

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL

Magistrado Ponente
Pedro Octavio Munar Cadena

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de marzo de dos mil nueve
(2009).

Ref.: Exp.No. 11001 3103 001 2002 00079 01

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por LUIS ARIEL ÁVILA JIMÉNEZ contra la sentencia proferida el 29 de marzo de 2007 por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario que promovió frente a WILLIAM ERNESTO HOSMAN RODRÍGUEZ.

ANTECEDENTES

1. El actor solicitó que se declarara que conformó con el demandado una sociedad mercantil de hecho “derivada de la actividad desarrollada por ambos”, durante el lapso comprendido entre finales de 1984 y el 17 de abril de 2001, fecha en que se disolvió por voluntad de los socios, encontrándose en estado de liquidación; solicitó, igualmente, que se diera por sentado que la participación en las utilidades sociales es del 50% para cada uno, toda vez que no se pactó el valor económico de su aporte de industria.

2. Sustentó sus pretensiones en la situación fáctica que se sintetiza así:

2.1 Narra el actor que, aparte de la relación personal que sostenía con el demandado, a finales del año 1984 convinieron en asociarse comercialmente, con el propósito de incrementar sus patrimonios y repartirse las utilidades, a través de la realización de operaciones comerciales y financieras sobre bienes muebles e inmuebles, préstamos de dinero a terceros, compraventa y permuta de obras de arte y bienes raíces, e inversión en empresas.

2.2. La sociedad fue conformada, de una parte, por el demandado, en calidad de socio capitalista, quien aportó la casa ubicada en la calle 139 con avenida 19 de Bogotá, el apartamento 1204, situado en la calle 83 No. 5 – 57 del edificio “San José” de esta ciudad, un vehículo Renault 4 de placas HL 8872 y aproximadamente cinco millones de pesos (\$ 5'000.000) colocados a interés y, de otra, los servicios, empeño, trabajo personal y conocimientos del demandante, sin haberse cuantificado el valor económico de éstos.

2.3. La mayoría de los bienes, adquiridos con el esfuerzo mancomunado de los socios, a pesar de ser sociales, se encuentran radicados en cabeza del demandado.

2.4. Sobrevenida la disolución de la sociedad comercial, no se efectuó una partición justa de las utilidades obtenidas en su ejercicio operacional, circunstancia que impone su liquidación y distribución en partes iguales para cada uno de sus integrantes.

2.5. La sociedad mercantil contaba para la fecha de disolución, entre otros, con los siguientes activos: a) la casa “Rancho 34”, ubicada en el municipio de Sylvania (Cundinamarca); b) la finca

“Loma Linda” de Fusagasugá (Cundinamarca); c) los locales 108, 201, 206, 207 y 108 del centro comercial “Escorial Center” del mismo municipio; d) una acción en el club campestre “El Bosque”; e) el local ubicado en la carrera 14 No. 76 – 15 del edificio “Kuala”; f) un apartamento ubicado en el barrio “Ciudad Kennedy”; g) el apartamento 101 de la carrera 1A No. 70A – 42 del edificio “Arcolsa”, estos últimos cuatro situados en la ciudad de Bogotá; y h) obras de arte y enseres varios, que se encuentran en la casa “El Rancho 34”.

3. La admisión del libelo incoativo fue notificada en legal forma al demandado, quien se opuso a la prosperidad de las pretensiones y adujo en su defensa como “excepciones” las que denominó “patrimonio propio”, “inexistencia de la pretendida sociedad comercial de hecho por ausencia de sus elementos esenciales”, “ausencia de objeto social”, “ausencia de causa y por ende del contrato pretendido” y “temeridad y mala fe”.

4. Posteriormente, el demandante reformó la demanda para, de un lado, introducir como hechos nuevos la celebración de sendas reuniones con el demandado, en las cuales se intentó fallidamente un arreglo pacífico sobre la distribución de los bienes sociales perseguidos y, de otro, incorporar pruebas adicionales.

5. A la primera instancia puso fin el juzgador *a quo*, mediante sentencia de 6 de septiembre de 2006, en la que negó las pretensiones de la demanda por encontrar probada “la excepción” de *“inexistencia de la pretendida sociedad comercial de hecho por ausencia de sus elementos esenciales”*.

6. Dicha decisión fue confirmada por el Tribunal, en cuanto no encontró demostrado el ánimo societario alegado por el actor.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El sentenciador *ad-quem*, luego de recordar la definición legal del contrato de sociedad, puntualizó que ésta será de hecho cuando no se constituye por escritura pública, refiriendo seguidamente los requisitos para su conformación y las clases de sociedad de esa especie existentes, acudiendo, en su apoyo, a la jurisprudencia de esta Corporación, para concluir que con las pruebas allegadas no se acreditó la existencia del acuerdo societario.

Para arribar a esa inferencia encontró, al examinar el material probatorio, que las declaraciones extraprocesales, rendidas ante notario y adosadas a la contestación de la demanda, no fueron ratificadas conforme lo exige el artículo 229 del Código de P. Civil, motivo por el cual estimó que carecían de valor probatorio por no reunir las exigencias del artículo 299 *Ibídem* y del precepto antes citado.

Al reparar en los testimonios de Jairo Rodríguez Porras, Rosa Marlene Castellanos Dimaté, Luis Agustín Castillo Zárate, Germán Alfredo Artunduaga Mejía, Gustavo Castro, Camilo González Jaramillo y Jesús Octavio Acosta Sánchez, reiteró que de ellos no se desprendía el ánimo societario al que aludía el escrito introductor del litigio,

Relativamente, al deponente Rodríguez Porras resaltó que éste manifestó haber realizado un negocio con el demandado, pero no con el actor, aunque reconoció que el demandante acompañó a Hosman Rodríguez e hizo comentarios sobre el bien objeto del negocio; agregó, que no sabía cuál era la causa de la compañía del señor Ávila Jiménez.

En igual sentido declaró Rosa Marlene, quien, además, había expresado conocer a Luis Ariel desde cuando comenzó a “convivir” con William Ernesto Hosman Rodríguez a los 16 años, y que era quien la atendía -brindándole licor o café- cuando iba a la casa del último.

Con relación a los demás testigos señaló que aseguraron conocer a las partes desde el inicio de su relación, precisando que entre éstos había una amistad y que nunca observaron que hubieran conformado una sociedad mercantil, pues las decisiones concernientes con los negocios celebrados por William Ernesto las tomaba únicamente él; además, que la distancia social entre los litigantes impedía cualquier asociación comercial, ya que aquel era solvente económicamente, mientras que Luis Ariel no tenía dinero, ni experiencia, amén de ser muy joven. Destacó, igualmente, que el señor Acosta Sánchez afirmó que “el accionante era un mantenido”.

De la declaración de Deyanira Martínez de Lubo dijo que, aunque su versión concordaba con lo expuesto por el demandante acerca de haber convivido con el opositor y haberle ayudado a la adquisición del patrimonio, no evidenciaba el ánimo societario, pues “la declarante afirmó que creía que Luis Ariel Ávila Jiménez tenía derecho a hacer la presente reclamación judicial porque, a pesar de todo su esfuerzo por varios años, actualmente no cuenta con patrimonio alguno del cual derive su subsistencia”.

Advirtió que la testigo afirmó que entre las partes existió una sociedad, pero consideró que ello no implicaba que fuera de carácter mercantil, como se aduce en la demanda, dado que, por un lado, en el trámite está acreditado que ellos tenían una relación íntima y, por ende, esa puede ser la sociedad a que ésta aludió equiparándola

a la sociedad marital de hecho; y, por el otro, porque la deponente no posee los conocimientos jurídicos para calificar si una sociedad es mercantil o de otra especie, por cuanto su profesión es la de odontóloga y no abogada.

De igual modo, reparó en la prueba documental arrimada con la demanda y su contestación, coligiendo que corroboraba el dicho de los testigos referidos, en cuanto que las declaraciones de renta del accionado evidenciaban que siempre ha sido una persona solvente económicamente, al paso que la contraparte no tenía bienes cuando iniciaron su relación.

Arguyó que el hecho de que las partes fueran titulares conjuntamente de una cuenta bancaria y que demandado hubiere delegado en Luis Ariel su representación en “reuniones comerciales o civiles”, conforme lo acreditan el resto de las pruebas, es un aspecto que no evidencia, *per se*, la existencia de una sociedad mercantil como lo alega el peticionario, puesto que ello pudo obedecer a relaciones distintas, como la de pareja que sostenían, un mandato, administración delegada, un contrato laboral a término indefinido, un contrato de prestación de servicios, etc.

Por esas razones, concluyó que la carga probatoria del demandante no se encontraba satisfecha con acreditar que desplegó actividades que redundaron en beneficio de William Ernesto o que le ayudó a incrementar su patrimonio, sino que debió probar que ello obedecía a un previo acuerdo para la conformación de una sociedad mercantil que es la reclamada en la demanda, es decir, que existió un pacto entre los contendientes para incrementar su patrimonio y distribuirse las utilidades derivadas del mismo, ya que “solo se acreditó, por así haberlo aceptado las partes, que sostenían una relación de tipo homosexual”.

Por último, anotó, que si bien es cierto el demandado intentó, luego de iniciada la presente acción, llegar a un arreglo amistoso con el demandante, tal proceder no demuestra la concurrencia de los presupuestos axiológicos de la pretensión, pues sólo refleja el ánimo conciliador de las partes, más no que éstas aceptaran los hechos imputados. Añadió que el hecho de figurar el accionante como titular de un inmueble adquirido en vigencia de aquella obedeció a que Hosman Rodríguez acostumbraba a otorgar escrituras de confianza.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

Dos cargos fueron propuestos contra la sentencia opugnada, los cuales serán estudiados conjuntamente, por cuanto en ambos se denuncian errores fácticos que apuntan a demostrar la existencia de la sociedad comercial de hecho alegada por el actor

CARGO PRIMERO

Se acusa el fallo opugnado de violar los artículos 98, 137, 150 parágrafo, 498, 499, 503, 504, 505 y 506 del Código de Comercio, en forma indirecta, a causa de haber incurrido en error de hecho manifiesto en la apreciación de los testimonios de Jairo Rodríguez Porras, Rosa Marlene Castellanos Dimaté, Luis Agustín Castillo Zárate, Germán Alfredo Artunduaga Mejía, Gustavo Castro, Camilo González Jaramillo, Octavio Acosta y Gloria Elizabeth Deyanira Martínez de Lubo, yerro que lo condujo a no tener como acreditada la intención de asociarse de las partes ni la consecución de un beneficio común, a pesar de existir en el proceso prueba de ello.

El recurrente, en la sustentación del cargo, empieza por reiterar que el ataque a la sentencia de segundo grado se centra en que el Tribunal no encontró acreditada *“la intención de las partes de asociarse, pues lo que evidencia el acervo probatorio es que se trató de una relación sentimental”*, toda vez que, por la naturaleza de ésta, *“de tipo homosexual”*, las percepciones de los deponentes se deben contextualizar de conformidad con los derroteros que guiaban la actividad comercial de los contendientes, quienes ocultaban el trato personal que sostenían.

Frente al testimonio de Jairo Rodríguez Porras, sostiene que es palmario el error de hecho, al tomar el *ad quem* como estribo de su conclusión la versión según la cual antes de llevar a cabo una negociación con el demandado en 1999, no conocía a las partes y que *“tuve contactos mínimos con el demandado y de vista, nos habremos visto en un par de ocasiones con posterioridad al negocio, luego mi conocimiento sobre las amistades o relaciones del señor Hosman son muy escasos”*, otorgándole un alcance que no tiene, pues de ella no se colige necesariamente que las partes no hayan tenido la intención de asociarse.

Relativamente a la declaración de Rosa Marlene Castellanos Dimaté, el casacionista le enrostra el mismo defecto, habida cuenta que cuando aseveró que: *“quien agregó que conoce a Luis Ariel Ávila Jiménez desde cuando empezó a convivir con William Ernesto Hosman Rodríguez a los 16 años, y que el demandante los atendía alcanzando licor o café en la casa donde residía el demandado”*, esa manifestación no tiene el alcance probatorio otorgado por el Tribunal, alterando con su conclusión el contenido material del mentado testimonio.

Igual argumentación esgrimió el recurrente respecto de los testimonios rendido por Luis Agustín Castillo Zárate, Germán Alfredo Artundunduaga Mejía, Gustavo Castro, Camilo González Jaramillo y Octavio Acosta, pues el hecho de que no hayan percibido que las partes conformaran una sociedad mercantil, sus dichos, reitera, no descartan que ésta hubiere existido.

Finalmente, con relación a la declaración rendida por Gloria Elizabeth Deyanira Martínez de Lubo, recuerda que el Tribunal señaló que: *“aunque concuerda con las afirmaciones del demandante atinentes a que convivió y ayudó al demandado en la adquisición del patrimonio que ahora posee, (...), ello no implica que, como se afirma en la demanda, fuera de carácter mercantil pues, de un lado, en el trámite está acreditado que las partes tenían una relación íntima y, por ende, esa puede ser la sociedad a la que aludía la declarante equiparándola a la sociedad patrimonial de hecho (...); estima el censor que tal inferencia no es consonante con la versión de la prenombrada deponente, toda vez que la puso a decir lo que ella no dice, pues en otros acápites de su versión precisó que “en las asambleas de propietarios LUIS (refiriéndose al demandante) era el que representaba, pues esto era una sociedad de hecho y siempre lo fue” y “era el demandante quien quedaba a cargo de los negocios en el país en los múltiples viajes que efectuaba el demandado”, con lo cual se descarta la insinuación del ad quem de que la testigo se refería a una sociedad marital de hecho, dado que para esa fecha no era viable su reconocimiento en tratándose de parejas homosexuales, como sí acontece después de proferida la sentencia C-075 de 2007 de la Corte Constitucional.*

CARGO SEGUNDO

La censura invoca la causal primera de casación, denunciando la violación indirecta de los artículos 98, 137, 150

parágrafo, 498, 499, 503, 504, 505, 506 del estatuto mercantil, a causa de haber incurrido la sentencia impugnada en error de hecho en la apreciación del interrogatorio del demandante, toda vez que pretermitió su valoración, lo cual condujo a que no tuviera como acreditada la intención de las partes de asociarse ni la consecución de un beneficio común, no obstante existir prueba de ello en el proceso.

Sustentó el cargo en que el fallo no hizo referencia y, menos, apreció, el referido interrogatorio, pese a que en él aparecen vertidas las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales se desarrolló la propuesta del demandado de asociarse, paralelamente a la relación de pareja homosexual que sostuvieron.

Para demostrar esa acusación, puso de relieve que cuando se le preguntó al actor acerca de la época en que fue conformada la pretendida sociedad comercial de hecho, contestó: “ ‘noviembre 16 de 1984’ ”, a lo que agregó que “ ‘para tal efecto a finales de 1984 convenimos vivir en el apartamento 1204 de la torre C de San José en Bogotá conviniendo compartir absolutamente todo en cuanto a bienes, capital y de parte mía, mi trabajo, mis ideas, mi juventud, que para ese entonces era mi mayor tesoro ...’ ” ; igualmente, que al ser interrogado sobre la forma en que se produjo el traslado de los bienes que adujo haber aportado a la sociedad, textualmente respondió: “ ‘ entraron en común acuerdo y en conversaciones adelantadas de acuerdo a lo convenido en nuestra relación personal, el demandado me dijo los bienes mencionados en el 2º hecho que son el punto de partida económico para forjar nuestro futuro económico, entonces te propongo que trabajemos juntos para multiplicar lo que ya hay’ ”.

CONSIDERACIONES

1. Antes de abordar el estudio de los cargos objeto de decisión, debe quedar claro que la sociedad de hecho que aquí se reclama no es la que se deriva de una eventual convivencia marital de los contendientes, porque aunque algunos actos procesales (interrogatorios de parte, alegatos de conclusión) y pruebas (testimonio de Deyanira Martínez de Lubo) refieren la existencia de una relación de pareja entre ellos, lo cierto es que un pedimento en tal sentido no fue planteado en las pretensiones, ni tal circunstancia aparece conformando el sustento fáctico de las mismas. Inclusive, es diáfano que los cargos de la demanda de casación tampoco se enrumban en tal sentido.

No obstante, conviene denotar que, en virtud de lo decidido en la sentencia de la Corte Constitucional C-075 de 2007, el régimen de protección patrimonial de los compañeros permanentes previsto en la Ley 54 de 1990, modificada por la Ley 979 de 2005, se hizo extensivo para las parejas homosexuales, a las que, pese a no generar una familia, como se deduce de dicho fallo y se explicita en el C-098 de 1996, sí se les reconocieron los efectos patrimoniales a que hace alusión la aludida normatividad, siempre y cuando, claro está, cumplan las condiciones señaladas en esas disposiciones para las uniones maritales de hecho.

La prenombrada Corporación, ciertamente, en su providencia C-098 de 1996 examinó la constitucionalidad de los artículos 1º y 2º de la Ley 54 de 1990, limitando el ámbito de dicho pronunciamiento a la protección de la familia, en cuanto consideró que esas normas se inscribían en el ámbito finalístico del ordenamiento del cual hacen parte y, por consiguiente, debían entenderse como orientadas hacia la protección de “la ‘familia natural’, fuente de los

hijos 'naturales' o 'extramatrimoniales' ”, mientras que el análisis que efectuó del tema en la sentencia C-075 de 2007 lo circunscribió únicamente al campo patrimonial y, por tanto, en modo alguno equiparó en el plano familiar a las parejas homosexuales a las heterosexuales, pues solamente asentó que el régimen de protección patrimonial contenido en la citada Ley 54, modificada por la Ley 979 de 2005, también es aplicable a las uniones homosexuales que cumplan las exigencias allí establecidas.

En efecto, en el último fallo mencionado recordó cómo en aquella otra decisión sostuvo que “*(...) La Ley 54 de 1990 se inscribe en una línea de sucesivas reformas legales que progresivamente han introducido el principio de igualdad, equidad y mutuo respeto en el ámbito de las relaciones familiares. Este proceso se inició con la expedición de la Ley 28 de 1932 sobre derechos de la mujer casada, prosiguió con la Ley 75 de 1968 relativa a la paternidad responsable, y continuó con la Ley 29 de 1982 que equiparó los derechos sucesorales de los hijos extramatrimoniales y los matrimoniales. (...)*’

4.3 En la actualidad, dieciséis años después de expedida la Ley 54 de 1990, más de diez años después de producida la sentencia C-098 de 1996, teniendo en cuenta los cambios introducidos por la Ley 979 de 2005 y el nuevo contexto social y jurídico en el que se desenvuelve el régimen patrimonial de los compañeros permanentes, puede decirse que, sin dejar de lado los criterios de protección a la familia y a la mujer que inspiraron la expedición de la ley, cobra mayor relevancia la dimensión regulatoria de la situación patrimonial de la pareja en condiciones de equidad y de ello es testimonio el énfasis que en el análisis del régimen previsto en la ley y en la consideración de los elementos que le dan sustento se pone en las condiciones de convivencia como expresión de un proyecto de vida en común con solidaridad y apoyo mutuo.

Destaca la Corte que en esa nueva aproximación al régimen de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, tal como se acaba

de expresar, no desaparecen los fundamentos primigenios de la ley, y que, infortunadamente, la realidad de desprotección de la mujer y de la familia a la que ellos aluden continúa presente de manera significativa en nuestra sociedad. Esos supuestos constituyen, incluso, un elemento en gran medida determinante de la viabilidad constitucional del régimen tal como está concebido en el texto legal, puesto que no puede pasarse por alto que la imposición de una presunción sobre la existencia de una sociedad patrimonial, susceptible de ser judicialmente declarada en un proceso contencioso, comporta una restricción de la autonomía privada, que el legislador fundamentó y justificó en las normas constitucionales que contemplan una protección integral para la familia y prevén una especial protección a la mujer.

Por otro lado, sin embargo, tampoco puede dejar de observarse la insuficiencia de la regulación en relación con el objeto que le es propio, puesto que hoy, junto a la pareja heterosexual, existen -y constituyen opciones válidas a la luz del ordenamiento Superior- parejas homosexuales que plantean, en el ámbito patrimonial, requerimientos de protección en buena medida asimilables a aquellos que se predicán de la pareja heterosexual” (destaca la Corte).

La aplicación a las parejas homosexuales del régimen de protección patrimonial estatuido para los compañeros permanentes, como se decía, está condicionada al cumplimiento de los requerimientos legales, vale decir, a la existencia de una comunidad de vida “permanente y singular”, durante un lapso no inferior a dos años, como también a que si uno o ambos integrantes de la pareja conformó con anterioridad una sociedad de carácter universal, ésta se encuentre disuelta; además, por supuesto que, como acontece en las uniones maritales heterosexuales, la formación de la respectiva sociedad está condicionada a que no medie impedimento legal (parentesco -num.9º y 11 del art.140 del C.C., art.13 Ley 57 de 1887-, conyugicidio -num.8º del art.140 *Ibíd*em y el previsto en el artículo 14

Ley 57 de 1887), de ahí que no tienen cabida las relaciones que por ser contrarias al ordenamiento se tornan ilícitas, como acontece con las uniones incestuosas.

En punto de esta última exigencia, esto es, de la inexistencia de impedimento legal a que hace referencia el literal a) del artículo 2º de la Ley 54 de 1990 -precepto reproducido en el artículo 1º de la Ley 979 de 2005-, la Sala precisó que como ella *“consagra una regla de carácter general, frente a la cual el inciso siguiente asienta una excepción, no es posible concluir que la subsistencia de ligamen matrimonial por parte de uno o ambos compañeros y cuya sociedad conyugal no se hubiese disuelta, sea el único impedimento que obsta la formación de la sociedad patrimonial entre ellos; por supuesto que si en el primer literal la ley reclama la inexistencia de **impedimento legal** para contraer matrimonio entre los compañeros permanentes como ineludible requisito de viabilidad de la presunción de surgimiento de la sociedad patrimonial, no se aviene con tal mandato el que a reglón seguido ella la admitiera frente a quienes están incurso en cualesquiera de esas prohibiciones legales, salvo una; desde luego que de ser las cosas de ese modo sobraría la primera previsión conforme a la cual el nacimiento de la referida sociedad está supeditado a la inexistencia de impedimento, ya que le habría bastado al legislador, luego de asentar el requisito del bienio de convivencia, con exigir la disolución previa de la sociedad o sociedades conyugales anteriores (sentencia de 19 de diciembre de 2005, Exp.No.7756).*

Puestas en ese orden las cosas, es tangible que esta Corporación no podrá examinar las peticiones del demandante desde la perspectiva de dichas normas, como tampoco tomará en consideración una supuesta relación afectiva como hecho generador de la sociedad cuya existencia se reclama o como situación paralela a ella, motivo por el cual se circunscribirá a sopesar las acusaciones desde la óptica exclusiva de la sociedad comercial de hecho reclamada, en las específicas circunstancias aducidas en el escrito

introducción del pleito, para lo cual resulta útil traer a colación algunos aspectos del contrato social.

2. En ejercicio de la autonomía privada pueden las partes pactar la constitución de una sociedad, que, en síntesis, no es más que un contrato por el que dos o más personas acuerdan aportar un capital u otros efectos en común, con el propósito de repartirse entre sí las ganancias o las pérdidas que resulten de la actividad social. Trátase, subsecuentemente, de un pacto bilateral o plurilateral, conmutativo, oneroso y consensual, salvo que la ley estipule una solemnidad para su conformación.

La sociedad será de derecho, si se constituye regularmente, esto es, con la observancia de todas las formalidades prescritas por el ordenamiento, según su especie, entre sujetos capaces que impulsados por una causa lícita consienten en el acto, persiguiendo un objeto también lícito; empero, si le faltare alguno de los requisitos establecidos por la ley para su constitución normal nacerán fácticamente, conforme lo ha reconocido el legislador, llamándolas sociedades irregulares o de hecho. Por supuesto, que estas últimas presuponen la existencia de un consentimiento de las partes, ya sea expreso o tácito.

No obstante, las sociedades de hecho, conforme lo tiene precisado la jurisprudencia, pueden surgir, no sólo por la expresión de un consentimiento manifiesto de los interesados pero que, por falta de cualquiera de los requisitos formales exigidos por la ley para la formación del contrato social, no alcanzan a ser sociedades regulares o de derecho, sino que, también, ellas pueden surgir a partir de la mera colaboración de dos o más personas que suman sus esfuerzos en la realización de determinadas operaciones económicas, a efecto de

obtener beneficios comunes, y de las que, en las circunstancias en que se realizan es posible colegir su consentimiento implícito.

Por consiguiente, para que en esta hipótesis surja el contrato social se requiere el cumplimiento de las siguientes condiciones: “1. Que se trate de una serie coordinada de hechos de explotación común; 2. Que se ejerza una acción paralela y simultánea entre los presuntos asociados, tendiente a la consecución de beneficios; 3. Que la colaboración entre ellos se desarrolle en un pie de igualdad, es decir, que no haya estado uno de ellos, con respecto al otro u otros, en un estado de dependencia proveniente de un contrato de arrendamiento de servicios, de un mandato o de cualquiera otra convención por razón de la cual uno de los colaboradores reciba salario o sueldo y esté excluido de una participación activa en la dirección, en el control y en la supervigilancia de la empresa; 4. Que no se trate de un estado de simple indivisión, de tenencia, guarda, conservación o vigilancia de bienes comunes, sino de verdaderas actividades encaminadas a obtener beneficios” (sentencia de 30 de noviembre de 1967, reiterada en varias decisiones, entre ellas en el fallo de 27 de junio de 2005).

Debe resaltar la Corte, porque es particularmente relevante, que la *affectio societatis*, esto es el ánimo inequívoco de asociarse, es un elemento esencial de la comentada relación contractual. Por ello, es indispensable que los hechos revelen con claridad y de modo concluyente el ánimo de asociarse para la consecución de fines económicos, y la ulterior repartición de las eventuales utilidades o pérdidas.

3. Dicho elemento del contrato social fue el que echó de menos el sentenciador, quien confirmó la desestimación de las pretensiones, porque, a su juicio, el material probatorio recaudado no ponía de presente la intención de las partes de asociarse para conseguir objetivos comunes.

Consideró, ciertamente, el juzgador, que al demandante no le bastaba, para efectos de satisfacer la carga probatoria que le incumbía, con intentar “acreditar que desplegó actividades que redundaron en beneficio de William Ernesto Hosman o que le ayudó a incrementar su patrimonio, sino que debió probar que ello obedecía a un previo acuerdo tendiente a la conformación de una sociedad de tipo mercantil (...)”, es decir, que “existió un pacto previo entre las partes tendiente a incrementar su patrimonio para repartirse utilidades derivadas del mismo; pues, solo se acreditó, por así haberlo aceptado las partes, que sostenían una relación de tipo homosexual”.

A esa conclusión llegó luego de reparar en los testimonios de Jairo Rodríguez Porras, Rosa Marlene Castellanos Dimaté, Luis Agustín Castillo Zárate, Germán Alfredo Artunduaga Mejía, Gustavo Castro y Camilo González Jaramillo, Jesús Octavio Acosta Sánchez y Deyanira Martínez de Lubo, como también en las testificaciones extraprocesales aportadas por el demandado, las declaraciones de renta de éste, los documentos concernientes con la cuenta bancaria de que los contendientes eran titulares conjuntamente y el certificado de libertad del local 108 del Centro Comercial Escorial Center de Fusagasugá.

Y aunque advirtió que la deponente Deyanira Martínez de Lubo afirmó que existió una sociedad entre los contendientes, le restó mérito probatorio a su testimonio porque, a su juicio, ello no implicaba que “fuera de carácter mercantil”, en virtud de que, por un lado, estaba acreditado que aquellos tenían una relación íntima y esa podía ser la sociedad a que la aludía la testigo, equiparándola a la sociedad marital de hecho; y, por el otro, por cuanto ella no es abogada, sino odontóloga y, por tanto, no poseía los conocimientos jurídicos para calificar si una sociedad es mercantil o de otra especie.

Aun más, se percató de que los documentos aportados mostraban que las partes eran titulares, conjuntamente, de una cuenta bancaria, como también de que William Ernesto en algunas oportunidades delegó en Luis Ariel su representación en varias reuniones, pero entendió que tales hechos no evidenciaban, *per se*, la existencia de la sociedad mercantil, dado que pudieron obedecer a diversas relaciones, ya fuere a la de pareja que sostenían o a cualquiera de índole contractual -mandato, administración delegada, prestación de servicios o de trabajo-.

Arguyó, igualmente que las probanzas antes referidas, entre ellas, las declaraciones de renta del demandado, ponían de presente que éste siempre había gozado de solvencia económica, al paso que el actor carecía de bienes cuando se inició su vinculación sentimental; agregó, además, que el hecho de que el accionante figurara como titular de un inmueble adquirido en vigencia de esa relación obedeció a que Hosman Rodríguez acostumbraba a otorgar escrituras de confianza.

4. Empero, y esto es patente, el recurrente no se empeña en tratar de demostrar que, contrariamente a lo deducido por el Tribunal, los medios de convicción por cuya indebida apreciación se queja, sí evidencian, incontrastablemente, que entre las partes existió la intención (*affectio societatis*) de conjuntar aportes y esfuerzos con fines societarios e, inclusive, hay que resaltarlo, la censura admite que esos testigos realmente no aluden a ese aspecto del litigio. Tampoco se preocupó por rebatir los argumentos que aquel adujo para restarle mérito probatorio a la testificación de Deyanira Martínez de Lubo .

En verdad el recurrente pierde el rumbo cuando se aplica a tratar de demostrar que las versiones de Jairo Rodríguez Porras, Rosa

Marlene Castellanos Dimaté, Luis Agustín Castillo Zárate, Germán Alfredo Artunduaga Mejía, Gustavo Castro y Camilo González Jaramillo, Jesús Octavio Acosta Sánchez no podía inferirse que ellos negaban la existencia del referido requisito, como si tal cosa hubiere sido aseverada por el fallador *ad quem*, cuando lo cierto es que éste, luego de escrutar sus atestaciones, simplemente coligió que ellos no hicieron afirmaciones en ese sentido, conclusión que, a la postre el recurrente acepta.

Ahora, en cuanto concierne con la declaración de la mencionada Deyanira Martínez de Lubo, es palmario que el Tribunal, aun cuando advirtió que ella se refirió a la existencia de una sociedad entre los contendientes, no le mereció credibilidad su testificación porque las razones en que fundó esa afirmación no implicaban que se tratase de una sociedad de carácter mercantil, habida cuenta que, por una parte, estaba acreditado que aquellos tenían una relación íntima y esa podía ser la fuente de la sociedad a la que aludía la testigo, equiparándola a la sociedad marital de hecho; y, por la otra, porque la declarante no es abogada sino odontóloga y, por ende, no poseía conocimientos jurídicos para calificar si una sociedad es mercantil o de otra especie. Incumbía, por consiguiente, a la censura, poner de presente que las reglas de la sana crítica que el juzgador adujo para desdeñar esa deposición eran manifiestamente absurdas, cuestión que, francamente, no inquietó al impugnante.

5. En todo caso, sea oportuno asentar que del contenido del haz probatorio denunciado no aflora manifiestamente una conclusión distinta a la que arribó el juzgador *ad quem*, por cuanto éste no revela en forma irrefragable el ánimo de las partes de asociarse con el propósito de compartir las ganancias y pérdidas arrojadas por la actividad que conjuntamente hubiesen desplegado, pues en modo

alguno acreditan hechos que descubran sin equívocos ese elemento intencional, esencial para el surgimiento de una sociedad de hecho.

Si se mira el contenido de los testimonios de Jairo Rodríguez Porras, Rosa Marlene Castellanos Dimaté, Luis Agustín Castillo Zárate, Germán Alfredo Artunduaga Mejía, Gustavo Castro y Camilo González Jaramillo, pronto se advierte que ellos no refieren situaciones fácticas de la cuales pueda inferirse la *affectio societatis*, resultando razonable que el Tribunal hubiere deducido que no probaban esa exigencia estructural de la sociedad en cuestión.

Los prenombrados declarantes aseveraron conocer a las personas involucradas en este litigio desde hacía varios años, constándoles que los unía una relación de amistad, descrita por algunos como proteccionista, dado que William Ernesto velaba por el sostenimiento y educación del actor desde su adolescencia; empero, todos coinciden en sostener no haber tenido conocimiento que entre ellos hubiere surgido una sociedad mercantil, ni que hubieren celebrado negocios con el propósito de obtener beneficios recíprocos.

Así, por vía de ejemplo, se tiene que Luis Agustín Castillo Zárate dijo no saber nada de las actividades comerciales del accionado, porque aunque éste había otorgado escrituras públicas en su notaría todos los trámites los realizaba la secretaría; inclusive, al interrogársele si tenía conocimiento de que las partes hubieren celebrado transacciones comerciales, en su condición de socios, respondió “yo nunca presencié ningún negocio que ellos realizaran entre ellos ni conjuntamente, ni yo he tenido ninguna clase de negocios con ellos conjunta o separadamente” (folio 647, C.3).

Germán Alfredo Artunduaga Mejía, corredor hipotecario, aseveró asesorar al demandado en esa especie de asuntos, siendo

enfático en que “jamás tuvo conocimiento de relaciones o sociedades a acreedores (sic) entre los mencionados señores y por el contrario todas y cada una de las operaciones de las cuales tuvo conocimiento se celebraron en cabeza del señor William Hosman Rodríguez” (folio 683, C.3).

Por su parte, Camilo Eduardo González Jaramillo manifestó que era imposible que se hubiere conformado la sociedad en cuestión, porque “ (...) cuando William conoció a Lucho era una persona que hasta ahora estaba estudiando bachillerato, hacía poco había llegado a Bogotá, económicamente no tenía ninguna clase de dinero, por el contrario, él acudió a donde el Dr. William para que le ayudara y le colaborara para sacarlo adelante en estudios, en conocimientos (...)”; además, hizo hincapié en que el accionado siempre había tenido solvencia económica, a diferencia de Luis Alberto (folios 731 1 739, C.3).

Gustavo Castro Sarmiento expresó que no creía que los litigantes hubieran conformado la sociedad pretendida, dado que Luis Ariel “(...) no tenía las capacidades ni mentales ni el desarrollo social, ni las conexiones, ni cualquier conocimiento que fuera mínimo necesario para hacer una sociedad”; agregó, que la relación entre ellos era de “amo-sirviente”.

Jairo Rodríguez Porras, por su parte, se limitó a exponer que conoció a las partes a raíz de una permuta que celebró con el demandado, relación contractual respecto de la cual puntualizó que “siempre se hizo con el señor Hosman quien además figuraba como propietario de los inmuebles que iba a entregar y con el mismo charlé todas las condiciones del negocio (...)”, aclarando que la intervención del actor se contrajo a realizar comentarios sobre el inmueble objeto de la convención (folios 516 a 518, C.2). Igualmente, Rosa Marlene

Castellanos Dimaté dijo haber recibido dinero en mutuo del demandado, entendiéndose en esa negociación exclusivamente con él, amén que cuando se le indagó si las partes habían conformado una sociedad respondió: “A mi me parece ridícula esta pregunta porque cuando yo conocía a William era ya una persona económicamente solvente, tenía su independencia (...) y Luis Ariel era un muchacho muy joven, inexperto yo diría que tratando de entender, como el espacio que iba a compartir social” (sic), añadió “siempre vi a Luis Ariel como un asistente, como una persona que colaboraba servilmente en el diario vivir de William” (folios 521 a 525, C.2).

Y el deponente Acosta Sánchez hizo alusión a las actividades comerciales desarrolladas por Hosman Rodríguez y memoró sus propiedades, afirmando no haberle conocido socio capitalista, ni industrial, precisando que siempre él es quien ha tomado las decisiones de sus inversiones y demás gestiones; así mismo, sobre la relación que vinculaba a Luis Ariel y al demandado, señaló que era de amistad y de protección (William proveía vivienda y alimentación al otro), más no de negocios, ya que no sólo era notorio el desequilibrio económico entre ellos, sino que el primero no tenía voz ni voto en los negocios del otro, además, de su manifiesta inexperiencia profesional en ese campo. Vale denotar que cuando se le indagó si el actor había efectuado alguna gestión comercial en nombre de una supuesta sociedad que aduce haber conformado con su contraparte, expresó “No, en absoluto, pues Luis Ariel le hacía era los encargos de ir a pagar las cuentas, muchas veces delante de uno era un encargo que le hacía Hosman a Luis Ariel, para que fuera a pagar servicios, para que fuera a la lavandería, es decir de cosas domésticas, pero de ninguna manera se puede hablar de que hubiera una sociedad entre William Hosman y Luis Ariel Ávila”.

De esas testificaciones, como bien puede apreciarse, no es factible desgajar de manera inequívoca y contundente hechos que implícitamente entrañen un acuerdo dirigido específicamente a aunar bienes y esfuerzos para la consecución de fines económicos, a los que obviamente van anejas contingencias de utilidades y pérdidas; por el contrario, los deponentes al unísono explicitaron no tener conocimiento de la existencia de la sociedad comercial de hecho reclamada. Sumado a ello, se tiene que los deponentes pusieron de presente situaciones que, en su parecer, reflejaban que el actor no tenía nada que aportar a una convención semejante, pues no tenía solvencia económica, ni conocimientos, ni experiencia en actividades comerciales.

Desde esa perspectiva, los razonamientos probatorios en que el Tribunal apoyó su decisión no son contraevidentes, ni resultan absurdos e irrazonables, máxime que al ponderar el testimonio de Deyanira Martínez de Lubo, única declarante que aseguró que los litigantes constituyeron la sociedad en discusión, le restó credibilidad por los motivos que arguyó y que, itérase, no fueron rebatidos por el censor, quedando en pié.

En todo caso, parece oportuno acotar que en punto de establecer la *affectio societatis* incumbe al juzgador sopesar las pruebas con el rigor y la exigencia que la sana crítica reclama, pues es tangible que sentimientos de solidaridad, cooperación o ayuda recíproca derivados de vínculos sentimentales de cualquier índole pueden confundirse con verdaderos actos de asociación con fines de explotación económica. En otros términos, es posible que relaciones afectivas, derivadas de la amistad, el parentesco, el enamoramiento, entre muchas otras, den lugar a actos de colaboración, apoyo o asistencia mutua que no pueden entenderse rectamente como actos de asociación con fines patrimoniales. Por consiguiente, deberá el

juzgador establecer cuándo ciertos actos de cooperación corresponden al cabal ejercicio de un acto societario o, por el contrario, son la obvia y palpable manifestación de lazos afectivos de cualquier naturaleza existentes entre los involucrados.

Y en verdad, en el asunto de esta especie no es absurdo concluir que muchos de los actos a los que aludió la testigo no concernían, ineludiblemente, con la exteriorización de la intención de asociarse de las partes como lo dedujo el Tribunal, pues es posible colegir, razonablemente, que obedeció a la particular relación que éstos sostenían.

6. Ha de puntualizarse, por último, que ninguna incidencia tenían en la decisión las manifestaciones exteriorizadas por el actor en el interrogatorio que absolvió, en cuanto que ellas sólo tendrían trascendencia probatoria en la medida que hubiere admitido hechos perjudiciales para él o favorables a la parte contraria, pues la exposición de aspectos que le benefician son, en principio, irrelevantes.

Así, lo ha decantado esta Corporación, al enfatizar que no puede confundirse la confesión con la declaración de parte, habida cuenta que *“la confesión es un medio de prueba por el cual la parte capacitada para ello relata en forma expresa, consciente y libre hechos personales o que conoce, y que a ella le son perjudiciales, o por lo menos resultan favorables a la contraparte. La última es la versión, rendida a petición de la contraparte o por mandato judicial oficioso, por medio del cual se intenta provocar la confesión judicial... En consecuencia, la declaración de parte solo adquiere relevancia probatoria en la medida en que el declarante admita hechos que le perjudiquen o, simplemente, favorezcan al contrario o, lo que es lo mismo, si el declarante meramente narra hechos que le favorecen, no existe prueba, por una obvia aplicación del principio conforme al cual a nadie le es lícito crearse su propia prueba”* (sentencias

de 13 de septiembre de 1994, 27 de julio de 1999 y 31 de octubre de 2002, entre otras).

Por lo demás, no puede olvidarse que, como acaba de acotarse, el *animus contrahendi societatis*, elemento esencial del contrato de sociedad, corresponde a un aspecto cuya existencia en la sociedad de hecho formada en virtud de un acto de disposición de interés implícito está sujeto a la apreciación autónoma de los juzgadores de instancia, puesto que se trata de una cuestión de hecho sometida al criterio y juicioso discernimiento del sentenciador. Es éste quien deduce la presunción, tomada de los hechos probados, y en esa labor obra con autonomía, sin que la Corte en casación pueda variar la apreciación del Tribunal, a menos, claro está, que hubiese cometido un error protuberante en esa ponderación, cuestión que, como quedó dicho, no aconteció en este caso.

En ese orden de ideas, los cargos no se abren paso.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia proferida el 29 de marzo de 2007 por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por LUIS ARIEL ÁVILA JIMÉNEZ frente a WILLIAM ERNESTO HOSMAN RODRÍGUEZ.

Costas a cargo de la parte recurrente.

NOTIFÍQUESE.

ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ

JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR

RUTH MARINA DÍAZ RUEDA

PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA

WILLIAM NAMÉN VARGAS

CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE

EDGARDO VILLAMIL PORTILLA

