



La legitimación en la causa del cónyuge para demandar los actos simulados de su pareja,
análisis desde la vigencia de la sociedad conyugal.

Autor

Juan Esteban Patiño Ciro

Universidad Pontificia Bolivariana – Sede Medellín

Maestría en Derecho

Director

Luis Felipe Vivares Porras

Medellín – Julio de 2021

Señores

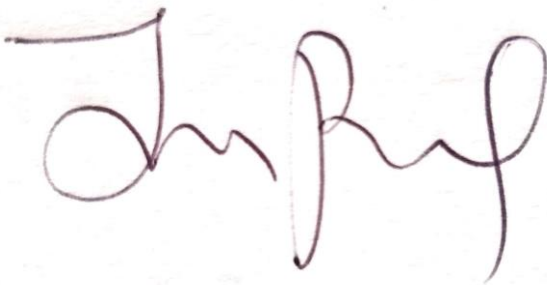
Universidad Pontificia Bolivariana

Sede - Medellín

Declaración de Originalidad

A través de la presente declaro que mi tesis denominada “*La legitimación en la causa del cónyuge para demandar los actos simulados de su pareja, análisis desde la vigencia de la sociedad conyugal.*”, no ha sido presentada para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o cualquier otra universidad.

Atentamente,



Juan Esteban Patiño Ciro

C.C. 1.037.618.844 de Envigado.

Tabla de contenido

Introducción	6
Capítulo I Nociones generales y preliminares	8
1.1 La sociedad conyugal	8
1.1.1 Definición, normatividad, inicio y composición.....	8
1.1.2 De la administración	9
1.1.3 La represión de la sociedad conyugal o su fin	11
1.2 La acción de simulación.....	13
1.2.1 Conceptos y definición	13
1.2.2 La legitimación en la causa (ordinaria).....	17
1.2.3 La legitimación en la causa (extraordinaria).....	20
1.2.4 Sobre el interés para obrar	22
Capítulo II La legitimación en la causa del cónyuge que demanda al otro en acción de simulación, una mirada desde la vigencia de la sociedad conyugal, explicación y análisis a la línea jurisprudencial tradicional dimanada de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia .	24
2.1 La legitimación en la causa del cónyuge que demanda al otro en acción de simulación, una mirada desde la vigencia de la sociedad conyugal, explicación y análisis a la línea jurisprudencial novedosa, también dimanada de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.....	26
Capítulo III La tutela subjetiva, igualdad material de los derechos y la defensa del patrimonio común, razones adicionales, citas y análisis desde dos sentencias de la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín y el Código Civil Español	33

Conclusiones	39
Referencias.....	42

Resumen

Luego de definirse aspectos generales y preliminares (tales como: sociedad conyugal, acción de simulación y la legitimación en la causa), se explica en qué consisten las dos (2) líneas jurisprudenciales de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en relación al título de este trabajo, destacándose aquella considerada como la adecuada -para el autor- a partir del concepto constitucional de familia y el progreso jurídico que debe darse de cara a la protección y conservación del patrimonio común, lo que se refuerza con la mención de dos (2) sentencias de la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín y el Código Civil Español (1889), que demuestran la posibilidad que tiene el cónyuge, aun estando vigente la sociedad conyugal, de demandar en acción de simulación a su pareja, ello en busca de la reconstitución de la propiedad familiar.

Palabras clave: simulación, legitimación, sociedad conyugal, administración, jurisprudencia, familia.

Introducción

En este trabajo se pretende constatar el lío procesal al que se enfrenta el cónyuge que, en vigencia de la sociedad conyugal, quiere demandar al otro en acción de simulación, pues desde hace más de ochenta (80) años ha existido una línea jurisprudencial en la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia que sostiene que en tales circunstancias existe falta de legitimación en la causa por activa, debiéndose pretender, preliminarmente, la disolución del régimen económico o el divorcio. Tal postura la he denominado la *tradicional*, y en relación a ella abordo principalmente las sentencias del 8 de junio de 1.967 y 30 de noviembre de 2.011 M.P.: Flavio Cabrera Dussán y Arturo Solarte Rodríguez, respectivamente.

Seguidamente, por ser inédita y contradictoria examinaré la otra postura dimanada de igual órgano jurisdiccional, aquella que apunta al hecho contrario, esto es, a la posibilidad que tiene el casado de acudir a la administración de justicia, aun sin disolver su sociedad conyugal, pretendiendo salvaguardar el patrimonio familiar, evitando los actos fraudulentos de su pareja, lo que constituye la relevancia y pertinencia dado el progreso jurisprudencial y la fresca realidad procesal en la materia.

Esta última resulta ser la tesis *novedosa*, de donde considero surge la tutela subjetiva, la igualdad material de los derechos y la defensa del patrimonio común. Tal categoría de análisis se apoya y delimita en las providencias SC3864-2015 y SC5233 de 2019, M.P.: Ariel Salazar Ramírez y Fernando Giraldo Gutiérrez, correspondientemente.

Comprende además el Código Civil Español (1889) en sus artículos 1320, 1322, 1375, 1377, 1385, 1416, 1433, 1434, 1435, 1439, 1475; y, dos pronunciamientos de la Sala

Civil del Tribunal Superior de Medellín, uno del 26 de julio de 2018, M.P: Piedad Cecilia Vélez Gaviria; y, otro del 25 de febrero de 2020, M.P: José Omar Bohórquez Vidueñas.

Y es que surge la necesidad de desnudar dos interpretaciones que tienen un mismo origen pero resultan contradictorias, siendo que mentadas providencias resultan convenientes y relevantes, ya que explican las teorías y ayudan al lector a entender un estado del arte que deriva de la Ley 28 de 1.932.

Eso sí, desarrollando tales categorías no se puede dejar a un lado la base teórica que presentan diferentes doctrinantes, entre ellos, Martín Agudelo Ramírez; Álvaro Ordoñez; Jairo Parra Quijano; Hernando Devis Echandía; Francesco Carnelutti; y, artículos de revista. Ello resulta ser la fuente secundaria que sustenta la investigación, de donde me sirvo no solo para definir nociones básicas y necesarias para entender la idea central del texto , sino también para afrontar el tema investigado.

Finalmente, dígase que no se trata de una propuesta *lege ferenda*, sino de una investigación dogmática y *de lege data*, y que su resultado –conclusiones- permite ahondar sobre el tema y generar interés, fíjese que el matrimonio y los problemas económicos que de él surgen, son cotidianos, por ende, la relevancia se proyecta social, académica y jurídicamente, he ahí la motivación, siendo el tema objeto de investigación un problema vigente.

Capítulo I

Nociones generales y preliminares

1.1 La sociedad conyugal

1.1.1 Definición, normatividad, inicio y composición.

La sociedad conyugal es el régimen económico del contrato de matrimonio, y según el artículo 1.774 del Código Civil Colombiano (Ley 57, 1887), se presume constituida por el mero hecho del casamiento, pues según la Corte Suprema de Justicia (Sentencia SC5233, 2019), se ha entendido que el fin de la unión entre dos personas no es solo la creación de una comunidad de vida y auxilio mutuo, sino que también comporta una connotación patrimonial.

En el mentado Código Civil –en lo sucesivo C.C.- está regulada dicha sociedad, ahí es definida como una “sociedad de bienes”. Para Suarez. (citado en Mendoza, 2019), la sociedad conyugal es un régimen de bienes “que regla las relaciones patrimoniales que surgen entre los esposos o de estos frente a los terceros, con causa o con ocasión de la celebración del matrimonio” (pp. 36-37).

El artículo 1.781 de la normatividad civil citada indica qué compone la sociedad conyugal, lo que Valencia (1988) resume y explica, sosteniendo que esa comunidad de bienes está compuesta por todo lo que responde al concepto de gananciales, esto es, las ganancias o rendimientos que produce el trabajo o un capital, de ahí que en su haber están: (i) los salarios devengados durante el matrimonio; (ii) los provechos de los patrimonios propios o sociales; (iii) el dinero que cada cónyuge aporte al matrimonio, o adquirieron en él, obligándose la sociedad a la restitución; (iv) los bienes muebles que los cónyuges

aportaron al matrimonio o que en él adquirieron, quedando la sociedad obligada a restituir su valor según el que tenían cuando se aportaron o se adquirieron; (v) los bienes que los cónyuges adquirieron en el matrimonio a título oneroso; y, (vi) los bienes raíces que la mujer aportó al matrimonio, apreciados para que la sociedad los restituya en dinero.

Según los artículos 1783 y 1792 del C.C. están exceptuados de la sociedad conyugal los bienes que los cónyuges tengan al momento de casarse, también llamados propios; los que adquieran en la sociedad a título gratuito; el inmueble propio subrogado a otro igual; los aumentos materiales y que forman un mismo cuerpo por aluvión, edificación, plantación o cualquiera otra causa; y, los adquiridos una vez disuelta la sociedad.

1.1.2 De la administración

La administración de esa comunidad de bienes ha tenido dos momentos en la historia y normatividad colombiana, para efectos prácticos lo llamaré el antes y después de la Ley 28 de 1932.

En lo que tiene que ver con “el antes”, que correspondía a la sociedad conyugal antigua, la administración competía exclusivamente al marido, pues para ese tiempo según el derogado artículo 1805 del C.C., aquel era el “jefe de la sociedad conyugal”, mientras que la mujer no tenía derecho alguno sobre los bienes sociales. Tal situación significaba que el esposo administraba sus bienes y los de su mujer, así como los sociales, formando durante la sociedad conyugal un solo patrimonio, por ende, en virtud del vencido artículo 1806 ejusdem, los acreedores del esposo podían perseguir todos los bienes, sin discriminar entre propios de él o su mujer, o los sociales.

Es decir, la mujer soltera y jurídicamente capaz, por el mero hecho del casamiento, perdía sus derechos civiles y económicos, según Gómez (2015), las mujeres “eran tratadas

igual que los menores de edad y los dementes” (p. 41), lo que a estas alturas resultaría discriminatorio, pero era una situación que normativamente estaba vigente y que según la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín, obedecía a razones económicas, sociales y políticas que para ese entonces hacían razonable sostener esa teoría (Exp. 05001 31 03 005 2013 00065 01, 2018).

No obstante, con la expedición de la Ley 28 de 1932 ese trato desproporcionado y desigual quedó aniquilado, en tanto que referida ley se instituyó para acabar la inferioridad y la subordinación que tenía la mujer casada con respecto a su marido, obteniendo una libertad que la colocó en igualdad de condiciones a la mujer soltera mayor de edad y del marido mismo.

Así surgió un segundo momento en la administración de los bienes propios y sociales que conforman la sociedad conyugal, pues a partir de la vigencia de la citada ley, se concedió a cada casado la libre administración y disposición de los bienes que le pertenezcan al momento de las nupcias –propios-, así como de los adquiridos o que adquiriera en vigencia de la sociedad –sociales-, eso sí, al momento de la disolución y liquidación de la comunidad cada quien dará cuenta considerando que la unión patrimonial inició desde la celebración del matrimonio, tal como se enseña en el artículo 1° de esa ley.

Debo agregar que el artículo 2° de igual norma explicó que, en cuanto a las deudas, cada cónyuge es responsable de lo suyo, salvo los créditos dirigidos a satisfacer necesidades domésticas y de educación para hijos comunes, en estos últimos casos los esposos responden solidariamente y proporcional ante terceros.

Así, en virtud de lo anterior, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que “después” de la Ley 28 de 1932, la sociedad conyugal tiene dos administradores con

autonomía propia, esto es, cada quien es director de los bienes aportados al matrimonio o adquiridos durante esa unión (Corte Suprema de Justicia de Colombia, 2006).

1.1.3 La represión de la sociedad conyugal o su fin

1.1.3.1 Las capitulaciones matrimoniales.

Recuérdese que con el hecho del matrimonio se crea no solo una comunidad de personas para ayuda y socorro mutuo; también, a falta de acuerdo escrito, nace la sociedad conyugal, la que como atrás se explicó refiere al régimen de bienes; no obstante, esta última es susceptible de ser descartada antes o después del casamiento.

De manera previa será a través de la capitulación matrimonial, en la que los contrayentes en ejercicio de la autonomía de su voluntad, regulan lo concerniente a los bienes aportados al matrimonio, así como si existe renuncia o no a los gananciales que resulten, o en otros casos, la eliminación de la sociedad. Sobre este punto, el artículo 1771 del C.C. indica:

Se conocen con el nombre de capitulaciones matrimoniales las convenciones que celebran los esposos antes de contraer matrimonio, relativas a los bienes que aportan a él, y a las donaciones y concesiones que se quieran hacer el uno al otro, de presente o futuro.

Para Valencia (1988), se trata de un “pacto matrimonial de bienes” en el que se requiere: (i) consentimiento, entendido este como la declaración de voluntad libre de vicios, error, dolo o violencia; (ii) capacidad, la que se rige por las mismas reglas de la capacidad para celebrar el matrimonio; y, (iii) solemnidad, pues se hace a través de escritura pública.

Debo precisar que las capitulaciones matrimoniales, según los artículos 1778 y 1779 del C. C., son irrevocables e inalterables, ni siquiera con el consentimiento de ambos cónyuges, de ahí la importancia de ese acto bilateral que resulta ser indefinido, pues su vigencia perdura tal cual lo haga el casamiento.

1.1.3.2 La separación de bienes.

Como viene de leerse, la sociedad conyugal puede eliminarse o regularse por voluntad de los contrayentes, donde si esto no se hizo previamente mediante la capitulación matrimonial, podrá efectuarse con posterioridad al matrimonio, es decir, los ya cónyuges pueden separar sus bienes sin divorciarse, ese resulta ser un derecho irrenunciable en los términos del artículo 198 del C.C..

Así las cosas, en virtud del artículo 200 ídem, cualquiera de los cónyuges puede demandar para la separación de bienes:

(i) “Por las mismas causas que autorizan la separación de cuerpos” (mutuo consentimiento y cuando exista una causal de divorcio tratada en el artículo 154 del C.C.); y, (ii) “Por haber incurrido el otro cónyuge en cesación de pagos, quiebra, oferta de cesión de bienes, insolvencia o concurso de acreedores, disipación o juego habitual, administración fraudulenta o notoriamente descuidada de su patrimonio en forma que menoscabe gravemente los intereses del demandante en la sociedad conyugal”.

Tal disociación de bienes puede darse de mutuo acuerdo notarialmente o a través de sentencia judicial, lo que una vez esté en firme, según lo dispone el artículo 203 del C.C. “ninguno de los cónyuges tendrá desde entonces parte alguna en los gananciales que resulten de la administración del otro”.

Valga anotar que la separación de bienes causa la disolución de la sociedad conyugal, pues pone fin a tal comunidad, siendo aquí pertinente mencionar los otros móviles de disolución que enlista el artículo 1820 del C.C., los cuales son: 1.) “Por la disolución del matrimonio” (divorcio, artículo 160 C.C.); 2.) “Por la separación judicial de cuerpos, salvo que fundándose en el mutuo consentimiento de los cónyuges y siendo temporal, ellos manifiesten su voluntad de mantenerla.” (artículo 167 C.C.); 3.) “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, y”; 4.) “Por mutuo acuerdo de los cónyuges elevado a escritura pública, en cuyo cuerpo se incorporará el inventario de bienes y deudas sociales y su liquidación.”.

1.2 La acción de simulación

1.2.1 Conceptos y definición

Para definir la acción de simulación separaré ambos conceptos, esto es, la “acción” y la “simulación”. Según Agudelo (2007) la acción es el derecho que tienen las personas de acudir al órgano jurisdiccional a fin de reclamar una sentencia, sea que se tenga o no la razón, no por nada la describe como “un derecho que corresponde no sólo al titular del derecho material, sino a cualquier persona que se afirme como legitimada para participar en el proceso” (p. 158).

Para Couture (1.958) “Mediante la acción se cumple la jurisdicción, vale decir, se realiza efectivamente el derecho, ya que, por tradicional principio que rige en materia civil, la jurisdicción no actúa sin la iniciativa individual [...]” (p. 58); entonces, la acción implica

que un sujeto activo se exprese para provocar reacciones de un sujeto pasivo (a quien se le atribuye la acción u omisión transgresora del derecho subjetivo), así como de un juez director supraordenado, quien a través de un juicio declarativo, ejecutivo o cautelar, resolverá la pretensión, de ahí que Briseño (1995, citado en Agudelo, 2007) explica que; “Este sentido jurídico de acción permite hablar de una proyectividad, pues la dirección del acto provocatorio lleva hasta un tercer sujeto, de manera que resultan finalmente vinculado tres: accionante, juez y reaccionante [...]” (p. 160).

Debo precisar que la acción, civilmente hablando, está íntimamente relacionada con el artículo 8° del Código General del Proceso –en lo sucesivo C. G. del P.-, el que dice que; “Los procesos solo podrán iniciarse a petición de parte, salvo los que la ley autoriza promover de oficio.”, lo que está atado a la tutela judicial efectiva y el acceso a la administración de justicia, esta última definida la Corte Constitucional Colombiana como:

[L]a posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes”. Este derecho constituye un pilar fundamental del Estado Social de Derecho y un derecho fundamental de aplicación inmediata, que forma parte del núcleo esencial del debido proceso.

(Sentencia C-279, 2013)

Así pues, la acción es una actividad jurídica, autónoma y subjetiva, cuyo objeto es la sentencia sin importar su sentido. Para Devis (1966), la acción implica jurisdicción, la que debe ser entendida en dos aspectos, uno, como un derecho público a cargo del Estado,

y dos, como una obligación de ese mismo órgano de prestar su jurisdicción a los ciudadanos que recurren ante él.

Entendido así ese concepto, veamos qué es la “simulación”. La misma está prevista en el artículo 1766 del C.C., donde contractualmente hablando se le tiene como un fenómeno jurídico aparente o ficticio, siendo que el término “simular”, según el Diccionario de la Lengua Española significa; “Representar algo, fingiendo o imitando lo que no es” (Real Academia Española, 2014, párr. 1).

Para la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, la simulación tiene dos acepciones, una, “hacer figurar una cosa distinta a como lo es en realidad”, y otra, “la de ocultar esa verdad”, lo que se hace mostrando una declaración de voluntad externa, existiendo otra interna, produciendo en últimas un convenio aparente (Sentencia SC5191-2020, 2020).

Entonces, la simulación:

[Se] caracteriza una divergencia intencional entre la declaración y el querer; supone el nacimiento simultáneo de dos actos, uno visible y otro invisible; el segundo suprime, adiciona, altera o modifica los efectos o la naturaleza del público [...]. La declaración ostensible, deliberadamente inconforme con el concurso real de las voluntades, va dirigida a producir en los demás una falsa figura de convenio. (Sentencia SC5191-2020, 2020)

La simulación contractual infiere un engaño para terceras personas, queriéndose mostrar por parte de los contratantes un negocio a través de una convención disfrazada, siendo que los efectos no son queridos u ocultan otras intenciones, por lo mismo, la simulación puede ser “absoluta” o “relativa”; en la primera, en el negocio jurídico no existe intención, solo es apariencia, es ausente la voluntad de las partes, pero se presenta una

imagen falsa a los terceros; en la segunda, el efecto perseguido es diferente del que se muestra. Al respecto, la Sala Civil de Casación citada ha sostenido:

“[L]a simulación es ‘absoluta’ cuando los intervinientes en el acto no tuvieron la intención o voluntad de concretar ningún acuerdo verdadero, tendiente a la producción de efectos jurídicos, de tal manera que el convenio mostrado solo es aparente, en tanto es ‘relativa’ en el evento de tener como objetivo o propósito los contratantes el de ocultar con la falsa declaración, un acuerdo genuinamente concluido, pero disfrazado ante terceros, ya sea en cuanto a su naturaleza, sus condiciones particulares o respecto de la identidad de las partes” (SC16608, 7 dic. 2015, rad. n.º 2001-00585-02, reitera el precedente SC 23 feb. 2006, rad. n.º 15508). (Sentencia SC2582-2020, 2020)

Para Mendoza. (2019) “la simulación requiere necesariamente de un acuerdo de dos o más personas para fingir jurídicamente un negocio (simulación absoluta) o algunos elementos de este (simulación relativa)” (p. 62); en todo caso, en uno y otro evento, para que se presente la simulación, es menester que se cumplan los siguientes elementos: primero, el acto ha de ser voluntario y querido por los contratantes; y, segundo, debe existir la intención de engañar.

Con lo dicho sobre la acción y la simulación contractual, ya puedo indicar que la **“acción de simulación”** es la posibilidad de acudir a la administración de justicia (Juez o Tribunal), pretendiendo a través de un juicio declarativo, evidenciar la real intención de las partes en un negocio jurídico. La Corte Constitucional entiende que esa acción busca:

[S]acar a flote la voluntad privada para que prevalezca sobre la externa que revela el acto público, sin perjuicio, desde luego, de terceras personas. Hay que demostrar o

probar aquella voluntad privada que es la que contiene la verdadera de las partes.

(Sentencia C-071, 2014)

De ahí que su propósito es; “resolver el estado de anomalía jurídica y descubrir el contenido real de la relación, oscurecido por la apariencia, descorriendo el velo de lo fingido” (Sentencia SC5191-2020, 2020).

1.2.2 La legitimación en la causa (ordinaria)

La noción de legitimación en la causa o *legitimatio ad causam* resulta ser un concepto de vital importancia en materia procesal, y aún más de cara a este trabajo, por lo mismo, relacionaré diferentes acepciones y autores.

Según Ordoñez (2017) la legitimación en la causa “indaga quiénes pueden ser parte en un proceso” (p. 153), estrictamente, quien puede ser beneficiario o condenado con la decisión final (sentencia). De manera que la legitimación en la causa está estrechamente relacionada con el derecho a que la jurisdicción resuelva de fondo los pedidos realizados al interior del pleito, debiéndose ser el titular del interés en el litigio o de la relación jurídica que se reclame.

Para el tratadista Devis (1966), la *legitimatio ad causam* busca saber cuándo el demandante tiene derecho a que se resuelva sobre sus pretensiones y cuándo el demandado es la persona frente a la cual debe pronunciarse esa decisión, así como si son estos dos los únicos que deben estar presentes para que la discusión sea resuelta, o si por el contrario existen otros que deben ser llamados a juicio.

Tal autor explica que tal concepto no refiere al derecho de ejercitar la acción (iniciar un proceso), así como tampoco al interés del demandado en defenderse de las pretensiones formuladas por activa, sino a la posibilidad que se decida en la sentencia que ponga fin al

proceso; “si existe o no el derecho material pretendido por el demandante y la correlativa obligación a cargo del demandado, o si debe declararse o constituirse la relación jurídico-material que se reclama.”; por lo que es necesaria la titularidad del derecho sustancial que se debate entre el demandante y demandado.

Por tanto, para ese tratadista, quien formula declaraciones dentro de un juicio debe tener un interés legítimo, serio y actual, pues existen pretensiones que pueden incoarse solo frente a unas personas.

El doctrinante italiano Giuseppe Chiovenda (1992, citado en Ospina, 2012), define tal concepto así:

Preferimos nuestra antigua denominación de legitimatio ad causam (legitimación para obrar): con ésta entiéndase la **identidad de la persona** del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva). (pp. 251-152. Negritas del autor)

Tal significado ha sido considerado jurisprudencialmente, y de él se ha dicho:

Para que esa pretensión sea acogida en la sentencia es menester, entre otros requisitos, que se haga valer por la persona en cuyo favor establece la ley sustancial el derecho que se reclama en la demanda, y frente a la persona respecto de la cual ese derecho puede ser reclamado. De donde se sigue que lo concerniente a la legitimación en la causa es cuestión propia del derecho sustancial y no del derecho procesal, razón por la cual su ausencia no constituye impedimento para desatar en el fondo el litigio sino motivo para decidirlo en forma adversa al actor. Si el demandante no es titular del derecho que reclama o el demandado no es persona obligada, el fallo ha de ser adverso a la pretensión de aquél, como acontece cuando

reivindica quien no es el dueño o cuando éste demanda a quien no es poseedor.

(Sentencia del 14 agosto de 1995, 1995)

Esa línea argumentativa y jurisprudencial sigue estable, siendo reiterada en la sentencia SC2642 del 10 de marzo de 2015, concluyéndose que la ausencia de la legitimación bien sea por pasiva o activa, conlleva a un fallo desfavorable al actor.

Siguiendo con las nociones sobre la legitimación en la causa, Quintero (2000, citada en Ordoñez, 2017), decía que: “nadie puede, en nombre propio, pretender o ser demandado a contradecir en proceso, resistir a una pretensión, sino por una relación, de la cual se atribuya o se le atribuya a él la subjetividad activa o pasiva” (p. 154).

En torno a la legitimación en la causa han surgido dos teorías, una, mira la legitimación en la causa desde lo sustancial o material, y la otra, la analiza desde lo formal o procesal¹.

Para el profesor Agudelo (2007) la legitimación en la causa trata sobre la facultad para participar eficazmente en un pleito hasta obtener sentencia de mérito, de ahí que “Hace referencia a la aptitud que han de tener los sujetos del proceso para pretender o para resistir, en interés personal (legitimado ordinario) o en interés ajeno (legitimado extraordinario)” (p. 318). Para tal autor, en la legitimación ordinaria deben coincidir las partes del proceso con

¹ La postura **sustancial o material** mira al demandante y demandado, ahí la carencia de legitimación en la causa no impide que se dicte sentencia de fondo, pero si trae como consecuencia la desestimación de lo pretendido. Ordoñez (2017) explica que la; “ausencia de legitimación en la causa, prevista como la no acreditación de la coincidencia de titularidades, no impedirá una sentencia que resuelva el mérito de lo reclamado por el pretendiente, solo que si no se acredita la coexistencia de titularidades (sustancial y procesal) la sentencia devendrá desestimatoria por carencia de legitimación en la causa, por cuanto, desde esta tesis, el instituto resulta necesario para cumplir con los presupuestos de la sentencia de mérito favorable” (p. 159). La teoría **formal o procesal** dice que la legitimación en la causa es requisito para dictar sentencia de fondo en cualquier sentido, por lo que una vez advertida su ausencia, el órgano jurisdiccional está inhibido para confrontar los hechos con las pruebas, impidiendo una decisión de mérito. Para el profesor Agudelo (2007) “si se adopta la posición formal de legitimación en la causa que se viene explicando, no se requiere confirmar la existencia de la coincidencia de titularidades para que se verifique la admisibilidad de la correspondiente pretensión. Cuando no se satisfaga el requisito de afirmación coincidente se genera un defecto formal que inhibe el pronunciamiento de fondo” (p. 318).

los sujetos de la relación material, lo que ha de verse en el examen final (sentencia), a la luz de las pruebas recaudadas.

1.2.3 La legitimación en la causa (extraordinaria)

En este tipo de legitimación no se tiene la titularidad del derecho sustancial o material, siendo cierto que la facultad directa de estar en el proceso y discutir sobre el derecho sustancial, en principio es de las partes, pero excepcionalmente, la podrían tener unos terceros. Se trata de un criterio permitido por el ordenamiento jurídico. Al respecto, el ya citado maestro Agudelo (2007) indica;

[Que] existen diversos motivos que posibilitan esta especie de legitimación: la existencia de un vínculo que se tenga con un conjunto de bienes, o en atención a que se es miembro de una determinada categoría legitimada o grupo, o a la necesidad de sustituir a un determinado sujeto en aras de obtener beneficios indirectos sobre una relación material aunque no sea la procesada, etc.

El profesor cita como ejemplos; los patrimonios autónomos, la legitimación por categorías y la sustitución procesal. (pp. 325-330)²

Para la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia la legitimación extraordinaria

² Tal autor explica que: **en cuanto a los patrimonios autónomos**, “son sujetos que se integran al proceso jurisdiccional como partes procesales legítimas, aunque no ostentan por sí la titularidad del derecho sustancial considerado en el proceso” (Agudelo, 2007, pp. 325-330), tal es el caso de los administradores patrimoniales como los herederos y administradores sucesorios, el albacea con tenencia de bienes, el administrador del concurso, el curador de bienes del que está por nacer, el secuestre, el síndico en el evento de la quiebra y el comunero que actúa en favor de la sociedad.

En la legitimación por categorías “se permite la actuación procesal en aquellos sujetos que se encuentran en una misma categoría pese a no ostentar en sus personas la titularidad del derecho sustancial” (Agudelo, 2007, pp. 325-330), considerando como ejemplo la posibilidad que tiene un cónyuge, una vez se haya disuelto la sociedad conyugal, sin haberse dado la liquidación y adjudicación respectiva, pueda pedir o reclamar algo por vía de pretensión procesal en la que se comprometa el referido bien. **Ya en la sustitución procesal**, que es la posibilidad que un sujeto actúe en el proceso en virtud de una norma autorizante, “defendiendo los derechos materiales de los que no ostenta titularidad alguna”, persiguiendo obtener indirectamente beneficios en los derechos que tiene frente a una de las partes, en los que corresponda a otra relación material.

[S]upone **“la titularidad parcial del interés en litigio, en razón de que su interés personal en la relación jurídica que debe ser objeto de la sentencia de la cual es sujeto otra persona** (el sustituido, deudor de la acción pauliana, por ejemplo), se encuentra vinculado al litigio”. (Devis, 1966, p. 301)

Esa figura **da lugar a la acción oblicua**, en la que el acreedor ejerce su derecho auxiliar de perseguir la satisfacción de su crédito, que el Código Civil autoriza en los artículos 862, 1295, 1441, 1445 y 1451 y 2026, y a ella aluden los preceptos 375 (num. 2) y 493 del Código General del Proceso, así como la Ley 791 de 2002 (arts. 1 y 2). El sustituto procesal -indica Rocco- al acudir a la jurisdicción ejerce “un derecho de acción propio, y por tanto, en nombre propio, que tiene por objeto una relación jurídica ajena”.

Los terceros a quienes la ley reconoce una legitimación extraordinaria -indicó el autor italiano- **“están autorizados para pretender en nombre propio la declaración de certeza o la realización coactiva de dichas relaciones jurídicas, conjunta o paralelamente, o con exclusión y en sustitución, de los verdaderos sujetos de las relaciones jurídicas sustanciales”**, de modo que «puede ocurrir que en ciertas y particulares relaciones jurídicas, cuando otro sujeto tenga un interés igual, o preeminente, en la realización de la relación sustancial, incluso frente al verdadero titular de ella, la ley procesal da el derecho de acción a dicho sujeto, precisamente en consideración a aquel interés”. (La Voz del Derecho, 2016, párr. 11-14)

Entonces, esta excepcional legitimación faculta a terceras personas para que actúen y ejerciten derechos ajenos e impropios, donde contrario a la legitimación ordinaria aquí no habrá coincidencia en la relación sustancial y procesal.

1.2.4 Sobre el interés para obrar

El mismo hace referencia al verdadero beneficio o provecho sustancial de las partes, pues no todo el que esté legitimado para actuar tendrá utilidad con la declaración proferida al final del pleito. La legitimación observa la posibilidad de acudir, mientras que el interés para actuar mira la necesidad de hacerlo.

En palabras de Carnelutti (1922) “el interés para obrar supone, por tanto, la legitimación, mientras ésta no implica el interés [...]” (p. 122). Por su parte, Devis (1966) lo define así:

La noción del interés para obrar se refiere al motivo jurídico particular que induce al demandante a reclamar la intervención del órgano jurisdiccional del Estado, a fin que mediante sentencia resuelva sobre las pretensiones invocadas en la demanda; al demandado, a contradecir esas pretensiones si no se halla conforme con ellas, y a los terceros, a que intervengan luego en el juicio a coadyuvar las pretensiones de aquel o de este. Debe ser un interés serio y actual.

Es decir, el *interés para obrar* hace referencia a la *causa subjetiva* que tiene el demandante para instaurar la demanda y el demandado para contradecirla. Por tanto, no se trata del interés que justifica la acción o el derecho de contradicción, el que, por su carácter general y público, es patrimonio de todas las personas naturales o jurídicas y tiene como meta la solución pacífica de los conflictos de particulares entre sí o de estos y el Estado. (p. 245)³

³ Sobre tal concepto la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia se pronunció así: “Ese interés debe ser: (i) *subjetivo*, pues está relacionado con la calidad de un sujeto determinado, es decir, quien tiene el móvil para demandar la tutela jurisdiccional de sus derechos; (ii) *serio*, lo que supone realizar «un juicio de utilidad, a fin de examinar si al acceder el juez a las declaraciones pedidas se otorga un beneficio material o moral al demandante, o un perjuicio material o moral al demandado», a lo que se añade que esa seriedad la da su pertenencia a la esfera jurídica protegida por el ordenamiento (no la cuantía del reclamo); (iii) *concreto*, de

Entonces, el interés es el móvil personal de la demanda y de su contestación, no por nada para Agudelo (2007):

No es suficiente considerar que se necesita una sentencia de fondo o de mérito, ya que se requiere expresar que se tiene un interés sustancial concreto, que en el caso del actor se concreta en perseguir un determinado beneficio amparado en una tutela concreta, y en el evento del opositor en enervar un posible perjuicio o acceder a otro beneficio en términos similares a los que está aspirando el pretendiente.(p. 320)

Debo precisar que con la presentación de la acción surge para el Estado la obligación de prestar su jurisdicción, ello a fin de definir la controversia que se le presenta, pero cosa distinta resulta ser el resultado, siendo requisito para la sentencia de fondo la consecución de los requisitos procesales y materiales, siendo la legitimación en la causa y el interés para obrar exigencias para decidir de mérito, más no para el ejercicio de la acción.⁴

modo que exista en cada evento determinado, y respecto de una relación jurídica específica; y (iv) *actual*, es decir, que subsista para el momento de concretarse la relación jurídica procesal” (Sentencia SC3598-2020, 2020).

⁴ Entendiendo **los requisitos procesales** como: la jurisdicción; competencia; capacidad para ser parte y para comparecer; demanda en forma; y, no caducidad de la acción; y, **los materiales**: la legitimación en la causa e interés para obrar.

Capítulo II

La legitimación en la causa del cónyuge que demanda al otro en acción de simulación, una mirada desde la vigencia de la sociedad conyugal, explicación y análisis a la línea jurisprudencial tradicional dimanada de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia

A estas alturas he definido conceptos básicos que trazan el camino para comprender el panorama de cara a la legitimación en la causa del cónyuge que demanda al otro en acción de simulación.

Ya vimos que el matrimonio comporta una comunidad de personas y de bienes, siendo esta última la sociedad conyugal, la que nace desde del casamiento sino se hacen capitulaciones en contrario; también quedó explicado qué compone esa sociedad económica y que desde la vigencia de la Ley 28 de 1932 ambos cónyuges son administradores.

De esa manera, como lo explica la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, quien posea la titularidad de bienes comunes “detenta la facultad para administrarlos y disponer de ellos con responsabilidad, pero al mismo tiempo representa los intereses del otro cónyuge y, por esa misma razón, tiene la obligación de responder por su gestión” (Sentencia SC5233, 2019), y es que la razón es simple, aunque el otro cónyuge no posea titularidad del derecho real de dominio, es socio en la comunidad de bienes, por lo que también se están representando los intereses del otro.

No obstante lo anterior, en vigencia de la sociedad conyugal, según la línea jurisprudencial tradicional, cuando un cónyuge quiere demandar en acción de simulación a su pareja que actuó en perjuicio de la comunidad o lesionando los intereses sociales, carece de legitimación en la causa por activa e interés para obrar.

Lo anterior obedece a la “libre administración” concedida por el artículo 1° de la Ley 28 de 1.932, siendo que una cosa es la formación de la sociedad conyugal, y otra muy distinta, la exigibilidad de los gananciales, pues esta última solo surge con la disolución de la comunidad de bienes sociales.

De lo anterior surge un interrogante lógico, y es por qué el cónyuge que no posee la titularidad del derecho real de dominio sobre un bien común, pero siendo socio en virtud de la sociedad conyugal, no puede ejercer la acción de simulación para proteger el patrimonio social y de la familia?

La respuesta, según la jurisprudencia tradicional es la siguiente:

Si esto es así, si cada cónyuge administra y dispone libremente de los bienes que adquiera durante el matrimonio y si solo cuando se disuelva la sociedad conyugal se considerará que ésta ha existido desde la celebración de aquel, 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 concede a cada uno de ellos para disponer libremente de los bienes que adquiera durante la unión matrimonial. (Sentencia del 8 de junio de 1967, 1967)

En la misma sentencia se explicó:

Por consiguiente, 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 le correspondan. (Sentencia del 8 de junio de 1967, 1967)

Tal postura ha sido reiterada en años⁵, siendo que tal restricción conlleva a que: “el contrato no puede quedar expuesto a que cualquier persona que tuviera conocimiento del acto, pudiera asistirle interés para hacer prevalecer la verdad” (Sentencia del 30 de noviembre de 2011, 2011).

Entonces, según esa línea tradicional, la legitimación para demandar en acción de simulación entre cónyuges, solo existe cuando se disuelve la sociedad conyugal, o por lo menos, cuando se inicie y notifique a la pareja del trámite –demanda- de separación de bienes o de divorcio.

Esa interpretación judicial resulta ser un obstáculo jurídico, pues es tanto como considerar que antes de la disolución no existe sociedad, y que la misma solo nace para morir, traduciéndose ello en una barrera imposible de superar para aquel que, en vigencia de la sociedad conyugal, pretende demandar buscando salvaguardar el patrimonio común.

2.1 La legitimación en la causa del cónyuge que demanda al otro en acción de simulación, una mirada desde la vigencia de la sociedad conyugal, explicación y análisis a la línea jurisprudencial novedosa, también dimanada de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia

Desde esta perspectiva se considera que la acción de simulación busca esencialmente la reconstitución y conservación de un patrimonio, por lo que la legitimación e interés surge para el cónyuge demandante aun sin ser el titular del derecho real de dominio, pues

⁵ Por ejemplo, véanse las sentencias: CSJ 07-09-1953 M.P. Manuel José Vargas; CSJ 04-10-1982 M.P. Alberto Ospina Botero; CSJ 15-09-1993 M.P. Hector Marín Naranjo; CSJ 17-12-1931 MP Tancredo Nannetti; CSJ 20-10-1937 M.P. Arturo Tapias Pilonieta; CSJ 20-11-1979 M.P. Germán Giraldo Zuluaga; y, CSJ 30-10-1998 M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

entender lo contrario, como lo dice el profesor Parra (1998) sería una deficiencia del derecho positivo colombiano, pues:

En ambas sociedades de bienes [hablando de la conyugal y patrimonial], cada socio aparece como propietario de los que están a su nombre, con pleno derecho de disposición (a menos que haya afectación a vivienda familiar). El otro cónyuge o compañero, aunque jurídicamente también le pertenece, en forma universal, ese bien, no es titular del derecho real de dominio. Eso implica que no se goce de los atributos que envuelve el derecho real, entre ellos la persecución. Por ello, ante una enajenación dolosa, fraudulenta o simulada, no se contemplan garantías ni recursos legales de protección para el perjudicado. Apenas se concede la acción simulatoria, pero ha exigido la jurisprudencia que el cónyuge -y se dirá del compañero algo similar- debe estar al menos en trance, por la proposición de una vía judicial que a ello conduzca, de disolver la sociedad conyugal -o la patrimonial, habrá que agregarse. (pp. 94-95)

Desde esta tesis se considera que quien posee la titularidad de derecho real de dominio está representando los intereses del otro, pues la autonomía en la administración de los bienes resulta ser una libertad que conlleva responsabilidades; y, en ningún caso, “puede entenderse como una licencia para defraudar o dilapidar el patrimonio de la familia” (Sentencia SC5233, 2019).

Por lo mismo, se consideraba que el recurso de legal de protección para que retorne un bien que ya salió del haber de la comunidad de bienes –en virtud de un negocio jurídico-, es la acción de simulación, la que como atrás se explicó no pretende la verificación de un vicio contractual, sino escudriñar sobre la verdadera voluntad de los participantes, quienes

ocultan la real intención en un acto aparente que conlleva un perjuicio cierto y actual para terceros de esa relación (Sentencia SC3864-2015, 2015).

Esa resulta ser la otra postura jurisprudencial que critica a la que alude a la falta de legitimación en la causa por activa, pues se considera que la legitimación por activa surge con “la venta fraudulenta o con la simulación de la venta del bien social”. En efecto, se ha dicho que:

Tanto no es cierto que la legitimación surge con la notificación de la demanda de divorcio o de separación de bienes, que la misma providencia reconoció que ese acto está sometido a múltiples contingencias como son el retiro de la demanda o su inadmisión por ineptitud formal; y tales circunstancias en modo alguno inciden en el quebranto del interés jurídico del demandante, que se produjo con la distracción u ocultamiento del bien social.

No es verdad que la vulneración del interés jurídico surge para el cónyuge defraudado con la notificación de la demanda de divorcio o de separación de bienes, pues el quebranto de su derecho se da objetivamente con la venta fraudulenta o con la simulación de la venta del bien social, y ello no es un “motivo frágil y deleznable”, sino un hecho concluyente, como que con él se produce el daño material, real y efectivo del patrimonio social. (Sentencia SC5233, 2019)

En ídem sentencia se explica que una cosa resulta ser el inicio y formación de la sociedad de bienes, y otra, el momento en el cual se puede exigir la cuota de gananciales, veamos:

[...] carece de soporte jurídico afirmar 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.

Es por eso que todo lo que ocurra con las asignaciones que corresponderían a cada uno de los cónyuges, desde que inicia la vigencia de la sociedad conyugal hasta su liquidación, confiere interés jurídico para obrar al contrayente afectado o defraudado con la desaparición de los bienes comunes, para que busque hacer prevalecer la verdadera conformación del haber social.

No puede confundirse 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 nazca con el matrimonio, empezándose a conformar un 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.”

“(…) 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 contrayente que los detenta a su nombre ejerce tanto su facultad de disposición como la representación de los intereses del otro, por lo que tiene la obligación de responderle, en su momento, por la gestión que adelantó por separado.

Y no es atinado sostener que, como consecuencia de la disolución, se produce automáticamente una transferencia del dominio a la “sociedad conyugal” de los efectos que la integran, puesto que lo que surge es una obligación recíproca de conservar el statu quo respecto de los bienes involucrados en la repartición, pero conservando la libertad de disponer de los que le son ajenos.

El que al momento de la liquidación se entienda “que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio”, es sustancialmente distinto a considerar que sólo cuando se dan los presupuestos para llevarla a cabo, esta surge a la vida para extinguirse.

La sociedad conyugal nace con el matrimonio y permanece con él, y desde ese momento se crea el patrimonio común. Por ello, el cónyuge que no tiene la libre disposición y administración de un bien ganancial está legitimado y le asiste interés para reclamar la protección del patrimonio de la sociedad por medio de las acciones judiciales correspondientes, cuando su derecho ha sido vulnerado o se ha visto inminentemente amenazado». (CSJ SC16280-2016 del 18 de noviembre de 2016, rad. 73268-31-84-002-2001-00233-01).

Queda claro, entonces, que el cónyuge defraudado tiene interés en demandar la simulación desde el momento mismo en que se produce la violación del bien jurídico que pertenece a la sociedad; y está legitimado para pedir a nombre de ésta desde aquel instante, pues el quebrantamiento del interés jurídico acontece con la actuación fraudulenta del cónyuge administrador que obró con dolo o mala fe, sin que sea dable afirmar que la sociedad “sólo nace cuando se disuelve”, porque ello comporta una contradicción en los términos, que no puede resolverse bajo el ropaje de una “ficción”. (Sentencia SC5233, 2019)

Tal análisis –para este autor- resulta acertado, en la medida que existen personas no celebrantes del negocio jurídico, pero no extrañas a él, que pueden ser alcanzadas de manera no positiva con sus efectos, postura que ha tomado fuerza en la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, veamos:

Mas para que en el actor surja el interés que lo habilite para demandar la simulación, es necesario que sea actualmente titular de un derecho cuyo ejercicio se halle impedido o perturbado por el acto ostensible, y que la conservación de ese acto le cause un perjuicio’ (G.J. tomo CXIX, pág. 149). [...] En razón de la naturaleza de la acción simulatoria puede decirse entonces que podrá demandar la simulación quien tenga interés jurídico en ella, interés que ‘debe analizarse y deducirse para cada caso especial sobre las circunstancias y modalidades de la relación procesal que se trate, porque es ésta un conflicto de intereses jurídicamente regulado y no pudiendo haber interés sin interesado, se impone la consideración personal del actor, su posición jurídica, para poder determinar, singularizándolo con respecto a él, el interés que legitima su acción’ (G.J. tomo LXXIII, pág. 212)” (Sentencia del 30 de noviembre de 2011, 2011)

Igualmente;

En ese orden de ideas, tiene dicho la Sala que la facultad para ejercitar la aludida acción no lo ostenta cualquier persona, sino aquel que exhiba “un interés jurídico, serio y actual, que no es otra cosa que la titularidad de un derecho cierto cuyo ejercicio se halle impedido o perturbado por el acto ostensible, que por ser fingido su declaración de simulación se reclama (G.J. CXCVI, 2° semestre, pág. 23). De manera, que en términos generales el interés se pregona de las propias partes; de los terceros que por fungir de acreedores de los contratantes eventualmente se ven

lesionados, y del cónyuge, respecto de los actos jurídicos celebrados por el otro, bajo las pautas, desde luego, del régimen económico del matrimonio, previsto por la ley 28 de 1932...” (CSJ SC de 5 de septiembre de 2001, Rad. 5868). (Sentencia SC3864-2015, 2015)

A manera de conclusión, esta línea jurisprudencial, permite actuar al cónyuge para demostrar un perjuicio, siendo que desde la mera pretensión de extinguir o modificar un estado jurídico que aparentemente es simulado, evidencia la legitimación e interés, pues con lo perseguido traerá consecuencias favorables, no para el demandante, sino para la conservación de un patrimonio común de la familia.

Capítulo III

La tutela subjetiva, igualdad material de los derechos y la defensa del patrimonio común, razones adicionales, citas y análisis desde dos sentencias de la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín y el Código Civil Español

Así pues, la posibilidad del casado de acudir a la administración de justicia en acción de simulación, aun estando en vigencia la sociedad conyugal, y saber que la misma no será despachada por falta de legitimación en la causa por activa, sino que existirá la oportunidad de demostrar los dichos de la demanda a fin de obtener una sentencia favorable, se traduce en una tutela judicial efectiva, en donde el derecho subjetivo del cónyuge no titular del derecho real de dominio podrá ser protegido.

Y no estoy diciendo que siempre la acción de simulación entre cónyuges debe prosperar, pero sí debe darse el debate de cara a los hechos de la demanda, las pruebas arrojadas y recaudadas, sin que *ab initio* se piense que existe una falta de legitimación en la causa por activa.

Debo agregar que de la interpretación del artículo 1° de la precitada Ley 28 de 1932, y que de hecho no ha sido considerado en las sentencias que refieren a la “nueva postura”, no se advierte la existencia de un impedimento para que se ejerzan acciones para reconstituir y/o recuperar los bienes que hacen parte de la sociedad conyugal, si bien es cierto que se habla de la libre administración y que al momento de la disolución se considerará que la sociedad conyugal está desde el matrimonio, también lo es que no está expresamente prohibida la demanda de simulación entre cónyuges, siendo que la falta de legitimación en la causa ha sido una construcción jurisprudencial, por lo que la hermenéutica actual debe apuntar a un avance importante, tal como sucedió con la

expedición de esa ley, pues es claro que los tiempos cambian, debiéndose reconsiderar situaciones, condiciones e interpretaciones normativas, no vaya ser que se atente contra derechos recién reconocidos y/o la realidad social y procesal.

Y que no se diga que la solución de todo la trae el artículo 1824 del C.C.⁶, en tanto que contempla una sanción para el cónyuge que oculte bienes de la sociedad conyugal, por la potísima razón que el mismo es aplicable al momento de la liquidación pertinente, lo que difiere absolutamente de lo aquí presentado, que alude a la acción de simulación ejercida en vigencia de la comunidad de bienes y respecto a bienes conocidos, por lo mismo, se trata de supuestos diferentes.

A manera de ejemplo, reforzando la idea sobre la posibilidad del cónyuge para demandar en simulación en vigencia de la sociedad conyugal, es necesario considerar el Código Civil Español (1889), el cual en sus artículos 1320, 1322, 1375,1377, 1385, 1416, 1433, 1434, 1435, 1439, 1475, entre otros, se refiere sobre el tema en cuestión.

En tal normatividad se consagra que la administración de los bienes gananciales incumbe a los cónyuges “conjuntamente”, siendo que para realizar actos de disposición a título oneroso sobre bienes comunes, se requiere el consentimiento de ambos, donde “Si uno lo negare o estuviere impedido para prestarlo, podrá el Juez autorizar uno o varios actos dispositivos cuando lo considere de interés para la familia” (Código Civil Español, art. 1377, 1889em). Entonces, fíjese que el interés de la familia es la prioridad y el fin, haciéndose proteger el patrimonio común, y en caso de controversia, será el juez quien

⁶ Tal artículo dice así: “ARTICULO 1824. OCULTAMIENTO DE BIENES DE LA SOCIEDAD. Aquel 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.”

defina la situación, eso sí, atendiendo a la primacía familiar, la que en múltiples casos, resguarda el interés superior de los hijos menores de edad.

El artículo 1375 de dicha normatividad trata la “libre administración”, estando limitada al consentimiento del otro cónyuge, pues los artículos 1385 y 1416 de ese Código Civil Español indican que; “cualquiera de los cónyuges puede ejercitar en defensa de los bienes y derechos comunes por vía de acción o de excepción” o pedir “la terminación del régimen de participación cuando la irregular administración del otro comprometa gravemente sus intereses”.

Es decir, en España los casados, en plena vigencia de la sociedad conyugal pueden actuar para defender lo que es común, lo que no es de poca monta, pues en los términos del artículo 1433 ibídem es posible impugnar los actos que se hagan sin el consentimiento de la pareja.

Dichas situaciones pueden entenderse como garantías entre los cónyuges a fin de respetar lo que es común e interesa a la familia; sin embargo, no ha sido considerado en Colombia, lo que podría ser un rezago al respecto, siendo que se puede avanzar, pues en todo caso, del artículo 42 de la Constitución Política Colombiana se extrae que “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”, por lo que es deber del Estado garantizar su protección integral.

Otro punto a considerar a favor de la tesis que aquí se expone, es que la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín ya se ha pronunciado apartándose de la posición tradicional de la Sala Civil de la Corte Suprema Justicia, tal es el caso de las sentencias proferidas por los Magistrados José Omar Bohórquez Vidueñas (Sentencia del 25 de febrero de 2020, 2020) y Piedad Cecilia Vélez Gaviria (Sentencia del 26 de julio de 2018, 2018), siendo que en ambos eventos hubo pronunciamientos en favor del casado que

demandó en acción de simulación a su pareja, aun estando vigente la sociedad conyugal, donde a partir de indicios quedó demostrado que hubo disposición fraudulenta de los bienes sociales en detrimento de los intereses del otro. Por ejemplo, en la sentencia del 26 de julio de 2018 la Magistrada Vélez Gaviria señaló:

[Que] siendo así las cosas, para esta Sala resulta claro que, por el hecho del matrimonio, el cónyuge no adquiere una mera expectativa sino un verdadero derecho, un derecho de socio, que no es incompatible con el régimen de la libre administración y disposición de bienes previsto por el artículo 1° de la ley 28 de 1932, pero que tampoco tiene vedado el ejercicio de acciones para protegerlo, pues no puede haber derechos sin acciones que los protejan.

[...] Ese interés, además, no es incompatible y antes bien puede acompasarse con la plena vigencia de la sociedad conyugal. Bien entendible resulta para la Sala que un cónyuge queriendo mantener su status de tal, se preocupe por la distracción fraudulenta, por los fingidos actos de disposición que el otro realice puesto que si la “disposición” es fingida, saldrá del patrimonio común el bien de que se trate sin que nada ingrese a cambio a esa sociedad patrimonial, en perjuicio incluso no sólo del cónyuge que ejerce la acción reconstitutiva que se comenta, sino también de quien fingió el acto atacado.

Partiendo de allí, de que siempre existe sociedad patrimonial entre los cónyuges, refulge la idea de que asiste interés al cónyuge para demandar los actos fraudulentos de su pareja, puesto que la ley 28 de 1932 permite la libre administración y disposición de los bienes, pero una verdadera disposición, que no una simulada con cuyo perfeccionamiento se busque la defraudación de los intereses ajenos.

Ahora, si bien el cónyuge puede disponer de sus bienes, ora enajenándolos, ya donándolos o permutándolos, ello implica que esos negocios deben ser reales y verdaderamente dispositivos del derecho de dominio. La razón para sostener esa afirmación es simple, y consiste en que si uno de los cónyuges dispone verdadera y no fraudulentamente de los bienes, el producto de esa disposición (sea dinero u otro bien en el caso de la permuta) entraría a formar parte del activo patrimonial de los cónyuges o compañeros para beneficio de ambos. Salvo pues, por lógica, el caso de la donación que nada de oneroso reportaría a ninguno de ellos, por ser un contrato gratuito y que en todo caso cada cónyuge tiene autorizado celebrar por permisión de las normas ya analizadas.

De ahí que el interés legitimante del cónyuge se circunscriba únicamente, para este preciso caso, a la posibilidad de demandar los actos simulados de su pareja por cuanto ve vulnerados sus derechos como eventual beneficiario de una liquidación, o porque sencillamente con ellos puede disminuirse el patrimonio social que quiere conservar estando del matrimonio o la unión.

[...] Debiendo entonces entenderse que el cónyuge defraudado tiene derecho a exigir, por medio en este caso de la acción de simulación, que cualquier acto contrario a la buena fe ejecutado por su pareja salga a la luz en su verdadera intención, de cara a que produzca los efectos que debió producir si se hubiera actuado dentro de los postulados de la buena fe. En palabras concretas, le asiste interés para que el Juez declare que en realidad no hubo compraventa sino donación por ejemplo o, si es necesario en determinado escenario, que no existió ningún negocio. (Sentencia del 26 de julio de 2018, 2018)

Lo anterior da cuenta de no solo de la existencia de la llamada postura novedosa, sino también de su aplicación en escenarios judiciales, no siendo necesario para demandar en simulación al cónyuge, preliminarmente, disolver la sociedad económica del matrimonio, pues según viene de leerse, es válido actuar prontamente para la recuperación de los bienes extraídos de la sociedad común con intención de engañar y/o defraudar, lo que en últimas se traduce en la protección del patrimonio familiar.

Conclusiones

La postura novedosa protege el patrimonio común e impide defraudar los intereses del otro cónyuge y los bienes sociales, además:

- En la misma línea que en su momento presentó la Ley de 28 de 1932, el avance jurisprudencial resguarda a la mujer en una sociedad machista, en donde en múltiples casos ella está al cuidado de los hijos y al tanto del hogar, siendo ese su aporte.
- Corresponde a un avance jurisprudencial que seguramente podrá ser o dará inicios a la regulación del tema por medio de una ley, pues en todo caso el asunto va de la mano con el acceso mismo a la administración de justicia (artículo 229 de la Constitución Política) y la misma tutela judicial efectiva.
- Avanza en la conservación del patrimonio común, afianzado y cuidando la familia como núcleo central de la sociedad (Constitución Política de Colombia, art. 42, 1991), dejando claro que existe igualdad de derechos y deberes en la unión.
- Evidencia que no es necesario, preliminarmente, disolver la sociedad conyugal, con lo que se gana tiempo y esfuerzo en aras de demandar para la protección del patrimonio familiar.
- Protege al cónyuge no titular del derecho real de dominio, pero que en virtud del casamiento y por la conformación de la sociedad conyugal, tiene interés en las transacciones que puedan ocasionarle un daño.
- Deja claro su aplicabilidad, pues ya existen pronunciamientos a nivel regional (Tribunal Superior de Medellín – Sala Civil) los cuales dan cuenta no solo de su

existencia, sino también de su aporte a partir de principios constitucionales y inédita interpretación de la Ley 28 de 1932.

- Resulta ser un tema jurídico actual, pertinente y de interés para múltiples personas, de ahí su proyección social, académica y jurídica.
- Considera que los tiempos cambian, debiéndose reconsiderar situaciones y condiciones, así como la hermenéutica de leyes, derechos y deberes, no sea que posiciones indefinidas atenten contra derechos recién reconocidos y/o realidades sociales y procesales.
- Implica no cercenar la libre administración de bienes que trajo la Ley 28 de 1.932, sino que el cónyuge titular de los bienes sociales sea cuidadoso y propenda por la conservación del caudal económico mutuo, de ahí que esa *novedosa* postura pueda entenderse con efectos preventivos, convirtiendo la expectativa del otro en una verdadera tutela subjetiva del derecho.
- Dada su estrecha relación con la acción, la legitimación en la causa, el interés para obrar y la carga de la prueba (art. 167 del C.G. del P.), permite ejercer el derecho a probar, siendo que aun estando vigente la sociedad conyugal, se puede demostrar las disposiciones fraudulentas de los bienes sociales en detrimento de los intereses del otro.
- Ratifica que la autonomía en la administración de los bienes es una libertad que conlleva responsabilidades, confirmando que la misma está limitada al interés de la familia, y no puede entenderse como una facultad o derecho para defraudar o engañar el patrimonio social.

- Asegura la connotación patrimonial del casamiento, reconociendo que la sociedad conyugal no nace para morir, brindando la posibilidad de atacar los actos engañosos del otro, sin necesidad de demandar la disolución del régimen o el divorcio mismo.
- Es garantía para que entre los cónyuges se respete lo que es común e interesa a la familia, pues una vez casados, esa la prioridad y fin.

Referencias

- Agudelo, M. (2007). *El proceso jurisdiccional* (2.^a ed.). Librería Jurídica Comlibros y Cia.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá, D.C., Colombia.
- Carnelutti, F. (1971). *Derecho procesal civil y penal*. Ediciones jurídicas.
- Congreso de la República de Colombia. (1887). Ley 57 del 26 de mayo de 1887. Diario Oficial No. 7.151. [Código Civil]. Bogotá, D.C., Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (1932). Ley 28 del 17 de agosto de 1932. Diario Oficial No. 22.139. [Sobre reformas civiles (Régimen Patrimonial en el Matrimonio)]. Bogotá, D.C., Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2013). Sentencia C-279 del 15 de mayo de 2013. *Sala Plena de la Corte Constitucional. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub*. Bogotá, D.C., Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. (2014). Sentencia C-071 del 3 de febrero de 2014. *Sala Plena de la Corte Constitucional. M.P.: Álvaro Tafur Galvis*. Bogotá, D.C., Colombia.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (1967). Sentencia del 8 de junio de 1967. *Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia. M.P.: Flavio Cabrera Dussán*. Bogotá, D.C., Colombia.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (1995). Sentencia del 14 agosto de 1995. Exp. 4268. *Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. M.P.: Nicolas Bechara Simancas*. Bogotá, D.C., Colombia.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2006). *Antología jurisprudencial. Tomo I*. Sigma Editores.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2011). Sentencia del 30 de noviembre de 2011. Exp. 05001-3103-005-2000-00229-01. *Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia. M.P.: Arturo Solarte Rodríguez*. Bogotá, D.C., Colombia.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2015). Sentencia SC3864-2015 del 7 de abril de 2015 . Exp. 0526631030022001-00509-01. *Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia. M.P.: Fernando Giraldo Gutiérrez*. Bogotá, D.C., Colombia.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2015). Sentencia SC2642 del 10 de marzo de 2015. *Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. M.P.: Jesús Vall de Rutén Ruiz*. Bogotá, D.C., Colombia.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2019). Sentencia SC5233 del 3 de diciembre de 2019. *Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. M.P.: Ariel Salazar Ramírez*. Bogotá, D.C., Colombia.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2020). Sentencia SC2582-2020 del 27 de julio de 2020. Exp. 68001-31-03-008-2008-00133-01. *Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. M.P.: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo*. Bogotá, D.C., Colombia.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2020). Sentencia SC3598-2020 del 23 de julio de 2020. Exp. 73001-31-03-006-2011-00139-01. *Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia. M.P.: Luis Alonso Rico Puerta*. Bogotá, D.C., Colombia.

- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2020). Sentencia SC5191-2020 del 18 de diciembre de 2020. Exp. 47001-31-03-005-2008-00001-01. *Sala de Casación Civil y Agraria. M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona*. Bogotá, D.C., Colombia.
- Cortes Generales Madrid. (1889). Real Decreto del 24 de julio de 1889. Boletín Oficial del Estado BOE-A-1889-4763. [Por el que se publica el Código Civil]. Madrid, España.
- Couture, E. J. (1958). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (3.ª ed.). Roque de Palma.
- Devis, H. (1966). *Nociones generales del Derecho Procesal Civil*. Aguilar.
- Gómez, P. M. (2015). Régimen patrimonial del matrimonio: contexto histórico que rodeó la promulgación de la Ley 28 de 1932. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 17(1), 41-76.
<http://dx.doi.org/10.12804/esj17.01.2014.02>
- La Voz del Derecho. (2016). *Diccionario jurídico. La diferencia entre la figura de la legitimación en la causa y el concepto jurídico denominado "interés para obrar"*.
Diccionario Jurídico: <https://lavozdelderecho.com/index.php/actualidad-2/corrupt-5/item/4642-diccionario-juridico-la-diferencia-entre-la-figura-de-la-legitimacion-en-la-causa-y-el-concepto-juridico-denominado-interes-para-obrar>
- Mendoza, L. N. (2019). *Interés jurídico del cónyuge en la acción de simulación de negocios jurídicos realizados por su consorte* [Tesis de maestría]. Tunja: Universidad Santo Tomás.
- Ordoñez, A. E. (2017). Sobre la legitimación en la causa. *Revista Ratio Juris*, 12(25), 151-164.
- Ospina, J. (2012). La legitimación en la causa y su aplicación en la acción de simulación incoada por compañeros permanentes en Colombia. *Estudios de Derecho*, 69(153), 245-266.

Parra, J. (1998). Sociedad conyugal y sociedad patrimonial. *Encuentro Iberoamericano de Derecho de Familia Comparado*, 90-131.

Real Academia Española. (2014). *Simular*. Diccionario de la lengua española:

<https://dle.rae.es/simular?m=form>

Tribunal Superior de Medellín. (2018). Exp. 05001 31 03 005 2013 00065 01 del 26 de julio de 2018. *Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín. M.P.: Piedad Cecilia Vélez Gaviria*. Medellín, Colombia.

Tribunal Superior de Medellín. (2018). Sentencia del 26 de julio de 2018. Radicado No. 05001 31 03 005 2013 00065 01. *Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín. M.P.: Piedad Cecilia Vélez Gaviria*. Medellín, Colombia.

Tribunal Superior de Medellín. (2020). Sentencia del 25 de febrero de 2020. Radicado No. 05001 31 03 009 2010 00102 06. *Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín. M.P.: José Omar Bohórquez Vidueñas*. Medellín, Colombia.

Valencia, A. (1988). *Derecho Civil. Tomo V. Derecho de familia* (6.ª ed.). Temis.