba en la obligación de casar tal sentencia para proferir, en su lugar, una decisión ajustada a derecho y a las circunstancias fácticas que se lograron probar.

Por lo demás, carece de toda razonabilidad que el actor tenga que iniciar un nuevo proceso –que bien puede promover en la medida que no ha obtenido un pronunciamiento que resuelve el mérito del litigio–, para que demuestre lo que ya quedó suficientemente probado en esta controversia, restando importancia a los principios de celeridad, eficacia y economía procesal, sobre todo cuando la acción de simulación corre grave riesgo de prescribir debido a las demoras de la administración de justicia, pues este proceso lleva ya 17 años (desde el 10 de septiembre de 1998) recorriendo las diversas instancias judiciales.

4. Por las razones anotadas, debió declararse la prosperidad de la demanda y casarse la sentencia proferida por el sentenciador de segunda instancia.

En los términos esbozados con precedencia, dejo expresado mi disenso.

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ
Magistrado

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL

SALVAMENTO DE VOTO

Radicación: 0526631030022001-00509-01

Con el debido respeto para con el M. ponente, y del mismo modo, para todos los demás magistrados integrantes de la Sala de casación civil, paso a presentar las razones de mi salvamento de voto.

Para exponer mi postura, metodológicamente lo haré de la siguiente forma: En primer lugar, compendiaré la tesis central del fallo definitorio del litigio, mostrando su columna vertebral; en segundo momento, bosquejaré la línea jurisprudencial de la sólida y reiterada doctrina que esta Corte ha sostenido por décadas, y sobre la cual se edifica la sentencia de la que me aparto. Posteriormente, trataré de señalar los errores conceptuales de esa doctrina, que si bien es cierto, resultaba razonable y ajustada para las respectivas épocas cuando eran objeto de juzgamiento aquéllos litigios, hoy, en la estructura teórica del Estado

Constitucional de Derecho, los mismos, demandan de esta Corte, una reformulación y una visión diferente siguiendo los valores, principios y derechos prohijados por la actual Carta Constitucional.

1. La *ratio decidendi* de la providencia que definió el recurso de casación

La providencia proferida en el expediente 2001-00509-01, de la cual me separo, y con la que se cierra el debate en sentido adverso a las pretensiones encaminadas a declarar la simulación absoluta de dos contratos de compraventa celebrados entre uno de los cónyuges, que actuó como vendedor y el señor, José Vélez, quien en calidad de tercero de la sociedad conyugal vigente para entonces, actuó como comprador.

El recurso de casación censuró al amparo de la causal primera del art. 368 del C. de P. C., la infracción de los artículos 1776 C.C. y 1 de la Ley 28 de 1932.

Las pretensiones llegaron negadas a esta Corte, y la decisión revisando el fondo del litigio se abstuvo de casar, prohijando como *ratio decidendi*, la siguiente doctrina:

“Se debe concluir que en manera alguna el Tribunal violó las normas sustanciales invocadas en el primer cargo, toda vez que para la bienandanza de la acción de simulación ejercida por uno de los cónyuges frente a los actos de disposición aparentes del otro en vigencia de esa relación, era preciso averiguar, preliminarmente, como en efecto se hizo, si le asistía “interés” serio y actual a Álvaro de Jesús Montoya, pues, dado el matrimonio que lo ataba con María Eugenia Guzmán y la regulación de su régimen económico establecido en la Ley 28 de 1932, el mismo solo afluía con la real o

efectiva disolución de la sociedad conyugal entre ellos, o por vía de excepción, con la notificación a Guzmán Vázquez de la demanda de cesación de efectos civiles que aparejaba ese efecto.

“Apar un criterio diferente en el que le bastara al cónyuge, sin más, acreditar su condición para cuestionar por simulados los negocios o actos de su pareja sobre bienes con vocación de gananciales, valga decir, con total abstracción de lo reglado en el artículo 1 de la referida ley, implicaría, como ya lo indicó la Sala, “anular la facultad que la misma ley le concede a cada uno de ellos para disponer libremente de los bienes que adquiriera durante la unión matrimonial”.

“En suma, si el ejercicio de cualquier acción exige la demostración de un “interés jurídico”, de lo cual no escapa la de simulación derivada jurisprudencialmente de lo consagrado en el artículo 1776 del Código Civil, no cabe reproche “jurídico” al razonamiento del ad quem, que señaló que no podía pretenderse la declaratoria de apariencia sino se ha probado “el estado de disolución”, o la “demanda de nulidad de matrimonio, de divorcio o de cesación de efectos civiles, pero siempre que [ella] hubiese sido admitida y se haya notificado el auto admisorio [...] a la parte accionada”.

2. La sólida y decantada doctrina construida por la Sala Civil de esta Corte, y que edifica el fallo censurado que debió casarse

Urdiendo la historia de la simulación entre cónyuges, la concepción vigente de esta Corte, encuentra asiento en la sentencia de 17 de diciembre de 1931 donde razonó, con ponencia del notable magistrado, Tancredo Nannetti:

“(...) Son frecuentes los casos en que el marido, ya sea para ponerse a cubierto de una separación de bienes, o para favorecer intereses distintos de los de la sociedad conyugal que administra, dispone fraudulentamente, simuladamente de los bienes, a despecho de la voluntad de la mujer, y “una vez disuelta la sociedad no podría negarse a aquella la acción” para demandar la nulidad de los contratos celebrados por el marido para perjudicarla”¹.

¹ COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent. de 17 Dic. de 1931, MP. Tancredo Nannetti. Este es el mismo ponente del célebre y recordado fallo

En un memorable fallo de 1937, con ponencia del magistrado, Arturo Tapias Pilonieta en el juicio ordinario de simulación bajo la tesis imperante de “*simulación – nulidad*”, Adelaida Navarro demandó a su cónyuge Vicente Rodríguez Díaz, por la venta que éste hizo a Ángel Alberto Rodríguez; litigio presentado ante el juez del Circuito de Purificación, quien negó las súplicas; apelado el fallo el Tribunal lo revocó accediendo a las pretensiones. Tramitado el recurso de casación, en una magistral sentencia sobre la interpretación de la Ley 28 de 1932 y sus alcances, expuso la Corte sobre el estado de latencia de la sociedad conyugal:

“Según el sistema del código civil, por lo que respecta a bienes en el matrimonio había que distinguir estas tres categorías: bienes del marido, bienes de la sociedad conyugal y bienes de la mujer. Ante terceros se confundían el patrimonio social y el del marido. Pero disuelta la sociedad conyugal se manifestaba su existencia para los efectos de liquidarla, determinando los aportes y recompensas de cada cónyuge. Entonces era ya cuando ante terceros surgían perfectamente delimitados esos tres patrimonios, de los cuales los dos primeros se habían presentado en un solo, conforme está dicho.

“Y del mismo modo que anteriormente la sociedad conyugal permanecía latente hasta el momento de su liquidación, la sociedad de hoy emerge del estado de latencia en que yacía, a la más pura realidad, con el fallecimiento de alguno de los cónyuges, el decreto de divorcio o de nulidad del matrimonio, o el reconocimiento de alguna de las causales de separación de bienes, de aquellas que quedaron vigentes por no estar en oposición con la reforma. (Art. 154 del C. C. y art. 2° de la ley 8° de 1922).

“El legislador conservó la institución de la sociedad conyugal como vínculo patrimonial entendido entre los esposos. Así dijo varias veces: primero, al disponer que a la disolución del matrimonio o en cualquier otro: evento en que conforme al código civil deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio; después, cuando ordena que esa

Villaveces, antesala de la indemnización por perjuicios morales y de la reparación simbólica en el derecho nacional.

sociedad se divida conforme a las disposiciones normativas del código civil; y luego, en el artículo 7°, en que autoriza los arreglos de cuentas de las sociedades existentes a efecto de acomodarles a la nueva gerencia dual y autónoma de marido y mujer en la sociedad”².

2 COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent del 20 de octubre de 1937, Mg. Pon. Dr. Arturo Tapias Pilonieta. En el mismo sentido agrego: “Esta insistencia del legislador no puede desatenderse a merced de objeciones generalmente basadas en la asimilación que pretende hacerse entre las sociedades ordinarias del derecho común y la sociedad entre esposos. Asimilación inaceptable desde que la última constituye una institución sui generis, de naturaleza especial, con características peculiares, que la distinguen y la distancian de toda otra institución legal. Entre esas características peculiares estaba, por ejemplo, en el sistema del código civil, la de que la mujer, antes de disolverse la sociedad conyugal, carecía de todo derecho sobre los bienes sociales, según el categórico mandato del artículo 1808. Don Andrés Bello dice en una nota sobre el artículo' del proyecto a que corresponde el 1808: "Se ha descartado el dominio de la mujer en los bienes sociales durante la sociedad: ese dominio es una ficción que a nada conduce". Agrega el comentarista chileno Barros Errazuriz: "Los derechos de la mujer sobre el haber social empiezan en el momento en que, la sociedad se disuelve; ella es dueña de la mitad de gananciales, si no los ha renunciado". Páginas antes, explicando el régimen de comunidad, había emitido ya este; último autor el siguiente concepto: "Los derechos de la mujer sobre el haber social nacen cuando la sociedad concluye". (Curso de Derecho Civil por Alfredo Barros Errázurfe, volumen IV, págs. 144 y 91). De consiguiente, en el sistema del código civil la mujer poseía únicamente, como también lo apuntan Alessandri Rodríguez y don Fernando Vélez, una expectativa, la posibilidad de llegar a ser comunera en los bienes sociales si es que ellos existían a la disolución de la sociedad. “Era una comunidad entendida o latente, que se transformaba ante terceros de la potencia al acto en el preciso momento en que sobrevénia la disolución de la sociedad. “Y semejante característica de latencia, aparentemente paradójal, pero en todo caso cierta, perdura a través de la reforma. Empero, con esta mayor extensión en fuerza de las gerencias organizadas por la Ley 28: que antes de la disolución de la sociedad ni el marido tiene derecho sobre los bienes de la sociedad manejados por la mujer, ni ésta tampoco sobre los bienes de la sociedad manejados por aquél, dándole así a cada uno de los esposos la calidad de dueño que antes competía exclusivamente al marido, a cuyo fin hubo, de crearse la doble administración de los bienes, cuyo carácter de sociales no viene a revelarse ante terceros sino al disolverse la sociedad. “Pero disuelta la sociedad surge ahora, bajo el imperio de la reforma, como antes también surgía bajo el imperio del Código Civil, la comunidad sobre los bienes sociales existentes en ese momento en poder de cualquiera de los cónyuges, comunidad que habrá de liquidar conforme las reglas del código compatibles con el nuevo régimen. “Por ejemplo: un inmueble adquirido hoy por la mujer a título oneroso durante el matrimonio, constituye un bien social que ella puede enajenar y administrar libremente, en fuerza de su plena capacidad, pero virtualmente susceptible, en su carácter de bien social, de constituir uno de los elementos integrantes de la masa partible, como activo de la sociedad conyugal, si a tiempo en que ésta se disuelve no ha sido enajenado. “Este

Y añadiendo la explicación de los efectos del art. 7 de la señalada Ley, expuso:

“De donde infiérese que el legislador puso buen cuidado en no asimilar, en cuanto a su alcance y contenido, la liquidación provisional del artículo 7º, no obstante la cual los socios continúan constituyendo la sociedad de gananciales, a la liquidación definitiva que sobreviene como consecuencia de la disolución de la sociedad. La redacción del artículo 7º demuestra que aquella distribución provisional apenas constituye un principio o una base de la que posteriormente ocurra al romperse definitivamente la sociedad. No de otra manera se explica el que el reparto de gananciales sea a buena cuenta, esto es, a modo de imputación anticipada a lo que a los cónyuges corresponda en la liquidación final”³.

Finalmente concluyó sobre la legitimación del cónyuge para demandar la simulación:

“De otro lado, demostrada como está en el capítulo anterior la capacidad de la mujer para iniciar la acción de simulación, esa misma circunstancia la sitúa lógicamente en la posición de tercero en el contrato acusado y por lo tanto amparada por la prerrogativas de la libertad en la administración de la prueba de la inexistencia de un contrato ostensible.

“La cónyuge defraudada en su interés especial por el antiguo jefe único de la sociedad conyugal, al recobrar su libertad mediante la Ley 28 adquirió igualmente el uso de acciones atinentes a restaurar el daño que se le irroga, al mermar y hasta eliminar sus gananciales”⁴.

sistema de la Ley 28, que como se ha visto mantiene como cosa latente la noción de sociedad entre los contrayentes con la idea de separación respecto de terceros, ha merecido el elogio del citado jurista don Arturo Alessandri Rodríguez, Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Chile, quien en su reciente obra intitulada "Tratado práctico de las capitulaciones matrimoniales, de la sociedad conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada", edición de 1935, dedica un comentario al régimen colombiano, que él llama de "Participación en los gananciales", recomendándolo como el más perfecto entre los que él estudia (...).

3 COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent del 20 de octubre de 1937, Mg. Pon. Dr. Arturo Tapias Pilonieta.

4 COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent del 20 de octubre de 1937, Mg. Pon. Dr. Arturo Tapias Pilonieta.

En el juicio de simulación propuesto por Julia Guevara contra Leonardo Cancino, hombre de confianza del vendedor, en el cual se demandó la compraventa que su cónyuge, Teófilo Hernández, quien simuló vender a Cancino varios inmuebles pertenecientes a la sociedad conyugal, con el fin de que los bienes traspasados no fueran denunciados como de la sociedad conyugal, en el litigio sobre separación de bienes que la demandante le había propuesto a su marido, dijo la Corte, en el año 1953, con ponencia del magistrado, Manuel José Vargas:

“De acuerdo con el régimen patrimonial establecido por la ley 28 de 1932, "durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición, tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiriera; pero a la disolución del matrimonio o en cualquiera otro evento en que conforme al código civil, deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio, y en consecuencia, se procederá a su liquidación". Lo cual, no otra cosa significa, según lo tiene ya aceptado uniformemente la jurisprudencia, que todo el haber patrimonial adquirido dentro del matrimonio por uno de los cónyuges, pertenece directamente a quien lo adquirió, con las consiguientes facultades de libre administración y disposición, que son inherentes al dominio; pero no de un modo puro y simple, sino limitado en cuanto al tiempo, por el hecho condicional de la disolución del matrimonio, o de alguno de los eventos que de acuerdo con la ley determinan la liquidación definitiva de la sociedad, la cual pasa entonces del estado potencial o de latencia en que se hallaba, al, de una realidad jurídica incontrovertible, para recibir dentro de su propio patrimonio aquellos bienes y hacerlos así objeto de las consiguientes distribución y adjudicación entre los mismos cónyuges, o entre quienes legítimamente representen sus derechos. Pero, como el concepto jurídico de patrimonio comprende, tanto los bienes corporales, como los incorporales (art. 653 del C. C.), es claro entonces que a ese haber social deben ingresar no solamente los primeros, sino también los derechos y acciones de cada cónyuge que forman entre los segundos (art. 1781 ibídem). También es cierto que, a virtud de la ley 68 de 1946, cuyos preceptos son interpretativos de las normas de la citada ley 28, en relación con el patrimonio que esta ley encontró formado, el marido continúa siendo con respecto de terceros,

dueño de los bienes sociales, y por tanto, con facultad suficiente para enajenarlos, gravarlos, etc. Pero esto no quiere decir que la mujer carezca de interés jurídico para demandar los actos del marido, que éste haya ejecutado en fraude de la sociedad conyugal de que ella forma parte y que pueda demandar, ya la simulación, ya la nulidad de los actos que lesionan el patrimonio común, para que los bienes de que el marido dispuso irregularmente vuelvan a la masa de la sociedad conyugal. Se halla en operaciones de esta naturaleza, un estado de hecho contrario al derecho que legitima la intervención del cónyuge lesionado para que se restablezca la verdad jurídica. Se demanda por la señora Guevara al pretendido comprador de un bien de la sociedad conyugal, para que éste sea reintegrado al haber común.

“La simulación tiene lugar, entre otros casos, cuando se encubre el carácter jurídico de un acto, bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, a cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen. Desde el punto de vista de su naturaleza interna, la simulación puede ser de dos formas: absoluta y relativa; la absoluta es cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real, y la relativa, cuando se emplea para dar a un acto jurídico una apariencia que oculta su verdadero carácter. En el caso en estudio, se sostiene que la venta es simulada, porque don Teófilo no tuvo intención de vender, ni de transferir en forma alguna el dominio, ni Cancino la de adquirirlo. La transferencia hecha de los bienes de uno al otro, sólo tuvo por objeto hacer aparecer los bienes en cabeza de otra persona, como lo fue Cancino, con el fin de evitar las consecuencias de un juicio que se proponía intentar la Guevara contra su esposo. Cancino no era, pues, sino un testaferro en el propósito de don Teófilo”⁵.

Ese criterio, fue plasmado luego en la providencia de 17 de marzo de 1955 cuando la misma Sala expresó:

“(...) El hecho de contraer matrimonio impone a los cónyuges deberes y obligaciones que deben cumplirse durante la existencia y aun disuelta y liquidada la sociedad conyugal, y esos deberes y obligaciones no han sido desconocidos por la Ley 28 de 1932, que dio a la mujer casada su plena capacidad jurídica para administrar y disponer libremente de sus bienes, sustrayéndola

⁵ COLOMBIA, CSJ. Civil: Sent. del 7 de sept. De 1953, Mg. Pon. Dr. Manuel José Vargas.

en esto a la potestad del marido, pero dicha ley no terminó con la sociedad conyugal que se forma por el hecho del matrimonio y que adquiere su plena fuerza en el momento de la liquidación.

“(...).

“Después del 1 de enero de 1933 las cosas cambiaron, pues la Ley 28 de 1932 reconoció a la mujer casada su plena capacidad y le dio la facultad de administrar y disponer libremente de los bienes que le pertenezcan al momento de contraer matrimonio, que hubiera aportado a él o los que por cualquier causa haya adquirido o adquiera, equiparando e igualando las facultades de la mujer y las del marido. Pero la ley no puede entenderse en el sentido de que esa libertad de administración y de disposición otorgada a cada uno de los cónyuges sea tan absoluta que excluya todo recurso o acción defensiva contra una mala administración. La modificación substancial de las relaciones de orden patrimonial surgidas del hecho del matrimonio permite al marido el ejercicio del derecho que en el régimen del Código Civil tenía la mujer para provocar una acción de separación de bienes y conseguir que, por la disolución de la sociedad conyugal producida por la sentencia de separación, se establezca y liquide su derecho a participar en los gananciales. Entonces se considerará dice la Ley que los cónyuges han tenido esa sociedad desde la celebración del matrimonio; esto es, deja de ser latente o virtual la sociedad conyugal y se actualiza en razón de la disolución, para los fines de la correspondiente liquidación y pago de esos gananciales. Y para asegurar precisamente el tránsito de ese interés de su estado simplemente virtual a su estado actual, es para lo que la ley permite que el actor en el juicio de separación solicite las medidas preventivas de que trata el artículo 201 del Código Civil, con el fin de que la libertad de administración del cónyuge demandado se mantenga en su statu quo, mientras se decide la acción y se cumple con la liquidación de la sociedad conyugal. Lo cual quiere decir que cuando por parte del cónyuge demandado se pretende sustraer a tales efectos y la consiguiente liquidación determinados bienes, el actor tiene interés jurídico actual en que las medidas preventivas comprendan todos los bienes que no hayan salido realmente del activo que cada cónyuge administra separadamente, describiendo el velo tendido por una acto simplemente aparente, para que ese derecho no se frustre”⁶.

En sentencia de 8 de junio de 1967, la Sala de Casación Civil reiteró ese planteamiento:

⁶COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent. de 17 Mar de 1955. M.P. Julio Pardo Ávila.

“(…) Si cada cónyuge administra y dispone libremente de los bienes que adquiere durante el matrimonio y si sólo cuando se disuelva la sociedad conyugal se considera que ésta ha existido desde la celebración de aquél, síguese que por regla general mientras no se disuelva dicha sociedad ninguno de los cónyuges puede atacar los actos celebrados por el otro, pues si le fuera permitido hacerlo antes esto conduciría en el fondo a anular la facultad que la misma ley le concede a cada uno de ellos para disponer libremente de los bienes que adquiriera durante la unión matrimonial.

“Se dice por regla general porque la jurisprudencia ha aceptado que aun antes de la disolución puede surgir el interés del cónyuge para demandar la simulación cuando con anterioridad a la presentación de esta demanda ha pedido la separación de bienes a objeto de que al decretarse queden sometidos al régimen de la liquidación de los gananciales todos los bienes que no hayan salido real y legítimamente del haber social de la sociedad conyugal. Así lo decidió la Corte en sentencia de 17 de marzo de 1955, en donde expresó: por lo demás el interés jurídico inmediato para el presente juicio lo deriva el demandante en su condición de actor en el juicio de separación de bienes y de las medidas de seguridad autorizadas para dicho juicio”⁷.

Posteriormente en providencia de 20 de noviembre de 1979, la Corte insistió en *“(…) el interés jurídico que le asiste al cónyuge para demandar la simulación respecto de actos celebrados por el otro sobre bienes sociales, cuando han tenido ocurrencia para eludir de esa manera las consecuencias que podrían aparejarle (al simulante) un decreto de separación de cuerpos y la consiguiente liquidación de la sociedad conyugal”⁸.*

En casación del 4 de octubre de 1982, con ponencia del Dr. Alberto Ospina Botero, persistió en aquél criterio, defendiendo que el cónyuge estaba legitimado *“(…) para demandar la simulación de los negocios jurídicos celebrados por el otro, una vez disuelta la sociedad conyugal o también, estando vigente (…)*

⁷ COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent. de 8 Jun de 1967. M.P. Flavio Cabrera Dussán.

⁸ COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent. de 20 Nov. de 1979. MP. Germán Giraldo Zuluaga.

cuando el cónyuge ha demandado la separación de bienes, la separación de cuerpos, el divorcio, la nulidad del matrimonio, etc.”⁹.

En efecto, esta sentencia recapitulando esa tesis, razonó:

“(…) La doctrina de la Corte permite concluir que el cónyuge tiene personería o está legitimado para demandar la simulación de los negocios jurídicos celebrados por el otro, una vez disuelta la sociedad conyugal, o también, estando vigente cuando se configure un interés jurídico vinculado necesariamente a la disolución de la sociedad de bienes, como acontece cuando el cónyuge ha demandado la separación de bienes, la separación de cuerpos, el divorcio, la nulidad del matrimonio. Sin mediar la disolución de la sociedad conyugal o sin haber demandado al otro cónyuge en el litigio que comprometa la existencia de la sociedad de bienes, no procede su pretensión de simulación, por carencia de interés jurídico para impugnar los actos o contratos en este sentido.

“(…) Durante la existencia de la sociedad conyugal cada cónyuge se encuentra facultado legalmente para administrar y disponer libremente de los bienes que adquiera, sean sociales o propios, no es menos cierto que al disolverse la sociedad por cualquiera de las causas legales, o al promoverse un proceso ligado necesariamente a la disolución de la sociedad de bienes, surge nítidamente el interés jurídico tutelable para uno de los cónyuges de impugnar de simulados los actos de disposición del otro cuando mediante ellos se pretende sustraer bienes sociales de la liquidación de la sociedad. Por el contrario, si no se ha disuelto la sociedad, ni judicialmente se pretende su disolución, no aparece el interés jurídico para impugnar los actos ficticios.

“(…) Entonces no siendo la acción de simulación de linaje popular sino de carácter privado, solo puede ejercerla el interesado, ó sea,

⁹ COLOMBIA, CSJ. Gaceta Judicial, Tomo 165 de 1982, N° 2406, pág. 211-218. En esta sentencia reitera en un todo la doctrina de la misma Corte expuestas en las providencias del 17 de diciembre de 1931, 29 de marzo de 1939, 17 de marzo de 1955, 29 de febrero de 1926, 8 de junio de 1967 y 20 de noviembre de 1979, que poco a poco ampliaron la legitimación de un cónyuge para demandar la simulación de los actos celebrados por el otro cónyuge sobre bienes adquiridos a título oneroso, durante el matrimonio, cuando la demanda de simulación es posterior a la existencia de un juicio de separación de bienes, de cuerpos, divorcio o nulidad de matrimonio, caso contrario, carecería de interés, para oponerse a los actos ficticios que pretenden sustraer bienes sociales de la liquidación por carencia de perjuicio actual (no eventual), y cierto (no hipotético), al no poderse reclamar el derecho de futuro. Esta decisión fue reiterada en la sentencia del 15 de septiembre de 1993, M.P. Héctor Marín Naranjo - Gaceta Judicial 225 de 1993, N° 2464, pp. 483-495.

que aquel que teniendo un derecho resulta lesionado por la simulación. De suerte que el cónyuge, en frente de negocios simulados celebrados por el otro cónyuge con relación a bienes sociales, si no se ha disuelto la sociedad conyugal o se ha demandado en causa que vaya orientada a la disolución de la misma, como la separación de cuerpos, de bienes, el divorcio, etc. Su sola calidad de cónyuge no lo legitima para atacar el acto simulado el acto celebrado por el otro consorte”¹⁰.

En el mismo pronunciamiento se asentó:

“(...) La jurisprudencia ha evolucionado en el punto desde requerir para la procedencia de la acción de simulación la ocurrencia de alguna de las causales de disolución de la sociedad conyugal hasta considerar suficiente promover proceso de separación de bienes, de cuerpos, el de divorcio o el de la nulidad del matrimonio.

“(...) pues para la procedencia de la acción de simulación por parte de uno de los cónyuges, la disolución de la sociedad conyugal es necesaria, pues sólo en tal evento aparece para él el interés jurídico con las calidades de actual y real”.

De modo que con antelación a la disolución, los cónyuges pueden disponer de los bienes sociales, pero con la disolución de la sociedad conyugal se extinguen sus derechos patrimoniales singulares sobre la masa social, para mutarse en universales integrándose así, un patrimonio autónomo indiviso, y cualquier acto dispositivo entrañaría venta de cosa ajena, como lo describe la misma Corte, sin que los negocios anteriores, puedan ser impugnados:

“Durante la vigencia de la sociedad, cada cónyuge puede ser titular de dos categorías de bienes: los propios exclusivos de cada uno (como los que tenga en el momento del matrimonio, los que

¹⁰ COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent. de 4 Oct. de 1982. MP. Alberto Ospina Botero.

adquiera a título gratuito y los que consiga a título oneroso pero para subrogar bienes exclusivamente propios); y los sociales o gananciales, destinados a conformar la masa común partible cuando sobrevenga la disolución de la sociedad.

“Desaparecida la incapacidad civil de la mujer casada mayor de edad y la jefatura única de la sociedad conyugal por parte del marido, por virtud de la Ley 28 de 1932, tanto éste como aquélla hállanse facultados para administrar y disponer libremente de sus bienes, entendiendo por tales los de su exclusiva propiedad y los que, a pesar de tener el carácter de gananciales, se radican en cabeza de uno o de otro. Porque, como lo interpretó la Corte desde 1937, “...la sociedad (conyugal) tiene, desde 1933, dos administradores, en vez de uno; pero dos administradores con autonomía propia, cada uno sobre el respectivo conjunto de bienes muebles e inmuebles aportados al matrimonio o adquiridos durante la unión, ya por el marido, ora por la mujer” (G.J., t.XLV, págs. 630 y ss.).

“Esta facultad de administrar y de disponer libremente se ve recortada cuando la sociedad se disuelve; a partir de este evento, cada uno de los esposos sólo puede disponer de los bienes que sean suyos exclusivamente, desde luego que en nada los afecta la disolución de la sociedad. Por este hecho, emerge la indivisión o comunidad de gananciales, y mientras perdure este estado, o sea, entre tanto se liquide y se realicen la partición y la adjudicación de bienes, cada cónyuge pierde la facultad que tenía de administrar y de disponer libremente de los bienes sociales. El desconocimiento de esta situación, o sea, el que por uno de los cónyuges se venda un bien que tiene la condición social, puede dar lugar al fenómeno de la venta de cosa ajena, como reiteradamente lo ha expuesto la jurisprudencia de la Corte”¹¹.

En providencia dictada el 15 de septiembre de 1993, la Sala expuso:

“(...) Cumple ahora insistir que el interés, así perfilado, debe preexistir con el cónyuge que se lanza a combatir de simulados los negocios del otro; de manera que cuando formula demanda en ese sentido, esto es, de simulación, ahí debe estar precedido de aquel; porque tal interés, como elemento que es de la pretensión, debe aparecer ab initio, o sea, existir al tiempo de deducirse la acción porque el derecho no puede reclamarse a futuro. El interés debe ser, amén de cierto, actual, vale decir, existir al tiempo de recabarse la simulación; tener presente que cualquier otro momento, incluido el de la litis contestatio como aquí lo sugiere el casacionista, es admitir que se puede reclamar la simulación con tal de que posteriormente, y obviamente con reclamo de derecho

11Sentencia N° 102, de abril 25 de 1991, M.P. Héctor Marín Naranjo.

de futuro, se instaure la separación de bienes. Y como tal característica de actualidad estriba no más que en la inmediatez de la determinación que ha de sobrevivir, resulta aconsejable sobremanera que, así las partes como el juez de la causa, estén atentos a verificar su vigencia, porque es evidente que si en el proceso de divorcio o separación de cuerpos, recae pronunciamiento que destruye la posibilidad de que la sociedad conyugal acabe, es este un hecho que el juez no puede perder de vista para tomar una decisión adecuada, por supuesto que la evanescencia sobreviniente de tal posibilidad lleva consigo la del interés”¹².

Las providencias del 30 de octubre de 1998, Rad. 4920; del 5 de septiembre de 2001, radicado 5868 y, 13 de octubre de 2011, continuaron por la misma senda, incluyendo también el radicado 2007-0100-01, cuando plasmó:

“(…) Según lo establece el artículo 1 de la Ley 28 de 1932, entre los atributos que para los cónyuges surge de la constitución de la sociedad conyugal, está el de disposición que durante el matrimonio puede ejercer cada uno de ellos respecto de los bienes sociales que le pertenezcan al momento de contraerlo, o que hubiere aportado a él, prerrogativa que sólo decaerá a la disolución de la sociedad, por cuya causa habrá de liquidarse la misma, caso en el cual se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio. Significa lo anterior, entonces, que mientras no se hubiese disuelto la sociedad conyugal por uno cualquiera de los modos establecidos en el señalado artículo 1820 del Código Civil, los cónyuges se tendrán como separados de bienes y, por lo mismo, gozarán de capacidad dispositiva con total independencia frente al otro, salvo, claro está en el evento de afectación a vivienda familiar de que trata la Ley 258 de 1996, independencia que se traduce en que éste no puede obstaculizar el ejercicio de ese derecho. De igual manera, en vida de los contratantes tampoco los eventuales herederos podrán impugnar los actos celebrados por el otro cónyuge, fincados en las meras expectativas emergentes de una futura e hipotética disolución del matrimonio o de la sociedad conyugal, como que así no fuere se desnaturalizaría su régimen legal. En cambio, una vez disuelta la sociedad conyugal los cónyuges están legitimados para demandar la simulación de los actos celebrados por el otro. El interés jurídico es patente en ese caso porque disuelta la sociedad por cualquiera de las causas

12 COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent. de 15 Sept. de 1993, exp 3587.

legales, se actualiza el derecho de cada uno de los cónyuges sobre los bienes sociales para la determinación de los gananciales que a cada uno correspondan. Pero antes de esa disolución puede existir ya el interés jurídico en uno de los cónyuges para demandar la simulación de un contrato celebrado por el otro sobre bienes adquiridos por éste a título oneroso durante el matrimonio cuando la demanda de simulación es posterior a la existencia de un juicio de separación de bienes, o de divorcio, o de nulidad del matrimonio, los cuales al tener éxito, conllevan la disolución de la sociedad conyugal, caso en el cual se exige que una de tales demandas definitorias de la disolución de dicha sociedad se haya notificado al otro cónyuge, antes de la presentación de la demanda de simulación; por supuesto que en eventos como los señalados asoma con carácter definido una amenaza grave, cierta y actual a los derechos del demandante, toda vez que, sin lugar a dudas, la preservación del negocio simulado acarrea una mengua a sus derechos. Quiérese destacar, entonces, que el derecho a la libre disposición derivado del régimen legal vigente de la sociedad conyugal, se encuentra fuera de toda discusión en relación con los actos en que el cónyuge dispone real y efectivamente de los bienes que, asumiendo la condición de sociales al momento de la disolución, le pertenecen. Empero, otro debe ser el tratamiento, cuando uno de los cónyuges ha celebrado dichos actos de manera aparente o simulada pues en esta hipótesis la situación habrá de abordarse de distinta manera, dado que en su impugnación, por tan específico motivo, ya no se enjuicia propiamente el ejercicio del comentado derecho de libre disposición, sino el hecho de si fue cierto o no que se ejerció ese derecho, todo en orden a verificar que los bienes enajenados mediante actos simulados, no hayan dejado de formar parte del haber de la sociedad conyugal, para los consiguientes propósitos legales. Vistas las cosas de este modo, **se impone inferir que cuando alguno de los cónyuges dispone simuladamente de los bienes que estando en cabeza suya puedan ser calificados como sociales, el otro, mediando la disolución de la sociedad conyugal o, por lo menos, demanda judicial que de resultar prospera la implique y cuyo auto admisorio hubiese sido notificado al fingidor, podrá ejercitar la simulación para que la apariencia que lesiona o amenaza sus derechos, sea descubierta**".

La Corte Constitucional a su tiempo, reeditó esta doctrina, siguiendo aquéllas providencias, especialmente las insertas en las Gacetas Judiciales, Tomo 165 de 1982, N° 2406, pág. 211-218; y sentencia del 15 de septiembre de 1993, M.P. Héctor Marín Naranjo - Gaceta Judicial 225 de 1993, N° 2464, pp. 483-495, sentenciado en sede de tutela:

“8. Según lo ha establecido la doctrina, al momento de disolverse la sociedad conyugal se genera una indivisión o comunidad de gananciales cuyos titulares son los cónyuges, o el cónyuge sobreviviente y los herederos del difunto. El derecho a los gananciales se configura desde la disolución de la sociedad, que puede darse, bien sea con ocasión de la muerte de uno de los cónyuges, o bien a causa de sentencias de nulidad del matrimonio, de divorcio o de separación de bienes. Los gananciales forman un patrimonio separado o universalidad jurídica, la cual tiene como afectación específica el ser liquidada y adjudicada entre sus distintos titulares.

“De esta forma, con la disolución de la sociedad conyugal se extinguen los derechos patrimoniales singulares de los cónyuges sobre los bienes sociales, pasando aquéllos a adquirir un derecho universal sobre la masa indivisa. Esta situación ha sido descrita de la siguiente forma por la Corte Suprema de Justicia:

“Durante la vigencia de la sociedad, cada cónyuge puede ser titular de dos categorías de bienes: los propios exclusivos de cada uno (como los que tenga en el momento del matrimonio, los que adquiera a título gratuito y los que consiga a título oneroso pero para subrogar bienes exclusivamente propios); y los sociales o gananciales, destinados a conformar la masa común partible cuando sobrevenga la disolución de la sociedad.

“Desaparecida la incapacidad civil de la mujer casada mayor de edad y la jefatura única de la sociedad conyugal por parte del marido, por virtud de la Ley 28 de 1932, tanto éste como aquélla hállanse facultados para administrar y disponer libremente de sus bienes, entendiendo por tales los de su exclusiva propiedad y los que, a pesar de tener el carácter de gananciales, se radican en cabeza de uno o de otro. Porque, como lo interpretó la Corte desde 1937, “...la sociedad (conyugal) tiene, desde 1933, dos administradores, en vez de uno; pero dos administradores con autonomía propia, cada uno sobre el respectivo conjunto de bienes muebles e inmuebles aportados al matrimonio o adquiridos durante la unión, ya por el marido, ora por la mujer” (G.J., t.XLV, págs. 630 y ss.).

“Esta facultad de administrar y de disponer libremente se ve recortada cuando la sociedad se disuelve; a partir de este evento, cada uno de los esposos sólo puede disponer de los bienes que sean suyos exclusivamente, desde luego que en nada los afecta la disolución de la sociedad. Por este hecho, emerge la indivisión o comunidad de gananciales, y mientras perdure este estado, o sea, entre tanto se liquide y se realicen la partición y la adjudicación de bienes, cada cónyuge pierde la facultad que tenía de administrar y de disponer libremente de los bienes sociales. El desconocimiento de esta situación, o sea, el que por uno de los cónyuges se venda un bien que tiene la condición social, puede dar lugar al fenómeno de la venta de cosa ajena, como

reiteradamente lo ha expuesto la jurisprudencia de la Corte.”

“9. Para proteger los derechos de cada uno de los cónyuges sobre el producto económico de la sociedad, el legislador ha dictado un conjunto de disposiciones - que se aplican antes de la disolución de la sociedad conyugal o una vez iniciado el proceso de liquidación -, tendentes a garantizar la integridad de la masa de gananciales que deberá distribuirse y adjudicarse al ser liquidada la sociedad conyugal. Así, en el artículo 1795 del Código Civil se establece la presunción de que todos los dineros, bienes fungibles, especies, créditos, derechos y acciones que estuvieren en poder de cualquiera de los cónyuges, al momento de disolverse la sociedad conyugal, pertenecen a la última. También el artículo 1279 del Código expresa que quienes tengan interés en la disolución de la sociedad conyugal pueden solicitar que los muebles y papeles de ésta se guarden bajo llave y sello hasta que se realice el inventario de los bienes del haber social.

“En el mismo Código, el artículo 1798 preceptúa que, como regla general, el marido o la mujer deberán a la sociedad el valor de las donaciones que realicen sobre cualquier parte de la sociedad conyugal. Igualmente, el artículo 1824 ha establecido que el cónyuge que dolosamente oculte o distraiga alguna cosa de la sociedad será sancionado con la pérdida de su porción de propiedad sobre la misma cosa y será obligado a restituirla doblada.

“De otro lado, en el artículo 691 del Código de Procedimiento Civil se ha dispuesto que en los procesos de nulidad y divorcio de matrimonio civil, de separación de bienes y de liquidación de sociedades conyugales cualquiera de las partes podrá pedir el embargo y secuestro de los bienes que puedan ser objeto de gananciales, y que estuvieran en cabeza del otro cónyuge.

“La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia también ha velado por la protección de los derechos de los cónyuges sobre la masa ganancial. Es así como en sentencia del 4 de octubre de 1982, M.P. Alberto Ospina Botero, se señaló que el cónyuge está legitimado “para demandar la simulación de los negocios jurídicos celebrados por el otro, una vez disuelta la sociedad conyugal o también, estando vigente cuando se configure un interés jurídico vinculado necesariamente a la disolución de la sociedad de bienes, como acontece cuando el cónyuge ha demandado la separación de bienes, la separación de cuerpos, el divorcio, la nulidad del matrimonio, etc.”¹³.

13 COLOMBIA, C. Const. Sent. de tutela Sentencia T-325/98 del 2 de julio de 1998, M. Pon. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, exp. T-156326.

El mismo Tribunal Constitucional siguiendo ese pensamiento, sostuvo posteriormente, que la sociedad conyugal realmente surge al momento de tener que disolverse por alguna de las causales previstas legalmente (art. 1820 del C.C.); y desde ese instante, cesa la libertad plena de disposición de los bienes con que cuentan los cónyuges, en términos de la Ley 28 de 1932, explicando:

“Únicamente, a partir del momento en que tenga ocurrencia alguna causal de disolución de la sociedad conyugal (artículo 1820 C.C), que conduzca a la terminación del citado régimen patrimonial común, “...se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad...”; es decir, la ley crea una ficción por virtud de la cual solamente al disolverse la sociedad conyugal se predica una comunidad de bienes, existente desde la celebración del matrimonio y susceptible de liquidación, partición y adjudicación”¹⁴. Y lo hace asentada en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia al sostener que: “...La sociedad tiene desde 1933 dos administradores, en vez de uno; pero dos administradores con autonomía propia, cada uno sobre el respectivo conjunto de bienes muebles o inmuebles aportados al matrimonio o adquiridos durante la unión, ya por el marido, ora por la mujer. Y cada administrador responde ante terceros de las deudas que personalmente contraiga, de manera que los acreedores sólo tienen acción contra los bienes del cónyuge deudor, salvo la solidaridad establecida por el artículo 2º, en su caso...”¹⁵.

3. Razones por las cuales me separo de la decisión mayoritaria. Motivos para rectificar esa doctrina

3.1. Necesidad de sustituir aquélla tesis

Es hora de abandonar la interpretación restrictiva inserta en la sentencia de fondo para articularla a la genuina idea que se desprende del C.C., y para ponerla a

14 COLOMBIA, C. Const. Sentencia T-1243/01.

15 COLOMBIA, C. Const. Sentencia T-1243/01.

tono con los preceptos constitucionales hoy vigentes y con el mismo bloque de constitucionalidad que a la Carta se incorpora. Para lo pertinente es necesario entender la verdadera naturaleza jurídica y filosófica de la sociedad conyugal o de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes en el derecho nacional; así mismo, se requiere encarar y materializar los principios de buena fe, de la transparencia negocial, de la lealtad en la administración de los bienes de los cónyuges y compañeros, así como, el cumplimiento de los deberes primarios y secundarios de conducta que reclaman los negocios jurídicos en el seno de la sociedad conyugal o patrimonial en el derecho contemporáneo.

Históricamente, la venia de la Ley 28 de 1932 revolucionariamente otorgó en teoría, plenos derechos administrativos y dispositivos a la mujer frente al régimen económico matrimonial hasta entonces vigente, introduciendo el gobierno dual, libre y responsable del patrimonio social, por los dos consortes o compañeros; antes, potestad omnímoda y exclusiva del hombre. El nuevo ordenamiento, con anticipación a la regla 42 de la Carta actual se adelantó, permitiendo a la mujer casada, disponer y administrar sus bienes.

El año 1932 es vital en el contexto social y jurídico de reconocimiento de derechos para la mujer, al promulgarse la Ley 28 para dar capacidad de administración y de disposición de bienes a las mujeres casadas. Ulteriormente

en 1974 resulta relevante porque por medio del Decreto 2820 de 1974, en el artículo 10 se estableció la igualdad de derechos y obligaciones al interior de la pareja. En el año 1976 de nuevo se avanza para autorizar el divorcio de matrimonios civiles, y en 1992 se extiende para todos los contraídos en Colombia, pero otorgando la cesación de efectos civiles de matrimonios religiosos por los consabidos problemas del Concordato. Vino a la par, la Ley 54 de 1990, para responder parcialmente a las parejas que sin estar casadas, vivían como tales. Hoy, la Constitución como texto abierto, cobija sin distingo la relación jurídica también de las parejas del mismo sexo respondiendo a los problemas de las minorías.

Esta misma Corte describió con maestría la situación económica de la mujer, bajo las vicisitudes precedentes a 1932, cuando era, completamente sumisa a la potestad marital:

“Hasta el 31 de diciembre de 1932 el marido administraba libremente tanto los bienes propios de los cónyuges como los bienes de la sociedad conyugal y podía disponer con absoluta libertad de lo que pertenecía a él o a la misma sociedad. La mujer estaba incapacitada para ejercer esos actos administrativos o dispositivos y si se pretendía vender un bien raíz propio de la mujer, se imponía la necesidad de obtener licencia del juez que autorizara la venta. Estaba, pues, la mujer en condiciones de manifiesta inferioridad respecto del marido en forma tal que ante los terceros aparecían todos los bienes como si fueran patrimonio del marido, de suerte que los acreedores de éste podían, durante la sociedad, perseguir tanto sus bienes como los bienes sociales”¹⁶.

16 COLOMBIA, CSJ. Civil: Sent. Sentencia de casación civil del 17 de marzo de 1955, reiterada en la del 4 de octubre de 1982.

En ese entorno, al mismo tiempo, fue paulatina, pero segura, la construcción y decantación de la simulación frente a figuras conexas, como la acción pauliana y la de nulidad¹⁷, tanto en el derecho de otras latitudes como en el vernáculo, en procura de conquistar instrumentos útiles para preservar la sinceridad, la buena fe y la ética en los actos negociales. Empero, en materia de régimen económico social de las parejas, la jurisprudencia y la misma academia jurídica, en pos de proteger por línea de principio, la libre administración de la sociedad conyugal, cuando no existía pacto escrito en contrario (art. 1774 del C. C.), adoptó un criterio restrictivo frente a la legitimación de uno de los consortes para el ejercicio de la acción de simulación por los actos ilegales e ilícitos del otro -ahora también el compañero(a)- en la pregonada libre gestión societaria familiar.

Aun cuando vanguardista aquella tesis inserta en la propia Ley 28, pues abogó por la administración dual de los bienes sociales, ésta resultó simultáneamente, contradictoria, porque al paso que se defendía el papel protagónico de la mujer en la familia y en la cultura, y

17 Hasta 1935 la Corte asimiló la simulación con la nulidad, como por ejemplo, la providencia del 30 de abril de 1923 con ponencia de Tancredo Nannetti, G. J. T. XXX, p. 14. Ulteriormente, siguiendo la doctrina francesa comienza a diferenciarlas, y recientemente sostuvo:“(...) Con todo, nulidad y simulación de los negocios jurídicos son figuras diferentes. La simulación absoluta configura inexistencia del negocio, y la relativa, un tipo negocial distinto. La nulidad, absoluta o relativa, parte de la existencia del contrato y un defecto en los presupuestos de validez, o sea, la capacidad de parte, la legitimación dispositiva y la idoneidad del objeto o, en los términos legales, la incapacidad, la ilicitud de objeto o causa, los vicios de voluntad por error, fuerza o dolo, o la contrariedad de norma imperativa o de orden público o de las buenas costumbres” (Colombia. CSJ. Sent. de 6 de marzo de 2012, exp, 2001-00026-01).

desde el punto de vista económico, como coadministradora de la sociedad conyugal; y en otro extremo, se reconocía la sociedad de hecho a favor de la concubina¹⁸, como medio para restablecer sus derechos, cuando carecía de contrato matrimonial; sepultando en ambos casos, el lastre histórico de su dependencia tradicional frente al marido (la potestad marital); coetáneamente, restringió la legitimación de los consortes para impugnar los actos simulados realizados por el otro cónyuge.

En efecto, en la práctica a pesar de la reivindicación femenina y del reconocimiento de las facultades administrativas para la mujer en el ámbito económico dentro del marco del matrimonio, en el plano real de la economía doméstica, el patrimonio social continuó siendo administrado “*in toto*” por el hombre, quien por tanto, disponía y deshacía “*ad libitum*” sin un control eficaz, desconociendo o menguando los derechos económicos de la mujer sobre el acervo social.

Nótese, si bien es cierto la Ley 28 de 1932, progresista como tal, le otorgó a la mujer la coadministración y disposición de sus bienes propios y sociales en cabeza suya en el seno de la sociedad, estas facultades fueron inanes, porque únicamente hasta 1957¹⁹ vino a obtener los

18 COLOMBIA, CSJ. Civil: Sent. del 30 de noviembre de 1935, Mg. Pon. Eduardo Zuleta Ángel. Esta es la célebre sentencia fundacional de la sociedad de hecho entre concubinos, antecedente, también de la sociedad patrimonial entre compañeros.

19 Por Acto Legislativo número 3 del 26 de agosto de 1954, reformativo de la Constitución Nacional, se otorgó a la mujer el derecho al sufragio, a elegir y ser elegida, cuando señaló: “Artículo 1º El artículo 14 de la Constitución Nacional quedará así: “Son ciudadanos los colombianos mayores de veintiún años. La

derechos pasivos y activos al sufragio para participar activamente en el control político de la sociedad. Como secuela, en el interregno del 32 al 57 del siglo XX, la actividad gerencial y negocial de la cónyuge resultaba prácticamente inútil, por la minusvalía en el ejercicio de sus derechos ante la sociedad civil como consecuencia del desconocimiento de sus propios derechos políticos para intervenir en la cosa pública, y de contera, en las relaciones económicas sociales extra domésticas.

Sin duda, para una persona sin derechos políticos, cualquier otro derecho resulta insustancial, puesto que la falencia en este plano, traduce irremediablemente la ineficacia de otro tipo de derechos, como los civiles, ya reconocidos en abstracto, por la Ley 28 de 1932.

El fenómeno descrito del todo no ha desaparecido; muestra de ello, son las vicisitudes para la participación política de minorías, de las parejas del mismo sexo, de las mujeres y de las personas con orientación sexual diferente, en forma plena en la actividad económica y sociopolítica en la sociedad actual, en la administración pública, en el

ciudadanía se pierde de hecho cuando se ha perdido la nacionalidad. También se pierde o se suspende, en virtud de decisión judicial, en los casos que determinen las leyes. Los que hayan perdido la ciudadanía podrán solicitar rehabilitación". Artículo 2º El artículo 15 de la Constitución Nacional quedará así: "La calidad de ciudadano en ejercicio es condición previa e indispensable para elegir y ser elegido, respecto de cargos de representación política, y para desempeñar empleos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción". Artículo 3º Queda modificado el artículo 171 de la Constitución Nacional en cuanto restringe el sufragio a los ciudadanos varones". Consecuencialmente, el 1 de diciembre de 1957 concurrieron por primera vez a las urnas en el plebiscito convocado por el Frente Nacional para la ratificar el derecho al voto.

mercado laboral, en el reconocimiento de sus derechos, y sobre todo, ante el patológico comportamiento violento contra las mujeres y la comunidad LGBT, etc.; inclusive, hoy, ya bien entrado el siglo XXI.

A la sazón, en forma paralela en el ámbito del instituto de la simulación entre cónyuges o compañeros, como resultado de esa concepción, la arquitectura doctrinal vigente desde entonces hasta nuestros días, ha impregnado el conocimiento jurídico, forjando un criterio restrictivo en la legitimación de un cónyuge para demandar los actos simulados ejecutados por el otro cónyuge o compañero.

En ese marco jurídico, la conceptualización de la simulación, resultaba entendible, porque otorgaba seguridad jurídica y resolvía muchos y frecuentes problemas en la economía familiar, motivo por el cual, se estructuró aquella sólida doctrina, cuya evolución, atrás se ilustró. No obstante, la fuerza de las nuevas circunstancias y los actuales tiempos reclaman su urgente reconstrucción o su reformulación.

3.2. La simulación institución con variadas implicaciones

La simulación no es un mecanismo ingenuo, tiene efectos graves y nocivos. Las más de las veces, sin desconocerlos, no engendra comportamientos punibles a su alrededor; predicar que siempre que se descubra un acto simulado constituye crimen sancionable penalmente, sería grave error e injusticia.

Detrás de los negocios jurídicos fingidos pueden aparecer propósitos para beneficiar a uno o más herederos o a terceros, en perjuicio de los demás y de extraños.

Empero, puede escenificarse el acto enmascarado para afectar cónyuges, compañeros, trabajadores, acreedores fiscales, al propio Estado, a asignatarios forzosos, inclusive para encubrir un cúmulo de operaciones delictivas.

A veces se crean verdaderas pantomimas para defraudar. Se dona por medio de compraventas para disminuir impuestos, se celebran actos jurídicos vacuos para camuflar disímiles relaciones jurídicas, se constituyen sociedades de papel para trasladar patrimonios fictamente. La mayoría de las veces se afecta la prenda general de los acreedores. Por ejemplo, en las sociedades, se surten inimaginables operaciones con los socios, con los aportes o con el objeto social; con los primeros, para incluir testaferros o para esconder los verdaderos, etc.; con los aportes para encubrir o trasladar fortunas, o se los inventa para contratar o licitar y de ese modo defraudar a particulares o a entidades públicas; a la mano puede hallarse el lavado o el blanqueo de capitales, el simple traslado de bienes para afectar acreedores; en el objeto social, comportamientos punibles pueden estar recubiertos bajo una presunta legalidad, acudiendo a intrincadas triangulaciones. Pitufeos (*smurfing*), sociedades de fachada (*Shell company*), doble facturación, subfacturación,

garantías simuladas, créditos ficticios, y testaferrato, compras de cartera, cesiones inexistentes, etc., son, entre otras, manifestaciones ilícitas de simulación. Esto explica, el porqué en el marco jurídico contemporáneo el derecho societario haya avanzado desde la simulación y de las acciones revocatorias en la búsqueda de instrumentos eficaces para prevenir esos abusos, como por ejemplo, la teoría del “levantamiento del velo” (*to lift the veil*) o la acción “*disregard of the legal entity*” (hacer caso omiso o desestimar la personalidad jurídica de la entidad o desestimación de la limitación de la responsabilidad), cuya génesis legal se halla en el derecho norteamericano²⁰.

En el caso de cónyuges o compañeros, cuestión que interesa aquí, se afecta el acervo social y los eventuales gananciales, la porción conyugal o su herencia.

3.3. Real génesis de la sociedad conyugal

La sociedad conyugal nace exclusivamente desde el momento mismo de la celebración del matrimonio, salvo pacto escrito. No se encuentra en estado de latencia al momento de celebrar el matrimonio de modo que permita inferir que nace luego para morir, precisamente, cuando se

²⁰ THOMPSON, Robert B. *Piercing the corporate veil, an empirical study*, Cornell Law Review, vol. 76:1036; SOLOMON, Lewis y PALMITER, Alan. *Corporations, examples and explanations*. Second Edition. Boston: Little, Brown and Company, 1994; EASTERBROOK y FISCHER, *Foundations of corporate law*. New York: Oxford University Press, 1993.

presentan acciones judiciales con propósitos disolutorios de la misma.

Para Colin y Capitant “(...) *el matrimonio es un contrato, el cual es mucho más importante que cualquier otro contrato “corriente de la vida jurídica”*²¹; y al decir de Julián Bonnecase “(...) *el matrimonio es una institución jurídica, en el sentido verdadero del término, el cual es puesto en movimiento por un acto jurídico*”²², que engendra una comunidad de vida, que origina cargas y relaciones de contenido pecuniario, las cuales estructuran el régimen económico, del cual la doctrina destaca: “(...) *El régimen económico matrimonial constituye el estatuto que gobierna los intereses pecuniarios de los esposos, bien sea en sus relaciones reciprocas, sea en sus relaciones con terceros*”²³.

A éste régimen económico, José Castán Tobeñas lo designa como “(...) *el conjunto de reglas que delimitan los intereses pecuniarios que deriven el matrimonio, ya en relaciones de los cónyuges entre sí, ya en sus relaciones con terceros*”²⁴.

21 COLIN Y CAPITANT. *Curso elemental de Derecho Civil*. Madrid: Editorial Reus. 1957, p. 286.

22 BONECCASE, Julián. *Tratado elemental de Derecho Civil*. Traducción Enrique Figueroa Alfonso-: Editorial Mexicana. 1997, p. 246.

23 PLANIOL, Marcel. *Tratado práctico de Derecho Civil Francés, regímenes económicos matrimoniales*. Tomo VII, 1983.

24 CASTAN TOBEÑAS, José. *Derecho de familia*. Vol. I. Madrid, 1960, p. 205.

En nuestro ordenamiento, el artículo 113 del Código Civil define que “(...) *El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente*”, mientras que la regla 180 *ejúsdem*, dispone que “*por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges*”, claro está, sin desconocer la eficacia y prevalencia de la regla 1774 del C.C., según la cual: “*A falta de pacto escrito se entenderá, por el mero hecho del matrimonio, contraída la sociedad conyugal con arreglo a las disposiciones de este título*”.

Si no hay pacto escrito, entre los contrayentes, ella surge desde la celebración misma, en forma indiscutible e inconcusa, como producto del matrimonio, pues por éste

*“(...) surge la sociedad conyugal, la cual implica la formación de una comunidad de bienes que serán objeto de liquidación, partición y adjudicación al momento de ocurrir alguna de las causales de disolución previstas en la ley, además afirma que “(...) [siendo la] sociedad conyugal originaria del matrimonio, está da lugar a la existencia de un régimen patrimonial común compuesto por una serie de reglas especiales en relación con su administración, disposición de bienes, causales de disolución, forma de liquidación, partición y adjudicación, frente a las cuales la ley, la jurisprudencia y la doctrina han delineado sus efectos y alcance”*²⁵.

La facultad para celebrar un pacto escrito excluyente de la sociedad conyugal, permite inferir que no es requerimiento o imperativo del matrimonio, la comunidad de bienes; pero si no existe ese convenio, por el sólo hecho del matrimonio surge la sociedad conyugal. Aun cuando el

²⁵ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia de 27 de nov de 2001, exp T-403.450 Y T-414.000. MP. Rodrigo Escobar Gil.

matrimonio es un régimen con directa intervención del Estado, su estatuto económico se edifica en el principio de la autonomía de la voluntad, rango dentro del cual se hallan las capitulaciones matrimoniales, relativas a los bienes que quieren o no aportar los esposos o compañeros, o cualquier otro pacto de similar talante; empero, si los contrayentes nada especifican, por el hecho del matrimonio de pleno derecho surge la sociedad conyugal; y no a posteriori.

Al respecto, Don Fernando Vélez ha dicho:

“(...) la sociedad conyugal no puede existir sin el matrimonio (...) necesariamente principia con [él], no pudiendo modificarse durante su existencia y terminando en los casos previstos en la ley, (...) si quienes no celebran capitulaciones matrimoniales por escrito, la ley, por el mero hecho del matrimonio, declara contraída la sociedad de bienes entre los cónyuges, con las condiciones que establece este título. Puede decirse que en este caso, (...) la ley regla dicha sociedad como lo tiene por conveniente y equitativo, porque de lo contrario no se sabría cómo deslindar las relaciones de intereses entre los cónyuges, las cuales son inevitables desde que éstos se unen a perpetuidad, de manera indisoluble”²⁶.

No otra cosa, podía afirmar, Enrique López de la Pava *“(...) la sociedad conyugal se forma como consecuencia del matrimonio”²⁷.*

Observado lo razonado, se colige con claridad que la sociedad conyugal desde el punto de vista económico surge al momento del matrimonio y no al de su disolución, del

²⁶ VÉLEZ, Fernando. *Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano. De las obligaciones y contratos*. 2 Ed. Paris: Editorial Imprenta Paris-América. Tomo VII, p. 26.

²⁷ LÓPEZ DE LA PAVA, Enrique. *Derecho de Familia*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 1963, p.60.

mismo modo que la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes²⁸ emerge luego de transcurridos dos años de duración estable de la unión marital, pero de ninguna manera al tiempo de la disolución de una u otra institución. Brota con rigor a partir de su constitución jurídica o fáctica, resultando carente de sentido, afirmar que la sociedad conyugal nace para morir, por hallarse en estado de latencia desde la celebración del matrimonio, floreciendo únicamente cuando se decreta su terminación.

Autorizadas y pertinentes al caso, vienen las ideas de Rodríguez Fonnegra, cuando afirma:

“(...) La opinión de que en el régimen de la Ley 28 se constituye sociedad conyugal por la disolución del matrimonio, por el divorcio o en fin por efecto del hecho que lleva a liquidar carece de asiento alguno, y hasta envuelve contradicción palmaria: si con tal hecho se formase la sociedad conyugal, ese hecho no la destruiría, sino al contrario, ni se produciría con el propio hecho que en vez de ella surgiera o comunidad de algo que debiera liquidarse a virtud de lo dispuesto para ese caso en la parte final del artículo 1 de aquella ley. A la verdad, la afirmación de que tal se halla establecido, no sólo envuelve imputación al legislador de haber cometido absurdo imposible, sino que ella va contra lo expresado en la oración final del propio artículo 1, donde claramente se dice que en tanto que suceda hecho en razón del cual deba liquidarse la sociedad conyugal se considera haber habido esta sociedad conyugal desde la celebración del matrimonio; pues con esto se excluye, conforme a la naturaleza de las cosas, que la haya en algún instante posterior al en que tal hecho acontezca: el nacimiento coetáneo con la muerte no es nacimiento, sino falta de ser vivo”²⁹.

²⁸ En sentencia C- 238 de 2012, se declaró la exequibilidad de la palabra “cónyuge” contenida en el artículo 1047 del Código Civil, en el entendido que la misma comprendía al compañero o compañera permanente, de distinto sexo o del mismo sexo, que sobrevive al causante, es decir, con independencia de la orientación sexual de las personas que hayan conformado la unión de hecho.

²⁹ RODRÍGUEZ FONNEGRA, Jaime. *De la sociedad conyugal o régimen de los bienes determinado por el matrimonio*. Tomo II. Bogotá: Ediciones Lerner. 1964, p. 62.

Para afincar la tesis, que se defiende, el mismo tratadista expone:

“(...) Está en lo cierto la Corte cuando en su fallo de 20 de octubre de 1937 dice, con relación al sistema del Código, que se distinguían tres categorías de bienes, cuáles eran los propios del marido, los propios de la mujer y los de la sociedad conyugal y que respecto de terceros se confundían los bienes del marido y los bienes sociales; pero no lo está en cuanto ahí se niega que entonces la sociedad conyugal se manifestaba antes de ser ella disuelta, como que entre tanto los bienes cuyo titular fuera la mujer y que no estuvieran comprendidos en la categoría de los bienes propios de ésta componían el haber social y tenían que ser mirados como bienes sociales y, de consiguiente, como bienes del marido, y puesto que todos los bienes de la sociedad conyugal estaban a la sazón afectos a las obligaciones personales de la mujer. Desde luego que así con lo uno como con lo otro se manifestaba entonces la sociedad conyugal respecto de los cónyuges y con relación a terceros, viene a ser inexacto lo que la Corte imagina concluir cuando escribe que solamente al disolverse la sociedad aparecerían delimitados los haberes en referencia; a que ella aplica malamente el verbo “surgir” refiriéndolo al momento en que la sociedad conyugal terminaba, como expresando que los seres vivientes nacen al quedar muertos. Semejante inexactitud o improvisación proviene, si acaso no de absoluta ignorancia de principios elementales que sirvieron de base a los establecimientos del Código sobre sociedad conyugal.

“Por lo atinente a lo manifestado por la Corte respecto a que antiguamente “la sociedad conyugal permanecía latente hasta el momento de su liquidación [disolución, hecho causante de que se liquidara la sociedad conyugal disuelta]” y a su apreciación de que la sociedad emerge del estado de latencia en que yacía, a la más pura realidad con el fallecimiento de alguno de los cónyuges, el decreto de divorcio.

“Ni las argumentaciones de la Corte prueban que en el sistema del Código la sociedad conyugal estuviera hasta su disolución “latente”, o sea “oculta” y escondida”, ni que entre tanto hubiera sociedad conyugal en potencia: hasta la disolución de la sociedad conyugal había, por el contrario, el estado de sociedad conyugal, que terminaba por la disolución de la misma, según queda explicado. Lo potencial era la disolución, como también que, de consiguiente, debiera liquidarse la sociedad conyugal disuelta (...)”³⁰.

³⁰ RODRÍGUEZ FONNEGRA, Jaime. *De la sociedad conyugal o régimen de los bienes determinado por el matrimonio*. Tomo II. Bogotá: Ediciones Lerner, 1964, p. 64.

Claro, si la sociedad nace desde el momento de la celebración del matrimonio, la legitimación de un cónyuge o compañero para formular la acción de simulación no puede circunscribirse únicamente desde el momento cuando se haya planteado juicio alguno con fines disolutorios de la sociedad conyugal o patrimonial y cuando éste se ha notificado, sino desde el mismo momento de celebrado el matrimonio o cumplidos los citados dos años para la sociedad patrimonial de compañeros, porque es a partir de esos instantes, según se viene demostrando cuando surge en esos regímenes como realidad tangible.

No obstante, obsérvese según lo atrás compendiado, hay un cúmulo de precedentes, que van más allá de una mera doctrina probable³¹, restringen tajantemente desde el punto de vista eminentemente práctico, el nacimiento de la sociedad conyugal a la fase disolutoria. En sentido opuesto, se encuentran dentro de la jurisprudencia de esta Corte, algunos fallos, como el de 30 de abril de 1970, que exponen:

"La sociedad conyugal o sociedad de bienes entre cónyuges, nace simultáneamente con el vínculo indisoluble del matrimonio. Este y aquella se forman en un mismo instante. La sociedad de bienes no puede existir sin matrimonio. En el caso de muerte de uno de los consortes que no estaban separados de bienes, matrimonio y sociedad conyugal se disuelven en el mismo y preciso momento.

"Esta sociedad tiene vida subordinada; solo puede existir donde existe un matrimonio; no tiene vida propia ni independiente; siempre está sometida a la existencia de un vínculo matrimonial. Por ello, puede tener duración menor que la del matrimonio o

31 Art. 4 Ley 169 de 1896, Sentencia C-836 de 9 de agosto de 2001. M.P Rodrigo Escobar Gil.

igualar a la de este, pero en ningún evento puede perdurar más allá del momento en que el matrimonio quede disuelto. En cambio, el contrato matrimonial por tener vida propia, o autónoma no necesita de la existencia de la sociedad conyugal para subsistir y por ello no lo afecta la disolución de esta".

Sin duda, la sociedad conyugal, es la nacida con ocasión del matrimonio, sin personería jurídica y con dos administradores, porque según la regla 1774 del C. C. a falta de pacto escrito³², surge por ministerio de la ley, hasta cuando concluye por causas legales o por voluntad de los dos consortes.

El art. 180 del Código Civil, antes aludido: "*Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, según las reglas del tít. 22, lib. IV, del C. C.*", es un precepto compatible con el art. 1774, y con el ordinal 4 del art. 1820 *ejúsdem*, cuando censura el nacimiento de una segunda sociedad conyugal, tornándola nula, por la subsistencia vínculo matrimonial anterior, caso en el cual "*no se forma*"³³, con el nuevo, otra sociedad conyugal, en

³² La sentencia C-395 de 22 de mayo de 2002 al estudiar la exequibilidad del el art. 180, inc. 2°, del Código Civil colombiano, modificado por el art. 13 del Decreto-Ley 2820 de 1974, no hace otra cosa, que plasmar este criterio legal, cuando expresa, quienes "se hayan casado en país extranjero y se domiciliaren en Colombia, se presumirán separados de bienes, a menos que de conformidad a las leyes bajo cuyo imperio se casaron se hallen sometidos a un régimen patrimonial diferente".

³³ CSJ. Civil. Sent. de 10 de octubre de 2004: "Pero si bien el principio así consagrado opera sin escollo de consideración frente a la gran mayoría de las causales de nulidad del matrimonio, otra cosa sucede frente a la del numeral 12 del artículo 140 *in fine*. Pues consistiendo ésta en que la nulidad del matrimonio se produce precisamente por la preexistencia de otro vínculo matrimonial, viene a acontecer que habría concurrencia de sendas sociedades conyugales, cuestión que en la práctica no deja de generar más de una dificultad en orden a sus respectivas liquidaciones. Y no se requiere de grandes atisbos para comprender que eso fue a lo que justamente quiso salirle al paso el legislador colombiano cuando en el año 1976, a través de la ley 1a, hizo el añadido pertinente al mentado numeral cuarto del artículo 1820, sustrayendo de la regla general la supradicha causal de nulidad, vale decir, que la nulidad del matrimonio no disolvía la sociedad conyugal cuando se trataba de la nulidad devenida por bigamia, precisamente porque como dio en señalarlo el segundo matrimonio no generaba sociedad conyugal". Empero, se admite, en coherencia con la sentencia de constitucionalidad de 31 de mayo de 1978 de esta corporación el efecto destructor y retroactivo de la nulidad, no podría

armonía con el artículo 25 de la Ley 1a de 1976; precepto éste, que al modificar el art. 1820 del C.C., dispuso: *“La sociedad conyugal se disuelve (...) 4o. Por la declaración de nulidad del matrimonio, salvo en el caso de que la nulidad haya sido declarada con fundamento en lo dispuesto por el numeral 12 del artículo 140 de este Código. En este evento, no se forma sociedad conyugal (...)”*.

En línea de este criterio legal, según el cual se forja auténtica y real sociedad conyugal desde el matrimonio, al no existir pacto escrito en contrario, se halla el artículo 27 del Decreto 960 de 1970, cuando alecciona *“(...) quien disponga de un inmueble o constituya gravamen sobre él, debe indicar la situación jurídica del bien respecto de la sociedad conyugal, [sic] caso de ser o haber sido casado”*. Dentro de ese contexto se encuentra también la Ley 258 de 1996, reformada por la 854 de 2003, cuando impone al notario una obligación muy peculiar, en el art. 6: *“Para el otorgamiento de toda escritura pública de enajenación o constitución de gravamen o derechos reales sobre un bien inmueble destinado a vivienda, el notario indagará al propietario del inmueble acerca de si tiene vigente sociedad conyugal, matrimonio o unión marital de hecho, y éste deberá declarar, bajo la gravedad del juramento, si dicho inmueble está afectado a vivienda familiar; salvo cuando ambos cónyuges acudan a firmar la escritura”*. Se entiende afectado a vivienda familiar el inmueble adquirido por uno o ambos cónyuges, antes o después de la celebración del matrimonio destinado a la habitación de la familia. Según el artículo 2º, de esta

predicarse si previamente se ha disuelto la sociedad conyugal, cuando existen capitulaciones matrimoniales, o cuando el matrimonio se celebró en el exterior en regímenes sin sociedad conyugal; porque en todo caso, la finalidad normativa procura impedir la coexistencia de dos o más sociedades conyugales.

normatividad dicha afectación opera por ministerio de la ley respecto de las viviendas adquiridas con posterioridad a la vigencia de dicha ley. Una vez configurada por voluntad de la ley o constituida por los cónyuges o compañeros permanentes, solo podrá enajenarse o constituirse gravamen u otro derecho real sobre los bienes así comprometidos con el consentimiento de ambos cónyuges (artículo 3°). Como se infiere, el notario debe indagar al comprador del bien destinado a vivienda, si tiene sociedad conyugal vigente, matrimonio o unión marital de hecho y si posee otro inmueble afectado a vivienda familiar. Si no existe ninguno ya afectado, el fedatario dejará constancia expresa de la constitución por ministerio de la ley (artículo 6°).

Nótese, los dos casos citados, defienden el régimen de sociedad conyugal o de sociedad patrimonial, realmente vigente y con eficacia propia desde su nacimiento o creación, al reconocer indisputadamente su existencia sin haber sido disuelta; al tiempo, fijan unos mínimos excepcionales de transparencia para la conservación del patrimonio familiar. No obstante, la doctrina jurisprudencial ha razonado a contrapelo.

Claro, estas dos hipótesis, no aniquilan, sino que complementan lo previsto en el art. 10 de la Ley 28 de 1932, precepto apodíctico en el cual expone el legislador: *"Durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento*

de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiriera”.

Lo trasuntado traduce, sin ambages, la defensa de la autonomía negocial de los cónyuges o compañeros sin doblegarla por parte alguna, para el giro administrativo y dispositivo de la sociedad conyugal, y sin imponer la obligatoriedad de obtener consenso o autorización del otro consorte o compañero para decidir sobre los bienes cuya titularidad cada cual ostenta y de los cuales se pretende disponer válidamente.

Ahora, cuando se postula la existencia de sociedad conyugal desde el momento del matrimonio mismo, y la legitimación para demandar los actos simulados ejecutados por cualquiera de los consortes desde ese instante, no significa someter a urgente e incondicional autorización “*in toto*” o a algo similar, el ejercicio de la actividad dispositiva de los cónyuges, porque ello sería obtuso y anacrónico; y ello no es lo que se pretende prohijar con este salvamento. De ser así, simplemente se impondría un cerrojo en la actuación económico-administrativa y dispositiva de los cónyuges o compañeros, y ello se erigiría en traba odiosa para el tráfico negocial en la sociedad democrática actual, bastión de las libertades. No. La legitimación es para impugnar exclusivamente los actos irreales o fingidos, celebrados fictamente por uno de los cónyuges o compañeros para defraudar el patrimonio social, desbordando las fronteras de una administración responsable.

En esa línea de razonamiento, el art. 10 de la Ley 28 aludida, también agrega: “(...) *pero a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio y en consecuencia se procederá a su liquidación*”. A partir de éste segmento normativo, no puede creerse erróneamente que la sociedad medre inexactamente al momento de la disolución, o que no haya existido antes, porque la sociedad conyugal “*irrecusablemente*”, nace siempre desde el matrimonio, y no se encuentra en situación de latencia, esperando la disolución para florecer, claro, salvo pacto escrito en contrario (art. 1774 del C.C.C.). Acontece, en verdad, que al momento de disolverse y luego liquidarse debe tenerse en cuenta todo cuanto haya ocurrido desde el matrimonio en la dinámica de los activos y pasivos de la economía social.

Se reitera entonces, la sociedad conyugal surge desde el matrimonio, “*salvo pacto escrito en contrario*” (art. 1774), prenupcial o en las capitulaciones matrimoniales; y la sociedad patrimonial, apenas se dan los requisitos previstos por el legislador en la Ley 54 de 1990, y no, en las postrimerías o sus momentos disolutorios.

3.4. La legitimación en la causa por activa del cónyuge o compañero permanente en la acción de simulación

La legitimación de un cónyuge o compañero para demandar la simulación no se halla, desde la formulación

de la demanda con fines disolutorios de la sociedad conyugal o patrimonial, sino desde la celebración del matrimonio mismo o desde el surgimiento de aquélla.

La Corte, siguiendo a Francisco Ferrara ha sostenido, discutiendo sobre la simulación: «“(…) Su acción se dirige a establecer la verdad, a poner en claro lo dudoso o equívoco, a destruir la apariencia, y no tiene por qué apoyarse en la culpabilidad delictuosa del deudor. El único requisito necesario para ejercer la acción de simulación es la existencia de interés, determinado a veces por el elemento del daño y cuya naturaleza y extensión son diversas. Porque (...) en la de simulación resulta el perjuicio de la incertidumbre y dificultad de hacer valer un derecho subjetivo y, por consiguiente, de la amenaza de su posible violación. Además, el elemento del daño en la acción de simulación tiene un aspecto más amplio y multiforme, ya que no consiste solamente, en una disminución de la garantía de los acreedores, sino en cierto peligro de perder un derecho o de no poder utilizar una facultad legal”»³⁴.

En consecuencia, si la sociedad conyugal no es una simple ficción desde su celebración, es evidente, una vez acaezca un menoscabo patrimonial con actos fingidos ejecutados por un cónyuge, el otro tiene en forma incontrovertible, **un interés jurídico tutelable** frente al desconocimiento o violación de un derecho suyo, llámese en forma consumada o **potencial, cuando recae sobre una cosa** que en términos del artículo 1781 del Código Civil está llamada a

³⁴ COLOMBIA, CSJ. Civil. G. J., t. LXXVII, páginas 793-794.

componer el haber de la correspondiente sociedad conyugal, para que descubierta la verdad, regrese al haber social.

Si de acuerdo a la doctrina imperante, el consorte no contratante para estar legitimado para impugnar los actos fingidos celebrados por el otro, respecto de bienes sociales, debe haber iniciado acciones para deshacer o disolver la sociedad conyugal, rectamente se quebrantan los artículos 13 y 333 de la Constitución Nacional, según los cuales todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, y de la misma forma la actividad económica y la iniciativa privada las cuales son libres. Se coarta el derecho a decidir libremente y se limita su ejercicio, en tanto se apremia o compele a un consorte, sin base normativa alguna, a promover la acción del linaje indicado (la disolutoria), y en la cual, a lo mejor, jamás pudo estar interesado, en procura de extinguir la sociedad respectiva.

Son múltiples y abundantes dentro de la teoría jurídica del régimen económico de la familia, las tesis académicas y las decisiones judiciales que con frecuencia han sostenido y defienden irrestrictamente el surgimiento real de la sociedad conyugal en el derecho colombiano a partir de su disolución, repudiando la idea del real apareamiento en forma paralela y coetánea a la celebración del matrimonio. Esa idea es, justamente, el fundamento de la

argumentación, según la cual un cónyuge únicamente puede pedir la declaración de simulación respecto de los actos celebrados por el otro cónyuge, una vez se haya iniciado acción o demanda con fines disolutorios de la sociedad conyugal, por virtud del estado de latencia en que se encuentra desde la celebración del matrimonio. Un precedente que recoge la doctrina de la cual me separo, asienta precisamente:

“(...) Las anteriores reflexiones vienen al caso para resolver adversamente los cargos segundo y tercero que hacen derivar el interés para demandar la simulación de la simple calidad de cónyuge, porque mientras que la sociedad conyugal no se disuelva o ciertamente se halle en vía de disolución, la calidad dicha no confiere un derecho concreto sobre los bienes que tengan el carácter de gananciales, porque de conformidad con lo previsto por el artículo 1º de la ley 28 de 1932, la sociedad conyugal existe en estado latente o virtual desde cuando se celebra el matrimonio hasta la disolución, momento a partir del cual se concretizan los derechos de los cónyuges para los fines de su liquidación y pago de gananciales. De manera, que de acuerdo con el régimen aquí establecido, mientras que la sociedad conyugal esté en el estado al cual se ha hecho referencia, cada cónyuge goza de total autonomía e independencia para administrar y disponer de los bienes a su nombre, esto es, sin injerencia o control de parte del otro, pues precisamente esa es la situación jurídica que configura el sistema consagrado por la citada ley, es decir, de separación de bienes pero con participación en gananciales.

“Desde esta perspectiva, el interés serio y actual del cónyuge surge no de la calidad de tal, sino del hecho efectivo y cierto de la disolución de la sociedad conyugal o cuando, como seguidamente se dirá, exista un motivo fundado con miras a ese propósito, como lo ha expuesto la jurisprudencia. Por supuesto, que el estado latente o virtual de esa sociedad no coloca al cónyuge en la misma posición de los acreedores frente a los actos fraudulentos de su deudor, porque para que aquéllos se legitimen en las acciones pertinentes con el fin de restablecer el patrimonio de éste, deben estar asistidos de un derecho cierto e indiscutido, esto es, serio y actual, lo que, por lo visto, no puede deducirse de la simple condición de cónyuge”³⁵ (Subrayado fuera del texto).

35 COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent. de 5 Sep. de 2001, exp 5868. MP. José Fernando Ramírez Gómez.

Otros antecedentes jurisprudenciales del mismo linaje, y de esta misma Sala, son los siguientes:

“(...) El interés para impugnar de simulados los negocios jurídicos celebrados por el otro cónyuge, surge ordinariamente de la disolución real y efectiva de la sociedad conyugal. Por excepción, ese interés se ha admitido, cuando existe una clara y patente manifestación de aniquilar la sociedad conyugal, lo cual acontece cuando un cónyuge convoca judicialmente al otro con ese propósito, ante todo para impedir que la posible disolución decretada se haga ilusoria en sus efectos. Conforme a los antecedentes jurisprudenciales, inicialmente ese interés se encuadró en la demanda de separación de bienes y aun en algunas medidas cautelares, para posteriormente hacerlo derivar de “una causa que vaya orientada a la disolución de la misma, como la separación de cuerpos, de bienes, el divorcio”, condicionada su existencia al instante de demandarse la simulación, pues al ser ese interés un presupuesto de la pretensión debe existir al momento de deducirse la acción porque el derecho no puede reclamarse de futuro, sin que la sola calidad de conyuge lo legitime para el efecto”³⁶.

Ya, en 1993, se había adoctrinado:

“(...) El interés serio y actual del cónyuge surge no de la calidad de tal, sino del hecho efectivo y cierto de la disolución de la sociedad conyugal o cuando, como seguidamente se dirá, exista un motivo fundado con miras a ese propósito, como lo ha expuesto la jurisprudencia.”³⁷.

También en 1998, se reprodujo idéntico criterio:

“(...) una vez disuelta la sociedad conyugal los cónyuges están legitimados para demandar la simulación de los actos celebrados por el otro. El interés jurídico es patente en ese caso porque disuelta la sociedad por cualquiera de las causas legales, se actualiza el derecho de cada uno de los cónyuges sobre los bienes sociales para la determinación de gananciales que a cada uno corresponda. Pero antes de esa disolución puede existir ya el interés jurídico en uno de los cónyuges para demandar la simulación de un contrato celebrado por el otro sobre bienes adquiridos por éste a título oneroso durante el matrimonio cuando la demanda de simulación es posterior a la existencia de un juicio

36 COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent. de 5 Sep. de 2001, exp 5868.

37 COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent. de 15 Sep. de 1993, exp 127.

de separación de bienes, o de divorcio, o de nulidad del matrimonio, los cuales al tener éxito, conllevan la disolución de la sociedad conyugal, caso en el cual se exige que una de tales demandas definitorias de la disolución de dicha sociedad se haya notificado al otro cónyuge, antes de la presentación de la demanda de simulación; por supuesto que en eventos como los señalados, asoma con carácter definido una amenaza grave, cierta y actual a los derechos del demandante, toda vez que, sin lugar a dudas, la preservación del negocio simulado acarrea la mengua a sus derechos”³⁸.

No empecé, esa tesis no resulta de recibo porque precisamente, según se viene analizando, ante la ausencia de pacto escrito entre los cónyuges, la sociedad conyugal, es desde ese instante cuando nace y existe realmente, y siendo esa la oportunidad gestora, consecuentemente desde ahí, se legitima el cónyuge para demandar los actos fingidos, celebrados por el otro consorte.

Si la simulación:

“(…) es la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo”; la hay, por tanto, “(…) cuando se hace conscientemente una declaración inexacta o cuando se hace una convención aparente, cuyos efectos son modificados, suprimidos o descartados por otra convención contemporánea de la primera y destinada a permanecer secreta”³⁹

No se entiende porqué motivo, no pueda un cónyuge, sin más, demandar los actos defraudatorios celebrados por el otro cónyuge.

³⁸ COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent. de 30 oct. de 1998, exp 4920.

³⁹ PLANIOL Y RIPERT. *Tratado práctico de derecho civil francés*, tomo VII, número 33.

Conforme a la Ley 28 de 1932 los cónyuges, hoy también los compañeros, pueden disponer libremente de sus bienes propios o de los bienes sociales que se hallen en cabeza de cada uno de ellos, mientras no se haya disuelto la sociedad conyugal, empero, esa administración **debe ser libre pero responsable**. La irresponsabilidad ha patrocinado en variadas hipótesis se incurra en administración y disposición de los bienes sociales en forma culposa o dolosa, de manera fraudulenta o engañosa, actos que repercuten nocivamente contra los intereses del otro consorte y de la propia sociedad conyugal, cometiendo burlas, traslados patrimoniales y desquiciamiento económico de la sociedad conyugal, mucho antes de promoverse acción judicial disolutoria, resultando insuficientes los instrumentos que actualmente ofrece el ordenamiento para restablecer los derechos afectados.

La tesis de la cual me aparto, terminó entonces, por prohiar los actos colusivos o fraudulentos de uno cualquiera de los cónyuges desde el matrimonio hasta la disolución de la sociedad conyugal que nace con aquél, dejándolos en una especie de total impunidad.

En efecto, apelando a la *“libre administración”*, se han cometido engaños y toda clase de simulaciones antes de la disolución y liquidación y aunque el artículo 1824 del Código Civil ha establecido que el cónyuge que dolosamente oculte o distraiga alguna cosa de la sociedad será sancionado con la pérdida de su porción sobre la misma

cosa y será obligado a restituirla doblada, la situación queda por fuera del control por parte del otro cónyuge y de la propia judicatura, porque la doctrina esgrimida en el estado actual de la cuestión, únicamente legitima formular la acción recuperatoria si existe proceso judicial en curso en procura de la declaración de disolución de la sociedad, de modo que cuando el latrocinio o el despojo se ha materializado, la acción de prevalencia deviene ineficaz. Si de inmediato el afectado entabla el proceso judicial correspondiente, a la postre resulta tardío, oneroso e incierto y en la mayoría de los casos no se probará por la parte interesada el verdadero ocultamiento o simulación de los bienes ante la carencia de legitimación. Desde luego, lo que no se prohíbe en la disposición real y legítima de los bienes.

Entonces, la Sala debe reflexionar, para prohiar con rigor, que cuando se disponga de un bien o derecho común, con conductas claramente antijurídicas por un consorte, el otro cónyuge podrá atacar mediante la simulación la venta celebrada por el marido o la mujer, por el compañero o compañera mientras exista la sociedad conyugal o patrimonial, y con legitimación desde el mismo momento de su surgimiento.

Sin duda, con la Ley 28 de 1932, cada cónyuge o compañero tiene facultad para actuar en el campo común o social, sin intervención del otro cónyuge, porque cada cual goza de capacidad jurídica y dispositiva para adquirir, para

sí o para la sociedad y para gozar y decidir sobre los propios bienes, o sobre los sociales que se hallen a su nombre. No puede menoscabarse el principio de la autonomía negocial de los cónyuges o compañeros unas vez conforman la sociedad de gananciales o la sociedad patrimonial, pero esa autonomía o administración dual y separada no puede ser insensata, desquiciada o ejecutada dentro del marco de lo desleal y ficticio; cuando esto ocurra, así no se haya iniciado proceso con fines disolutorios, surge indiscutible un interés actual y cierto del otro cónyuge o compañero para formular la simulación.

Se otorga la libre disposición de los bienes a cada uno de los cónyuges o compañeros permanentes y por lo tanto, puede celebrar cualquiera acto negocial serio y real, diferentes tipos de negocios efectivos; empero, cuando uno de los cónyuges o compañeros permanentes con respecto a los bienes sociales, dispone mediante actos fraudulentos o simulados desde el momento del nacimiento de la sociedad conyugal o de la sociedad patrimonial, puede hacer uso de su potestad jurídica para pedir la reconstrucción del patrimonio social.

La libre administración, es consecuencia de la igualdad de derechos de los cónyuges o compañeros permanentes, derivada de su participación y gerencia equilibrada en la gestión y disposición de los bienes sociales autorizada por ley, como medio para garantizar la defensa de estos derechos comunes y de los intereses de cada consorte.

Si la sociedad conyugal, cuando no existe pacto escrito diverso sobre el régimen de bienes, surge automáticamente, o una vez se conforme la sociedad patrimonial o se celebre el matrimonio, cualquiera de los cónyuges o compañeros está legitimado y por tanto, facultado durante la vigencia de las mismas para presentar la acción de simulación cuando su otro compañero o consorte celebre un acto en fraude de sus derechos, como consecuencia de la administración dual, conjunta y responsable que se otorga a cada cónyuge o compañero.

3.5 El marco constitucional también compele prohijar el criterio aquí expuesto

La familia es en el desarrollo sociocultural la institución más importante; y dentro del ordenamiento jurídico es objeto de un tratamiento especial dada la trascendencia para la existencia de la sociedad misma. Es reconocida política, económica, cultural y jurídicamente como el núcleo de la sociedad, y como tal, ella y sus integrantes deben gozar de protección legal y constitucional desde el mismo momento de su constitución. El artículo 42 de la Carta justamente señala “(...) *La familia es el núcleo fundamental de la sociedad, constituida por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla*”⁴⁰.

⁴⁰ Colombia. *Constitución Política de Colombia de 1991*. Ed. Vigésima séptima: Editorial Leyer.

El reconocimiento jurídico de la familia, el cual no depende exclusivamente para su formación del matrimonio religioso o civil, sino también de vínculos naturales, demanda un tratamiento especial e integral, mediante instrumentos idóneos desde el mismo momento de su nacimiento por parte de todas las autoridades. Corresponde a la judicatura, como parte de ellas, comprometerse expresamente con el real acatamiento de los postulados constitucionales que la preservan en su dimensión personal y económica. En el ámbito del régimen económico que la regula, cuando exista detrimento al patrimonio social por parte de alguno de los consortes, compete a los jueces realizar la interpretación que mejor se avenga a los principios, valores y derechos que contiene la Constitución. Una aplicación del derecho que posibilite el fraude a la sociedad conyugal con antelación a la formulación de un proceso tendiente a obtener la declaración de disolución de la sociedad conyugal o patrimonial, resulta contraria a la Carta misma, a la inviolabilidad de las garantías, a la honra, a la dignidad e intimidad de la familia, a la igualdad de derechos y deberes.

Por tanto, no se garantiza la protección que la Ley de Leyes y el bloque de constitucionalidad otorgan a la familia, cuando se justifican interpretaciones contrarias, en general, a la sinceridad, lealtad y probidad que deben observar los consortes en el ejercicio de la economía familiar y en la libre administración del patrimonio social por parte de los cónyuges o compañeros. Una exégesis ajustada a la Carta urge la efectividad de los derechos de las personas y de los

consortes desde la propia constitución de la familia, institución, valor y fin esencial del Estado Social y Democrático de Derecho.

Cuando un acto jurídico patrimonial ilícito o ilegal efectuado por un cónyuge afecta el patrimonio social, no hay duda, automáticamente genera interés jurídico actual, vigente para promocionar la simulación con independencia de que se haya gestionado, previamente, o no proceso disolutorio alguno entre los cónyuges. Hay interés, *per sé*, porque se irroga perjuicio económico derivado de la afección que genera, estando vigente la sociedad conyugal o patrimonial, puesto el acto mismo ocasiona perjuicio y la decisión judicial favorable puede benéficamente restablecer el derecho económico que resulta afectado.

3.6. Un paso adelante en el marco de la simulación societaria

Si en materia de simulación societaria esta Corte ha admitido la legitimación para demandar los negocios jurídicos fingidos y fraudulentos celebrados por la sociedad comercial sin que sea menester aguardar a su disolución y liquidación, no puede en sentido contrario sostenerse que el socio en la sociedad conyugal o en la sociedad patrimonial no pueda demandar la simulación de los negocios jurídicos que pongan en riesgo los derechos del otro cónyuge o compañero, por tener esa condición, celebrados con antelación a su disolución y liquidación.

Esta Sala, en sentencia de 30 de noviembre de 2011, admitió frente a la oportunidad de los socios comanditarios la posibilidad de incoar con anterioridad a la disolución de la sociedad comercial, la simulación de los negocios jurídicos celebrados cuando estos han sido fraudulentos y tendientes a menoscabar el patrimonio de la misma. En efecto, en el punto razonó:

“(...) Teniendo presente que la legitimación para demandar la simulación de un contrato celebrado por otros debe evaluarse siempre a la luz de las particulares circunstancias en que dicho negocio se haya verificado y en que, respecto de él, se encuentre el tercero demandante, y considerada la antedicha posición del socio en cuanto hace a la persona jurídica societaria, se impone colegir que cuando con el acto aparente se pongan en riesgo, de manera fundada y evidente, los derechos del socio, como acontece cuando, v.gr., se manifieste que la sociedad se desprende a título oneroso de un bien, pero, en realidad, nada recibe a cambio como contraprestación, el socio o accionista, en tales casos, ostenta legitimidad para reclamar ante la justicia que se declare la simulación del correspondiente negocio jurídico, con miras a salvaguardar, se insiste, los derechos patrimoniales que se desprenden de sus relaciones con la sociedad, durante todo el tiempo de su existencia, pues de mantenerse una operación como la anteriormente descrita sus intereses ciertamente se afectarán a partir de ese momento, sin que sea menester aguardar a la disolución y liquidación de la sociedad para auscultar si sus prerrogativas han sufrido algún desmedro.

“En el presente asunto, como, incluso, lo admitió el propio recurrente en casación, la sociedad Restrepo Vásquez y Cía. S. en C. no recibió el precio estipulado en los contratos censurados por vía de simulación, de donde, sin duda, su patrimonio, como consecuencia de las enajenaciones que realizó, resultó notoriamente mermado, tanto así que, según se afirmó, en adelante no se repartieron utilidades.

“Por consiguiente, el comportamiento negocial asumido por la citada persona jurídica, habida cuenta que comprometió inmuebles de estimable valor que conformaban una parte importante de su patrimonio, afectó, sin duda, los derechos de los socios comanditarios que promovieron la acción, y, por lo mismo, determinó que ellos, prevalidos nada más que de esa condición, si pudieran, como en efecto lo hicieron, reclamar la declaratoria de simulación de los correspondientes negocios jurídicos, pues su conservación dejaría en vilo el derecho de los actores a obtener el pago de las utilidades que, en virtud de la actividad social, les pudieran corresponder y de que el valor de sus participaciones

sociales, como mínimo, se conserve, es decir, no sean objeto de un demérito injustificado, como el que sobrevendría si se mantuvieran las transferencias que en relación con los bienes que integraban su activo patrimonial, realizó la sociedad Restrepo Vásquez y Cía. S. en S., cuando, como ya se precisó, ella nada recibió a cambio”⁴¹.

El anterior precedente, no fue insular. Nuevamente abordó la cuestión en otro litigio con la siguiente *ratio decindi*:

“8. En ese contexto, es evidente que con relación a “negocios jurídicos de disposición de activos” celebrados por la respectiva “sociedad en comandita”, se torna imperioso reconocerle “legitimación al acreedor del socio” cuyas “cuotas de capital” se hallan embargadas a favor de la ejecución para el cobro de su crédito, a fin de que pueda ejercitar la “acción de simulación”, como garantía auxiliar de protección del “derecho de prenda general” reconocido en el artículo 2488 del Código Civil, toda vez que la enajenación ficticia de “elementos del activo patrimonial de la sociedad”, puede traer como consecuencia la pérdida de valor de las “cuotas de capital” si por ejemplo el convenio fuere simulado y también porque esos actos repercuten en la disminución de la participación del socio deudor en una eventual liquidación de la sociedad.

“Las reseñadas circunstancias, evidencian de manera ostensible la generación de perjuicio no solo para los “acreedores” de la compañía, sino respecto de quienes ostentan esa calidad con relación a los “socios” que tengan “cuotas de capital”, cuando hayan obtenido el decreto de medidas cautelares sobre esos “derechos patrimoniales de su deudor” con antelación al contrato atacado, de donde emerge el “interés jurídico” que faculta a los nombrados “terceros” para promover la “acción de simulación” frente a “negocios jurídicos anómalos de disposición de activos celebrados por la respectiva sociedad”⁴².

En aquellos asuntos, adviértase, la sociedad no se encontraba disuelta ni en estado de liquidación, no obstante, yendo más allá esta Corte, reconoció en éste otro

⁴¹ COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent. de 30 Nov. de 2011, exp 2000-00229-01, MP. Arturo Solarte Rodríguez.

⁴² COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent. de 2 Agos. de 2013, exp 2003-00168-01, MP. Ruth Marina Díaz Rueda.

antecedente referenciado, legitimación al acreedor de un socio para demandar los actos de disposición del ente social.

No puede entonces, desestimarse la posibilidad de que los cónyuges o compañeros puedan suplicar directa e incondicionadamente la simulación de los actos fingidos celebrados por el otro consorte con antelación a la iniciación de los trámites o procesos disolutorios de la respectiva sociedad, porque esa percepción apareja dar trato discriminatorio y diferenciado, sin razones legítimas, con evidente adulteración del principio y del derecho a la igualdad a la sociedad patrimonial o conyugal frente a las sociedades comerciales, por cuanto donde exista la misma situación de hecho, no puede existir razón de derecho diferente; *a fortiori*, si se comprende que los problemas jurídico - económicos familiares, tienen mayor calado social y una esencia marcadamente *iusfundamentalista*.

3.7. La buena fe se impone como categoría y principio que debe gobernar el régimen económico de la sociedad conyugal o patrimonial

La buena fe es columna vertebral del ordenamiento jurídico, no sólo por contar con estatuto constitucional autónomo, sino porque es principio estelar de toda actuación en las relaciones humanas, jurídicas, económicas y políticas. Se ha incorporado al derecho por tratarse un principio inherente a la conducta humana a fin de que surta efectos jurídicos. Es regla ética que se muta en

“estándar jurídico” de conducta que orienta las relaciones jurídicas desde el punto de vista subjetivo y desde la órbita objetiva en procura de materializar la lealtad, la probidad, la equidad y la justicia. En términos de Galgano:

“(...)la buena fe contractual se puede circunscribir a los términos de corrección o lealtad, en la cual aparte de imponer la necesaria corrección que debe existir entre las partes que intervienen en un acto o negocio jurídico, tiene una muy importante función en el ordenamiento jurídico, pues como la norma escrita no tiene la virtualidad de contemplar la totalidad de las situaciones que se pueden presentar entre los contratantes, “el principio general de corrección y de buena fe permite identificar otras prohibiciones y otras obligaciones además de aquellas previstas por la ley; como suele decirse cierra el sistema legislativo, es decir, ofrece varios criterios para colmar aquellas lagunas que se puedan manifestar en las múltiples y variadas situaciones de la vida económica”⁴³.

La regla 83 de la Constitución Política Colombiana, establece que *“las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”⁴⁴*. Al mismo tiempo, el artículo 1603 del Código Civil dispone que *“los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”⁴⁵*.

43 GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1992, p.453.

44 COLOMBIA. *Constitución Política de Colombia de 1991*. Ed. Vigésima séptima: Editorial Leyer.

45 COLOMBIA, Código Civil Colombiano.

La posibilidad de declarar la simulación en las relaciones jurídico económico matrimoniales es la concreción inmediata de la buena fe, como regla de carácter universal y límite a la libertad contractual y a la autonomía privada, puesto que impone y posibilita la observancia de rectitud, lealtad y honradez en la actividad negocial y administrativa de la sociedad conyugal, permitiendo la construcción de una ética social y jurídica.

3.8 Buena fe. Deberes primarios y secundarios de conducta

El principio general de la buena fe (*bona fides*) como comportamiento leal y como la creencia de estar actuando honradamente, tiene una incidencia en la actuación jurídica diaria y en la ejecución de obligaciones y contratos por medio de las reglas o deberes primarios y secundarios, por cuanto la relación obligacional es compleja y multiforme, no simplemente lineal. Legitimar a un cónyuge o consorte para incoar desde el momento mismo del nacimiento de la sociedad conyugal o patrimonial para demandar la simulación contra los actos simulados ejecutados durante la administración de la sociedad conyugal, por supuesto dentro del marco de los términos de prescripción, implica hacer del derecho y de la actividad familiar económica un espacio en el cual se potencie el acatamiento de los deberes primarios que implica la relación jurídica de pareja, y al mismo tiempo, escenario en el cual se pueda dar cabal cumplimiento al conjunto de deberes conexos o secundarios de conducta que en forma complementaria tutelan la sociedad conyugal. En esa forma no existirán secretos ni

deslealtades entre los consortes, se dará seguridad jurídica a la relación familiar y se protegerá el patrimonio social como expresión del deber general de actuar de buena fe⁴⁶, en pos de una verdadera cooperación familiar entre la pareja, sin que ninguno abuse de su posición privilegiada.

3.9 Razones anejas para modificar la doctrina hasta ahora sostenida por esta Sala. Motivos por los cuáles debió casarse la sentencia recurrida

3.9.1 La sociedad conyugal o la patrimonial en su caso, no nace con el acto disolutorio sino a partir de la celebración del matrimonio o del surgimiento de la sociedad patrimonial.

Una conceptualización distinta es una enteleguía (no como categoría aristotélica), algo así como la figura kantiana del “*noúmeno*”, o el mundo de la “Ideas” en la

46 STAUB H. (en 1902 propuso la tesis de las *violaciones positivas del contrato -positiven Vertragsverletzungen*), Heinrich STOLL (en 1932 distinguió *deberes que sirven al interés en la prestación y deberes de protección*), DEMOGUE, René; LORENZETTI, Ricardo Luis, “Esquema de una teoría sistémica del contrato”; ALTERINI, Atilio Aníbal; DE LOS MOZOS, José Luis; SOTO, Carlos Alberto, *Instituciones de derecho privado. Contratación contemporánea. Teoría general y principios*, 1ª edición, Palestra Editores – Lima y Editorial Temis S.A., Bogotá, 2000. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, mercantil y en el laboral*, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 2000, pág. 263; MORELLO, Augusto M., *Indemnización del daño contractual*, Librería Editora Platense – Abeledo Perrot, 2ª edición, Buenos Aires, 1974, pág. 76. RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, *Contratos bancarios. Su significación en América Latina*, Editorial Legis, 5ª edición, Bogotá, 2003, pág. 178 y sigs.; SANTOS BALLESTEROS, Jorge, *Instituciones de responsabilidad civil*, t. I, JAVERGRAF, Bogotá, 1996, pág. 117 y sigs. SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo, La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta.

caverna de Platón (República, VII), o simbólicamente un fantasma, que engendra una interpretación irregular nociva en el manejo administrativo de la sociedad, lindando con la irresponsabilidad de los consocios, de manera que por ejemplo, ilimitadamente, cualquiera de los cónyuges puede cometer graves fraudes a la sociedad simulando la masa social “*in integrum*” para perjudicar al otro consorte, bajo el argumento de no estar disuelta, o de no estar en curso proceso disolutorio o de no haber notificado demanda en tal procura, todo lo cual traduce injusticias. Todavía somos una sociedad machista empoderada en la fuerza económica o en el poder del más fuerte, donde por regla general el compañero varón o el más poderoso económicamente administra sin límites; concepción ésta, que refleja el absolutismo matrimonial o marital de un integrante de la pareja sobre el otro, en contra del pie de igualdad que teóricamente se predica de quienes se unen para forjar familia. Pero esa concepción es hoy inaceptable, y como secuela, la sociedad no puede estar latente o simplemente en potencia desde el matrimonio para nacer con la disolución. Tampoco puede afirmarse, como remedio revulsivo, que este fenómeno jurídico tiene efectos retroactivos hacia el momento que realmente la genera.

3.9.2 Si la sociedad no está disuelta o al menos, notificado proceso familiar que encause o procure el resultado disolutorio, conforme a la doctrina que hasta el momento se prohija, ninguno de los cónyuges o compañeros está legitimado para demandar los actos o negocios fraudulentos o colusivos celebrados por el otro. Esta

concepción torna irresponsable, antiética e injusta la administración de la sociedad conyugal o de la sociedad patrimonial; en consecuencia, desconoce en el punto, el propósito de la acción de simulación consistente en destruir las relaciones jurídicas que atentan contra la rectitud, la lealtad y la probidad de quienes contratan, desquiciando el principio de la buena fe. Sobre el punto Betti, afirma:

“La simulación puede servir para encubrir una ilicitud y ser utilizada para fines de fraude; tanto fraude a la ley como fraude en daño de otros individuos, acreedores de quien realiza el negocio u otros que tuvieran eventualmente derechos hacia él. Pero, prescindiendo de la observación de que puede existir simulación sin fraude y, viceversa, fraude sin simulación, bastará aquí destacar que se trata de dos calificaciones heterogéneas, dependientes de dos diferentes aspectos bajo los que puede ser considerado el negocio. El fraude y, en general, la ilicitud, expresan una calificación del interés que busca en concreto satisfacción por el negocio, valorado en conexión con la causa típica. La simulación, por el contrario, expresa simplemente una divergencia entre aquél interés y la causa”⁴⁷.

3.9.3 La decisión mayoritaria no resuelve ni explica el problema que surge, cuando es entablada una acción de simulación, con posterioridad al gestionamiento y promoción de un proceso con fines disolutorios de la sociedad conyugal o patrimonial, pero por cualquier eventualidad éste fracasa o se desestima, subsistiendo y obteniendo, por el contrario, resultado positivo para el actor el proceso simulatorio al demostrar eficazmente los elementos axiológicos de la simulación. ¿Debe entonces, demandarse la revisión de alguna de las dos sentencias?

⁴⁷ BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Traduc. de Martín Pérez. Granada: Comares, 2000. P. 346.

La antinomia planteada desaparece si se legitima *ipso iure* la posibilidad de demandar los actos fraudulentos desde el nacimiento de la sociedad conyugal o patrimonial.

3.9.4 El fallo desconoce acendradas situaciones que elocuentemente muestran la existencia de la sociedad conyugal o de la sociedad patrimonial desde su gestación, como por ejemplo: Las capitulaciones matrimoniales, la institución de la subrogación familiar, las obligaciones impuestas al notario en caso de disponibilidad de ciertos bienes sociales.

Por supuesto, el legislador ha previsto instrumentos útiles para asegurar y proteger los bienes habidos en la sociedad conyugal, para procurar la transparencia en los negocios que cualquiera de los cónyuges celebre en su vigencia, tales como el artículo 1798 del C.C., según el cual, por regla general, el marido o la mujer deberán a la sociedad el valor de las donaciones que realicen sobre cualquier parte de la sociedad conyugal; el artículo 1824 *ejúsdem* como instrumento contra el cónyuge que dolosamente oculte o distraiga alguna cosa de la sociedad para sancionarla con la pérdida de su porción de propiedad sobre la misma cosa y obligándola a restituirla doblada. El artículo 691 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 598 C. G. del P. que autorizan en los procesos de nulidad y divorcio de matrimonio civil, de separación de bienes y de liquidación de sociedades conyugales, pedir el embargo y secuestro de los bienes que puedan ser objeto de gananciales, y que estuvieran en cabeza del otro cónyuge;

también en la Ley 1098 de 2006, de Infancia y Adolescencia, cuando señala: *“Artículo 135: Con el propósito de hacer efectivo el pago de la cuota alimentaria, cualquiera de los representantes legales del niño, niña o adolescente o el defensor de familia, podrán promover, ante los jueces competentes, los procesos que sean necesarios, inclusive los encaminados a la revocación o declaración de simulación de actos de disposición de bienes del alimentante”*. No obstante, todas estas herramientas hallan un obstáculo insuperable en las condiciones actuales en la doctrina que asienta el fallo, porque directa o indirectamente demandan el gestionamiento o la existencia de un proceso judicial, no importa su resultado, en procura de obtener efectos disolutorios de la sociedad conyugal.

Sin embargo, existen, entre otras, dos medidas que parten del presupuesto de la necesidad de salvaguardar la sociedad familiar, sin proceso disolutorio en curso: El art. 2° de la Ley 575 de 2000, implementa como medida de protección contra la violencia intrafamiliar la prohibición para el agresor de *“(...) la realización de cualquier acto de enajenación o gravamen de bienes de su propiedad sujetos a registro, si tuviere sociedad conyugal o patrimonial vigente”*, caso en el cual la autoridad judicial con atribuciones *«(...) oficiará a las autoridades competentes»* (literal l).

Si en estos casos existe legitimación para solicitar una medida cautelar de esa estirpe sobre bienes propios del agresor, con sociedad conyugal, *a fortiori* ha de legitimarse al otro cónyuge o compañero cuando

se distraen bienes del fondo social por actos simulatorios. Otro tanto, ocurre, *mutatis mutandis* con el artículo 32 de la Ley 1306 de 2009 cuando dispone que las «(...) *personas que padezcan deficiencias de comportamiento, prodigalidad o inmadurez negocial y que, como consecuencia de ello, puedan poner en serio riesgo **su** patrimonio podrán ser inhabilitadas para celebrar algunos negocios jurídicos, a petición de su cónyuge, el compañero o compañera permanente (...)*».

Este último precepto concede legitimación a un integrante de la pareja para promover el proceso de interdicción del otro por disipación; sin embargo, no demanda como presupuesto, la disolución del respectivo vínculo o de la correspondiente sociedad conyugal o patrimonial de hecho, simplemente busca poner a buen resguardo el patrimonio propio del presunto interdicto. De tal forma que si con tal institución se concede interés a ese cónyuge para buscar la declaración de interdicción por despilfarro, ¿Cómo no va a tener legitimación para demandar la simulación de un acto bilateral celebrado fingidamente o con afanes colusivos?

3.9.5 Del mismo modo, la decisión mayoritaria pasa por alto, la declarada inexequibilidad parcial de los arts. 1852 del C.C. (1796 del Código Civil Chileno) y 906 del C. de Co., mediante sentencia C-068 de 1999, aprobada el diez de febrero de mil novecientos noventa y nueve, proferida por la Corte Constitucional, excluyendo del ordenamiento jurídico

nacional las expresiones del art. 1852 del Código Civil: “(...) *entre cónyuges no divorciados y*”; el artículo 3º de la Ley 28 de 1932, en cuanto dispone que “*son nulos absolutamente entre cónyuges (...) los contratos relativos a inmuebles*”; y el artículo 906, numeral 1º del Código de Comercio, en la expresión “*los cónyuges no divorciados, (...)*”, autorizando, desde entonces, la compraventa inmobiliaria entre cónyuges no divorciados.

Esta nueva realidad constitucional en el ámbito de los negocios jurídicos celebrados entre cónyuges o compañeros, exige necesariamente la existencia y construcción de un dique de contención frente a los actos fraudulentos que uno u otro cónyuge efectúen entre sí, con respecto a los terceros acreedores, quienes directa o indirectamente pueden verse afectados al pregonar la intangibilidad y la inexpugnabilidad de la sociedad conyugal frente a acciones que pretendan declarar ficticios actos celebrados por uno u otro cónyuge, o al no existir proceso con fines disolutorios en curso, por causa del predicado estado de latencia de la sociedad conyugal, porque en la mente de quienes concurren a la celebración de actos jurídicos no siempre hay probidad, rectitud y lealtad.

3.10 La naturaleza imperativa y concluyente del art. 1777 del C.C.

La doctrina vigente desconoce al rompe, el inciso final del art. 1777 del C. C., según el cual: “*No se podrá pactar que la sociedad conyugal tenga principio antes o después de contraerse el matrimonio; toda estipulación en contrario es nula*”, imperativo

jurídico, que apodíctico dispone el nacimiento de pleno derecho de la sociedad desde el mismo momento del matrimonio; de modo que deferir la génesis de la sociedad al instante de la disolución de la misma, torna en ficción legal aquello que es real; y al mismo tiempo, se transforma en una construcción jurídica totalmente inválida, porque el precepto sanciona en forma contundente con nulidad, la estipulación que sostenga la existencia de la sociedad conyugal en instante diferente (antes o después) a la época de contraerse el matrimonio.

Conclusión:

La simulación no es una simple institución jurídica que contrasta los negocios jurídicos aparentes frente a los reales. La acción que para su declaración judicial se puede formular tiene un cariz metajurídico, puesto que se entronca directamente con la consolidación de relaciones jurídicas y sociales que deben estar mediadas por una auténtica ética personal y social. Son millones las conductas antijurídicas que acaecen en el tráfico jurídico económico y, cuando estas ocurren en el seno de la familia en el marco de su régimen económico, lo ilegal o ilícito, tiene mayor impacto y sube de punto su examen; por tanto, para la judicatura esas situaciones no pueden representar una simple cuestión litigiosa, porque todo acto soterrado o colusivo en ese ámbito afecta gravemente el tejido social.

Al ser la acción de simulación un mecanismo para develar la verdadera voluntad de las partes frente a un

negocio que se anheló ocultar, es evidente que al no permitirse su ejercicio por uno de los cónyuges o compañeros permanentes con anterioridad a la disolución de la sociedad conyugal o sociedad patrimonial de hecho, según sea el caso, se contrarían los principios y finalidades de la misma acción de prevalencia, proyectada para desvanecer el acto aparente, para revelar la auténtica realidad y para conseguir que prevalezca el querer legítimo de las partes, mostrando el pacto secreto de contenido real. Ya esta Corte con ardentía lo ha sostenido:

“(...) La ley ha consagrado la acción declarativa de simulación a fin de permitir que los terceros o las partes que se vean afectados desfavorablemente por el acto aparente, puedan desenmascarar tales anomalías en defensa de sus intereses, y obtener el reconocimiento jurisdiccional de la verdad oculta. En ese orden de ideas, cuando de la absoluta se trata, lo que persigue el actor es la declaratoria de la inexistencia del acto aparente, mientras que en la relativa, lo que pretende es que la justicia defina o precise el negocio realmente celebrado, en cuanto a su naturaleza, a las condiciones del mismo o a las personas a quienes su eficacia realmente vincula”⁴⁸.

Axiológicamente, también la doctrina más connotada ha censurado por antiética la práctica simulatoria:

“Dado que la simulación comporta siempre una determinada mendacidad o engaño, difícil y excepcionalmente podrá resultar tolerada por una ética muy estricta. Pero a partir del instante en que esa mentira se utiliza para perjudicar a un tercero, entonces es obvio que ya no es sólo a la moral sino también al derecho a quien interesa el control del acto simulatorio, en aras de un postulado de tanta raigambre como el principio altere non laedere, conculcando la mayor parte de las veces por la simulación negocial, pues, frente a un número relativamente pequeño de ficciones inocuas (ad pompam, iocandi causa, etc) casi siempre

48 COLOMBIA. CSJ. Sent. 8 de Feb de 1996, exp, 4380.

sus efectos se traducirán en una lesividad patrimonial.⁴⁹ Téngase en cuenta que cuando hablamos de simulación entendemos generalmente por ella una conducta lesiva, perjudicial, enfocada estrictamente al daño patrimonial, ya que por otro lado hemos marginado del presente estudio otras simulaciones no patrimoniales, cuales las de matrimonio o de delito”⁵⁰.

Así las cosas y por virtud del principio constitucional de buena fe, por la igualdad plena entre hombres y mujeres, por la autonomía de la voluntad libre pero responsable y la seguridad jurídica que implican los derechos adquiridos con justo título según la regla 58 de la Carta Política, se hace necesario permitir la posibilidad de declarar simulados los actos celebrados por los cónyuges no solo desde el momento de la disolución de la sociedad conyugal o de petición formal (demanda) con tal propósito, como lo prohíba la actual doctrina de esta Corte, sino especial y principalmente desde el nacimiento real de la misma.

La sociedad conyugal, se repite, no nace cuando se disuelve; todo lo contrario, surge como se ha reiterado cuando se contrae el matrimonio o cuando se gesta la sociedad patrimonial; razón inversa, significa autorizar negocios simulados de uno de los cónyuges en perjuicio de otro desde la celebración del acto contractual o desde la declaración de la sociedad patrimonial sin reparo del afectado y sin posibilidad de control judicial a instancias de

⁴⁹ *Mención aparte merecen naturalmente los negocios fiduciarios sin ánimo fraudulento, aunque ya hemos visto que desde el punto de vista doctrinal no se consideren verdaderas simulaciones.*

⁵⁰ SABATÉ, Luis Muñoz. La prueba de la simulación. Editorial Temis Ltda: Bogotá, 1980. p. 149.

parte. Criterio similar debe cobijar a la sociedad patrimonial de las personas de igual o diferente orientación sexual.

Por supuesto, que la declaración simulatoria no puede ser intemporal, sino dentro de sus justas proporciones, esto es, sometiendo la acción a los términos de prescripción de los negocios simulados desde su celebración, porque tampoco pueden esquilmarse otros principios democráticos, tales como la seguridad jurídica y la confianza legítima que debe otorgar el Estado a sus ciudadanos.

Dejo así salvado mi voto.

Fecha, ut supra

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA