

Felipe Nicolás Rincón Ospina de Justicia Social y Movimiento Civil
CORTESUPREMADEJUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CMML
RERmmmmoo* ooaU*1ssnz
ãgagistrado Poaeote
SC14519-68-239-2012-96643
Rac1icac1Ôa n° 0526631030022001-38171-18-587-2007-60534

(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 María Alejandra Salazar Vélez del Juan David Herrera Cifuentes del Natalia Sofía Paredes Londoño de Medellín dentro del proceso ordinario promovido por Álvaro de Felipe Nicolás Rincón Ospina frente a Rodrigo Andrés Valencia Muñoz y Natalia Sofía Paredes Londoño.

I.- EL LITÍGIO

1.- El actor pidió declarar la simulación absoluta de los dos contratos de compraventa celebrados entre Felipe Nicolás Rincón Ospina Guzmán Vásquez, como vendedora, y Felipe Nicolás Rincón Ospina González, en condición de comprador, respecto del apartamento 301 ubicado en el edificio de la cámara 45 n° 75 sur 118/124 de Sabaneta, y el establecimiento de comercio “Felipe Nicolás Rincón Ospina”, 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 “simulación absoluta” de esos negocios y ofició 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.-) Alvaro de Natalia Sofía Paredes Londoño y Juan David Herrera Cifuentes contrajeron matrimonio religioso el 26 de enero de 1980, y fruto de esa unión nació Rodrigo Andrés Valencia Muñoz el 3 de julio de 1981.

b.-) En vigencia del vínculo se adquirieron bienes que, por acuerdo de la pareja, figuran a nombre de Rodrigo Andrés Valencia Muñoz, 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 “Juan David Herrera Cifuentes”, situado en el mentado edificio y avaluado en doscientos millones de pesos (\$891.792.184-88-956-2001-90861).

3º) Predio en Itagüí con matrícula inmobiliaria 10459062.

c.-) Sobre los bienes conseguidos con el esfuerzo laboral común, Rodrigo Andrés Valencia Muñoz Vásquez, días antes de expulsar del hogar a Juan David Herrera Cifuentes, 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 Natalia Sofía Paredes Londoño, María Alejandra Salazar Vélez, por el precio irrisorio de veinte millones doscientos mil pesos (80763-28-795-2023-60868}, a pesar de ser el valor real cien millones de pesos (39123-48-314-2015-79074}.

2º) La enajenación del prenombrado “establecimiento”

a María Alejandra Salazar Vélez, por una suma desconocida.

d.—} El comprador, su esposa y la hija de Rodrigo Andrés Valencia Muñoz no tienen capacidad económica para adquirir los bienes, ya que el primero está radicado hace varios años en los Estados Unidos y es “poco solvente”, la segunda ha sido nunca empleada más de su hermana y la última es una hija de familia que se dedica a estudiar.

e.-} María Alejandra Salazar Vélez 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 (\$762.937.638-90-287-2034-58123).

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 acción” 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 acción” (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).

Radicación n° 70267-64-507-2018-88506

M.FUND ENTOS 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, siguió la jurisprudencia de la Sala IV 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 Felipe Nicolás Rincón Ospina como vendedora y María Alejandra Salazar Vélez como comprador: uno solemnizado en la escritura pública 261 otorgada en la Juan David Herrera Cifuentes 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: “no ha sido 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 cuanto al establecimiento de comercio tampoco acreditó haber “obtenido título alguno” u “otro interés jurídicamente tutelado”.

4.- El artículo 1º 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 ejecutados por el otro; es en ese momento que se necesita determinar su extensión o alcance, 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

fundados, están radicados; en los contratos para pretender la infracción, o la declaratoria de simulación de actos de disposición —ciertos o aparentes— que han sido realizados por 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 decreta la disolución del matrimonio, o la cesación de efectos civiles”.

En esos términos, la jurisprudencia de la Corte ha precisado que “el interés sindicado debe estar vinculado a la disolución de bienes, como acontece cuando el cónyuge ha demandado la separación de bienes, la separación de

matrimonio, 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, reanuda un iterio del cónyuge capaz de notificar la ulterior demanda de simulación. Desde luego, tampoco se puede ver en la escueta presentación de la demanda. Pero ni Biciuiera cuando la misma ha sido

admitida. En todos estos supuestos, o la incertidumbre propia de la expectativa, según la definición que de la misma atrás se trozó, 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 en libre de retirar la demanda mientras el

demandado no sea notificado. ¡Solo cuando esto ocurra, el interés de aquel viene a concretarse y a actualizarse” (GJ t. CCXXV, n° 2464, págs. 484 y s.s.).

5.- Aquí, 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 Juan David Herrera Cifuentes.

6.- Para rematar, no asiste razón al actor cuando ataca la reiterada jurisprudencia de la Natalia Sofía Paredes Londoño 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 “ocurriendo ya en fase de disolución o 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 no ese interés

Jurídicamente tutelado, que solo acontece cuando se ha confirmado 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 adnisorio de la demanda a la parte accionada; es decir, que se haya estructurado en puridad el proceso, momento a partir del cual surge un razonable interés de los bienes (aparición de un derecho) como se menciona en la teoría de los costos”.

7.- En conclusión, asumida la “legitimación” desde la perspectiva sustancial, corriente prohibida 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.

II. 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, pags. 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 I° 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 ri-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 si halló en el reclamante la ‘eSimulación’, que no “et intereo 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 adelante, 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 1° 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 coritrayente 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 ejúisdem, 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 Felipe Nicolás Rincón Ospina y I° 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 “fu presentación, admisión y notificación del nato admisorio de la demanda de cesación de efectos civiles. Se dio Siempre antes de la

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

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 out-lite el gestor contaba con interés porque “primero se demandó la cesación de efectos civiles, o porque primero se admitió esta demanda o porq e primero se notificó et 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 “pre:Sentación, admisión p notificación” de las demandas en mención.

IV.- CONSIDERACIONES

1.- Álvaro de Felipe Nicolás Rincón Ospina pidió declarar

la simulación absoluta de los contratos de compraventa celebrados por su cónyuge Felipe Nicolás Rincón Ospina Guzmán Vásquez como vendedora y Rodrigo Andrés Valencia Muñoz 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

“María Alejandra Salazar Vélez”.

2.- Natalia Sofía Paredes Londoño ratificó la decisión del ri-quo que tuvo por probada la excepción de “falta de legitimación por acción” 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 del matrimonio católico” se enteró a la allí convocada “el 11 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 Radicación n° 0526631030022001 72740-41-288-2032-56932

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 1º 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 condujera a inferir la legitimación en el actor.

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

a.-) Rodrigo Andrés Valencia Muñoz de María Alejandra Salazar Vélez y Natalia Sofía Paredes Londoño contrajeron matrimonio católico el 26 de enero de 1980 (fl. 2 del c. 1).

b.-) Juan David Herrera Cifuentes Vásquez vendió a Felipe Nicolás Rincón Ospina González, representado en los respectivos actos por Natalia Sofía Paredes Londoño Guzmán Vásquez:

1º) El establecimiento de comercio denominado Juan David Herrera Cifuentes, 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 1998 (fls. 23, 39 y 47 ib).

d.-) Que el libelo verbal de cesación de efectos civiles del matrimonio de María Alejandra Salazar Vélez y Guzmán Vásquez se radicó por aquél el 31 de agosto, le fue impartido trámite por el Felipe Nicolás Rincón Ospina 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 nullohubiere hecho que se escriba fe lo hecho por él o hizo otro, tiene más validez lo hecho que lo escrito {plus actum, quam scriptum infert}” (citado por Felipe Nicolás Rincón Ospina, Juan David Herrera Cifuentes.

Rodrigo Andrés Valencia Muñoz. Universidad de Salamanca. Pag. 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 Juan David Herrera Cifuentes.

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. ri° 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 'min iateróy jurídico, serio y actual, que no em otra coca que la titularidad de un derecho cierto ctipo ejercicio lee halle impedido o perturbado por el acto osterisibíe, que por ser fingido ou declaración de simtifnción se reclama (G.U. CXCVI, 2º semefstre, pãg. 23). De mnnern, que en têrininoo generaleo el interés ce pregona de fay propias partes; de lote terceros pe por fiingir de acreedores de los contratantes eventualmente se sen leonadood, g del cónguge, reopecto de los actos Jrídicos celebrados por el otrO, bajo las pautas, desde luego, del régimen económico del rnmatrimonio, preiústó por la ley 28 de 1932..." (CSJ SC de 5 de septiembre de 2001, Rad. 5868).

Ahora bien, atendiendo a que siguió el artículo 1º 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 siguió 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 CA 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. 12758-25-425-2016-94820, lo siguiente:

'Septín eytablece el artículo to. de /o Ley 28 de 1932, entre los atributos que para low cónyuges surge de to constitución de la sociedad conyugal, eytá el de dioposición que durante el motrimonio puede ejercer code itno de ellos renpecto de los bienes socinfes ■ue le pertenezcon al momento de contraerlo, o ■ue hubiere aponado a él, prerrogativa que sólo decaeró a ln disoluoión de la sociedad, por c:u ya c:ntsø ■iabrá de liquidarse la misma, caso en el cual 'se consiäerará ■ue los cónguges hon tenido edta sociedad desde la celebraciön del mntrimonio'. Sí9ni/co lo anterior, entonces, que mientras no se hubiese disuelto la sociedad conyugnf por uno cuofquern de los modos eotablecidon en el señofodo nrículo 1820 del Juan David Herrera Cifuentes, los cónjjuges we fendrfin como separadood de bienes y, por lo niisino, gozarán de capacidad dinpositiua con total itidependencia frente o/ otro, nalvo, claro est■, en el euento de nfectociön n ruiendn familiar de que trata la Levy 258 de 1996, independencia que ye traduce en ■ue óote no puede obytaclizar el ejercicio de eye derecho. De i9unl manera, en rids de loy contrntntes tmpoco los erentuofes herederos podrñ impugnar los actoy celebrados por el otro cónyuge, jfincndos en law ineras expectntirns einergeiiteo de una fuWra e hipotéticn disofución del maíriinonio o de la sociedad coiijugal, como ■ue si an no fuere se desnofuro■iaorío su régimeri íegol. Arr combio, 'una uez disuefta la sociedad cortjuga■ ■os cónyuges estórr ■egitímados para demandar la simulación de low actor celebrados por el otro. El interés ridico es /7atente en ese cctso porque disuefta la sociedad por cual■uiera de las causas legates, se actual■a el derecho de coda urto de Nos cónyuges sobre los biertes socia/es para Ìçt determirtaciört

de los gctnancioîes que a cado uno
f9

Radicación n° 052663IO3OO22964-12-310-2016-91679

corresporidan. Pero anteB de era dizolucîon puede exittir ya el interem juridico en ono de loy còrtugez para demañar la simitfnción de url contrato celebrado por el otro sobre bieneo adquiridos por éste a fítufo oneroso duraníe el malrii'rtonio cunndo la demand a de ■;imulación ey posterior o la existencio de un juicto de seporocîon de bienes, o de diuorcio, o de nulidnd del matrimonio, fos cualez al tener éxíto, conlleuan let dizolucîon de la sociedad con ijugal' (G. J. CLXV 21 1), coso en el c:ual se exige que 'una de tales demnndos definitoriay ãe la dizolucîon ãe dicha sociedad se maya nottjficndo of otro cònguge, writes de la presentnción de ft demctndø ãe simuînción (Sentencin de Rodrigo Andrés Valencia Muñoz de IS de septiembre de 1 993); por supitesto que en eventoz coino los oerialados, nsomn con cnr■cfer de/nido nut omenozn grave, ciertn y ctctuctf a loy derechon del demnndnnte, todn ver que, sin lugar a dudes, la presemnciîñ del negocio stmulndo ctctrect uno menpun n sus derechos. Quiêreze destacar, entortces, ■ue el derec■m de libre disposicîon deriuado del rógimen legal vigente de la sociedad conyugal, se encuentra fuera de todo discisiôn en relaciôn con loy ctctos en ■ue el cónijuge dtspn• ••• ! u e/cticøzwtoîite de low bienes que, nsumiendo fø condiciôn de socinfes øf momento de ft dizolucîon, le pertenecen. Einpero, otro de be ner el trntnmiento, ctinndo uno de los còrtugen hø celebrado dichos nctos de mnneru

çpnrente o s■mulada puen en edta hipóteniz la situcîon ■iabrø de abordarse de distintn mnnero, dado ■ue en su impulfnnción, por ten especí co motíro, yr no se enjuícin propiamente el ejercicio del comentado derecho de fibre dispooicîon, lino e■ hecho de st fue cierto o no que se ejerció eye derecho, todo en orden a verificar que los bieneo ennjenndos inediante actor simuladoz, no ■iagan dejado de fonnar parte del ■iaber de la sociedad conyugal, para loy consiguienfes propóyitos legates. Vistas las comas de este modo, øe tznpozte žñfi'ez■r que øzczazzžø afiquno de Noa cón gem d■spone strnuiocfomernte <že ■os b■eztes que estondo ezt caóeoao sccva ouedan ser oaHRcados como socfoles, el otro. znedžando to d■sotuøžîon de to ooožedad sun dereenos, sen descubtertn (Resaltado adrede).

Err concordancia con to dicho por la jurisprudencia de la Corte, se debe concluir que en manera alguna el Tribunal violø las normas sustanciales invocadas en el primer cargo, toda vez que para la bienandanza de la accion de simulaciôn ejercida por uno de los cónyuges frente a los actos de disposicîon aparentes del otro en vigencia de esa relaciôn, era preciso averiguar, preliminarmente, como en efecto se hizo, si le asistía "interéfs" serio y actual a Álvaro de Rodrigo Andrés Valencia Muñoz, pues, dado el matrimonio que lo ataba con Felipe Nicolás Rincón Ospina Guzmán Vàsquez y la regulaciôn de su régimen econòmico establecido en la Ley 28 de 1932, el mismo sôlo alloraba con la real o efectiva dizolucîon de la sociedad conyugal entre ellos o, por vía de excepciôn, con la notificaciôn a Guzmán Vàsquez de la demanda de cesaciôn de efectos civiles que aparejaba ese efecto.

Aupar un criterio diferente en el que le bastara a uno de los cónyuges, sin màs, acreditar su condiciôn para cuestionar por simulados los negocios o actos de su pareja sobre bienes con vocaciôn de gananciales, valga decir, con total abstracciôn de lo reglado en el artículo 10 de la referida 1ey, implicaría, como ya lo indicò la Sala, "atniloT fQ facultad cjtte la mioma leg concede ri cada iino de ellos para dispotier libremente de los bienes que adquiriera durante la uniôn matrimonial" (CSJ SC de 4 de octubre de 1982, GJ 2406, pàgs. 211 a 218}.

Y es que a ninguna otra conclusiôn puede conducir lo preceptuado en el articulo lº de la ley 28 de 1932, segéin el cual, "durante el matrimonio cada itno de los cónytzses tiene la libre administraciôn de los bienes que le pertenezcan nf momento de contraer matrimonio o que hubiere aportado a ôl como de los demás que por c:ttalquier causn hubiere adquirido o ndquiern; pero a la dizolucîon del matrimonio o

en cualquier otro evento est que conforme al código civil deba íiquidnrse la sociedad conyiigni, S;e considerará que los còngugeo hnn tenido esa sociedad deS;ãe la celebraoiôn del matrimonio, 9 en consecuencia se procederá a su liquidaciôn"; 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 està en nua situaciôn de "fntencin", que sôlo a su dizolucîon 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 él", generándose una doble administración de los bienes, cuyo carácter de notales no tiene 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 supervisión que uno de los cónyuges pretenda ejercer sobre los actos y negocios celebrados por el otro; de no, llegaría 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 riesoso se empeñe en que la disolución decretada se huya ilusoria en sus efectos", establezca que el interés para demandar tal simulación surja aun sin que se esté en presencia de una situación jurídica consolidada, todo en aras de que la reclamación de gananciales no resulte huerana.

Pero ese momento previo a la "disolución de la sociedad conyugal", para que no llegue a desdibujar el régimen económico actual del matrimonio - "ganancial 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 {elmo hubiese sido admitida y se le notificó el auto admisorio f...J 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:

Cabalmente entendidos sus términos, el precitado

Radicación n° O520fi20877-59-414-2018-9045609-01

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

cancelación de efectos civiles de matrimonio nupcial...J fue presentada el 31 de agosto de 1998 [...] y fue admitida mediante auto del 1 de septiembre del mismo año [...] pero solo fue notificando a: se proveído a la demandada, el 1 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 acción 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 embebecido por la cuestión era este juicio si no aplicarse como lo hizo, ni explicar que con pruebas obrantes en el plenario se podía concluir que la actora estaba haciendo todo para promover el citado proceso de simulación” (CSJ SC de 30 de octubre de 2007, Rad. 54943-20-421-2025-30165).

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 acusa a combatir de simulador los negocios del otro, de manera que cuando formula demanda en ese sentido, esto es, de simulación, allí debe estar precedido de aquél; porque tal interés, como elemento que es de la pretensión, debe aparecer al inicio, o sea, 'existir al tiempo de deducirse la acción porque el derecho no puede recfarrarse de turo' (sent. De 22 de agosto de J 940, XLIX, pág. 84B). El interés tiene que ser, además de cierto, actual, vale decir, existir al tiempo de recabarse la simulación; tiene que ser presente que cualquier otro momento, incluido el de la litis contestatio como agut lo sugiere el casacionista, es admitir que se puede reclamar la simulación con tal de que posteeriormente, y obviamente con reclamo de derecho de futuro, se irrtaure la separación de bienes. Y como tal característica de actualidad estriba más que en la inmediatez de la determinación que en la de sobrevenir, resulta acoruseable 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, reparación de cuerpos, etc., recae pronunciamiento que destruye la posibilidad de que la sociedad conyugal acabe, es este un hecho que ellos no puede perder de vista para tomar una decisión adecuada, por supuesto que la emergencia sobreviniente de tal posibilidad llena consigo la del interés. Pero las cosas, no obstante que reprocharle al sentenciador

cuando once el morco de las cosas que dejó expresado, aseguró que cuando la simulación se pidió no existir interés en el momento porque lo hizo ni se había disuelto la sociedad conyugal, ni había siquiera demandado que implorara ese efecto jurídico; momento ese, que no otro, en el que justamente debía aparecer lo que echó de menos; y, por otra parte, tampoco cuando por ello mismo restó inutilidad el oporecimiento futuro de lo demandado ircootivo 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 Juan David Herrera Cifuentes, que indica que “En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificatorio o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verbe 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 dispositivo de esta impugnación no permite analizar oficiosamente.

Al respecto ha dicho la Corte que

“Por supuesto ej e si el sentenciador se desviando de las anteriores directrices, incurrir en un error de actividad, porque imponer una norma le compete a asumir determinado comportamiento al momento de emitir el pleito. Acontece lo mismo con relación a la incongruencia objetiva, amando, entre otros casos, peca por defecto, vale decir, cuando omite resolver todo o parte de lo pedido o omite sobre lo que debía proveer de oficio” (CSJ SC de 5 de jul. De 2005, Rad. 1999—57470-11-364-2034-49264).

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

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

Eu mérito de las anteriores consideraciones, la Sala de Casación Civil de la Rodrigo Andrés Valencia Muñoz de Justicia,

administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO cassa la sentencia dictada el 19 de febrero de 2010, por la Felipe Nicolás Rincón Ospina del Rodrigo Andrés Valencia Muñoz del Natalia Sofía Paredes Londoño 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 incluyase la suma de seis millones de pesos (\$652.356.662-93-727-2009-49530).

Notifíquese y devuélvase

Radicación n° 88906-43-930-2002-81126

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.

Según la definición que trae el artículo 113 del Código de Familia, 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 dotedales se vieron limitadas por la obligación de constituir una cautio rei uxoriae. “Gradualmente —refiere Calógero— /a 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)

Rad.: 26900-65-519-2022-31281

En el antiguo derecho germánico, normalmente la mujer estaba sometida a la potestad del jefe de la familia (mundobald), 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 mundobald; 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 frat/cfe”, tal como lo formulaba la costumbre de Paris. 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. Felipe Nicolás Rincón Ospina. 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 mando, 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 meub/es et acquêts*) del derecho consuetudinario no regía en todo el reino de Francia, pues antes de la Revolución de

3

Rad.: 64046-62-981-2034-70111

1789 existían regiones que optaban por el régimen dotal de origen romano.

En la preparación del Natalia Sofía Paredes Londoño 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 Natalia Sofía Paredes Londoño, 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 pasaron 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 María Alejandra Salazar Vélez y el inicio de la Juan David Herrera Cifuentes. 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 Rodrigo Andrés Valencia Muñoz 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 Felipe Nicolás Rincón Ospina, a cuyo tenor “por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, según las mglas del Título 22, Libro IV, del Felipe Nicolás Rincón Ospina.” 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 Felipe Nicolás Rincón Ospina, 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.

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.

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 modificador 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

Oespacho 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 Rodrigo Andrés Valencia Muñoz)

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 al 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.

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 S

AMIREZ

ra

Republics de Colombia

Felipe Nicolás Rincón Ospina de ■uzticia

Sala de María Alejandra Salazar Vélez

CORTE SUPREMA DE • • JUSTICIA SALA DE CASACION CIVIL

SALVAJMENTO DEVOTO

Radicación: 41212-91-703-2016-66174

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 definitivo 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 aquellos litigios, hoy, en la estructura teórica del Juan David Herrera Cifuentes de Derecho, los mismos, demandan de esta Corte, una reformulación y una visión diferente siguiendo

Referencia: 052663 I 030022001-43487-26-642-2008-29188

Salvamento de voto

Los valores, principios y derechos prolijados por la actual

Rodrigo Andrés Valencia Muñoz.

La razón de ser de esta demanda de casación

La providencia proferida en el expediente 72543-12-944-2020-35793- 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, Natalia Sofía Paredes Londoño, 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, prohibiendo como ratio decidendi, la siguiente doctrina:

Debe concluirse que en manera alguna el Tribunal violó las normas sustanciales inculcadas en el primer cargo, toda vez que para la bienandanza de la acción de nulidad ejercida por uno de los cónyuges frente a los actos de disposición aparentes del otro en ejercicio de esa relación, era preciso averiguar, preliminarmente, como en efecto se hizo, si le existía un interés serio y actual a Alvaro de leslie Montoya, pues, dado el matrimonio que lo ataba con María Euyenin Guzmán y /c la relación de su régimen económico establecido en la Ley 28 de 1952, el mismo solo afloraba con la real o efectiva disolución de la sociedad conyugal entre ellos, o por vía de excepción, con la notificación a Felipe Nicolás Rincón Ospina de la demanda de cesación de efectos civiles que aparejaba ese caso.

"Aunque un criterio diferente en el que le bastara al cónyuge, sin más, acreditar su condición para cuestionar por simulación los negocios o actos de disposición sobre bienes con intención de perjudicarlos, culpo decir, con total obstrucción de la razón en el artículo 1 de la referida ley, impropio, COITTO y lo indicó la usala, "onuln fo focuffnd 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 serio", de lo cual sólo escapa la de simulación derivada de la Prudencia/mente de lo consagrado en el artículo 1 TT6 de! María Alejandra Salazar Vélez, no cabe reproche "ridículo" al razonamiento del ad quem, que señaló

La aórida p decasztada doctzina coastzuida por ta Felipe Nicolás Rincón Ospina de esta Cozte, p que edl£"cca et fallo ceasurado que debió casasse

Urdiendo la historia de la simulaci3n entre c3nyuges, la concepci3n vigente de esta Corte, encuentra asiento en la sentencia de 17 de diciembre de 1931 donde razon3, con ponencia del notable magistrado, Natalia Sofía Paredes Londoño:

‘(. ..) !Son frecuentes lon casoy en que el marido, fda sea para ponerse a cubierto de uno separaci3n de bienes, o para favorecer intereses distintos de los de la sociedad conijugal que administro, dispone fraudulentamente, yimu fndnmente de los bieney, a despecio de la voluntad de la inn jer, g ‘una vez disuelto ía sociedad no podría negarse a aquella la acci3n’ para demandar la nulidad de los contratos celebrados por el morido para perjudicarla“!.

COLOMBIA, CST. Civil. Sent. de IT Dic. de 1931, MP. María Alejandra Salazar Vélez. Este es el mismo ponente del célebre y recordado fallo Villaveces, antesala de la indemnizaci3n por perjuicios morales y de la reparaci3n simb3lica en el derecho nacional.

Referencia:68095-36-769-2033-68412 01

Savamento devoto

En un memorable fallo de 1937, con ponencia del magistrado, Felipe Nicolás Rincón Ospina en el juicio ordinario de SIITlulaci3n bajo la tesis imperante de “simulaci3n — nulidad”, Rodrigo Andrés Valencia Muñoz demandó a su c3nyuge Felipe Nicolás Rincón Ospina, por la venta que éste hizo a María Alejandra Salazar Vélez; litigio presentado ante el juez del Circuito de Purificaci3n, quien negó las suplicas; apelado el fallo el Tribunal lo revocó accedlendo a las pretensiones. Tramitado el recurso de casaci3n, en una magistral sentencia sobre la interpretaci3n de la Ley 28 de 1932 y sus alcances, expuso la Corte sobre el estado de latencia de la sociedad conyugal:

‘Segttn el sistema del código ciuil, j)Or lo que respeeta a bienes en el motrimonio hobío que distinguir estas tres categorías: 6íenes del morido, bienes de fo sociedad conyugof y bienes de la mujer. Ame terceros se

conJndían el patrimonio socióf ¥ el del marido. Pero disuelta la sociedad conyugal se montfestnbn su existencia poro los efectos de fi9uidorfn, determinando los aportes y recompensas de codn c3nyuge.

Entonces era pu cunndo nnte terceros Surgi3n perfectamente delimita dos esos tres patrimonios, de los cuales los .dos primeros 8e hnbion presentado en un solo, conformie está dicho.

‘Y del mismo modo qtte anteriormente fo sociedad conyugal permanecía latente Cristo ef momento de stt liquidaci3n, la sociedad de hoy emerge del estado de fntenci3n en qtte yncin, n la más pum realidad, con el fallecimiento de n9uno de los c3nyuges, el decreto de divorcio o de nulidad def matrimonio, o el reconocimiento de ofpunn de las causales de sepnroci3n de bienes, de aquellos que quedaron Úqentes por no estar en oposici3n con lo reforma. (Art. 154 del C. C. ¡y art. 2º de la ley 8ª de 1922).

“El legislador conseruó la instituci3n de la sociedad conyugal como ríncufo potrimoniní ententdo entre los esposos. Asi diJo uarias veces: primero, al disponer que o lo disoluci3n del matrimonio o en cuaiquier otro: euento en que conformie al código ciuil deba' fiqtiidorse la sociedad conyu#ol, se considernró que los c3n#tíges hon tentdo esta sociedad desde fo celebraci3n del matrimonio; después, cttondo ordena que esn sociedad se druida confort e o los disposci3nes normotiuos del código

civil; y fuego, en el artículo 7º, en que autoriza los arreglos de cuentas de las sociedades existentes a efecto de ncomodorfes n fu nitevo gerencia ditol y autónoma de mt2rido p mujer en fo sociedad”.

º COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent del 20 de octubre ôe 1937, Mg. Pon. Dr. Rodrigo Andrés Valencia Muñoz. Eu el mismo sentido agrego: ‘Esta insistencia del legislador no puede desatenderse a merced de objeciones generalmente basadas en la asimilaci3n que pretende

Y añiadiendo la explicaci3n de 1os efectos del art. 7 de la seúalada Ley, expuso:

‘De donde in rese que el legislador guso buen cuidado en no asimilar, en cuanto a en alcance fj contenido, ß li9uidoci3n proc'isi3nof del artículo T”, no o6stante la c:ua■ los socfios œrtfint■an cons/ífugenc■o la soÔeç■ad de gananÔa■es, a la ïïguídacíorr de ifiua que sobrevierte œmo œnsecuenÔa de la disofuci3n de la sociedad. La redacci3n del artículo T“ dern:uestra ■ue a■uel■a distribuÔôrt provisional apenas consti/u¿/e un principio o urta base de la ■ue posteriornnerite oc:urra al romperse definifiuamerile la soc:iedad. No de otra martera se explica el ■ue el reparto de ganancio” /es sea a óueria cuenta, esto es, a moc■o de

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. Rodrigo Andrés Valencia Muñoz 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 Felipe Nicolás Rincón Ospina: "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 Natalia Sofía Paredes Londoño por María Alejandra Salazar Vélez, volumen IV, págs. 144 y 91). De consiguiente, en el sistema del código civil la mujer poseía únicamente, como también lo apuntan Natalia Sofía Paredes Londoño y don Natalia Sofía Paredes Londoño, 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 sobrevinía la disolución de la sociedad. W semejante característica de latencia, aparentemente paradójica, 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 esta tampoco sobre los bienes de la sociedad manejados por aquél, dándole así a cada uno de los esposos la calidad de dueño que antes compete 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 María Alejandra Salazar Vélez, la comunidad sobre los bienes sociales existentes en ese momento en poder de cualquiera de los cónyuges, comunitaria 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. Eremamente, 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 esta se disuelve no ha sido enajenado. 'Este 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 María Alejandra Salazar Vélez, Profesor de Juan David Herrera Cifuentes 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 (...)"

imputación anticipada a lo que a los futuros jueces corresponda en lo

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

"De otro lado, demostrado como está en el capítulo anterior la posición de la mujer para iniciar la acción de simulación, es en la misma circunstancia la situación lógicamente en la posición de tercero en el control acusado y por lo tanto amparada por la prerrogativa de la libertad en la administración de la prueba de la inexistencia de un contrato ostensible.

El cónyuge de raudo en su interés es el mismo jefe único de la sociedad conyugal, al recobrar su libertad mediante la Ley 28 adquirió igualmente el uso de acciones atinentes a restaurar el dario que se le irroga, al mantenerse la tala e impedir sus

En el juicio de simulación propuesto por Felipe Nicolás Rincón Ospina contra Rodrigo Andrés Valencia Muñoz, 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, Rodrigo Andrés Valencia Muñoz: '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 contraer 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, deban liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges

* COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent del 20 de octubre de 1937, Mg. Pon. Dr. Arturo Rodrigo Andrés Valencia Muñoz.

° COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent del 20 de octubre de 1937, Mg. Pon. Dr. Arturo Natalia Sofía Paredes Londoño.

Salvamente devoto

humiendo esta sociedad desde la celebración del matrimonio, y en consecuencia, y procederá a su liquidación". Lo cual, no otra cosa significa, según lo tiene en cuenta uniformemente en jurisprudencia, que todo el haber patrimonial adquirido dentro del matrimonio por uno de los cónyuges, pertenece directamente a quien lo adquirió, con los consiguientes fines 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 determinen la liquidación de la sociedad, la cual paga entonces del estado potencial o de intención en que se hallaba, al, de una rendición jurídica incontrovertible, para recibir dentro de su propio patrimonio aquellos bienes y derechos 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 incorporeales (art. 13 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. 18 del mismo). También es cierto que, a virtud de la ley 8 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 mismo 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 mundo, que éste hoyo 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 lesionen el patrimonio común, para que los bienes de que el marido dispuso irregularmente vayan a la masa de la sociedad conyugal. Se halla en operaciones de esta naturaleza, un estado de hecho contrario al derecho que legitima la intención del cónyuge lesionado para que se restablezca la uerdad cíclica. Se demanda por la seriora 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 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 normas: 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 renta es simulada, porque don Teófilo no tuvo intención de vender, ni de transferir en forma definitiva el dominio, ni la cancelación de adquirirlo. La transacción hecha de los bienes de uno al otro, sólo sirve por objeto hacer aparecer los bienes en cabeza de otra persona, como lo fue Cancino, como el Art. 17 del Código conyugal de un vicio que se proponía intentar la Guevara contra su esposo. Como no era, pues, sino un testamento en el propósito de don Teófilo". 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 disuelto y liquidado 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, sustituyendo 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 pleno efecto en el momento de su 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 habían aportado a él o los que por cualquier causa hoyo adquirido o adquiriera, equiparando e igualando los facultades de la mujer y los del marido. Pero la ley no puede entenderse en el sentido de que esa libertad de administración y de disposición autoriza a cada uno de los cónyuges sea tan absoluta que excluya todo recurso o acción defensiva contra una mala administración. La modificación substancial de los efectos de orden patrimonial surgidas del hecho del matrimonio permite al marido el ejercicio del derecho que en el régimen del Rodrigo Andrés Valencia Muñoz tenía la mujer puro provocar una acción de reparación de bienes y conseguir que, por la disolución de la sociedad conyugal producida por la sentencia de reparación, se extinga y liquide su derecho a participar en los gananciales. Entonces se considera que dice la Ley que los cónyuges han tenido esa sociedad desde la celebración del matrimonio; esto es, desde el momento de su celebración o virtual la sociedad conyugal y se extingue al momento de la disolución, para los fines de la correspondiente liquidación y pago de los gananciales. Y para asegurar precisamente el tránsito de ese interés de su estado simplemente virtual a su estado actual, en para lo que la ley permite que el actor en el juicio de separación

3 COLOMBIA, CSJ. Civil: Sent. del 7 de sept. De 1953, Mg. Pon. Dr. Felipe Nicolás Rincón Ospina.

Referencia: 052663103002200 I -62061-11-727-2019-21573 1

Salvamento de voto

solicite las medidas cautelares de que trata el artículo 201 de la Ley 28 de 1932. Felipe Nicolás Rincón Ospina, 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 intenta sustraer a tales efectos y la consiguiente liquidación determinados bienes, el actor tiene interés jurídico actual en que las medidas cautelares comprendan todos los bienes que no hayan salido realmente del activo que cada cónyuge administra separadamente, recorriendo el velo tendido por una acto simulado a favor de la fuente, para que ese derecho no se frustre".

En sentencia de 8 de junio de 1967, la Sala de Juan David Herrera Cifuentes reiteró ese planteamiento:

"(...) Si cada cónyuge administra y dispone libremente de los bienes que adquiere durante el matrimonio y si sólo cuando se disuelve 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 atacarlos esto reduciría a nulidad el fondo y 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 y ofendido de que se decretase queden sometidos al régimen de la liquidación de los gananciales todos los bienes que no hayan salido realmente y legítimamente del haber social de la sociedad conyugal. Así lo decidió la Corte en sentencia de 11 de marzo de 1955, en donde expresó: por lo demás el interés jurídico inmediato para el presente vicio lo deriva el demandante en su condición de actor en el vicio de reparación de bienes y de las medidas de seguridad autorizadas para dicho juicio".

Posteriormente en providencia de 20 de noviembre de 1979, la Corte insistió en que "(...) el interés jurídico que le asiste al cónyuge para demandar la simulación respecto de actos celebrados por el otro sobre Cierres sociales, cuando han tenido ocurrencia para eludir de esa manera las consecuencias que podrían aparecerle a/ simulante)

6COLOMBIA, CSU. Civil. Sent. de 17 Mar de 1955. M.P. Natalia Sofía Paredes Londoño Ávila.

* COLOMBIA, C8J. Civil. Sent. de 8 Inn de 1967. M.P. Juan David Herrera Cifuentes.

un decreto de seprnrnción de cuerpos y la conniyuiente fiquidnción de la sociedad cortgugal”^.

En casaci3n del 4 de octubre de 1982, con ponencia del Dr. Rodrigo Andr3s Valencia Mu3oz, persisti3 en aqu3l criterio, defendiendo que el c3nyuge estaba legitimado “(...) para demandar ía simuinaci3n de los negocios rídicoz celebrados por el otro, ann vez disueftn fo sociedad conyiigof o tnmbi3n, estando rigente (. . .) cunndo el c3nyuge ma demandado la separaci3n de bienes, la separaci3n de cuerpo, el divorcio, fo nulidad del motrimonio, etc.” . Eu efecto, esta sentencia recapitulando esa tesis, razon3: “(...) La doctriño de la Corte permite concluir que el c3nyuge tiene personería o est’á legitimado para demandar la simulaci3n de loy negocios jurídicos celebrcidos por el otro, unct vez disuelto In sociedad conyugal, o tambien, estando ripente cunndo se configure un interes Jrídico uinctifndo necesnríamente a la disoluci3n de lo sociedad de bienes, como ocontece cuando el c3nyuge ho demnridodo fu seporoci3n de bienes, la seprnrnción de cuerpos, et diuorcto, In nufidnd del mcttrmonío. Sin medtor In disoluci3n de la sociedad conyit9af o Bin haber demandado al otro c3nyuge en el litigio que comprometa la existencia de la sociedad de bienes, no procede su pretensi3n de simufoci3n, por corencín de interés Jrídico pum impugnar loy actos o contratos en este sentido.

“(...) durante la existencia de la sociedad • •¥•gal cada cófijuge se encuentra facultado legalmente para administrar g disponer libremente de los bienes que adquiera, seartsociales o propios, rio es menos cfierito que oí disolf3rse la sociedad por c:ualquiera de las couscts legales, o al promoverse un proceso ligado necesariamente a la disoluci3n de la sociedad de bienes, surge

^ COLOMBIA, CSS. Civil. Sent. de 20 Nov. cte 1979 . MP. Felipe Nicolás Rinc3n Ospina.

° COLOMBIA, CSJ. Gaceta judicial, Tomo 165 de 1982, N° 2406, pag. 56160-66-640-2000-22574. 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 1920, 8 de junio de 1967 y 20 de noviembre de 1979, que poco a poco ampliaron la legitimaci3n de un c3nyuge para demandar la simulaci3n de los actos celebrados por el otro c3nyuge sobre bienes adquiridos a titulo oneroso, durante el matrimonio, cuando la demanda de simulaci3n es posterior a la existencia de un juicio de separaci3n de bienes, cie cuerpos, ciivorcio o nulidad de matrimonio, caso contrario, careceria de interés, para oponerse a los actos ficticios que pretenden sustraer bienes sociales de la liquidaci3n por carencia de perjuicio actual (no eventual), y cierto (no hipot3tico), al no poderse reclamar el derecho de futuro. Esta decisi3n fue reiteracta en la sentencia 3e1 US 3e septiembre che 1993,

M.P. Natalia Sofía Paredes Londoño - Natalia Sofía Paredes Londoño 225 de 1993, N° 2464, pp. 25104-42-843-2012-53072.

Referencia: 92329-66-715-2016-74247 I

Salvamento de voto

nítidnmertte el interés jurídico tutelable para uno de los cónfuges de impugnar de simulador los actos de disposici3n del otro cuando mediante ellos se pretende contraer bienes sociales de la fiquidoci3n de la sociedad. Por el contrario, si no se ha disuelto la sociedad, ni judicialmente se pretende su disoluci3n, no aparece el interés jurídico para impugnar lon actoy jficticios.

‘(...) Entonces no siendo io cocción de simulaci3n de finnje popular sino de carácter privado, solo puede ejercerla el interesado, ó seo, que aquel que teniendo un derecho resulto lesionado por lo simiifnci3n. De suerte que el c3nyuge, en frente de negocios yimuladoy celebrados por el otro c3nyuge con retenci3n n bieney sociales, si no ye hct disuelto la sociedad conyugal o ze ha demandado en counn que royn oríentndn n In disoluci3n de fa mismo, como la seprnrci3n de cuerpos, de bienes, el divorcio, etc. Su sola cofidod de c3nyuge no lo legitima para atacar el acto simulado el ocio celebrado por el otro consorte””°.

En el mismo pronunciamiento se asent3:

“(...) La ju risprudencia la evolucionado ert el punto desde requerir para la procedencia de la acci3n de simulaci3n la ocurrencia de a/puna de las causales de disoluci3n de la sociedad conyugal hasta considerar suficiente promover proceso de se#araci3rr de bienes, de cuerpos, el de divorcio o el de la

nulidad del
/7t0t£Ú/7t0/tiO.

‘(. ..) puey para fo procedencia de la acción de simulación por parte de uno de los cónyuges, la disolución de la sociedad conyugal en necesorin, pues sólo en tal evento aparece para él el interés jurídico con las colidndes de actual ft real”.

De modo que con antelación a la disolución, los cónyuges pueden disponer de los bienes sociales, pero con 1a 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 entraría en venta de cosa ajena, como lo describe la misma
‘ COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent. de 4 Oct. de 1982. MP. Felipe Nicolás Rincón Ospina.

Corte, sin que los negocios anteriores, puedan ser impugnados:

“Durante ía vigencia de la sociedad, cada córtguge puede ser titular de dos categoifias de bienes: los propios exc/ustvos de cada uzzo (cofno los que tengcr en el momento del rrratrimonio, los que adquiera a tifulo gratuito y los que consiga o título oneroso pero para subrogar bienes exclusivamente propios); y los sociales o gananciales, destinados a conformar la masa co/aún partible cuando sobrevenga la disolución de la saciedad.

‘Desaparecida la incapacidad civil de la muJer cnsada mayor de edad y la Jefatura tínicn de la sociedad conyugal por parte del mctrido, por uirtud de lo Leia 28 de 1932, tanto éyie como aquélla hciifonse facultadOS pQrQ ad min istTQT fi disponer libremente de sus bienes, entendiendo por tofes loy de su excluyiua propiedad y los que, a peyar de tener el carácter de gnnoncnfnes, se rodicnn en cnbezn de uno o de otro. Porque, como lo interpretó la Corte desde

1 93T, “...la sociecfac/ (corrugual) tiene, descte 9J3, dos

administrctdores, err uez de uno; pero dos ac//nistradores con autonomía propia, cada uno sobre el respectifio con nto de bienes muebles e inmuebles aportados al matrimonio o odgutricctos durante fe unión, ya por el marido, ora por fo mujer” (G.J., t.SU, págs. 6SO ft oy.).

‘ ‘ y cu/tad de administrar íy de disponer libremente se se recorYac/o cuando la sociedad se disuelve; a partir de este evento, cada uno de los esposos sólo puede disponer de los bienes que serzn suyos exclusivamente, desde luego que en rtada los afecta la disolución de la sociedad. Por este hecho, emerge la indiz/isiórr o comunidad de gananciales, íy /nientrccts perdere este establo, o sea, erttre t0tr/Yo se /iguide {/ se realicen la parlficiórr y lo ad dicoción de bieney, cada cónyuge pierde fo facultad que tenín de ndministror íy de dtsonper libremente de los bieney sociales. El desconocimiento de esta situación, o seo, el que por uno de los cón guges ze rendn un bien que tiene la condición yocial, puede dar lugar al fenómeno de la venta de cosa njeno, corno reiteradamente lo ha expuesto ía jurisprudencia de la Corte“* .

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 laruza a combatir de simulador los negocios del otro; de manera que cuando formula demanda ert ese sentido, esto es, de simtzfación, ahf debe estar í7recedic/o de aquel; porque tal interés, como e/errtento que es de la jsretensión, debe

I lsentencia N° 102, de abril 25 de 1991, M.P. Rodrigo Andrés Valencia Muñoz.

aparecer ob initio, o sea, existir al tiempo de deducirse la occiñn porque ef derecho no puede reclamarye a futuro. El interés debe ser, omén de cierto, actual, vale decir, existir al tiempo de recabarye la simulación; tener presente que cualquier otro momento, incluido el de la íitis contestntio como nqití lo sugiere el cnsncionisto, es admitir que ye puede reclamar la simulación con tnt de que posteriormente, p obriamente con reclamo de derecho de fiiWro, se inotaure la separación de bienes. Y como tal coracteristicct de actualidad estriba rto mós que en la inmediatez de la determinación que ha de sobreuifir, resulta aconsejable sobremanera que, asi las partes como el jefes de la causa, estén otentos n verificar su rigencin, porque ey evidente que si en el proceso de divorcio o separación de cuerpos, recae pfonuncinmiento que deztru.fe ía posibilidad de que la sociedad conyugal ncobe, es este un hecho que el juez rio puede perder de nieta para tomar una decisión adecuada, por oupuento que la eranescenctn sobreviniente de tnl posibilidad Herr consigo lo del interóo“!*.

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

80415-49-655-2012-69773 1, cuando plasmó:

"(...) Según lo establece el artículo 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 fe y vertebra al momento de contraer o, o que hubiere aportado a él, prerrogativa que sólo decaerá a la disolución de la sociedad, por cuya constitución 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 20 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 unidad familiar a que trata la Ley 58 de 1996, independencia que se traduce en que uno no puede obstaculizar el ejercicio de ese derecho. De igual manera, en uno de los contratantes tampoco los eventuales deberes podrán impugnar los actos celebrados por el otro cónyuge, inculcados en las meras expectativas emergentes de una futura e hipotética disolución del matrimonio o de la sociedad

" COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent. de 15 Sept. de 1993, exp 387.

conyugal, como que así no fuere se desnaturalizaría su régimen legal. En cambio, una vez disuelta la sociedad conyugal los cónyuges estarán 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 extingue 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 contenido celebrado por el otro sobre bienes adquiridos por éste a título oneroso durante el matrimonio cuando lo contenido de simulación es posterior al momento de existencia de un juicio de reparación 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 las partes demandantes 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 ayoma con carácter de fondo unctivamente grave, cierto y cierto en los derechos del demandante, todo vez que, sin lugar a dudas, la preterición del negocio simulado corre en mengua o sus derechos. Quiérese testar, entonces, que el derecho o la libre disposición derivado del régimen de sociedad conyugal, ya encuentro tema de toda discusión en relación con los actos en que el cónyuge dispone real y efectivamente de los bienes que, al momento de la disolución, le pertenecen. Empero, otro debe ser el tratamiento, cuando uno de los cónyuges la celebración dichos actos de manera aparente o simulada pues en esta hipótesis la situación habrá de

Felipe Nicolás Rincón Ospina a su tiempo, reeditó esta doctrina, siguiendo aquellas providencias, especialmente las insertas en las Facetas Judiciales, Tomo 165 de 1982, N° 2406, pag. 45221-79-110-2010-43391; y sentencia del 15 de septiembre de 1993, M.P. Felipe Nicolás Rincón Ospina Judicial 225 de 1993, N° 2464, pp. 94356-10-673-2000-52934, sentenciado en sede de tutela:

"8. Según lo 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 llena 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 de los cónyuges sobre los bienes sociales, posando aquéllos a adquirir un derecho universal sobre la masa indivisa. Esta situación ha sido descrita de la siguiente forma por la Felipe Nicolás Rincón Ospina de Justicia:

"Ozrrante la vigencia de la sociedad, cada cónjuge 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) 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 hanse facultados para administrar y disponer libremente de sus bienes, entendiéndose por tales los de exclusión 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 de 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.U., t. CLV, págs. 630 y ss.).

'Esta facultad de administrar y 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

Referencia: 052663103002200 1-58863-92-767-2013-81662 I

Salvamento de voto

comunidad de gananciales, y mientras perdure este estado, o sea, entre tanto se liquide y se reoficien 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 -, tendientes 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 de Juan David Herrera Cifuentes se establece la presunción de que todos los bienes muebles, inmuebles, especies, créditos, derechos y acciones que existieran 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 tienen 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.

"Artículo del mismo Código, el artículo 798 preceptúa que, como regla general, el marido o la mujer deberán a la sociedad el valor de las aportaciones que realicen sobre cualquier parte de la sociedad conyugal. Finalmente, el artículo 1824 ha establecido que el cónyuge que dolosamente oculte o distraiga cualquier 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 Juan David Herrera Cifuentes 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 estén 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. Así como en sentencia del 4 de octubre de 1982, M.P. Rodrigo Andrés Valencia Muñoz, se sentenció que el cónyuge está legitimado para demandar la simulación de los negocios jurídicos celebrados por el otro, una vez desueltos los efectos de la sociedad conyugal o también, estando urgente cuando se configure un interés jurídico vinculado o necesariamente o la disolución de la sociedad de bienes, como ocurre cuando el cónyuge ha demorado la

Referencia: 22284-71-911-2000-60157

Salvamento de voto

separación de bienes, la separación de cuerpos, el divorcio, la nulidad del matrimonio, etc.”¹

El mismo Juan David Herrera Cifuentes 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 tenyere lugar alguna causal de disolución de la sociedad conyugal (artículo 1820 C. C.), que conduzca o lo terminación del citado régimen patrimonial común, “...se constituirá que los cónyuges han tenido esta sociedad...”; en 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, participación y adjudicación”². Y to face asentado en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia al sostener que: “...La sociedad tiene desde 1932 doce admiradores, en vez de uno; pero doce administradores con autonomía propia, cada uno sobre el respectivo conjunto de bienes muebles o inmuebles aportados al matrimonio o adquiridos durante la unión, y 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...”³.

Razona por las cuales se separa de la decisión la jurisprudencia. Motivos para rectificar esa doctrina Necesidad de sustituir aquí la tesis

Es hora de abandonar la interpretación restrictiva inserta en la sentencia de fondo para articularla a la '3 COLOMBIA, C. Const. Sent. de tutela Sentencia T-325/98 del 2 de julio de 1998, M. Pon. Dr. Rodrigo Andrés Valencia Muñoz, exp. T-156326.

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

¹ COLOMBIA, C. Const. Sentencia T-1243/01.

Referencia: 14980-69-547-2009-28093 1

Salvamento de voto

genuina idea que se desprende del C.C., y para ponerla a 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 comercial, 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. Posteriormente

Referencia: 0526631030022001-62178-70-221-2017-37898

Salvamento de voto

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, cubre sin distinción 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 1962 el marido administraba libremente 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. Existía, pues, la mujer en condiciones de menor esta inferioridad repleta del marido en forma tal que ante los terceros parecían 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”^{**^}.

En ese entorno, al mismo tiempo, fue paulatina, pero segura, la construcción y decantación de la simulación

^{**} COLOMBIA, CX. Civil: Sent. Sentencia de casación civil del 17 de marzo de 1955, reiterada en la fiel 4 de octubre de 1982.

Referencia: 0526631030049671-87-214-2020-88794

Salvamento de voto

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.

Ann eua do vangtiardista 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 desde el punto de vista económico, como coadministradora de la sociedad conyugal¹; y en otro extremo, se reconocía la sociedad de hecho a favor de la concubinal¹⁸, como medio

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 María Alejandra Salazar Vélez, 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 obsoleta configura inexistencia del negocio, y la reotium, en tipo negocio/ distinto. La nulidad, absoluto 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 del 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. 48605-86-629-2030-87585).

¹⁸ COLOMBIA, CX. Civil: Sent. del 30 de noviembre de 1935, Mg. Pon. Juan David Herrera Cifuentes. Esta es la celebre sentencia fundacional de la sociedad de hecho entre concubinos, antecedente, también de la sociedad patrimonial entre compañeros.

Referencia: 30922-42-124-2004-14867 I

Salvamento de voto

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 “ratoto” 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 irónicamente hasta 1957 vino a obtenerlos María Alejandra Salazar Vélez número 3 del 26 de agosto de 1954, reformatorio 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 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 1967 concurren por primera vez a las urnas en el plebiscito convocado por el Rodrigo Andrés Valencia Muñoz para la ratificación del derecho al voto.

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 rinusvalia 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 costera, 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 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 en 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.

La simulación con variadas aplicaciones

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 extraídos.

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 verdaderos 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 testaferreros o para esconder los verdaderos, etc.; con los aportes para encobrir 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. Pitufes (omurfing), 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.

3.4. 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 presentan acciones judiciales con propósitos disolutorios de la misma.

Felipe Nicolás Rincón Ospina y Capitant "(...) el matrimonio es un contrato, el oral es mucho más importante que cualquier otro contrato "corriente de fe y al decir de Juan David Herrera Cifuentes '(...) el matrimonio en una institución jurídica, en el sentido verdadero del término, el cual es puesto en morimiento por el acto jurídico", que engendra una

* THOMPSON, Robert B. Piercing the corporate veil, an empirical study, Felipe Nicolás Rincón Ospina, vol. 76:1036; SOLOMON, Lewis y PALMITER, Alan. Corporations, examples and explanations. María Alejandra Salazar Vélez. Boston: Little, Brown and Company, 1994; EASTERBROOK y FISCHER, Foundations of corporate law. María Alejandra Salazar Vélez: Juan David Herrera Cifuentes, 1993.

* COLIN Y CAPITANT. Curso elemental de Derecho Civil. Madrid: Rodrigo Andrés Valencia Muñoz. 1957, p. 286.

2° BONECASE, Julian. Tratado elemental de Derecho Civil. Rodrigo Andrés Valencia Muñoz

Felipe Nicolás Rincón Ospina: Natalia Sofía Paredes Londoño. 1997, p. 246.

Referencia: 052067240-81-872-2018-49135

Salvamento de voto

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 estofuto que gobierna

los intereses pecuniarios de los esposos, bien sea en sus relaciones recíprocas, sea en sus relaciones con terceros"

A este régimen económico, José Castán Tobeñas lo designa como '(...) el conjunto de reglas que delimitan los intereses pecuniarios que derivan del matrimonio, ya en relaciones de los cónyuges entre sí, ya en sus relaciones con terceros"

En nuestro ordenamiento, el artículo 113 del Felipe Nicolás Rincón Ospina define que (...) El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer que tienen con él el fin de procrear y de auxiliarse mutuamente", mientras que la regla 180 ejúydem, dispone que por el efecto 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

23 PLANIOL, Marcel. Estado práctico de Rodrigo Andrés Valencia Muñoz, régimen económico matrimonial. Tomo VII, 1983.

2• CASTAN TOBEAS, José. Derecho de Familia. Vol. I. Madrid, 1960, p. 205.

"[...] surge la sociedad conyugal, la cual implica la incorporación de una comunión de bienes que serán objeto de liquidación, partición y adjudicación al momento de ocurrir cualquiera de las causales de disolución previstas en la ley, además afirma que (...) [siendo la sociedad conyugal originaria del matrimonio, está a la vez el lugar de la existencia de un régimen patrimonial común compuesto por una serie de reglas especiales en relación con su administración, disposición de bienes, causas de disolución, forma de liquidación, partición y adjudicación, rente a los cónyuges la ley, la jurisprudencia y la doctrina al definir sus efectos y alcance]."

La facultad para celebrar un pacto escrito excluyente de la sociedad conyugal, permite inferir que no es requerimiento o imperativo del matrimonio, la coexistencia de bienes; pero si no existe ese convenio, por el sólo hecho del matrimonio surge la sociedad conyugal. Ahora cuando el 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, Rodrigo Andrés Valencia Muñoz ha dicho:

"[...] la sociedad conyugal no puede existir sin el matrimonio (...) necesariamente principio con el cual, no pudiendo modificarse durante su existencia por excepción 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 regula dicha sociedad como lo tiene por conveniente y equitativo,

2° Colombia, María Alejandra Salazar Vélez, Sentencia de 27 de nov de 2001, exp T-87843-83-849-2020-43732 Y T-4 J4.000. MP. Rodrigo Andrés Valencia Muñoz.

Referencia: 68576-54-620-2026-66082

Salvamento de voto

porque de lo contrario no se habría cómo deslindar las relaciones de interdependencia entre los cónyuges, las cuales son inevitables desde que éstos se unen en perpetuidad, etc. mero indisoluble".

No otra cosa, podía afirmar, Enrique López de la Pava "({...}) la sociedad conyugal se forma con la consecuencia del matrimonio".

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 mismo modo que la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes 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 María Alejandra Salazar Vélez, 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 su caso por efecto del hecho que lleva a la liquidación de uno, y hasta en el caso de fricción patrimonial: si con tal hecho se formase la sociedad conyugal, este hecho no la destruiría, sino

"* VÉLEZ, Fernando. Estudio sobre el Rodrigo Andrés Valencia Muñoz. De las obligaciones y el contrato. 2 Ed. Paris: Editorial Imprenta Paris-América. Tomo VII, p. 26.

" LV PEZ DE LA PAVA, Enrique. Derecho de Familia. Bogotá: Felipe Nicolás Rincón Ospina de Colombia, 1963, p.60.

2^ 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. al contrario, ni se produciría con el propio hecho que en vez de ella surgiera o coexistencia 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 enerva la 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 todo caso suceda hecho en razón del cual deba liquidarse la sociedad conyugal se considera haber fundado esta sociedad conyugal desde la celebración del matrimonio; pues con esto se excluye, conforme a lo natural de las cosas, que la haya en ningún instante posterior al que tal hecho acontezca: el nacimiento coetáneo con la muerte no es nacimiento, sino fallo de ser vivo"⁹.

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

'(. .) Está en efecto cierto la Corte cuando en su fallo de 20 de octubre de 1962 dice, con refuerzo en el sistema del Código, que se distinguen 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 es extraño 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, al punto que todos los bienes de la sociedad conyugal estaban en favor de efectos o los beneficios personales de la mujer. Desde luego que así con lo uno como con lo otro se manifestaba en favor de la sociedad conyugal respecto de los terceros y con relación a terceros, viene a ser en efecto lo que la Corte imputa concluir cuando escribe que solamente al disolverse la sociedad aparecerían delimitados los haberes en referencia; a que ella adjunta malamente el verbo "surgir" refiriendo al momento en que la sociedad conyugal termina, como expresando que los seres vivos nacían o quedaban muertos. Semejante inexactitud o improvisación proviene, si acaso, de absoluta ignorancia de principios elementales que sirven de base a los establecimientos del Código sobre sociedad conyugal.

"Por lo atinente a lo man estado por la Corte respecto a que antiguamente "la sociedad conyugal permanecía latente hasta el momento de su liquidación o disolución, hecho causante de que se liquidara la sociedad conyugal disuelta" El a su apreciación de que la sociedad emerge del estado de latencia en que estaba, a la

2' RODRÍGUEZ FONSECA, Jaime. De la sociedad conyugal o régimen de los bienes determinado por el matrimonio. Tomo 11. Bogotá: Felipe Nicolás Rincón Ospina. 1964, p. 12.

Referencia: 052631030022001 -060336-76-302-2004-45686

Salvamento de voto

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 existiera desde su disolución "latente", o sea "oculta" y escondida, ni que entre tanto hubieran 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, o sea, que ya explicado. Lo potencial era la disolución, como también fue, de consiguiente, debían liquidarse en sociedad conyugal disuelta

(,)"³⁰

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 estímulo de precedentes, que van más allá de una mera doctrina probable*, 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:

RODRÍGUEZ FONNEGRA, Jaime. De la sociedad conyugal o régimen de los bienes sometido por el matrimonio. Tomo 11. Bogotá: Felipe Nicolás Rincón Ospina, 1964, p. 64.

3* Art. 4 Ley 169 de 1896, Juan David Herrera Cifuentes.

C-836 de 9 de agosto de 2001. M.P. Rodrigo

Referencia: 82904-27-108-2004-88171 I

Salvamento de voto

"La sociedad conyugal o sociedad de bienes entre cónyuges, nace simultáneamente con el vínculo indisoluble del matrimonio. Efectivamente aquella se forma en un mismo instante. La sociedad de bienes no puede existir sin matrimonio. En el caso de muerte de uno de los consortes que rto estaban separados de bienes, matrimonio g

sociedad conyugal se produce en el mismo o preciso momento.

"Esta sociedad tiene sido subordinada; solo puede existir donde existe un matrimonio; no tiene rido propia ni independiente; siempre está sometido a la existencia de un vínculo matrimonial. Por ello, puede tener duración menor que la del matrimonio o 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 rido propia, o autónoma no necesita de su 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 escrito*, 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 título 22, libro IV, del C. C.", es un precepto compatible con el art. 1774, y con el ordinal 4 del art. 1820 e idem, cuando censura el nacimiento de una segunda sociedad conyugal, tornándola nula, por la subsistencia vínculo matrimonial anterior, caso en el cual "no se forma", con el nuevo, otra sociedad conyugal, en

*2 La sentencia C-395 de 22 de mayo de 2002 al estudiar la exequibilidad del art. 180, inciso 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

armoniza con el artículo 25 de la Ley 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 familiar, 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 ocuden y firman la escritura.

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 esfuerzos 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 14, 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 predicarse si previamente se ha disuelto la sociedad conyugal, cuando existen capitulaciones matrimoniales, o cuando el matrimonio se celebra 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.

Referencia: 062663103002200 I -50351-50-156-2034-54452

Salvamento de voto

Se extiende 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. Seguirá el artículo 2º, de esta 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 3º). 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 dejara constancia expresa de la constitución por ministerio de la ley (artículo 6º).

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 pertenecen al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado él, como de los de más que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiere".

Lo trasuntado traduce, sin arribages, 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 "intoto" 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 prohibir 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 irrealistas 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 debe 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 este segmento normativo, no puede creerse erróneamente que la sociedad surge inexactamente al momento de la disolución, o que no haya existido antes, porque la sociedad conyugal "irrevocablemente", 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.

Referencia: 0626631030022001 -22581-79-736-2009-94275

Salvamento de voto

3.4. 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.

Natalia Sofía Paredes Londoño, siguiendo a Rodrigo Andrés Valencia Muñoz ha sostenido, discutiendo sobre la simulación: •"(...) Su función se dirige a establecer lo cierto, a poner en claro lo dudoso o equívoco, a destruir la apariencia, y no tiene por qué apojarse en la culpabilidad delictiva del autor. El único requisito necesario para ejercer la acción de simulación es la existencia de interés, determinando a veces por el elemento del dolo y cuya naturaleza y extensión son diversas. Porque [...] la simulación resulta el perjuicio de la incertidumbre y disminución de valor de un derecho subjetivo, por consiguiente, de la amenaza de un posible efecto de nulidad. Además, el elemento del dolo en la acción de simulación tiene un espectro más amplio y multiforme, pero que no consiste solamente, en la disminución de la garantía de los acreedores, sino en cierto peligro de perder un derecho o de no poder utilizar una facultad.

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

3º COLOMBIA, CSJ. Civil. G. J., t. LXVII, páginas 37185-70-279-2026-14728.

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 Rodrigo Andrés Valencia Muñoz esta llamada a 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 quebrantaron los artículos 13 y 333 de la Constitución Nacional, seguían 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

Referencia: 093122-43-631-2033-43871

Salvamento de voto

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 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 re/exiones tienen 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 disuelve 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 1° de la ley 2B de 1992, la sociedad conyugal existe en estado Potente 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 U DÍJO de gananciales. De manera, que de acuerdo con el régimen aquí establecido, mientras que la sociedad conyugal está 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 en, sin injerencia o control de parte del otro, pues precisamente esa es la situación indica que con 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 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 que los acreedores frente a los actos fraudulentos de su deudor, porque como aquellos se enfrentan 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

Referencia: 0526631030022001 -00SO9-0 1

Salvamento de voto

acWAl, lo que, por lo visto, no puede deducirse de la simple condición de cónyuge”S (Subrayado fuera del texto).

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 le ha admitido, cuando existe una clara y patente intención 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 ineficaz 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 haberse derivado de éstas constataciones que están orientadas a la disolución de la misma, como la reparación de cuerpos, de bienes, el divorcio”, condicionada su existencia en el instante de declararse 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, sino que la sola existencia de esta última lo legitima para el efecto”30, 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.”41.

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 potente en ese caso porque disuelta la sociedad por cualquiera de las causas legales, se restituye 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 la disolución puede existir ya el interés jurídico en uno de los cónyuges para defraudar la simulación de un contrato celebrado por el otro sobre bienes adquiridos por éste a título oneroso durante el matrimonio cuando

■* COLOMBIA, CSJ.

Juan David Herrera Cifuentes.

Civil. Sent. de 5 Sep. de 2001, exp 5868. MP. Juan David Herrera Cifuentes

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

*7 COLOMBIA, CSS. Civil. Sent. de 15 Sep. de 1993, exp 127.

Referencia: 71432-42-934-2015-95314 I

Salvamento de voto

La demanda de simulación es posterior a la existencia de un juicio de separación de bienes, o de divorcio, o de nulidad del matrimonio, lo cual no impide al tener éxito, conllevar la disolución de la sociedad conyugal, caso en el cual se exige que una de tales demandas de inicios 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, al darse con carácter de nudo una menor grado, el juez al actualizar los hechos del demandante, toda vez que, sin lugar a dudas, la preservación del negocio simulado acarrea la vulneración a sus derechos"■8.

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 al cónyuge para demandar los actos fingidos, celebrados por el otro consorte.

Si la simulación:

‘(...) en la declaración de su contenido fue voluntaria no real, emitida conscientemente por 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”■*

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

■8 COLOMBIA, CSI. Civil. Sent. de 30 oct. de 1998, exp 4920.

■9 PLANIOL Y RAPPERT. Tratado práctico de derecho civil francés, tomo VII, número 33.

Referencia: 76758-45-282-2003-82541 I

Salvamento de voto

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 culpable 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 disolutiva, 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 Felipe Nicolás Rincón Ospina 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

Referencia: 052663 t 03002200 I -11068-97-205-2028-75717

Salvameztto de voto

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 comun, 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 compaiero o compaiera 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 compaiero 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 si o para la sociedad y para gozar y decidir sobre los propios bienes, o sobre los sociales que se hallen a su nombre. No

Referencia: 062663103002200I-40937-98-428-2011-51755

Salvamento de voto

puede menoscabarse el principio de la autonomía negocial de los cónyuges o compaieros pues una 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 compaiero para formular la simulación.

Se otorga la libre disposición de los bienes a cada uno de los cónyuges o compaieros 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 compaieros 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 compaieros 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,

Referencia: 0s44331-41-990-2026-65142

Salvamento de voto

o una vez se conforme la sociedad patrimonial o se celebre el matrimonio, cualquiera de los cónyuges o compaieros está legitimado y por tanto, facultado durante la vigencia de las mismas para presentar la acción de simulación cuando su otro compaiero 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 compaiero.

3.5 El marco constitucional tazablea cozo pete prolijaz et 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,

Or fu de::isión libre de un hombYe g umct mujer de contraer matrimonio o por la roftintnd reoponoable de conforinarla”* .

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

•° COlombia. Felipe Nicolás Rincón Ospina de Colombia de J 99a . Ed. Vigésima séptima:

María Alejandra Salazar Vélez.

Referencia: 24095-29-859-2013-31045

Salvamento de voto

instrumentos idôneos 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 COllStltucionales que la preservar en su dimensión personal y econômica. Eu el âmbito del régimen econômico 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 socledad 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 falTlllia, a l&f 1 aldad 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 justificar 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 compaiieros. Una exégesis ajustada a la Carta urge la efectiVldad de los derechos de las personas y de los consortes desde la propla Constitución de la familia, institución, valor y fin esencial del Juan David Herrera Cifuentes y Democrático de Derecho.

Referencia: 0526631030022OO1-00s09-01

Salvamento de voto

Cuando un acto jurídico patrimonial ilícito o ilegal efectuado por un cónyuge afecta el patrimonio social, no hay diida, automáticamente genera interés jurídico actual, vigente para promocionar la simulación con independencia de que se haya gestionado, prevlamente, 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 econômico que resulta afectado.

3.6. Vo paso ade1aote ea et zaarco de ta slzautaclón 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 ptiede 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 compaiiero, por tener esa condición, celebrados con antelación a su disolución y llquidación.

Felipe Nicolás Rincón Ospina, en sentencia de 30 de noviembre de 2011, admitiõ frente a la Oportuflldad 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 1a misma. En efecto, en el punto razonó:

‘(. ..) Teniendo presente que la legitimación pora demandar la simulación de un controlo celebrado por otros debe eualuaroe stein.pre a la luz de los particulares circunstancias en que dicho negocio ye hoyo verificado y en que, respecto de él, ye encuentre el tercero demandante, y considerada la nntedichn posición del socio en cuanto hnce o fct persona Jrídich societnrño, se impone colegir que cuando con el acto oponente ze pongan en riesgo, de manera fundada jy eridente, los derechos del socio, como

acontece cuando, v.gr., se manifiesta que la sociedad se desprende a título oneroso de un bien, pero, en realidad, no 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 fue anteriormente descrita sus intereses ciertamente se afectarán a partir de ese momento, sin que sea necesario aguardar a la disolución y liquidación de la sociedad para auycultar si sus prerrogativas son sufriendo algún decaimiento.

“En el presente asunto, como, incluso, lo admitió el propio recurrente en sentencia, la sociedad Juan David Herrera Cifuentes goza día. I.S. en

C. no recibió el precio estipulado en los contratos censurados por rito de simulación, de donde, y sin duda, su patrimonio, como consecuencia de las enajenaciones que realizó, resultó notoriamente afectado, 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 como miembros que promovieron la acción, y, por lo mismo, determinó que ellos, perjudicados nada más que de esa condición, si pudieran, como en efecto lo hicieron, reclamar la declaración de simulación de los correspondientes negocios jurídicos, pues su conservación dejaba en milo 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 conserven, es decir, no sean objeto de un demérito injustificado, como el que sobreveniría si se mantuvieran las transferencias que en relación con los bienes que integraban su activo patrimonial, realizó la sociedad Restrepo

Referencia: 0318540-46-507-2025-65215 1

Salvamento de voto

Vásquez y Cín. S. en I.S., cuando, como ya se precisó, ella no recibió a cambio”^’.

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

“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 en su ‘cuota de capital’ se efectuó en su 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 prelación general’ reconocido en el artículo 2488 del Código Civil, toda vez que la enajenación 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 simulación y también porque esos actos repercuten en la disminución de la participación del socio deudor en una eventual liquidación de la sociedad.

‘Las razones circunstanciales, eventuales de manera ostensible la generación de perjuicio no solo para los ‘acreedores’ de la compañía, sino respecto de quienes ostentan una calidad con relación a los ‘socios’ que tienen ‘cuotas de capital’, cuando hayan obtenido el decreto de medida cautelar sobre esos “derechos patrimoniales de su deudor” con intervención al conculcato atacado, de donde emerge el “interés jurídico” que facultan a los nombrados ‘terceros’ para promover la ‘acción de simulación’ frente a ‘negocios jurídicos de disposición de activos celebrados por la respectiva sociedad’”°.

En aquellos asuntos, adviértase, la sociedad no se encontraba disuelta ni en estado de liquidación, no obstante, yendo más allá esta Corte, reconoció en este otro antecedente referenciado, legitimación al acreedor de un socio para demandar los actos de disposición del ente social.

COLOMBIA, CSI. Civil.

Felipe Nicolás Rincón Ospina.

Sent. de 30 Nov. de 2011, exp 40217-63-819-2011-14419, MP

“ COLOMBIA, CSA. Civil. Sent. de 2 Agos. de 2013, exp 15925-57-596-2007-39977 108-01, MP. Ruth Rodrigo Andrés Valencia Muñoz.

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 aparece 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; *ri fortiori*, si se comprende que los problemas jurídico - económicos familiares, tienen mayor calado social y una esencia marcadamente fundamentalista.

3.7. La buena fe es un principio que debe gobernar el régimen económico de la sociedad cooperativa 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:

Referencia: 45363-39-355-2007-99010

Salvamento de voto

“(...) En buena fe contractual se puede circunscribir o los términos de corrección o lealtad, en la cual aparte de imponer la necesaria corrección que debe existir entre las partes que intervinieren 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 otros prohibiciones y otras obligaciones además de aquellas previstas por la ley; como puede 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”.

La regla 83 de la Constitución Juan David Herrera Cifuentes, establece que las funciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a la oportuna de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten o tomen. Al mismo tiempo, el artículo 1603 del Código de Comercio dispone que “los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo 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”.

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 GALGANO,

1992, p.453.

• COLOMBIA.

Francesco. Of negocio jurídico. Valencia: Felipe Nicolás Rincón Ospina y lo Blanch,

María Alejandra Salazar Vélez de Colombia de 1991. Ed. Vigésima séptima:

Felipe Nicolás Rincón Ospina.

” COLOMBIA, Felipe Nicolás Rincón Ospina.

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

•* STAUB H. (en 1902 propuso la tesis de las violaciones positivas del contrato - positivos Vertragsuerletzungen), Heinrich STOLL (en 1932 distinguió deberes que sirven al interés en la prestación y deberes de protección), DEMOGUE, René; LORENZETTI, Felipe Nicolás Rincón Ospina, "Esquema de una teoría sistémica del contrato"; ALTERINI, Atilio Ariibal; DE LOS MOZOS, Juan David Herrera Cifuentes; SOTO, Natalia Sofía Paredes Londoño, Instituciones de derecho privado. Contratación contemporánea. Teoría general y principios, 1ª edición, María Alejandra Salazar Vélez — Lima y María Alejandra Salazar Vélez S.A., Bogotá, 2000. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, mercantil y en el Inborge, Felipe Nicolás Rincón Ospina S.L., Madrid, 2000, pag. 263; MORELLO, Augusto M., indemnización del daño contractual, Natalia Sofía Paredes Londoño — María Alejandra Salazar Vélez, 2ª edición, María Alejandra Salazar Vélez, 1974, pag. 70. RODRÍGUEZ

Referencia: 17740-58-694-2000-18911 1

Salvamento de voto

en pos de una verdadera cooperación familiar entre la pareja, sin que ninguno abuse de su posición privilegiada.

Razones a las que se opone el juez de la Sala IV. La Sala IV no debe ser un foro de debate sobre la validez de la sociedad conyugal. 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.

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 entelequia {no como categoría aristotélica}, algo así como la figura kantiana del 'noumèno', o el mundo de la "Ideas" en la caverna de Platón (Republica, 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 interrum" 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

AZUERO, Sergio, Contratos bancarios. Su significación en Juan David Herrera Cifuentes, Felipe Nicolás Rincón Ospina, 1ª edición, Bogotá, 2003, pag. 178 y sigs.; SANTOS BALLESTEROS, Jorge, Instituciones de responsabilidad civil, t. I, JEVERGRAF, Bogotá, 1991, pag. 117 y sigs. SOLARTE RODRIGUEZ, Arturo, La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta.

Referencia: 052663 I 62518-41-738-2021-41070

Salvamento de voto

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.

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 o ser utilizada para fines de fraude; tanto fraude a la legítima como fraude en daño de otros individuos, acreedores o quien realiza el negocio u otros que tu vieras convenientemente derechos hacen efecto. Pero, prescindiendo de la observación de que puede existir simulación sin fraude y, recíprocamente, fraude sin simulación, bastaría indicar que ya existen de por sí diferencias heterogéneas, dependientes de dos diferentes aspectos bajo los que puede ser
Referencia: O526631030022001 -00SO9-O1

Salvamento de voto

considerado el negocio. El fraude y, en general, la ilicitud, expresan una configuración 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”.

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?

La acción de nulidad planteada desaparece si se legitima respecto a la posibilidad de demandar los actos fraudulentos desde el nacimiento de la sociedad conyugal o patrimonial.

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

‘ BETTI, Emilio. Teoría general del negocio jurídico. Comares, 2000. P. 346.

negocio jurídico. Traduc. de Natalia Sofía Paredes Londoño.

Referencia: 94622-97-732-2009-29511s09-01

Salvamento de voto

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 Natalia Sofía Paredes Londoño 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 155: 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.

Referencia: 70441-88-981-2023-87673

Salvamento de voto

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 "(...) fu realNación de cualquier acto de ena)ertacióri o gravamen de bienes de su propiedad sujetos a registro, si tuviere sociedad conyugal o patrimonial uigernte•, caso en el cual la autoridad judicial con atribuciones •(. . .) oficiaró a las autoridades competentes• (literal 1).

Si en estos casos existe legitimación para solicitar una medida cautelar de esa estirpe sobre bienes propios étel agresor, con sociedad conyugal, a /ortiorí ha de legitimarse al otro cónyuge o compaiiero cuando se distraer 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 de/ciencins de comportamiento, prodigolidnd o inmncfurez neqocinl y 9ue, como coneec:uencia de ello, puedctn poner en serio riesgo mt patrimonio pofirñn ser inhat÷ilítadas para celebrar algunos negocios

Jn rídicoo, a petición de su cónauge, el compa fiero o compa fiera perzrto rtente (...).

Este ultimo 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 cohesivos?

Del mismo modo, la decisión mayoritaria pasa por alto, la declarada inexequibilidad parcial de los arts. 1852 del C.C. (1796 del Código Natalia Sofía Paredes Londoño} y 906 del C. de Co., mediante sentencia C-0b8 de 1999, aprobada el diez de febrero de mil novecientos noventa y nueve, proferida por la Rodrigo Andrés Valencia Muñoz, excluyendo del ordenamiento jurídico nacional las expresiones del art. 1852 del Código Civil: '(...) entre cónyugeo no divorciados g"; el artículo 5° de la Ley 28 de 1962, en cunnto dispone que 'son nuloy nbsolutnmente entre cónyuges (. . .) lou contratos relatiuoy a tnmuebfes"; p et artículo 906, numeral 1° del Código de Comercio, en la expresión "lou 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 compaiieros, exige necesariamente la existencia y construcción de un dique de contención frente a los actos fraudulentos que uno u otro cónyuge efectuen 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 pretendam 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.

La aaturateza izaperattwa p coac1upeate del art.

La doctrina vigente desconoce al rompe, el inciso final del art. 1777 del C. C., segtln el cual: 'No se podrá pactar que la sociedad con gol tengn principio nntes o despues de contrnerse el matrimonio; todn estipulación en contrario en nulo", imperativo jurídico, que apodictico dispone el riacimiento 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. COOCÉ¥B1OO:

La simulación no es nua 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 ardencia lo ha sostenido:

‘(. ..) La ley ha consagrado la acción declarativa de simulación para impedir que los terceros o las partes que se benefician del acto aparente, puedan desvirtuar tales fundamentos en detrimento de sus intereses, y obtener el reconocimiento jurisdiccional de la verdad oculta. En ese orden de ideas, cuando el demandante se trata, lo que persigue el actor en la declaratoria de la inexistencia del acto aparente, mientras que en la relativa, lo que pretende es que se justifique o precise el negocio realmente celebrado, en cuanto a su naturaleza, a las condiciones del mismo o a las personas que intervienen su ejecución realmente uinculada’⁸.

Axiológicamente, también la doctrina más connotada

ha censurado por antiética la práctica simulatoria:

‘Juan David Herrera Cifuentes simulación comporta siempre un determinado mendocidnd o engaño, difícil y excepcionalmente podrá resultar tolerada por una ética muy estricta. Pero a partir del instante en que ya mentiro se utiliza para perjudicar a un tercero, entonces es obvio que ya no es solo en la mortificación sino también al derecho de quien interese el control del acto simulatorio, en otros de tener postulado de tanto raigambre como el principio alteri non laedere, concusando la mayor parte de sus efectos por la simulación negociada; pues, frente a un número relativamente pequeño de ficciones inocuas (ad pompam, iocundum cause, etc) costumbre

sus efectos se traducirán en un lesivismo patrimonial⁴⁹ fegase

en cuenta que cuando hablamos de simulación entendemos generalmente por ella un conducto lesivo, perjudicial, enfocada estrictamente al daño patrimonial, ya que por otro lado hemos marginado del presente estudio otras simulaciones más

patrimoniales, tales como el de matrimonio o de delito⁵⁰,

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 Juan David Herrera Cifuentes, 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.

ss COLOMBIA. CSI. Sent. 8 de Feb de 1996, exp. 4380.

Mención aparte merecen notoriamente los negocios fiduciarios y en ánimo fraudulento, aunque ya hemos visto que desde el punto de vista de esta doctrina no se consideren verdaderas simulaciones.

*° SABATE, Luis Muñoz. La prueba de la simulación. Rodrigo Andrés Valencia Muñoz: Bogotá, 1980. p. 1⁵⁹.

Referencia: 61516-78-142-2035-48357

Salvamento de voto

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 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