

RECEBIDO			
RE. INTERNO	Día	Mes	Año
SC 319	12	12	2005
FOLIO 55			

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACION CIVIL**

**Magistrado Ponente
Jaime Alberto Arrubla Paucar**

Bogotá, D.C., doce (12) de diciembre de dos mil cinco (2005)

**Referencia: Expediente No.
41001-31-03-001-1989-05259-01**

Se decide por la Corte el recurso de casación interpuesto por Joselito, Claritza y Yolita Losada Rojas, en su condición de herederos conocidos de José Joaquín Losada Bautista, respecto de la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, el 16 de septiembre de 2004, en el proceso instaurado por Gerardo Losada Urriago, quien obra para la sucesión de María Emma Urriago de Losada, contra José Joaquín Losada Bautista.

ANTECEDENTES

1. Pretendió el demandante que se declarara que María Emma Urriago de Losada y el demandado

constituyeron una sociedad de hecho que tuvo existencia desde 1930 hasta que se unieron en matrimonio, y que los inmuebles relacionados en el libelo no pertenecen a la sociedad conyugal, ni a Losada Bautista, por tratarse de bienes adquiridos durante la vigencia de la citada sociedad.

2. Los hechos constitutivos de la causa de pedir se hicieron consistir en que desde 1930 José Joaquín y María Emma hicieron vida marital, fruto de la cual nacieron, el demandante, Gerardo, Jorge Eliécer, Uldarico y Jaime Losada Urriago. Que paralelamente trabajaron en una labranza de cacao que tenía María Emma en la vereda El Guadal del municipio de Rivera (Huila) y en un expendio de granos ubicado en el casco urbano de la misma municipalidad, establecimiento que se acrecentó con las ganancias del cultivo, transformándose, con el correr de los tiempos, en un gran depósito de toda clase de granos para consumo humano y animal, con cuyos dividendos fueron adquiriendo nuevos bienes y terminaron por amasar un considerable capital.

Que la pareja trabajó en pie de igualdad y la sociedad se originó en la colaboración que se brindaron en las actividades ejecutadas en provecho común. Que José Joaquín era quien administraba los bienes y por eso mayoritariamente se adquirieron a su nombre.

Que tras las nupcias falleció María Emma, y José Joaquín prosiguió con la administración tanto de los

bienes sociales, como de los que consiguieron, durante el matrimonio, con el producto de los primeros, de los cuales se hace una minuciosa relación en el libelo.

Que la causa mortuoria de María Emma se tramita en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Neiva, y dentro de ella no se denunciaron los bienes que conforman el haber de la sociedad de hecho.

3. Notificado el demandado, se opuso a las pretensiones del demandante, porque *“los derechos y las acciones que propone están prescritas en la forma y término de los arts. 256 del C. de Co. y el art. 2535 del C.C.”*. En concreto, argumentó que en la relación extramatrimonial que sostuvo con María Emma Urriago no mediaron factores de contenido económico patrimonial, y por lo tanto no existió la asociación de hecho preconizada. Que al unirse en matrimonio surgió la sociedad conyugal, cuya liquidación está en curso, que administró y administra sus propios bienes, algunos de los cuales se incluyeron en la relación presentada por el actor, que adicionalmente involucra propiedades de Uldarico y Jorge Eliécer Losada Urriago.

4. Con sentencia estimatoria culminó la primera instancia, decisión que prohió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva al desatar la apelación interpuesta por Joselito, Claritza, Yolita y Luz Marina Losada, herederos de José Joaquín Losada Bautista.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Identificado el objeto jurídico del proceso, recordó el Tribunal que con prescindencia del origen de las sociedades de hecho, en ellas deben conjugarse todos los elementos necesarios para perfeccionar el contrato de sociedad, y que si bien el orden jurídico patrio sólo contempla las que se forman por la ausencia de escritura pública, doctrina y jurisprudencia se han encargado de distinguir las que se crean *"sin estipulaciones previas y expresas, por la sola unión de capitales o esfuerzos, resultando así de los mismos hechos y del consentimiento en ellos"*.

Reseñada la doctrina acuñada por la Corte en punto a la conformación de sociedades de tal tipo, entre concubinos, lo mismo que el actual régimen legal de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, cuya aplicación descartó para la solución del caso, anticipó el buen suceso de la pretensión, explicando que *"los distintos elementos de convicción arrojados a los autos permiten dar por establecido, que paralela a la convivencia como amantes entre JOSE JOAQUIN y MARIA EMMA, que según se afirma se prolongó desde el año de 1930 a 1960, cuando contrajeron matrimonio católico, ellos desarrollaron una actividad económica con finalidad especulativa y de obtención de beneficios lucrativos"*.

Relacionados los diversos medios de prueba incorporados por la actora para comprobar sus asertos, concluyó que, analizados en conjunto, en especial las declaraciones de testigos, se establece con absoluta claridad que por los años de 1930 José Joaquín y María Emma, que por ese entonces vivían en el municipio de Rivera, iniciaron una relación concubinar y paralelamente *"aunaron esfuerzos en común para trabajar primero en unos tendales en la plaza del Municipio, al tiempo que atendían a una tienda y que luego con el producido de ese trabajo, continuaron comprando café, cacao y víveres en general, otros predios y ganado, dedicándose tanto José Joaquín como María Emma a trabajar conjuntamente y que gracias a ese esfuerzo mancomunado lograron establecer bienes de fortuna que acrecentó José Joaquín después del matrimonio"*. El citado grupo de testigos, recalcó, refiere que al margen de la relación concubinar y mientras perduró, José Joaquín y María Emma adquirieron una serie de bienes con el producto de su esfuerzo común, bienes que explotaron conjuntamente con ánimo lucrativo, reputando por tanto ajustada a la ley y a la realidad probatoria la decisión del juzgador de primer grado.

Descartó, en consecuencia, las tachas que la parte demandada planteó frente a sus exposiciones, porque en su criterio evidencian con total nitidez los hechos anotados, con prescindencia, anotó, *"que los bienes adquiridos por esa época no revistan importante significación"*

económica”, declaraciones en las que no detectó contradicción alguna, o circunstancia de otra índole –amnesia senil, fugas de memoria propias de la edad- que demerite sus aseveraciones, primordialmente en la de José Avendaño, cuya narración consideró avalada por la de los otros exponentes y por las restantes pruebas aportadas, amén de rechazar la crítica que se esbozó frente al testimonio de José Antonio Polanía Losada, por ser de oídas, precisando que no le consta personalmente lo relacionado con el matrimonio de la pareja, pero sí *"el trabajo conjunto realizado por los concubinos"*.

EI RECURSO DE CASACION

Tres cargos se proponen contra la sentencia de segundo grado. El primero se respalda en la causal segunda, y los restantes en la primera. En ese orden se examinarán, porque es el que lógicamente corresponde.

PRIMER CARGO

Invocando la causal en cita, se impugna la sentencia por no estar en consonancia con las excepciones propuestas por el demandado.

Delimitados los confines del principio de congruencia de la sentencia, expresa el censor que al dar respuesta a la demanda propuso la excepción de prescripción, argumento defensivo sobre el que calló el sentenciador puesto que no lo abordó en las motivaciones ni adoptó una resolución frente a él.

Explica que el hecho de haber sido propuesta también como excepción previa y decidida como tal en los albores del proceso, por permitirlo la normatividad procesal entonces en vigor, no relevaba al Tribunal de su examen porque esa providencia *"no podía hacer tránsito a cosa juzgada"*.

Concluye afirmando que si el Tribunal se hubiere ocupado de ella, habría absuelto a su proponente dado el tiempo que transcurrió entre la disolución de la supuesta sociedad y la presentación de la demanda que dio origen al proceso.

CONSIDERACIONES

Como la excepción está constituida por todo *"hecho que contrapuesto a la pretensión, obra como enervativo de esta, bien porque la impide, ya porque la modifica, ora porque la dilata"* (Sent. 007 del 1º de febrero de 2000), para que pueda considerarse adecuadamente propuesta no basta anunciarla, sino que debe exponerse el

factum que le da contenido, puesto que en eso precisamente consiste, a más de que es así como se proporcionan al contendor los elementos necesarios para contradecirla.

Desde luego que así el rigor de tal carga se atenúe en tratándose de excepciones respecto de las cuales puede obrar el juez inquisitivamente, dado que el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil lo faculta para declararlas si halla la prueba de los hechos que las estructuran, es decir, al margen de su invocación, o de su formulación con un trazado fáctico equivocado, frente a las que deben considerarse por iniciativa de parte, entre las que se incluye la prescripción, su observancia es imperiosa, porque como *"emanan de circunstancias que podrían originar una pretensión autónoma que el demandado puede renunciar a ejercer como tal es, de un lado, forzoso proponerla, y de otro, ineludible alegar y probar el hecho o hechos que la constituyan, y en los cuales pudiera deducirse la razón que invocara el excepcionante para atacar la existencia de la acción o su extinción, si alguna vez hubiese existido, por cuanto si no es obligación del juzgador declararlas de oficio cuando encuentre probado el hecho que la estructura, tampoco es deber suyo declararlas por hechos o circunstancias no propuestos por el excepcionante, como quiera que de no ser así, la precitada restricción carecería de función alguna"* (Sent. del 13 de octubre de 1993).

El demandado, como se registró en la sinopsis del fallo, al dar respuesta a la demanda rechazó las pretensiones porque "*los derechos y las acciones que propone están prescritas en la forma y término de los arts. 256 del C. de Co. y el art. 2535 del C.C.*", pero no adujo circunstancia de hecho alguna que pudiera respaldar el fenómeno afirmado, condiciones en las cuales ningún defecto de pronunciamiento exhibe el fallo, puesto que la excepción cuya respuesta se echa de menos no puede considerarse propuesta, por haberse omitido el relato factual necesario para darle sentido, requisito que no puede tenerse por satisfecho con la mención de las reglas legales que consagran la institución jurídica en la que tiene venero y fijan las reglas bajo las cuales está llamada a operar, puesto que es necesario delinear las circunstancias de hecho subsumibles en la hipótesis normativa, que al ser comprobadas, habiliten la producción de los efectos jurídicos respectivos, dado el poder restricto que en relación con ella portenta el sentenciador.

La acusación, por lo tanto, resulta infundada.

SEGUNDO CARGO

Se fundamenta en la violación directa del artículo 2082 del Código Civil, que para el censor debió aplicarse para la solución del conflicto.

Ante todo, precisa que si bien la regla legal en cita fue derogada expresamente por el artículo 242 de la Ley 222 de 1995, resulta aplicable a la sociedad de hecho a la que se contrae el pleito, por haberse constituido presuntamente bajo su vigencia –artículo 38 de la ley 153 de 1887-.

En ese marco, recuerda que se conforma una sociedad de esas características, cuando los socios aportan todos los bienes que llegaren a adquirir durante la existencia de la sociedad, para anotar que al confirmarse por el *ad-quem* la disposición del sentenciador de primer grado, relativa a que para la liquidación de la sociedad de hecho cuya existencia declaró, se tengan en cuenta todos los bienes adquiridos por los socios, durante su vigencia, terminó reconociendo un ente social de esa naturaleza, obrando contra la prohibición que en la materia consagraba la preceptiva legal indicada.

CONSIDERACIONES

Por las evidentes dificultades que podían suscitar tanto entre los socios, como con terceros, el artículo 2082 del Código Civil vigente por la época en la que se conformó la sociedad a la que se contrae la decisión impugnada, prohibía la constitución de sociedades universales

tanto de bienes como de ganancias, exceptuadas en éste último caso, las sociedades conyugales, proscripción que de consiguiente descartaba la conformación de entes asociativos en los que sus miembros socios acordaran poner en común todos sus bienes, presentes o futuros, o unos y otros, o todo cuanto adquirieren con el producto de su trabajo, oficio o industria.

Para el impugnador, al ordenarse la liquidación de la sociedad materia del proceso, incluyendo todos los bienes adquiridos por los socios durante su vigencia, se quebrantó la prohibición legal imperante en la época de su formación, de constituir sociedades universales, tesis que desde luego sólo puede incubarse en una visión solitaria de esa disposición del fallo, escindida, además, de su parte motiva, que es la que ilustra sobre las razones que justifican y explican el juicio definitivo formulado por el sentenciador, enfoque con el cual se quiebra su estructura lógica y se desnaturaliza el sentido de las providencias que en él se adoptan.

En efecto: aunque el fallador de segundo grado confirmó la decisión del *a-quo* referente a que se tuvieren en cuenta todos los bienes adquiridos por los socios en la liquidación de la sociedad, también avaló su resolución de que a ella se procediere "*conforme a los parámetros legales*", de modo que para tal fin sólo pueden involucrarse los bienes que legalmente corresponden, que no son otros

que los obtenidos por los socios, pero con ocasión de la gestión económica que desarrollaron en beneficio común.

A ese entendimiento conducen asimismo las reflexiones consignadas en la parte motiva del fallo ahijado por el Tribunal, puesto que si allí se deja por sentado que Joaquín Losada Bautista y Emma Urrigao *"se dedicaron a trabajos independientes de venta de víveres, en la plaza; que con el trabajo conjunto adquirieron varios bienes rurales en el Municipio de Rivera"*; que además de la relación concubinaria tuvieron el ánimo de explotar actividades comerciales en provecho común, en desarrollo de las cuales *"fueron aumentando el capital adquiriendo terrenos, lotes y casas"*; que paralelamente a la relación extramatrimonial y mientras subsistió, *"con su esfuerzo común adquirieron bienes de fortuna, que explotaron conjuntamente con ánimo lucrativo"*, es decir, se verifica que la sociedad surgió de la participación de la pareja en una explotación económica que les proporcionó los medios para conseguir algunas propiedades, cuando se ordena liquidarla, teniendo en cuenta los bienes que adquirieron, hay que entender que se trata de aquellos a los que la parte expositiva refiere, es decir, a los que son fruto de esa gestión productiva conjunta, porque de otra manera carecerían de sentido las reiteradas alusiones que hace a la causa de la adquisición de tales bienes.

El ataque, por lo tanto, no fructifica.

TERCER CARGO

Con respaldo en la causal primera, se le endilga al fallo la violación indirecta, por aplicación indebida, de los artículos 2079, 2080, 2081, 2083, 2085, 2091, 2092, 2094, 2095, 2108, 2112, 2117, 2124, 2129 y 2141 del Código Civil y 98, 498, 499, 503, 504, 505 y 506 del Código de Comercio, como consecuencia de errores de hecho en la apreciación de las pruebas incorporadas al proceso.

En concreto, se cuestiona la apreciación de la partida de bautismo de Gerardo Losada Urriago, el registro civil de defunción de María Emma Urriago, la copia de los certificados de tradición de los inmuebles matriculados bajo los números que se relacionan, la escritura pública No. 1352 otorgada el 21 de diciembre de 1956 en la Notaría Segunda de Neiva, los testimonios de José Avendaño, Julio Polanía Losada y José Antonio Perdomo, lo mismo que el registro civil de matrimonio de Gerardo Losada Urriago y María Emma Urriago.

Recapitulada la argumentación del fallo, precisa el acusador que la sociedad, cualquiera que sea su manifestación típica, es ante todo un contrato cuyos elementos esenciales son la pluralidad de socios, el ánimo o afecto societario, los aportes de los socios y el reparto de

utilidades, de modo que el reconocimiento de su existencia, particularmente cuando de una sociedad de hecho se trata, depende de la comprobación de tales presupuestos, cuya prueba considera supuesta en el caso.

En ese sentido, explica que la partida de bautismo de Gerardo Losada Urriago y el registro civil de defunción de María Emma Urriago, sólo prueban hechos relativos al estado civil, mientras que los certificados de tradición de los inmuebles matriculados bajo los números reseñados, lo mismo que la escritura pública referenciada, nada dicen sobre la sociedad que presuntamente conformaron, *"porque no hablan de su pretendido afecto societario ni de sus aportes a una compañía y mucho menos de reparto de utilidades"*, documentos que, añade, ninguna alusión hacen a la señora Urriago.

La misma situación predica de los testimonios recolectados, anotando que *"los tres coinciden en que LOSADA y URRIAGO convivieron como marido y mujer durante varios años, que vendían mercaderías en la plaza, que posteriormente tuvieron una tienda, que trabajaron juntos y que finalmente JOAQUÍN se enriqueció al adquirir varias propiedades"*, pero *"no dicen si los concubinos además de haberse determinado a convivir juntos hayan convenido expresa o tácitamente a conformar una sociedad, tampoco enteran de cuales bienes específicamente decidieron aportar"*

a la supuesta compañía ni de su intención y forma de repartirse las utilidades”

Concluye que su silencio sobre esos aspectos impide tenerlos como prueba de la sociedad alegada y que *“mal puede entender el Tribunal que por el hecho de trabajar juntos y que alguno de los concubinos haya adquirido bienes sea tenido como hecho indicativo de un pacto societario porque ello sería tanto como admitir una sociedad a título universal entre quienes no son cónyuges lo que está proscrito por la ley”*.

Sostiene que si individualmente y en conjunto todas las pruebas callan sobre los mencionados elementos, el Tribunal incurrió en ostensible error de hecho al tener por acreditada la existencia de la sociedad conformada por los señores Losada Urriago. Solicita por tanto que se acoja el cargo y casado el fallo, *“como juzgadores de instancia hagan los pronunciamientos que sean consecuentes con los cargos que prosperen”*.

CONSIDERACIONES

Desde su sentencia del 30 de noviembre de 1935, ha venido comulgando la Corte con la tesis de la conformación de sociedades patrimoniales de hecho entre concubinos. En ese sentido, reiteradamente ha sostenido que

si bien el concubinato no crea, por sí, una sociedad de la apuntada naturaleza, nada se opone a que al lado de la relación personal extramatrimonial, la pareja coordine sus esfuerzos en un proyecto productivo que desarrollado en pie de igualdad les reporte dividendos comunes, o cuyas pérdidas, si las hay, decidan asumir a la par, gestión de la cual ha juzgado viable inducir el propósito de asociarse, en el cual tiene germen la sociedad que en esa forma habría surgido de los hechos, desde luego, con la conjunción de los restantes elementos indispensables para la conformación de todo ente social.

Aunque desde sus albores la doctrina elaborada por la Corporación reclamaba deslindar las actividades inmanentes a la vida familiar, de las del proyecto económico que con fines lucrativos emprendieran y desarrollaran los concubinos, para evitar que sirviese de rodela para la incubación o promoción de una forma de relación de pareja que por darse al margen del nexo matrimonial no era bien vista a los ojos del legislador ni de la sociedad, no ha sido ajena la Corte a los cambios que frente a esa clase de unión han venido gestándose, tanto en el orden jurídico como social, que en la hora de ahora ha obtenido su reconocimiento como institución jurídica –Ley 54 de 1990- y como fuente de la familia –artículo 52 de la C. P.- de ahí que haya advertido que hoy por hoy *"no puede exigirse, en forma tan radical, para el reconocimiento de la unión 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. del 27 de junio de 2005).

2. De la actividad productiva que mancomunadamente desarrollaron José Joaquín Losada Bautista y María Emma Urriaga entre 1930 y 1960, lapso dentro del cual compartieron sus vidas sin estar unidos en matrimonio, y que tuvo por objeto la comercialización de productos, inicialmente en toldo instalado en la plaza del municipio de Rivera, y en tienda abierta en el mismo lugar, con el producido de la cual adquirieron algunos bienes de fortuna, que así no tuvieran gran significación económica, incrementaron su exiguo patrimonio inicial, infirió el *ad-quem* la conformación de la sociedad de facto cuya existencia declaró, apoyándose fundamentalmente en las versiones de José Avendaño, Julio Polanía Losada y José Antonio Perdomo.

Sin desconocer que la prueba testimonial referenciada, demuestra el ejercicio de una gestión económica conjunta, puesto que como el propio recurrente destaca, las exposiciones de los testigos son armónicas en

señalar que "*LOSADA y URRIBO convivieron como marido y mujer durante varios años, que vendían mercaderías en la plaza, que posteriormente tuvieron una tienda, que trabajaron juntos*", echa de menos en sus exposiciones la prueba de que "*además de haberse determinado a convivir juntos hayan convenido expresa o tácitamente a conformar una sociedad*", es decir, el *animus contrahendi societatis*, lo mismo que los bienes aportados a la supuesta compañía, y la intención y forma como se produciría el reparto de las utilidades entre los presuntos socios.

Reparos cuya sinrazón puede adelantarse, puesto que como quedó dicho, la *affectio societatis* puede deducirse de la sucesión de actos en desarrollo de los cuales la pareja lleva adelante un proyecto productivo, en forma paritaria y conjunta, que hacer que el recurrente no discute, y aunque se niega a ver que hubiere estado ordenado a la consecución de provecho mutuo, objetivo sin el cual, obviamente no podría haberse conformado la alegada sociedad por ausencia de uno de sus elementos estructurales, como es la participación de sus miembros en las utilidades o pérdidas que de la especulación resulten, cuando sostiene que quien se enriqueció fue José Joaquín, "*al adquirir varias propiedades*", alegación en la que sin duda va envuelta la idea de que esa actividad, aunque común, no estaba dirigida a aprovechar por igual a sus autores, porque en fin de cuentas sólo uno de ellos habría acrecentado su patrimonio, ese predicamento ningún análisis amerita, porque al

apartarse de la línea argumental del fallo, despojado está de poder infirmatorio.

Recuérdese que para el sentenciador fue claro que *"gracias a ese esfuerzo mancomunado lograron establecer bienes de fortuna que acrecentó José Joaquín después del matrimonio"*, es decir, que la gestión económica se encauzó hacia el común bienestar de la pareja, luego sólo demostrando que no fue atinada su percepción sobre el tema porque no los llevó a amasar un capital conjunto, podría echarse por tierra su conclusión al respecto, cometido al que no resulta útil la sola afirmación de una situación contraria a la verificada por el sentenciador, que es lo que aquí ocurre, puesto que el recurrente sólo dice veladamente que no hubo participación en las utilidades de la gestión, pero nada expresa que tienda a darle respaldo a ese argumento.

Y en lo que a los aportes concierne, cumple anotar que, para la formación de una sociedad de hecho, particularmente entre concubinos, no es imperioso, *"aportar capital o efectos de cualquier índole desde el momento justo de su iniciación, el cual no pocas veces es impreciso, sino que, conforme lo ha dicho esta Corporación, 'estas sociedades pueden comenzar con cero pesos, de la misma manera que los cónyuges en el régimen común quedan gobernados por una sociedad conyugal, la que puede carecer de todo capital en el momento en que se forma' (LXXXVII, pág. 501)"* (Cas.

Civ. del 4 de septiembre de 2000), reparo que por tanto resulta igualmente infundado.

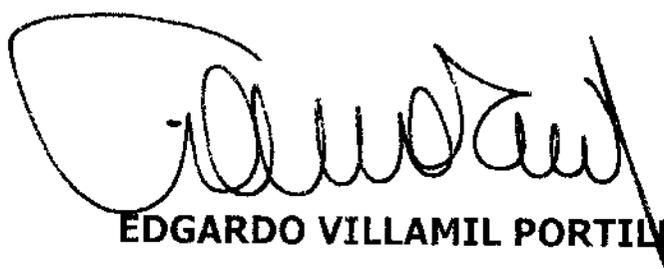
Por lo expuesto, no prospera el cargo.

DECISION

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 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, el 16 de septiembre de 2004, en el proceso instaurado por Gerardo Losada Urriago, quien obra para la sucesión de Maria Emma Urriago de Losada, contra José Joaquín Losada Bautista.

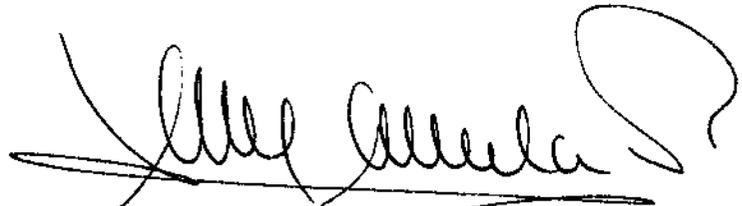
Costas del recurso a cargo de los recurrentes. Tásense oportunamente.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

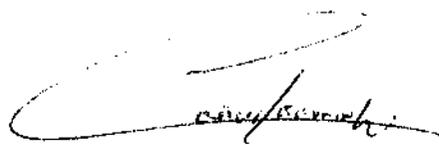


EDGARDO VILLAMIL PORTILLA

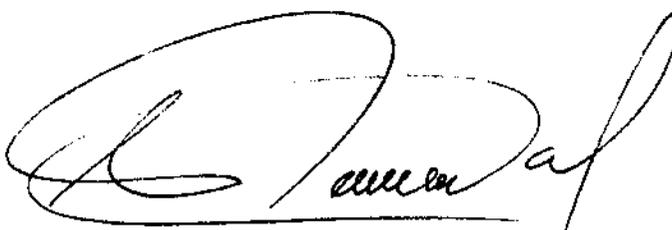
MANUEL ISIDRO ARDILA VELÁSQUEZ
(En permiso)



JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR



CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO



PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA

SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO
(En permiso)



CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE