

Sent

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
SALA CASACIÓN CIVIL**

Magistrado Ponente  
**EDGARDO VILLAMIL PORTILLA**

Bogotá, D.C., siete de marzo de dos mil once

**Ref.: Exp. No. 05001-31-03-014-2003-00412-01**

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 2 de julio de 2008, por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, que puso fin a la segunda instancia del proceso ordinario adelantado por Olivia Amparo Zapata García contra Luis Aliomar Montoya Montoya.

**ANTECEDENTES**

1. En la demanda, entre otras pretensiones, se pidió declarar que Luis Aliomar Montoya Montoya tuvo una "sociedad de hecho" con Olivia Amparo Zapata García. Adicionalmente, se solicitó ordenar la liquidación de dicha sociedad y que se condene a la parte demandada a pagar los frutos producidos por los bienes que la conformaron.

2. Como enunciados acerca de los hechos se hicieron los siguientes:

2.1. En 1980 Luis Aliomar Montoya Montoya tuvo un vínculo laboral con Olivia Amparo Zapata, a quien confió la gerencia de la firma "Extras Limitada, Personal Temporal"; posteriormente, en 1981 le cedió a su antigua empleada, y luego pareja, 200 cuotas de interés en dicha sociedad. Aunque aquella empresa se cerró en 1999, fue el origen de la

Rad en sostenes

of + OAA - 11

1504



riqueza posterior de los compañeros. En abril de 1985, el vínculo laboral mudó a una la relación amorosa, a cuyo abrigo y simultáneamente se consolidó un proyecto económico. Precisamente, la pareja contrajo matrimonio en la República Bolivariana de Venezuela en abril de 1985.

2.2. Olivia Amparo Zapata García no sólo trabajó en la sociedad que luego se llamó "*Expertos Limitada Personal*", sino que vigilaba las inversiones comunes de la pareja; así mismo, estaba encargada de amoblar los apartamentos que ellos compraban y alquilaban. De consuno, también crearon otras sociedades comerciales. Por último, en julio de 2002, Luis Aliomar Montoya Montoya terminó la convivencia con la demandante, negándose a liquidar la sociedad de hecho que entre ellos existió.

3. El demandado opuso resistencia a las pretensiones de la demanda, pues para él jamás se conformó una sociedad de hecho, en tanto que las nupcias que contrajo con Olivia Amparo Zapata García impedían el surgimiento de aquél tipo societario; además, sostuvo que cada uno, autónomamente, dirigía su propia actividad económica y por lo mismo no fue su propósito formar un patrimonio común.

Dijo igualmente que para la época en que las partes en este proceso contrajeron matrimonio en la República Bolivariana de Venezuela, la demandante tenía un matrimonio anterior con 3 hijos, mientras que él venía de otra relación en la que tenía un hijo. Aceptó el demandado que sí hizo una donación en favor de Olivia Amparo Zapata García, quien recibió 200 cuotas sociales de una de sus compañías; no obstante, acotó que esta sociedad comercial regularmente establecida posteriormente quebró.

Propuso como defensas la falta de tutela jurídica concreta y la que denominó petición antes de tiempo, amén de recordar que en el Juzgado Sexto de Familia de Medellín se adelanta un proceso verbal de nulidad de matrimonio que él promovió contra la demandante.



El *a quo* dictó sentencia estimatoria. Al ser apelado el fallo por el demandado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín confirmó la sentencia de primera instancia, aunque delimitó los hitos temporales dentro de los cuales existió dicha sociedad.

## LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

La sentencia de segunda instancia estuvo inspirada en los siguientes argumentos:

1. Para el Tribunal, la pretensión concierne a la declaración de una sociedad comercial de hecho, lo cual descarta simultáneamente las sociedades conyugal y patrimonial, esta última prevista en la Ley 54 de 1990.

2. Al indagar sobre cómo es posible que personas casadas entre sí puedan constituir simultáneamente una sociedad de hecho, el *ad quem* recordó que *"Amparo Zapata García y Luis Aliomar Montoya, estaban sometidos a la ley civil colombiana cuando contrajeron matrimonio civil en Venezuela, luego, de conformidad con lo previsto en el numeral 4° del artículo 1820 del C. Civil, en razón de la existencia de un matrimonio anterior con respecto a la mujer, no se formó sociedad conyugal. La claridad de las expresiones legales... no tiene significación distinta a que no existe sociedad conyugal, sin que deba esperar que un Juez de familia así lo disponga, pues se repite, ya el legislador lo ha dispuesto de esa manera, para evitar precisamente que coincidan sociedades de ese tipo"*.

Entonces, concluyó que quienes están unidos por vínculo matrimonial, pero que a la par no tienen entre ellos sociedad conyugal vigente, como sucedía entre demandante y demandado, pueden establecer una sociedad de hecho al igual que los concubinos, por supuesto sin ninguna referencia, ni a la sociedad conyugal, ni a la sociedad patrimonial de que trata la Ley 54 de 1990.



**3.** Examinados los presupuestos fácticos de la sociedad comercial de hecho, el Tribunal halló que concurrían el *animus societatis*, los aportes y la intención de conformar un capital común para repartirse luego los beneficios.

Ayudado en la prueba testimonial acopiada y en algunos documentos, consideró el juzgador de segundo grado que estaban acreditados los elementos fundantes de la pretensión; en consecuencia, confirmó la sentencia de primera instancia, aunque con un añadido que delimitó entre abril de 1985 y julio de 2001 el arco temporal durante el cual se desarrolló la sociedad de hecho entre las partes.

### **LA DEMANDA DE CASACIÓN**

Se formularon tres cargos contra la sentencia del Tribunal; el primero por violación directa de la ley sustancial, el segundo, por violación indirecta, como consecuencia de la indebida apreciación de la prueba, y el tercero, fundamentado en la causal 2ª del artículo 368 del C. de P. C.; la Corte acometerá inicialmente el estudio del cargo tercero, por referirse a errores de procedimiento, luego despachará el segundo, para cerrar con la primera de esas acusaciones.

### **TERCER CARGO**

El demandante acude a la segunda de las causales de casación establecidas en el artículo 368 del C. de P. C., porque a su juicio la sentencia no está en consonancia con los hechos y las pretensiones de la demanda.

Abiertamente acusa que es incongruente la sentencia, pues el fallo decidió sobre extremos litigiosos distintos a los propuestos por las partes y que por tanto estaban vedados al sentenciador, con lo cual se desbordaron las pretensiones de la demanda.



Para el recurrente, la sentencia determinó que el matrimonio celebrado en 1985 entre Luis Aliomar Montoya y Olivia Amparo Zapata estaba viciado de "nulidad" y, por añadidura, que de él no podía emerger como correlato necesario la sociedad conyugal, aspectos por entero extraños a los hechos y pretensiones de la demanda, dejando inerte al demandado, al irrumpir en temas ajenos al objeto propio del proceso.

Según aduce el censor, en ninguno de los supuestos de hecho de la demanda se afirma la nulidad del matrimonio celebrado entre las partes, ni ésta atañe a la inexistencia de la sociedad conyugal, pues bastaba una de esas afirmaciones para excluir la competencia de los jueces civiles, por estar estos asuntos adscritos a la Jurisdicción de Familia.

El desbordamiento de la competencia del Tribunal -prosigue el impugnante- se presentó cuando el Tribunal entró a "*determinar lo relativo a los efectos patrimoniales de ese matrimonio celebrado en el extranjero, asunto que se relaciona con el ámbito espacial de validez de la ley civil colombiana y más concretamente con la extraterritorialidad, regulada en los artículos 19 a 22 del C. Civil, que se traduce en la pretensión que los nacionales colombianos queden sujetos a la ley nacional, aun cuando se encuentren domiciliados o celebren actos jurídicos en el extranjero*".

Y al discurrir sobre los efectos de un matrimonio nulo, el *ad quem* consignó: "*Ahora cuáles efectos, patrimoniales, se reitera surgen de esa nueva relación jurídica?. El asunto conduce necesariamente al estudio de las normas que regulan la sociedad conyugal. En efecto, el artículo 180 del Código Civil establece que por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, la que se regula por las reglas del título 22, libro IV, del mismo código. La anterior, que es regla general, tiene precisas excepciones: ...como ya se dijo, Olivia Amparo Zapata García y Luis Aliomar Montoya, estaban sometidos a la ley civil colombiana cuando contrajeron matrimonio civil en Venezuela,*



*luego de conformidad con lo previsto en el numeral 4° del artículo 1820 del C. Civil, en razón de la existencia de un matrimonio anterior con respecto a la mujer, no se formó sociedad conyugal. La claridad de las expresiones legales, que no tiene significación distinta a que no existe sociedad conyugal, sin que deba esperarse que un Juez de Familia así lo disponga, pues se repite, ya el legislador lo ha dispuesto de esa manera para evitar precisamente que coincidan sociedades de ese tipo...”.*

Por ende, a juicio del demandante en casación, el asunto de la nulidad del matrimonio contraído por las partes en la República Bolivariana de Venezuela, como óbice para el advenimiento de una sociedad conyugal, es pura invención del Tribunal, pues la demandante nunca reclamó que fuera declarada tal cosa.

Se queja el recurrente porque el juez “*en un sistema dispositivo no construye la pretensión, no se puede convertir en parte ni ayudar a una de las dos que están en el proceso*”, axioma que desconoció el Tribunal cuando abordó asuntos ajenos a los que fueran sometidos a su consideración.

## **CONSIDERACIONES DE LA CORTE**

En relación con la incongruencia, es menester recordar que las reglas de procedimiento tienen como función política controlar el poder del juez, en tanto que las prerrogativas extraordinarias de que está investido no pueden ser ejercidas de cualquier modo, sino dentro del preciso marco señalado por la Constitución y la ley. Así, en atención al principio dispositivo que inspira el proceso civil, la competencia del juez está restringida de modo general a los temas delineados en la demanda y en la contestación, como también a las excepciones y a otro asunto que la ley permita reconocer de oficio o mande decidir expresamente y sin ruego de parte.



Entonces, el juez no puede abandonar el camino trazado en la demanda y su contestación, tampoco dejar de decidir un asunto que ha sido expresamente sometido a su examen, porque al así proceder estaría usurpando la iniciativa que sólo corresponde al ciudadano, único que puede fijar, como hipótesis, la dimensión de su reclamo, o lo que es lo mismo, es él quien sabe qué parte de su esfera de intereses ha sido afectada o puesta en peligro y por ello exige la protección del Estado. Igualmente, en el caso del fallo incompleto, el defecto está constituido por una lesión del acceso a la administración de justicia en contra de quien llevó un reclamo al estrado judicial y apenas recibió el silencio como respuesta. Entonces, los actos procesales de demanda y oposición sirven de talanquera a la competencia del juez, de modo que, salvo las excepciones legales, éste no puede resolver a su antojo diferencias ajenas a la controversia que las partes llevan a los estrados, ni puede ir más allá de los que éstas plantean, ni puede quedarse corto a la hora de resolver.

Ahora bien, en el caso presente, no puede decirse que el Tribunal incurrió en el vicio de incongruencia que se denuncia, pues como se recuerda, en el preámbulo de este proceso, al resolver las excepciones previas, quedó definido que el debate sólo discurriría en torno a la "*sociedad de hecho*" formada entre las partes, con exclusión de todo intento de configuración de una sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, o de la liquidación de la sociedad conyugal, pues nítidamente quedó establecido que a la jurisdicción civil le estaría vedado decidir sobre esas instituciones que no inspiraron la demanda, por lo que se entendió que el asunto giraba exclusivamente en torno a una "*sociedad de hecho*".

Y en verdad el Tribunal se mantuvo fiel a ese compromiso, pues en la parte decisoria de la sentencia ninguna determinación tomó acerca de la sociedad conyugal, y menos respecto de la sociedad entre compañeros permanentes a que alude la Ley 54 de 1990. Es cierto que el Tribunal hizo la calificación jurídica del vínculo nupcial anterior de la demandante y, asimismo, se adentró en la definición de las secuelas de



un matrimonio nulo sobre el régimen económico, pero esas consideraciones jurídicas sólo sirvieron de insumo a la decisión, pues eran imprescindibles para fijar la situación de las partes frente a las relaciones familiares y concluir de ese modo que la ausencia de vínculos jurídicos con efectos patrimoniales, abría la posibilidad de conformar la sociedad de hecho.

Más allá del acierto en esas consideraciones, que merecían ser atacadas de otro modo, la verdad es que a la jurisdicción civil le pidieron que declarara la existencia de una "*sociedad de hecho*" y a ello destinó sus esfuerzos el Tribunal, sin desbordar el terreno de los pedimentos. Entonces, la sentencia no declaró ni constituyó algún nuevo estado, ni sirvió de fuente a derechos derivados de las relaciones de familia; por el contrario, apenas determinó que la naturaleza del acto nupcial celebrado entre las partes en 1985 no impedía la configuración de una sociedad de hecho, y a ello limitó el ejercicio de su poder de decisión.

No es cierto, como señala el casacionista, que el Tribunal hubiese declarado la nulidad del matrimonio que contrajeron las partes en la República Bolivariana de Venezuela. La verdad es que el *ad quem* examinó -porque así lo exigían los perfiles de la controversia-, si alguna condición particular de las partes se erigía en impedimento legal para alegar la existencia de la sociedad de hecho. Así las cosas y como quiera que las partes contrajeron nupcias entre sí, lo natural es que de allí pudiera desprenderse la sociedad conyugal como correlato necesario del matrimonio, comunidad de bienes a título universal que obstaría, en principio, para reconocer la sociedad de hecho o por los hechos derivada de la relación familiar.

Por esa circunstancia, y a solicitud de parte, fue menester examinar la validez de ese matrimonio, no porque fuera el objeto del proceso, sino porque la habilitación de los casados para conformar una sociedad de hecho exigía examinar la validez de ese acto y la posibilidad de que a partir de él se generara una sociedad conyugal, la



cual, de haber existido, descartaría la sociedad de hecho que exoró la demandante.

Y efectivamente resultó que Olivia Amparo Zapata García, desde abril de 1969, estaba unida en nupcias con Fabio de Jesús Mejía Cadavid, lo que a la luz del numeral 12 del artículo 140 del Código Civil deparaba la nulidad del matrimonio que contrajo con el demandado en la República Bolivariana de Venezuela, de donde se sigue la ausencia de sociedad conyugal entre ellos, circunstancia que hizo desaparecer el impedimento para la posibilidad de la sociedad de hecho cuya declaración aquí se demandó. Justamente, según prevé el numeral 4º del artículo 1820 *ibídem*, en eventos como el referido, esto es, cuando se presenta la nulidad en mención, "*no se forma sociedad conyugal*", de donde se desprende que nada impediría que entre los concernidos se conformara la unión de esfuerzos y de capitales cuya declaración se pretende.

La verdad es que el examen de la validez del matrimonio celebrado entre las partes, resultaba forzosa para averiguar acerca de su legitimación para constituir esa forma de compañía, sin que fuera menester acudir a un proceso previo ante la jurisdicción de familia y sin perjuicio de que tal cosa se hubiere hecho. Se trata, por lo demás, de un asunto de orden público, como que comprometidas se hallan las normas que gobiernan el estado civil de las personas, razón de más para aceptar y admitir que tal aspecto fuera abordado por el Tribunal como prepuesto para desatar las pretensiones.

Por lo demás, el juzgador no declaró la nulidad del matrimonio, sino que apenas le negó efectos, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 140 del Código Civil; por ende, no excedió su competencia al abstenerse de reconocer efectos a un acto nulo. Cosa semejante contempla la parte final del artículo 306 del C. de P. C., cuando la nulidad o la simulación del acto no son el objeto principal de las pretensiones, pero de dicho acto nulo o simulado se deriva la relación debatida en el proceso, caso en el cual el juez se limitará a declarar si



es fundada la excepción. Así aconteció en este proceso, en el cual se discutió, como cuestión marginal, que la nulidad del matrimonio entre las partes originada en la existencia de un vínculo nupcial anterior de uno de ellos, impedía la existencia de sociedad conyugal, lo que -se insiste- por reflejo habilitaría a los casados, sin sociedad conyugal entre ellos, para formar una sociedad de hecho.

A manera de ejemplo, si uno de los cónyuges unidos en un matrimonio nulo, por existencia de un casamiento anterior, demanda la separación de bienes y la liquidación de la sociedad conyugal, y el demandado apenas opone la inexistencia de la sociedad conyugal a la luz del numeral 4º del artículo 1820 del Código Civil, dicha excepción puede prosperar sin necesidad de decretar la nulidad del matrimonio, justamente porque el juez puede simplemente negar los efectos de un acto nulo a la luz del artículo 306 del C. de P. C.

Por consiguiente, no prospera la acusación de incongruencia hecha por el demandante en casación.

## **SEGUNDO CARGO**

El recurrente denuncia en este cargo que la sentencia es violatoria de la ley sustancial, bajo la modalidad de "*violación indirecta*", en tanto que trasgrede los artículos 498, 499, 500 y siguientes del Código de Comercio, por aplicación indebida. Igualmente, arguye que el fallo acusado desconoce toda la jurisprudencia colombiana que de antaño estableció la posibilidad de existencia de la sociedad de hecho entre concubinos. La primera de esas sentencias data del 30 de noviembre de 1935, (XLII, 476), también concurre a formar esa tendencia jurisprudencial el fallo de 28 de octubre de 2003.

El Tribunal violó la ley sustancial, porque declaró la existencia de una sociedad de hecho, a pesar de que las partes estaban casadas entre sí, pero a ese error sumó el haber omitido que esa unión carecía



del *animus societatis*, o por lo menos en el expediente no reposa la prueba de la intención crematística que inspiraba a la pareja.

Dicho de otro modo, el recurrente extraña la prueba del *ánimo societatis* que impulsaba la voluntad de las partes, elemento este que en su sentir fue supuesto por el Tribunal, lo que condujo a ese sentenciador a aplicar normas impertinentes para el caso.

El Tribunal halló demostrados los elementos constitutivos del contrato social, comenzando por él animo de asociarse deducido a partir de la prueba testimonial rendida por Sergio Palacio Quiroga y Margarita Nury Agudelo, contadora y profesional, testigo absolutamente parcializada por estar afectado su ánimo debido al compromiso de género con la demandante.

Igualmente, el recurrente alude a otros testimonios, que el Tribunal mencionó sin examinar, pero que, en todo caso, *“se trata de testigos sospechosos, por ser hermanos e hijos de la demandante, sin embargo, -prosigue- me serviré de sus dichos para probar la inexistencia de animus societatis entre los cónyuges...”*. Alude el casacionista a las declaraciones de Hernando Zapata García, Rubén Darío Zapata García, Blanca Dora Zapata García, cuyas versiones transcribe parcialmente, tras lo cual arremete contra su credibilidad por tratarse de parientes de la demandante.

Refiere que el desatino del Tribunal es manifiesto, pues traicionó el contenido de los documentos, como también dejó de valorar la prueba en forma conjunta. Para el censor, las pruebas documentales aportadas muestran que, tanto el demandante como el demandado, fueron socios de varias sociedades, cada uno siempre con su propio aporte y capital, antecedentes que revelan de modo incontrastable que cuando ellos quisieron asociarse lo hicieron de modo expreso, delimitando lo que cada uno aportaba, de la misma manera cada uno devengó sus propios dividendos y no había entre ellos comunidad de gastos. Además, cuando se realizaron adquisiciones, en los respectivos



actos se dejó sentada la proporción que a cada quien le correspondía. En la compra del apartamento en "Montevideo", Olivia Amparo Zapata García contribuyó con el 65% del precio y en la misma proporción se le atribuyó su derecho cuotativo y el 35% para Luis Aliomar Montoya Montoya. Esa discriminación de porcentajes es prueba, no de una comunidad de intereses, esto es, de la *affectio societatis*, ni del ánimo de formar un patrimonio común y socializar utilidades o pérdidas, sino un comportamiento reñido con esa voluntad. Y lo propio aconteció con la adquisición de la finca, cuyo precio enjugaron las partes en proporción de 50% cada uno y así se reflejó en los títulos. En conclusión, la ausencia del ánimo de asociarse es evidente, porque las compras individuales y las que se hicieran por el sistema de cuotas, buscaban mantener sus patrimonios separados.

De otro lado, según los testimonios recogidos, concluye el censor que cada uno cedió sus acciones o derechos sociales a sus hijos (Olivia Amparo Zapata García) y a sus Hermanas (Luis Aliomar Montoya Montoya), en actos que no dejan entrever ningún interés de formar un patrimonio común.

El yerro en materia probatoria, por el que se dio por probado el *animus societatis*, a pesar de ser inexistente, llevó al Tribunal a aplicar una norma jurídica ajena al caso, es decir, hizo operar las reglas de la sociedad de hecho a una situación en la que era inaplicable. Por el contrario -prosigue- la relación de Olivia Amparo Zapata García y Luis Aliomar Montoya Montoya no se gobierna por las reglas de las sociedades de hecho, puesto que entre ambos jamás hubo el propósito de asociarse. Entonces el desbarro del Tribunal le condujo a aplicar una norma extraña al caso, con lo cual violó el artículo 498 del Código de Comercio, así como la creación pretoriana relativa a sociedad en los hechos.

Finalmente, anotó que el Tribunal halló probados los elementos axiológicos de la pretensión, fruto de haber desacertado en la valoración de las pruebas; de haber hecho mejor las cosas habría



deducido la inexistencia de ánimo de asociación, y la pretensión hubiera fracasado por falta de demostración de unos de sus elementos esenciales.

## CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Ha repetido con insistencia la Corte, que cuando se denuncia la comisión de un error de hecho, *"...el debate sobre los supuestos fácticos de la controversia ha de ser algo más que una simple confrontación de pareceres, pues la estimación de la prueba que en segunda instancia hace el Tribunal -en principio- pasa a ser la última posible en sede judicial, en tanto que de ahí en adelante queda excluida toda conjetura alrededor de los medios de convicción, de modo que por esta vía no podrían privilegiarse nuevas representaciones a partir de las mismas probanzas, ni reabrirse discusiones en torno a la valoración de las pruebas, máxime cuando la finalidad de esta impugnación extraordinaria es corregir la contra evidencia del fallo, si es que hay un error desmesurado que se alza ante los ojos de la Corte con su sola descripción.*

*La discusión asume entonces otros perfiles, porque aquella reconstrucción histórica que hace el Tribunal en relación con los hechos debatidos, ha de prevalecer sobre la que intentan hacer las partes en el estrado de la Corte, en tanto que según se ha dicho desde antaño, aquí se predica del fallo la presunción de acierto y, por lo mismo, se da por averiguado que las pruebas fueron correctamente contempladas y valoradas, en forma individual y en conjunto.*

*Como se recordará, en Colombia existe la posibilidad excepcional de alegar en sede de casación la comisión de errores de hecho en la apreciación de las pruebas, cosa que no ocurre en los sistemas de casación pura. No obstante, aquella posibilidad no significa traer a la Corte una remozada y pretensa valoración de las pruebas, más incisiva y profunda, como si se tratara de una instancia adicional. Por el contrario,*



*las facultades de la Corte como Tribunal de Casación se hallan extremadamente restringidas, al punto que sólo ante denuncias fácticas formalmente elevadas, evidentes, trascendentes y debidamente demostradas, tiene éxito el recurso.*

*Por ende -se insiste- la prosperidad de la acusación, cuando se denuncia la eventual comisión de un error de hecho atribuible al Tribunal, sólo puede abrirse paso cuando se pone en evidencia, de manera palpable, que la reconstrucción sobre los hechos que hizo el juzgador de segundo grado es completamente absurda, infundada y alejada por completo de lo que dejan ver los medios de convicción, porque las pruebas fueron, ya pretermitidas, ora supuestas, o porque se traicionó su contenido material, haciéndolas decir lo que no dicen.*

*Cualquier otro intento por erosionar el fallo con base en interpretaciones posibles de los medios de convicción que obran en el expediente, resulta infructífero, en tanto que la argumentación que se debe traer a la Corte no se debe limitar a emular al Tribunal en la elaboración de una lectura de la prueba con la pretensión de que sea más aguda y perspicaz, ni debe contentarse con demostrar que existe otra posible representación de los hechos, sino que el casacionista debe ofrecer la que por fuerza de la razón es la única interpretación posible y que, además, el Tribunal no vio" (Sent. Cas. Civ. de 25 de mayo de 2010, Exp. No. 23001-31-10-002-1998-00467-01).*

En suma, en la labor de reconstrucción del sentido de la comunicación con la que uno o varios testigos revelan un hecho, es posible que haya más de un significado para la descripción que hacen los declarantes, y esa dubitación acerca de la multiplicidad de sentidos que se pueden adscribir a la comunicación humana transmitida por los testigos, impide las más de las veces hacer un nuevo juicio en casación, habida cuenta de la dificultad de juzgar como protuberantemente errada una valoración, y hacerlo sin poder escapar a la subjetividad y poniendo como adhehala descalificadora, el que la lectura que de las pruebas hizo el Tribunal es errada en grado sumo.



Acontece que el recurrente destinó su esfuerzo a criticar los testimonios a la manera como se hace en el recurso de apelación, es decir, a cernir sospechas sobre algunos de ellos, por identidad de género o familiaridad, lo que es insuficiente para derrumbar una sentencia que, como se sabe, viene asistida de la presunción de legalidad y acierto.

En efecto, resulta notablemente tardío en casación intentar una tacha de sospecha sobre los testigos, y de ahí deducir su escasa credibilidad. Igualmente es insuficiente agitar pequeñeces sobre sus dichos, para con ello deducir un desbarro garrafal.

Aunado a lo anterior, del hecho de que cada uno de los socios manejara de manera independiente sus bienes, que es también propio de la sociedad conyugal, y de que milimétricamente se repartieran los gastos del hogar y la contribución al manejo de sus bienes, no se deduce el repudio al *animus contrahendi societatis*, como pregona el casacionista.

Las pruebas, que conducen a afirmar la verdad de un enunciado acerca de la realidad, siempre tendrán algunas censuras, a las que deberá resignarse la indagación heurística en el proceso, atendida la inocultable modestia del conocimiento humano, reconocida inclusive en las ciencias de la causalidad y, por supuesto, en mayor medida en las ciencias del espíritu. De modo que la duda no es bastante para descaecer la fuerza de una sentencia que agota las instancias y que, se repite, viene amparada en la presunción de legalidad y acierto.

Viene de todo lo anterior que ninguno de los reproches enfilados contra la sentencia de segundo grado se abre paso.

### **CARGO PRIMERO**

Con sujeción a la causal primera de casación, se acusa que la sentencia incurrió en "*violación directa*" de los artículos 25, 140



-numeral 12-, 180, 13, 113, 1774 y 1820 -numeral 4º- del Código Civil, y 1º de la Ley 54 de 1990, por falta de aplicación. De la misma manera, se endilga al Tribunal la trasgresión de la jurisprudencia que regula la sociedad de hecho entre concubinos, de modo específico la sentencia del 30 de noviembre de 1935 (G.J. No. XLII, 476), así como los artículos 498, 499 y siguientes del Código de Comercio, estos por aplicación indebida.

La violación emerge, según el entendimiento del demandante en casación, porque para el Tribunal es posible una sociedad de hecho entre cónyuges, sin reparar que entre ellos únicamente cabe una sociedad conyugal.

En aras de demostrar el cargo, el demandante endilga al Tribunal haber cometido un error al elegir una premisa legal equivocada, pues el matrimonio lleva forzosamente a la sociedad conyugal y, desde luego, a *"consecuencias sustanciales y procesales, en este caso determinantes de la competencia de la jurisdicción de familia"*. En criterio del censor, la sociedad de hecho sólo es posible cuando los partícipes están libres del matrimonio y su relación no se inscribe dentro de la Ley 54 de 1990; y si, además, *"hay affectio societatis, o animo de asociarse, sumado al interés de conformar un patrimonio común que distribuya utilidades y pérdidas, pero sin cumplir los requisitos de la legislación comercial..."*.

A juicio del recurrente, *"no podía entonces el Tribunal Superior de Medellín, Sala Civil, decidir sobre la nulidad de un matrimonio, pues no sólo carecía de competencia para hacerlo, sino que tal pretensión no era el objeto del proceso"*. El afán del Tribunal, prosigue el casacionista, en *"justificar el fin injustificable lo obligó a sustentar su decisión en juicios que no podía realizar, en decisiones de nulidad que estaban lejos de su competencia, y, en consideraciones sobre la tutela judicial efectiva, derecho fundamental de altísima trascendencia que aquí, en la voz del Tribunal se convirtió en patente de curso para saltarse no solo las normas sobre competencia, congruencia, derecho*



*de defensa, sino también y principalmente, a los derechos a la seguridad jurídica representada en la aplicación correcta de la ley Colombiana, consecuencia fundamental de la estructura del estado de derecho, que permite a los ciudadanos prever las consecuencias de sus actos”.*

Sostiene el recurrente que entre cónyuges -condición que tenían las partes al tiempo de la presentación de la demanda-, no pueden surgir sociedades de hecho, sino de modo exclusivo la sociedad conyugal.

Explica, en ese sentido, que los artículos 180 y 1820 del Código Civil, reformado este por la Ley 1ª de 1976, en armonía con el artículo 1774 de la misma obra, así como del artículo 1º de la Ley 54 de 1990, indican que del matrimonio no se siguen sociedades de hecho, pues de él únicamente podría emerger la sociedad conyugal.

Entonces, la pretensión de declaración de existencia de sociedad de hecho entre cónyuges no podía prosperar, por lo que en su momento se esgrimió como defensa que la petición era prematura, pues primero tenía que destruirse el vínculo matrimonial existente entre los supuestos socios.

Por lo anterior, el demandante en casación suplica a la Corte que case la sentencia y que el fallo sustitutivo desestime las pretensiones de la demanda.

### **CONSIDERACIONES DE LA CORTE**

Sea lo primero advertir que el recurrente, aunque anuncia un ataque por la vía directa, entremezcla acusaciones de diversa índole.

Así procede por ejemplo, cuando reprocha con énfasis y acento que *“no podía entonces el Tribunal Superior de Medellín, Sala Civil, decidir sobre la nulidad de un matrimonio, pues no sólo carecía de*



*competencia para hacerlo, sino que tal pretensión no era el objeto del proceso,*” como tampoco podía ese juzgador “*sustentar su decisión en juicios que no podía realizar, en decisiones de nulidad que estaban lejos de su competencia*”, o cuando denuncia que la llamada tutela judicial efectiva “*se convirtió en patente de corso para saltarse no solo las normas sobre competencia, congruencia, derecho de defensa*”, todo lo cual deja ver que en un cargo vertebado bajo el alero de la causal primera, por la violación directa de la ley sustancial, trae acusaciones propias de las causales segunda y quinta del artículo 368 del C. de P. C., lo cual denota un entremezclamiento de ataques inadmisibles en sede casacional, pues tal circunstancia desatiende la exigencia de precisión y claridad que prevé el artículo 374 del C. de P. C.

De otro lado, en este primer cargo el recurrente vuelve a sus andadas, en tanto que reproduce la acusación que hiciera en el tercer cargo en el que denunció que el fallo es incongruente, por haber declarado la nulidad de un matrimonio, cuando en verdad esto jamás aconteció, según ya quedó resuelto.

Pero además de lo anterior, el recurrente deforma la sentencia del Tribunal para hacerle decir lo que ella no expresa. La transcripción de la introducción al capítulo de “*demonstración del cargo*”, no deja la menor duda de que el recurrente atribuye a la sentencia lo que ella no afirmó. En ese intento de demostración, el recurrente de manera enfática y reiterada, describe la regla supuestamente usada por el *ad quem*, pero en ello no tiene fortuna.

Según el recurrente “*el fallo que se impugna parte de una hipótesis legal equivocada: ENTRE QUIENES ESTAN CASADOS PUEDE FORMARSE UNA SOCIEDAD DE HECHO, diferente a la sociedad conyugal, y diferente a la sociedad patrimonial de hecho*”. No duda el recurrente en descalificar esa conclusión, al juzgarla como “*incompatible con la legislación sustancial colombiana*”. Y más adelante insiste en que “*eso es lo que el Tribunal no comprendió, el Tribunal de Medellín, sostiene que entre dos que están casados, se puede formar la*



*sociedad comercial de hecho, que una esposa puede demandar al esposo para que se declare que entrambos existe una sociedad de hecho, cuando tal cosa no cabe en la legislación patria”.*

De esta deliberada transcripción, se observa la manera en que el recurrente leyó la sentencia, y de cómo se representó la regla jurídica usada por el Tribunal para decidir el caso.

No obstante, el censor atribuyó a la pluma del Tribunal una regla bien distinta de la que éste usó para desatar la controversia, y en ese intento se encargó de suprimir una parte sustantiva que cambia totalmente de sentido la propuesta normativa del *ad quem*. En efecto, el juzgador de segundo grado en definitiva afirmó como regla del caso, que entre quienes están casados puede formarse una sociedad de hecho diferente a la sociedad conyugal, si es que en el matrimonio formado entre ellos no hay esta última.

Como puede verse, el recurrente de manera obrepticia omitió la condición que puso el Tribunal para que entre personas casadas entre sí pudiere haber sociedad de hecho, condición que consiste en que entre ellos no se haya formado la sociedad conyugal, justamente por la existencia de un matrimonio anterior, a la luz del numeral 4º del artículo 1820 del Código Civil.

Nótese que el Tribunal ni siquiera mencionó la hipótesis de los casados que tuvieron sociedad conyugal y la disolvieron, para seguir casados y sin comunidad de bienes, ni de quienes decidieron *ex ante* hacer capitulaciones. La regla del Tribunal se circunscribe a los casos en que, según la ley, en un segundo matrimonio no se forma la sociedad conyugal, por la existencia de un vínculo matrimonial anterior. Puestas en esta perspectiva las cosas, el recurrente atribuyó al Tribunal una premisa que este no empleó y, al hacerlo, soslayó la verdadera pauta normativa elegida por éste: la de que los casados en un matrimonio nulo en el que no se formó sociedad conyugal, sí pueden conformar una sociedad de hecho.



Sólo en el epílogo del cargo, el recurrente suelta al desgaire que *"cuando hay una sociedad conyugal anterior vigente... este caso constituye una sanción, que no puede el juez obviar, inaplicándola, aduciendo sencillamente que entonces surge otro tipo de sociedad, que es la de hecho, puesto que con tal interpretación, se manipula la ley para producir una consecuencia que no establece"*, apostilla que apenas enunciada carece de todo desarrollo.

A manera de coda plantea el demandante en casación, que el Tribunal halló *"una sociedad de hecho, es decir que se buscó un argumento falaz para llegar al resultado prohibido: hizo surgir una sociedad que la ley prohíbe..."*. Como se puede apreciar, el censor es del parecer de que la sociedad de hecho está prohibida entre cónyuges, lo que no deja de ser una generalización que merece un comentario a espacio, pues cuando la ley sanciona un acto lo hace de modo expreso.

Así, el artículo 6º del Código Civil, establece que *"en materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición legal, si en ella misma no se dispone otra cosa"*. Por lo que acaba de decirse, a diferencia del entendimiento del recurrente, no es posible predicar la nulidad de un acto sin acudir a una norma legal que disponga tal cosa, pues la sanción de nulidad, al igual que todas, exige como condición la tipicidad, en particular cuando se trata de aniquilar la voluntad de las partes, por haber contravenido el ordenamiento jurídico.

Se sigue de lo anterior, que cuando el ordenamiento jurídico inhabilita a una persona para formar determinado tipo de sociedad, en verdad está imponiendo una prohibición que astringe la autonomía de la voluntad, reprensión que por excelencia tiene como función proteger derechos de mayor trascendencia social.

En lo que concierne a las relaciones familiares, la ley ha establecido un régimen presunto de comunidad de bienes, presunción que puede ser alterada por voluntad de las partes expresada antes del matrimonio o durante su vigencia, en este último caso acudiendo a la



disolución de la sociedad conyugal, dejando intacto el matrimonio. No obstante, en defensa de la sociedad conyugal y, por supuesto, mientras ella subsista, se desactiva la capacidad plena de los cónyuges, y conoce merma la autonomía de la voluntad, lo cual no implica que los casados, aún con sociedad conyugal vigente, no puedan emprender cualquier tipo de sociedad entre ellos o con terceros.

Así, sólo a manera de ejemplo, los casados con sociedad conyugal vigente, pueden formar parte de todo tipo de compañías, pues la autonomía de la voluntad, la igualdad de derechos, la libre iniciativa privada y la libre administración de los bienes de cada cónyuge, les habilita para conjugar sus intereses del modo que más les convenga, eso sí, tomando en cuenta que no puede concurrir más de una comunidad de bienes a título universal, más por tratarse de un impedimento lógico que por disposición legal.

De ese modo, mientras subsista la sociedad conyugal, el cónyuge no puede constituir ninguna otra comunidad de bienes a título universal, pues dos universalidades jurídicas de este tipo son lógicamente excluyentes de modo simultáneo, aunque nada impide que a una siga otra, así la primera se halle en estado de liquidación.

Por esa circunstancia, el matrimonio en sí no es obstáculo para que se forme una sociedad, incluso la patrimonial entre compañeros permanentes, pues la ley sólo exige que esté disuelta la sociedad conyugal precedente, justamente para evitar la confusión de dos comunidades de bienes a título universal, dado que causa verdadera molestia a la razón, presumir que todo lo que adquiere una persona casada ingrese al haber de la sociedad conyugal existente con su cónyuge y, al mismo tiempo, pueda incorporarse al acervo de la sociedad universal que tiene con otro sujeto.

La misma razón inspira la prohibición para que en caso de bigamia pueda surgir sociedad conyugal; este matrimonio nulo es fuente de casi todos los efectos, pero no se le reconoce potestad



genética de la sociedad conyugal, por expresa prohibición del numeral 4º del artículo 1820 del Código Civil.

Sin embargo, es posible -a manera de excepción- que un matrimonio nulo, por preexistencia de otro, pueda generar sociedad conyugal, ya que si en el primer vínculo nupcial, el que conserva validez, se disolvió la sociedad conyugal, nada obstaría que en el segundo, a pesar de la nulidad, pudiera surgir la comunidad de bienes a título universal, pues lo que impide la segunda sociedad conyugal es la preexistencia de la primera y no el matrimonio antecedente, si es que en este, se repite, en aquél ya no hay sociedad conyugal vigente, pues no se rompería la imposibilidad de dos comunidades de bienes a título universal.

Esa misma circunstancia impone la unicidad y singularidad de la unión marital de hecho, pues de haber dos universalidades concurrentes en el mismo arco temporal, no habría cómo presumir a cuál de ellas ingresaron los bienes adquiridos por aquel compañero permanente que tiene dos lazos de convivencia simultáneos.

No obstante, este no es el planteamiento del recurrente, amén de que tampoco ha descartado la subsistencia de la primera sociedad conyugal que tuvo Amparo Zapata con su primer esposo. Por el contrario, toda la defensa en el proceso, y también el ataque en casación, reposa sobre la afirmación de que como demandante y demandados están casados entre sí, no es posible que emerja entre ellos sociedad de hecho, pues lo que de allí nació o debió nacer fue la sociedad conyugal.

Bajo esta percepción de las cosas, no es cierto aquello de que a los casados les está vedado convenir una relación económica diferente a la sociedad conyugal, para regular de otro modo sus relaciones económicas. Lo que el derecho colombiano ha establecido es que el régimen de la sociedad conyugal presunto, excluye que los cónyuges puedan concurrir a formar una segunda comunidad de bienes a título



universal, pero nada impide que, hallándose separados de bienes entre sí, por la causa que sea, acudan libremente a formar entre ellos alguna otra forma asociativa de sus esfuerzos económicos, pues de ese modo realizan a plenitud el principio de autonomía de la voluntad. Y el hecho de que ya no puedan aplicar la presunción de que trata el artículo 1795 del Código Civil, exclusiva de la sociedad conyugal, no impide que entrambos emprendan una empresa común, inclusive sin la pretensión de ser una comunidad universal.

No existe entonces la prohibición que creyó ver el recurrente, pues para constituir una sociedad de hecho, quienes se hallan casados -por el solo hecho de estarlo-, no están impedidos para asociarse entre ellos mismos o con terceros, pues no se trata de una prohibición que recaea sobre el acto, sino sobre las personas, esto es, la exigencia de que quienes concurren a formar la sociedad de hecho con pretensiones universales, no estén previamente inscritos en otra comunidad de bienes al mismo título.

Sobre la posibilidad de acudir a formar una sociedad de hecho, se ha expresado que *"I. Según doctrina sentada por esta Corte en varias sentencias, las sociedades de hecho son de dos clases:*

*1º. Las que se forman en virtud de un consentimiento expreso y que, por falta de uno o varios o de todos los requisitos que la ley exige para las sociedades de derecho no alcanzaron la categoría de tales.*

*2º. Las que se originan en la colaboración de dos o más personas en una misma explotación y resultan de un conjunto o una serie coordinada de operaciones que efectuaron en común esas personas y en las cuales se induce un consentimiento implícito (Sentencias de los años de 1935 y 1943, publicadas en la G. J. Tomo 42, página 497, y Tomo 56, página 330y 335).*

*II. Reteniendo la atención sobre la segunda clase de sociedades, esta Corte ha exigido los siguientes elementos para su configuración:*



a) *Que se trate de una serie coordinada de hechos de explotación común y se ejerza una acción paralela y simultánea entre los presuntos asociados, tendientes a la consecución de beneficios.*

b) *Que la colaboración entre ellos se desarrolle en un pie de igualdad, es decir, que no haya estado uno de ellos, con respecto al otro u otros, en estado de dependencia proveniente de un contrato de trabajo, u otro contrato por razón del cual uno de los colaboradores reciba salario, sueldo o participación y esté excluido de una participación activa en la dirección, en el control y en la supervigilancia del patrimonio.*

*III. Generalmente entre los concubinos se forma una sociedad de hecho de las de la segunda clase. Frecuentemente el concubinato, además de la comunidad de vida, crea una comunidad de bienes. Los ahorros que hace el concubino se hacen en parte a la industria y economía de la concubina; con dichos ahorros comienza a formarse un capital. No puede decirse que tal capital es de exclusiva propiedad del concubino, sino de ambos, pues su formación se hizo dentro del estado de concubinato y con ocasión del mismo" (Sent. Cas. Civ. de 26 de marzo de 1958, G.J. No. LXXXVII, pág. 499).*

Posteriormente, en fallo de 18 de octubre de 1973 la Corte reiteró que "...las uniones matrimoniales no tuteladas por la ley, no tienen la virtud de crear tal sociedad de bienes entre los consortes...", a lo cual agregó: "*el concubinato, pues, no genera por sí ningún tipo de sociedad o de comunidad de bienes entre los concubinarios. La cohabitación, per se, no da nacimiento a la compañía patrimonial.*

*Nada se opone, empero, a que se forme una sociedad de hecho entre los concubinarios, cuando paralela a la situación que conviven, se desarrolla, con aportes de ambos, una labor de explotación con fines de lucro, que no tenga objeto o causa ilícitos, en la que los dos participen con el propósito expreso o tácito de repartir entre sí las utilidades que provengan de la gestión. Tampoco se opone a aquello el que los*



*concubinarios, en la actividad lucrativa que desarrollan, combinen sus esfuerzos personales buscando también facilitar la satisfacción de las obligaciones familiares comunes o tengan como precisa finalidad crear una fuente de ingresos predestinados al pago de la erogación que su vida en común demanda, o para la que exija la crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, pues en tales fines va implícito el propósito de repartirse los remanentes si los hubiere o el de enjugar entre ambos las pérdidas que resulten de la explotación.*

*Como lógica conclusión emerge de lo expuesto, que quienes no están unidos en legítimo matrimonio que produzca efectos civiles, para que puedan tener derecho a participar de las utilidades conseguidas durante el término de la unión, deben probar que entre ellos existió una verdadera sociedad de hecho; no les basta con acreditar que eran concubinarios.*

*...Resumiendo lo expuesto, se tiene: la sociedad conyugal que, según los artículos 180 y 1774 del Código Civil, se forma entre los consortes por el hecho del matrimonio, no requiere de la concurrencia de ninguno de los elementos tipificadores del contrato social, cuales son: la intención de asociarse o animus contrahendi societatis, los aportes recíprocos y el propósito de repartirse las utilidades o pérdidas que resulten de la especulación. Esta sociedad sui generis se contrae, aún contra la voluntad de los casados, por el simple hecho de las nupcias legítimas. En cambio, quienes por fuera del matrimonio se unen para vivir juntos, no por ello contraen sociedad de bienes, la cual, para que se entienda contraída, indispensablemente reclama que entre los concubinarios se haya celebrado pacto expreso con esa finalidad, o que los hechos indiquen certeramente que al margen del desarrollo de su vida sexual o afectiva, los concubinarios realizaban actividades encaminadas a obtener lucro, que tenían el propósito de repartirse las utilidades o pérdidas que resultaren de la especulación y que entre ellos existía, en el desempeño de tal trabajo, el ánimo de asociarse. La sociedad conyugal, pues, sólo puede existir entre personas que están legítimamente casadas entre sí, aunque después el matrimonio se*



*declare nulo. Ella no se da entre concubinarios. No obstante, entre éstos pueda existir sociedad de bienes, creada ya regularmente por el concurso expreso de sus voluntades, o contraída por los hechos. El matrimonio por sí solo, pues, genera aquella sociedad, lo que no sucede con el concubinato, en el cual para que se forme sociedad de bienes entre sus integrantes, se requiere que así lo hayan convenido éstos, expresa o tácitamente” (Sent. Cas. Civ. de 18 de octubre de 1973, G.J. No. CXLVII, pág. 92).*

En ese mismo sentido, la Corte anotó que *“ni el adulterio, ni siquiera el amancebamiento generan por sí solos sociedad de hecho entre los amantes. El desarrollo de su vida sexual bien puede transcurrir, y en muchos casos así sucede, a espaldas de lo que pudiera denominarse la actividad económica individual de cada uno... Pero de la misma manera, nada se opone a que la pareja, fuera de conjugar su vida sexual y de compartir su común destino en el mundo de los afectos, aúne sus propósitos, buscando uno y otro un lucro común, en el desarrollo de una actividad económica; sin dependencia el uno del otro, cumplen actividades profesionales, industriales o económicas encaminadas a obtener un lucro común, y soportar por igual las pérdidas en caso de haberlas. Entonces, paralelamente a lo que es la comunidad de vida, su cohabitación, desarrollan una verdadera gestión social que da nacimiento a la comunidad de hecho entre ellos”* (Sent. Cas. Civ. de 26 de agosto de 1976, G.J. No. CLII, pág. 347).

No está de más señalar que en fallos posteriores, se hizo más nítido que el concubinato no empece, ni desdibuja la sociedad de hecho, esto es, que la relación familiar en los hechos no sólo fue despenalizada hace mucho tiempo, y por lo mismo proscrita la ilicitud y el reproche social, sino que aún antes de la Constitución de 1991 la jurisprudencia y la ley reconocían con distinta intensidad pero en idéntico sentido, la realidad social de que el matrimonio no era la única fuente de la familia y que si nada de ilícito tiene la comunidad de vida al margen del matrimonio, tampoco el desarrollo de un proyecto económico simultáneo y paralelo que la acompaña. Como hubo de



*anotarse, "esta Corporación, atendiendo criterios que en su momento significaron un innegable avance, señaló que al margen de las relaciones concubinarias era posible que surgieran sociedades de hecho, siempre y cuando se reuniesen determinados requisitos, unos relacionados con todo tipo de sociedades de hecho y otros específicos para las que surgían entre los concubinos...*

*...Como es palpable en el reseñado fallo -Sala de Casación Civil. G. J. XLII, Pág. 476- y en muchos otros que lo siguieron fielmente, la Sala, dada la estigmatización de la relación concubinaria y con el fin de que la sociedad de hecho entre concubinos no derivara en ilícita por obedecer a un móvil que entonces se consideraba contrario a la ley, se empeñó en escindir franca y ostensiblemente la relación familiar y la societaria...*

*...Es comprensible que en el fallo del 30 de noviembre de 1935, se hubiese calificado como ilícita la unión concubinaria, no sólo por que de ese modo la afrentaba la moral social entonces reinante sino, porque además, existían normas en el ordenamiento que no titubeaban en adjetivarla en esos términos. Por ejemplo, los artículos 451, 454, 455, 456 y 457 del Código Penal (Ley 19 de 1890), a la sazón vigente, conforme a los cuales cometían el delito de «amancebamiento público» las personas de diferente sexo que, sin estar casadas entre sí, hicieren vida marital como tales, en una misma casa, de una manera pública y escandalosa, conducta punible tipificada por separado para el evento en que los sujetos activos fueren casados y no estuvieren legítimamente separados de su cónyuge o, fueren parientes entre sí en los grados específicamente señalados o tuviese alguno la calidad de empleado público.*

*No obstante, hace mucho tiempo la sociedad abandonó la percepción de la ilicitud de la unión concubinaria, habida cuenta que, de un lado, prontamente fue despenalizada, pues el Código Penal de 1936 se abstuvo de tipificarla como una conducta punible, así como también las posteriores codificaciones expedidas en esa materia y, de*



*otro, porque la familia sufrió profundos cambios en su estructura y dinámica que condujeron a que esa especie de relación de pareja se generalizara y se modificara su valoración entre los diversos sectores sociales que frontalmente otrora la rechazaban.*

*Todo ello contribuyó a que la relación marital fáctica se consolidara socialmente en el país como una forma más de constituir familia, como lo evidencian los estudios sociológicos, según los cuales en el aludido cambio jurídico-social influyeron diversos factores, tales como las tradiciones culturales, las dificultades para disolver los vínculos matrimoniales católicos, la ausencia durante varios años de legislación sobre el matrimonio civil, las transformaciones ideológicas y culturales surgidas respecto a los conceptos de pareja y de familia...”.*

*Lo anterior, para concluir que “...no puede exigirse, en forma tan radical, para el reconocimiento de la sociedad de hecho entre concubinos, que la conjunción de aportes comunes, participación en las pérdidas y ganancias y la affectio societatis surja con prescindencia de la unión extramatrimonial y que no tenga por finalidad crear, prolongar o estimular dicha especie de unión, pues, por el contrario en uniones concubinarias con las particularidades de la aquí examinada no puede escindirse tajantemente la relación familiar y la societaria, habida cuenta que sus propósitos económicos pueden estar inmersos en esa comunidad de vida” (Sent. Cas. Civ. de 27 de junio de 2005, Exp. No. 7188).*

Aunado a lo que viene de decirse, téngase en cuenta que conforme se ha dicho reiteradamente, *“lo que el legislador enfáticamente reprime es la concurrencia de sociedades universales, calificación que no puede atribuírsele a la de este asunto”,* esto es, a la sociedad de hecho formada entre concubinos. *“Así lo asentó esta Corporación en la sentencia sustitutiva proferida en el expediente No.7188, el 27 de junio de 2005, en la que expuso: «Por consiguiente, brota diáfananamente la existencia de la sociedad de hecho cuya declaratoria aquí se demanda, por lo que resulta oportuno precisar que*



por tratarse de una sociedad distinta a la conyugal, no es de carácter universal, sino que está conformada por aquellos aportes en los que se refleja la cooperación de la pareja en su consecución»... (Sent. Cas. Civ. de 29 de septiembre de 2006, Exp. No. 11001 31 03 011 1999 01683 01).

De esta posición hay atisbos en la sentencia de 26 de marzo de 1958, en la que inclusive se ejemplificó la situación que sigue: *“hasta aquí existe cierto paralelismo entre las sociedades de hecho entre los concubinos y la sociedad conyugal entre cónyuges. Pero tal paralelismo no es total. Supongamos que el concubino tiene negocios y bienes tanto en Bogotá como en Girardot; la relación de concubinato se establece en Girardot y la concubina se encuentra asociada a los negocios de esta ciudad, careciendo de influencias en los negocios de Bogotá. Aquí la sociedad de hecho existe sólo para los bienes del Municipio del domicilio de la concubina. Esta diferencia no existe en la sociedad conyugal.*

*Por ese motivo con razón ha dicho la Corte que debe existir un criterio de causalidad entre la asociación de hecho y los bienes provenientes de la misma (G.J. Tomo 42, página 844).*

*Determinados los bienes de la sociedad de hecho es necesario proceder a repartirlos en dos partes iguales: una para cada concubino”* (Sent. Cas. Civ. de 26 de marzo de 1958, G.J. No. LXXXVII, pág. 499).

En lo que aquí respecta, el Tribunal circunscribió su actividad jurisdiccional a lo que le fuera pedido, es decir, a determinar si entre la demandante y el demandado hubo una sociedad en los hechos o por los hechos.

Y como el demandado pusiera de por medio la existencia de relaciones nacidas del vínculo conyugal existente entre las mismas partes, como impedimento para formar la sociedad de hecho universal, el Tribunal se ocupó de calificar esas relaciones para saber si existía



sociedad conyugal entre ellas, pues de ser así, esa condición podría tener incidencia negativa en la sociedad de hecho cuyo reconocimiento era objeto del reclamo.

En síntesis, la parte demandada ha intentado demostrar que la existencia de un matrimonio con la demandante, generó una sociedad conyugal y por ende imposibilitó la existencia de la sociedad de hecho.

Sentadas las anteriores premisas, es claro que el Tribunal no violó las normas enunciadas en la censura. En efecto, el *ad quem* examinó primeramente la condición personal de los socios, a fin de averiguar si había entre ellos una relación de familia que les impidiera sumar sus intereses para configurar la sociedad de hecho al margen o paralelamente a ese nexo familiar.

Fruto de ese escrutinio, el Tribunal dio por demostrado que la demandante Olivia Amparo Zapata García contrajo matrimonio católico con Fabio de Jesús Mejía el 11 de abril de 1969, relación que se mantuvo hasta el 11 de diciembre de 1996.

Se sigue de lo anterior, que cuando Luis Aliomar Montoya Montoya contrajo matrimonio civil con Olivia Amparo Zapata García el 22 de abril de 1985 en la República Bolivariana de Venezuela, esta tenía un matrimonio anterior vigente, lo que por disposición legal impedía que se formara entre ellos sociedad conyugal.

Dicho en breve, la existencia de un matrimonio anterior no solo generó la nulidad absoluta del matrimonio celebrado entre las partes en Venezuela, por contrariar normas de orden público, sino que además se imposibilitó el nacimiento de la sociedad conyugal entre las partes, circunstancia que los habilita para asociarse como lo hicieron a pesar del vínculo y con prescindencia de éste.

En conclusión, de modo general, un matrimonio viciado de nulidad, por la existencia de un vínculo matrimonial precedente, de uno



o ambos contrayentes, no genera sociedad conyugal, y si este era el preciso impedimento para declarar la sociedad de hecho, sencillamente ese obstáculo era inexistente, sin que fuera menester analizar que por un motivo diferente, esto es, por la vigencia del matrimonio de Olivia Amparo Zapata García con Fabio de Jesús Mejía, realizado el 11 de abril de 1969, no sería posible la sociedad de hecho con pretensiones de universalidad que fuera alegada en la demanda, pues tal cosa no ha sido planteada en el recurso de casación.

Con vista en las precedentes consideraciones, el cargo no está llamado a prosperar.

### **DECISIÓN**

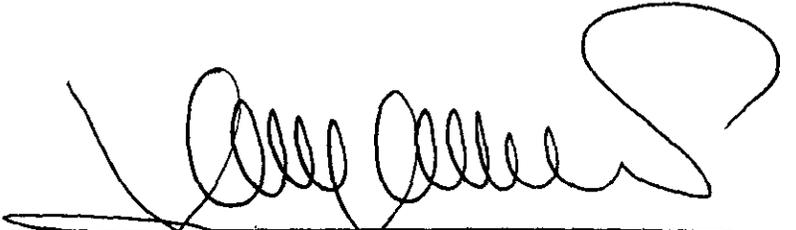
En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia proferida el 2 de Julio de 2008, por la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín, dentro del proceso entablado por Olivia Amparo Zapata contra Luis Aliomar Montoya.

Costas del recurso de casación a cargo del recurrente; líquídense, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$3'000.000.00.

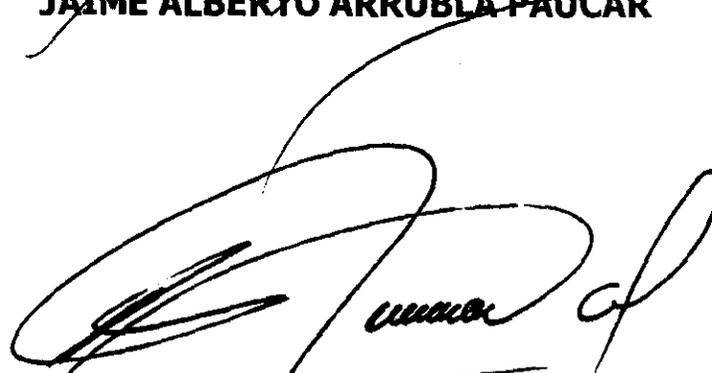
Cumplido lo anterior, vuelva el proceso al despacho de origen.



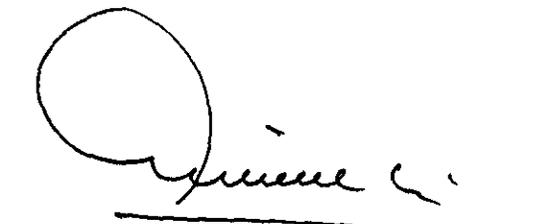
**RUTH MARINA DÍAZ RUEDA**



**JAIMÉ ALBERTO ARRUBLA PAUCAR**



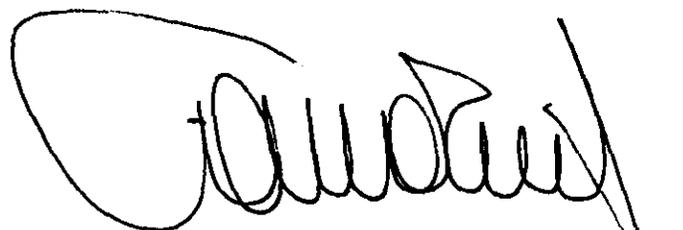
**PEDRO OCTAVIO MUÑOZ CADENA**



**WILLIAM NAMÉN VARGAS**



**ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ**



**EDGARDO VILLAMIL PORTILLA**