



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil y Agraria

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Magistrado Ponente

SC093-2023

Radicación n.º 11001-31-10-003-2012-00535-01

(Aprobado en sesión de dieciséis de febrero de dos mil veintitrés)

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

La Corte decide el recurso de casación interpuesto por el demandante, **Andrés de Jesús Duque Peláez**, frente a la sentencia proferida por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. el 8 de junio de 2017, en el proceso verbal que instauró en contra de **Leslie Mercedes Stipek Álvarez**.

I. ANTECEDENTES

A. La pretensión

El actor pretendió que se declare principalmente la nulidad absoluta del acto jurídico de transacción contenido en la escritura pública número 3797 del 18 de diciembre de 2008, otorgada en la Notaría 30 del Círculo de Bogotá D.C., porque lo pactado es contrario a las capitulaciones

matrimoniales y a la ley. En consecuencia, que se ordene restablecer activos y pasivos -en el estado en que se encontraban antes de suscribirse la escritura pública mencionada-. Así como la cancelación de la inscripción de dicho instrumento -en los folios de matrícula inmobiliaria números 50C-599012, 50C-1681128, 50C-1681046, 50C-1681047, 50C-1681048, 50C-1681049, 50C-1681050 y 50C-1681056-. También se reclama la rescisión del acto jurídico de conciliación, contenido en el acta número 239, del 12 de mayo de 2010. De igual manera, se pide que se ordene rehacer la liquidación de la sociedad conyugal conformada por las partes, con ajuste a las capitulaciones matrimoniales y al ordenamiento positivo. Además, que se declare nula, absolutamente, la transacción contenida en las cláusulas novena, décima séptima y décima octava de la escritura pública número 3797, así como la condena al pago de perjuicios¹.

A su turno, de manera subsidiaria, solicitó lo que viene: rescindir por lesión enorme el acto jurídico contenido en la escritura pública número 3797 del 18 de diciembre de 2008, otorgada en la Notaría 30 de Bogotá D.C. Restablecer la sociedad conyugal de los contrayentes al estado en que se encontraba antes de suscribirse la aludida escritura pública. Ordenar rehacer la liquidación y partición de la sociedad conyugal, de acuerdo con lo pactado en las capitulaciones matrimoniales. Rescindir el acto jurídico de la conciliación contenido en el acta número 0239 del 12 de mayo de 2010.

¹ Página 756 del PDF «CuadernoPrincipal».

Condenar a la demandada al pago de frutos desde la presentación de la demanda. Y «[r]escindir el acto jurídico de transacción contenido en las cláusulas novena, décima séptima y décima octava de la escritura pública número 3797 del 18 de diciembre del 2008». Y condenar al pago de perjuicios.

B. Causa petendi

1. El 9 de junio de 2004, las partes suscribieron capitulaciones matrimoniales, -con escritura pública número 2306 otorgada en la Notaría 24 de Bogotá D.C.-. El demandante manifestó que, en las cláusulas quinta, sexta, séptima y octava, se pactó expresamente excluir de la sociedad todos los bienes que adquirieran a título oneroso y gratuito durante el matrimonio. Así mismo, acordaron excluir de manera definitiva de la sociedad conyugal la totalidad de las cosas adquiridas con anterioridad a la fecha de celebración de las nupcias -y los que se adquirieran en subrogación-. Adicionalmente, que los pasivos o deudas que poseían o hubiesen adquirido antes de la celebración del matrimonio estarían a cargo de cada cónyuge. Finalmente, que los consortes renunciaban a gananciales.

2. Los litigantes contrajeron matrimonio el 12 de junio de 2004 en la Notaría Cuarta de Cartagena. En el registro civil del referido acto fueron inscritas las capitulaciones matrimoniales, previamente pactadas. Con la escritura pública número 3797, el 18 de diciembre de 2008, otorgada en la Notaría 30 de Bogotá D.C., los otorgantes Stipek y Duque disolvieron y liquidaron su sociedad conyugal. Sin

embargo, el demandante adujo que tal instrumento desconoció el régimen de bienes pactado.

3. El actor afirmó que suscribió la disolución y liquidación de la sociedad conyugal *«con el convencimiento de que era jurídicamente procedente liquidar una comunidad de bienes y de pasivos»*. Adicionalmente, señaló que *«en la cláusula quinta del referido instrumento notarial se ratificaron las capitulaciones matrimoniales contenidas en la escritura pública número 236 en que excluyen del régimen de sociedad conyugal cualquier bien adquirido con anterioridad al matrimonio y el renunciará nuevamente a los eventuales gananciales que pudieran corresponder de bienes capitulados así como aquellos derivados de las valorizaciones y el mayor valor que pudieran corresponder a tales bienes O/A los adquiridos con anterioridad matrimonio no relacionados en las capitulaciones»*. Destacó que la cláusula novena incurre en una contradicción, puesto que si las partes pactaron capitulaciones matrimoniales que excluyen de la sociedad conyugal todos los bienes que tuvieran antes del matrimonio, no había lugar a conflicto de régimen de bienes sociales *«(pues simplemente no había), sin embargo, deciden bajo el pretexto de querer evitar un conflicto actual o futuro respecto de los mismos, disolver y liquidar la sociedad conyugal vulnerando el régimen de bienes contenido en las capitulaciones»*. Subrayó que las indebidas adjudicaciones de activos y pasivos que se efectuaron en el antedicho instrumento causaron al demandante detrimento patrimonial sin justa causa.

4. Argumentó que la renuncia a gananciales que hicieron los esposos era improcedente dado que, a raíz de la manera en que confeccionaron las capitulaciones, no hay

lugar a que se generaran gananciales, *«pues ningún bien que tuvieran los cónyuges antes del matrimonio o que hubieran adquirido a cualquier título, en el mismo tenía la calidad social»*. De allí que la transacción contenida en el numeral décimo de la escritura de liquidación sea nula, pues, en aplicación del artículo 2477 del Código Civil, *«el contrato de transacción no puede recaer sobre una relación afectada por tener objeto ilícito»*.

5. El 12 de mayo de 2010, las partes suscribieron el acta de conciliación número 0239, con la cual Andrés de Jesús Duque Peláez asumió una serie de compromisos *«respecto del apartamento 601 y los garajes 4,17,18,19,20,21 y el depósito número 2 que hace parte del conjunto residencial Rosales Reservado, como consecuencia de las capitulaciones y legales contenidas en la escritura pública número 3797 del 18/12/2008»*.

C. Posición de la demandada

La interpelada se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Y propuso la excepción de mérito que nominó *«compensación»*. Por otra parte, sostuvo que no es cierto que la escritura pública núm. 3797 transgreda las capitulaciones, *«sino que demuestra cómo las partes entendieron lo pactado en ellas, cómo es que no todos los bienes presentes o futuros quedarían excluidos de la sociedad conyugal pues no de otra manera se puede entender que las partes hubieran firmado una escritura de liquidación de sociedad conyugal, hubieran sido tan cuidadosos de relacionar expresamente cuales bienes, no eran y cuales sí, parte de la sociedad conyugal»*; y por otra, aseveró que no es posible predicar la falta de consentimiento cuando se trata del desconocimiento de una norma.

D. Resolución en las instancias

Culminado el trámite correspondiente a la primera instancia, el Juzgado Treinta y Uno de Familia de Bogotá D.C. profirió sentencia, en la cual declaró no probada la excepción previa de *«ineptitud de la demanda por falta de los requisitos legales²»*, propuesta por la demandada. Seguidamente, estudió la escritura 2306 del 09 de junio de 2004, con la cual las partes fijaron el régimen económico del matrimonio y en tal virtud, señaló que *«se indica en la cláusula quinta excluir de manera definitiva de la futura sociedad conyugal que se va a formar, los bienes que los cónyuges adquieran como donaciones legados o herencias y todos los demás que de una forma gratuita u onerosa adquieran, lo mismo que todos los demás bienes cuya fecha adquisición sea anterior a la fecha de celebración del matrimonio y los que los cónyuges adquieran por subrogación de los bienes descritos anteriormente. En la cláusula sexta de dicha escritura de capitulaciones indica que tampoco formarán parte de la futura sociedad conyugal los bienes con el futuro al que era cada cónyuge producto de su trabajo, y finalmente en la cláusula octava administrarán independiente de los bienes objeto este inventario y conjuntamente los que adquieran dentro de la sociedad conyugal³. Asimismo, subrayó que «por el hecho del matrimonio de las partes sí nace una sociedad conyugal, pero a la misma no pueden ingresar los bienes por mandato de lo pactado en sus capitulaciones matrimoniales⁴»*. De allí que declaró la nulidad sustancial absoluta de la escritura pública número 3797 del 18 de diciembre de 2008.

² Fol. 53, c. 2.

³ Fol. 653, Cd. minutos 44:02 a 45:02

⁴ *Ejusdem*, Cd. minutos 50:14 a 50: 26

En efecto, se aseveró que *«hay una nulidad absoluta sustancial ya que se desconoció lo previsto en el artículo 1774 al cual ya hice alusión, la cual no podían los cónyuges, ni siquiera de mutuo acuerdo variar el contenido de dichas capitulaciones matrimoniales, por ello al haberse desconocido necesariamente, lo reitero la liquidación de la sociedad conyugal suscrita a través de escritura pública 3797 del 18 diciembre del año 2008 es nula pero por nulidad absoluta sustancial, mas no por ninguna cláusula de vicio del consentimiento⁵»*. A su turno, *«ordenó rehacer el trámite de liquidación de la sociedad conyugal bajo los parámetros indicados»*. En consecuencia, canceló el registro de las hijuelas y adjudicaciones efectuadas en razón al acto partitivo. Sin embargo, negó la nulidad del acta de conciliación suscrita por las partes de 14 de mayo 2010. Finalmente, condenó en costas al extremo demandado.

Inconforme, el apoderado de la pasiva impetró recurso de apelación.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal halló acreditados los presupuestos procesales para proferir decisión de fondo. No advirtió vicio que pudiese afectar el trámite. Seguidamente, pasó al fondo del asunto. Destacó que la pretensión principal que enmarca el litigio procura retrotraer *«los efectos del contrato de liquidación de la sociedad conyugal de las partes consignado en la Escritura No. 3797 del dieciocho (18) de diciembre de dos mil ocho (2008), otorgada ante la Notaría Treinta del Círculo Notarial de Bogotá D. C., por desconocerse en ella las capitulaciones matrimoniales contenidas en la Escritura Pública N.º 2306 del nueve (09) de junio de dos mil cuatro*

⁵ Fol. 653. C. 1. Audiencia de instrucción y juzgamiento. Minutos 51:47 a 52:02.

(2004)». Señaló que, según el artículo 1405 del Código Civil, *«las particiones se anulan o se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos»*. A su turno, apuntó que los artículos 1740 y 1741 determinan las circunstancias en que el contrato es pasible de nulidad absoluta o relativa. Enfatizó en que quien pretende la nulidad contractual deberá cumplir con la carga probatoria impuesta. De suerte que acometió el estudio de los siguientes elementos probatorios:

i. Copia de la escritura pública número 2306 del 09 de junio de 2004, otorgada en la Notaría Veinticuatro de Bogotá D.C., suscrita por Andrés de Jesús Duque Peláez y Leslie Mercedes Stipek Álvarez, en que celebraron capitulaciones matrimoniales. Indicaron *«cuáles son los bienes que a la fecha les pertenecían, los que acordaron “excluir de manera definitiva de la futura sociedad conyugal a formar” así como “los bienes que los cónyuges adquieran como donaciones, legados o herencias y todos los demás que de una forma gratuita u onerosa adquieran” “que tampoco formarán parte de la futura sociedad conyugal los bienes que en el futuro adquiera cada cónyuge con un producto de su propio trabajo” y que de forma conjunta administran los bienes que adquieran dentro de la sociedad conyugal»*⁶.

ii. Copia del registro civil de matrimonio de Andrés de Jesús Duque Peláez y Leslie Mercedes Stipek Álvarez, celebrado el 12 de junio 2004, con la nota marginal: *«existencia de capitulaciones matrimoniales»*.

iii. Copia de escritura pública número 03797 del 18 de diciembre 2008, con la cual las partes disolvieron y

⁶ Fol. 78 Cdno. 9.

liquidaron la sociedad conyugal. Se aseveró *«que teniendo en cuenta lo pactado en las capitulaciones matrimoniales, en que se acordó “excluir de manera definitiva de la futura sociedad conyugal los bienes que los cónyuges adquirieran como donaciones, legados o herencias y todos los demás que de una forma gratuita u onerosa adquirieran (...), así como los demás bienes que en el futuro adquiriera cada cónyuge con el producto de su propio trabajo (...) al igual que las valorizaciones y rendimientos de los bienes excluidos de la sociedad conyugal (...), eliminando las principales fuentes de ganancialidad establecidas en la ley (verbi gratia, adquisiciones a título oneroso, productos del trabajo los cónyuges y frutos de los bienes propios), las partes con el fin de evitar y precaver futuros conflictos entre ellos relacionados con el régimen de bienes de su matrimonio han decidido realizar la partición de su sociedad conyugal (...) por lo que se repartieron los bienes adquiridos en vigencia de la sociedad conyugal»*⁷.

iv. Así como el acta de conciliación 0239 del 12 de mayo de 2010, la escritura pública núm. 5662 del 15 de agosto de 2007, el proceso ejecutivo de alimentos en contra del demandante, el pleito de designación de administrador del apartamento 601 Torre 4 del Conjunto Residencial Rosales Reservado y las declaraciones de Rosadelia Parra Carrillo, Elizabeth Carioni Denyer, Sonia Marcela Pulido Blanco, Dianni Willma Baquero Lozano y los interrogatorios de las partes. Puso su atención en el fallo de primer grado y señaló que no es coherente el proceder de la *a quo*, comoquiera que negó la nulidad de la conciliación por no haber invocado la causal de nulidad, pero no advirtió dicho reparo frente a la pretensión de la liquidación de la sociedad conyugal, *«frente a la que tampoco se hizo claridad sobre causal alegada»*. Sostuvo que

⁷ Fol. 79 C.9.

«lo que la hermenéutica y coherencia indican es que donde hay la misma razón de hecho “no se invoca causal de nulidad específica” debe haber la misma razón de derecho: declarar la nulidad en esas condiciones desconoce el derecho de contradicción de la contraparte». No obstante, procedió a interpretar la demanda dentro de los linderos fijados por las partes «en su recurso de apelación y en la réplica, que es finalmente para lo que se habilita su competencia en la segunda instancia». Así mismo, indicó que la pretensión principal de nulidad de la escritura pública de partición de la liquidación de sociedad conyugal, estriba en dos aspectos: i) «falta de alguno de los requisitos formales que la ley prescribe para que sea válido el acto partitivo, pues fueron desconocidas las capitulaciones matrimoniales contenidas en la Escritura Pública N° 2306 del 9 de junio de 2004 otorgada en la Notaría Veinticuatro de Bogotá», y ii) «vicios en el consentimiento del señor **ANDRÉS DE JESÚS DUQUE PELÁEZ**, cuando indica que suscribió la disolución de la liquidación de la sociedad conyugal, con el convencimiento de que era jurídicamente procedente liquidar una Comunidad de bienes y de pasivos». Respecto de la primera causal de nulidad -consagrada en el canon 1741 del Código Civil-, estimó que «la existencia de capitulaciones matrimoniales no constituye per se impedimento para la liquidación de la sociedad conyugal, a menos que el pacto previo al matrimonio consistiera en que los futuros cónyuges no la contraen, valga decir, que se someten a un régimen de separación de bienes, porque en tal caso la liquidación no tendría objeto y ciertamente no se podrían desconocer los términos de las capitulaciones como prohíbe el artículo 1778 del Código Civil». Sin embargo, apuntaló que la existencia de la sociedad conyugal nunca fue discutida, sino que, por el contrario, la controversia se centró «en los alcances de las capitulaciones, valga señalar en las exclusiones que se dice pactaron referidas a toda clase de bienes de modo que ninguno de los bienes adquiridos por los contrayentes a cualquier título podría ser objeto de liquidación y deben volver a su estado anterior».

Por su parte, censuró la interpretación que de las capitulaciones realizó el Juzgado *a quo*, al entender que se conformó una sociedad de sólo deudas, *«pues, si se contraen deudas sociales, necesariamente habrá que determinar un patrimonio social para cubrirlas, a menos que se pretenda legalizar una defraudación, lo que sería contrario a la moral social, tal como lo proscribe el artículo 1773 del Código Civil»*. A su turno, al descender a la interpretación propuesta por la parte demandante, a saber, que *«las capitulaciones tuvieron como finalidad excluir de la sociedad conyugal los bienes adquiridos antes del matrimonio y aquellos que durante el matrimonio se adquirirán a título gratuito»*, apuntaló que tal entendimiento -que, además es compartido por ambas partes- *«parece adecuarse al texto completo del pacto de capitulaciones, si se considera que en diversas cláusulas los futuros contrayentes admitieron que en su matrimonio sí se conformaría sociedad conyugal»*. Seguidamente, tras estudiar el tenor de las estipulaciones quinta, sexta y octava, concluyó que *«[l]o que se plantea a título de nulidad absoluta por ausencia de requisitos que la ley prevé para ciertos actos, es en realidad, una de las interpretaciones que admite el contrato de capitulaciones matrimoniales, y la ley no prevé nulidad por interpretación de los contratos, menos aún con la entidad de nulidad absoluta»*. Aunado a ello, reparó que *«a lo sumo podría interpretarse como la nulidad o rescisión por desequilibrio contractual por indebida interpretación del pacto, lo que equivale a una lesión enorme, que es justamente el contenido y las pretensiones subsidiarias, pero de manera alguna nulidad procedente de requisitos sustanciales»*. De tal forma que el actor *«no demostró la causal de nulidad absoluta por falta de requisitos que la ley prescribe para el negocio jurídico de liquidación de la sociedad conyugal»*.

Por otro lado, en lo que concierne con la segunda causal de nulidad alegada -relativa a la existencia de vicios del

consentimiento al momento de suscribir la Escritura Pública 3797 del 2008-, evidenció que lo alegado se trata de un error de derecho, consistente en el desconocimiento de la irrevocabilidad de las capitulaciones matrimoniales. Sin embargo, a la luz del artículo 1509 del Código Civil, el desconocimiento de la ley *«no vicia el consentimiento y por ende mal puede derivar en la pretendida nulidad, máxime cuando se ha establecido que las partes contaron con asistencia jurídica calificada»*. Y, aún si se considerara que lo cometido fue un error de hecho, *«lo cierto, es que, en este asunto, este vicio tampoco se encuentra probado, pues los bienes y deudas se contrajeron en vigencia del matrimonio, y no se aportó prueba para controvertir este aspecto»*.

Ahora bien, en lo que concierne a las pretensiones subsidiarias, relativas a la revisión de la citada escritura 3797 -por faltar la simetría contractual en porcentaje que representa lesión enorme para el señor Duque Peláez-, no evidenció el desequilibrio denunciado. Al respecto, observó que *«el valor del apartamento designado en la liquidación es inferior al de adquisición consignado en la Escritura Pública N.º 5662 del 15 de agosto de 2007 otorgada en la Notaría Veinticuatro de Bogotá, en que ANDRÉS DE JESÚS DUQUE PELÁEZ y LEISLIE MERCEDES STIPEK ÁLVAREZ compraron el apartamento 601 de la Torre 4, los Garajes 17 a 21 y el Depósito N.º 2 del Conjunto Residencial Rosales Reservado, por la suma de \$1.332.000.000, pagados \$532.000.000 en efectivo como cuota inicial y \$800.000.000 con el crédito hipotecario otorgado por el Banco BBVA; pero como la adjudicación fue porcentual, la apreciación o depreciación del bien afecta o perjudica a los dos contratantes»*. Y agregó que *«por lo tanto, aun teniendo en cuenta el valor de adquisición de los bienes ubicados en el Conjunto Residencial Rosales Reservado, esto es, la suma de \$1.332.0000.000 pesos, las adjudicaciones efectuadas a los señores ANDRÉS DE JESÚS DUQUE PELÁEZ y LESLIE MERCEDES*

STIPEK ÁLVAREZ, del activo como del pasivo son proporcionales, incluso la demandada asumió un valor del pasivo superior en \$13.000.000 de pesos adjudicado al demandante. No se ve entonces el detrimento patrimonial lesivo que aduce el demandante». A su turno, estudió la adjudicación de recompensas y de pasivos, para derivar que «ni por adjudicación de los activos, ni por la responsabilidad asumida con el pasivo social, encuentra el Tribunal desequilibrio en las adjudicaciones en la proporción lesiva alegada por el demandante; por el contrario, en uno y otros se guardó la equidad que legalmente corresponde en esta clase de reparto de bienes».

Inconforme, el pretensor interpuso la impugnación extraordinaria, concedida en proveído de 22 de junio de 2017.

III. LA DEMANDA DE CASACIÓN

La censura se irguió sobre cuatro cargos, los dos primeros enderezados por la senda de la violación directa de la ley sustancial. El tercero por la indirecta y el último por la vía de la falta de congruencia. La Sala resolverá de entrada el cuarto cargo, por referir a un error *in procedendo*. Después, despachará el cargo segundo. Los cargos primero y tercero serán resueltos conjuntamente, por atender a situaciones fácticas y jurídicas próximas.

A. CUARTO CARGO

Bajo la causal tercera de casación, el censor denunció la sentencia del *ad quem* de no estar en consonancia con los hechos, la subsanación y la reforma de la demanda, así como

con las pretensiones planteadas. Al respecto, precisó que *«el ad quem, entendió el objeto del litigio luego de revisar el alcance de la pretensión, pronunciándose de manera incompleta, por un lado, y del otro, extendiéndose a lo debatido en el proceso»*. Sostuvo que lo pretendido *«era obtener de manera principal la declaratoria de nulidad absoluta sustancial de la Escritura de Disolución y Liquidación de la Sociedad Conyugal No. 3797 del 2008 de la Notaría 30 de Bogotá, por desconocer el contenido de las Capitulaciones Matrimoniales contenidas en la Escritura 2306 de 2004 de la Notaría 24 de Bogotá, es más, así lo reconoció en el fallo de segunda instancia (página 17 de la sentencia)»*. Pese a lo anterior, al momento de resolver la alzada, el Tribunal *«no solo peca por sus falencias, sino también por sus excesos, pero para comprenderlos y hacerlos patentes a la razón, se hace necesario traer a colación los artículos 280 y 281 de la norma procesal»*. A su juicio, el Colegiado transgredió tales preceptos pues *«no incluye de manera expresa y clara en la parte resolutive, la decisión tomada sobre las pretensiones propuestas en la demanda. Obsérvese, como en la sentencia censurada el colegiado desvirtúa la norma citada al incluir antes de la fórmula administrando justicia (...), un acápite denominado Conclusiones, el cual, sí contiene la negación de la pretensión y optó por no declarar la nulidad de la escritura de Disolución y Liquidación de la Sociedad Conyugal, so pretexto de que no se demostraron los hechos que sustentan las pretensiones principales»*. Por el contrario, en la parte resolutive únicamente se limitó a informar de manera genérica que se negaban la totalidad de las peticiones.

CONSIDERACIONES

1.- Se aduce la incursión del Tribunal en un error *in procedendo*, comoquiera que el *ad quem* omitió incluir de manera expresa y clara en la parte resolutive la decisión

tomada sobre las pretensiones de la demanda. Porque *«solo se limitó a informar de manera genérica, que se negaban las principales y subsidiarias»*. Sobre el particular, debe recordarse que la sentencia censurada fue totalmente adversa a las pretensiones de la demanda. Tal circunstancia implica, de entrada, que la providencia no sea pasible de cuestionarse bajo la causal tercera de casación. Esto es, la determinación absolutoria implicó la resolución completa de la acción. Si bien tal regla encuentra su excepción en los casos en que *«el juzgador se aparta de los hechos aducidos por las partes y sólo con base en los que supone o imagina procede a la absolución»* (CSJ SC del 26 de septiembre de 2000, rad. 6388) y *«cuando declara probadas sin alegación de parte cualquiera de las excepciones denominadas por la doctrina como ‘propias’, es decir, las de prescripción, nulidad relativa y compensación»* (CSJ, SC del 22 de abril de 2009, rad. 2000-00624-01, ambas citadas en SC1258-2022), ninguna de tales hipótesis se estructura -ni fue alegada- a partir de los planteamientos basamento de la acusación.

En efecto, lo argüido por el casacionista refiere a que en la parte resolutive se omitió pronunciar frente a la totalidad de las pretensiones principales y subsidiarias. Disquisición que está lejos de denunciar una incongruencia fáctica (en ningún momento mencionó si existieron circunstancias de tiempo, modo o lugar inventadas por el *ad quem*) ni se denunció la declaratoria de excepciones propias que no hubiesen sido invocadas. Adicionalmente, no es cierto que el Tribunal no se hubiera pronunciado frente a la totalidad de los pedimentos pues, al momento de revocar la sentencia de primera instancia, el *ad quem* negó *«las pretensiones principales*

y subsidiarias de la demanda, por lo expuesto en precedencia y se condena en costas de la primera». Resolución con la cual abarcó la totalidad de las súplicas principales y subsidiarias incoadas en el libelo inicial.

Esta Sala, en un caso con connotaciones similares, sostuvo lo siguiente:

*«3. En el proveído objeto del cargo, y por ende, de estas apreciaciones, el Tribunal, luego de “**REVOCAR** la sentencia de primera instancia”, resolvió: “**ABSOLVER al MUNICIPIO DE ARMENIA** de todas las pretensiones de la demanda”.*

4. El recurrente tildó dicho pronunciamiento de incongruente, como quiera que, habiendo el juzgado del conocimiento accedido a las pretensiones principales, entendió que el ad quem solamente se pronunció sobre éstas, y por ende, dejó sin resolver las subsidiarias.

5. Tal argumentación luce alejada de la realidad objetiva que emana de la decisión adoptada, puesto que, como ya se reseñó, la citada Corporación, luego de aniquilar el proveído de primer grado, absolvió al ente accionado “de todas las pretensiones de la demanda” (se subraya), determinación que, como con nitidez absoluta se aprecia, es comprensiva de los pedimentos principales y subsidiarios incoados en el libelo introductorio, en tanto que no hizo distingos de ninguna naturaleza, , por el contrario, aludió a “todas” las súplicas allí formuladas, se reitera» (CSJ SC1258-2022).

2.- Aunado a lo anterior, el censor se limitó a transcribir los fundamentos de hecho y las pretensiones esbozadas en la demanda y en su reforma. Se omitió, empero, efectuar la indispensable labor de cotejo que la jurisprudencia de esta Sala ha impuesto cuando se invoca la causal tercera de casación. Ciertamente, esta Corporación ha esgrimido que:

«el juzgador decide el [juicio] por fuera de las pretensiones o excepciones probadas en el caso (extra petita), o más allá de lo pedido (ultra petita), o cercenando lo que fue objeto de alegación y demostración (citra petita). También se configura cuando la sentencia no guarda correlación con las ‘afirmaciones formuladas por las partes’, puesto que es obvio que el juez no puede hacer mérito de un hecho que no haya sido afirmado por ninguna de ellas. Y se ha reconocido, asimismo, que la incongruencia como causal de casación se da en los eventos en los que se presenta ‘una desviación del tema que fue objeto de la pretensión deducida en la sustentación del recurso’ (La subraya es para resaltar) (AC280-2021, 8 feb., rad. 2013-00031-02).

El proceso civil contiene una relación jurídico–procesal en virtud de la cual la actividad de las partes y el campo de decisión del juez quedan vinculados a los términos de la demanda y su contestación. Por tanto, «(...) los hechos y las pretensiones de la demanda, y las excepciones del demandado trazan, en principio, los límites dentro de los cuales debe el juez decidir sobre el derecho disputado en juicio; por consiguiente, la incongruencia de un fallo se verifica mediante una labor comparativa entre el contenido de lo expuesto en tales piezas del proceso y las resoluciones adoptadas en él, todo en armonía con el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil [hoy 281 del Código General del Proceso]; de ese modo se podrá establecer si en verdad el juzgador se sustrajo, por exceso o por defecto, a tan precisas pautas (CSJ SC, 6 Jul. 2005, rad. 5214; CSJ SC, 1º nov. 2006, rad. 2002-01309-01)» (CSJ SC11331-2015, 27 ago., rad. 2006-00119-01; reiterado en CSJ AC2115-2021, 2 jun., rad. 2013-00193-01).

La Sala ha sido enfática al recabar, que «(...) no es suficiente con esbozar una falta de coherencia en lo decidido, sino que su planteamiento, para que sea completo, debe comprender la contraposición del fallo con todos los elementos debatidos al interior del litigio y que incidirían en su proferimiento, esto es la demanda, la contestación y las excepciones propuestas (...) de tal manera que aparezca de bulto una real desarmonía con el contexto (...)» (CSJ AC6075-2021, 16 dic., rad. 2018-01593-01)» (Subrayado de la Sala. CSJ AC999-2022, citada en AC1791-2022).

Por el contrario, el argumento únicamente se circunscribe a reiterar lo que se dijo en la demanda y a

aseverar, sin fundamento alguno -pues sobre esto no existió ningún desarrollo- que *«el ad quem no solo peca por sus falencias, sino también por sus excesos»*⁸. Sin embargo, se insiste, no especificó en dónde radicó el exceso o la falencia del Tribunal.

3.- En una palabra, el cargo no prospera.

B. SEGUNDO CARGO

Bajo la causal primera de casación se acusó la providencia de segundo grado de ser violatoria en forma directa de la ley sustancial, por interpretación errónea de los artículos 1405, 1740, 1741, 1773, 1778 y 1509 del Código Civil. Esto, pues *«el juzgador de segunda instancia, al llevar a cabo la elección de la norma fundante del caso aquí debatido, no obstante, haber elegido de manera correcta las normas sustanciales a aplicar incurrió en error acerca del alcance jurídico de ellas»*. Tras reiterar los argumentos de derecho expuestos en el primer cargo sobre la irrevocabilidad de las capitulaciones matrimoniales, su definición y el efecto de ineficacia absoluta del negocio que pretenda alterarlas, estimó que el Tribunal aplicó indebidamente el canon 1741 al *«darle la misma entidad de nulidad a la contenida en el artículo citado»*, error que desplazó *«por completo la obligación del juzgador en declarar de oficio la nulidad sustancial cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato, es decir, a dos preceptos legales, les concede los mismos efectos jurídicos pero negativamente, es decir desviándose de la consecuencia jurídica que dimana de ambos preceptos»*. En tal virtud, cuando el Tribunal

⁸ También había sostenido que *«el ad quem, entendió el objeto del litigio luego de revisar el alcance de la pretensión, pronunciándose de manera incompleta por un lado, y del otro, extendiéndose a lo debatido en el proceso»*. Sin embargo, al respecto tampoco hubo desarrollo alguno.

señaló que *«la existencia de capitulaciones matrimoniales no constituye per-se impedimento para la liquidación de la sociedad conyugal, a menos que el pacto previo al matrimonio consistiera en que los futuros cónyuges no la contraen, valga decir, que se someten a un régimen de separación de bienes, porque en tal caso la liquidación no tendría objeto y ciertamente no se podrían desconocer los términos de las capitulaciones como lo prohíbe el artículo 1778 del C.C.»* Lo cierto es que *«como punto de partida interpretó mal la norma y de paso simultáneamente irradió con su mismo desatino el artículo 1778 del Código Civil, por cuanto la irrevocabilidad de las capitulaciones precisamente radica en que no pueden ser modificadas ni aún con la intervención de las partes que inicialmente las acordaron, pues le hizo decir a la norma últimamente citada lo que ella no señala, es decir que en últimas subordinó su alcance a lo señalado en el 1741. Lo anterior por supuesto llevó al juzgador de segunda instancia a acentuar su discurrir errado en frente del alcance jurídico tanto del artículo 1741 como del 1778 del C.C.»*. Por otra parte, en cuanto al pronunciamiento sobre las pretensiones subsidiarias, consideró que se realizó *«una mixtura jurídica de dos clases de nulidades con diversos efectos jurídicos y frente a la protección de normas que de manera completa han regulado situaciones particulares»*.

En síntesis, estimó que se configuró un error de interpretación pues *«al ser irrevocables las capitulaciones y existir un negocio jurídico posterior que contravenía lo allí estipulado, lo correcto o razonable que devenía de su correcto entendimiento consistente en generar la consecuencia que por imperativo legal dimana de los mencionados preceptos, consistente en dejar sin eficacia los contratos que con posterioridad al negocio jurídico de las convenciones matrimoniales han celebrado los cónyuges. Basta a tal efecto, que aparezca de manifiesto el flagrante irrespeto a la prohibición contenida en el artículo 1778 del C.C., sobre la imposibilidad de modificar el*

régimen patrimonial previo al matrimonio contenido en la respectiva convención».

CONSIDERACIONES

1.- En este motivo de casación, el censor alegó la vulneración directa de la norma sustancial por interpretación errónea de los artículos 1405, 1509, 1740, 1741, 1773 y 1778 del Código Civil. En síntesis, criticó que *«no obstante, haber elegido de manera correcta las normas sustanciales a aplicar incurrió en error acerca del alcance jurídico de ellas»* consistente en darle al artículo 1741 *«la misma entidad de nulidad»* de la prescrita en el 1740, con lo cual desplazó *«por completo la obligación del juzgador en declarar de oficio la nulidad sustancial cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato, es decir, a dos preceptos legales, les concede los mismos efectos jurídicos pero negativamente, es decir desviándose de la consecuencia jurídica que dimana de ambos preceptos»*. Además, adujo que hizo decir al artículo 1778 *ejusdem* algo que la norma no señala, *«por cuanto la irrevocabilidad de las capitulaciones precisamente radica en que no pueden ser modificadas ni aún con la intervención de las partes que inicialmente las acordaron»*. A su turno, aseveró que el Tribunal realizó una mixtura jurídica de dos clases de nulidades con diversos efectos jurídicos al *«tipificar subsidiariamente el caso debatido»*.

2.- El alegato esgrimido por el casacionista no tiene vocación de prosperidad. En efecto, además de que adolece de falta de claridad tampoco es preciso, habida cuenta de que distorsiona los fundamentos del fallo proferido por el Tribunal.

2.1. Tal como se dijo en precedencia, el argumento medular del casacionista se circunscribe a afirmar que el *ad quem* interpretó indebidamente el artículo 1741 del Código Civil, pues le otorgó la misma entidad de nulidad a la «*contenida en el artículo citado*» -se infiere que refiere al artículo 1740 *ejusdem*-. Con lo que desplazó la obligación del juzgador en declarar de oficio la «*nulidad sustancial*». De manera que a los artículos 1740 y 1741 les concedió los mismos efectos jurídicos «*pero negativamente, es decir desviándose de la consecuencia jurídica que dimana de ambos preceptos*».

2.2. Sin embargo, en ningún momento el Juez Colegiado obró de tal forma. Y esto es así por cuanto no halló probados los supuestos de la nulidad alegada en las pretensiones. Además, evidenció que más allá de la existencia de alguna causal de nulidad del acto jurídico -ya fuera relativa o absoluta- lo que se presentó en el caso en concreto fue una discordancia entre las partes sobre la interpretación de las capitulaciones matrimoniales.

Ciertamente, el Tribunal coligió que el artículo 1740 del Código Civil aludía, de modo general, al concepto de «*nulidad del contrato*» y mencionaba las clases existentes, al turno que el 1741 las exponía de manera particular. En ese orden, explicó que «*será de forma absoluta, cuando su celebración involucre "objeto o causa ilícitos", o bien cuando se "omite algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a su naturaleza y no a la calidad de las personas que los ejecutan", salvo cuando se celebra por persona absolutamente incapaz*».

(artículo 1741 del C. C.)). Y que «será nulo relativamente el contrato afectado por otros defectos, como la incapacidad relativa de los contratantes, incapacidades especiales o particulares, vicios del consentimiento y lesión enorme». Desde tal perspectiva fue que analizó el cumplimiento de la carga probatoria de quien pretende la declaratoria de nulidad contractual.

Efectuado el correspondiente análisis factual, evidenció que el demandante no indicó «puntualmente cuál o cuáles son las causales que invoca para solicitar la nulidad de la Escritura Pública 3797 del 18 de diciembre de 2008, limitándose en los fundamentos de derecho, a decir que las normas aplicables son los artículos 1502 y s.s., 1740 y s.s. y 1.771 y s.s. del Código Civil; si bien en el interrogatorio habla de error, coacción y disminución psicológica». Por lo que, al interpretar la demanda, respecto de las pretensiones principales advirtió que «la pretensión principal de nulidad de la Escritura Pública de partición de la liquidación de sociedad conyugal de las partes, estriba en dos aspectos: 1) falta de alguno de los requisitos formales que la ley prescribe para que sea válido el acto partitivo, pues fueron desconocidas las capitulaciones matrimoniales contenidas en la Escritura Pública N° 2306 del 9 de junio de 2004 otorgada en la Notaría Veinticuatro de Bogotá y; 2) Vicios en el consentimiento del señor ANDRÉS DE JESÚS DUQUE PELÁEZ, cuando indica que suscribió la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, con el convencimiento de que era jurídicamente procedente liquidar una comunidad de bienes y de pasivos». El primer aspecto, dentro del ámbito de la nulidad absoluta y, el segundo, en el de la nulidad relativa.

Así pues, no se advierte que el *ad quem* haya mezclado indebidamente ambos preceptos. En lo que concierne con la falta de los requisitos formales que la ley prescribe para la validez del acto partitivo -causal que cobija la transgresión

del canon 1778 del Código Civil-⁹, la Sala entendió que la nulidad pretendida era la absoluta, solo que no la halló probada. De manera que no aplicó la consecuencia jurídica de ninguna de las dos normas que invoca el casacionista. Y esto fue así porque *«el punto de discusión se centra en los alcances de las capitulaciones, valga señalar en las exclusiones que se dice pactaron referidas a toda clase de bienes de modo que ninguno de los bienes adquiridos por los contrayentes a cualquier título podrían ser objeto de liquidación y deben volver a su estado anterior»*. En tal sentido, no se trata de que el juez de segundo grado hubiera aplicado o no los efectos de los artículos 1740 y 1741 de forma entremezclada -lo cual, valga decirlo, tampoco es posible pues una norma deriva de la otra-. Sino que evidenció que la controversia versaba sobre la manera en que cada contratante interpretó el convenio capitular. Más allá de la existencia de algún defecto que afectara la validez del acto jurídico en cuestión.

En ese orden de ideas, encontró evidente que no era posible analizar dicho acto jurídico en la forma en que lo había hecho el juez de primera instancia, pues tal análisis iba en contra del orden público. A su turno, le halló la razón a la demandada, quien *«interpreta que las capitulaciones tuvieron como finalidad excluir de la sociedad conyugal los bienes adquiridos antes del matrimonio y aquellos que durante el matrimonio se adquirieran a título gratuito, interpretación que dio lugar a la liquidación de la sociedad conyugal, entendimiento que en principio fue compartido por*

⁹ Véase que, al denunciar la modificación posterior de las capitulaciones matrimoniales mediante el acto partitivo, lo que se está poniendo de presente es la ausencia los requisitos formales que la ley dispone para la validez del acto partitivo como causal de nulidad absoluta del acto. Y es que una convención postnupcial que pretenda modificar el régimen matrimonial consagrado en las capitulaciones, ha de recibirse como jurídicamente imposible.

ambas partes y que parece adecuarse al texto completo del pacto de capitulaciones, si se considera que en diversas cláusulas los futuros contrayentes admitieron que en su matrimonio si se conformaría sociedad conyugal». A la postre, se concluyó que «lo que se plantea a título de nulidad absoluta por ausencia de requisitos que la ley prevé para ciertos actos, es en realidad, una de las interpretaciones que admite el contrato de capitulaciones matrimoniales, u la ley no prevé nulidades por interpretación de los contratos, menos aún con la entidad de nulidad absoluta».

2.3. Así las cosas, no se observa cómo el Tribunal interpretó indebidamente los artículos 1740 y 1741 del Código Civil¹⁰, o que se halla desviado *«de la consecuencia jurídica que dimana de ambos preceptos»*. Por la misma senda, tampoco es manifiesto cómo se transgredió el artículo 1778 del Código Civil al, supuestamente, subordinar *«su alcance a lo señalado en el 1741»*. Frente a dicha disposición se aseveró que *«la existencia de capitulaciones matrimoniales no constituye per-se impedimento para la liquidación de la sociedad conyugal, a menos que el pacto previo al matrimonio consistiera en que los futuros cónyuges no la contraen, valga decir, que se someten a un régimen de separación de bienes, porque en tal caso, la liquidación no tendría objeto y ciertamente no se podrían desconocer los términos de las capitulaciones como lo prohíbe el artículo 1778 del Código Civil»*. Interpretación de la cual no se desprende ninguna incorrección jurídica. Máxime cuando se tiene en cuenta que la falta de aplicación de las consecuencias del

¹⁰ Normas que, además, no ostentan el carácter de sustancial. Al respecto, sobre el 1740, esta Sala ha manifestado que *«Tampoco sucede así con las disposiciones de la codificación civil que refirió, (...) el 1740 es netamente definitorio, pues precisa qué es la nulidad y sus modalidades (CSJ AC2270-2021, 16 jun., rad. 2013-00176-01), lo que quiere decir que no contienen una «prescripción enderezada a declarar, crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas concretas»*. AC2268-2022. Y, en lo que respecta al canon 1741, esta Sala ha asegurado que *«no reviste el apuntalado carácter más que en su último inciso, que no es precisamente al que alude el censor»* (CSJ, AC4858 de 2017, rad. 1998-01235, CSJ, AC91 de 12 ag. 1988, citados en SC1834-2022), más aún cuando el párrafo final no fue invocado en la alegación, pues la temática del cargo es la nulidad absoluta.

artículo 1778 del Código Civil se dio porque, al interpretar el convenio capitular, advirtió que la Escritura Pública 3797 del 2008 no implicaba ninguna modificación o alteración de estas. Y no por la indebida apreciación del canon 1741.

2.4.- Así las cosas, es claramente desenfocado el alegato esgrimido por el casacionista, que no ostenta relación alguna con los fundamentos de derecho desarrollados por el *ad quem*. Sobre el desenfoque, esta Sala ha aseverado que consiste: *«en que el extremo recurrente asume los razonamientos de la sentencia de forma diversa a lo realmente plasmado en ella, lo cual, por sí solo, es suficiente para no dar curso a un reproche desarticulado respecto de la decisión criticada»* (AC3167-2022). Además, en fallo precedente sostuvo que *«(...) ‘la Corte ha señalado que ‘[d]e manera, pues, que en esas condiciones el reproche resulta desenfocado, en la medida en que no guarda una estricta y adecuada consonancia con lo esencial de la motivación que se pretende descalificar’ (...) o que ‘resulta desenfocado, pues deja de lado la razón toral de la que se valió el ad quem para negar las pretensiones (...) Ignorado fue, entonces, el núcleo argumentativo del fallo impugnado, haciendo del cargo una embestida carente de precisión, pues apenas comprende algunas de las periferias del asunto, lo cual anticipa su ineficacia para propiciar el pronunciamiento de la Corte»* (CSJ AC 23 nov. 2012, rad. 2006-00061-01).

2.5.- Por otro lado, adujo que el Tribunal acentuó su extravío al tipificar subsidiariamente el caso debatido en el régimen de las nulidades relativas bajo la modalidad de vicio en el consentimiento, pues realizó *«una mixtura jurídica de dos clases de nulidades con diversos efectos jurídicos y frente a la protección de normas que de manera completa han regulado situaciones*

particulares». Sin embargo, no se advierte el citado error, por cuanto el análisis de los dos tipos de nulidades denunciados por el actor se efectuó de manera separada. Además, el estudio de la controversia a partir de ambas perspectivas no se perpetró por capricho del juez colegiado. Sino como consecuencia de las múltiples y diferentes manifestaciones efectuadas por el demandante en el libelo inicial, comoquiera que adujo «en la demanda el señor ANDRÉS DE JEISÚS DUQUE PELÁEZ, que suscribió la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, con el convencimiento de que era jurídicamente procedente liquidar la comunidad de bienes y pasivos, error que causó graves perjuicios a su patrimonio, lo que pudiera entenderse como la alegación de un vicio del consentimiento por error (...), regulado en los arts. 1509 y siguientes del Código Civil, normas de las que se destaca, que según la legislación colombiana».

Ahora bien, si en lo que no está de acuerdo el censor es en la interpretación que de la demanda efectuó el Tribunal, lo cierto es que la vía directa no es el medio idóneo para erigir y dilucidar tal cuestión.

3.- Bajo las anteriores consideraciones, el cargo no está llamado a prosperar.

C. PRIMER CARGO

Al amparo de la causal primera de casación, se acusa la sentencia del Tribunal de violar directamente por aplicar indebidamente los artículos 1405, 1740, 1741, 1773, 1778 y 1509 del Código Civil. En orden a sustentarlo, sostuvo, en síntesis, que «de acuerdo con el ordenamiento civil, el régimen

patrimonial entre los cónyuges es susceptible de una regulación voluntaria, pero irrevocable después de la celebración del matrimonio o en su defecto entrada en vigor el régimen legal de la sociedad conyugal, pero en ambos casos, en ninguno de los dos eventos puede ser alterado por el mutuo consentimiento de los cónyuges». Dicho esto, estimó que el sentenciador de segundo grado se equivocó al elegir el canon 1741 del Código Civil como el llamado a resolver la controversia, pues «la norma que debió aplicar rectamente como punto de partida el sentenciador de segundo grado es la señalada por el 1778 del C.C. por regular tal precepto de una manera particular el caso aquí debatido».

A su turno, en cuanto a las pretensiones subsidiarias, evidenció que *«en punto a la elección del artículo 1947 del C.C. que el juzgador de segunda instancia relacionó con el artículo 1405 de la misma codificación, concerniente a la lesión enorme en las particiones, son de recibo las concisas razones que sustentan este cargo para señalar que tan poco, estas últimas normas, gobernaban el litigio aquí señalado. Por el contrario, en todo el trayecto de la sentencia aquí censurada, la norma llamada a gobernar la controversia lo era en línea de principio el artículo 1778 del C.C. que regula un evento específico adecuado a la cuestión jurídica objeto de debate, esto es, que, si el juzgado de segunda instancia la hubiese seleccionado y aplicado, habría arribado a una decisión diametralmente diferente a la que asumió en la parte resolutive de su fallo. En síntesis, habría confirmado la sentencia de primera instancia».*

D. TERCER CARGO

Con fundamento en la causal segunda de casación, censuró la sentencia de ser violatoria por vía indirecta de la ley sustancial, artículos 1740, 1741, 1773, 1778, 1509 y 1510 del Código Civil, como consecuencia de errores de

hecho manifiestos en: i) la errónea apreciación de la demanda inicial, la subsanación a la misma y su reforma respectivamente, haciéndoles decir lo que dichos escritos no dicen; ii) la errónea apreciación de la escritura pública número 3797 del 18 de diciembre de 2008 de la Notaría 30 del Círculo de Bogotá, al no dar por probada estando la ineficacia de dicha liquidación; iii) la errónea apreciación de la escritura pública número 2306 del 9 de junio de 2004 de la Notaría 20 del Círculo de Bogotá D.C., al no dar por probado estándolo que entre ellos existía un régimen de separación total de bienes; iv) la no apreciación por olvido del registro civil de matrimonio de las partes, mediante el cual está probado que, a partir de la fecha de su matrimonio, las capitulaciones matrimoniales comenzaron a regir o producir efectos jurídicos. En sustento de su tesis refirió que, si bien el Tribunal planteó de manera correcta la pretensión principal, lo cierto es que abandonó el camino jurídico a seguir para dar solución a las pretensiones principales de la demanda inicial. Tal desatino, a su juicio, *«tiene su punto de partida al traer a colación en la sentencia aquí censurada los arts. 1740 y 1741 del C.C. normas estas que no regulan el problema jurídico auspiciosamente anunciado por el Tribunal, es decir, las aplicó indebidamente como consecuencia del error de hecho manifiesto y ostensible en la apreciación de la demanda inicial, la subsanación a la misma y su reforma, los que de paso también le condujeron a cometer error de hecho manifiesto en la no apreciación correcta de la Escritura Pública No. 2306 del 9 de junio de 2004 otorgada en la Notaría 24 por los señores ANDRES DE JESUS DUQUE PELÁEZ y LESLIE MERCEDES STIPEK ALVAREZ y de la Escritura no. 3797 del 18 de diciembre del 2008 otorgada en la Notaría 30 del Círculo de Bogotá por los mismos señores, mediante la cual disolvieron y liquidaron la sociedad conyugal»*.

En efecto, de la lectura de la demanda reformada -tanto los hechos como las pretensiones- se podía concluir que *«la premisa inicial a partir de la cual podía entrar a dilucidar y decidir la controversia lo era a partir de la aplicación correcta del artículo 1778 del C.C., pero optó por extraviarse en aspectos no planteados en la demanda so pretexto de interpretarla aduciendo una imaginaria confusión en el libelo inicial y la subsanación y reforma. En tal forma por este aspecto el error de hecho es ostensible, manifiesto, grosero y raya con lo arbitrario»*, y al haberse decidido a partir de los artículos 1740 y 1741 del Código Civil. A continuación, transcribió las consideraciones esbozadas frente a la escritura pública 3797 del 2008 y, posteriormente, reiteró lo dicho frente a la inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales.

CONSIDERACIONES

1. El Tribunal concluyó que el demandante planteó, a título de nulidad absoluta por ausencia de requisitos que la ley prevé para ciertos actos, lo que en realidad es *«una de las interpretaciones que admite el contrato de capitulaciones matrimoniales, y la ley no prevé nulidades por interpretación de los contratos, menos aún con la entidad de nulidad absoluta»*. Llegó a tal discernimiento al evidenciar que ambas partes interpretaron *«que las capitulaciones tuvieron como finalidad excluir de la sociedad conyugal los bienes adquiridos antes del matrimonio y aquellos que durante el matrimonio se adquirieran a título gratuito, interpretación que dio lugar a la liquidación de la sociedad conyugal»*.

En ese orden, el negocio, en conjunto con la conciliación y con la escritura pública de partición, evidenciaban que *«las*

*capitulaciones tuvieron como finalidad excluir de la sociedad conyugal los bienes adquiridos antes del matrimonio y aquellos que durante el matrimonio se adquirieran a título gratuito, interpretación que dio lugar a la liquidación de la sociedad conyugal». Y esto es así pues una interpretación distinta de lo acaecido, como lo efectuó la juez a quo, conduciría a pensar en la posible existencia de una sociedad de solo pasivos. Al respecto, aseveró que «el Juzgado llega a interpretar el reclamo de nulidad como el pacto para la conformación de una sociedad de sólo deudas, interpretación que no sólo es contraria a cualquier lógica jurídica, pues, si se contraen deudas sociales necesariamente habrá que determinar un patrimonio social para cubrirlas, a menos que se pretenda legalizar una defraudación, lo que sería contrario a la moral social, tal como lo proscribiera el artículo 1773 del Código Civil». Sin embargo, para esta Sala, al decir que «lo que se plantea a título de nulidad absoluta por ausencia de requisitos que la ley prevé para ciertos actos, es en realidad, una de las interpretaciones que admite el contrato de capitulaciones matrimoniales», el ad quem otorgó validez a la **modificación -postnupcial-** que hicieron las partes respecto de las capitulaciones matrimoniales -a través de la Escritura Pública 3797 del 2008-.*

2. Sobre el particular, *ab initio*, se aclara que esta Sala no comparte la lectura del mencionado instrumento público. Como se sabe, la «sociedad conyugal existe desde el momento del matrimonio y hasta cuando queda en firme su disolución»¹¹. Esta sociedad es una *universatis juris*: es una reunión de derechos

¹¹ SC5233-2019, exp. 2011-00518-01. «Por el mero hecho del matrimonio se forma entre los cónyuges la sociedad conyugal que reglamenta la ley, y, por tanto, el haber social queda integrado por los bienes que detalladamente relaciona el artículo 1781 del Código Civil, con las modificaciones que tácitamente introdujo la ya citada ley 28 de 1932. el silencio de los desposados en aquella específica materia comporta acogimiento del sistema legal de sociedad conyugal» CSJ.SC.1 agosto de 1979 G.J., t CLIX. Postura reiterada en CSJSC 4855 de 2021. «Las sociedades conyugal o patrimonial con efectos concretos, no en potencia, nacen desde el matrimonio o cuando se conforma y consolida la unión marital de hecho, y perviven o permanecen, en general, durante su existencia».

subjetivos –estos con elementos «pasivos» y «activos»-. Incluso, uno solo de sus componentes, v.gr. un derecho de propiedad, como concepto complejo, puede albergar también «pasivos» y «activos». En el caso concreto, al acudir al instrumento público No. 2306 del 9 de junio del 2004¹², se advierte que las partes acordaron capitulaciones matrimoniales, en las que estipularon lo que viene:

2.1. Se excluyó del haber social los siguientes bienes de propiedad de Andrés de Jesús Duque Peláez, así como su valorización y rendimientos. El bien inmueble identificado con F.M.I. 50C-1339948. Las acciones suscritas y pagadas en favor de las sociedades Comercial Internacional de Equipos y Maquinaria S.A. – Navitrans S.A., Ducumeca S.A. y Eurotrans S.A. Las cuotas sociales en la sociedad Duque Duque y Cia S. en C. El aporte en el fideicomiso Corporación Club Payandé Helm Trust S.A. Una cuota equivalente al 5% que posee en los inmuebles de M.I. 50C-744243 y 50C-928226. Vehículos automotores Bus marca Agrale MA8.5TCA –con placas SQK892- y Bus Agrale MA8.5CA –con placas VDE722-. Así como «cualquier otro bien adquirido con anterioridad al matrimonio».

2.2. Se excluyeron del haber conyugal los siguientes bienes de propiedad de Leslie Mercedes Stipek Álvarez, así como su valorización y rendimientos. Apartamento identificado con F.M.I. 50C-1212301 y 50C-1212322. 1000 cuotas que se tienen en la sociedad Diseños y Modelos Praga

¹² Páginas 40-60 siguientes del PDF «CuadernoPrincipal».

E.U. Y «cualquier otro bien adquirido con anterioridad al matrimonio». En la cláusula quinta, pactaron «*excluír de manera definitiva de la futura sociedad conyugal que se va a formar, los bienes que los cónyuges adquieran como donaciones, legados o herencias y todos los demás que de una forma gratuita u honerosa (sic) adquieran, lo mismo que todos los demás bienes cuya fecha de adquisición sea anterior a la fecha; de la celebración del matrimonio y los que los cónyuges adquieran en subrogación de los bienes descritos anteriormente. Si son inmuebles la subrogación constará en la respectiva escritura pública. Si son muebles la subrogación constará por escrito firmado por ambos cónyuges*» (subrayado de la Corte). En la cláusula sexta, dijeron que «*tampoco formarán parte de la futura sociedad conyugal los bienes que en el futuro adquiera cada cónyuge con el producto de su propio trabajo*». En la estipulación séptima dijeron que «*[l]os otorgantes acuerdan que los pasivos o deudas que en la actualidad poseen o adquieran antes de la celebración del matrimonio serán a cargo de cada uno de ellos*». Y, finalmente, en la cláusula octava manifestaron que «*[e]n forma expresa y de común acuerdo comparecientes ANDRES DE JESUS DUQUE PELAEZ Y LESLIE MERCEDES STIPEK ALVAREZ manifiestan que administrarán en forma personal e independiente los bienes objeto de este inventario y conjuntamente los que adquirieran dentro de la sociedad conyugal*».

2.3. Sin embargo, contrario a lo esgrimido por el *a quo*, no es cierto que no hubiesen ingresado activos al patrimonio de la sociedad conyugal. Y, por tanto, no era necesario «interpretar» las capitulaciones matrimoniales a efectos de darles un alcance distinto al que tienen. En efecto, las partes omitieron pronunciarse frente a los «salarios y emolumentos de todo género de empleos y oficios devengados durante el matrimonio» y los «frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros de cualquier naturaleza que provengan, sea de los bienes sociales» o de los bienes propios

adquiridos durante matrimonio «y que se devenguen durante el matrimonio». Tales rubros no podrían ser incluidos dentro de la exclusión contenida en la cláusula sexta de las capitulaciones: las sumas dinerarias no podrían ser consideradas *«bienes que en el futuro adquiriera cada cónyuge con el producto de su propio trabajo».* En efecto, de la redacción de la cláusula, se tiene que las partes se refieren a aquellos bienes muebles o inmuebles que pueden ser adquiridos, por cada consorte, con los dineros recibidos por su labor. Mas no englobaría los salarios o emolumentos en sí mismos. En el recurso de apelación incoado, el apoderado de la demandada aseveró que *«es claro que respecto de los bienes que adquirieran los cónyuges a título oneroso durante la vigencia de la sociedad conyugal, formarían parte de ésta salvo aquellos que fueran adquiridos con el producto de su propio trabajo, de manera que cualquier otro que adquirieran con recursos provenientes de otra fuente distinta de su trabajo tales como préstamos, utilidades, dividendos o el dinero productos de donaciones que se invierta en comprar bienes, si entrarían a formar parte de la sociedad conyugal».* En ese mismo sentido, el apoderado del demandante consignó, en el escrito con el cual replicó la alzada, que *«resulta apenas lógico que si se acuerda que cada uno de los cónyuges excluye de la futura sociedad lo que adquiere con su propio patrimonio, se entiende que lo pretendido es protegerlo. Una cosa es aparecer en el registro de instrumentos públicos (en el caso de bienes inmuebles) como propietario y otro demostrar que ese bien fue adquirido con sus recursos, o que una deuda fue contraída por lo sociedad conyugal y realmente pertenezca a uno de los cónyuges por el giro ordinario de sus actividades personales o comerciales o para cubrir obligaciones de bienes excluidos de la sociedad».* Y, más adelante, que *«lo importante aquí no es demostrar formalmente que aparece como adquirente, por el contrario, es exhibir de quien son los recursos con los que se adquirió».* En ese orden de ideas, las cuentas por cobrar

denunciadas por las partes en el numeral décimo noveno de la escritura pública no. 3797, contrario a lo afirmado por las partes, sí eran activos sociales por cuanto se tratan de «derechos de cobro que se espera recibir en efectivo. Cuentas por cobrar a favor de LESLIE MERCEDES STIPEK ALVAREZ y a cargo de la sociedad DISEÑOS Y MODELOS PRAGA E.U NIT 860.502.422-1. Según certificación expedida por el Revisor Fiscal a 31 de diciembre de 2.007, dichas cuentas ascendían a la suma de: \$1.924.123.412.(...) Las siguientes cuentas por cobrar a favor de ANDRES DE JESUS DUQUE PELAEZ y a cargo de las personas relacionadas a continuación, figurantes en la declaración de renta del cónyuge ANDRES DE JESUS DUQUE PELAEZ, vigencia 2.007: (...) Total cuentas por cobrar \$950.764.644.00» en ese sentido, y al ser calificados como «salarios y emolumentos de todo género de empleos y oficios devengados durante el matrimonio». Esto también se predica respecto de los arriendos provenientes de los bienes propios obtenidos después de celebrado el matrimonio.

En una palabra, no sería posible aducir que la sociedad conyugal *sub examine* era una «sociedad de pasivos» ni era necesario modificar las capitulaciones por cuanto, se reitera, la sociedad conyugal sí contaba con diferentes «pasivos» y «activos».

3. Por otro lado, la partición de la sociedad conyugal efectuada en la escritura pública número 3797 del 18 de diciembre de 2008 podría, en principio, abrazar un vicio de nulidad -por objeto ilícito-. El trabajo de partición de la sociedad conyugal -acto jurídico *post nuptias*- podría aparejar el desconocimiento del acuerdo contenido en la

escritura pública 2306 del 9 de junio del 2004 -acto jurídico *ante nuptias*-.

3.1. El canon 1774 del Código Civil instruye sobre el carácter dispositivo-facultativo¹³ de la sociedad conyugal -al condicionar su existencia a la ausencia de pacto en contrario-. En ese sentido, se faculta a las partes no solo a modificar el régimen económico de la comunidad, sino también a impedir su surgimiento -todo ello como una clara manifestación de la autonomía de la voluntad-. En el punto, las capitulaciones se reciben, con respecto al contrato matrimonial,¹⁴ como un contrato accesorio: «*se establecen bajo la condición si nuptia sequantur*»¹⁵. Esto es, «*la concreción de sus efectos depende de la realización de ese rito*»¹⁶. Son una «*mera declaración de voluntad con efectos económicos, que nada desdice de la relación sentimental que da origen a una familia*»¹⁷. Deben ser expresamente pactadas por las partes: su estirpe contractual tiene un importante respaldo histórico¹⁸.

3.2. Según la regla universal contractual -artículo 1501 del Código Civil-, sus elementos se deben reconocer como supletivos -o de la naturaleza- y expresos -o accidentales-. «*El*

¹³ “Son facultativas para los futuros consortes. Si no las pactan, serán sometidos de pleno derecho al régimen matrimonial escogido para ellos por el legislador.” Jean Carbonnier. Droit Civil. Puf, París, 1955, pág. 131.

¹⁴ Y con respecto a la institución de la unión marital, claro está, SC-005 de 2021.

¹⁵ G. Baudry-Lacantinerie. Précis de droit civil. T. III. Larose et Forcel, París, 1886., p. 1. Condición suspensiva, sí, mas, sus efectos no son retroactivos.

¹⁶ SC2130-2021.

¹⁷ SC2222-2020.

¹⁸ Contrato este que ofrece algún “parecido de familia” con la *donatio ante nuptias*, los contratos de matrimonio, los pactos de mitad, pactos de unidad y pactos de hermandad. José Luis De los Mozos, «Comentarios a los artículos 1.344 al 1.410 del C.C.». En Albaladejo, Manuel (Dir.), Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, tomo XVIII, vol. 2º, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1982, p. 7 y ss. Estipulaciones también insertadas en los contratos de adquisición mismos. J.E. Todd y L.M. Jones. Matrimonial Property. Londres, 1972, p. 80.

resultado de esta conjunción de elementos es que los futuros contrayentes normen la comunidad de bienes, incluso para señalar que ningún bien ingresará a la misma»¹⁹. Desde luego, también se identifican algunos, muy pocos, elementos imperativos o de la esencia, dada la importancia de las relaciones familiares como pilar de la sociedad. Recuérdesse que «el hecho de que las capitulaciones deban observar las reglas de solemnidad de los actos y las ‘buenas costumbres’ (artículo 1773 Código Civil), pregona de orden público la institución, a la luz del artículo 16 ibídem, según el cual ‘no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres».²⁰

4. Un punto central del asunto *sub examine*, sobre el cual se ofrecerá una precisión doctrinal, está relacionado con lo establecido en el artículo 1778 del Código Civil²¹.

4.1. La normatividad propone el carácter prenupcial de las capitulaciones: deberían reconocerse *-naturalmente-* como contratos *ante nuptias*. Y es que, cuando se pactan, la normativa estatuye su inmutabilidad a partir del rito matrimonial.

4.2. No obstante, se estima que los esposos sí podrían implementar modificaciones patrimoniales postnupciales²².

¹⁹ SC2222-2020.

²⁰ CSJ. SC. Sentencia de 17 de junio de 2014. Exp 7726.

²¹ Norma tomada del artículo 1395 del Código Civil de Napoleón. Suprimida en Francia desde el 13 de julio de 1965 -hoy artículo 1397 ibídem-.

²² En un sentido próximo, se ha aclarado que “se prohíbe, sin razón moderna válida, capitular aún después de celebrado el matrimonio y en cualquier momento una vez iniciada la convivencia entre compañeros permanentes.” CSJ. Aclaración D. 05001-31-10-003-2012-01335-01. En este sentido, se ha precisado que “tales pactos o convenciones pueden celebrarse no solo antes de la estructuración de la declaración de voluntad de pareja, ora al momento de verterla o con posterioridad, en cualquier momento.” CSJ. Aclaración 11001-31-10-002-2010-01409-01.

Una lectura vasta del citado canon, distinta de la estrecha que se está abrazando en estas líneas²³, que considerase que en ningún caso sería válido modificar *-post nupcias-* el acuerdo capitular, podría recibirse como regla inocua o inerte: los esposos siempre podrían servirse de otras herramientas lícitas para modificar sus derechos patrimoniales.

4.3. En el caso en concreto, aplicar a rajatabla la norma implicaría una afrenta al pilar de la teoría de las nulidades²⁴: *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* -Nadie puede mejorar su posición por un propio delito o incuria-²⁵. Ciertamente, en los convenios prenupciales y postnupciales participaron los señores Leslie Mercedes Stipek Álvarez y Andrés de Jesús Duque Peláez. Así las cosas, *«[n]o puede oírse la alegación de la propia falta como algo que apoye o favorezca a quien la invoca»*.²⁶ Es decir, *«[a]uscultado una vez más el punto de esta regla moral en las obligaciones, conocida desde los romanos, cabe puntualizar que la justicia debe denegar la protección cuando quien la exhorta ha actuado de una manera irregular, bien sea por simple descuido o culpa, o por dolo (nemo creditur turpitudinem suam allegans)»*.²⁷

²³ Valga aclarar que esta Sala ya ha tenido la oportunidad de abordar, de alguna manera, el tópico *sub examine*. En STC12233-2022, se evidenció que la resolución del Tribunal accionado se constituyó como una medida resarcitoria por la violencia de género sufrida en el momento de la ruptura de la unión marital de hecho, pues verificó que *«ellas servían de instrumento actual para ejercer también violencia económica sobre su expareja, cohibiéndola del haber social construido durante el tiempo de la precitada relación»*. Proceder que, además, es amparado por la Convención Belém do Pará.

²⁴ Asentado en artículos como el 1525 y el 1744 ídem.

²⁵ El Digesto de Justiniano: 50, 17, 134. T.III. D'ors, Hernández, Fuenteseca, García y Burillo. Aranzadi, Pamplona, 1972, pág. 878.

²⁶ SC, 23 nov. 1936, G.J. 1918, pág. 484. En igual sentido: SC, 4 oct. 1982, CLXV, P. 215.

²⁷ SC4654-2019.

De igual manera, se cuestionaría la estirpe eminentemente contractualista-voluntarista de todos los convenios -afincada en el Código Civil-. Las capitulaciones deben saberse como «*un derecho renunciabile (art. 15 ibídem)*».²⁸ Desde su génesis misma, ya se insistía en su estirpe convencional: «*es un principio de derecho que las capitulaciones sean objeto de toda suerte de convenciones*».²⁹ Así mismo, «*el principio de autonomía de la voluntad encuentra en las capitulaciones un terreno de elección en favor del matrimonio: el legislador permite que los esposos construyan sus convenciones matrimoniales*».³⁰ También se ha dicho que, «*en efecto, no son otra cosa que un contrato celebrado por quienes van a casarse. Por esto, otras legislaciones las llaman contrato de matrimonio*».³¹ Y, con respecto a la mentada inmutabilidad, podría recordarse que «*no hay cosa más natural, que el que se disuelva cada cosa [o se cambie] del mismo modo que se hizo*».³² En definitiva, «*el matrimonio se afianza si se flexibiliza el régimen jurídico de las capitulaciones*».³³

4.4. Una lectura amplia del precepto *sub examine* podría percibirse, igualmente, como discriminatoria y desdeñosa, con respecto a la paridad de los consortes y compañeros -especialmente frente a las esposas y compañeras-. Así, por ejemplo, en relación con el odioso y proscrito poder marital del hombre sobre la mujer -rezago de la *manus* romana y de normas medievales como las *Leyes de*

²⁸ SC2130-2021 del 2 de junio del 2021.

²⁹ Pothier. Introduction au traité de la Communauté. Oeuvres complètes. T. 11. Bechet Ainé, Paris, 1825, no. 1. Así y todo, en líneas posteriores, Pothier apuntalaba su conocida tesis de la inmutabilidad postnupcial.

³⁰ Luis Josserand. Cours de droit civil. Paris, Sirey, 1939, T.III. pág. 293

³¹ Fernando Vélez. Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano. T. VII. Paris-América, Paris, pág. 6.

³² L.2. Título. 10. Libro 3. Fuero real. Citado por Juan Sala. Ilustración del derecho real de España. T. II. Madrid, 1820, Librería Martínez, p. 327.

³³ Planiol. Traité élémentaire de droit civil. T. III. Paris, LGDJ, 1908, Pág. 14

Toro-, otrora, se aclaraba, que «*durante el matrimonio, en que la mujer está bajo la potestad marital, lo que la incapacita, nada pueden convenir los cónyuges acerca del régimen social*»³⁴

4.5. Bajo tales consideraciones, sería intrascendente casar la sentencia de segunda instancia, pues la decisión que tomaría esta Sala en sede de instancia sería la misma adoptada por el Tribunal: negar las pretensiones de la demanda. Y es que, de conformidad con lo expuesto en precedencia, las partes modificaron el escrito de capitulaciones a través del trabajo de partición, contenido en la Escritura Pública 3797 del 18 de diciembre del 2008. Así lo manifestaron las partes, quienes, pese a ser conscientes de que habían pactado excluir todos los bienes adquiridos durante el matrimonio -a título oneroso y gratuito de la sociedad conyugal-, decidieron incluir los bienes de aquella primera categoría dentro del inventario. Así lo dejaron consignado en la cláusula novena, en la cual aseveraron que «[n]o obstante que en las capitulaciones matrimoniales suscritas por las partes, se acordó excluir de manera definitiva de la futura sociedad conyugal los bienes que los cónyuges adquieran como donaciones, legados o herencias y todos los demás que de una forma gratuita **u onerosa adquieran** (cláusula quinta), así como los bienes que en el futuro adquiera cada cónyuge con el producto de su propio trabajo (cláusula sexta), al igual que las valorizaciones y los rendimientos de los bienes excluidos de la sociedad conyugal (cláusula tercera y cuarta),

³⁴ Fernando Vélez. Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano. T. VII. París-América, París, pág. 15. En esa época preterida, también se aclaraba que “*después del matrimonio, el marido puede imponer un régimen del más fuerte contra el más débil.*” G. Baudry-Lacantinerie. Précis de droit civil. T. III. Larose et Forcel, París, 1886., p. 13. Es decir, se temía que “*el marido pudiese timar o esquilmar a su esposa.*” Dumoulin. Costumbre de París., artículo 10 ibidem. Idéntica justificación fue exhibida desde la jurisprudencia del siglo XVI. Citada por Georges Louet, Recueil d’arrêts du parlement de París. Aumentada por Julien Brodeau., Strasbourg, 2010.

eliminando las principales fuentes de ganancialidad establecidas en la ley (verbi gratia, adquisiciones a título oneroso, productos del trabajo de los cónyuges y frutos de los bienes propios), las partes con el fin de evitar y precaver futuros conflictos entre ellos relacionados con el régimen de bienes de su matrimonio, han decidido realizar la partición de su sociedad conyugal, inventariando en el activo social' los bienes que se relacionan a continuación».

Restarle validez a este acto celebrado entre ambas partes, bajo lo prescrito en el artículo 1778 del Código Civil, no sería más que permitir que el demandante se beneficie de su propia culpa o incuria. Se cuestionaría, también, la estirpe contractualista de este tipo de convenciones. Y se robustecería en el estereotipo de género perpetuado por la norma en comento.

5. No se casará el fallo atacado. Por lo demás, las plurales correcciones doctrinarias ofrecidas relevan a la parte demandante del pago de las costas.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia proferida por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. el 8 de junio de 2017, proferida dentro del referenciado proceso.

Sin condena en costas.

En su oportunidad, devuélvase el expediente a la
Corporación de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

Presidente de Sala
(Con aclaración de voto)

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

(Con salvamento parcial de voto)

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

(Con aclaración de voto)

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Firmado electrónicamente por

Martha Patricia Guzmán Álvarez
Presidente
Aclaración de voto

Hilda González Neira
Magistrada

Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo
Magistrado

Luis Alonso Rico Puerta
Magistrado
Salvamento parcial de voto

Octavio Augusto Tejeiro Duque
Magistrado
Aclaración de voto

Francisco Ternera Barrios
Magistrado

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: 9F476B544B5E75E1B219E7FEC93645912BBF2DBC7F88046CAE64C88C2D244574
Documento generado en 2023-06-29



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación n° 11001-31-10-003-2012-00535-01

Con el acostumbrado respeto por la decisión mayoritaria manifiesto que, aunque comparto la decisión del cargo tercero en el sentido de que el mismo no puede prosperar, discrepo de algunas de las razones acogidas para llegar a la misma conclusión, como pasa a explicarse:

1. Breves antecedentes.

Entre otras pretensiones, el demandante solicitó que se declarara la nulidad absoluta del negocio jurídico contenido en la escritura pública número 3797 de 18 de diciembre de 2008 de la Notaría Treinta de Bogotá, mediante el cual disolvió y liquidó su sociedad conyugal, puntualmente por contrariar las capitulaciones matrimoniales protocolizadas en la escritura pública número 2306 del 9 de junio de 2004, de la Notaría Veinticuatro de la misma ciudad.

Denunció que con ese vínculo jurídico se desconoció el *régimen* económico del matrimonio que se había pactado, entre otras por las siguientes razones:

- Relacionaron dentro del activo social bienes adquiridos y excluidos expresamente de la sociedad conyugal

e incluyeron pasivos sociales, cuando en realidad eran obligaciones personales.

- Inventariaron a cargo de la sociedad conyugal y en su favor, unas recompensas por venta de activos propios y para el pago se adjudicaron «*supuestos*» activos sociales, sin que estos existieran, además calcularon las correspondientes partidas y adjudicaciones sin reconocer unas recompensas adicionales.

- Efectuaron renunciaciones que eran improcedentes porque no había lugar a gananciales, tampoco se podían solicitar inventarios de bienes porque ninguno de titularidad anterior al matrimonio o que hubieran adquirido a cualquier título en el curso de este tenían la calidad de bienes sociales.

Según el demandante se desconocieron las capitulaciones maritales porque de conformidad con el artículo 1778 del Código Civil, se entienden irrevocablemente aceptadas a partir de la fecha del matrimonio, cosa que ocurrió el 12 de junio de 2004, momento desde el que no podían alterarse.

Mediante sentencia de segunda instancia, la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, revocó la sentencia apelada y en su lugar, negó la referida pretensión porque lo planteado a título de nulidad absoluta por ausencia de requisitos que la ley prevé para ciertos actos *«es en realidad, una de las interpretaciones que admite el contrato de capitulaciones matrimoniales, y la ley no prevé nulidades por*

interpretación de los contratos, menos aún con la entidad de nulidad absoluta».

2. El cargo tercero de la demanda de casación.

La parte demandante y recurrente en casación, denunció la infracción *indirecta* de los artículos 1740, 1741, 1773, 1778, 1509 y 1510 del Código Civil, como consecuencia de error de hecho manifiesto en la errónea apreciación de la escritura pública número 3797 del 18 de diciembre de 2008 de la Notaría Treinta de Bogotá, mediante la cual se protocolizó la disolución y liquidación de la sociedad conyugal que había entre las partes, producto de «no dar por probado estándolo la ineficacia de dicha liquidación», y ante el desconocimiento de las capitulaciones prenupciales consignadas en la escritura pública número 2306 del 9 de junio de 2004 de la Notaría Veinte de la misma ciudad, al «no dar por probado estándolo que entre ellos existía un régimen de separación total de bienes».

La anterior acusación la fundó en que de conformidad con los artículos 1778 y 1779 *idem*, las capitulaciones una vez celebradas son irrevocables y no puede admitirse en juicio escrituras que las alteren o adicionen, salvo que se hubiese otorgado antes del matrimonio y con las solemnidades primitivas, motivo por el que este asunto debió resolverse a partir de «la aplicación correcta del artículo 1778 del CC», y no de los artículos 1740 y 1741 del Código Civil.

3. El régimen patrimonial del matrimonio.

3.1. Concepto - clasificación.

Dado que el asunto en referencia y el cargo relacionado con esta aclaración de voto tiene que ver con el régimen patrimonial del matrimonio, es necesario memorar que este corresponde al *«conjunto de normas a las cuales deben someterse los cónyuges en materia de adquisición, administración, goce y disposición de sus bienes»¹*, son las reglas que *«fijan las relaciones pecuniarias de los cónyuges durante el matrimonio, los derechos que a cada uno corresponden al disolverse la sociedad conyugal y las relaciones con terceros, que contratan con ellos o llegan a ser sus acreedores por cualquier causa»²*.

Las diferentes condiciones sociales y culturales que rodean a la institución del matrimonio han traído como consecuencia que las relaciones pecuniarias derivadas del mismo sean muy variadas en atención a múltiples factores, tales como religiosos, étnicos, morales y en general, a los intereses de quienes comparten un territorio, razones todas por las que también existen diversos regímenes económicos que reconocidos doctrinantes como Augusto Cesar Belluscio³, denominan típicos y clasifica de la siguiente manera:

¹ GÓMEZ R.; José J. Régimen de Bienes en el matrimonio. Tercera edición. Bogotá: Temis. 1961. Pág. 1

² BARROS ERRAZURIZ, Alfredo. Curso de Derecho Civil. Tercer año. Volumen IV, Editorial Nacimiento. Santiago de Chile 1931. Pág. 89.

³ BELLUSCIO César Augusto, "Nociones de Derecho de Familia" T. V, Bibliográfica Omeba, 1968 pp 14.

a) Régimen de absorción de la personalidad económica de la mujer por el marido; b) Régimen de unidad de bienes, c) Régimen de unión de bienes, d) Régimen de comunidad, e) Régimen de separación de bienes, y f) Régimen de separación de bienes de participación.

Para lo que interesa en esta oportunidad, el régimen de comunidad, se caracteriza por la formación de una masa de bienes que se divide entre los cónyuges o sus herederos a la disolución del régimen y, por tanto, lo que importa es la unión de intereses entre los esposos que participan en la buena o mala fortuna del matrimonio.

El régimen de comunidad también ha sido objeto de subclasificaciones atendiendo factores como: *i)* la extensión de la masa; y *ii)* la administración de los bienes. En el primer grupo se enlista la llamada comunidad restringida, y en el segundo, la denominada comunidad de administración separada⁴.

La comunidad restringida, se caracteriza porque *«la masa común se forma con una parte de los bienes de los cónyuges, en tanto que otros continúan formando parte de su propiedad personal. Se constituyen así tres masas de bienes: los propios del marido, los propios de la mujer y los comunes o gananciales»*⁵, y la comunidad de administración separada, se distingue porque *«mientras dura el régimen cada uno de los cónyuges administra y dispone libremente de su patrimonio propio y ganancial, es decir de los bienes por él adquiridos*

⁴BELLUSCIO César Augusto. Ob. Cit. Pág. 18.

⁵Ibidem. Pág. 19.

durante el matrimonio, aunque estén destinados a entrar en la masa partible a la disolución»⁶.

En lo que atañe al régimen patrimonial del matrimonio en Colombia, el jurista Arturo Alessandri Rodríguez, en su reconocida obra Tratado Práctico de las Capitulaciones Matrimoniales, de la Sociedad Conyugal y de los Bienes Reservados de la Mujer Casada, *«al estudiar en el capítulo primero los regímenes matrimoniales en general, examina el adoptado en Suecia, Costa Rica y Colombia (Ley 28 de 1932), que califica con el título acertado de **Régimen de Participación en Gananciales**»⁷*, y para el efecto explicó que *«El régimen de participación en los gananciales es aquel en que durante el matrimonio cada uno de los cónyuges administra separadamente los bienes que poseía al contraerlo, y los que después adquiere; pero disuelto el régimen, los gananciales adquiridos por uno y otra pasan a constituir una masa común para el solo efecto de su liquidación y división entre ellos»⁸.*

En tal sentido, el reconocido profesor precisó que dicho régimen, *«Es una hábil combinación de los regímenes de separación y de comunidad restringida. Durante el matrimonio los cónyuges están separados de bienes: cada uno conserva la propiedad de todos los suyos, sean propios o gananciales, y los administra con entera independencia; la mujer es plenamente capaz. Disuelto el régimen se forma una comunidad, pero para el solo efecto de liquidarla y dividir entre ambos los gananciales que hayan adquirido, en conformidad a las mismas reglas que rigen la liquidación de aquella»⁹.*

⁶Ibidem. Pág. 20.

⁷ LATORRE U., Luis F. Doce Leyes y Otros Trabajos Parlamentarios. Editorial Minerva SA., Bogotá: 1937. Pág.- 75.

⁸ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. Tratado Práctico de las Capitulaciones Matrimoniales. De la Sociedad Conyugal y de los Bienes Reservados de la Mujer Casada. Imprenta Universal: Santiago de Chile. 1935. Pág. 23.

⁹ Ibidem.

3.2. La sociedad conyugal.

La doctrina versada enseña que «*el régimen de derecho común o régimen legal en Colombia es el de una sociedad conyugal de gananciales*»¹⁰, en tal sentido el artículo 180 del Código Civil, consagra que, «*[p]or el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, según las reglas del título 22, libro IV, del Código Civil*»; y el canon 1774 *ibidem* indica «*a falta de pacto escrito se entenderá, por el mero hecho del matrimonio contraída la sociedad conyugal con arreglo a las disposiciones de este título*».

De esa manera, de no pactarse capitulaciones modificatorias de las disposiciones que rigen el régimen legal, éste se constituye bajo total sujeción a las reglas contenidas en el Libro 4o, Título XXII, Capítulos I al VI del Código Civil, y se extingue, por el divorcio, separación judicial de bienes o de cuerpos, mutuo acuerdo y nulidad matrimonial salvo lo dispuesto en el numeral 12, artículo 140 del Código Civil (*artículo 1820 ibidem*).

Estamos ante una institución con unas especiales y peculiares características, en particular porque entre los cónyuges no existe condominio de los bienes sociales, son separadamente dueños de sus bienes propios y de los sociales, los administran y disponen con entera libertad durante la vigencia de la sociedad conyugal, y ninguno tiene derechos sobre bienes del otro, tan solo la expectativa a la

¹⁰ VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo V. Derecho de Familia. Sexta Edición. Bogotá. Temis. 1988. Pág. 246.

disolución de la adjudicación de la mitad de los bienes sociales.

En ese sentido, en sentencia de 20 de octubre de 1937, esta Corporación explicó que la Ley 28 de 1932, consagró un nuevo régimen patrimonial, y no acabó con la sociedad conyugal además no estableció un régimen de separación de bienes. Para el efecto, se preguntó y seguidamente contestó *«¿La reforma acabó con la sociedad conyugal, reemplazándola por un régimen de separación de bienes? En manera alguna»,* y con fundamento en los artículos 1, 4, 5 y 7 de la referida Ley, concluyó,

Sin abandonar el concepto de sociedad conyugal expresado en el código la reforma cambia si radicalmente el sistema de disposición y administración. Con respecto a terceros ya no será el marido dueño de los bienes sociales como si ellos formaran con los suyos propios un solo patrimonio; ni tampoco el responsable único de las deudas sociales, a quien los acreedores tienen el derecho de perseguir para hacer efectivos sus respectivos créditos aún sobre sus bienes propios. En adelante cada cónyuge dispone y administra con entera libertad e independencia del otro, tanto respecto de los antiguamente llamados bienes propios, como de los adquiridos particularmente por cada cónyuge después del 1º. de enero de 1933. De esta manera la sociedad tiene desde 1.933 dos administradores, en vez de uno: Pero dos administradores con autonomía propia, cada uno sobre el respectivo conjunto de bienes muebles o inmuebles aportados al matrimonio o adquiridos durante la unión ya por el marido ora por la mujer. Y cada administrador responde ante terceros de las deudas que personalmente contraiga de manera que los acreedores solo tienen acción contra el cónyuge deudor, salvo la solidaridad establecida por el art. 2º en su caso¹¹.

Lo anterior concuerda en particular con lo previsto en el artículo 1 de la Ley 28 de 1932, el cual consagra que, durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre

¹¹ Gaceta Judicial. TXLV. N. 1928. Pág. 630 y ss.

administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiriera.

La misma disposición precisa que a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido dicha sociedad desde la celebración, y en consecuencia se procederá a su liquidación.

En ese sentido, la administración de la sociedad conyugal, a partir del 1º de enero de 1933 cuando entró en vigencia la Ley 28 de 1932, cambió el régimen patrimonial en el matrimonio, y de la mano de la clasificación efectuada por el doctrinante Belluscio, se puede sostener que varió de una comunidad restringida con administración marital, al de administración separada, atendiendo que cada cónyuge administra y dispone libremente de su patrimonio propio y ganancial.

No sobra traer a colación que de conformidad con el artículo 1820 del Código Civil, la sociedad conyugal se disuelve por la por la disolución del matrimonio; 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; y por la sentencia de separación de bienes.

El mismo efecto jurídico deviene de la declaración de nulidad del matrimonio, salvo en el caso de que haya sido declarada con fundamento en lo dispuesto por el numeral 12 del artículo 140 *ibidem*, evento en el que no se forma sociedad conyugal, y por mutuo acuerdo de los cónyuges capaces, elevado a escritura pública, en cuyo cuerpo se de incorporar el inventario de bienes y deudas sociales y su liquidación.

3.3. Las capitulaciones matrimoniales.

El artículo 1771 del Código Civil, consagra que 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.

Las capitulaciones maritales son «*la convención que tiene por objeto modificar el régimen legal del matrimonial*»¹², y por tanto, corresponden «*en esencia un reglamento de las relaciones de orden económico al cual se someten los cónyuges, y por ello deben establecer las normas respecto a los bienes que aportan al matrimonio, a la situación de los que adquieran durante él, a la forma de administración, liquidación y reparto cuando el matrimonio se extinga, y a las donaciones que quieran hacerse los cónyuges entre sí, de presente o futuro*»¹³.

Dentro de las principales características de las capitulaciones algunos doctrinantes enseñan que se tratan

¹² SOMARRIVA UNDURRAGA; Manuel. Derecho de Familia. Santiago de Chile: Editorial Nascimento. 1963. Pág. 188.

¹³ VALENCIA ZEA, Arturo. Ob. Cit. Pág. 238.

de «convenciones eminentemente condicionales»¹⁴, porque de conformidad con el artículo 1771 del Código Civil, deben celebrarse antes de contraer matrimonio, y por esta razón, «su eficacia depende de la celebración del otro acto jurídico: el matrimonio, de incierta futura ocurrencia. Se trata de una condición potestativa porque, la celebración del matrimonio depende de los cónyuges, y suspensiva, por cuanto el ejercicio del derecho y el cumplimiento de las obligaciones pactadas se suspende hasta la celebración del matrimonio»¹⁵.

Otros tratadistas explican que no corresponden a un acto condicional porque el matrimonio es un requisito de la esencia y sin este las capitulaciones no tienen vida jurídica, sobre el tema se ha dicho que, «las capitulaciones matrimoniales no son condicionales. Si bien es cierto que para que ellas produzcan efectos requieren de la celebración del matrimonio, no es menos cierto que el matrimonio a su respecto no es solo un elemento accidental que puede faltar o no- característica esencial de la condición- sino un requisito de su esencia, sin el cual las capitulaciones no tienen viga jurídica, ni siquiera engendran un germen de derechos»¹⁶.

Para otros doctrinantes en realidad corresponden a un acto jurídico complejo porque «solo por virtud de la celebración del matrimonio, se harán efectivas las estipulaciones válidamente pactadas en las capitulaciones matrimoniales celebradas con anterioridad»¹⁷.

Ahora, otra característica de las capitulaciones es que se tratan de un acto solemne¹⁸ porque de conformidad con el

¹⁴ SUÁREZ FRANCO, ROBERTO. Derecho de Familia. Décima Edición. Editorial Temis. Bogotá. 2017. Pág. 300.

¹⁵ SUÁREZ FRANCO, ROBERTO. Ob. Cit. Pág. 300

¹⁶ SOMARRIVA UNDURRAGA; Ob. Cit. Pág. 88.

¹⁷ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ; Edgar. Régimen de Bienes en el Matrimonio. Editorial Temis: Bogotá: 1978. Pág. 96.

¹⁸ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. Ob. Cit. Pág. 53.

artículo 1772 del Código Civil, se deben otorgar por escritura pública. No obstante, excepcionalmente esto es, cuando no ascienden a más de mil pesos los bienes aportados al matrimonio por ambos esposos juntamente, y en las capitulaciones matrimoniales no se constituyen derechos sobre bienes raíces, bastará que consten en escritura privada, firmada por las partes y por tres testigos domiciliados en el territorio. *«De otra manera no valdrán»*.

Un requisito formal que las capitulaciones matrimoniales deben observar lo impone el artículo 1780 *idem*, consistente en que se deben designar los bienes que los esposos aportan al matrimonio, con expresión de su valor y una razón circunstanciada de las deudas de cada uno, y que las omisiones o inexactitudes en que bajo este respecto se incurra, no anularan las capitulaciones; pero el notario ante quien se otorgaren hará saber a las partes la disposición precedente y lo mencionará en la escritura, bajo la pena que por su negligencia le impongan las leyes.

Cabe precisar, la reglas que gobiernan las capitulaciones matrimoniales establecen que hay estipulaciones que los futuros cónyuges pueden pactar, y siguiendo el listado plantado por el profesor Enrique López de la Pava¹⁹, de manera enunciativa se citan las siguientes: pueden convenir donaciones y concesiones que deseen hacerse (art. 1771); y cualquiera de los cónyuges siempre que sea capaz, puede renunciar a los gananciales que resulten a

¹⁹ LÓPEZ DE LA PAVA, Enrique. Derecho de Familia. Universidad Externado de Colombia., Bogotá. 1970. Pág. 65.

la disolución de la sociedad conyugal, sin perjuicio de terceros (art. 1775).

De igual modo, pueden los futuros contrayentes reservarse el derecho de que se le entregue por una vez o periódicamente una cantidad de dinero de que puedan disponer a su arbitrio, y será de cargo de la sociedad este pago, siempre que no se haya impuesto expresamente a alguno de los dos (ultimo inciso art. 1796); pactar que cualquier parte de sus especies muebles queden eximidas de la sociedad conyugal (numeral 4 art. 1781); y determinar bienes inmuebles que entren a formar parte del haber social (numeral 6 art. 1781).

Así mismo, pueden reservar determinados valores con destino a comprar bienes que no entren en el haber social (numeral 2 art. 1783); e inclusive, acordar una división distinta de los gananciales (art. 1830).

3.4. Estipulaciones prohibidas.

El artículo 16 del Código Civil, establece como regla general que permea el ordenamiento jurídico que no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados *«el orden y las buenas costumbres»*, y el artículo 1773 *ibidem*, consagra que las capitulaciones matrimoniales no contendrán estipulaciones contrarias *«a las buenas costumbres ni a las leyes»*. No serán, pues, en detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge respecto del otro o de los descendientes comunes.

Las citadas disposiciones permiten evidenciar que la autonomía de la voluntad entendida como «la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos»²⁰, en particular para celebrar capitulaciones maritales no es absoluta o irrestricta, sino que tiene barreras como las buenas costumbres y las leyes, tema que la doctrina enseña de la siguiente manera:

*[L]a autonomía de la voluntad no puede ser a tal extremo absoluta, en cualquier materia de que se trate, que pueda contravenir las leyes de orden público o las buenas costumbres (...). Podemos afirmar que los futuros esposos, en cuanto a sus convenciones matrimoniales, se hallan sujetos a dos categorías de restricciones: 1º a **restricciones especiales dictadas expresamente por la ley**; 2º a **una restricción de orden general tocante al respecto a las buenas costumbres y al orden público***²¹ (negrilla fuera de texto).

En ese sentido, la doctrina explica que un acto o negocio jurídico es lícito, cuando «estos, en su conjunto y en sus prestaciones aisladamente consideradas, se acomoden a la ley imperativa, **al orden público y a las buenas costumbres**»²², y que el primero «está constituido por un conjunto de principios religiosos, morales, políticos y económicos predominantes en un determinado medio social y que se consideran indispensables para la conservación del tal medio»²³, y las segundas corresponden al «conjunto de reglas impuestas por la moral y no pueden ser derogadas por las partes en sus convenciones»²⁴.

²⁰ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo; OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del contrato y del negocio jurídico; Séptima Edición: Bogotá. Temis. 2014. Pág. 7.

²¹ PLANIOL; Marcel; RIPERT; Jorge. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Tomo VIII. Régimen Económico Matrimonial. Cultural SA. La Habana. 1938. Pág. 34.

²² OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo; OSPINA ACOSTA, Eduardo. Ob. Cit. Pág. 245.

²³ Ibidem. Pág. 7.

²⁴ CAPITANT, Henri. Vocabulario Jurídico. Ediciones de Palma. Buenos Aires. 1986. Pág. 87.

Contrariamente, de conformidad con el artículo 1523 del Código Civil, hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes, definición que es necesario precisar en el sentido de que, *«para que un acto tenga objeto ilícito no es indispensable que exista una prohibición especial y concreta de dicho acto, porque en nuestro sistema positivo hay al respecto una norma general, de la que son mera aplicaciones las prohibiciones especiales contenidas en otras normas. En efecto, el artículo 16 del Código Civil (...)»*

En ese orden, se tiene que la autonomía de la voluntad de los futuros contrayentes para convenir capitulaciones matrimoniales no es irrestricta, tiene unos límites establecidos no solo por las leyes, sino también por el conjunto de reglas impuestas por la moral, las cuales no pueden ser derogadas en sus convenciones.

Cuando producto de las capitulaciones se desconocen reglas en cuya observancia están interesados *«el orden y las buenas costumbres»*, su objeto es ilícito y, por tanto, de conformidad con el artículo 1741 del Código Civil, se entienden viciadas de nulidad absoluta.

3.5. La nulidad de las capitulaciones.

Las capitulaciones matrimoniales son nulas en el mismo sentido que los negocios jurídicos en general atendiendo que *«en materia de nulidad de las capitulaciones se aplica el derecho común»*²⁵, en la medida que *«al igual que los demás contratos o actos jurídicos, pueden ser afectados por una nulidad absoluta o relativa*

²⁵ VALENCIA ZEA, Arturo. Ob. Cit. Pág. 236.

sujetas a las reglas que regulan estos vicios»²⁶, y por esto «el estudio de los motivos que dan lugar a la anulación de las capitulaciones, necesariamente tiene que remitir al de las reglas generales sobre nulidad de los negocios jurídicos»²⁷.

En ese sentido, se entienden viciadas de nulidad absoluta cuando al celebrarlas se omite algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para su valor²⁸. De igual manera, *«los vicios del consentimiento o la falta de capacidad en los menores adultos dan origen a una nulidad relativa; en cambio, las estipulaciones **cuyo objeto es ilícito, por ser contrario al orden público o a las buenas costumbres, o que emanen de incapaces absolutos, producen nulidad absoluta***²⁹ (negrilla fuera de texto).

En cuanto al ámbito de extensión de la nulidad de dichas convenciones, puede ser total o parcial, es total cuando se anulan en su totalidad, y es parcial cuando se aniquilan algunas de sus estipulaciones y subsisten las demás, *«como cuando alguna de las cláusulas es contraria al orden público, siendo lícitas las restantes»³⁰, en otros términos «es total, cuando el vicio de que adolecen afecta íntegramente lo convenido, como en el caso de celebración de capitulaciones por quien se halle en estado de discapacidad mental. Es parcial, cuando el vicio incide sobre un aspecto o cláusula de las capitulaciones»³¹.*

3.6. La inmutabilidad de las capitulaciones.

²⁶ LÓPEZ DE LA PAVA, Enrique. Ob. Cit. Pág. 65.

²⁷ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ; Edgar. Ob. Cit. Pág. 119.

²⁸ SUÁREZ FRANCO, ROBERTO. Ob. Cit. Pág. 307.

²⁹ VALENCIA ZEA, Arturo. Ob. Cit. Pág. 236.

³⁰ Ibidem.

³¹ SUÁREZ FRANCO, ROBERTO. Ob. Cit. Pág. 307.

El artículo 1778 del Código Civil consagra que las capitulaciones matrimoniales no se entenderán irrevocablemente otorgadas sino desde el día de la celebración del matrimonio; ni celebrado, podrán alterarse, aún con el consentimiento de todas las personas que intervinieron en ellas.

Por su parte, el artículo 1779 *ibidem*, establece que no se admitirán en juicio escrituras que alteren o adicionen las capitulaciones matrimoniales, a no ser que se hayan otorgado antes del matrimonio y con las mismas solemnidades que las primitivas.

De las anteriores reglas emerge que a partir de la celebración del matrimonio como requisito esencial para que las capitulaciones adquieran vida jurídica, éstas se tornan inmutables, es decir no pueden alterarse, aún con el consentimiento de todas las personas que intervinieron en ellas y, por tanto, en un juicio no pueden admitirse escrituras que las modifiquen o adicionen, salvo que se haya procedido de esa manera antes de llevarse a cabo el matrimonio.

Sobre el tema la doctrina ha enseñado «*si las capitulaciones matrimoniales son un mero proyecto mientras no se celebre el matrimonio, de manera que pueden ser modificadas en la forma y modo ya dichos, una vez celebrado quedan irrevocablemente otorgadas y no pueden alterarse, en lo más mínimo, ni aún con el consentimiento de las personas que intervinieron en ellas*»³².

³² ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. Ob. Cit. Pág. 94.

La inmutabilidad de las capitulaciones tiene su fundamento en dos motivos generales, uno es el *«deseo de proteger los intereses de la mujer. El legislador teme que el marido, dada la situación de dependencia y subordinación en que se hallaba la mujer abuse de su autoridad, obligándola a consentir concesiones o modificaciones perjudiciales para ella»*³³, y otro es *«[e]l deseo de proteger a terceros: (...) si ese régimen pudiera variar durante el matrimonio. Las causas de error y de fraude, por los terceros podían ignorar las mutaciones, y ser engañados sobre el verdadero estatuto matrimonial de los cónyuges»*³⁴.

4. El caso concreto -aclaración-.

4.1.- En el cargo tercero de la demanda de casación, el recurrente insistió en que el acto de disolución y liquidación de su sociedad conyugal contenido en la escritura pública número 3797 de 18 de diciembre de 2008 de la Notaría Treinta de Bogotá, desconoció las capitulaciones que suscribió previo al matrimonio, las cuales se tornaban inmodificables, por virtud de lo previsto en el artículo 1778 del Código Civil.

Dado que la censura se edificó sobre el desconocimiento de las convenciones prenupciales para desatar el cargo necesariamente debía recurrirse al documento contentivo de las mismas para examinar su contenido, y dependiendo del resultado de ese análisis, procedía establecer los efectos jurídicos correspondientes, en atención a lo estipulado en la

³³ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. Ob. Cit. Pág. 94.

³⁴ Ibidem. Pág. 94.

citada regla que consagra la inmutabilidad de las capitulaciones, último laborío que no era necesario agotar.

Lo anterior porque analizadas las capitulaciones matrimoniales objeto del litigio en referencia, emerge con claridad que estaban viciadas de nulidad absoluta por objeto ilícito, acontecer que no dejaba otro camino que decretarla de oficio aun en el curso de la segunda instancia.

No obstante, no habría lugar a proceder en ese sentido vía recurso extraordinario, atendiendo que se tornaría intrascendente, no solo de cara a lo resuelto por el Tribunal que negó las pretensiones del demandante, sino al efecto perseguido en el juicio en referencia, dado que una vez aniquiladas las capitulaciones, no habría lugar a predicar su transgresión como sustento de la nulidad reclamada.

4.2.- Para llegar a esa conclusión es necesario tener en cuenta que mediante escritura pública número 2306 del 9 de junio de 2004 de la Notaría 20 de Bogotá, las partes celebraron capitulaciones matrimoniales en las que convinieron excluir de la sociedad conyugal los siguientes bienes:

- Los que puntualmente enlistaron de titularidad de cada uno, junto con su valorización y rendimientos, así como *«cualquier otro bien adquirido con anterioridad al matrimonio»* (cláusulas tercera y cuarta).

- Los que los cónyuges adquieran como donaciones, legados o herencia y todos los demás que de una forma gratuita u onerosa adquieran, lo mismo que todos cuya fecha de adquisición sea anterior a la celebración del matrimonio y los que adquieran en subrogación de los bienes descritos anteriormente (cláusula quinta).

- Los que en el futuro adquiera cada cónyuge con el producto de su propio trabajo (cláusula sexta).

De igual manera, acordaron que los pasivos o deudas que en la actualidad posean o adquieran antes de la celebración del matrimonio serán a cargo de cada uno de ellos (cláusula séptima).

Como puede apreciarse, la convención que celebraron las partes para regular el régimen económico de su matrimonio solo dejó abierta la puerta a que ingresaran pasivos a la sociedad conyugal porque excluyeron todos los bienes de titularidad de los cónyuges adquiridos con anterioridad a las nupcias, y todos aquellos que a título gratuito u oneroso adquirieran en vigencia del matrimonio.

4.3.- Una sociedad conyugal de solo pasivos sin expectativas de bienes que respondan al concepto de gananciales, entendidos estos como *«todo lo que durante la comunidad adquieran los esposos, juntos o separadamente, a título oneroso»*³⁵, en mi criterio, no es un tema que en el curso de las instancias pueda pasarse inadvertido como una opción más

³⁵ Ibidem.

de interpretación de las capitulaciones matrimoniales y sin ninguna consecuencia jurídica.

Esa situación imponía entender que la referida convención no comulga con el orden público y las buenas costumbres, dado que desatiende lo dispuesto en el artículo 1773 del Código Civil, entre otras razones porque cierra el paso a gestar un activo social tendiente a satisfacer los pagos a los que eventualmente se encuentre obligada la sociedad conyugal, de conformidad con el artículo 1796 *ibidem*.

Cabe recordar, a voces del artículo 2 de la Ley 28 de 1932, cada uno de los cónyuges será responsable de las deudas que personalmente contraiga, salvo las concernientes a satisfacer las ordinarias necesidades domésticas o de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, respecto de las cuales responderán solidariamente ante terceros, y proporcionalmente entre sí, conforme al Código Civil.

No obstante, la doctrina explica que en el actual régimen económico es factible adquirir deudas sociales, y que las partidas principales a partir de 1 de enero de 1933, entre otras pueden ser las siguientes: «a) *Todas las deudas contraídas para el sostenimiento del hogar, mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes (...); b) Todos los gastos hechos para la adquisición de un bien ganancial (...); c) Todas las cargas y reparaciones fructuarias de los bienes sociales (...); d) (...).* [e]l pago de

pensiones o intereses que concurran, ya sea contra la sociedad o contra cualquiera de los cónyuges y se devenguen durante la sociedad»³⁶.

En ese sentido, una sociedad conyugal de solo pasivos, esto es sin bienes que permitan satisfacer las deudas sociales, corresponde a un típico evento de objeto ilícito en los negocios jurídicos, dado que los terceros acreedores, pueden resultar defraudados ante la ausencia de un patrimonio social que junto con el de los cónyuges respalde el correspondiente pago, acontecer que imponía decretar la nulidad absoluta de la totalidad de dicha convención, y de manera oficiosa en el curso de las instancias por aparecer de manifiesto en el acto o contrato.

Lo anterior porque los artículos 1519 y 1523 *ibidem* establecen que hay objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la nación y en todo contrato prohibido por las leyes, como ocurre en este asunto, en donde se pactaron unas capitulaciones matrimoniales que modificaron las reglas que gobiernan la sociedad conyugal para permitir el ingreso de solo pasivos, acontecer que no va de la mano con el orden público y las buenas costumbres, atendiendo que en últimas lo que se construyó fue una sociedad *sui generis* sujeto de obligaciones pero sin capital para responder.

No sobra recordar, el artículo 1741 de la misma Codificación, consagra que la nulidad producida por un objeto o causa ilícita es absoluta, y debe decretarse de oficio cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato, «lo que

³⁶ VALENCIA ZEA, Arturo. Ob. Cit. Pág. 277.

supone (...) que haya sido traído a un proceso en el que se pretenda su validez (...). En segundo lugar, la causal de nulidad debe ser manifiesta, vale decir patente, ostensible, evidente, de modo tal que para establecerla el juez no tenga que recurrir a otros actos o medios probatorios distintos»³⁷.

Para ese efecto, resultaba importante tener en cuenta que la nulidad por objeto ilícito no puede ser ratificada por las partes, motivo por el que no se puede predicar su saneamiento porque a la luz del artículo 1742 *ídem*, «[c]uando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria», dado que, «el campo de la autonomía de la voluntad privada está limitado por el orden público que es la noción dominante en todo el derecho»³⁸.

4.4.- Aun cuando se hiciera de lado lo anterior, esto es que eventualmente se entendiera que las capitulaciones matrimoniales dejaron el paso abierto para que ingresaran activos, el resultado no sería diferente porque se encuentra otra estipulación que también configura nulidad sustancial por objeto ilícito y que imponía su declaratoria de manera oficiosa en el curso de las instancias.

Corresponde a la cláusula octava que atenta contra el orden público de la nación, en la medida que los futuros contrayentes en su momento acordaron que *«administrarían en forma personal e independiente los bienes objeto de este inventario y conjuntamente los que adquirieran dentro de la sociedad conyugal»* (negrilla fuera de texto), de esa manera

³⁷ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo; OSPINA ACOSTA, Eduardo. Pág. 44.

³⁸ Ibidem.

desconocieron que el artículo 1 de la Ley 28 de 1932, dispone que «[d]urante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiriera».

Así las cosas, se transgredió el régimen económico que rige el matrimonio en nuestro ordenamiento jurídico, en particular su administración, en el que cada cónyuge administra separadamente los bienes que posee al contraer matrimonio y los que después adquiere, salvo en el puntual evento de un inmueble afectado a vivienda familiar, de conformidad con la Ley 258 de 1996, que no es el caso, pasando por alto que «no puede derogarse la regla general según la cual cada cónyuge tiene la libre administración y dispone libremente de los bienes que posea en el momento del matrimonio **y de los que adquiriera durante la sociedad por cualquier título**»³⁹ (negrilla fuera de texto).

4.5. Al margen de que en mi opinión no era necesario entrar a analizar el contenido del artículo 1778 del Código Civil, tampoco comparto lo resuelto en relación con la inmutabilidad de las capitulaciones, puntualmente la conclusión de que «los esposos sí podrían implementar modificaciones patrimoniales postnupciales».

Lo anterior porque dicha regla expresamente consagra que, «Las capitulaciones matrimoniales no se entenderán irrevocablemente otorgadas sino desde el día de la celebración del matrimonio; **ni celebrado, podrán alterarse, aún con el**

³⁹ VALENCIA ZEA; Arturo. Ob. Cit. Pág. 242.

consentimiento de todas las personas que intervinieron en ellas» (negrilla fuera de texto). Considero entonces que las capitulaciones no pueden alterarse, ni siquiera con el consentimiento de todas las personas que intervinieron en ellas, a partir de la celebración del matrimonio⁴⁰.

Estimo insuficiente el argumento alusivo a que entender que en ningún caso se pueden modificar las capitulaciones *«podría recibirse como regla inocua o inerme: los esposos siempre podrían servirse de otras herramientas lícitas para modificar sus derechos patrimoniales»*, como fundamento para inaplicar el artículo 1778 del Código Civil. Al margen de las circunstancias que imperaron en su momento para que el legislador consagrara la inmutabilidad de las capitulaciones, lo cierto es que corresponde a una prohibición de obligatorio acatamiento que se encuentra vigente en el ordenamiento jurídico, cuya inaplicación imponía una constatación legal diferente, como lo fuera la eventual contravención de la Constitución Política de cara a las convicciones y valores morales que en la actualidad protegen el orden público, camino que no se abordó.

Inclusive, el argumento relativo a que en la actualidad desapareció la incapacidad que sobrevenía en cabeza de la mujer casada como móvil histórico de la consagración de la inmutabilidad de las capitulaciones es insuficiente para a inaplicación de dicha regla, dado que según la doctrina esa no era la única finalidad del legislador para consagrar la inmutabilidad de las capitulaciones, sino también el «[e]l

⁴⁰ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. Ob. Cit. Pág. 94.

deseo de proteger a terceros: [dado que] si ese régimen pudiera variar durante el matrimonio. Las causas de error y de fraude, por los terceros podían ignorar las mutaciones, y ser engañados sobre el verdadero estatuto matrimonial de los cónyuges»⁴¹.

De esa manera, la inmutabilidad de las capitulaciones maritales como prohibición vigente en el ordenamiento jurídico colombiano, ante una eventual tentativa de inaplicación, impone analizar el tema de cara a la transgresión de la Constitución Política, y con miras a determinar si la actual reglamentación que nutre el orden público y las buenas costumbres admite proceder en ese sentido, no solo en relación con el histórico móvil tendiente a la protección de la mujer casada, sino también de los terceros.

Lo anterior quiere decir que, la irrevocabilidad de las capitulaciones matrimoniales debe analizarse de cara a reglas como el artículo 1796 del Código Civil, que consagra las obligaciones de la «*sociedad conyugal*», y el artículo 2 de la Ley 28 de 1933, que establece que cada cónyuge será responsable de las deudas que personalmente contraiga, «*salvo las concernientes a satisfacer las ordinarias necesidades domésticas o de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes*», respecto de las cuales responderán solidariamente ante terceros, y proporcionalmente entre sí, conforme al Código Civil.

⁴¹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. Ob. Cit. Pág. 94.

Tampoco resulta pacífica la conclusión relativa a que *«restarle validez a este acto celebrado entre ambas partes, bajo lo prescrito en el artículo 1778 del Código Civil, no sería más que permitir que el demandante se beneficie de su propia culpa o incuria»*, porque tratándose de un vicio que estructura una nulidad absoluta, en particular por objeto ilícito por el desconocimiento de las leyes, solo se sana por prescripción extraordinaria, de conformidad con el artículo 1742 del Código Civil, y la sanción en estos casos, en particular para los partícipes del negocio jurídico no es denegar su declaratoria, sino la consagrada en el artículo 1525 de la misma obra, en los siguientes términos: *«No podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita **a sabiendas**»* (negrilla fuera de texto).

Dicho de otra manera, si se hubiese considerado que las capitulaciones maritales eran válidas que como quedó visto en mi criterio no es el caso, la referida obsolescencia del artículo 1778 del Código Civil, resultaba exigua para su inaplicación, dado que la eventual modificación de las capitulaciones matrimoniales representaría una transgresión del orden público y de las buenas costumbres, barrera infranqueable de la autonomía de la voluntad, de conformidad con los artículos 16 y 1773 del Código Civil y, por tanto, se estaría ante un típico evento de objeto ilícito que habría paso a decretar la nulidad absoluta del negocio viciado.

En los anteriores términos dejo plasmada mi aclaración de voto.

Fecha *ut supra*.

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

Magistrada

Firmado electrónicamente por

Martha Patricia Guzmán Álvarez
Presidente

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: 708A866E1F8EC31FE9B7F28D3DF127FCE238412AE63496F302678E603D146477

Documento generado en 2023-06-29



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil y Agraria

Radicación n.º 11001-31-10-003-2012-00535-01

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con pleno respeto por los integrantes de la Sala, que conformaron mayoría para proferir la sentencia que es materia de estas líneas, manifiesto mi disenso parcial con lo allí decidido. En efecto, considero adecuadas las razones (de técnica de casación) que se esgrimieron para desestimar los cargos segundo y cuarto de la demanda de casación que formuló el demandante Duque Peláez, pero no comparto los argumentos empleados para desestimar las censuras primera y tercera de ese escrito.

Para fundamentar esa discrepancia de criterios, estimo pertinentes las siguientes reflexiones:

1. Primer reparo: La pertinencia del ejercicio hermenéutico del convenio de capitulaciones.

A grandes rasgos, las pretensiones principales del demandante se fincaron en dos hechos determinantes:

(i) Los litigantes, cónyuges entre sí, celebraron un convenio de capitulaciones en el que excluían de su futura sociedad conyugal todos los bienes que cada uno había

adquirido antes del matrimonio, y también los que adquiriera con posterioridad, a título gratuito u oneroso. Además, los futuros esposos renunciaron a gananciales.

(ii) Tras varios años de estar casados, los esposos Duque-Stipek decidieron poner fin a su vínculo marital. Mediante escritura pública, disolvieron y liquidaron de mutuo acuerdo su sociedad conyugal, y también se distribuyeron entre sí varios bienes que asumieron como sociales, pero que no lo eran, pues habían sido excluidos de aquella universalidad en virtud del pacto de capitulaciones.

El demandante alega que ese modo de reparto de bienes –que, se insiste, serían propios de cada cónyuge, y no de sociales– habría alterado las capitulaciones, en contravía de lo dispuesto en el artículo 1778 del Código Civil, que reza: *«Las capitulaciones matrimoniales no se entenderán irrevocablemente otorgadas sino desde el día de la celebración del matrimonio; ni celebrado, podrán alterarse, aún con el consentimiento de todas las personas que intervinieron en ellas»*. Se trata, pues, de un alegato de nulidad de un acto jurídico (las capitulaciones) basado en su oposición a una regla imperativa (el art. 1778).

Ahora bien, según el texto de esta providencia, el tribunal resolvió la petición de nulidad sustancial elevada valiéndose de una breve exposición, que no parece coherente con los planteamientos del demandante:

«Lo que se plantea a título de nulidad absoluta por ausencia de requisitos que la ley prevé para ciertos actos, es en realidad, una de las interpretaciones que admite el contrato de capitulaciones matrimoniales, y la ley no prevé nulidad por interpretación de los

contratos, menos aún con la entidad de nulidad absoluta. (...) A lo sumo podría interpretarse como la nulidad o rescisión por desequilibrio contractual por indebida interpretación del pacto, lo que equivale a una lesión enorme, que es justamente el contenido y las pretensiones subsidiarias, pero de manera alguna nulidad procedente de requisitos sustanciales».

Todos los miembros de la Sala de Casación Civil, incluido el suscrito Magistrado, coincidimos en que la argumentación del tribunal fue inapropiada. Sin embargo, diferimos en la forma de superar esa incorrección, pues en la sentencia de casación se optó por hacerlo a través de la proposición de una lectura particular del convenio de capitulaciones, que parece dirigirse a esclarecer una parcela de la problemática planteada (la ausencia de activos y pasivos en la sociedad conyugal Duque-Stipek) que es ajena al núcleo argumentativo del fallo de segunda instancia, y por lo mismo, a la competencia de esta Corporación, en tanto Tribunal de Casación.

En efecto, al plantear el sustento de sus pretensiones, el demandante afirmó que las capitulaciones que había celebrado impedían el ingreso de cualquier bien a la sociedad conyugal Duque-Stipek, dejando así en evidencia la incompatibilidad de cualquier tipo de reparto de bienes y deudas entre los esposos, como la que tuvo lugar en el acuerdo de disolución y liquidación de la referida sociedad conyugal, cuya anulación se persigue.

Tal afirmación, como puede intuirse, tiene propósitos simplemente ilustrativos, porque aun si a la referida sociedad conyugal hubieran ingresado algunos activos y pasivos –v. gr.

los que no fueron mencionados en las capitulaciones–, la irregularidad denunciada por el demandante se presentaría siempre que al liquidar su sociedad conyugal se hubieran distribuido entre los esposos activos o pasivos que eran objeto de expresa exclusión a través de las capitulaciones.

El pilar central del raciocinio del casacionista (que, cabe precisar, es coherente con la tesis que expuso en su demanda) no fue tenido en cuenta en un primer momento, pues la Sala mayoritaria se centró en precisar el contenido de las capitulaciones, afirmando que

«las partes omitieron pronunciarse frente a los “salarios y emolumentos de todo género de empleos y oficios devengados durante el matrimonio” y los “frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros de cualquier naturaleza que provengan, sea de los bienes sociales” o de los bienes propios adquiridos durante matrimonio y que se devenguen durante el matrimonio».

Como puede verse, terminó presentándose una hermenéutica particular del acuerdo al que arribaron los cónyuges antes de contraer matrimonio, en la que se toma partido acerca de cuáles activos y pasivos están cobijados por el pacto prenupcial, y cuáles no.

Pero ese laborío no aporta ningún elemento para contestar los cargos del casacionista (o su *petitum*), lo cual queda evidenciado cuando la propia Sala mayoritaria acepta que *«la partición de la sociedad conyugal (...) podría, en principio, abrazar un vicio de nulidad –por objeto ilícito–, y que «el trabajo de partición de la sociedad conyugal podría aparejar el desconocimiento del acuerdo [de capitulaciones]».* Declarar la nulidad que denunció el

convocante parecía, entonces, la única salida posible; pero a ella no se arribó por las razones que se consignaron después –a partir del numeral 4. del fallo–, y que apuntan a inaplicar el artículo 1778 del Código Civil.

Por tanto, el importante ejercicio interpretativo que se condensó en el numeral 2.3. *supra* terminó involucrándose en una discusión que es extraña a las censuras del recurrente, y que, de hecho, no tiene protagonismo de cara al *petitum* que se elevó al inicio del juicio. Ello equivale a decir que la Sala mayoritaria dio directrices específicas sobre una temática que no concierne a este proceso, tarea que estimo improcedente, dado el restringido ámbito de intervención de la Corte, en sede de casación.

2. La inmutabilidad de las capitulaciones.

Como se sugirió previamente, en el fallo de casación se respondieron las acusaciones primera y tercera a partir de un solo argumento, que está registrado en el numeral 4., *supra*. Toda la exposición que precede a ese punto, insisto, sirve a un propósito –elucidar si la sociedad conyugal Duque-Stipek es una universalidad “vacía”, o si está integrada por algunos activos y pasivos– que no es idóneo para resolver las súplicas del demandante.

En ese numeral 4. se dijo interpretar el artículo 1778 del Código Civil, y como resultado de esa hermenéutica se postuló la regla según la cual «*los esposos sí podrían implementar modificaciones patrimoniales postnupciales*». Sin embargo, esa regla

se opone al pristino texto del precepto interpretado, que reza: «*Las capitulaciones matrimoniales no se entenderán irrevocablemente otorgadas sino desde el día de la celebración del matrimonio; **ni celebrado, podrán alterarse, aún con el consentimiento de todas las personas que intervinieron en ellas***».

Ahora bien, cabe resaltar que en la doctrina nacional se debate la justificación y función actual de esa norma imperativa; y también que buena parte de las razones que suelen presentarse en contra del texto expreso de nuestro Código Civil, se condensaron en esta providencia de casación –no así las tesis que intentan dar alguna explicación a la norma trasuntada–. Pero, al margen de ello, estimo que no es procedente que un órgano jurisdiccional inaplique una ley de la República *solamente* por considerarla inadecuada o carente de justificación racional.

Dejando de lado la opinión que pudiera plantearse con relación a la conveniencia de la pauta de *inmutabilidad de las capitulaciones* (cuyo efecto consiste en impedir que, durante la vigencia del matrimonio, se alteren de cualquier modo las reglas «*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*» que hubieran convenido los esposos antes de contraer nupcias), es innegable que mientras ese efecto derive de una norma legal vigente, no puede –por vía general– dejarse de lado, so pretexto de considerarla –con apoyo en importantes reflexiones– una regla arcaica o inconveniente.

Estimo, respetuosamente, que la inaplicación judicial de la normativa vigente solo puede tener cabida bajo

supuestos en verdad excepcionales, que demandan una fuerte carga de argumentos justificativos (como ocurre cuando se acude a la excepción de inconstitucionalidad, por citar un caso). Pero de un ejercicio como ese no existe muestra en esta providencia; pues allí se invocaron valiosas razones de naturaleza político-moral, pertinentes para sustentar la necesidad de derogar o modificar el artículo 1778 del Código Civil (tarea que compete al poder legislativo), pero insuficientes para obviar la prohibición expresa que allí consagró el legislador.

Tampoco comparto las razones de inconveniencia de la hermenéutica natural del artículo 1778 que se esgrimieron en este caso, pues unas carecen de conexidad con los hechos debatidos, como sucede con el posible sesgo de género de la disposición, el cual no se alegó, ni parece haber tenido lugar entre las partes de esta litis, ambas administradoras de sus propios bienes de fortuna. Las demás, se asemejan a propuestas *de lege ferenda*, en tanto revelan la conveniencia de renovar algunas directrices de nuestra legislación, pero no justifican que dichas pautas legales –a las que, por mandato constitucional, deben someterse los jueces para resolver los conflictos intersubjetivos– pierdan su fuerza vinculante.

Cabe precisar que, en mi opinión, la solución a la que arribó la Corte resulta muy interesante desde el punto de vista de la teoría jurídica, y se muestra igualmente coherente con el progresivo reconocimiento del poder de los particulares de decidir con libertad su propio destino, con la única limitante del orden público. Mi voto disidente se explica,

pues, por el uso del método interpretativo para extraer una habilitación de un texto legal que consagra realmente una prohibición; no porque rechace la necesidad de repensar el principio de inmutabilidad de las capitulaciones, atendidas las realidades actuales de nuestro ordenamiento y de la sociedad civil.

En los anteriores términos, dejo fundamentado el salvamento parcial de voto, con reiteración de mi respeto por los demás integrantes de la Sala.

Fecha *ut supra*,

LUIS ALONSO RICO PUERTA

Magistrado

Firmado electrónicamente por

Luis Alonso Rico Puerta
Magistrado

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: 5593C095926E5469ADAF51CD4B2542C5691A979F91B954A621669D130B22804B

Documento generado en 2023-06-29



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil y Agraria

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO: OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Radicación n° 11001-31-10-003-2012-00535-01

Aunque comparto la decisión de no casar la sentencia del Tribunal, aclaro mi voto porque considero que la argumentación expuesta respecto de las capitulaciones matrimoniales no comprende todos los aspectos y raciocinios que he venido planteando por vía de salvamentos y aclaraciones sobre esa institución y, particularmente, frente a la forma como deben ser interpretadas las normas jurídicas que la regulan, conforme lo registran los escritos que contienen mi sentir respecto de las sentencias de casación CSJ SC2222-2020¹ (13 jul.) y CSJ SC005-2021² (18 ene.), por lo que, en culto a la brevedad, paso a transcribir lo que sobre el particular expuse frente a la última de ellas, así:

“ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación n° 05001-31-10-003-2012-01335-01

Estoy de acuerdo con la conclusión a la que arribó la Sala mayoritaria en el sentido de que en el caso presente el Tribunal desatendió sin fundamento plausible las capitulaciones maritales realizadas por los compañeros permanentes y ello resultaba suficiente para casar el fallo, pero no comparto las motivaciones en que se sustentó la determinación, pues estimo que no están a tono con la realidad actual ni, por consiguiente, con la interpretación razonable que hoy debe darse a las normas disciplinantes de la materia en discusión.

¹ Proceso de radicado 11001 31 10 002 2010 01409 01.

² Proceso de radicado 05001 31 10 003 2012 01335 01.

En efecto, considero que la postura del Tribunal según la cual los compañeros permanentes solo pueden capitular hasta antes del inicio de su convivencia es tan equivocada como la expuesta por la Corte al limitar esa oportunidad hasta “antes de cuando confluyan todas las condiciones propias para la constitución de la sociedad patrimonial”. Esto es, hoy día carece de todo sentido restringir la celebración de dicho acto jurídico a cualquiera de esos dos momentos, porque el tránsito de sistema de potestad marital e incapacidad civil de la mujer al régimen de libre administración y disposición de bienes introducido por la Ley 28 de 1932, necesariamente, impide que los conflictos de ahora surgidos en un entorno de plena igualdad se diriman con la aplicación de normas expedidas en un ambiente de evidente desigualdad en razón del género. De modo tal, que la evolución de las relaciones familiares torna indispensable analizar los preceptos legales anacrónicos frente a una visión compatible con las nuevas condiciones a fin de escudriñar su sentido útil en los días que corren.

En esa medida, resulta oportuno hacer las siguientes precisiones:

Capitular, etimológicamente deriva del latín caput que significa cabeza. Según una de las varias acepciones que sobre el vocablo ofrece el Diccionario de la Real Academia Española, traduce “abandonar una pugna por cansancio o por la fuerza de los argumentos contrarios” y/o “entregarse [rendirse] bajo determinadas condiciones”.

De manera que la esencia del verbo supone docilidad o sumisión, lo que era perfectamente comprensible para el momento social, cultural, económico y jurídico, cuando en 1887 el Código Civil adoptado en la Nación mediante la Ley 57 de ese año, estipuló en el artículo 1771 que “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”; pues resulta inocultable la realidad de esa época, cuando los derechos civiles y políticos de la mujer estaban absolutamente limitados, al punto que su padre, el pater-familia, y luego su marido eran los encargados de representarla en los actos judiciales y extrajudiciales. Luego, es evidente que en ese momento histórico capitular se amoldaba a las costumbres que allá se consolidaron. Tanto que la previsión que entonces consagró el citado artículo 1771, que hoy sigue indemne, limitaba la oportunidad para capitular hasta antes de contraer nupcias, por una razón elemental: contraídas estas, el varón pasaba inmediatamente, en el acto, a representar a la dama en los escasísimos negocios jurídicos que le estaba permitido celebrar.

Bajo esa óptica, en virtud del carácter eminentemente bilateral y conmutativo del contrato de capitulaciones, no podía la ley civil contemplar un momento diferente para que pudiera llevarse a cabo. Lo contrario, esto es, diferirlo hasta después del matrimonio, sería tanto como consentir una convención de la aludida naturaleza sinalagmática con un único sujeto (el marido), y no dos como lo impone la lógica, dado que aquél estaría compelido a actuar en su propio nombre y a la par como vocero de quien ya era su mujer, con los efectos jurídicos de

representación que ello conllevaba. Obvio que una confluencia de esa estirpe arriesgaba la ínfima estabilidad patrimonial reconocida a la mujer en esa era del Siglo XIX y parte del siguiente.

Por esa potísima razón, se insiste, en tal periodo era justificable y atendible la inspiración del artículo 1771 en cuanto al momento límite para capitular. Sobre el punto, una voz autorizada en la materia explicó:

“Las capitulaciones deben celebrarse por los esposos, que son los que han contraído esponsales para casarse, antes de contraer matrimonio, porque después de contraído pierde la mujer su personería, puesto que la representa su marido, y por lo mismo puede decirse que faltaría una de las partes contratantes (...) La libertad de invalidar un contrato que otorga el artículo 1602, es decir, la de revocarlo o modificarlo en cualquier tiempo, la limita el artículo 1778 respecto de las capitulaciones matrimoniales a la época anterior al matrimonio, porque después de contraído éste, la mujer no tendría personería, puesto que la representa su marido, a quien debe respeto y obediencia, y por lo mismo las modificaciones en que conviniese podrían no ser expresión de su voluntad, sino efecto de las influencias de su marido” (Vélez, Fernando, Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano Tomo VII, pag. 6).

Ciertamente, la evolución de la historia patria ha dignificado el papel de la mujer en la vida pública, política, patrimonial, familiar, etc. Así, por ejemplo, con ocasión de la reforma constitucional del 27 de agosto de 1954 pudo ir por primera vez a las urnas a sufragar en 1957, cuando florecía el Frente Nacional. Igualmente, la Ley 28 de 1932 le confirió la libre administración y disposición de sus bienes, por lo que desde entonces la sociedad conyugal tiene no uno, sino dos gestores con igualdad de derechos y obligaciones. La entrada en vigor de esta disposición marcó, sin dudas, un significativo cambio en el manejo, distribución, conservación y partición del haber social, todo en pro de las que hasta ahora iniciarían por fin a disponer de lo propio autónomamente.

No obstante, el citado artículo 1771 sigue incólume desde de sus orígenes, y con él también permanece intacta la regla según la cual, las capitulaciones matrimoniales necesariamente deben concretarse antes de la unión solemne; lo que claramente revela un sentido obsoleto de la normativa, dado que no consulta ni sincroniza con la realidad actual ni, por tanto, con la Carta Magna de 1991 que protege, aunque implícitamente, valores como la autonomía de la voluntad privada, transgredida hoy día en la medida que se prohíbe, sin razón moderna válida, capitular aún después de celebrado el matrimonio y en cualquier momento una vez iniciada la convivencia entre compañeros permanentes.

En ese orden, una mirada histórica del régimen personal y patrimonial que imperaba para la época en que se redactó el mencionado artículo 1771, obliga revisar el tema retroactivamente hasta el Código de Napoleón (Francés) del 21 de marzo de 1804, cuyo artículo 215 disponía que la “mujer no puede presentarse en juicio sin la autorización de su marido, aun cuando tenga abierta tienda pública, o

aunque no haya entre ellos comunidad de bienes, o se haya separado de ella”, a lo que seguía el artículo 217 que “la mujer, aun no teniendo comunidad de bienes o habiéndose separado de esta comunidad, no puede dar, enajenar, hipotecar, adquirir a título gratuito u oneroso sin la intervención del marido en el acto, o su consentimiento por escrito”.

La misma concepción de que la mujer debía ser representada por su cónyuge en los actos civiles, se mantuvo en el Código Civil Chileno que entró en vigor en 1857, cuyo artículo 135 establecía que “por el hecho del matrimonio se contrae la sociedad de bienes entre los cónyuges, y toma el marido la administración de los de la mujer, según las reglas que se expondrán en el título de la sociedad conyugal. Al compás de la referida tradición, decía el artículo siguiente que “sin la autorización escrita del marido, no puede la mujer casada comparecer en juicio”, prohibición que complementaba luego el artículo 137 al prescribir que “la mujer no puede, sin autorización del marido, celebrar contrato alguno ni desistir de un contrato anterior, ni remitir deuda, ni aceptar o repudiar donación, herencia o legado, ni adquirir a título alguno, oneroso o lucrativo, ni enajenar, hipotecar o empeñar”.

Con esa lógica, entonces, señalaba el artículo 1715 de la misma Codificación que “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, las donaciones, y concesiones que se quieran hacer el uno al otro, de presente o futuro”, redacción exacta a la que aparece aún en nuestro estatuto Civil desde 1887, en el artículo 1771.

Ahora, el inciso tercero del artículo 1504 del Código Civil nuestro, originalmente disponía que “son también incapaces los menores adultos, que no han obtenido habilitación de edad; los disipadores que se hallan bajo interdicción de administrar lo suyo; las mujeres casadas, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas cuatro clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes”. Sólo con la entrada en vigencia del Decreto 2820 de 1974, modificatorio de esa norma, se eliminó el matrimonio como causal de incapacidad civil relativa para la mujer; por ende, en lo sucesivo su aptitud para contratar no se afectaba por el mero hecho de contraer nupcias.

Así mismo, el texto original establecía varias disposiciones que mostraban la jefatura del esposo y, correlativamente, la sumisión de la mujer en cuanto a la administración y disposición de los bienes propios y sociales; lo que enhorabuena se abolió con ocasión de la Ley 28 de 1932.

Inicialmente, el canon 180 contempló que “por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges y toma el marido la administración de los de la mujer, según las reglas que se expondrán en el título 22, libro 4º, De las capitulaciones matrimoniales y de la sociedad conyugal”. A su turno, el 182 pregonaba que “la mujer no puede, sin autorización del marido, celebrar contrato alguno, ni desistir de un contrato anterior, ni remitir una deuda, ni aceptar o repudiar una

donación, herencia o legado, ni adquirir a título alguno oneroso o lucrativo, ni enajenar, hipotecar o empeñar”.

El artículo 1805 consagraba que “el marido es jefe de la sociedad conyugal y como tal administra libremente los bienes sociales y los de su mujer; sujeto, empero, a las obligaciones que por el presente título se le imponen y a las que haya contraído por las capitulaciones matrimoniales”.

El canon siguiente prescribía que “el marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios, formasen un solo patrimonio, de manera que durante la sociedad, los acreedores del marido podrán perseguir tanto los bienes de este como los bienes sociales; sin perjuicio de los abonos o compensaciones que a consecuencia de ello deba el marido a la sociedad o la sociedad al marido”. Por su parte, el artículo 1808 iniciaba así: “la mujer por sí sola no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales durante la sociedad”.

Ergo, aunque por el hecho del matrimonio se conformaba una comunidad de bienes, el único gestor y “dueño” era el marido; la mujer no sólo quedaba sometida al manejo libre de los bienes que aquél dispusiera, sino que perdía relativamente capacidad civil para participar en ciertos negocios jurídicos, para los que, necesariamente estaba compelida a contar con la aprobación expresa de su consorte, en virtud del “régimen patrimonial de comunidad de bienes e incapacidad civil de la mujer casada” allí imperante.

Sobre el particular, el tratadista Jose J. Gómez R. en su libro *El Nuevo Régimen de Bienes En El Matrimonio*, segunda edición, 1942, pág. 37, apuntó: “Intentamos despejar una figura jurídica que entre nosotros ha comenzado a perder su verdadera fisonomía. Esa figura es la comunidad entre esposos, cuya sustancia suele confundirse con la administración del marido sobre el patrimonio común y el patrimonio de la cónyuge, y aun con la de incapacidad que, según el Código Civil, cobija a la mujer casada”.

Se citan allí algunos extractos de la memorable sentencia de 29 de marzo de 1939 pronunciada por esta Sala de Casación (*Gaceta Judicial*, t. XLVII, n. 1945, p. 727), entre otros, el siguiente: “corolario de tal régimen de comunidad, nacido ipso facto del matrimonio, era la incapacidad civil de la mujer y su separación de la administración de la sociedad conyugal, ya que su personalidad sufría una capitis-deminutio, que la inhibía para celebrar la mayoría de los actos de la vida civil sin la autorización del marido, o de la justicia, en subsidio”.

Todo, para significar que el artículo 1771 sigue gobernando las capitulaciones matrimoniales en Colombia igual a como lo imponía la tradición en 1887 cuando se inauguró el Código Civil, inspirado innegablemente por los estatutos de 1804 (C.C. Francés) y 1855 (C.C. Chileno); tanto que muchas de las disposiciones de éstos se insertaron idénticamente en aquél, como sucedió con el ya citado artículo 1771.

En definitiva, si «el matrimonio incapacitaba a la mujer para administrar bienes, gestión que se concentraba de modo exclusivo en manos del marido» (SC3727-2020), nada de lo cual impera en la actualidad, ahora no resulta atendible aplicar preceptos acuñados en el tiempo que ocurría lo contrario, pues restringirla hoy día a que celebre actos jurídicos (como las capitulaciones) en un específico momento, con asidero en normas proferidas antes de alcanzar la liberación proclamada, no armoniza con la protección que debe otorgarle el Estado, la Sociedad y la Familia para el disfrute pleno de sus garantías en un verdadero plano de igualdad. De suerte que forzar la aplicabilidad de una disposición arcaica, es tanto como mantener el régimen de su incapacidad civil extinguido con la expedición de la Ley 28 de 1932 al conferirle la libre administración y disposición de sus bienes, y fortalecido luego con el Decreto 2820 de 1970.

Uno de los pilares de la formación, ejecución y extinción de los negocios jurídicos es sin duda la autonomía de la voluntad privada de que son titulares todos los contratantes, sin atender razones discriminatorias en virtud del género; sin embargo, tal principio se ve amenazado en el pacto capitular sin justificación actual válida con la subsistencia de la proscripción aludida en tanto su empleo desentona con la visión moderna de la aptitud de la mujer para contratar.

En conclusión, soy partidario de que habiendo cambiado sustancialmente el contexto de desigualdad en que se fundó el plucitado canon 1771 del Código Civil, se impone aceptar que, en virtud de los postulados de autonomía de la voluntad privada e igualdad, los cónyuges y compañeros permanentes pueden negociar en cualquier momento hasta antes de la disolución del matrimonio o de la sociedad patrimonial, porque nada se opone a la celebración de ese pacto durante la vigencia del haber social, en vista que el interés jurídico para hacerlo puede surgir durante el casamiento o la unión marital de hecho. Esto, dado que siendo la sociedad conyugal y patrimonial una ficción jurídica como ampliamente se ha reconocido en la jurisprudencia, sus efectos solo vienen a irradiarse una vez queda disuelta, por lo que ese, y no otro, debe ser el límite para realizar capitulaciones.

Máxime porque a la luz del artículo 1774 ibídem a “falta de pacto escrito se entenderá, por el mero hecho del matrimonio, contraída la sociedad conyugal”, pero de allí no puede desprenderse, como hace la Sala mayoritaria, que esa es la genuina razón de la exigencia temporal en estudio, porque tratándose de una presunción como en esencia lo es, nada obsta para que el surgimiento de la sociedad conyugal o patrimonial quede desvirtuado a raíz del pacto posterior, expreso y libre de la pareja”.

Esos razonamientos reflejan la visión que tengo sobre las capitulaciones matrimoniales y maritales, cuyo fundamento esencial lo constituye el principio de la autonomía dispositiva o de autogobierno establecido en el artículo 1602 del Código Civil,

que le otorga a los futuros contrayentes, pero también a los esposos o compañeros permanentes, plena igualdad y libertad para regular libremente sus intereses, siempre que no transgredan el orden público ni las buenas costumbres (art. 16 C.C.). Por tanto, en mi criterio, que expuse en el pasado y reitero ahora, nada impide que después del matrimonio o en vigencia de la convivencia marital, la pareja ajuste o cambie, de consuno, las reglas de la sociedad conyugal o patrimonial, en cuyo caso, el respectivo convenio, en cuanto se ciña al orden jurídico, les será vinculante y producirá plenos efectos *erga omnes*.

No se trata de un tema de inoponibilidad, toda vez que las capitulaciones y, por extensión, el acuerdo *ex post* sobre ellas, debe inscribirse en el registro civil de nacimiento y de matrimonio de la pareja (arts. 4° y 72 Dec. 1260 de 1970), de lo cual se infiere que desde entonces tal acto se vuelve oponible a la colectividad, con todos los efectos y consecuencias legales que esté llamado a producir, porque al tratarse de un negocio jurídico, en concreto, de una convención³, ello impone reconocerla por absolutamente todos, de ahí que nadie podría desconocerla. Otra cosa muy distinta, por cierto, es que esa prerrogativa llegue a ser usada, en el ámbito prenupcial o postnupcial, como pretexto para defraudar a terceros, quienes, en tal caso, tendrán acciones legales en procura de paralizar o neutralizar los efectos que produzca, y así salvaguardar sus intereses.

No obstante, considero que el grueso de esas reflexiones fueron relegadas en la providencia que definió el recurso extraordinario de casación, a pesar de ser la ocasión propicia

³ CSJ SC2130-2021.

para expresarlas con amplitud y profundidad, en aras de zanjar la discusión que sobre las capitulaciones matrimoniales y maritales se ha acentuado durante décadas en el foro nacional y que, en mi opinión, no ha sido tratada con suficiente hondura y claridad por esta Corporación, aun cuando dentro de sus funciones, como órgano de casación, está precisamente la de unificar la jurisprudencia nacional (art. 333 C.G.P.).

En fin, celebro la tesis que salió avante, pero hago constar que las motivaciones de la sentencia pudieron haberse fortalecido con las razones aquí expuestas y que, en mi criterio, son las que permiten a los contrayentes, consortes o compañeros permanentes, regular el aspecto económico de la sociedad conyugal o marital aún en vigencia de una u otra, lo cual, además, pone nuestro ordenamiento legal a tono con el de muchos otros sistemas jurídicos del *civil law* y del *common law*⁴ que han ido ajustando su legislación en esa dirección.

Por ello aclaro mi voto, aunque comparto la decisión.

Fecha ut supra,

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Magistrado

⁴ Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, Dinamarca, EE.UU., Ecuador, España, Francia, Italia, Inglaterra, México, Perú, República Dominicana, Venezuela, entre otros.

Firmado electrónicamente por

Octavio Augusto Tejeiro Duque
Magistrado

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: FF9FAE54D9893A27C69CC8C5DAC51907557023BD6B37B333C131261A01C2A56B

Documento generado en 2023-06-29