

*República de Colombia*



*Corte Suprema de Justicia*

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

**MARGARITA CABELLO BLANCO**  
**Magistrada ponente**

**STC17690-2015**

**Radicación n.º 11001-02-03-000-2015-02615-00**

(Aprobado en sesión de dos de diciembre de dos mil quince)

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de diciembre de dos mil quince (2015).

Decídese la acción de tutela instaurada por Martha Patricia Mendoza Rodríguez en frente de la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, integrada por los magistrados Jaime Humberto Araque González, Lucía Josefina Herrera López y Óscar Julio Maestre Palmera, y el Juzgado Trece de Familia de esta urbe.

**ANTECEDENTES**

1.- La gestora depreca la protección constitucional de sus derechos fundamentales al debido proceso y «*justicia material*», presuntamente vulnerados por las autoridades encartadas

dentro del juicio ordinario que le formuló a Henry Valenzuela Gordon.

2.- Arguyó, como pilar de su reclamo, en síntesis, lo siguiente:

2.1.- El día 13 de agosto de 1988 contrajo nupcias por el rito católico, siendo que en vigencia de la *«sociedad conyugal, los esposos adquirieron [el] apartamento 801, y los garajes 11 y 12, ubicados en el Edificio número 2 [...] de la urbanización La Colina Campestre Tercer Sector, ubicado en [...] Bogotá. Estos bienes de la sociedad conyugal se radicaron en cabeza del [allí demandado]»*.

2.2.- Sin embargo, el día 15 de mayo de 1997, su entonces cónyuge *«enajenó, de manera dolosa, a [sus] espaldas [...], es decir, sin su conocimiento, ni consentimiento, los inmuebles de la sociedad conyugal, y por un precio irrisorio, lo cual hizo a [su] nombre [...] mediante [E]scritura [P]ública 1324, Notaría 30 de Bogotá»*

2.3.- Ante el Juzgado Noveno de Familia de esta ciudad, el 29 de agosto de 1997, inició *«proceso de divorcio-cesación de efectos civiles»*, mismo en que el 4 de diciembre de 1998, se *«profirió sentencia de divorcio, y [se] decretó la cesación de los efectos civiles del matrimonio, y la consiguiente disolución de la sociedad conyugal»*.

2.4.- Así las cosas, emprendió *«el trámite de la liquidación de los bienes, lo cual hizo dentro del mismo expediente»*, el que se halla en curso, deviniendo que en su *«inicio [...] se dio cuenta, por el certificado de libertad de los inmuebles, que estos habían sido vendidos por su exesposo, a un precio irrisorio»*, por lo que parejamente *«inició un proceso de simulación y de lesión enorme [...] que se adelantó ante el [J]uez doce (12) del Circuito de Bogotá, y*

*culminó con sentencia favorable a [sus] pretensiones», declarándose «la simulación y [se] ordenó restituir el inmueble en cabeza del vendedor Henry Valenzuela Gordon».*

2.5.- Tras «quedar en firme la sentencia» aludida, promovió el litigio *sub júdice* «para que el juez de familia decretara la “pérdida de los derechos” que el cónyuge Henry Valenzuela Gordon tiene sobre los inmuebles ya mencionados [...] con la pretensión de que esta pérdida se hiciera efectiva en el trámite de la liquidación de sociedad conyugal».

2.6.- En dicho proceso fueron falladas «desestimatoria[mente] las pretensiones, con fecha 28 de enero de 2015», dado que «la conducta del demandado, excónyuge [...], “no se puede encajar dentro de los supuestos tácticos del artículo 1824 del Código Civil”».

2.7.- Apeló esa decisión, deviniendo que el tribunal enjuiciado la ratificó el 10 de septiembre de 2015, con sustento en «a.- No haberse [...] probado los hechos sustento de la demanda, en particular la actuación dolosa del excónyuge Valenzuela Gordon. b.- La libre administración de los bienes que tenía el cónyuge respecto de los bienes enajenados simuladamente, lo cual [...] hace que no ocurra la distracción u ocultamiento que genera la sanción de pérdida del derecho sobre esos bienes. c.- El haber ocurrido la venta simulada estando vigente la sociedad conyugal [pues] la sanción aplica únicamente para ocultamientos realizados a partir de la disolución de la sociedad conyugal y durante el período de la liquidación. d.- El hecho de haber regresado el bien a cabeza del cónyuge vendedor, permite que él no se haya perdido u ocultado, porque se puede agregar a los inventarios de la masa partible, bien durante el curso de la liquidación de la sociedad conyugal, bien en partición adicional, si esta ya hubiere culminado. e.- No haberse probado el estado de disolución y liquidación

*de la Sociedad conyugal, circunstancias que [...] se requerían para estructurar o no el ocultamiento o distracción de los bienes, y de la sanción».*

2.8.- Acota que esas decisiones pasaron por alto, principalmente, de un lado, que *«[e]l proceder de cada cónyuge, durante el matrimonio, con relación a los bienes de la sociedad conyugal debe ser transparente, libre de trampas, artificios, engaños, y debe ser responsable»*, siendo que las pruebas acreditaban la mala fe de su excónyuge; y, de otro, que obró confusión *«entre el momento de la ocurrencia de la causal supuesto de hecho que establece el artículo 1824 del Código Civil, y el momento de la aplicación de la sanción»*.

3.- Solicita, conforme a lo relatado, que se declare que *«no produce efectos jurídicos la sentencia»* de segundo grado de marras y, consecuentemente, se ordene *«proferir sentencia mediante la cual se revoque la [...] de primera instancia proferida por el Juez 13 de Familia de fecha 26 de enero de 2015, y se concedan las pretensiones de la demanda»*.

4.- El día 2 de diciembre de este año fue *«derrotada»* la ponencia que se llevó a Sala de esa data, razón por la cual, mediante proveído de la misma fecha, se dispuso que el expediente pasara al Despacho de la suscrita Magistrada *«por ser a quien le corresponde elaborar el proyecto que se aprobó en la referida sesión»* (fl. 69).

## **LA RESPUESTA DE LOS ACCIONADOS**

Guardaron silencio.

## CONSIDERACIONES

1.- La reiterada jurisprudencia ha sostenido, en línea de principio, que este amparo no es la senda idónea para censurar decisiones de índole judicial; sólo, excepcionalmente, puede acudir a esa herramienta, en los casos en los que el funcionario adopte alguna determinación *«con ostensible desviación del sendero normado, sin ecuanimidad y apoyado en el capricho o en la subjetividad, a tal punto que estructure ‘vía de hecho’*, y bajo los supuestos de que el afectado concorra dentro de un término razonable a formular la queja, y de que *«no disponga de medios ordinarios y efectivos para lograrlo»* (ver entre otras, CSJ STC, 3 de mar. 2011, rad. 00329-00).

El concepto de *«vía de hecho»* fue fruto de una evolución pretoriana por parte de la Corte Constitucional, en vista de la necesidad de que todo el ámbito jurídico debe respetar los derechos fundamentales como base de la noción de *«Estado Social de Derecho»* y la ordenación contemplada en el artículo 4 de la Carta Política. Así hoy, bajo la aceptación de la probabilidad que providencias desconozcan prerrogativas esenciales, se admite por salvedad la posibilidad de amparar esa afectación siempre y cuando se cumplan los siguientes presupuestos: 1. Generales: *«a) Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional; b) Que se hayan agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable; c) Que se cumpla el requisito de la inmediatez; d) Cuando se trate de una irregularidad procesal; e) Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere*

*sido posible y f) Que no se trate de sentencia de tutela» y, 2. Especiales: «a) Defecto orgánico; b) Defecto procedimental absoluto; c) Defecto fáctico; d) Defecto material o sustantivo; e) Error inducido; f) Decisión sin motivación; g) Desconocimiento del precedente y h) Violación directa de la constitución» (C-590/2005, reiterada, entre otras, SU-913/2009 y T-125/2012).*

2.- Observada la censura planteada, resulta evidente que el reclamante, al estimar que se obró con desprecio de la legalidad, enfila su inconformismo, en últimas, contra la sentencia ratificatoria de 10 de septiembre de 2015 dictada por la sala querellada dentro del *sub examine*, por supuestamente incurrir en causal específica de procedibilidad por defectos sustancial y fáctico.

3.- De acuerdo al expediente arrimado en préstamo, se vislumbran las siguientes actuaciones que atañen con el asunto que concita la atención de la Corte:

3.1.- Libelo genitor (fls. 143 a 150, cdno. 1 original) y auto admisorio de 3 de octubre de 2005, dictado por la célula judicial censurada (fl. 155, *idem*).

3.2.- Contestación de la demanda (fls. 296 a 303).

3.3.- Proveído de 28 de agosto de 2008, que abrió a pruebas el litigio (fls. 322 y 323).

3.4.- Fallo desestimatorio de 26 de enero de 2015 (fls. 427 a 438).

3.5.- Sentencia confirmatoria de 10 de septiembre de 2015, emitida por la colegiatura acusada.

Sobre el particular, luego de citar jurisprudencia extensamente, expuso, entre otras reflexiones, que *«se tiene que frente al ocultamiento o distracción de bienes, el artículo 1824 del Código Civil, indica, que “[a]quél de los dos cónyuges o sus herederos, que dolosamente hubiere ocultado o distraído alguna cosa de la sociedad, perderá su porción en la misma cosa, y será obligado a restituirla doblada”, ello como sanción a la conducta dolosa del cónyuge que busca defraudar al otro con desmedro de sus intereses en la partición de los bienes sociales», siendo que la «distracción consiste en la apropiación que uno de los cónyuges o de sus herederos hace de un bien social en provecho propio y en perjuicio del otro cónyuge, de sus herederos o acreedores» y la «ocultación es el acto de esconder, hacer desaparecer, negar o silenciar la existencia de una cosa social, no obstante saber que existe».*

Asentó, de inmediato, que *«la porción del cónyuge culpable de la distracción u ocultación como el valor de la sanción, acrece a los gananciales del consorte inocente y no al acervo partible, de lo contrario resultaría beneficiado el propio culpable al participar en la misma cosa y en el valor de la sanción».*

Esgrimió, seguidamente, que *«para poder aplicar la sanción se requiere que la distracción u ocultación sea dolosa; es decir, que se ejecute con el propósito o intención positiva de perjudicar al otro cónyuge y a sabiendas de que el bien distraído u ocultado es social o en su defecto hace parte del haber social. Como es bien sabido, el dolo no se presume, por tanto el que lo alega deberá probarlo; de suerte que la sanción es de orden restrictivo, y será aplicable únicamente en el período de tiempo comprendido entre la disolución de la sociedad y el momento de la liquidación y partición; es decir durante la indivisión».*

Así, reseñó, *«las reglas del artículo 1824 del Código Civil refieren, que la distracción u ocultamiento de los bienes pertenecientes a la sociedad conyugal debe producirse de manera dolosa; es decir, no es suficiente que el cónyuge inocente o sus herederos aleguen que el otro vendió*

*u ocultó bienes de la sociedad, sino que, deberá probar que lo hizo de manera intencional con el ánimo de defraudar al otro consorte».*

*A la par, relevó que «de lo dispuesto en la [...] Ley 28 de 1932, los cónyuges tienen la libre administración y disposición de los bienes propios y aquellos que hubieren aportados a él; pero la facultad de administrar y disponer libremente se ve cercenada una vez disuelta la sociedad; es decir, que a partir de ese instante cada uno de los cónyuges sólo puede disponer de sus bienes propios. Por este simple hecho, irrumpe la indivisión, y mientras permanezca en ese estado o se realice la partición y adjudicación, cada cónyuge pierde la facultad que tenía de administrar y de disponer de los bienes».*

*A esas cotas, y luego de relacionar en detalle las acreditaciones recaudadas, adujo que «disuelta la sociedad conyugal cada uno de los cónyuges solo puede disponer libremente de los bienes propios, aunado a ello, no siempre tiene que ser oculto el acto dispositivo contemplado en el art. 1824 del C.C. y la sanción que consagra esta norma es aplicable cuando se enajenan bienes después de la disolución y antes de su liquidación».*

*Manifestó, a continuación, que «está probado con el registro civil del matrimonio la sociedad conyugal conformada entre [...] Martha Patricia Mendoza Rodríguez y Henry Valenzuela Gordon desde 13 de agosto de 1988, hasta el 4 de diciembre de 1998»; que «la demanda que dio origen al proceso ordinario aludido anteriormente, fue instaurada por Martha Patricia Mendoza Rodríguez (aquí demandante) contra Henry Valenzuela Gordon y Carolina Hoyos de Fonseca, [...] proceso dentro del cual se declaró mediante sentencia de 7 de octubre de 2003, absolutamente simulado en el contrato de compraventa contenida en [E]scritura [P]ública 1324 del 15 de mayo de 1997, que se refiere a los bienes inmuebles identificados con [M]atricula [I]nmobiliaria N.º. 50N-663571, 50N-663589 y 50N-663590 y confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, mediante sentencia de 28 de octubre de 2004»; que del «certificado de tradición y libertad de los [mentados] inmuebles»*

surge que tales fueron «adquiridos a título oneroso por [...] Henry Valenzuela Gordon, el 28 de enero de 1991, tal como aparece en las anotaciones número 9, 7 y 7 de los citados documentos[,] de suerte que esos bienes eran sociales, toda vez que se adquirieron dentro de la vigencia de la sociedad conyugal [...], por cuanto la misma tuvo vigencia durante el periodo comprendido 13 de agosto de 1988, hasta el 4 de diciembre de 1998»; y, que «el demandado Henry Valenzuela Gordon, dispuso de los inmuebles antes citados el 3 de julio de 1997 (ver anotación No. 14, 12 y 12 de los certificados de tradición y libertad de los bienes [...]) cuando aún no se había disuelto la sociedad conyugal que él tuvo con la [reclamante], porque la disolución de matrimonio se dio el 4 de diciembre de 1998».

Relevó, entonces, que «dicha enajenación el demandado la hizo consciente que existía la sociedad conyugal pero que la misma no estaba disuelta, porque como se enunció la sentencia que disolvió la sociedad se profirió el 4 de diciembre de 1998», por lo cual «en el caso en discusión no se han probado los hechos sustento de la demanda; es decir, que Henry Valenzuela Gordon actuó de manera dolosa, porque si bien sabía que los inmuebles tantas veces referidos hacían parte del haber social la venta de los mismos se hizo aun cuando los cónyuges tenían la libre administración de sus bienes, lo que traduce que no se distrajo el bien en desmedro de los intereses de la demandante, y que si bien existe una sentencia proferida por el Juzgado Doce Civil del Circuito de la ciudad, en la que se declararon simulados los contratos celebrados sobre los inmuebles por el demandado Henry Valenzuela Gordon y [...] Carolina Hoyos de Fonseca, se reitera, el negocio jurídico simulado fue celebrado cuando se tenía la libre disposición y administración de los mismos, luego lo que procedía, al haberse devuelto el bien al demandado Henry era incluir el bien en la diligencia de inventario y avalúos y que caso que ya hubiera fenecido tal oportunidad, se tiene la partición adicional para introducirlo a la masa partible».

Amén, expresó, igualmente «resulta improcedente la sanción sobre los bienes tales como los dineros depositados en cuenta de ahorros de la Cooperativa Texas Ltda., y la suma de \$6'689.129, en cuentas rentatex No.

01-00139, y de los CDTs, mencionados en el libelo de la demanda, habida cuenta que como lo manifestó la [peticionaria] al momento de presentar la demanda, dichos dineros, fueron retirados antes que la sociedad entrara en estado de disolución, por lo cual no existiendo prueba que los mismos fueron distraídos, se dispone también confirmar dicha pretensión, dado que el cónyuge para el caso concreto, tenía también la libre administración de tales bienes, sin que obre en el proceso prueba tendiente a demostrar que se actuó con dolo con el propósito de defraudar la sociedad, correspondiendo tal tópico debatirlo en la liquidación de la sociedad conyugal, en donde si es del caso, se deberá incluir en la diligencia de inventario como recompensa o activo de la misma» (fls. 14 a 33, cdno. 3).

Contra dicha determinación, valga decirlo, no se interpuso recurso extraordinario de casación.

4.- La jurisprudencia nacional, referente con la particular naturaleza de los «defectos» aquí enrostrados, ha tenido ocasión de señalar lo que a continuación se expone.

4.1.- Relativo al de talante «fáctico», esta Sala sostuvo en CSJ STC4901-2015, 21 jul. 2015, rad. 01168-01, que:

*Con relación al reproche del cual los actores derivan la existencia de defecto fáctico, es útil recordar que la Corte Constitucional lo ha determinado como aquél que: “surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. Se estructura, entonces, siempre que existan fallas sustanciales en la decisión, que sean atribuibles a deficiencias probatorias del proceso. Según esta Corporación, el fundamento de la intervención del juez de tutela por deficiencias probatorias en el proceso, radica en que, no obstante las amplias facultades discrecionales con que cuenta el juez del proceso para el análisis del material probatorio, éste debe actuar de acuerdo con los principios de la*

*sana crítica, es decir, con base en criterios objetivos y racionales” (C. Const. Sent. T-419 de 2011). (subrayado propio).*

4.2.- Asimismo, atinente con el de raigambre «*material o sustantivo*», predicó en CSJ STC13818-2015, 8 oct. 2015, rad. 02301-00, que:

*Al respecto del reseñado criterio, la Corte Constitucional ha reiterado que: dicha falla se presenta cuando “la autoridad judicial aplica una norma claramente inaplicable al caso o deja de aplicar la que evidentemente lo es, u opta por una interpretación que contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica”. La jurisprudencia de este Tribunal en diferentes decisiones ha recopilado diversos supuestos que pueden configurar este defecto y que recogió en sentencia SU-195 de 2012 de la siguiente manera:*

*(i) Cuando el fallo judicial se soporta en una norma que no es aplicable, debido a que: (a) no es pertinente; (b) no está vigente en razón de su derogación; (c) es inexistente; (d) se considera contraria a la Carta Política; y (e) a pesar de estar vigente y constitucional, resulta inadecuada su aplicación a la situación fáctica objeto de revisión.*

*(ii) Cuando, a pesar de la autonomía judicial, “la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto, no se encuentra, prima facie, dentro del margen de interpretación razonable o el operador judicial hace una aplicación inaceptable de la norma al interpretarla de forma contraevidente -interpretación contra legem- o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes o cuando en una decisión judicial se aplica una norma jurídica de manera manifiestamente errada, sacando del marco de la juridicidad y de la hermenéutica jurídica aceptable tal decisión judicial”.*

*(iii) Cuando no se tiene en cuenta fallos que han delimitado su alcance con efectos erga omnes.*

*(iv) Cuando se aplica una disposición que es injustificadamente regresiva o contraria a la Carta Política.*

*(v) Cuando el ordenamiento le concede cierto poder al juez y lo utiliza para un fin distinto al establecido en la disposición.*

*(vi) Cuando la decisión se basa en una interpretación no sistemática de la norma, apartando el estudio de otras posiciones aplicables al caso.*

*(vii) Cuando la autoridad judicial con “una insuficiente sustentación o justificación de la actuación afecta derechos fundamentales”.*

*(viii) Cuando no se tenga en cuenta el precedente judicial sin brindar un mínimo razonable de argumentación que hubiere permitido una solución distinta de acogerse la jurisprudencia.*

*(ix) Cuando el operador judicial prescinde de emplear una excepción de inconstitucional ante una amenaza manifiesta de la Constitución siempre, que se pida su declaración por cualquiera de las partes en el proceso» (T-854 de 2012). (denótase).*

4.3.- Con vista en los tópicos de marras emerge que la presente acción constitucional, en tratándose de providencias judiciales, está instituida para conjurar anomalías abierta y ostensiblemente quebrantadoras del ordenamiento legal, al punto que comprometen el «*debido proceso*» a que está obligado dispensar todo operador judicial, esto es, que se yergue como la senda para remover providencias que son del todo ajenas a la razonabilidad.

Sin embargo, el aludido instrumento no está instituido para cambiar un determinado criterio pretoriano, así la fundamentación empleada para ello sea loable, comoquiera que tal cometido privativamente está asignado a esta Sala, cuando de asuntos civiles se trata, en aquellas ocasiones en

que se pronuncia en sede de casación mas no al abordar el conocimiento de ningún otro tipo de acción; de ahí que el precepto 365 del Código de Procedimiento Civil establezca que «[e]l recurso de casación tiene por fin primordial unificar la jurisprudencia nacional y proveer a la realización del derecho objetivo en los respectivos procesos [..]» (se resalta).

Es por ello que la tutela no está instituida como una oportunidad, verbigracia, para revocar una decisión fundada en criterios jurisprudenciales reiterados o para ser aprovechada como vía para ordenar tener en cuenta nuevas visiones que, por interesantes que sean y además posibles de ser aceptadas, abran paso a alterar los precedentes establecidos.

4.4.- Por ende, hablando del específico caso que ahora concita la atención, la tutela planteada estaría destinada a remover supuestas irregularidades materializadas en la sentencia de segundo grado emitida en el *sub lite*, de verificarse que el tribunal encartado incurrió en proceder que, *grosso modo*, no denotan una decisión fundada en el acervo probatorio existente o muestran grosero apartamiento de la normativa aplicable al caso puesto a consideración.

5.- Es preciso señalar, habida cuenta que así lo demarcan las normas 86 Superior y 1º del Decreto 2591 de 1991, que «*la tutela es un mecanismo particular establecido por la Constitución Política de 1991 para la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas, frente a la amenaza o violación que, en cuanto a ellos, pueda derivarse de la acción u omisión*

*de las autoridades públicas o de los particulares, sin que se constituya o perfile en una vía sustitutiva o paralela de los medios ordinarios de defensa que la misma norma superior y la ley consagran para la salvaguarda de tal clase de derechos» (CSJ STC16683-2015, 3 dic. 2015, rad. 02873-00), siendo que este medio excepcional «sólo procede ante la ausencia de un instrumento jurídico eficaz para la salvaguarda oportuna del derecho objeto de violación o amenaza, y por lo tanto, no puede considerársele como un mecanismo alternativo o adicional del presunto afectado con la vulneración» (STC7042-2015, 4 jun. 2015, rad. 00072-01).*

Así las cosas, en el *sub júdice* emerge que se configura la causal de marras, esto es, que se impone declarar la improcedencia del resguardo deprecado conforme al postulado de la subsidiariedad, lo cual comporta que no sea necesaria la inaplazable intervención del juez constitucional, habida cuenta que la promotora pudo emplear las herramientas que consagra el Código de Procedimiento Civil a fin de rebatir la sentencia del tribunal querellado de que aquí se duele y así ventilar las razones en que basa su disconformidad, puntualmente, el recurso extraordinario de casación, habida cuenta que en el libelo demandatorio al efecto se indicó que la estimación de las pretensiones se erigía en la suma de \$614'477.000,00 a la data de 6 de septiembre de 2005, cuando se formuló la correspondiente demanda (fl. 147, cdno. 1 original), cifra tal que es mayor a la legalmente establecida como el mínimo interés que es del caso acreditar a fin de poder hacer uso del mentado medio impugnativo. Por supuesto, que no puede válidamente acudir a esta acción, luego de dilapidar

los instrumentos procesales idóneos, dado su carácter esencialmente residual.

Cabe destacar que esta Corporación, al pronunciarse en punto de un asunto que guarda simetría con el aquí analizado, tuvo ocasión de señalar que *«[d]escendiendo al caso de cuyo estudio se ocupa la Corte, es palpable que respecto de la solicitud de resguardo de que aquí se trata, concurre la causal de improcedencia señalada, pues la accionante debió acudir a los medios de defensa judicial que consagra la ley procesal civil para exponer los motivos en que apoya su queja constitucional, concretamente, el recurso extraordinario de casación contra la sentencia del Tribunal de que aquí se duele»* (CSJ STC, 12 sep. 2012, rad. 01928-00; reiterada, entre otras providencias, en CSJ STC, 19 dic. 2012, rad. 02821-00).

6.- Al margen de lo anterior, ha de relevarse que la providencia proferida por el tribunal cuestionado, reseñada *ut supra*, *contrario sensu* a lo manifestado, no incurrió en anomalía tal que imponga la perentoria salvaguardia deprecada.

6.1.- Lo anotado, en la medida en que, como se dijo, no está demostrada la estructuración de los defectos material y fáctico enrostrados, en tanto que de la transcripción en antes vista, dimana que la exposición de los motivos decisorios al efecto manifestados, la que valga acotarlo, se sustentó en jurisprudencia de la Sala, se guarece en tópicos respetables, que descansan en el pertinente aquilatamiento del haz demostrativo compilado.

Esto es, en suma, que no se encontraron configurados en el asunto *sub lite* los requerimientos legales para aplicar la sanción a que se contrae el precepto 1824 del Código Civil, al no hallarse que Henry Valenzuela Gordon hubiese procedido dolosamente a la hora de enajenar los inmuebles habidos en la sociedad conyugal, en tanto que dicha transferencia la realizó estando vigente tal y, por ende, sin que pesara restricción alguna sobre él que le impidiera la «*libre administración*» de esas propiedades, entendido demarcando este que no sufrió mutabilidad ninguna a secuela de la «*simulación*» que fue judicialmente declarada sobre ese negocio, puesto que verificado el fallo al efecto proferido se remarcó que dicho acto acaeció durante la «*libre disposición y administración*» de los mismos, postura que igualmente se extendió a los dineros otrora resguardados en cuentas de ahorro o constituidos como certificados de depósito a término.

Amén, puso de presente que como la manifestación jurisdiccional de marras lo que hizo fue devolver los bienes raíces al allí demandado, precisamente por lo propio, ese hecho habilitó que aquellos se puedan incluir en el laborío de inventarios y avalúos que deba realizarse o, si ya precluyó dicha posibilidad, en la partición adicional que sea menester, en aras de que, en todo caso, se incluyan en la «*masa partible*», hermenéutica viable que se apuntaló, básicamente, en el artículo 1824 del Código Civil y en la Ley 28 de 1932, la que desde luego no puede ser alterada por esta vía, todo lo cual no merece reproche desde la óptica *ius* fundamental para que deba proceder la inaplazable intervención del juez de amparo.

6.2.- Esta Corporación ha sostenido, de una parte, que *«el juez de tutela no es el llamado a intervenir a manera de árbitro para determinar cuáles de los planteamientos valorativos y hermenéuticos del juzgador, o de las partes, resultan ser los más acertados, y menos acometer, bajo ese pretexto, como lo pretende la actora, la revisión oficiosa del asunto, como si fuese uno de instancia»* (CSJ STC, 7 mar. 2008, rad. 2007-00514-01) y, de otra, que *«la adversidad de la decisión no es por sí misma fundamento que le allane el camino al vencido para perseverar en sus discrepancias frente a lo resuelto por el juez natural»* (CSJ STC, 28 mar. 2012, rad. 00022-01), entre otras cosas, *«pues lo que en últimas pretende la accionante es que por esta vía constitucional se reviva una discusión suficientemente ventilada ante la justicia ordinaria, en la que se debatieron las excepciones propuestas en la contestación de la demanda, además, quien acudió a esta sede, contó con las posibilidades de contradicción y defensa en las dos instancias autorizadas por la ley»* (CSJ STC, 2 may. 2011, rad. 00012-01).

7.- De acuerdo con lo discurrido, no se otorgará la protección reclamada.

## **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NIEGA** el amparo solicitado.

Comuníquese telegráficamente lo resuelto en esta providencia a los interesados y, en caso de no ser impugnada,

oportunamente envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**Notifíquese**

**LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA**

(Presidente de Sala)

**MARGARITA CABELLO BLANCO**

**ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO**

**FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ**

**CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS**

(Conjuez)

**ARIEL SALAZAR RAMÍREZ**

## **SALVAMENTO DE VOTO**

De manera respetuosa, me permito disentir de la decisión que adoptó la Sala en el sentido de negar la tutela de los derechos fundamentales de la ciudadana, por considerar que la providencia acusada incurrió en un grave defecto por indebida interpretación de la norma sustancial que regula la controversia que se trató en el proceso ordinario, al tiempo que omitió realizar una valoración racional del acervo probatorio que se recopiló en esa actuación.

1. En el caso que fue materia de la acción de tutela, se daban los presupuestos para emitir un pronunciamiento de fondo, toda vez que se cumplió el requisito de inmediatez porque la providencia atacada se dictó el 10 de septiembre de 2015. De igual modo, se satisfizo la exigencia de subsidiariedad porque dicha sentencia carece de recursos ordinarios y extraordinarios, pues no se vislumbra una causal de revisión que pueda ser invocada, al tiempo que el interés para recurrir en casación no alcanza el umbral mínimo para acceder este medio de impugnación.

En efecto, nuestro ordenamiento civil acogió el criterio de la independencia de la relación procesal respecto de la relación jurídico-sustancial, por lo que el interés económico para recurrir en casación no se fija a partir de la cuantía señalada en la demanda sino dependiendo del valor actual de la resolución desfavorable al recurrente.

De conformidad con lo establecido por el artículo 366 del Código de Procedimiento Civil, *«el interés para recurrir en casación no se determina hoy por la cuantía de la acción o de la demanda, sino por el valor del agravio, de la lesión o del perjuicio patrimonial que con las resoluciones de la sentencia sufra el recurrente. Lo cual significa que ahora la cuantía del interés para recurrir en casación es independiente de la de la demanda..»*

Por ello, no comparto el criterio de la Sala según el cual el hecho de que en las pretensiones de la demanda se dijera que la cuantía del perjuicio irrogado a la actora era de \$614'477.000 bastaba para tener por acreditado el interés para recurrir en casación, pues a partir del análisis del acervo probatorio se deduce que el monto de la penalidad exigida por la demandante es muy inferior a los 425 salarios mínimos que exige el artículo 366.

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

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

En el antiguo derecho romano, los bienes de la mujer que se casaba *cum manu* pasaban a ser propiedad del marido *dotis nomine*. Más adelante, en el derecho romano justiniano, las facultades de disposición del marido sobre los bienes dotales se vieron limitadas por la obligación de constituir una *cautio rei uxoriae*. “Gradualmente –refiere Calógero– la dote terminó por ser considerada como un patrimonio de la mujer, y la propiedad del marido se redujo a una mera ficción, ya que él en realidad sólo tenía un derecho de usufructo”. (Derecho matrimonial. Madrid: Aguilar, 1960. p. 260)

En la tradición jurídica germánica, normalmente la mujer estaba sometida a la potestad del jefe de la familia (mundoaldo), por lo que el hombre que deseaba tomarla en matrimonio debía pagar a aquél un mundio (especie del derecho de *manu*). La dote, en un principio, era otorgada por el marido al mundoaldo; 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, surgió la institución de la comunidad universal de bienes, por la que todas las propiedades de ambos cónyuges, anteriores y posteriores al matrimonio, formaban una masa común que correspondía a cuotas iguales, con derecho de goce y de administración y un amplio poder de disposición por parte del marido.

Este régimen matrimonial se incorporó al antiguo derecho consuetudinario francés, en el que el marido tenía poder de disposición sobre todos los bienes comunes en calidad de dueño y señor, es decir que era libre para enajenarlos y, aún, donarlos

sin el consentimiento de su mujer. Esta facultad tenía una sola restricción: **“disponer sin fraude”**, tal como lo formulaba la costumbre de París. Sobre los inmuebles propios de la mujer, en cambio, el esposo sólo ostentaba la calidad de administrador y, por ello, no ejercía derecho de disposición, teniendo la comunidad el usufructo de los mismos. El derecho de la mujer se limitaba a recibir la mitad del activo el día que se disolvía el matrimonio, pero si a esa fecha no había nada, no podía exigir nada al marido. (COLIN Y CAPITANT. Derecho Civil. Regímenes matrimoniales. Cap. 1.2)

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

Como contrapeso a los poderes del marido, la mujer contaba con una serie de reglas protectoras –inspiradas en la idea romano canónica de su debilidad–, tales como la separación de bienes, el derecho de renunciar a la comunidad, el beneficio de emolumento, las recompensas y la hipoteca legal. En la práctica, el poder de disposición del marido estaba aún más limitado porque los terceros acostumbraban solicitar el consentimiento de la esposa a fin de no verse perjudicados por dos instituciones que la amparaban: la cuota viudal, en virtud de la cual ésta disfrutaba de la mitad de los derechos del marido difunto, y la hipoteca legal, que gravaba tanto los inmuebles comunes como los propios del marido. Por tal razón, las enajenaciones de inmuebles o hipotecas que éste realizara no

perjudicaban los derechos de la mujer; de ahí que los terceros que contrataban con aquél exigieran siempre la intervención de su cónyuge en el acto y la renuncia a sus derechos. Esta práctica fue explicada por Pothier cuando hizo notar *“la importancia que tiene que cuando se contrata con un hombre casado, se haga intervenir a la mujer para que se obligue con él”*.

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

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

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

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

*Los que se hayan casado fuera de un Territorio, y pasaren a domiciliarse en él, se mirarán como separados de bienes, siempre*

*que en conformidad a las leyes bajo cuyo imperio se casaron, no haya habido entre ellos sociedad de bienes. [Art. 180, hoy modificado]*

Este régimen de comunidad de bienes muebles y reparto de ganancias, originado con el simple hecho del matrimonio, se caracterizó por excluir los inmuebles y derechos reales adquiridos con anterioridad a las nupcias y los adquiridos durante ese convenio a título gratuito; en cuanto a los muebles, todos ellos eran parte del patrimonio común, independientemente del momento o título (gratuito u oneroso) de su adquisición. De igual modo, los frutos producidos por el trabajo o los bienes de cada cónyuge entraban al haber de la sociedad.

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

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

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

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

El artículo 1º de la aludida disposición consagró:

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

Esta norma no varió el fundamento del régimen patrimonial del matrimonio derivado del derecho francés (comunidad de muebles y gananciales), pues 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 enlistados 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, se ha entendido que la facultad de disposición del cónyuge sobre los bienes gananciales que están a su nombre significa que ejerce un dominio absoluto sobre los mismos, lo cual no es cierto de ninguna manera porque tales potestades son una medida para colocar en un mismo plano de igualdad material los derechos de los esposos y su capacidad de administración y disposición del patrimonio familiar, pero jamás una especie de régimen de separación de bienes sin responsabilidad frente al cónyuge defraudado.

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

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

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

En verdad, la ficción novedosa y práctica del legislador consistió en otorgar plenas facultades de administración y

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

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

Crear que la norma concede a los cónyuges entera libertad para disponer ilimitadamente de un bien ganancial como si fuese propio, supondría una contradicción jurídica en sí misma, pues sería tanto como entender que el legislador instauró un régimen general de separación de bienes; o peor aún, que la ley fomenta el fraude y la desprotección del patrimonio familiar, cuando su sentido es evidentemente todo lo contrario.

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 de gananciales, en suma, surge por el matrimonio y con el vínculo, y durante su vigencia se conforma un patrimonio común, tal como lo expresa el tenor literal del artículo 180 del Código Civil, el segundo inciso del artículo 1777

ejusdem, y el artículo 1º de la Ley 28 de 1932; siendo un asunto distinto que cada cónyuge posea la facultad de disponer con libertad y responsabilidad de los bienes que adquiere a su nombre pero que hacen parte del activo social.

3. 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 social por medio de las acciones judiciales correspondientes, cuando su derecho ha sido vulnerado o se ha visto inminentemente amenazado. De igual modo, está facultado para invocar la imposición de la sanción por ocultamiento o distracción de bienes sociales que consagra el artículo 1824 del Código Civil frente al cónyuge que incurre en los supuestos de hecho previstos en esa norma.

No es acertado aducir –como afirmó el Tribunal– que el demandado actuó sin dolo por haber vendido los inmuebles en una fecha anterior a la disolución de la sociedad conyugal, pues el dolo es una situación subjetiva que se prueba con las manifestaciones externas de la voluntad, mas no por el mero hecho de haberse realizado la conducta en un momento determinado, como si de una circunstancia objetiva se tratase.

Lo que el legislador castiga con la pérdida de los derechos sobre los bienes comunes que uno de los cónyuges oculta o distrae dolosamente, es la conducta fraudulenta que repercute en el menoscabo del patrimonio de la sociedad conyugal, lo cual

puede suceder –y de hecho pasa con frecuencia– antes de la disolución de la misma, pues es apenas obvio que el cónyuge que incurre en ese tipo de fraude no espera a que se inicie el trámite de disolución y liquidación, pues para cuando ello ocurra muy seguramente su reprochable propósito se vería frustrado.

Generalmente, las reglas de la experiencia muestran que el cónyuge defraudador comienza a ejecutar las maniobras para distraer u ocultar los bienes comunes apenas advierte la inminencia de la separación o divorcio y la consecuente disolución de la sociedad conyugal, por lo que sería absurdo y contraintuitivo que se exija la notificación del auto admisorio de la demanda de disolución y liquidación como elemento para la prosperidad de la acción sancionatoria de tal conducta.

De hecho, el inicio del trámite de disolución de la sociedad conyugal no es un supuesto de hecho para la declaración de la consecuencia prevista en el artículo 1824 de la ley civil, pues para la imposición de tal sanción basta que uno de los cónyuges o sus herederos oculte o distraiga un bien social y que lo haga con dolo, es decir con el ánimo de defraudar o menoscabar el patrimonio social, sin que para ello interese el momento en que realizó tal conducta, pues –se reitera– los bienes gananciales adquieren esa calidad desde el acto mismo del matrimonio y no cuando se inicia el trámite de disolución de la comunidad de gananciales.

Por ello, el hecho de que el marido realizara la venta ficticia de los inmuebles el 3 de julio de 1997, es decir solo unos días antes de que la actora iniciara el proceso de divorcio (29 de agosto de 1997), evidencia un comportamiento que debió ser

analizado con mayor detenimiento por el Tribunal como posible indicio de fraude o dolo, sobre todo cuando existe una sentencia ejecutoriada que declaró la simulación absoluta de aquel negocio, lo cual no es en modo alguno irrelevante desde un punto de vista probatorio.

Tampoco puede considerarse razonable la opinión del *ad quem*, según la cual una vez declarada la simulación absoluta de la venta de los inmuebles, el único acto que procede es la inclusión del bien en la diligencia de inventario y avalúos, o solicitar la partición adicional; porque aunque ello es cierto, no es la única posibilidad al alcance de la cónyuge defraudada, pues es la ley misma la que le otorga la acción prevista en el artículo 1824 del Código Civil para obligar al cónyuge que oculta o distrae dolosamente los bienes sociales a perder su porción en la cosa y restituirla doblada.

En virtud de la acción de simulación promovida por la tutelante, ésta logró que el bien común retornara al dominio de la sociedad por haber quedado demostrado el fraude cometido por su exesposo, lo cual no es óbice para que pretenda también la imposición de la sanción consagrada en el artículo 1824 del ordenamiento civil, desde el momento mismo que vio afectados sus derechos sociales con la conducta realizada por aquél con el único fin de menoscabar el patrimonio de la sociedad conyugal, tal como quedó demostrado en el proceso que declaró la simulación.

El Tribunal accionado, además de interpretar erróneamente el artículo 1º de la Ley 28 de 1932 y el artículo 1824 del Código Civil, omitió realizar el análisis probatorio que correspondía al caso, pues la venta de los inmuebles antes de la

disolución de la sociedad conyugal le bastó para descartar la presencia de los elementos que dan origen a la sanción por ocultamiento o distracción de bienes sociales, sin detenerse a examinar los elementos materiales de convicción que podrían demostrar los supuestos de hecho que consagra la norma invocada y, especialmente, la sentencia ejecutoriada que declaró probada la simulación.

De ahí que la decisión que se cuestiona contiene un defecto sustancial por indebida interpretación normativa y por deficiencia probatoria que trasgrede el derecho fundamental al debido proceso de la reclamante, lo que resultaba suficiente para conceder el amparo constitucional por ella invocado.

En los términos que preceden, dejo salvado mi voto.

**ARIEL SALAZAR RAMÍREZ**  
Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO  
EXPEDIENTE NÚMERO 2015-02615-00

Con el acostumbrado respeto por la mayoría de la Sala, enseguida expongo las razones por las cuales salvo el voto.

1. El fallo del cual me distancio asegura:

*«(...) no está demostrada la estructuración de los defectos materiales y fácticos enrostrados (...), que no se encontraron configurados (...) los requerimientos legales para aplicar la sanción a que se contrae el precepto 1824 (...), al no hallarse que Henry Valenzuela Gordon hubiese procedido dolosamente a la hora de enajenar los inmuebles habidos en la sociedad conyugal, en tanto que dicha transferencia la realizó estando vigente tal y, por ende, sin que pesara restricción algún sobre él que le impidiera la “libre administración” de esas propiedades (...)» (fls. 86-87).*

2. Lo así considerado no responde a cuanto aflora del *petitum* y de la *causa petendi* de la providencia objeto de la acción de amparo. Tampoco coincide con el recto entendimiento que ha de dársele a la institución de la sociedad conyugal y a la libertad de los cónyuges para administrar los bienes de los cuales son titulares.

2.1. El fallo de tutela dice *«(...) no hallar configurados los presupuestos legales para aplicar la sanción del artículo 1824, al no encontrar que el cónyuge procedió dolosamente al enajenar los predios (...)»*. Sin embargo, con referencia a los inmuebles

simuladamente vendidos el Tribunal accionado expresamente admitió que «(...) dicha enajenación el demandado la hizo consciente que existía la sociedad conyugal» (fl. 80).

Si los negocios por medio de los cuales el cónyuge aparentó esas ventas fueron declararon simulados en un pleito anterior, y si, en el de ahora, donde se busca rescatar los efectos de aquel precepto, la sentencia reconoce que «dicha enajenación el demandado la hizo consciente que existía la sociedad conyugal», ello no puede traducir más que dolo, si en cuenta se tiene que «[e]n los actos jurídicos (...)» por tal se entiende la «(...) voluntad maliciosa de engañar a alguien (...)», según una de las acepciones dada a esta expresión por la Real Academia Española.

2.2. La circunstancia de que ese desprendimiento patrimonial ficticio hubiese tenido suceso en vigencia de la sociedad conyugal y que, en términos del ordenamiento, cada cónyuge tenga la “libre administración” de sus propios bienes, por un lado, no destruye ese comportamiento doloso del aparente vendedor, porque lo que se mira es el claro propósito de defraudar a la sociedad conyugal, al pretender sacar de ella, de modo irreal, activos patrimoniales en perjuicio de la cónyuge, a fin de que a la hora de disolverla a ella no se le hicieran las adjudicaciones que sobre los bienes le pudieran corresponder acorde con el ordenamiento.

2.3. Por el otro, no significa que la consorte careciese de legitimación para impugnar, en vigencia de la sociedad, los actos jurídicos aparentemente celebrados por el cónyuge, por el mero hecho de estar vigente la sociedad conyugal y administrar él, libremente, las propiedades que figurasen en su cabeza, y para deducir, de esa conducta, los efectos sancionatorios establecidos por la ley.

Para explicar este último punto, a continuación transcribo el salvamento de voto que hice frente a la sentencia SC-3864 de 7 de abril de 2015, dictada dentro del proceso ordinario #05266-31-03-002-2001-00509-01, promovido por Álvaro de Jesús Montoya Penagos contra María Eugenia Guzmán Vásquez y José Hernando Vélez González, en donde se adujo falta de legitimación en la causa de uno de los cónyuge para demandar la simulación de los contratos aparentemente celebrados por el otro, por el mero hecho de no estar disuelta la sociedad conyugal.

Reiterando mi conceptualización, memoro todo cuanto en dicho salvamento de voto expresé:

*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 aquéllos litigios, hoy, en la estructura teórica del Estado Constitucional de Derecho, los mismos, demandan de esta Corte, una reformulación y una visión diferente siguiendo los valores, principios y derechos prohijados por la actual Carta Constitucional.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>1</sup> COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent. de 17 Dic. de 1931, MP. Tancredo Nannetti. Este es el mismo ponente del célebre y recordado fallo Villaveces, antesala de la indemnización por perjuicios morales y de la reparación simbólica en el derecho nacional.

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

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

*“El legislador conservó la institución de la sociedad conyugal como vínculo patrimonial entendido entre los esposos. Así dijo varias veces: primero, al disponer que a la disolución del matrimonio o en cualquier otro: evento en que conforme al código civil deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio; después, cuando ordena que esa sociedad se divida conforme a las disposiciones normativas del código civil; y luego, en el artículo 7º, en que autoriza los arreglos de cuentas de las sociedades existentes a efecto de acomodarles a la nueva gerencia dual y autónoma de marido y mujer en la sociedad”<sup>2</sup>.*

---

<sup>2</sup> COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent del 20 de octubre de 1937, Mg. Pon. Dr. Arturo Tapias Pilonieta. En el mismo sentido agregó: “Esta insistencia del legislador no puede desatenderse a merced de objeciones generalmente basadas en la asimilación que pretende hacerse entre las sociedades ordinarias del derecho común y la sociedad entre esposos. Asimilación inaceptable desde que la última constituye una institución sui generis, de naturaleza especial, con características peculiares, que la distinguen y la distancian de toda otra institución legal. Entre esas características peculiares estaba, por ejemplo, en el sistema del código civil, la de que la mujer, antes de disolverse la sociedad conyugal, carecía de todo derecho sobre los bienes sociales, según el categórico mandato del artículo 1808. Don Andrés Bello dice en una nota sobre el artículo del proyecto a que corresponde el 1808: “Se ha descartado el dominio de la mujer en los bienes sociales durante la sociedad: ese dominio es una ficción que a nada conduce”. Agrega el comentarista chileno Barros Errázuriz: “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 ganancias, si no los ha renunciado”. Páginas antes, explicando el régimen de comunidad, había emitido ya este; último autor el siguiente concepto: “Los derechos de la mujer sobre el haber social nacen cuando la sociedad concluye”. (Curso de Derecho Civil por Alfredo Barros Errázuriz, volumen IV, págs. 144 y 91). De consiguiente, en el sistema del código civil la mujer poseía únicamente, como también lo apuntan Alessandri Rodríguez y don Fernando Vélez, una expectativa, la posibilidad de llegar a ser comunera en los bienes sociales si es que ellos existían a la disolución de la sociedad. “Era una comunidad entendida o latente, que se transformaba ante terceros de la potencia al acto en el preciso momento en que sobrevenía la disolución de la sociedad. “Y 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 ésta tampoco sobre los bienes de la sociedad manejados por aquél, dándole así a cada uno de los esposos la calidad de dueño que antes competía exclusivamente al marido, a cuyo fin hubo, de crearse la doble administración de los bienes, cuyo carácter de sociales no viene

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

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

*Finalmente concluye sobre la legitimación del cónyuge para demandar la simulación:*

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

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

*En el juicio de simulación propuesto por Julia Guevara contra Leonardo Cancino, hombre de confianza del vendedor, en el cual se demandó la compraventa que su cónyuge, Teófilo Hernández, quien simuló vender*

---

a revelarse ante terceros sino al disolverse la sociedad. “Pero disuelta la sociedad surge ahora, bajo el imperio de la reforma, como antes también surgía bajo el imperio del Código Civil, la comunidad sobre los bienes sociales existentes en ese momento en poder de cualquiera de los cónyuges, comunidad que habrá de liquidar conforme las reglas del código compatibles con el nuevo régimen. “Por ejemplo: un inmueble adquirido hoy por la mujer a título oneroso durante el matrimonio, constituye un bien social que ella puede enajenar y administrar libremente, en fuerza de su plena capacidad, pero virtualmente susceptible, en su carácter de bien social, de constituir uno de los elementos integrantes de la masa partible, como activo de la sociedad conyugal, si a tiempo en que ésta se disuelve no ha sido enajenado. “Este sistema de la Ley 28, que como se ha visto mantiene como cosa latente la noción de sociedad entre los contrayentes con la idea de separación respecto de terceros, ha merecido el elogio del citado jurista don Arturo Alessandri Rodríguez, Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Chile, quien en su reciente obra intitulada “Tratado práctico de las capitulaciones matrimoniales, de la sociedad conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada”, edición de 1935, dedica un comentario al régimen colombiano, que él llama de “Participación en los gananciales”, recomendándolo como el más perfecto entre los que él estudia (...)”.

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

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

*a Cancino varios inmuebles pertenecientes a la sociedad conyugal, con el fin de que los bienes traspasados no fueran denunciados como de la sociedad conyugal, en el litigio sobre separación de bienes que la demandante le había propuesto a su marido, dijo la Corte, en el año 1953, con ponencia del magistrado, Manuel José Vargas:*

*“De acuerdo con el régimen patrimonial establecido por la ley 28 de 1932, “durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición, tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiera; pero a la disolución del matrimonio o en cualquiera otro evento en que conforme al código civil, deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio, y en consecuencia, se procederá a su liquidación”. Lo cual, no otra cosa significa, según lo tiene ya aceptado uniformemente la jurisprudencia, que todo el haber patrimonial adquirido dentro del matrimonio por uno de los cónyuges, pertenece directamente a quien lo adquirió, con las consiguientes facultades de libre administración y disposición, que son inherentes al dominio; pero no de un modo puro y simple, sino limitado en cuanto al tiempo, por el hecho condicional de la disolución del matrimonio, o de alguno de los eventos que de acuerdo con la ley determinan la liquidación definitiva de la sociedad, la cual pasa entonces del estado potencial o de latencia en que se hallaba, al, de una realidad jurídica incontrovertible, para recibir dentro de su propio patrimonio aquellos bienes y hacerlos así objeto de las consiguientes distribución y adjudicación entre los mismos cónyuges, o entre quienes legítimamente representen sus derechos. Pero, como el concepto jurídico de patrimonio comprende, tanto los bienes corporales, como los incorporales (art. 653 del C. C.), es claro entonces que a ese haber social deben ingresar no solamente los primeros, sino también los derechos y acciones de cada cónyuge que forman entre los segundos (art. 1781 ibídem). También es cierto que, a virtud de la ley 68 de 1946, cuyos preceptos son interpretativos de las normas de la citada ley 28, en relación con el patrimonio que esta ley encontró formado, el marido continúa siendo con respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, y por tanto, con facultad suficiente para enajenarlos, gravarlos, etc. Pero esto no quiere decir que la mujer carezca de interés jurídico para demandar los actos del marido, que éste haya ejecutado en fraude de la sociedad conyugal de que ella forma parte y que pueda demandar, ya la simulación, ya la nulidad de los actos que lesionan el patrimonio común, para que los bienes de que el marido dispuso irregularmente vuelvan a la masa de la sociedad conyugal. Se halla en operaciones de esta naturaleza, un estado de hecho contrario al derecho que legitima la intervención del cónyuge lesionado para que se restablezca la verdad jurídica. Se demanda por la señora Guevara al pretendido comprador de un bien de la sociedad conyugal, para que éste sea reintegrado al haber común.*

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

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

*“(..). El hecho de contraer matrimonio impone a los cónyuges deberes y obligaciones que deben cumplirse durante la existencia y aun disuelta y liquidada la sociedad conyugal, y esos deberes y obligaciones no han sido desconocidos por la Ley 28 de 1932, que dio a la mujer casada su plena capacidad jurídica para administrar y disponer libremente de sus bienes, sustrayéndola en esto a la potestad del marido, pero dicha ley no terminó con la sociedad conyugal que se forma por el hecho del matrimonio y que adquiere su plena fuerza en el momento de la liquidación.*

*“(..).*

*“Después del 1 de enero de 1933 las cosas cambiaron, pues la Ley 28 de 1932 reconoció a la mujer casada su plena capacidad y le dio la facultad de administrar y disponer libremente de los bienes que le pertenezcan al momento de contraer matrimonio, que hubiera aportado a él o los que por cualquier causa haya adquirido o adquiera, equiparando e igualando las facultades de la mujer y las del marido. Pero la ley no puede entenderse en el sentido de que esa libertad de administración y de disposición otorgada a cada uno de los cónyuges sea tan absoluta que excluya todo recurso o acción defensiva contra una mala administración. La modificación substancial de las relaciones de orden patrimonial surgidas del hecho del matrimonio permite al marido el ejercicio del derecho que en el régimen del Código Civil tenía la mujer para provocar una acción de separación de bienes y conseguir que, por la disolución de la sociedad conyugal producida por la sentencia de separación, se establezca y liquide*

---

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

*su derecho a participar en los gananciales. Entonces se considerará dice la Ley que los cónyuges han tenido esa sociedad desde la celebración del matrimonio; esto es, deja de ser latente o virtual la sociedad conyugal y se actualiza en razón de la disolución, para los fines de la correspondiente liquidación y pago de esos gananciales. Y para asegurar precisamente el tránsito de ese interés de su estado simplemente virtual a su estado actual, es para lo que la ley permite que el actor en el juicio de separación solicite las medidas preventivas de que trata el artículo 201 del Código Civil, con el fin de que la libertad de administración del cónyuge demandado se mantenga en su statu quo, mientras se decide la acción y se cumple con la liquidación de la sociedad conyugal. Lo cual quiere decir que cuando por parte del cónyuge demandado se pretende sustraer a tales efectos y la consiguiente liquidación determinados bienes, el actor tiene interés jurídico actual en que las medidas preventivas comprendan todos los bienes que no hayan salido realmente del activo que cada cónyuge administra separadamente, recorriendo el velo tendido por un acto simplemente aparente, para que ese derecho no se frustre”<sup>6</sup>.*

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

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

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

*Posteriormente en providencia de 20 de noviembre de 1979, la Corte insistió en “(..) el interés jurídico que le asiste al cónyuge para demandar la simulación respecto de actos celebrados por el otro sobre*

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

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

*bienes sociales, cuando han tenido ocurrencia para eludir de esa manera las consecuencias que podrían aparejarle (al simulante) un decreto de separación de cuerpos y la consiguiente liquidación de la sociedad conyugal”<sup>8</sup>.*

*En casación del 4 de octubre de 1982, con ponencia del Dr. Alberto Ospina Botero, persistió en aquél criterio, defendiendo que el cónyuge estaba legitimado “(..) para demandar la simulación de los negocios jurídicos celebrados por el otro, una vez disuelta la sociedad conyugal o también, estando vigente (..) cuando el cónyuge ha demandado la separación de bienes, la separación de cuerpos, el divorcio, la nulidad del matrimonio, etc.”<sup>9</sup>. En efecto, esta sentencia recapitulando esa tesis, razono:*

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

*“(..) Durante la existencia de la sociedad conyugal cada cónyuge se encuentra facultado legalmente para administrar y disponer libremente de los bienes que adquiera, sean sociales o propios, no es menos cierto que al disolverse la sociedad por cualquiera de las causas legales, o al promoverse un proceso ligado necesariamente a la disolución de la sociedad de bienes, surge nítidamente el interés jurídico tutelable para uno de los cónyuges de impugnar de simulados los actos de disposición del otro*

<sup>8</sup> COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent. de 20 Nov. de 1979. MP. Germán Giraldo Zuluaga.

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

*cuando mediante ellos se pretende sustraer bienes sociales de la liquidación de la sociedad. Por el contrario, si no se ha disuelto la sociedad, ni judicialmente se pretende su disolución, no aparece el interés jurídico para impugnar los actos ficticios.*

*“(..). Entonces no siendo la acción de simulación de linaje popular sino de carácter privado, solo puede ejercerla el interesado, ó sea, que aquel que teniendo un derecho resulta lesionado por la simulación. De suerte que el cónyuge, en frente de negocios simulados celebrados por el otro cónyuge con relación a bienes sociales, si no se ha disuelto la sociedad conyugal o se ha demandado en causa que vaya orientada a la disolución de la misma, como la separación de cuerpos, de bienes, el divorcio, etc. Su sola calidad de cónyuge no lo legitima para atacar el acto simulado el acto celebrado por el otro consorte”<sup>10</sup>.*

*En el mismo pronunciamiento se asentó:*

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

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

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

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

*“Desaparecida la incapacidad civil de la mujer casada mayor de edad y la jefatura única de la sociedad conyugal por parte del marido, por virtud de la Ley 28 de 1932, tanto éste como aquélla*

---

<sup>10</sup> COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent. de 4 Oct. de 1982. MP. Alberto Ospina Botero.

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

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

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

*“(..) Cumple ahora insistir que el interés, así perfilado, debe preexistir con el cónyuge que se lanza a combatir de simulados los negocios del otro; de manera que cuando formula demanda en ese sentido, esto es, de simulación, ahí debe estar precedido de aquel; porque tal interés, como elemento que es de la pretensión, debe aparecer ab initio, o sea, existir al tiempo de deducirse la acción porque el derecho no puede reclamarse a futuro. El interés debe ser, amén de cierto, actual, vale decir, existir al tiempo de recabarse la simulación; tener presente que cualquier otro momento, incluido el de la litis contestatio como aquí lo sugiere el casacionista, es admitir que se puede reclamar la simulación con tal de que posteriormente, y obviamente con reclamo de derecho de futuro, se instaure la separación de bienes. Y como tal característica de actualidad estriba no más que en la inmediatez de la determinación que ha de sobrevivir, resulta aconsejable sobremanera que, así las partes como el juez de la causa, estén atentos a verificar su vigencia, porque es evidente que si en el proceso de divorcio o separación de cuerpos, recae pronunciamiento que destruye la posibilidad de que la sociedad conyugal acabe, es este un hecho que el juez no puede perder de vista para tomar una decisión adecuada, por supuesto que la evanescencia sobreviniente de tal posibilidad lleva consigo la del interés”<sup>12</sup>.*

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

<sup>12</sup> COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent. de 15 Sept. de 1993, exp 3587.

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

*“(..) Según lo establece el artículo 1 de la Ley 28 de 1932, entre los atributos que para los cónyuges surge de la constitución de la sociedad conyugal, está el de disposición que durante el matrimonio puede ejercer cada uno de ellos respecto de los bienes sociales que le pertenezcan al momento de contraerlo, o que hubiere aportado a él, prerrogativa que sólo decaerá a la disolución de la sociedad, por cuya causa habrá de liquidarse la misma, caso en el cual se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio. Significa lo anterior, entonces, que mientras no se hubiese disuelto la sociedad conyugal por uno cualquiera de los modos establecidos en el señalado artículo 1820 del Código Civil, los cónyuges se tendrán como separados de bienes y, por lo mismo, gozarán de capacidad dispositiva con total independencia frente al otro, salvo, claro está en el evento de afectación a vivienda familiar de que trata la Ley 258 de 1996, independencia que se traduce en que éste no puede obstaculizar el ejercicio de ese derecho. De igual manera, en vida de los contratantes tampoco los eventuales herederos podrán impugnar los actos celebrados por el otro cónyuge, fincados en las meras expectativas emergentes de una futura e hipotética disolución del matrimonio o de la sociedad conyugal, como que así no fuere se desnaturalizaría su régimen legal. En cambio, una vez disuelta la sociedad conyugal los cónyuges están legitimados para demandar la simulación de los actos celebrados por el otro. El interés jurídico es patente en ese caso porque disuelta la sociedad por cualquiera de las causas legales, se actualiza el derecho de cada uno de los cónyuges sobre los bienes sociales para la determinación de los gananciales que a cada uno correspondan. Pero antes de esa disolución puede existir ya el interés jurídico en uno de los cónyuges para demandar la simulación de un contrato celebrado por el otro sobre bienes adquiridos por éste a título oneroso durante el matrimonio cuando la demanda de simulación es posterior a la existencia de un juicio de separación de bienes, o de divorcio, o de nulidad del matrimonio, los cuales al tener éxito, conllevan la disolución de la sociedad conyugal, caso en el cual se exige que una de tales demandas definitivas de la disolución de dicha sociedad se haya notificado al otro cónyuge, antes de la presentación de la demanda de simulación; por supuesto que en eventos como los señalados asoma con carácter definido una amenaza grave, cierta y actual a los derechos del demandante, toda vez que, sin lugar a dudas, la preservación del negocio simulado acarrea una mengua a sus derechos. Quiérese destacar, entonces, que el derecho a la libre disposición derivado del régimen legal vigente de la sociedad conyugal, se encuentra fuera de toda discusión en relación con los actos en que el cónyuge dispone real y efectivamente de los bienes que, asumiendo la condición de sociales al momento de la disolución, le pertenecen. Empero, otro debe ser el tratamiento, cuando uno de los cónyuges ha*

celebrado dichos actos de manera aparente o simulada pues en esta hipótesis la situación habrá de abordarse de distinta manera, dado que en su impugnación, por tan específico motivo, ya no se enjuicia propiamente el ejercicio del comentado derecho de libre disposición, sino el hecho de si fue cierto o no que se ejerció ese derecho, todo en orden a verificar que los bienes enajenados mediante actos simulados, no hayan dejado de formar parte del haber de la sociedad conyugal, para los consiguientes propósitos legales. Vistas las cosas de este modo, **se impone inferir que cuando alguno de los cónyuges dispone simuladamente de los bienes que estando en cabeza suya puedan ser calificados como sociales, el otro, mediando la disolución de la sociedad conyugal o, por lo menos, demanda judicial que de resultar prospera la implique y cuyo auto admisorio hubiese sido notificado al fingidor, podrá ejercitar la simulación para que la apariencia que lesiona o amenaza sus derechos, sea descubierta**”.

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

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

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

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

“Desaparecida la incapacidad civil de la mujer casada mayor de edad y la jefatura única de la sociedad conyugal por parte del marido, por virtud de la Ley 28 de 1932, tanto éste como aquélla

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

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

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

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

*“De otro lado, en el artículo 691 del Código de Procedimiento Civil se ha dispuesto que en los procesos de nulidad y divorcio de matrimonio civil, de separación de bienes y de liquidación de sociedades conyugales cualquiera de las partes podrá pedir el*

*embargo y secuestro de los bienes que puedan ser objeto de gananciales, y que estuvieran en cabeza del otro cónyuge.*

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

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

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

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

#### **3.1. Necesidad de sustituir aquella tesis**

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

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

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

*Es hora de abandonar aquella interpretación restrictiva inserta en la sentencia de fondo para articularla a la 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 negocial, de la lealtad en la administración de los bienes de los cónyuges y compañeros, así como, el cumplimiento de los deberes primarios y secundarios de conducta que reclaman los negocios jurídicos en el seno de la sociedad conyugal o patrimonial en el derecho contemporáneo.*

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

*El año 1932 es vital en el contexto social y jurídico de reconocimiento de derechos para la mujer, al promulgarse la Ley 28 para dar capacidad de administración y de disposición de bienes a las mujeres casadas. Ulteriormente en 1974 resulta relevante porque por medio del Decreto 2820 de 1974, en el artículo 10 se estableció la igualdad de derechos y obligaciones al interior de la pareja. En el año 1976 de nuevo se avanza para autorizar el divorcio de matrimonios civiles, y en 1992 se extiende para todos los contraídos en Colombia, pero otorgando la cesación de efectos civiles de matrimonios religiosos por los consabidos problemas del Concordato. Vino a la par, la Ley 54 de 1990, para responder parcialmente a las parejas que sin estar casadas, vivían como tales. Hoy, la Constitución como texto abierto, cobija sin distinguir la relación jurídica también de las parejas del mismo sexo respondiendo a los problemas de las minorías.*

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

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

*En ese entorno, al mismo tiempo, fue paulatina, pero segura, la construcción y decantación de la simulación frente a figuras conexas, como la acción pauliana y la de nulidad<sup>17</sup>, tanto en el derecho de otras latitudes como en el vernáculo, en procura de conquistar instrumentos útiles para preservar la sinceridad, la buena fe y la ética en los actos negociales. Empero, en materia de régimen económico social de las parejas, la jurisprudencia y la misma academia jurídica, en pos de proteger por línea de principio, la libre administración de la sociedad conyugal, cuando no existía pacto escrito en contrario (art. 1774 del C. C.), adoptó un criterio restrictivo frente a la legitimación de uno de los consortes para el ejercicio de la acción de simulación por los actos ilegales e ilícitos del otro -ahora también el compañero(a)- en la pregonada libre gestión societaria familiar.*

*Aun cuando vanguardista aquella tesis inserta en la propia Ley 28, pues abogó por la administración dual de los bienes sociales, ésta*

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

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

*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 conyugal; y en otro extremo, se reconocía la sociedad de hecho a favor de la concubina<sup>18</sup>, como medio para restablecer sus derechos, cuando carecía de contrato matrimonial; sepultando en ambos casos, el lastre histórico de su dependencia tradicional frente al marido (la potestad marital); coetáneamente, restringió la legitimación de los consortes para impugnar los actos simulados realizados por el otro cónyuge.*

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

*Nótese, si bien es cierto la Ley 28 de 1932, progresista como tal, le otorgó a la mujer la coadministración y disposición de sus bienes propios y sociales en cabeza suya en el seno de la sociedad, estas facultades fueron inanes, porque únicamente hasta 1957<sup>19</sup> vino a obtener los 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 comercial de*

---

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

<sup>19</sup> Por Acto Legislativo número 3 del 26 de agosto de 1954, reformativo de la Constitución Nacional, se otorgó a la mujer el derecho al sufragio, a elegir y ser elegida, cuando señaló: “Artículo 1º El artículo 14 de la Constitución Nacional quedará así: “Son ciudadanos los colombianos mayores de veintiún años. La ciudadanía se pierde de hecho cuando se ha perdido la nacionalidad. También se pierde o se suspende, en virtud de decisión judicial, en los casos que determinen las leyes. Los que hayan perdido la ciudadanía podrán solicitar rehabilitación”. Artículo 2º El artículo 15 de la Constitución Nacional quedará así: “La calidad de ciudadano en ejercicio es condición previa e indispensable para elegir y ser elegido, respecto de cargos de representación política, y para desempeñar empleos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción”. Artículo 3º Queda modificado el artículo 171 de la Constitución Nacional en cuanto restringe el sufragio a los ciudadanos varones”. Consecuencialmente, el 1 de diciembre de 1957 concurrieron por primera vez a las urnas en el plebiscito convocado por el Frente Nacional para la ratificar el derecho al voto.

*la cónyuge resultaba prácticamente inútil, por la minusvalía en el ejercicio de sus derechos ante la sociedad civil como consecuencia del desconocimiento de sus propios derechos políticos para intervenir en la cosa pública, y de contera, en las relaciones económicas sociales extra domésticas.*

*Sin duda, para una persona sin derechos políticos, cualquier otro derecho resulta insustancial, puesto que la falencia en este plano, traduce irremediabilmente 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 un criterio restrictivo en la legitimación de un cónyuge para demandar los actos simulados ejecutados por el otro cónyuge o compañero.*

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

### **3.2. La simulación institución con variadas implicaciones**

*La simulación no es un mecanismo ingenuo, tiene efectos graves y nocivos. Las más de las veces, sin desconocerlos, no engendra comportamientos punibles a su alrededor; predicar que siempre que se*

*descubra un acto simulado constituye crimen sancionable penalmente, sería grave error e injusticia.*

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

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

*A veces se crean verdaderas pantomimas para defraudar. Se dona por medio de compraventas para disminuir impuestos, se celebran actos jurídicos vacuos para camuflar disímiles relaciones jurídicas, se constituyen sociedades de papel para trasladar patrimonios fictamente. La mayoría de las veces se afecta la prenda general de los acreedores. Por ejemplo, en las sociedades, se surten inimaginables operaciones con los socios, con los aportes o con el objeto social; con los primeros, para incluir testaferreros o para esconder los verdaderos, etc.; con los aportes para encubrir o trasladar fortunas, o se los inventa para contratar o licitar y de ese modo defraudar a particulares o a entidades públicas; a la mano puede hallarse el lavado o el blanqueo de capitales, el simple traslado de bienes para afectar acreedores; en el objeto social, comportamientos punibles pueden estar recubiertos bajo una presunta legalidad, acudiendo a intrincadas triangulaciones. Pitufeos (smurfing), sociedades de fachada (Shell company), doble facturación, subfacturación, garantías simuladas, créditos ficticios, y testaferrato, compras de cartera, cesiones inexistentes, etc., son, entre otras, manifestaciones ilícitas de simulación. Esto explica, el porqué en el marco jurídico contemporáneo el derecho societario haya avanzado desde la simulación y de las acciones revocatorias en la búsqueda de instrumentos eficaces para prevenir esos abusos, como por ejemplo, la teoría del “levantamiento del velo” (to lift the veil) o la acción “disregard of the legal entity” (hacer caso omiso o desestimar la personalidad jurídica de la entidad o desestimación de la limitación de*

la responsabilidad), cuya génesis legal se halla en el derecho norteamericano<sup>20</sup>.

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

### **3.3. Real génesis de la sociedad conyugal**

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

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

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

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

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

<sup>22</sup> BONNECASE, Julián. *Tratado elemental de Derecho Civil*. Traducción Enrique Figueroa Alfonso-: Editorial Mexicana. 1997, p. 246.

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

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

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

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

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

*La facultad para celebrar un pacto escrito excluyente de la sociedad conyugal, permite inferir que no es requerimiento o imperativo del matrimonio, la comunidad de bienes; pero si no existe ese convenio, por el sólo hecho del matrimonio surge la sociedad conyugal. Aun cuando el matrimonio es un régimen con directa intervención del Estado, su estatuto económico se edifica en el principio de la autonomía de la voluntad, rango dentro del cual se hallan las capitulaciones matrimoniales, relativas a los bienes que quieren o no aportar los esposos o compañeros, o cualquier otro pacto de similar talante; empero, si los contrayentes nada especifican, por el hecho del matrimonio de pleno derecho surge la sociedad conyugal; y no a posteriori.*

*Al respecto, Don Fernando Vélez ha dicho:*

---

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

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

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

*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<sup>28</sup> emerge luego de transcurridos dos años de duración estable de la unión marital, pero de ninguna manera al tiempo de la disolución de una u otra institución. Brota con rigor a partir de su constitución jurídica o fáctica, resultando carente de sentido, afirmar que la sociedad conyugal nace para morir, por hallarse en estado de latencia desde la celebración del matrimonio, floreciendo únicamente cuando se decreta su terminación.*

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

*“(..) La opinión de que en el régimen de la Ley 28 se constituye sociedad conyugal por la disolución del matrimonio, por el divorcio o en fin por efecto del hecho que lleva a liquidar carece de asiento alguno, y hasta envuelve contradicción palmaria: si con tal hecho se formase la sociedad conyugal, ese hecho no la destruiría, sino al contrario, ni se produciría con el propio hecho que en vez de ella surgiera o comunidad de algo que debiera liquidarse a virtud de lo dispuesto para ese caso en la parte final del artículo 1 de aquella ley. A la verdad, la afirmación de que tal*

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

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

<sup>28</sup> 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.

*se halla establecido, no sólo envuelve imputación al legislador de haber cometido absurdo imposible, sino que ella va contra lo expresado en la oración final del propio artículo 1, donde claramente se dice que en tanto que suceda hecho en razón del cual deba liquidarse la sociedad conyugal se considera haber habido esta sociedad conyugal desde la celebración del matrimonio; pues con esto se excluye, conforme a la naturaleza de las cosas, que la haya en algún instante posterior al en que tal hecho acontezca: el nacimiento coetáneo con la muerte no es nacimiento, sino falta de ser vivo”<sup>29</sup>.*

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

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

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

*“Ni las argumentaciones de la Corte prueban que en el sistema del Código la sociedad conyugal estuviera hasta su disolución “latente”, o sea “oculta” y escondida”, ni que entre tanto hubiera sociedad conyugal en potencia: hasta la disolución de la sociedad conyugal había, por el contrario, el estado de sociedad conyugal, que terminaba por la disolución de la misma, según*

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

*queda explicado. Lo potencial era la disolución, como también que, de consiguiente, debiera liquidarse la sociedad conyugal disuelta (...)*<sup>30</sup>.

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

*No obstante, obsérvese según lo atrás compendiado, hay un cúmulo de precedentes, que van más allá de una mera doctrina probable<sup>31</sup>, restringen tajantemente desde el punto de vista eminentemente práctico, el nacimiento de la sociedad conyugal a la fase disolutoria. En sentido opuesto, se encuentran dentro de la jurisprudencia de esta Corte, algunos fallos, como el de 30 de abril de 1970, que exponen:*

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

*"Esta sociedad tiene vida subordinada; solo puede existir donde existe un matrimonio; no tiene vida propia ni independiente; siempre está sometida a la existencia de un vínculo matrimonial. Por ello, puede tener duración menor que la del matrimonio o igualar a la de este, pero en ningún evento puede perdurar más allá del momento en que el matrimonio quede disuelto. En cambio, el contrato matrimonial por tener vida propia, o autónoma no necesita de la existencia de la sociedad conyugal para subsistir y por ello no lo afecta la disolución de esta".*

*Sin duda, la sociedad conyugal, es la nacida con ocasión del matrimonio, sin personería jurídica y con dos administradores, porque*

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

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

*según la regla 1774 del C. C. a falta de pacto escrito<sup>32</sup>, surge por ministerio de la ley, hasta cuando concluye por causas legales o por voluntad de los dos consortes.*

*El art. 180 del Código Civil, antes aludido: "Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, según las reglas del tít. 22, lib. IV, del C. C.", es un precepto compatible con el art. 1774, y con el ordinal 14 del art. 1820 ejúsdem, cuando censura el nacimiento de una segunda sociedad conyugal, tornándola nula, por la subsistencia vínculo matrimonial anterior, caso en el cual "no se forma"<sup>33</sup>, con el nuevo, otra sociedad conyugal, en armonía con el artículo 25 de la Ley 1a de 1976; precepto éste, que al modificar el art. 1820 del C.C., dispuso: "La sociedad conyugal se disuelve (...) 4o. Por la declaración de nulidad del matrimonio, salvo en el caso de que la nulidad haya sido declarada con fundamento en lo dispuesto por el numeral 12 del artículo 140 de este Código. En este evento, no se forma sociedad conyugal (...)".*

*En línea de este criterio legal, según el cual se forja auténtica y real sociedad conyugal desde el matrimonio, al no existir pacto escrito en contrario, se halla el artículo 27 del Decreto 960 de 1970, cuando*

---

<sup>32</sup> La sentencia C-395 de 22 de mayo de 2002 al estudiar la exequibilidad del el art. 180, inc. 2º, 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".

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

alecciona "(...)disponga de un inmueble o constituya gravamen sobre él, debe indicar la situación jurídica del bien respecto de la sociedad conyugal, [sic] caso de ser o haber sido casado". Dentro de ese contexto se encuentra también la Ley 258 de 1996, reformada por la 854 de 2003, cuando impone al notario una obligación muy peculiar, en el art. 6: "Para el otorgamiento de toda escritura pública de enajenación o constitución de gravamen o derechos reales sobre un bien inmueble destinado a vivienda, el notario indagará al propietario del inmueble acerca de si tiene vigente sociedad conyugal, matrimonio o unión marital de hecho, y éste deberá declarar, bajo la gravedad del juramento, si dicho inmueble está afectado a vivienda familiar; salvo cuando ambos cónyuges acudan a firmar la escritura". Se entiende afectado a vivienda familiar el inmueble adquirido por uno o ambos cónyuges, antes o después de la celebración del matrimonio destinado a la habitación de la familia. Según el artículo 2º, de esta 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 dejará 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 pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiera".*

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

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

*En esa línea de razonamiento, el art. 10 de la Ley 28 aludida, también agrega: "(..) pero a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio y en consecuencia se procederá a su liquidación". A partir de éste segmento normativo, no puede creerse erróneamente que la sociedad medre inexactamente al momento de la disolución, o que no haya existido antes, porque la sociedad conyugal*

*“irrecusablemente”, nace siempre desde el matrimonio, y no se encuentra en situación de latencia, esperando la disolución para florecer, claro, salvo pacto escrito en contrario (art. 1774 del C.C.C.). Acontece, en verdad, que al momento de disolverse y luego liquidarse debe tenerse en cuenta todo cuanto haya ocurrido desde el matrimonio en la dinámica de los activos y pasivos de la economía social.*

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

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

*La legitimación de un cónyuge o compañero para demandar la simulación no se halla, desde la formulación de la demanda con fines disolutorios de la sociedad conyugal o patrimonial, sino desde la celebración del matrimonio mismo o desde el surgimiento de aquélla.*

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

<sup>34</sup> COLOMBIA, CSJ. Civil. G. J., t. LXXVII, páginas 793-794.

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

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

*Son múltiples y abundantes dentro de la teoría jurídica del régimen económico de la familia, las tesis académicas y las decisiones judiciales que con frecuencia han sostenido y defienden irrestrictamente el surgimiento real de la sociedad conyugal en el derecho colombiano a partir de su disolución, repudiando la idea del real apareamiento en forma paralela y coetánea a la celebración del matrimonio. Esa idea es, justamente, el fundamento de la argumentación, según la cual un cónyuge únicamente puede pedir la declaración de simulación respecto de los actos celebrados por el otro cónyuge, una vez se haya iniciado acción o demanda con fines disolutorios de la sociedad conyugal, por virtud del estado de latencia en que se encuentra desde la celebración del matrimonio. Un*

precedente que recoge la doctrina de la cual me separo, asienta precisamente:

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

*“Desde esta perspectiva, el interés serio y actual del cónyuge surge no de la calidad de tal, sino del hecho efectivo y cierto de la disolución de la sociedad conyugal o cuando, como seguidamente se dirá, exista un motivo fundado con miras a ese propósito, como lo ha expuesto la jurisprudencia. Por supuesto, que el estado latente o virtual de esa sociedad no coloca al cónyuge en la misma posición de los acreedores frente a los actos fraudulentos de su deudor, porque para que aquéllos se legitimen en las acciones pertinentes con el fin de restablecer el patrimonio de éste, deben estar asistidos de un derecho cierto e indiscutido, esto es, serio y actual, lo que, por lo visto, no puede deducirse de la simple condición de cónyuge”<sup>35</sup> (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 ha admitido, cuando existe una clara y patente manifestación de aniquilar la sociedad conyugal, lo cual acontece cuando un cónyuge convoca judicialmente al otro con ese propósito, ante todo para impedir que la posible disolución decretada se haga ilusoria en sus efectos. Conforme a los antecedentes jurisprudenciales, inicialmente ese interés se encuadró en la demanda de separación de bienes y aun en algunas medidas cautelares, para posteriormente hacerlo derivar de “una causa que vaya orientada a la disolución de la misma,*

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

como la separación de cuerpos, de bienes, el divorcio”, condicionada su existencia al instante de demandarse la simulación, pues al ser ese interés un presupuesto de la pretensión debe existir al momento de deducirse la acción porque el derecho no puede reclamarse de futuro, sin que la sola calidad de conyugue lo legitime para el efecto”<sup>36</sup>.

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.”<sup>37</sup>.

También en 1998, se reprodujo idéntico criterio:

“(..) una vez disuelta la sociedad conyugal los cónyuges están legitimados para demandar la simulación de los actos celebrados por el otro. El interés jurídico es patente en ese caso porque disuelta la sociedad por cualquiera de las causas legales, se actualiza el derecho de cada uno de los cónyuges sobre los bienes sociales para la determinación de gananciales que a cada uno corresponda. Pero antes de esa disolución puede existir ya el interés jurídico en uno de los cónyuges para demandar la simulación de un contrato celebrado por el otro sobre bienes adquiridos por éste a título oneroso durante el matrimonio cuando la demanda de simulación es posterior a la existencia de un juicio de separación de bienes, o de divorcio, o de nulidad del matrimonio, los cuales al tener éxito, conllevan la disolución de la sociedad conyugal, caso en el cual se exige que una de tales demandas definitorias de la disolución de dicha sociedad se haya notificado al otro cónyuge, antes de la presentación de la demanda de simulación; por supuesto que en eventos como los señalados, asoma con carácter definido una amenaza grave, cierta y actual a los derechos del demandante, toda vez que, sin lugar a dudas, la preservación del negocio simulado acarrea la mengua a sus derechos”<sup>38</sup>.

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

Si la simulación:

<sup>36</sup>COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent. de 5 Sep. de 2001, exp 5868.

<sup>37</sup> COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent. de 15 Sep. de 1993, exp 127.

<sup>38</sup> COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent. de 30 oct. de 1998, exp 4920.

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

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

*Conforme a la Ley 28 de 1932 los cónyuges, hoy también los compañeros, pueden disponer libremente de sus bienes propios o de los bienes sociales que se hallen en cabeza de cada uno de ellos, mientras no se haya disuelto la sociedad conyugal, empero, esa administración **debe ser libre pero responsable**. La irresponsabilidad ha patrocinado en variadas hipótesis se incurra en administración y disposición de los bienes sociales en forma culposa o dolosa, de manera fraudulenta o engañosa, actos que repercuten nocivamente contra los intereses del otro consorte y de la propia sociedad conyugal, cometiendo burlas, traslados patrimoniales y desquiciamiento económico de la sociedad conyugal, mucho antes de promoverse acción judicial 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 Código Civil ha establecido que el cónyuge que dolosamente oculte o distraiga alguna cosa de la sociedad será sancionado con la pérdida de su porción sobre la misma cosa y será obligado a restituirla doblada, la situación queda por fuera*

---

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

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

*Sin duda, con la Ley 28 de 1932, cada cónyuge o compañero tiene capacidad para actuar en el campo común o social, sin intervención del otro cónyuge, porque cada cual goza de capacidad jurídica y dispositiva para adquirir, para sí o para la sociedad y para gozar y decidir sobre los propios bienes, o sobre los sociales que se hallen a su nombre. No puede menoscabarse el principio de la autonomía negocial de los cónyuges o compañeros unas vez conforman la sociedad de gananciales o la sociedad patrimonial, pero esa autonomía o administración dual y separada no puede ser insensata, desquiciada o ejecutada dentro del marco de lo desleal y ficticio; cuando esto ocurra, así no se haya iniciado proceso con fines disolutorios, surge indiscutible un interés actual y cierto del otro cónyuge o compañero para formular la simulación.*

*Se otorga la libre disposición de los bienes a cada uno de los cónyuges o compañeros permanentes y por lo tanto, puede celebrar cualquiera acto negocial serio y real, diferentes tipos de negocios efectivos; empero, cuando uno de los cónyuges o compañeros permanentes con*

*respecto a los bienes sociales, dispone mediante actos fraudulentos o simulados desde el momento del nacimiento de la sociedad conyugal o de la sociedad patrimonial, puede hacer uso de su potestad jurídica para pedir la reconstrucción del patrimonio social.*

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

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

### **3.5 El marco constitucional también compele prohijar el criterio aquí expuesto**

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

*El reconocimiento jurídico de la familia, el cual no depende exclusivamente para su formación del matrimonio religioso o civil, sino*

---

<sup>40</sup> Colombia. Constitución Política de Colombia de 1991. Ed. Vigésima séptima: Editorial Leyer.

*también de vínculos naturales, demanda un tratamiento especial e integral, mediante instrumentos idóneos desde el mismo momento de su nacimiento por parte de todas las autoridades. Corresponde a la judicatura, como parte de ellas, comprometerse expresamente con el real acatamiento de los postulados constitucionales que la preservan en su dimensión personal y económica. En el ámbito del régimen económico que la regula, cuando exista detrimento al patrimonio social por parte de alguno de los consortes, compete a los jueces realizar la interpretación que mejor se avenga a los principios, valores y derechos que contiene la Constitución. Una aplicación del derecho que posibilite el fraude a la sociedad conyugal con antelación a la formulación de un proceso tendiente a obtener la declaración de disolución de la sociedad conyugal o patrimonial, resulta contraria a la Carta misma, a la inviolabilidad de las garantías, a la honra, a la dignidad e intimidad de la familia, a la igualdad de derechos y deberes.*

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

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

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

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

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

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

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

*“Por consiguiente, el comportamiento negocial asumido por la citada persona jurídica, habida cuenta que comprometió inmuebles de estimable valor que conformaban una parte*

*importante de su patrimonio, afectó, sin duda, los derechos de los socios comanditarios que promovieron la acción, y, por lo mismo, determinó que ellos, prevalidos nada más que de esa condición, si pudieran, como en efecto lo hicieron, reclamar la declaratoria de simulación de los correspondientes negocios jurídicos, pues su conservación dejaría en vilo el derecho de los actores a obtener el pago de las utilidades que, en virtud de la actividad social, les pudieran corresponder y de que el valor de sus participaciones sociales, como mínimo, se conserve, es decir, no sean objeto de un demérito injustificado, como el que sobrevendría si se mantuvieran las transferencias que en relación con los bienes que integraban su activo patrimonial, realizó la sociedad Restrepo Vásquez y Cía. S. en S., cuando, como ya se precisó, ella nada recibió a cambio”<sup>41</sup>.*

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

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

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

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

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

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

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

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

*La buena fe es columna vertebral del ordenamiento jurídico, no sólo por contar con estatuto constitucional autónomo, sino porque es principio estelar de toda actuación en las relaciones humanas, jurídicas, económicas y políticas. Se ha incorporado al derecho por tratarse un principio inherente a la conducta humana a fin de que surta efectos jurídicos. Es regla ética que se muta en “estándar jurídico” de conducta que orienta las relaciones jurídicas desde el punto de vista subjetivo y desde la órbita objetiva en procura de materializar la lealtad, la probidad, la equidad y la justicia. En términos de Galgano:*

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

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

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

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

### **3.8 Buena fe. Deberes primarios y secundarios de conducta**

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

<sup>44</sup> COLOMBIA. Constitución Política de Colombia de 1991. Ed. Vigésima séptima: Editorial Leyer.

<sup>45</sup> COLOMBIA, Código Civil Colombiano.

*social como expresión del deber general de actuar de buena fe<sup>46</sup>, en pos de una verdadera cooperación familiar entre la pareja, sin que ninguno abuse de su posición privilegiada.*

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

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

*Una conceptualización distinta es una entelequia (no como categoría aristotélica), algo así como la figura kantiana del “noúmeno”, o el mundo de la “Ideas” en la caverna de Platón (República, VII), o simbólicamente un fantasma, que engendra una interpretación irregular nociva en el manejo administrativo de la sociedad, lindando con la irresponsabilidad de los consocios, de manera que por ejemplo, ilimitadamente, cualquiera de los cónyuges puede cometer graves fraudes a la sociedad simulando la masa social “in íntegrum” para perjudicar al otro consorte, bajo el argumento de no estar disuelta, o de no estar en curso proceso disolutorio o de no haber notificado demanda en tal procura, todo lo cual traduce injusticias. Todavía somos una sociedad machista empoderada en la fuerza económica o en el poder del más fuerte, donde por regla general el compañero varón o el más poderoso económicamente administra sin límites; concepción ésta, que refleja el absolutismo matrimonial o marital de un integrante de la pareja sobre el otro, en contra del pie de igualdad que teóricamente se*

---

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

*predica de quienes se unen para forjar familia. Pero esa concepción es hoy inaceptable, y como secuela, la sociedad no puede estar latente o simplemente en potencia desde el matrimonio para nacer con la disolución. Tampoco puede afirmarse, como remedio revulsivo, que este fenómeno jurídico tiene efectos retroactivos hacia el momento que realmente la genera.*

*3.9.2 Si la sociedad no está disuelta o al menos, notificado proceso familiar que encause o procure el resultado disolutorio, conforme a la doctrina que hasta el momento se prohíja, ninguno de los cónyuges o compañeros está legitimado para demandar los actos o negocios fraudulentos o colusivos celebrados por el otro. Esta concepción torna irresponsable, antiética e injusta la administración de la sociedad conyugal o de la sociedad patrimonial; en consecuencia, desconoce en el punto, el propósito de la acción de simulación consistente en destruir las relaciones jurídicas que atentan contra la rectitud, la lealtad y la probidad de quienes contratan, desquiciando el principio de la buena fe. Sobre el punto Betti, afirma:*

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

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

---

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

*¿Debe entonces, demandarse la revisión de alguna de las dos sentencias?*

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

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

*Por supuesto, el legislador ha previsto instrumentos útiles para asegurar y proteger los bienes habidos en la sociedad conyugal, para procurar la transparencia en los negocios que cualquiera de los cónyuges celebre en su vigencia, tales como el artículo 1798 del C.C., según el cual, por regla general, el marido o la mujer deberán a la sociedad el valor de las donaciones que realicen sobre cualquier parte de la sociedad conyugal; el artículo 1824 ejúsdem como instrumento contra el cónyuge que dolosamente oculte o distraiga alguna cosa de la sociedad para sancionarla con la pérdida de su porción de propiedad sobre la misma cosa y obligándola a restituirla doblada. El artículo 691 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 598 C. G. del P. que autorizan en los procesos de nulidad y divorcio de matrimonio civil, de separación de bienes y de liquidación de sociedades conyugales, pedir el embargo y secuestro de los bienes que puedan ser objeto de gananciales, y que estuvieran en cabeza del otro cónyuge; también en la Ley 1098 de 2006, de Infancia y Adolescencia, cuando señala: “Artículo 135: Con el propósito de hacer efectivo el pago de la cuota alimentaria, cualquiera de los representantes legales del niño, niña o adolescente o el defensor de familia, podrán promover, ante los jueces competentes, los procesos que sean necesarios, inclusive los encaminados a la revocación o declaración de simulación de actos de disposición de bienes del alimentante”. No obstante, todas estas herramientas hallan un obstáculo insuperable en las condiciones actuales en la doctrina que asienta el fallo, porque directa o indirectamente demandan el gestionamiento o la existencia de un*

*proceso judicial, no importa su resultado, en procura de obtener efectos disolutorios de la sociedad conyugal.*

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

*Si en estos casos existe legitimación para solicitar una medida cautelar de esa estirpe sobre bienes propios del agresor, con sociedad conyugal, a fortiori ha de legitimarse al otro cónyuge o compañero cuando se distraen bienes del fondo social por actos simulatorios. Otro tanto, ocurre, mutatis mutandis con el artículo 32 de la Ley 1306 de 2009 cuando dispone que las «(..) personas que padezcan deficiencias de comportamiento, prodigalidad o inmadurez negocial y que, como consecuencia de ello, puedan poner en serio riesgo **su** patrimonio podrán ser inhabilitadas para celebrar algunos negocios jurídicos, a petición de su cónyuge, el compañero o compañera permanente (..)».*

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

3.9.5 *Del mismo modo, la decisión mayoritaria pasa por alto, la declarada inexecutable parcial de los arts. 1852 del C.C. (1796 del Código Civil Chileno) y 906 del C. de Co., mediante sentencia C-068 de 1999, aprobada el diez de febrero de mil novecientos noventa y nueve, proferida por la Corte Constitucional, excluyendo del ordenamiento jurídico nacional las expresiones del art. 1852 del Código Civil: “(..) entre cónyuges no divorciados y”; el artículo 3º de la Ley 28 de 1932, en cuanto dispone que “son nulos absolutamente entre cónyuges (..) los contratos relativos a inmuebles”; y el artículo 906, numeral 1º del Código de Comercio, en la expresión “los cónyuges no divorciados, (..)”, autorizando, desde entonces, la compraventa inmobiliaria entre cónyuges no divorciados.*

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

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

*La doctrina vigente desconoce al rompe, el inciso final del art. 1777 del C. C., según el cual: “No se podrá pactar que la sociedad conyugal tenga principio antes o después de contraerse el matrimonio; toda estipulación en contrario es nula”, imperativo jurídico, que apodíctico dispone el nacimiento de pleno derecho de la sociedad desde el mismo momento del matrimonio; de modo que deferir la génesis de la sociedad al instante de la disolución de la misma, torna en ficción legal aquello que es real; y al mismo tiempo, se transforma en una construcción jurídica totalmente inválida, porque el precepto sanciona en forma contundente con nulidad, la estipulación que sostenga la existencia de*

*la sociedad conyugal en instante diferente (antes o después) a la época de contraerse el matrimonio.*

**Conclusión:**

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

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

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

---

<sup>48</sup> COLOMBIA. CSJ. Sent. 8 de Feb de 1996, exp, 4380.

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

*“Dado que la simulación comporta siempre una determinada mendacidad o engaño, difícil y excepcionalmente podrá resultar tolerada por una ética muy estricta. Pero a partir del instante en que esa mentira se utiliza para perjudicar a un tercero, entonces es obvio que ya no es sólo a la moral sino también al derecho a quien interesa el control del acto simulatorio, en aras de un postulado de tanta raigambre como el principio *altere non laedere*, conculcando la mayor parte de las veces por la simulación comercial, pues, frente a un número relativamente pequeño de ficciones inocuas (*ad pompam, iocandi causa, etc*) casi siempre sus efectos se traducirán en una lesividad patrimonial.<sup>49</sup> Téngase en cuenta que cuando hablamos de simulación entendemos generalmente por ella una conducta lesiva, perjudicial, enfocada estrictamente al daño patrimonial, ya que por otro lado hemos marginado del presente estudio otras simulaciones no patrimoniales, cuales las de matrimonio o de delito”<sup>50</sup>.*

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

*La sociedad conyugal, se repite, no nace cuando se disuelve; todo lo contrario, surge como se ha reiterado cuando se contrae el matrimonio o cuando surge 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.*

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

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

*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 en la confianza legítima que debe otorgar el Estado a sus ciudadanos.*

2.4. Es claro, entonces, que bajo el panorama expuesto la protección a los derechos fundamentales, buscada en esta instancia constitucional por el accionante, no se hacía esperar, en tanto y en cuanto reunidos se hallan los presupuestos para deducir los efectos derivados del artículo 1824 del Código Civil, los cuales el Tribunal se abstuvo de reconocer, y ahora la Corte, ante las consecuencias del fallo del que me aparto.

Dejo así salvado mi voto.

Fecha ut supra

**LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA**  
**Magistrado**

