

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

Magistrado ponente

SC005-2021

Radicación n.º 05001-31-10-003-2012-01335-01

(Aprobado y discutido en sesión de cinco de septiembre de dos mil dieciocho, y, ratificado en sesión de tres de septiembre de dos mil veinte)

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de enero de dos mil veinituno (2021).-

Decide la Corte el recurso de casación que interpuso el demandado **JAIME DE GREIFF HERNÁNDEZ**, frente a la sentencia del 30 de septiembre de 2014, proferida por el Tribunal Superior de Medellín, Sala de Familia, en el proceso ordinario que en su contra adelantó **CLARA VICTORIA MESA OCHOA**.

ANTECEDENTES

1. En el libelo con el que se dio inicio al litigio, que milita en los folios 5 a 10 del cuaderno No. 1, se solicitó declarar que entre los litigantes existió tanto una unión marital de hecho, como la consecuente sociedad patrimonial

entre compañeros permanentes, desde abril de 2006 y hasta finales del mes de julio de 2012; decretar la disolución y liquidación de la última; y condenar en costas al convocado.

2. En sustento de dichos pedimentos se adujo, en resumen, la convivencia singular y permanente de las partes, durante el tiempo comprendido entre las fechas atrás indicadas, al lado de los hijos de cada uno, conformando así una familia; la inexistencia de descendencia común; el compañero, desde un año atrás, disolvió y liquidó la sociedad conyugal que tenía conformada con quien fue su cónyuge; ninguno efectuó, con anterioridad al inicio de la unión marital de hecho, renuncia a sus gananciales.

3. La demanda fue admitida con auto del 20 de febrero de 2013 (fl. 11, cd. 1), que se notificó personalmente el 12 de abril siguiente, al apoderado judicial que De Greiff Hernández designó para que lo representara (fl. 18 vto, c. 1).

4. En tiempo, dicho profesional replicó, y en tal virtud se opuso a las pretensiones, se pronunció de distinta manera sobre los hechos y formuló las excepciones meritorias que denominó “*INEXISTENCIA DE UNIÓN MARITAL DE HECHO*” e “*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DISOLVER Y LIQUIDAR CUALQUIER SOCIEDAD*”, fincadas, básicamente, en que la convivencia de las partes fue objeto de varias y prolongadas interrupciones y en que los convivientes, mediante escritura pública No. 370 del 8 de febrero de 2008,

otorgada en la Notaría Diecisiete de Medellín, pactaron capitulaciones (fls. 28 a 35, cd. 1).

5. Agotado el trámite de la primera instancia, el Juzgado Tercero de Familia de Medellín le puso fin con sentencia del 24 de abril de 2014, en la que reconoció “*la existencia de dos uniones maritales de hecho entre los compañeros permanentes JAIME DE GREIFF HERNÁNDEZ y CLARA VICTORIA MESA OCHOA en dos períodos (...) así: el primero que va del 1º de abril de 2006, al 31 de julio de 2009; y el segundo comprendido entre el primero de diciembre de 2009 y hasta el 31 de julio de 2012*”; declaró la conformación de sociedad patrimonial entre ellos, “*pero sólo en el período comprendido entre el primero de diciembre de 2009, al 31 de julio de 2012*”; ordenó la disolución y liquidación de la misma; y condenó en costas al demandado, en un 70% (fls. 189 a 195, cd. 1).

6. Apelado dicho fallo por las dos partes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala de Familia, mediante el suyo, que data del 30 de septiembre de 2014, lo confirmó con los siguientes cambios: declaró que entre las partes “*sólo existió una unión marital de hecho que perduró hasta julio treinta y uno (31) de dos mil doce (2012)*” y que la sociedad patrimonial “*existió desde mayo treinta (30) de dos mil siete*”; corrigió “*que la disolución de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes no se declara sino que se decreta*”; lo adicionó para ordenar la inscripción del fallo; varió la condena en costas, que asignó al demandado en un ciento por ciento (100%); revocó el mandato de liquidar la referida

sociedad patrimonial; e impuso las costas de segunda instancia al accionado (fls. 34 a 57 vuelto, cd. 5).

LA SENTENCIA DEL *AD QUEM*

1. Como quiera que, según se verá, la discusión propuesta en casación se circunscribió a la existencia de la sociedad patrimonial declarada en el fallo de segunda instancia, basta aquí con señalar, en cuanto hace a la unión marital de hecho deprecada, que el Tribunal halló cumplidos todos los requisitos que eran propios para reconocerla, en los precisos términos en que lo hizo.

2. Determinada la existencia de la referida unión por espacio superior a dos años, esa autoridad dio aplicación al literal b) del artículo 2º de la Ley 54 de 1990 y, en tal virtud, coligió, de un lado, que *“hay base probatoria para presumir que entre ellos existió sociedad patrimonial”* y, de otro, que los argumentos aducidos por el demandado relativos a la inexistencia de la misma, no son de recibo, por las siguientes razones:

2.1. El matrimonio de aquél con la señora Ángela María Montoya Arbeláez, cuyos efectos civiles cesaron el 3 de junio de 2008, por divorcio de mutuo acuerdo, no impidió la configuración tanto de la unión marital de hecho peticionada, como de la sociedad patrimonial igualmente solicitada, pues así se deprende de la ley, en tanto que ella sólo exige, para el

surgimiento de la segunda, que la sociedad conyugal anterior de uno o ambos compañeros, se hubiere disuelto.

2.2. La escritura pública 1886 del 29 de mayo de 2007, conferida en la Notaría Diecisiete de Medellín, acredita que la sociedad conyugal surgida con ocasión del matrimonio de Jaime De Greiff Hernández y Ángela María Montoya Arbeláez se disolvió en esa misma fecha, por lo que a partir del día siguiente comenzó la sociedad patrimonial de hecho entre los compañeros permanentes que integran el presente litigio.

2.3. No se comparte el argumento del *a quo*, consistente en que el surgimiento de la mencionada sociedad patrimonial sólo tuvo lugar un año después de la disolución de la también señalada sociedad conyugal.

2.4. Las capitulaciones matrimoniales celebradas por los señores Mesa Ochoa y De Greiff Hernández, contenidas en la escritura 370 del 8 de febrero de 2008 de la misma Notaría Diecisiete de Medellín, son “*inexistentes*”, pues se confirieron luego de iniciada la unión marital y, por ende, contradicen frontalmente el mandato de los artículos 1771 y 1774 del Código Civil, aplicables por la remisión contemplada en el artículo 7º de la Ley 54 de 1990.

2.5. Tampoco hay lugar a entender que operó “*renuncia recíproca a gananciales*”, toda vez que el envío normativo atrás indicado también comprende el artículo 1775 del Código Civil que, considerada la modificación que le introdujo el artículo

61 del Decreto 2820 de 1974, reza: “*Cualquiera de los cónyuges siempre que sea capaz, podrá renunciar a los gananciales que resulten a la disolución de la sociedad conyugal, sin perjuicio de terceros*”, el cual debe aplicarse en concordancia con el artículo 1837 de la misma obra, sin que, entonces, en el caso *sub lite*, se cumplan las condiciones impuestas por el legislador, pues “*dicha renuncia es procedente después de que la sociedad aludida se disuelva, fenómeno que no había acaecido cuando se concertó el acuerdo aludido y antes de que se liquide porque cuando esto se hace ya no existe derecho a gananciales para renunciar, sólo derechos individuales de cada uno de los cónyuges o compañeros permanentes*”, tesis que el Tribunal respaldó con una sentencia de esta Corte, que reprodujo en lo pertinente.

LA DEMANDA DE CASACIÓN CARGO ÚNICO

Refirió la infracción directa de los artículos 2º y 5º a 8º de la Ley 54 de 1990, consideradas las modificaciones que les introdujo la Ley 979 de 2005; 1502, 1602 y 1771 a 1774 del Código Civil; 37 de la Ley 962 de 2005; y 42 de la Constitución Política.

1. De entrada, el censor precisó que con la acusación “*cuestiona la decisión del Tribunal de declarar la existencia de una sociedad patrimonial entre las partes y de decretar su consecuente liquidación, al negarle eficacia a las capitulaciones extra matrimoniales celebradas por ellas mediante la escritura pública No. 370 del 8 de febrero de 2008 de la Notaría Diecisiete del Círculo*

de Medellín, cuando ya se había formado la unión marital de hecho”.

2. Luego de memorar lo que a ese respecto expuso el *ad quem*, de extractar los puntos centrales de su razonamiento y de detallar los aspectos del fallo impugnado con los que el impugnante está de acuerdo, éste aseveró que “*las capitulaciones extramatrimoniales celebradas por las partes -en las cuales manifestaron su intención de excluir entre ellos el nacimiento de la sociedad patrimonial; supuesto fáctico reconocido por el Tribunal- son eficaces y están llamadas a producir plenos efectos jurídicos*”, por las razones que enseguida dilucidó y que a continuación se comprendían:

2.1. Pese a la proximidad del matrimonio y la unión marital de hecho, se trata de instituciones jurídicas distintas e independientes, diferenciadas principalmente por la forma de su constitución y por el efectos económicos que de uno y otra se derivan, toda vez que “*el legislador reguló de manera disímil la sociedad conyugal y la sociedad patrimonial, tal y como lo evidencia el artículo 180 del Código Civil y las disposiciones de la Ley 45 (sic) de 1990*”.

Precisamente, esa falta de identidad, traduce que para hacer efectiva la protección igualitaria de la familia que ordena la Constitución, se impongan ciertas “*medidas de discriminación positiva, siempre y cuando esas diferencias sean justificables, y atiendan razones objetivas, como la que atañe a la naturaleza de la relación (jurídica formal vs. de hecho)*”, como lo han predicado esta Corporación y la Corte Constitucional.

2.2. Así las cosas, no es admisible, como lo aseveró el Tribunal, la aplicación analógica del artículo 1774 del Código Civil a la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, pues el artículo 7º de la Ley 54 de 1990 hace remisión expresa a los Capítulos I a VI del Título XXII del Libro 4º del Código Civil, donde ella se encuentra, por lo que su operancia deriva de este precepto.

2.3. Con todo, ese envío “*debe interpretarse de conformidad con la regla jurisprudencial que indica que la protección igualitaria al matrimonio y a la unión marital de hecho, implica la prohibición de discriminación normativa entre una y otra; pero en el sentido de impedir que se restrinja o excluya el ejercicio de los derechos y libertades de los cónyuges o compañeros o de cualquier miembro de estas familias, sin que exista una justificación constitucionalmente válida*”.

Por lo tanto, la aplicación de las normas de una institución a otra exige evaluar “*si existe una diferencia que sea objetiva y constitucionalmente justificable*”, de lo que se sigue que en el caso del artículo 1771 del Código Civil, cuando ordena que las capitulaciones deben pactarse antes de la celebración del matrimonio, se impone entender que, en este contexto, dicha “*regla resulta lógica en la medida en que se plantea la celebración de un contrato dependiente (capitulaciones) cuya eficacia jurídica depende de que el otro acto (matrimonio) se celebre; pero tal estructura no es susceptible de ser trasladada a una situación de hecho, donde las personas que participan de ésta no están previendo con anticipación a la relación fáctica aspectos*

que atienden a la órbita meramente jurídica. Sin que se consolide la unión marital de hecho, resulta contrario a la realidad -esencia de las relaciones de hecho- que quienes van a ser compañeros deban prever con antelación el régimen económico que regiría una relación que no tienen prevista”.

De allí el desacuerdo de la conclusión a que arribó el *ad quem*, relativa a que “*las capitulaciones maritales sólo son eficaces si se pactan antes de comenzar la unión marital*”, pues “[e]xtrapolar la aplicación de todas las normas, sin ninguna distinción, y sin agotar ese juicio de igualdad, sería tanto como estimar, que entre cónyuges y compañeros permanentes, y entre sociedad conyugal y sociedad patrimonial, no existe diferencia alguna”.

2.4. Siendo claro que en Colombia, quienes se unen maritalmente de hecho, pueden estipular capitulaciones, no existe igual certeza sobre el momento en el que pueden hacer efectiva esa prerrogativa, por lo que para definir este aspecto debe tenerse de presente que ellas, las capitulaciones, son “*el estatuto normativo que los cónyuges o compañeros elaboran*” para regular los efectos económicos del vínculo personal que establecen y que si bien “*son accesorias al matrimonio o a la unión marital de hecho*”, producen efectos “*independientes y autónomos*”, por lo que la evaluación de “*su validez y eficacia*” debe efectuarse “*en consideración al momento del surgimiento de la sociedad conyugal y de la sociedad patrimonial*”.

En ese orden de ideas, es lógico que las capitulaciones, en el caso del matrimonio, deban otorgarse antes de la

celebración de dicho vínculo, pues a partir de él surge, indefectiblemente, la sociedad conyugal entre los casados.

Otra es la situación de la unión marital de hecho. *“La conformación de la sociedad patrimonial es contingente, ya que no tiene lugar por el simple surgimiento de la unión marital, dado que se necesita la confluencia de los demás supuestos, exigidos por el legislador, como por ejemplo, el trabajo y la ayuda mutua que confluyen en la adquisición de bienes”.*

2.5. En estrecha conexión con lo anterior, el recurrente destacó la importancia de determinar cuándo surge la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y, con ese propósito, concentró su atención en el artículo 2º de la Ley 54 de 1990, del que, dijo, debe desentrañarse si las exigencias que contempla son presupuestos *“de una simple presunción de hecho como medio de prueba indirecto, que se puede desvirtuar; o si, por el contrario, se trata de unos requisitos de existencia de la sociedad patrimonial, sin el lleno de los cuales ésta no existe a pesar de acreditarse la unión marital de hecho”*.

Con pie de apoyo en esas dos posturas interpretativas, coligió que el Tribunal adoptó la primera y, adicionalmente, que ese criterio riñe con la hermenéutica que del comentado precepto han efectuado tanto esta Corte, como la Constitucional, entidades que propugnan por la segunda tesis, aseveración que el censor sustentó con la transcripción de pasajes de distintos fallos emitidos por estas Corporaciones.

2.6. Con tal entendimiento de la cuestión, el impugnante, en relación con la celebración de capitulaciones por parte de quienes se vinculan maritalmente de hecho, propuso tres momentos diferentes: previamente al inicio de la unión; luego de su comienzo, pero antes de la configuración de la sociedad patrimonial; y luego de haber surgido ésta.

Así las cosas, reconoció que las celebradas en las dos primeras oportunidades advertidas, “*surtirá[n] efectos una vez se constituya la sociedad patrimonial, pero deberá[n], al igual que ésta, tener efectos retroactivos, esto es, desde el momento de la convivencia. (...). En caso de que no se alcance a cumplir el término de los dos años requeridos por el artículo 2º de la Ley 45 (sic) de 1990, para la formación de aquella, las capitulaciones perderán sus efectos y los bienes adquiridos por cada uno de ellos quedarán en el mismo estado en que se encontraban, como si aquellas no se hubieran celebrado*”.

Y que las concertadas en el último momento no son atendibles, puesto que atentan contra la “seguridad jurídica” y porque no sería aplicable “*la retroactividad que se predica de las dos soluciones anteriores, porque los bienes adquiridos a título oneroso desde el inicio de la unión hasta la celebración capitular se considerarán como sociales*”.

Añadió que “*como las consecuencias de las capitulaciones son las mismas, tanto si se celebran antes, como si se otorgan después del inicio de la unión de hecho, pero antes de formarse la sociedad patrimonial, porque sus designios comenzarán cuando surja aquélla pero con efectos retroactivos, ni los derechos de los*

compañeros permanentes ni los de los miembros de dicha familia, se verán vulnerados; así como tampoco se afectarán los derechos de terceros; y se conservará, en todo caso, la seguridad jurídica; porque la inmutabilidad de las capitulaciones sólo operará a partir del momento en que se conformaría la sociedad patrimonial”.

Al respecto, enfatizó que reconocerle efectos jurídicos a las capitulaciones celebradas antes de la consolidación de la sociedad patrimonial, “guarda coherencia con la ratio normativa y ontológica de la unión marital” y “encuentra apoyo en sectores de la doctrina colombiana”.

2.7. Por último, el censor destacó que la tesis por él propuesta acompasa con el principio de la “autonomía privada”, el cual, por el contrario, resulta desconocido con la que aplicó el Tribunal, toda vez que le restó eficacia, sin justificación para ello, “a un convenio que no contraviene las normas imperativas, el orden público, las buenas costumbres ni la seguridad jurídica”.

3. Al cierre, el impugnante explicó en qué forma se vulneraron las normas sustanciales que al inicio del cargo enlistó como quebrantadas.

CONSIDERACIONES

1. Como en muchas ocasiones lo ha señalado la Corte, atendiendo la realidad social, que evidenciaba el incremento de la conformación de familias constituidas por parejas que sin haberse casado, bien sea porque así lo

decidían, ora porque tenían impedimento para ello, tomaban la decisión de vivir juntas y de hacer de esa unión todo un proyecto de vida, el legislador colombiano optó por brindarles protección, lo que hizo mediante la Ley 54 de 1990, modificada luego por la Ley 979 de 2005, en la que estableció las figuras de la unión marital de hecho y de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes.

Esa protección fue bifronte: comprendió la relación personal de la pareja y todos los efectos que de ella se desprenden, en particular, el surgimiento de una familia unida por lazos naturales, con todo lo que eso supone; y se extendió al ámbito patrimonial, de modo que previó el régimen económico que regiría los bienes y deudas de los compañeros permanentes.

2. Ahora bien, tanto la familia derivada del matrimonio, como la que tiene génesis en la unión marital, fue expresamente reconocida en el artículo 42 de la Constitución Política de 1991, precepto que la declaró como *“el núcleo fundamental de la sociedad”* y en el que se precisó que puede constituirse *“por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”*.

Adicionalmente, el comentado mandato superior impuso al Estado y a la sociedad toda, el deber de garantizar *“la protección integral de la familia”*, sin hacer distingos sobre su origen.

3. En líneas generales, dos fueron los ámbitos de que se ocupó el legislador:

3.1. Las relaciones personales de familia, aspecto éste en torno del cual consagró que la unión marital de hecho exige para quienes pretenden su surgimiento, la conformación de “*una comunidad de vida permanente y singular*” (art. 1º, Ley 54 de 1990), vínculo que, como lo tiene dicho esta Corporación, supone para ellos, entre muchos otros comportamientos, “*residir bajo un mismo techo, brindarse afecto, socorro, ayuda y respeto mutuos, colaborarse en su desarrollo personal, social, laboral y/o profesional, mantener relaciones sexuales, proveer los medios para su mejor subsistencia y decidir si tienen o no descendencia, caso en el cual les corresponderá definir el número hijos que procreen y los parámetros para educarlos, así como velar por su sostenimiento*” (CSJ, SC del 12 de diciembre de 2011, Rad. n.º 2003-01261-01).

Dentro de esas relaciones y, más precisamente, de los efectos que se desprenden de la unión marital de hecho, destacan los concernientes con el estado civil, pues los miembros de la pareja, en virtud de ella, adquieren el estatus de compañeros permanentes (auto de 18 de junio de 2008, Rad. n.º 2004-00205-01); y los hijos habidos durante su vigencia, tienen la condición de legítimos (Ley 1060 de 2006).

Cabe añadir que las normas concernientes con este tópico son de orden público, pues como viene de

observarse, versan sobre las relaciones que dan lugar al surgimiento de la familia constituida por “*vínculos naturales*”, para usar los términos de la Constitución Política, cuestión en la que, según ese mismo ordenamiento, tienen interés el Estado y la sociedad, habida cuenta que “*la familia*”, en general, constituye su núcleo esencial y es merecedora de “*protección integral*”.

De suyo, entonces, que las normas disciplinantes de la unión marital en lo tocante con los requisitos para su configuración, los derechos y deberes que en razón de ella surgen para los compañeros permanentes entre sí y respecto de los hijos que procreen, su incidencia en el estado civil de sus miembros y su extinción, son del advertido linaje y, por lo mismo, no está al arbitrio de los particulares sustraerse de esas reglas, ni variarlas.

3.2. En cuanto hace al aspecto económico, que es sobre el que versa este asunto, es del caso señalar que de él se ocuparon los artículos 2º, 3º y 5º a 8º de la precitada ley, actualmente con las modificaciones que a algunos de ellos les introdujo la Ley 979 de 2005.

De dichos preceptos se extracta:

- El “*patrimonio o capital producto del trabajo, ayuda y socorro mutuos pertenece por partes iguales a ambos compañeros permanentes*” (art. 3º).

No obstante, es necesario aclarar que, como esta norma se contradice con otra del mismo estatuto, el artículo 7º de la ley 54 de 1990, prima el segundo mandato para señalar que el contenido de la sociedad patrimonial en lo económico es exactamente igual al de la sociedad conyugal, pues la norma posterior remite a los capítulos I a VI del título 2XXII del código civil, y allí está el contenido económico de la sociedad, luego, son lo mismo.

- Se “*presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente*”, cuando existe unión marital por dos años o más y, por una parte, los compañeros no tienen impedimento para contraer matrimonio o, por otra, de tenerlo, se encuentra disuelta la sociedad conyugal que con anterioridad, ellos constituyeron con otras personas (art. 2º).

- No son “*parte del haber social los bienes adquiridos en virtud de donación, herencia o legado, ni los que se hubieren adquirido antes de iniciar la unión marital de hecho, pero sí lo serán los réditos, rentas, frutos o mayor valor que produzcan estos bienes durante la unión marital de hecho*” (par., art. 3º).

Aquí es válido el mismo comentario que se hizo para el artículo 3º de la ley 54 de 1990, es decir que por haber remisión legal por una norma posterior, /(7º de la ley 54 de 1990) es esta la que se aplica.

- La sociedad patrimonial entre compañeros permanentes se disuelve “*por mutuo consentimiento*” o “*común*

acuerdo” de éstos, expresado en “[e]scritura [p]ública ante [n]otario” o en “acta suscrita ante un [c]entro de [c]onciliación legalmente reconocido”; por sentencia judicial; y/o por muerte de uno o ambos compañeros (art. 5º).

- La “*declaración, disolución y liquidación*” de la sociedad patrimonial, así como la “*adjudicación de bienes*”, puede ser pedida por cualquiera de los compañeros y/o sus herederos (inc. 1º, art. 6º).

- Si la causa de la disolución es la muerte de uno o ambos compañeros, la liquidación de la sociedad patrimonial puede efectuarse en el interior del correspondiente proceso sucesoral, “*siempre y cuando previamente se haya logrado su declaración conforme a lo dispuesto en la presente ley*” (inc. 2º, art. 6º).

- Son aplicables a la liquidación de la sociedad patrimonial, “*las normas contenidas en el Libro 4º Título XXII, Capítulos I a VI del Código Civil*” (art. 7º). O sea que su contenido es el mismo.

- Las acciones dirigidas a “*obtener la disolución y liquidación*” de la sociedad patrimonial prescriben en un año, contado a partir de la “*separación física y definitiva de los compañeros, del matrimonio con terceros o de la muerte de uno o ambos compañeros*”, término que se interrumpirá con la presentación de la correspondiente demanda (art. 8º) aplicando claro está las normas procesales pertinentes para determinar ese momento.

Como se aprecia, la conformación de una unión marital de hecho puede dar lugar al surgimiento de una sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, siempre y cuando la existencia de aquélla sobrepase el término de dos años y los convivientes no estén impedidos para contraer matrimonio o, en el supuesto de estarlo, hayan disuelto, o disuelvan, la sociedad conyugal que hubieren constituido con quienes fueron sus cónyuges, caso en el cual la sociedad patrimonial emergerá una vez realicen esta gestión.

Es ostensible, entonces, que la unión marital y la sociedad patrimonial no tienen que coexistir necesariamente, en tanto que la primera aflora con total independencia de la segunda y que ésta puede o no consolidarse, lo que de ocurrir, acaece siempre después del comienzo de aquélla, como mínimo dos años, así sus efectos se retrotraigan a la fecha de inicio de la unión o de disolución de la sociedad conyugal, en tratándose de compañeros impedidos para contraer matrimonio, como ya se explicó.

Por su parte, las normas regulativas de la sociedad patrimonial, por esencia, miran el interés particular, en tanto que se encargan, como se infiere del compendio atrás consignado, de establecer las reglas a que quedan sometidos los bienes adquiridos y las deudas contraídas por los compañeros permanentes durante la vigencia de la unión marital, régimen al que ellos pueden renunciar o que pueden modificar de mutuo acuerdo, como más adelante se verá.

4. En punto de las comentadas diferencias, cabe memorar:

Como con facilidad se avizora, es ostensible la autonomía de las referidas figuras jurídicas, toda vez que cada una disciplina aspectos diversos de la familia constituida por lazos meramente naturales y responde a distintos requisitos:

a) La unión marital de hecho, concierne con la vida en común de los compañeros permanentes y exige para su configuración la decisión consciente de la pareja de unirse para conformar una familia y de que, como consecuencia de esa determinación, convivan en una relación singular y permanente.

b) La sociedad patrimonial irradia sus efectos solamente en el plano económico y deriva, en primer lugar, de la existencia de una unión marital de hecho....(...)

En el punto, cabe destacar que 'lla sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, a que refiere el artículo 2º de la misma Ley 54 de 1990, si bien depende de que exista la 'unión marital de hecho', corresponde a una figura con entidad propia que puede o no surgir como consecuencia de la anterior, desde su inicio o durante su vigencia, siempre y cuando se cumplan los demás presupuestos que señala la norma' (Cas. Civ., sentencia de 15 de noviembre de 2012, expediente No. 7300131100022008-00322-01) (CSJ, SC del 11 de septiembre de 2013, Rad. n.º 2001-00011-01).

5. Atrás se enfatizó que a voces del artículo 7º de la Ley 54 de 1990, son aplicables a la "liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes (...) las normas contenidas en el Libro 4º Título XXII, Capítulos I a VI del Código Civil".

Se trata, pues, de los preceptos relativos a “**LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y DE LA SOCIEDAD CONYUGAL**”, comprensivos de las “**Reglas generales**” (Capítulo I), en el que se desarrolló la primera de esas temáticas; “**Del haber de la sociedad conyugal y sus cargas**” (Capítulo II); “**De la administración ordinaria de los bienes de la sociedad conyugal**” (Capítulo III); “**De la administración extraordinaria de la sociedad conyugal**” (Capítulo IV); “**De la disolución de la sociedad conyugal y partición de gananciales**” (Capítulo V); y “**De la renuncia de los gananciales hecho por parte de la mujer, después de la disolución de la sociedad**” (Capítulo VI).

La aplicación del primero de esos capítulos a la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, deja en claro que ellos, en cuanto hace a dicha sociedad, están facultados para celebrar capitulaciones y que el otorgamiento de las mismas está sometido a las reglas previstas para el caso de quienes se van a casar (Capítulo I).

6. Dispone el artículo 1771 del Código Civil:

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 las donaciones y concesiones que se quieran hacer el uno al otro, de presente o de futuro.

Para decirlo con extrema concreción, las capitulaciones matrimoniales corresponden al régimen particular que

acuerdan los esposos, para regular todos los aspectos económicos concernientes con ellos, una vez se casen.

En palabras de un autorizado expositor:

Debe advertirse, ante todo, que mientras las reglas que gobiernan la sociedad de personas (derecho personal matrimonial o derecho de familia puro) tienden a ser de orden público, por no poderse derogar mediante la voluntad de los contrayentes, las que rigen la sociedad de bienes son de orden privado, pues los contrayentes pueden, antes del matrimonio, regular por su propia voluntad la situación jurídica de los bienes que tengan antes de celebrar las nupcias, así como de los bienes que por cualquier causa adquieran durante él; también pueden decidir acerca de su distribución, una vez disuelto el matrimonio.

La ley, empero, consultando costumbres y especialmente el modo de sentir y de pensar de las familias colombianas, ha establecido un estatuto de régimen de bienes en el matrimonio por el cual se regirán todos los cónyuges que de manera expresa quieran someterse a él y para todos aquellos que no acordaron ninguno. Como este estatuto es de derecho común o régimen legal, los contrayentes que quieran someterse a él no necesitan pactarlo; sucede en este caso algo semejante a lo que ocurre cuando una persona se encuentra conforme con la distribución que haría la ley de sus bienes por causa de muerte, y por ello no hace testamento.

El estatuto que los cónyuges acuerdan antes del matrimonio en relación con los bienes que aportan, como los que adquieren durante el matrimonio, como su distribución, como las donaciones y concesiones que se quieran hacer el uno al otro de presente o futuro, recibe el nombre de 'capitulaciones matrimoniales' (C. C., art. 1171) o simplemente de pacto matrimonial de bienes.

Estos acuerdos o pactos no obedecen en sentido riguroso al concepto de contrato, pues este tiene por función esencial

establecer obligaciones entre quienes lo celebran (C. C., art. 1495), y los pactos o capitulaciones matrimoniales son un estatuto o forma de organización de una sociedad de bienes entre los cónyuges, en algunos casos, y en otros llegan a ser hasta convenciones que eliminan esa asociación de bienes. De ahí que tales pactos matrimoniales se los debe llamar convenciones matrimoniales, o pactos matrimoniales, o, como las denomina el Código, capitulaciones matrimoniales" (subrayas fuera del texto)¹.

7. Sin perder de vista las precisiones anteriores, sigue a desentrañar la genuina razón de la exigencia temporal contemplada en la comentada norma.

Al respecto, debe notarse que con ella el legislador, en esencia, buscó que las capitulaciones matrimoniales antecedan al surgimiento de la sociedad conyugal, que es su objeto, en el entendido que ésta es consecuencia del matrimonio y que nace automáticamente con la celebración del mismo, en tanto que el artículo 180 del Código Civil prevé que “[p]or el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges” y el canon 1774 de la misma obra establece que, salvo pacto escrito en contrario, “se entenderá, por el mero hecho del matrimonio, contraída sociedad conyugal con arreglo a las disposiciones de este título”.

De suyo, si el matrimonio es causa jurídica y suficiente de la sociedad conyugal, se colige que cuando los esposos tienen el propósito de que dicha sociedad no surja o de que no opere, respecto de ellos, el régimen de gananciales que a través de esa figura estructuró el legislador, sino un régimen

¹ Valencia Zea, Arturo. Derecho civil. Tomo V. Derecho de familia. Bogotá, Temis, 1970, págs. 155 y 156.

especial, deben así manifestarlo antes de la celebración del primero, en la medida que la realización de este acto, según viene de verse, trae consigo, indefectiblemente, la configuración de la segunda.

Ahora bien, si como ya se dijo, las capitulaciones son el instrumento previsto por el legislador para que quienes pretenden casarse, sustraigan el vínculo que han de conformar del sistema económico legal, resulta lógico que tratándose del matrimonio, la oportunidad para el otorgamiento de aquellas sea antes de su celebración, pues de lo contrario el régimen patrimonial que operaría, sería el de la sociedad conyugal.

8. En el caso de la unión marital de hecho y la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes la situación, como ya se registró, es bien diferente.

8.1. La existencia de la primera no es suficiente para el surgimiento de la segunda, por lo que las dos no afloran al mismo tiempo.

En reciente fallo, la Sala puntualizó:

Se consagraron, de esta forma, cinco (5) requisitos para que, en el curso de la unión marital, se genere una sociedad patrimonial:

(a) comunidad de vida entre los compañeros, quienes deciden unirse con la finalidad de alcanzar objetivos comunes y desarrollar un proyecto de vida compartido²;

(b) singularidad, que se traduce en que los consortes no pueden establecer compromisos similares con otras personas, ‘porque si alguno de ellos, o los dos, sostienen además uniones con otros sujetos o un vínculo matrimonial en el que no estén separados de cuerpos los cónyuges, esa circunstancia impide la configuración del fenómeno’³;

(c) permanencia, entendida como la conjunción de acciones y decisiones proyectadas establemente en el tiempo, que permitan inferir la decisión de conformar un hogar y no simplemente de sostener encuentros esporádicos⁴;

(d) inexistencia de impedimentos legales que hagan ilícita la unión, como sucede, por ejemplo, con el incesto⁵; y

(e) convivencia ininterrumpida por dos (2) años, que hace presumir la conformación de la sociedad patrimonial⁶.

La ausencia de cualquiera de estos requerimientos dará al traste la pretensión declarativa, siendo una carga del demandante su demostración, para lo cual cuenta con libertad probatoria (CSJ, SC-128 del 12 de febrero de 2018, Rad. n.º 2008-00331-01).

Es evidente que la mera existencia de la unión marital de hecho, no da lugar al florecimiento de la sociedad patrimonial. Ésta requiere la concurrencia de los demás requisitos anotados, en particular, la permanencia de dicho vínculo personal, por espacio superior a dos años.

² CSJ, SC del 12 diciembre de 2012, Rad. n.º 2003-01261-01.

³ CSJ, SC 11294 del 17 agosto de 2016, Rad. n.º 2008-00162-01.

⁴ CSJ, SC del 20 septiembre de 2000, Rad. n.º 6117.

⁵ CSJ, SC del 25 marzo de 2009, Rad. n.º 2002-00079-01.

⁶ CSJ, SC 268 del 28 de octubre de 2005, Rad. n.º 2000-00591-01.

De ello se sigue que mientras transcurre ese lapso de tiempo, la unión marital existe como tal, sin que la sociedad patrimonial se haya configurado jurídicamente.

Solamente cuando el aludido nexo familiar supera el indicado periodo, siempre y cuando los convivientes no tengan impedimento para contraer matrimonio, se materializará entre ellos la referida comunidad de bienes.

Pero si en relación con uno o con ambos compañeros, subsiste una sociedad conyugal anterior, pese la satisfacción de esas otras exigencias, la sociedad patrimonial no se constituirá.

Su conformación solamente sobrevendrá, como consecuencia de la disolución de la correspondiente sociedad conyugal y a partir del día siguiente a cuando ello acontezca, independientemente del tiempo de existencia de la unión marital.

Y si dicha disolución no se produce, la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes no nacerá en el mundo de lo jurídico.

8.2. Se agrega a lo expuesto, que los efectos de una y otra figura, la unión marital y la sociedad patrimonial, tampoco, necesariamente, se producen en un mismo momento.

Si bien es verdad que una vez satisfechos los requisitos atrás advertidos, la sociedad patrimonial se consolida, también lo es que ella tiene efectos retroactivos al día del inicio de la unión marital, en el caso de compañeros permanentes sin obstáculo para casarse.

Empero si existe “*impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o ambos compañeros permanentes*”, la sociedad patrimonial se concretará “*siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas (...)*” (literal b del inciso 1º del artículo 2º de la Ley 54 de 1990, modificado por el artículo 1º de la Ley 979 de 2005)⁷.

En tal hipótesis, la retroactividad de los efectos patrimoniales se remontará solamente al día siguiente de la disolución de la sociedad conyugal preexistente.

Como consecuencia de lo anterior, uno será el día en el que la unión marital de hecho empiece a producir efectos; y otro, muy distinto y posterior, aquél a partir del cual debe entenderse operante la sociedad patrimonial.

⁷ En relación con dicha norma, esta Corporación, mediante sentencia del 10 de septiembre de 2003 (Radicación n.º 7603), concluyó en torno de la exigencia de liquidación de la sociedad conyugal que ella contemplaba, que “*no tiene justificación (...), razón que conduce a afirmar que por causa del tránsito normativo esa parte de la ley 54 deviene insubsistente*”, puesto que “*toda disposición legal ‘anterior a la constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente’ (art. 9º de la ley 153 de 1887); regla esa que con mayor énfasis ha de predicarse hoy por fuerza de que la Carta actual se define como ‘norma de normas’ (art. 4º)*”.

A su turno, la Corte Constitucional declaró “*inexequible la expresión ‘y liquidadas’ contenida en el literal b) del numeral 2º de la Ley 54 de 1990 modificado por el artículo 1º de la Ley 979 de 2005*”, fincada en razones similares a las que adujo esta colegiatura para predicar su insubsistencia (sentencia C-700 del 16 de octubre de 2013).

9. Esas diferencias impiden aplicar el artículo 1711 del Código Civil en frente de la sociedad conyugal y de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes de idéntica manera, en tanto que, como viene de analizarse, mientras que la primera surge por virtud de la celebración del matrimonio, que es su causa jurídica, la segunda aflora tiempo después del inicio de la unión marital de hecho, puesto que requiere para su debida configuración, la existencia de ese vínculo y la satisfacción de otros requisitos.

Así las cosas, propio es que las capitulaciones que realicen quienes pretender contraer nupcias, anteceden al matrimonio; y que las que procuren para sí los compañeros permanentes, se otorguen antes de cuando confluyan todas las condiciones propias para la constitución de la sociedad patrimonial.

Se cumple de esta manera, el principio deducido de la norma en cuestión, relativo a que las capitulaciones deben celebrarse antes del surgimiento de la sociedad de bienes que corresponda a su objeto y a que ellas se refieran, de modo que en el caso de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, la convención capitular deba realizarse antes de que se cumplan los requisitos necesarios para su consolidación, independientemente de que ya exista la unión marital de hecho.

10. Síguese de lo expuesto, que las capitulaciones acordadas por los compañeros permanentes luego de iniciada la unión marital de hecho, pero antes de que entre ellos surja la consecuente sociedad patrimonial, son oportunas y que, por lo mismo, mal pueden calificarse de inexistentes.

11. De esa conclusión, emerge el yerro jurídico en que incurrió el Tribunal, cual lo denunció el recurrente, cuando sostuvo que para que las capitulaciones “*tengan el efecto de impedir la formación de la sociedad patrimonial entre los compañeros permanentes (...) deben celebrarse antes de que se forme la unión marital de hecho*”, toda vez que “*no se ve ninguna razón para afirmar que no deba ser así y como entre demandante y demandado se formó en abril 1º de 2006 y las celebraron en febrero 8 de 2008, veintidós meses y siete días después, se deben reputar inexistentes, máxime que los dos años de duración de unión marital de hecho que establece el artículo 2º de la Ley 54 de 1990 no constituyen presupuesto para que dicha sociedad exista sino para que, como establece el artículo 66 del C.C., se presuma que existe (...)*”.

12. Se avizora, pues, la prosperidad del cargo, cuyo alcance es meramente parcial, como quiera que únicamente comprende la estimación de “*inexistentes*” que el Tribunal hizo de las capitulaciones convenidas por las partes en la escritura pública No. 370 del 8 de febrero de 2008, otorgada en la Notaría Diecisiete de Medellín, y el reconocimiento que, como consecuencia de esa calificación, se hizo de haberse conformado entre las partes una sociedad

patrimonial desde el 30 de mayo de 2007 hasta el 31 de julio de 2012.

SENTENCIA SUSTITUTIVA

1. El restringido efecto del recurso de casación atrás examinado sobre el fallo de segunda instancia, deja en claro que el único aspecto de la apelación que debe revisarse, concierne al de la incidencia de las capitulaciones celebradas por las partes en frente de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes deprecada en la demanda.

2. Siendo ello así, se establece que en el proceso se probó, con la copia auténtica del mencionado instrumento público que milita en los folios 36 a 38 del cuaderno principal, que los litigantes celebraron capitulaciones, que para el caso pueden llamarse, “*capitulaciones maritales o extramatrimoniales*”, pero en todo caso no matrimoniales, mediante las cuales pactaron que era “*su intención que entre ellos no se formara sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, es decir, que excluyen el nacimiento del régimen de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes*”, de modo que las rentas y bienes propios, así como “*los frutos, réditos, plusvalías, valorizaciones, capitalizaciones o incrementos*” de los mismos, al igual que las que percibieran en el futuro o los activos que llegaren a tener, seguirían siendo, o serían, de cada uno de ellos.

3. Debiéndose reconocer validez a esa convención, toda vez que se ajusta a los parámetros legales, no contradice el orden público ni las buenas costumbres y se realizó antes de configurarse la sociedad patrimonial cuyo nacimiento previene o impide, se colige que no había, ni hay, lugar al reconocimiento de la existencia de la sociedad patrimonial peticionada en el libelo con que se dio inicio al litigio, súplica que, por consiguiente, habrá de denegarse.

4. En lo restante, el fallo del Tribunal habrá de reproducirse.

5. Las costas en ambas instancias correrán a cargo del demandado, pero sólo en un 50%. En las de segundo grado, inclúyase como agencias en derecho la suma fijada por el *ad quem* (\$1.232.000.00).

Sin costas en casación por la prosperidad del recurso extraordinario.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia del 30 de septiembre de 2014, proferida por el Tribunal Superior de Medellín, Sala de Familia, en el proceso que se dejó plenamente identificado en los comienzos de este proveído y, en sede de segunda instancia, **RESUELVE**:

Primero: “**CONFIRMA[R] PARCIALMENTE** la sentencia proferida, en abril veinticuatro (24) de dos mil catorce (2014), por el [J]uez [T]ercero de [F]amilia de [Medellín], en proceso ordinario iniciado por Clara Victoria Mesa Ochoa contra Jaime de Greiff Hernández, en cuanto declaró la existencia de la unión marital de hecho entre [ellos] desde abril primero (1º) de dos mil seis (2006) (...), así:

“**MODIFICÁNDOLA** en que entre Clara Victoria Mesa Ochoa y Jaime de Greiff Hernández sólo existió una unión marital de hecho que perduró hasta julio treinta y uno (31) de julio de dos mil doce (2012) (...).

“(...).

“**ADICIONÁNDOLA** para **ORDENAR** que se inscriba en los folios de registro civil de nacimiento de Clara Victoria Mesa Ochoa y Jaime de Greiff Hernández y en el libro de registro de varios de la [N]otaría [D]iecisiete del círculo de Medellín, Antioquia[,] y (...) se cancel[a]” la inscripción de la demanda “sin afectar la de otras demandas”.

Segundo: Negar que entre las partes se hubiera conformado sociedad patrimonial entre compañeros permanentes.

Tercero: Condenar en las costas de ambas instancias al demandado, pero sólo en un 50%. “**FIJA[R]** un millón

doscientos treinta y dos mil pesos (\$1.232.000) como agencias en derecho a incluir en la liquidación de costas de segunda instancia”.

Cuarto: Sin costas en casación, por la prosperidad del recurso extraordinario.

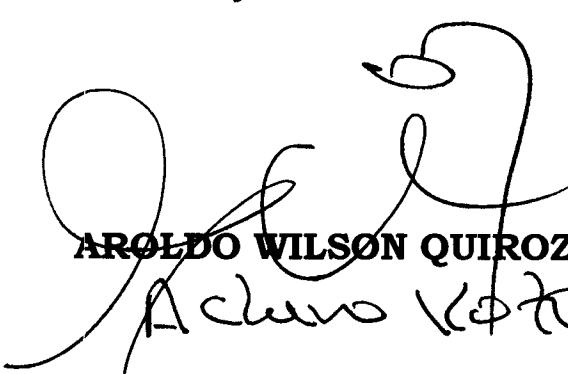
Cópíese, notifíquese, cúmplase y, en oportunidad, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.


LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Presidente de Sala

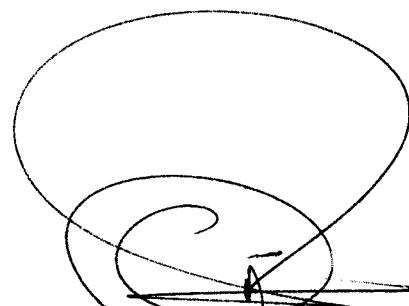
Acuerdo Voto


ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO


ARNOLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

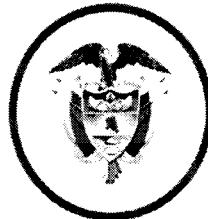
Acuerdo Voto


LUIS ALONSO RICQ PUERTA



OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Con celosía de usto



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación n.º 05001-31-10-003-2012-01335-01

Con relación a la sentencia proferida con ocasión del recurso de casación que interpuso el demandado **JAIME DE GREIFF HERNÁNDEZ**, frente a la decisión del 30 de septiembre de 2014, proferida por el Tribunal Superior de Medellín, Sala de Familia, en el proceso ordinario que en su contra adelantó **CLARA VICTORIA MESA OCHOA**, me permito, aclarar el voto en lo relativo a las capitulaciones o convenciones maritales al interior de una unión marital de hecho, plasmando mis razonamientos de la siguiente forma:

1. El *petitum* y la *causa petendi*. Se solicitó declarar que entre los litigantes existió una unión marital de hecho y la consecuente sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, desde abril de 2006 y hasta finales de julio de 2012, con las consecuencias del caso.

2. La demanda fue admitida y notificada personalmente al demandado en tiempo. En lo que concierne con mi disenso, excepcionó, “*INEXISTENCIA DE UNIÓN MARITAL*

DE HECHO” e “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DISOLVER Y LIQUIDAR CUALQUIER SOCIEDAD”, resistencia fincada, entre otras cosas, en que los convivientes, mediante escritura pública No. 370 del 8 de febrero de 2008, otorgada en la Notaría Diecisiete de Medellín, pactaron capitulaciones.

3. Agotado el trámite de la primera instancia, el Juzgado Tercero de Familia de Medellín le puso fin con sentencia del 24 de abril de 2014, en la que reconoció “*la existencia de dos uniones maritales de hecho entre los compañeros permanentes Jaime de Greiff Hernández y Clara Victoria Mesa Ochoa en dos períodos (...) así: el primero que va del 1º de abril de 2006, al 31 de julio de 2009; y el segundo comprendido entre el primero de diciembre de 2009 y hasta el 31 de julio de 2012*”; declaró la conformación de la sociedad patrimonial entre ellos, “*pero sólo en el período comprendido entre el primero de diciembre de 2009, al 31 de julio de 2012*”. El fallo fue apelado por las dos partes.

4. El Tribunal lo confirmó con los siguientes cambios: declaró que entre las partes “*sólo existió una unión marital de hecho que perduró hasta julio treinta y uno (31) de dos mil doce (2012)*” y que la sociedad patrimonial “*existió desde mayo treinta (30) de dos mil siete*”; y corrigió “*que la disolución de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes no se declara sino que se decreta*”.

Desechó los argumentos tocantes con la inexistencia de la sociedad patrimonial, para declararla. Primero, por haberse disuelto por la escritura pública 1886 del 29 de mayo de 2007,

la sociedad conyugal antecedente, surgida con ocasión del matrimonio de Jaime De Greiff Hernández y Ángela María Montoya Arbeláez ese día, y a partir del día siguiente comenzó la sociedad patrimonial de hecho entre los compañeros permanentes, y no un año después. Segundo, porque las capitulaciones matrimoniales celebradas por los señores Mesa Ochoa y De Greiff Hernández, contenidas en la escritura 370 del 8 de febrero de 2008 son “*inexistentes*”, pues se confirieron luego de iniciada la unión marital y, por ende, contradicen frontalmente el mandato de los artículos 1771 y 1774 del Código Civil, aplicables por la remisión contemplada en el artículo 7º de la Ley 54 de 1990.

Tampoco hubo “*renuncia recíproca a gananciales*”, porque el envío normativo indicado también comprende el artículo 1775 del Código Civil y, considerada la modificación que le introdujo el artículo 61 del Decreto 2820 de 1974, al señalar: “*Cualquiera de los cónyuges siempre que sea capaz, podrá renunciar a los gananciales que resulten a la disolución de la sociedad conyugal, sin perjuicio de terceros*”, la declinación es procedente, únicamente, cuando se haya disuelto la sociedad, pues la regla 1837 *ejusdem* dispone que “*dicha renuncia es procedente después de que la sociedad aludida se disuelva, fenómeno que no había acaecido cuando se concertó el acuerdo aludido y antes de que se liquide porque cuando esto se hace ya no existe derecho a gananciales para renunciar, sólo derechos individuales de cada uno de los cónyuges o compañeros permanentes*”.

5. El cargo en casación es único y “*cuestiona la decisión del Tribunal de declarar la existencia de una sociedad*

patrimonial entre las partes y de decretar su consecuente liquidación, al negarle eficacia a las capitulaciones extra matrimoniales celebradas por ellas mediante la escritura pública No. 370 del 8 de febrero de 2008 de la Notaría Diecisiete del Círculo de Medellín, cuando ya se había formado la unión marital de hecho". Señala que éstas son eficaces.

6. La decisión de la Corte, expone las similitudes y diferencias entre el matrimonio y la unión marital. Asienta que la unión marital y la sociedad patrimonial no tienen que coexistir necesariamente, en tanto que la primera aflora con total independencia de la segunda y que ésta puede o no consolidarse. Expone que ésta requiere como mínimo dos años, así sus efectos se retrotraigan a la fecha de inicio de la unión o de disolución de la sociedad conyugal. Siguiendo un antecedente de la Sala, reseña que “*(...)es ostensible la autonomía de las referidas figuras jurídicas, toda vez que cada una disciplina aspectos diversos de la familia constituida por lazos meramente naturales y responde a distintos requisitos:*

“a) *La unión marital de hecho, concierne con la vida en común de los compañeros permanentes y exige para su configuración la decisión consciente de la pareja de unirse para conformar una familia y de que, como consecuencia de esa determinación, convivan en una relación singular y permanente.*

“b) *La sociedad patrimonial irradia sus efectos solamente en el plano económico y deriva, en primer lugar, de la existencia de una unión marital de hecho...(...).*

En el punto, cabe destacar que 'l]a sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, a que refiere el artículo 2º de la misma Ley 54 de 1990, si bien depende de que exista la 'unión marital de hecho', corresponde a una figura con entidad propia que puede o no surgir como consecuencia de la anterior, desde su inicio o

durante su vigencia, siempre y cuando se cumplan los demás presupuestos que señala la norma” (Cas. Civ., sentencia de 15 de noviembre de 2012, expediente No. 7300131100022008-00322-01) (CSJ, SC del 11 de septiembre de 2013, Rad. n.º 2001-00011-01).

Anuncia que a voces del artículo 7º de la Ley 54 de 1990, son aplicables a la “*liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes (...) las normas contenidas en el Libro 4º Título XXII, Capítulos I a VI del Código Civil*”.

“*Se trata, pues, de los preceptos relativos a “LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y DE LA SOCIEDAD CONYUGAL”, comprensivos de las “Reglas generales” (Capítulo I), en el que se desarrolló la primera de esas temáticas; “Del haber de la sociedad conyugal y sus cargas” (Capítulo II); “De la administración ordinaria de los bienes de la sociedad conyugal” (Capítulo III); “De la administración extraordinaria de la sociedad conyugal” (Capítulo IV); “De la disolución de la sociedad conyugal y partición de gananciales” (Capítulo V); y “De la renuncia de los gananciales hecho por parte de la mujer, después de la disolución de la sociedad” (Capítulo VI)*”.

Concluye entonces que se pueden celebrar entre los compañeros permanentes, capitulaciones sometidas al C.C., siguiendo las reglas previstas para el caso de quienes se van a casar (Capítulo I), como el art. 1771 del Código Civil, según el cual “*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 las donaciones y concesiones que se quieran hacer el uno al otro, de presente o de futuro*”. Luego expresa:

“*Al respecto, debe notarse que con ella el legislador, en esencia, buscó que las capitulaciones matrimoniales antecedan*

al surgimiento de la sociedad conyugal, que es su objeto, en el entendido que ésta es consecuencia del matrimonio y que nace automáticamente con la celebración del mismo, en tanto que el artículo 180 del Código Civil prevé que “[p]or el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges” y el canon 1774 de la misma obra establece que, salvo pacto escrito en contrario, “se entenderá, por el mero hecho del matrimonio, contraída sociedad conyugal con arreglo a las disposiciones de este título”.

Deben ser anteriores a la “*(...) celebración [del matrimonio], pues de lo contrario el régimen patrimonial que operaría, sería el de la sociedad conyugal*”. Luego añade, “*en el caso de la unión marital de hecho y la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes la situación, como ya se registró, es bien diferente (...) la existencia de la primera no es suficiente para el surgimiento de la segunda, por lo que las dos no afloran al mismo tiempo*”, por cuanto la sociedad patrimonial requiere, la existencia de la unión marital, además, “*(...) la permanencia de dicho vínculo personal, por espacio superior a dos años*”, de tal manera que mientras no transcurra ese lapso no se configura jurídicamente. Y añade, así por ejemplo, “*(...) si en relación con uno o con ambos compañeros, subsiste una sociedad conyugal anterior, pese la satisfacción de esas otras exigencias, la sociedad patrimonial no se constituirá*” porque entonces requerirá la disolución de la sociedad conyugal.

Agrega a lo expuesto, que “*(...) los efectos de una y otra figura, la unión marital y la sociedad patrimonial, tampoco, necesariamente, se producen en un mismo momento.*

“*Si bien es verdad que una vez satisfechos los requisitos atrás advertidos, la sociedad patrimonial se consolida, también lo es que ella tiene efectos retroactivos al día del inicio de la unión marital, en el caso de compañeros permanentes sin obstáculo para casarse*”. Y en punto de las capitulaciones para la sociedad patrimonial expresa: “*Esas diferencias impiden aplicar el artículo 1711 del Código Civil en frente de la sociedad conyugal y de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes de idéntica manera, en tanto que, como viene de analizarse, mientras que la primera surge por virtud de la celebración del matrimonio, que es su causa jurídica, la segunda aflora tiempo después del inicio de la unión marital de hecho, puesto que requiere para su debida configuración, la existencia de ese vínculo y la satisfacción de otros requisitos.*

“*Así las cosas, propio es que las capitulaciones que realicen quienes pretenden contraer nupcias, anteceden al matrimonio; y que las que procuren para sí los compañeros permanentes, se otorguen antes de cuando confluyan todas las condiciones propias para la constitución de la sociedad patrimonial*”.

“*Se cumple de esta manera, el principio deducido de la norma en cuestión, relativo a que las capitulaciones deben celebrarse antes del surgimiento de la sociedad de bienes que corresponda a su objeto y a que ellas se refieran, de modo que, en el caso de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, la convención capitular deba realizarse antes de que se cumplan los requisitos necesarios para su consolidación, independientemente de que ya exista la unión marital de hecho*”. Entonces, culmina: “*Siguese de lo expuesto, que las capitulaciones acordadas por los compañeros permanentes luego de iniciada la unión marital de hecho, pero antes de que entre ellos surja la consecuente sociedad patrimonial, son oportunas y que, por lo mismo, mal pueden calificarse de inexistentes*”.

7. Debo disentir con relación al criterio que defiende la sentencia, expresa e implícitamente, relacionado con la

interpretación restrictiva de la regla 1771 del C.C., según la cual, “[s]e 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”; por cuanto limita la autonomía de la voluntad de la pareja al estimar, que las capitulaciones o cualquier otro pacto económico entre los consortes, debe ejecutarse previamente a la solemnización del acto jurídico matrimonial o al emergimiento de la sociedad patrimonial.

Esa hermenéutica de la cual difiero, brilla cuando la Sala adoctrina reiteradamente que deben celebrarse con antelación a la celebración del matrimonio.

8. Disido de ese criterio que limita o restringe la celebración de pactos o convenciones entre la pareja, fincando su validez y existencia a los otorgados con antelación al acto jurídico matrimonial o a la fase previa de iniciación de la unión marital. Ello riñe con principios básicos del ordenamiento, con los tiempos que hoy corren, con las nuevas realidades de la familia, con el creciente reconocimiento de los derechos de la mujer para participar en condiciones de igualdad en todas las actividades humanas y el hecho relevante demostrado y aceptado por las partes, en el asunto objeto de sentencia.

9. Matrimonio-sociedad conyugal y Unión marital de hecho-Sociedad patrimonial. Régimen de igualdad. Sin duda

conforme al art. 7 de la Ley 54 de 1990 a la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes le son aplicables las normas del Libro 4, Título XXII, Capítulos I a VI del C.C., de modo que resulta inaceptable resistir el gobierno y eficacia de las disposiciones del matrimonio de la sociedad conyugal a la sociedad patrimonial de los compañeros en un todo. No se puede rehusar la adjudicación de normas sobre las capitulaciones del matrimonio a la sociedad patrimonial.

Se debió reivindicar con pleno vigor el derecho de una pareja para autoregular y determinar su vida económica, no solamente antes de la convivencia, con capitulaciones o actos jurídicos similares a esa estirpe, coetáneamente con su iniciación o celebración, inclusive durante la ejecución y desarrollo de la vida de la institución familiar, en cualquier instante, mientras convivan como pareja, esto es, también con posterioridad al surgimiento de la unidad familiar.

El Estado Constitucional y Social de derecho, previsto en la Carta, tanto en su preámbulo, como en los artículos 2, 42, 58 y 335 entre otros, sumados a la regla 13 edifican un conjunto de principios, valores que abogan por la plena igualdad entre el matrimonio y la sociedad patrimonial, esencialmente en lo tocante con el régimen patrimonial. Lo antelado, salvo algunas especificidades, como la relativa a la presunción legal para la formación de la sociedad patrimonial cuando han transcurrido dos años de existencia de unión marital prevista en el literal b del art. 2 de la Ley 54 de 1990, para predicar la sociedad patrimonial, o las concernientes a

las solemnidades especiales para el contrato matrimonial. No obstante, en su sustancialidad, unión marital y matrimonio deben estar plenamente equiparados, y el régimen de bienes como entidad propia de las formas de familia, cuando las personas son plenamente capaces, debe cimentarse en la soberana voluntad de los cónyuges o compañeros.

9.1. La sentencia debió haber abogado por la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad en forma plena y con total libertad para una y otra institución.

9.1.1 Las normas que gobiernan el estatuto personal en el matrimonio o en las uniones maritales típicas o atípicas, son de orden público. Las disposiciones que rigen el régimen de bienes en el matrimonio o en las uniones maritales típicas o atípicas son de orden privado.

El Código Civil en el art. 113 precisa que “*El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer* (interpretese, dos sujetos de derecho, sin distingo de sexo, religión o color, autorizados por el ordenamiento) *se unen con el fin de vivir juntos, de procrear* (no necesariamente, apenas es posibilidad, pero no obligación) *y de auxiliarse mutuamente*”, y en sentido semejante la Ley 54 de 1990, en coherencia con el art. 42 de la Carta, son dos formas de familia que generan efectos jurídicos patrimoniales y personales.

Los efectos personales no son exclusivamente para el matrimonio, sino también para la unión marital, pero mediados por una fuerte intervención del Estado, porque las dos son formas institucionales de familia, son unidades sociológicas y políticas básicas, que revisten un basamento angular para la construcción del tejido social y del propio Estado y, en general, de la propia humanidad. Estas dos formas, al mismo tiempo que las uniones familiares de hecho, civiles, concubinatos o uniones maritales de hecho irregulares -no previstas en la Ley 54 de 1990-, o unión marital atípica, constituyen, además, de auténticos negocios jurídicos, verdaderas declaraciones de voluntad que se exteriorizan para producir efectos jurídicos en forma solemne o no, creando, modificando o extinguiendo relaciones jurídicas; en este sentido, es innegable, contienen declaraciones deliberadas que deben cumplir las condiciones de los negocios jurídicos, tanto de validez como de existencia.

Por regla general, los aspectos personales, incumben a lo público, por su incidencia en el todo social o político, por estructurar la base y esencia de la sociedad, porque son instituciones familiares neurales, por ejemplo, para incorporar, educar y forjar nuevos individuos para la prolongación y futuro de la sociedad o para transmitir la cultura, la nacionalidad, el lenguaje, la idiosincrasia, el ethos, etc. Constituyen, por excelencia, fuente central para la sociedad y el Estado, y a ellas, vale sumar la escuela. Por ello, los aspectos personales, casi todos, son de orden

público, intervenidos y reglados estatalmente de modo imperativo, como por ejemplo, la naturaleza jurídica de esas formas de familia, el estado civil, los alimentos, las guardas, las adopciones, la postestate parental, la violencia intrafamiliar, las acciones positivas y negativas del estado civil, la restitución internacional de menores, etc. Incluso, algunos aspectos excepcionales económicos que por repercutir en el espacio socio-político y por ligarse con derechos constitucionales, como lo tocante con el patrimonio de familia o la afectación a vivienda familiar, también son auscultados e intervenidos, porque se relacionan con el derecho fundamental a la vivienda de los compañeros o consortes, al ser la familia, la célula motor de lo social y político, cuya desatención puede generar crisis sociales o políticas. Muchos de estos aspectos personales se regulan en el Libro I del C.C., en disposiciones especiales, en el Código de la Infancia y Adolescencia, y en la propia Constitución.

Empero, en la dimensión económica, regulada en nuestro medio, especialmente en el Libro IV del C.C., de las obligaciones y contratos, salvo, algunas restricciones, reviste una visión particular. Los actos jurídicos de gestación de las diferentes formas de familia y su ejecución constituyen verdaderos negocios jurídicos, genuinos y verdaderos conformados por declaraciones de estirpe bilateral y principal, de ejecución permanente o sucesiva, salvo la solemnidad de que está revestido el matrimonio, no así la unión marital. Por consiguiente, el aspecto económico en las distintas modalidades de familia, implica una dimensión que

conlleva un sagrado respeto al principio de la autonomía de la voluntad de la pareja sin distingos de géneros, para determinar los contenidos de sus relaciones económico-jurídicas.

El acto jurídico matrimonial o de los convivientes, como negocio jurídico es acto principal, mientras las capitulaciones matrimoniales o maritales o, los pactos para determinar la forma de gobierno económico, son actos jurídicos accesorios; y por lo mismo, en todo cuanto se refieren a lo patrimonial, y a cuanto pacte la pareja entre sí, debe brillar un absoluto respeto a la autonomía de la voluntad, cuando se dan todas las condiciones de un negocio jurídico válido; de modo que, cuando la pareja decida libremente el régimen económico que se avenga al sistema constitucional y al de los actos y negocios jurídicos autorizados en el ordenamiento, debe privilegiar la voluntad de los cónyuges o compañeros, ora en el modelo general económico cuando adopte de separación patrimonial total, ya la plena comunidad o cualesquiera otra clase de sistema o forma, o ya en sus particularidades para la conformación, integración, disolución, liquidación del haber social, etc. En el punto, ni el Estado, ni el legislador o el juez, pueden ser autoritarios para franquear y devertebrar el querer de las partes. La autoridad del Estado, apenas llena vacíos o ejerce facultades supletivas, y solamente puede entrometerse cuando haya silencio o lesión grave en los derechos de las partes, pero, excepcionalmente, con el fin de hacer respetar

el orden público, o los derechos fundamentales agredidos o para restablecer derechos.

Los cónyuges o los compañeros gozan de plena inteligencia, voluntad, albedrío o independencia para escoger de consuno el régimen económico que pretendan de acuerdo con el principio general según el cual los particulares pueden disponer de sus bienes presentes y futuros como expresión de la voluntad de autodeterminación, siempre y cuando no afecten intereses públicos o derechos de terceros. Los principios constitucionales de libertad democrática de autodeterminación relacionados con los artículos 2, 13, 58 y 333; asimismo, los principios del C.C., avalan esta posibilidad, como el art. 15, según el cual: “*pueden renunciarse derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren al interés individual del renunciante (...)*”, en concordancia con los arts. 16 y 1602, *ejúsdem*.

En este sentido, ha dicho la doctrina constitucional:

“*Dentro de este cuadro, la autonomía permite a los particulares: i) celebrar contratos o no celebrarlos, en principio en virtud del solo consentimiento, y, por tanto, sin formalidades, pues éstas reducen el ejercicio de la voluntad; ii) determinar con amplia libertad el contenido de sus obligaciones y de los derechos correlativos, con el límite del orden público, entendido de manera general como la seguridad, la salubridad y la moralidad públicas, y de las buenas costumbres; iii) crear relaciones obligatorias entre sí, las cuales en principio no producen efectos jurídicos respecto de otras personas, que no son partes del contrato, por no haber prestado su consentimiento, lo cual corresponde al llamado efecto relativo de aquél.*

“4. Dicha concepción casi absoluta del poder de la voluntad en el campo del Derecho Privado fue moderada en la segunda mitad del siglo XIX y durante el siglo XX como consecuencia de las conquistas de los movimientos sociales y la consideración del interés social o público como una entidad política y jurídica distinta e independiente de los intereses individuales y superior a éstos, que inspiró la creación del Estado Social de Derecho y la intervención del mismo, en múltiples modalidades, en el desarrollo de la vida económica y social, para proteger dicho interés y especialmente el de los sectores más necesitados de la población, lo cual ha limitado visiblemente el campo de acción de los particulares en materia contractual. Por tanto, se puede afirmar que en la actualidad el principio de la autonomía de la voluntad privada mantiene su vigencia pero con restricciones o, visto de otro modo, se conserva como regla general pero tiene excepciones.

“5. En lo que concierne al Estado colombiano, el Código Civil, sancionado el 26 de Mayo de 1873, consagró la concepción original de la autonomía de la voluntad privada, como se desprende principalmente de los Arts. 16, en virtud del cual ‘no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres’, y 1602, según el cual ‘todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales ”¹.

En los términos expresados, la autonomía, en consecuencia, en el punto, al menos permite advertir, dos efectos concretos

9.1.2 De un lado, la prevalencia de la regla 1774, al señalar: “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”, es un precepto que impone al Estado y a los jueces, respetar la libertad contractual y su ingerencia es apenas supletiva. El texto al

¹ COLOMBIA, CCONST. C-341 de mayo 3 de 2003, M. P. Jaime Araújo Rentería.

hallarse en el Libro Cuarto de nuestro código civil de las obligaciones y de los contratos, y en el régimen económico, dispone en forma contundente y explícita que la regla general es la autonomía de la voluntad, y no precisamente el régimen de gananciales. Los compañeros o cónyuges pueden celebrar la clase de actos jurídicos, o las convenciones o negocio que deseen para regular su régimen económico y, por lo mismo, tanto el régimen de gananciales como el de la sociedad patrimonial es meramente subsidiario o supletivo ante el silencio de los cónyuges o compañeros.

Pero, además, la regla en cuestión no establece oportunidad o temporalidad alguna para la celebración de pactos, ni obsta, para que de haber surgido sociedad de gananciales o sociedad patrimonial la pareja renuncie a la celebración de acuerdo o a los ejercicios personalísimos de pensar, de la libertad negocial, de decidir o de celebrar pactos. Y es, en este contexto, como puede interpretarse el art. 198 del C.C., y no de la forma como lo expone la doctrina inserta en la decisión.

El texto 1774 es compatible con el art. 1775 ejúsdem, cuando expresa que “*Cualquiera de los cónyuges siempre que sea capaz, podrá renunciar a los gananciales que resulten a la disolución de la sociedad conyugal, sin perjuicio de terceros*”, significa complementariamente que cónyuges o compañeros o esposos como futuros cónyuges o quienes opten por la unión marital, cuando son plenamente capaces, no pueden tener barrera u obstáculo alguno, para renunciar

a los gananciales de la sociedad conyugal o a la sociedad patrimonial en cualquier momento, salvo cuando pretendan afectar los derechos de terceros. La única censura es la mala fe, el fraude o los pactos amañados para perjudicar a terceros.

9.2. La segunda consecuencia tiene que ver con la necesaria interpretación que, desde el ángulo constitucional y convencional (Convención Interamericana o Pacto de San José), debe darse a la regla 1771 del C.C., cuando dispone, que “*/s/ e 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*”. La disposición al estar referida a las convenciones otorgadas con antelación a la celebración, ha sido fuente para que interpretaciones restrictivas digan que se prohíbe la celebración simultánea o posterior.

En el punto, entonces, la sentencia es sumamente temerosa, y se adentra en una exégesis restringida, desentendida de la historia actual, porque fue la acuñada con antelación a la Ley 28 de 1932, porque como adelante lo demuestro, el gobierno del visionario Olaya Herrera, por medio de quien luego fuera Magistrado de esta Sala, Luis Felipe Latorre, defendió el criterio diferente y contrario.

La Sala entonces, adopta una posición enteramente conservadora, a pesar de los debates que hubo en Sala de discusión de esta sentencia y sobre el particular. Las capitulaciones, o los pactos entre cónyuges o compañeros, tendientes a regular el régimen de bienes, pueden celebrarse no exclusivamente antes, como con criterio condicionado se interpreta, sino simultánea o posteriormente a la celebración del matrimonio, o a la iniciación de la convivencia entre los compañeros.

En este último caso, antes, durante el período de los dos años al que da lugar al emergimiento de la presunción contenida en el literal b del artículo 2 de la Ley 54 de 1990, sino también posteriormente, luego de transcurridos esos dos años de convivencia, o con posterioridad a la celebración del matrimonio, pueden otorgarse capitulaciones o actos análogos para determinar lo conducente con la vida económica de la pareja.

En el caso que se discurre, con relación a la sociedad patrimonial surgida con ocasión de la unión marital, entonces, yerra la decisión mayoritaria, cuando expone que deben otorgarse con antelación al emergimiento de la sociedad patrimonial, y que por lo tanto, si se otorgan, luego de los dos años, devienen en ineficaces, es una tesis que carece de fundamento. En consecuencia, constituye error hermeneúltico postular que: *“Se cumple de esta manera, el principio deducido de la norma en cuestión, relativo a que las capitulaciones deben celebrarse antes del surgimiento de la*

sociedad de bienes que corresponda a su objeto y a que ellas se refieran, de modo que en el caso de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, la convención capitular deba realizarse antes de que se cumplan los requisitos necesarios para su consolidación, independientemente de que ya exista la unión marital de hecho”. Persistiendo en el error, la sentencia concluye: “*Síguese de lo expuesto, que las capitulaciones acordadas por los compañeros permanentes luego de iniciada la unión marital de hecho, pero antes de que entre ellos surja la consecuente sociedad patrimonial, son oportunas y que, por lo mismo, mal pueden calificarse de inexistentes*”.

En el punto advertido, la Corte debió interpretar la historia para adoctrinar en la forma aquí señalada, defendiendo la plena autonomía e igualdad, sin consideración a dogmatismos ni a ideas de estirpe feudal o sacral, ni a límites temporales de clase alguna, salvo, los derechos de los discapacitados.

De tal modo que se impone una interpretación en el marco de la democracia constitucional y de la autonomía de la voluntad, de las reglas 1771 y 1774 del C.C. colombiano a fin de clausurar el paso a hermenéuticas cerradas y oscurantistas que impiden a los cónyuges o compañeros, cuando son plenamente capaces, organizar, planear, decidir su convivencia con absoluta claridad e independencia con relación a la sociedad de bienes.

La Corte no debió dejar de lado el análisis histórico de las capitulaciones matrimoniales, en particular el cambio de paradigma que representó la Ley 28 de 1932 en el reconocimiento de los derechos de la mujer casada, encarando las capitulaciones matrimoniales como acto dispositivo y de plena autonomía de los cónyuges o compañeros que sin fracturar su convivencia pueden celebrarlas o reformarlas, antes, simultáneamente o con posterioridad a la celebración del matrimonio o a la formación consensual de la unión marital con plena soberanía y sin prohibiciones, siempre y cuando no contravengan el orden público o las buenas costumbres.

9.3. La Ley 28 de 1932 y su importante contribución para los derechos de la mujer casada

La consolidación de los derechos de la mujer, como integrante de la familia y de la sociedad, como persona capaz de manejar su propio patrimonio, únicamente puede obtenerse mediante el otorgamiento y respeto de todos sus derechos económicos y jurídicos en un plano de igualdad con el hombre. Del mismo modo, esto se demanda para las parejas homosexuales o de diferente orientación sexual en pro de proteger la libre determinación de la personalidad, y el patrimonio de cada integrante de la pareja. Una de tantas formas de consecución de la igualdad es la autorización de la celebración de capitulaciones, pactos o convenciones, en forma previa, simultánea o posterior a la formación o celebración de los actos jurídicos constitutivos de la familia,

porque permiten abrir espacios contra la violencia de género y contra la intimidación económica y moral de la mujer, por cuanto, sin independencia económica, no puede existir plena satisfacción de las garantías personales.

La discriminación a la mujer casada o de la compañera en la unión marital aún no termina; es heredada de las fases esclavista y feudal. En el caso de la mujer casada el C.C. colombiano heredó esos sistemas jurídicos arcaicos frente a la mujer, y fueron transpuestos a los artículos 177 hasta el 211 del Código Civil, perpetuando proyectos de discapacidad y explotación, cuando contraía matrimonio, debiendo ser representada o autorizada por su marido, diseño societario que se reflejaba en:

1. Sistema jurídico y político cosificante.
2. Potestad marital, según la cual, el marido representaba los derechos personales y económicos de la mujer casada.
3. Administración unilateral del marido del total del patrimonio de la mujer casada, de los bienes propios, de los bienes sociales, y por supuesto, de los propios del marido. Era el único administrador del todo.
4. Ausencia de capacidad procesal de la mujer casada, salvo autorización del marido.
5. Ausencia de capacidad de obrar o de ejercicio para celebrar o modificar contratos o para aceptar o repudiar la herencia; con el agravante del requerimiento de licencia judicial para realizar las subrogaciones del art. 1791 del C.C., en el patrimonio personal y social.
6. Requerimiento de autorización del marido para ejercer profesión.
- 7.

Intermediación del marido en la solicitud de la mujer casada para pedir separación de bienes. 8. Ausencia de derechos políticos de las mujeres, etc.

Se trataba de un sistema económico déspota, autoritario y arbitrario del marido sobre el patrimonio propio de la mujer que avalaba el ordenamiento jurídico; guiado por un nocivo y obsoleto esquema de universalidad al que ingresaban los bienes propios de la mujer y los que, ulteriormente, se obtenían como sociales, pero también los propios, porque el hombre administraba y disponía a su antojo, mientras que la mujer casada requería autorizaciones del propio marido. Esa autoridad social y ancestral era secundada y avalada por el legislador, agravada por la carencia de la capacidad de obrar o de ejercicio, así como de la capacidad procesal.

¿Quién le pedía cuentas al marido? Nadie. El patrimonio se tornaba uno, con plena garantía para las obligaciones contraídas por el único administrador frente a los acreedores; pues de la gestión y del control estaba excluida la mujer por la incapacidad legal que le otorgaba la ley, equiparándola en forma similar a las de los niños y niñas. Es claro que el sistema inicial del C.C., subyugaba a la mujer casada frente a terceros y frente al propio marido, tachándola de incapaz, de modo que su marido era su representante y responsable; pero también el único administrador de la sociedad conyugal y de los derechos económicos de la mujer.

Ese nefasto régimen fue advertido por las mujeres colombianas en la década del veinte del siglo pasado, y por algunos hombres quienes pusieron en tela de juicio el sistema del C.C. en pos de aniquilar esa estirpe feudal y esclavista de la dote y de la incapacidad de la mujer para manejar su propio patrimonio. La Ley 28 de 1932 es la expresión de esa voluntad y de las nuevas fuerzas de poder. El gobierno liberal de Enrique Olaya Herrera captó el problema, atizado por el pensamiento de valerosas mujeres como Amalia López de Mesa y Ofelia Uribe de Acosta; por medio del abogado consultor de la Presidencia, Luis Felipe Latorre, ante la Cámara de Representantes de 1932, defendió el *“Proyecto de ley sobre reformas civiles-régimen patrimonial en el matrimonio”*, que luego del trámite se transformó en la Ley 28. En su exposición señala:

“En una forma u otra, casi todos los países han ido otorgando a la mujer mayores garantías, más independencia, más medios defensivos, etc.

“La ley italiana del 17 de julio de 1919 abolió las restricciones a la capacidad de la mujer casada, quien puede actualmente disponer de sus bienes con toda libertad y sin control alguno [...]”

“En Alemania, el contrato de matrimonio puede hacerse antes o después de este, modificarse en cualquier tiempo y con toda libertad [...] De los mismos bienes puede disponer con toda libertad la mujer casada, cuya incapacidad desapareció con el Código alemán de 1900.

“El Código Civil suizo de 1907 consagra, en su artículo 179, el derecho de celebrar el contrato de matrimonio antes o después de este, pudiendo así modificarse el régimen matrimonial en cualquier tiempo.

“Las leyes francesas de 1907 y 1919 establecen que [...] la mujer tiene sobre los productos de su trabajo personal y sobre las economías que provengan de él, los derechos de administración y de disposición a título oneroso [...]”

“En los Países Bajos, la mujer casada puede disponer libremente de su salario, conforme a una ley de 1907.

“En Austria, los bienes no constituidos en dote forman el patrimonio personal de la mujer, la cual goza de la libre administración y disposición.

“En Rumania, por virtud de una ley sobre el contrato del trabajo, la mujer casada goza de entera capacidad para contratar [...] y puede disponer con entera libertad no solamente de su salario, sino también de todas las economías y adquisiciones que provengan de él.

“En Inglaterra [...] la mujer casada goza de plenos poderes sobre su patrimonio personal [...]

“En los Estados Unidos la mujer casada goza de la plena capacidad civil.

“En el moderno Código de la República Turca [...] la mujer que ejerce una profesión lucrativa tiene el derecho de ejecutar todos los actos inherentes a su ejercicio [...]

“En Hungría [...] las costumbres y la legislación desconocen el poder marital y las desigualdades entre los esposos. La incapacidad jurídica de la mujer no existe.

“[...]

“Si a la reseña precedente se añaden las modernas instituciones citadas al principio, de países como Suecia, Finlandia, Noruega, Dinamarca y Finlandia [sic], se comprenderá cómo no es posible que Colombia se sustraiga al movimiento universal contemporáneo, que persigue la emancipación económica de la mujer y el reconocimiento de su capacidad civil, sin que esto haya ocasionado en ninguna parte del mundo los trastornos que aquí se han tenido y que no podrían producirse sino en el supuesto inadmisible de que las mujeres colombianas fueran inferiores intelectual y moralmente a las de todos los países de la tierra en donde se les han otorgado aquellos derechos.

“Es de creerse que el Congreso de 1932, que vendrá inspirado en las más altas ideas de civilización y progreso, sabrá dar buena acogida al proyecto de ley en referencia”².

² COLOMBIA, Anales de la Cámara de Representantes, Sesiones Extraordinarias de 1932; serie 1^a (números 17, 18, 51 y 57), p. 74 Imprenta Nacional, Bogotá. También citado, por Gómez Molina, P. M. (2015). *Régimen patrimonial del matrimonio: contexto histórico que rodeó la promulgación de la Ley 28 de 1932*. Estudios Socio-Jurídicos, 17(1), 41-76. Doi: dx.doi.org/10.12804/esj17.01.2014.02

Esa reforma, dio paso a la administración dual de la sociedad conyugal, pero no alcanzó su materialización, en lo tocante con las capitulaciones matrimoniales, como convención que pudiera celebrarse después de contraído el matrimonio.

10. Hoy, la Corte en pos de permitir la plena igualdad en la pareja y el real ejercicio de la autonomía de la voluntad, debe robustecer una hermeneutica constitucional, que viabilice la igualdad de derechos económicos al interior de la pareja. Bajo la observancia del respeto, la ayuda, el socorro y solidaridad mutua, cada cual debe tener independencia y libertad para que de consumo, los consortes, los compañeros o cónyuges, administren sus propios bienes sin interferencia o se les permita celebrar los acuerdos o pactos que mejor estimen de conformidad con el principio de la autonomía de la voluntad; ya para dar paso a una auténtica sociedad de bienes, entre personas que comparten un destino, o para adquirir independencia con respecto a sus propios patrimonios. Todo lo anterior sin desquiciar los principios, valores y derechos de naturaleza constitucional y observando los supremos fines de la familia contemporánea.

Tales pactos o convenciones pueden celebrarse no solo antes de la estructuración de la declaración de voluntad de pareja, ora al momento de vertirla o con posterioridad, en cualquier momento. La lucha por la igualdad de género aún no termina, y el Estado Constitucional, debe ser el sistema

sociojurídico y político para empoderar a las mujeres, a los discriminados y a las personas de identidad de género u orientación sexual diferente.

Hay otros aspectos que serían útiles aclarar. Me refiero a la idea que se defiende de la disolución formal de la sociedad conyugal que se tiene como la correcta, para establecer el baremo del punto de nacimiento de la sociedad patrimonial de los compañeros. Ese criterio desecha y prescinde del realismo y de la verdad, al no contemplar, la fecha cierta de la separación de hecho definitiva e irrevocable de los cónyuges, como día que permite contabilizar desde cuándo debe tenerse por disuelta la sociedad conyugal, para el nacimiento de la sociedad patrimonial, solucionando el problema del paralelismo societario. De no ser así, se desconoce que la sentencia debe tener efectos materiales, equitativos y declarativos y no constitutivos del estado disolutorio de la sociedad conyugal, teniendo en cuenta la data o fecha real de separación efectiva, definitiva e irrevocable, como remedio para evitar graves injusticias que se cometan por regla general contra las mujeres como signo de violencia económica escondida en una interpretación judicial errada. Por supuesto, este aspecto, lo he defendido y explicado en otros salvamentos de voto, razonamientos que aquí doy por reproducidos.

Finalmente, creo haber demostrado, conforme a lo expuesto, que la presunta inaplicabilidad del art. 1771 del C.

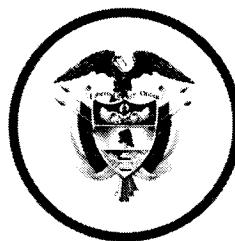
C., para la sociedad patrimonial y defendido en la sentencia, que aclaro, deviene inconsistente.

11. En los anteriores términos, dejo consignado mi anunciada aclaración.

Fecha *ut supra*.



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
Magistrado



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación n.º 05001-31-10-003-2012-01335-01

Con el acostumbrado respeto me permito manifestar que, a pesar de compartir la parte resolutiva de la decisión adoptada, discrepo de algunas de sus consideraciones, por cuanto las mismas desconocen la deontología de las capitulaciones maritales aplicables a la institución familiar de la unión marital de hecho por remisión del artículo 7 de la Ley 54 de 1990, como se explicará en lo sucesivo.

1. Precisión preliminar: de la Sala que acogió la decisión.

De forma previa a plantear los puntos de disenso, considero que resulta indispensable desvelar lo tocante al procedimiento que sirvió para aprobar la decisión de forma mayoritaria, esto debido a que en el proyecto no hizo ninguna dilucidación sobre la materia.

1.1. El inciso segundo del artículo 16 de la ley 270 de 1996 establece que «*l*as Salas de Casación Civil y Agraria Laboral y Penal, actuarán según su especialidad como Tribunal de Casación», para lo cual, por fuerza del canon 54, «*l*as decisiones que... deban tomar, requerirán para su

deliberación y decisión, de la asistencia y voto de la mayoría de los miembros de la Corporación, sala o sección» (negrilla fuera de texto).

El Capítulo VII del Acuerdo n.º 006 de 2002 de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, relativo a las sesiones de este órgano colegiado, prescribió que «*llegado el día y la hora de la reunión se llamará a lista, si hubiere quórum se declarará abierta y se someterá a consideración y aprobación el Orden del Día*» (artículo 27); a continuación se dará paso a las deliberaciones, para lo cual «*el Presidente concederá el uso de la palabra en el orden que hubiere sido solicitada*» (artículo 29); una vez terminada la lectura de un determinado proyecto «*se pondrá a consideración de la Sala la ponencia para la deliberación correspondiente*» (artículo 32), dando paso a la votación respectiva (artículo 33).

1.2. En el *sub examine* el proyecto originalmente presentado por la doctora Margarita Cabello Blanco fue derrotado y, en aplicación del artículo 33 del reglamento de la Corporación, el asunto pasó a conocimiento del siguiente magistrado en turno, siendo aprobada la ponencia de éste en reunión de 5 de septiembre de 2018.

Sin embargo, con ocasión de las discusiones que se suscitaron al momento de recolectar las firmas, que incluso llevaron a una sucesión de magistrados sustanciadores, se hizo necesaria una nueva reunión el 3 de septiembre de 2020, entre quienes participaron en la aprobación de la ponencia y seguían ejerciendo funciones jurisdiccionales.

En esta última sesión se ratificó el acuerdo mayoritario en torno al sentido de la decisión, en observancia del artículo 54 de la ley 270 de 1996, aunque no fue posible auscultar a los sentenciadores que habían cesado en el ejercicio de sus funciones en el interregno comprendido entre 2018 y 2020.

1.3. En suma, la ponencia aprobada el 5 de septiembre de 2018 fue convalidada en una nueva sesión, la cual fue adelantada con la participación de los magistrados que conservaban su investidura, en ratificación de las mayorías exigidas legal y reglamentaria para tenerla por autorizada.

2. Las capitulaciones matrimoniales y su aplicación a las uniones maritales de hecho.

2.1. Capitulaciones matrimoniales.

(i) El codificador patrio de mediados del siglo XIX, con el fin de regular el régimen económico del matrimonio, se inspiró en el derecho romano, pues son innegables las similitudes de algunas de sus figuras.

Así, en aquel régimen, «*el matrimonio en los primeros siglos estuvo... siempre acompañado de la manus. Este poder coloca/ba] a la mujer en la misma condición que una hija de familia en relación con el marido: que se hace entonces propietario de todos sus bienes*»¹; regla distintiva de una

¹ Eugène Petit, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, 9^a Ed., Abogados Asociados Editores, Buenos Aires, 1910, p. 106.

visión paternalista de familia, en la que el *pater* era el encargado del gobierno y dirección del hogar.

Para proteger a la esposa se permitieron, por excepción, los pactos dotales, que podían celebrarse incluso en vigencia de las nupcias, en virtud de los cuales se imponía al esposo el deber de devolver la *dote* en caso de disolución del vínculo (cfr. Digesto, Libro Vigésimo Tercero, Título IV, artículos 1 y 2).

A su vez, con el fin de evitar que la *manus* sirviera para defraudar a los acreedores de la esposa, «*a través de la actividad del pretor [se] les concedía [a los acreedores] una integrum restitutio por la que se tenía como no celebrada la conventum in manu en lo referente a los bienes de la mujer, de modo que los acreedores podían cobrarse en ellos*», de esta forma se llegaba «*a la situación de la separación de los bienes en el matrimonio*»².

(ii) El Código Civil siguió esta tendencia, de allí que radicara en el esposo la administración de la familia, por medio de un «*conjunto de derechos que las leyes [le] conceden... sobre la persona y bienes de la mujer*» (artículo 177), conocidos como potestad marital, en desarrollo de la cual «*[el] marido debe protección a la mujer, y la mujer obediencia al marido*» (artículo 176) y «*[el] marido tiene derecho para obligar a su mujer a vivir con él y seguirlo a dondequiera que traslade su residencia... La mujer, por su*

² Antonio Silva Sánchez, *El régimen económico en el matrimonio romano y su relación con el régimen contemplado en el Fuero del Baylío*. En Pensamiento Jurídico, n.º 42, ISSN 0122 - 1108, julio-diciembre, Bogotá 2015, p. 208.

parte, tiene derecho a que su marido la reciba en su casa» (artículo 178).

A su vez, se consagró que el «*marido es jefe de la sociedad conyugal y como tal administra libremente los bienes sociales y los de su mujer*» (artículo 1805), reputándosele «*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*» (artículo 1806). La mujer, por tanto, «*por sí sola no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales durante la sociedad*» (artículo 1808), sin perjuicio de la protección especial a los bienes aportados por ella -pacto dotal romano-.

En suma, se estableció que el hombre fuera el encargado de gestionar los activos -propios o sociales-, con total desplazamiento de la voluntad de su consorte, pero con el deber de liquidar la masa común por partes iguales a la finalización del vínculo.

Para limitar las atribuciones del esposo, y salvaguardar algunos activos de la esposa como propios, el Código Civil permitió que los esponsales convinieran capitulaciones, entendidas como «*convenciones que celebr[an] 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*» (artículo 1771).

Ahora bien, por requerir estas declaraciones del consentimiento de todos los interesados, la única posibilidad para su perfeccionamiento es que se hicieran antes del casamiento, como lo consagró la norma en cita, amén de que con posterioridad faltaría el elemento de la capacidad de la mujer. Así lo expone la doctrina de la época: «*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*»³.

Con esta exigencia temporal, adicionalmente, se pretendía salvaguardar a la mujer, con el fin de evitar que fuera coaccionada después del casamiento, ante la situación de subordinación a la que quedaba sometida, la cual podía ser aprovechada por su esposo para obtener un beneficio indebido.

Finalmente, se protegían los derechos de terceros, ya que la confusión patrimonial que se producía en razón de la sociedad conyugal, entre los activos del esposo, los sociales y los de su consorte, podía verse afectada de forma maliciosa con la convención capitular; y es que, por la mezcla de «*los bienes de la sociedad conyugal con los bienes del marido*», quien tiene que «*responder... de las deudas sociales son sus bienes propios*», rechazar cualquier modificación sobreviniente «*a más de lógico, [es] indispensable*»⁴.

³ Fernando Vélez, *Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano*, Tomo VII, Paris América, París, p. 6

⁴ Jaime Rodríguez Fonnegra, *De la sociedad conyugal*, Tomo I, Lerner, 1964, p. 523.

(iii) En suma, fueron tres (3) las razones principales para exigir que las capitulaciones se pactaran previamente al matrimonio: las futuras restricciones a la capacidad que afectarían a la mujer; la evitación de una coerción del esposo para lograr un beneficio ilícito; y la protección del patrimonio del esposo en favor de terceros acreedores.

2.2. Las reformas legislativas.

(i) La evolución de la sociedad concitó modificaciones al régimen familiar, pues la aceptación de los derechos humanos, la progresiva igualdad de las personas y la influencia de los nuevos sistemas de producción, desvirtuó las bases de la familia patriarcal, para dar paso a una más democrática e incluyente.

No en vano, el 29 de julio de 1932, los legisladores nacionales, con el fin de promover una nueva estructura patrimonial al interior del hogar, aseguraron que:

El progreso moderno ha desvirtuado de una manera completa el concepto de hordas enfrentadas. La verdad en las luchas humanas ha hecho necesarias otras actitudes. La moral reproductiva se ha modificado. Se lucha hoy francamente por los mercados, y no por la preponderancia racial o religiosa... Ahora se lucha directamente por el bienestar económico, único objetivo real de los actos humanos, así individuales como colectivos...

Entre nosotros, cada día que pasa, la mujer casada se abre un campo mayor en la actividad económica, hasta tal punto, que en muchos lugares o en muchos campos de trabajo que en otro tiempo estaban ocupados por los hombres, las mujeres les van desalojando, y por su disciplina y consagración al trabajo y

estimuladas por un concepto más preciso del deber... Dadas estas condiciones, no es posible sostener en el estatuto legal la incapacidad legal de la mujer casada y su inferioridad en el hogar ni ante la ley⁵.

(ii) La ley 28 de 12 de noviembre de 1932 fue el primer hito de la revolución familiar porque, además de reconocer algunos derechos civiles a la mujer, consagró que *«[l]a mujer casada, mayor de edad, ...para la administración y disposición de sus bienes **no necesita autorización marital ni licencia del Juez, ni tampoco el marido será su representante legal»*** (negrilla fuera de texto, artículo 5º); asimismo, estableció la libre administración y disposición de los bienes personales y sociales por parte de los cónyuges, al margen de la participación igualitaria al momento de la liquidación de la sociedad conyugal:

Durante 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 adquiera; pero 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 esta sociedad desde la celebración del matrimonio, y en consecuencia se procederá a su liquidación (artículo 1º).

Claro está, para hacer efectiva esta prerrogativa se estableció la independencia patrimonial frente a las obligaciones adquiridas por cada uno de los consortes (artículo 2º), evitándose una mixtura entre los activos propios y los sociales, como se reseñó en los debates de esta ley:

⁵ Luis F. Latorre U. *Régimen patrimonial en el matrimonio. Proceso de la ley 28 de 1932*, Imprenta Nacional, 1932, p. 28.

La sola ficción de la separación de bienes tiene por objeto que los terceros con quienes cada cónyuge contrate no puedan por razón de deudas de cada uno de ellos exigir que se les pague con el patrimonio de la sociedad o que respondan de tales deudas los bienes de aquel cónyuge que no intervino ni tuvo lucro en el contrato. Por lo demás, la sociedad subsiste para los efectos de las obligaciones familiares, reciprocas de los cónyuges, de las establecidas por la ley a cargo de los mismos y a favor de los hijos, de la constitución de un patrimonio común mediante los esfuerzos de los cónyuges, de las obligaciones que a favor de terceros contraiga la sociedad y de la participación de gananciales que se obtenga con el esfuerzo común⁶.

(iii) El Decreto 2820 de 1974 puso punto final a la primacía patriarcal, al consagrarse que «*el marido y la mujer tienen conjuntamente la dirección del hogar*» (artículo 10) y que «*los padres... ejercerán conjuntamente la patria potestad sobre sus hijos menores de 21 años*» (artículo 1º), suprimiendo la exclusividad que en ataño detentaba el hombre.

(iv) A su vez, los actos legislativos n.º 1 de 1936 y 3 de 1954, así como la adopción de la *Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, constituyeron el andamiaje para dar paso a la igualdad entre hombres y mujeres, por medio de la supresión de distinciones indeseables, el otorgamiento de prerrogativas equitativas y la consagración del deber para el Estado de «*adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones*

⁶ Luis F. Latorre U., *op. cit.*, p. 102.

correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer» (artículo 2º de la Convención).

Reglas que hunden sus raíces en el canon 2º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que consagró que «*[t]oda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de... sexo...*». Mandato reiterado en los artículos 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

(v) La Constitución Política de 1991 recogió esta evolución, al prescribir que «*[t]odas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo...*», siendo deber del Estado promover «*las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva*» (artículo 13).

En adición, estableció que «***[l]as relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto reciproco entre todos sus integrantes***» (negrilla fuera de texto), con independencia de que se originen en «*vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre... de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla*» (artículo 42).

De allí que, en la actualidad, sea dable sostener que «*los cónyuges gozan... de los mismos derechos y deberes no solo en el marco del matrimonio y de las relaciones familiares, sino*

también en relación con la posibilidad de administrar en igualdad de condiciones la sociedad conyugal pudiendo disponer libremente tanto de sus propios bienes como de los bienes comunes» (CC, C-278/14).

(vi) Estos ajustes normativos, a pesar de su innegable importancia, tuvieron poca penetración en ciertas instituciones matrimoniales, como sucedió con las capitulaciones, que en lo sustancial mantuvieron el diseño promovido desde 1873.

Las reglas sobre su contenido, momento, formalidad, capacidad, inmutabilidad e irregularidades, han seguido invariables, dando la espalda al restablecimiento de la capacidad de la esposa, la supresión de la *comunidad de bienes con administración patriarcal* y la igualdad entre los consortes.

En particular, frente a la temporalidad, refulge que los fundamentos que sirvieron para justificar que las capitulaciones se otorgaran antes de las nupcias, han desaparecido. Justamente, por el hecho del matrimonio la capacidad de los consortes no se altera, de allí que puedan obligarse libremente incluso con posterioridad; el hombre perdió el gobierno exclusivo sobre el hogar para entregarlo en hora buena a una coadministración con su esposa, lo que descarta un poder prevalente de uno sobre el otro; y los patrimonios propios y social, por regla general, se mantienen separados, de donde se descarta una afectación a la prenda general de garantía en desmedro de eventuales *acciens*.

La razón por la que, en nuestros días, podría conservarse la exigencia de que el pacto capitular sea previo al matrimonio, es la evitación de actos defraudatorios, huelga decirlo, impedir que la modificación al régimen patrimonial sea utilizada para que los cónyuges oculten sus activos en perjuicios de terceros. Sin embargo, tal entendimiento estaría soportado en una presunción de mala fe, *«lo que es tanto como dar por pre establecida la falta de rectitud, lealtad y probidad... lo que resulta contrario a la norma constitucional consagrada en el artículo 83 de la Carta Política que, precisamente, dispone lo contrario cuando en ella se instituye como deber el proceder conforme a los postulados de la buena fe, sin que existan razones valederas para que pueda subsistir en la ley la presunción de que los contratantes, por ser casados entre sí actúan de mala fe, como igualmente tampoco resulta admisible la suposición implícita de que, en tal caso, los cónyuges dejan de lado el cumplimiento del mandato constitucional consagrado en el artículo 95, numeral 1 que impone como deberes de la persona y del ciudadano, entre otros, el de 'respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios'»* (CC, C-068/99).

(vii) En resumen, los argumentos que sirvieron para sustentar el principio de intangibilidad del acuerdo capitular devienen anodinas, en el contexto de la igualdad formal de hombre y mujer, con dirección conjunta del hogar y libre administración de los bienes sociales, cánones que sin duda alguna deberían ser considerados al momento de interpretar

las normas, pues es innegable que la jurisprudencia tiene un rol actualizador del derecho.

(viii) En el derecho comparado la situación no ha pasado inadvertida. Así, en el fallo de 28 de junio de 1983 del Tribunal Supremo de Puerto Rico -*Luz H. Umpierre vs. Pedro Torres Díaz*-, se manifestó:

La razón del principio de inmutabilidad, que el legislador español del 1975 adujo a la probabilidad de que 'a través de los pactos postnupciales, pudiera uno de los cónyuges, generalmente la mujer, quedar sometido, en su perjuicio, al influjo psicológico del otro, sin llegar a manifestar su voluntad en condiciones, de plena libertad', ha perdido virtualidad en nuestros tiempos. El pensamiento moderno se orienta hacia reconocer la igualdad entre las personas de sexos opuestos, sin que pueda señalarse que ninguna es por se más fuerte o más débil de voluntad que la otra. Además, de ser la persona de un sexo más débil que la otra, ello sería razón de igual peso para desechar el principio de inmutabilidad, en vez de afianzarlo, pues la falta de voluntad o la voluntad viciada puede ocurrir antes del casamiento y no necesariamente después.

En España, la ley 14 de 1975 fue la primera en establecer que las capitulaciones podían otorgarse antes o después de celebrarse el casamiento, siempre que se hiciera por escritura pública y no contravinieran las normas de orden público o las buenas costumbres.

La Ley Uniforme de Acuerdos Matrimoniales y Prematrimoniales del año 2012, proferida por la Comisión de Derecho Uniforme de Estados Unidos de América, viabilizó los acuerdos entre los consortes -*marital agreements*-, bien para regular el régimen patrimonial, modificar las

convenciones prenupciales, o para prever reglas en casos de crisis.

El artículo 180 del Código Civil del Distrito Federal de México, en idéntica orientación, establece que «*llas capitulaciones matrimoniales se otorgarán antes de la celebración del matrimonio y durante éste. Podrán otorgarse o modificarse durante el matrimonio, ante el Juez de lo Familiar o ante notario, mediante escritura pública*», con lo cual ratificó lo señalado en la Ley Notarial de 1980, que facultaba a los notarios para otorgar instrumentos públicos modificatorios de las capitulaciones existentes.

En Perú únicamente se permite la capitulación para pactar un régimen de separación patrimonial, que puede darse «*antes del matrimonio, y ya dentro de éste*»⁷.

De este recorrido se extrae que existe una tendencia hacia la flexibilización del régimen de capitulaciones, para permitir que los esposales o cónyuges puedan pactarlas o modificarlas en cualquier momento, siempre que no se afecten derechos de terceros, con lo cual se fomenta que los interesados actúen libre y responsablemente en lo atinente a su manejo patrimonial, lo que ha dado lugar a reevaluar el principio de inmutabilidad, para dar paso a la hipótesis contraria.

⁷ Benjamín Aguilar Llano, *Régimen Patrimonial del Matrimonio*. En *Revista Derecho PUCP*, n.º 59, 2006, p. 318.

La doctrina internacional ha llamado la atención sobre el punto:

En los sistemas jurídicos en que se admite la elección de regímenes matrimoniales convencionales, tradicionalmente se ha establecido la inmutabilidad del régimen acordado, una vez el matrimonio se celebra. Ello se ha fundado en exigencias del orden público y en salvaguarda, sobre todo, de los derechos de tercero. Pero la tendencia moderna es permitir, con mayor o menos flexibilidad, la alteración de las convenciones prematrimoniales después del matrimonio con la debida publicidad para dejar a salvo los derechos de terceros.

En algunas legislaciones, como la francesa e italiana, se ha sustituido el principio absoluto de inmutabilidad y se admite la sustitución del régimen mediando acuerdo de ambos cónyuges o sentencia judicial a pedido de uno de ellos si fuere conveniente a los intereses de la familia⁸.

2.3. Redimensión de las capitulaciones matrimoniales.

(i) *Las «capitulaciones matrimoniales... en cada momento histórico... han tenido un contenido y desempeñado funciones diferentes, hasta el punto de que a primera vista parece que la única característica estable es que se trata de pactos con ocasión del matrimonio, es decir, celebrados entre cónyuges o futuros cónyuges en su calidad de tales»⁹.*

En el contexto actual las capitulaciones, lejos de consistir en un instrumento para salvaguardar las expectativas económicas de la mujer, son una forma de

⁸ Eduardo A. Zannoni, *Derecho Civil. Derecho Familia*, 6^a Ed., Astrea, 2012, p. 411

⁹ María Luisa Moreno-Torres Herrera, *Contenido y Concepto de las Capitulaciones Matrimoniales*. En *Revista C. de Derechos Inmobiliario*, n.º 634, 1996, p. 849.

autorregulación de las relaciones económicas entre los desposados, fruto de la autonomía de la voluntad, en donde el elemento volitivo tiene prevalencia por la naturaleza de los derechos en discusión:

La función estelar que tienen las capitulaciones matrimoniales es permitir a los cónyuges la elección del régimen económico matrimonial que quieren que regule sus relaciones económicas y patrimoniales durante el matrimonio...

Por tanto... el ordenamiento admite como norma rectora la lex privata, producto de la voluntad de los interesados porque se considera que ello es lo más justo y lo más conveniente tanto para los estipulantes como para el orden social en general: se piensa que, siempre que actúen con libertad, son los interesados quienes mejor pueden establecer la reglamentación de intereses que haya de ajustar su posterior conducta. Además, en un momento histórico en que no resultaba fácil, ni deseable, una total uniformidad de los modelos familiares y de los comportamientos personales dentro de la familia, el legislador entendió que es prudente admitir el pluralismo y la libertad de estipulación que es la fuente de aquél¹⁰.

Así las cosas, estas convenciones son una forma de autorregulación de los efectos del matrimonio, en temas tales como los aportes, administración, concesiones recíprocas, donaciones, reparto de activos, entre otros aspectos tocantes a la sociedad de bienes; aunque nada impide que se usen para impedir o extinguir su conformación.

Esta Corporación, al interpretar el artículo 1774 del Código Civil, manifestó que la pareja puede fijar libremente

¹⁰ Antonio Javier Pérez Martín, *Tratado de Derecho de Familia, Pactos prematrimoniales*, Tomo II, Lex Nova, España, 2009. p, 52.

la forma en que se conducirá el fondo común, siendo supletorias las normas de dicha codificación:

Los artículos 180 -inciso 1º- y 1774 del Código Civil, dejan en claro que, salvo pacto en contrario, el matrimonio genera sociedad conyugal, esto es, que deja en manos de los miembros de la pareja la posibilidad de pactar libremente, a través de las capitulaciones, el régimen económico que más les convenga y, en todo caso, presume que si nada dicen se entiende que entre ellos se forma una comunidad de gananciales, cuyas inclusiones y exclusiones aparecen establecidas en los artículos 1771 y s.s. ibidem.

A diferencia de lo que sucede con los derechos derivados de las relaciones de familia, en el régimen económico del matrimonio se privilegia la voluntad de los contrayentes, de modo que la ley sólo interviene subsidiariamente en caso de silencio, para no dejar sin regulación cuestiones patrimoniales que pueden suscitar incertidumbre entre el marido y la mujer después de las nupcias. Dicho de otra manera, “mientras las reglas que gobiernan la sociedad de personas (derecho personal matrimonial o derecho de familia puro) tienden a ser de orden público, por no poderse derogar mediante la voluntad de los contrayentes, las que rigen la sociedad de bienes son de orden privado, pues los contrayentes pueden regular por su propia voluntad la situación jurídica de los bienes que tengan antes de celebrar las nupcias, así como de los bienes que por cualquier causa adquieran durante él; también pueden decidir acerca de su distribución durante el matrimonio o una vez disuelto (por divorcio, nulidad)”.

Entonces, en dicha materia el Estado privilegia la voluntad de las partes, como expresión de la libertad contractual, y por ello no les impone imperativamente un régimen económico para el matrimonio, sino que ellos pueden elegir el sustrato crematístico que de modo usual acompaña la convivencia matrimonial. Por lo mismo, el orden público no se expresa con el mismo énfasis en las relaciones económicas propias del vínculo matrimonial... (SC, 29 jul. 2011, rad. n.º 2007-00152-01).

Se enfatiza, una vez superada la potestad marital y consagrada la igualdad en las relaciones familiares, la

posibilidad de pactar regímenes convencionales diferentes a la *comunidad con administración separada*, es expresión de la autonomía privada en este ámbito.

(ii) Dentro de este nuevo entendimiento, las restricciones legislativas vigentes, que eran fruto de una visión patriarcal de la familia, deben releerse, considerando la reasignación de roles al interior del hogar, con las consecuencias personales y patrimoniales que puedan derivarse de este proceder. Revisión que debe hacerse con fundamento en el artículo 4º de la Carta Política, que se constituye en norma de normas, con el fin de entender que la restricción temporal que en otrora fue valiosa en materia de capitulaciones matrimoniales, ahora deviene contraria a la igualdad (artículo 13), equidad en las relaciones familiares (artículo 42), presunción de buena fe (artículo 83) y libertad económica (artículo 333), consideración que debió ser tenida en cuenta en el proyecto aprobado por la Sala de Casación, en atención a su relevancia para la resolución.

2.4. Uniones maritales de hecho y sociedad patrimonial.

(i) Con la ley 54 de 1990 se reguló una situación que había sido ignorada por el legislador patrio, y en cierto sentido rechazada, como son las uniones maritales de hecho, entendidas como vínculos formados «*entre un hombre y una mujer* [o entre personas del mismo sexo], que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular» (artículo 1).

Huelga explicar que estos vínculos han pasado por dos (2) etapas: la primera de rechazo u hostilidad, que le privó de cualquier identidad; y la segunda de incorporación o social, fundada en la necesidad de otorgarles derechos.

En lo que tiene que ver con la inicial, se tiene que por muchos años, «*guiado por razones de distinto orden -religiosas, o sociales, o políticas, o económicas o culturales-, e inspirado en la necesidad de fundar la sociedad únicamente en la constitución de la familia legítima*», el Estado «*rechazó con encono la familia espuria [y se] optó en principio por repudiar paladinamente el concubinato, y luego, indiferente, resolvió callar sobre él y le desconoció cualquier efecto jurídico*» (SC, 20 sep. 2000, exp. n.º 6117).

Esta indiferencia condujo a situaciones de profunda injusticia, porque ante el escenario catastrófico de la ruptura de la cohabitación y la inexistencia de mecanismos que permitieran la distribución de bienes entre los cohabitantes, el titular del derecho de dominio conservaba inalterada su propiedad, sin ponderar el esfuerzo de su consorte, quien debía acudir a mecanismos jurídicos de difícil comprobación como la sociedad de hecho o el enriquecimiento sin justa causa.

Recuérdese la posición de la Corte sobre la materia:

[Q]uienes sin casarse entre sí, se hayan unido para vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente, aunque convivan bajo un

mismo techo y de manera pública y estable, a la manera de los legítimamente casados, carecen de derecho para reclamar, fundados únicamente en que existe la unión concubinaria, que se les otorgue participación en las utilidades que su compañero haya obtenido durante el tiempo en que han cohabitado. Ni a la concubina ni al concubinario, por el solo hecho de ser tales, les confiere la ley derecho alguno sobre los bienes que su amante haya adquirido durante el tiempo en que la unión natural se haya desarrollado.

El concubinato, pues, no genera por sí ningún tipo de sociedad o de comunidad de bienes entre concubinarios. La cohabitación, por se, no da nacimiento a la compañía patrimonial (SC, 18 oct. 1973, G.J. CXLVII, n.º 2372-2377, p. 92).

La segunda etapa, soportada en un modelo social de derechos, rechazó el hostigamiento social que impidió la aceptación de esta institución, lo que condujo a que a principios de los años 90 se reconociera que la familia podía originarse por el simple hecho de la convivencia, sin las formalidades propias del matrimonio, a condición de que la pareja tenga un proyecto de vida común, en condiciones de estabilidad y singularidad.

Reconocimiento que encontró eco en el texto constitucional de 1991, el cual previó que la familia puede conformarse «*por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre... de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla*» (artículo 42), imponiendo al Estado y a la sociedad el deber de protegerla (SC, 7 nov. 2013, rad. n.º 2002-00364-01).

(ii) En adición, el mandato 2º de la ley 54 de 1990, modificado por la ley 979 de 2005, dispuso que:

Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos:

a) Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio;

b) Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas... antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho.

De esta forma se permitió que, adicional a los vínculos personales entre los compañeros permanentes, se conformara una comunidad de bienes entre los mismos, para lo cual se requiere, además de la existencia de la unión marital, la «duración mínima de dos años, si no tienen impedimento para contraer matrimonio; y si alguno o ambos lo tienen, 'que la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho'» (CSJ, SC, 20 sep. 2000, exp. n.º 6117); respecto a esta última eventualidad, precíse que sólo se requiere la disolución de la comunidad patrimonial y no la liquidación, por haber sido excluido del ordenamiento este último requerimiento (CC, C-700/2013), así como la exigencia de un (1) año de anterioridad (CC, C-193/2016).

La conjunción de activos, a la sazón, es resultado natural del proyecto colectivo que emprenden los compañeros, el cual

se expresa en el trabajo mancomunado para adquirir bienes y contraer obligaciones, cuyo reparto debe hacerse a la finalización.

(iii) Frente a la permanencia mínima de dos (2) años, debe resaltarse que no es exigencia para el reconocimiento de la unión marital de hecho, sino para la presunción de la sociedad patrimonial, pues una vez se agota este lapso se infiere que las partes han tenido la intención de conformar un fondo común, lo cual habilita su declaración judicial, notarial o por vía conciliatoria.

Total que, si bien aquélla es una condición para la existencia de la última, no por ello se confunden, como lo ha reseñado esta Corporación:

La unión marital de hecho, concierne con la vida en común de los compañeros permanentes y exige para su configuración la decisión consciente de la pareja de unirse para conformar una familia y de que, como consecuencia de esa determinación, convivan en una relación singular y permanente...

La sociedad patrimonial irradia sus efectos solamente en el plano económico y deriva, en primer lugar, de la existencia de una unión marital de hecho y, en segundo término, de que como consecuencia del trabajo, ayuda y socorro mutuos de los compañeros permanentes, se haya consolidado un ‘patrimonio o capital’ común.

En el punto, cabe destacar que ‘[l]a sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, a que refiere el artículo 2º de la misma Ley 54 de 1990, si bien depende de que exista la ‘unión marital de hecho’, corresponde a una figura con entidad propia que puede o no surgir como consecuencia de la anterior, desde su inicio o durante su vigencia, siempre y cuando se cumplan los demás presupuestos que señala la norma’ (Cas. Civ., sentencia de 15 de

noviembre de 2012, expediente No. 7300131100022008-00322-01)... (SC, 11 sep. 2013, rad. n.º 2001-00011-01).

Razón por la que la Corte Constitucional manifestó:

[E]l mínimo temporal sólo se aplica a los efectos patrimoniales de la unión marital, no implica que ésta se vea afectada o condicionada en su existencia o en los efectos respecto de los hijos. Las prerrogativas, ventajas, prestaciones y también las cargas y responsabilidades que el ordenamiento jurídico establezca a favor de las personas vinculadas por la unión marital de hecho, siempre serán exigibles cuando ella se ha reconocido (CC, C-257/15).

(iv) Esta temporalidad iterase, por expresa disposición del artículo 2º de la ley 54 de 1990, opera como una presunción, por demás, de «*naturaleza legal[,] porque además de corresponder a la regla general de las presunciones cuyos hechos básicos o indicadores son fijados por la ley, en su texto no incorpora denominación ‘de pleno derecho o de derecho’ como para pensar que no admite prueba en contrario (iuris et de jure) y que torna en incontrovertible el hecho presumido*» (CC, C-193/16); punto frente al cual trazo una línea de distancia con la providencia aprobada mayoritariamente.

Siguiendo la línea argumentativa y en aplicación del artículo 66 del Código Civil¹¹, los compañeros podrán desvirtuar la conformación de la sociedad de bienes, para lo cual bastará acreditar que no se cumplieron los requisitos legales para su reconocimiento o que la voluntad de las partes se encaminó a evitar su configuración.

¹¹ «...Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias...».

Ahora bien, la recta hermenéutica de este precepto no permite que los integrantes de la pareja puedan probar, antes de que la convivencia haya alcanzado dos (2) años de madurez, que existió el fondo crematístico, pues las uniones *esporádicas o efímeras* carecen del elemento seriedad que permita brotar la sociedad patrimonial (CSJ, SC, 20 sep. 2000, exp. n.º 6117, reiterada SC4829, 14 nov. 2018, rad. n.º 2008-00129-01), caso en el cual, «sólo se declaran los efectos personales pero sin lugar a reconocer los efectos patrimoniales» (CC, C-193/16).

Para desvirtuar la presunción que se materializa después del bienio, la parte interesada tendrá que acreditar cualquier situación que impida el mencionado efecto, tales como: a) inexistencia de los supuestos de la unión marital de hecho; b) que no se alcanzaron los dos (2) años de cohabitación para que surja la presunción; c) ausencia de fondo común, por carecer de activos y pasivos durante la unión marital de hecho; o d) celebración de una convención entre los integrantes de la unión en que se haya pactado un régimen de bienes diferentes al legal, como se explicará en lo subsiguiente.

2.5. Capitulaciones extramatrimoniales y oportunidad para su celebración.

(i) El artículo 7 de la ley 54 de 1990, al regular la sociedad patrimonial, remitió a «*las normas contenidas en el Libro 4º, Título XXII, Capítulos I al VI del Código Civil*», que disciplinan, en su orden, las *capitulaciones matrimoniales, el haber de la sociedad conyugal y sus cargas, administración*

de los bienes de la sociedad conyugal, disolución de la sociedad conyugal y partición de gananciales, y renuncia de los gananciales.

Trasluce, en el punto que interesa al litigio, que por autorización expresa de la ley es posible que los compañeros permanentes soslayen la comunidad de activos, bastando una convención en ese sentido.

Al respecto, esta Corporación tiene dicho:

*Cosa distinta la constituye, bueno es aclararlo, que excepcionalmente las partes puedan derogar o modificar lo dispuesto en algunas normas de la misma ley 54 de 1990 que carezcan de la referida connotación de orden público, hipótesis que en alguna medida acontece **con las disposiciones atinentes a la sociedad patrimonial que se presume en cuanto se suscite una unión marital de hecho entre compañeros permanentes, con apego a las pautas comentadas a lo largo de esta providencia, la cual pueden éstos, inclusive, llegar a sustituir, aunque de manera limitada, de acuerdo con el régimen de las capitulaciones matrimoniales, puesto que tales aspectos solo atañen al interés particular de los compañeros...** (negrilla fuera de texto, SC, 2 sep. 2005, exp. n.º 7819).*

Ahora bien, la aplicación del estatuto civil a las capitulaciones extramatrimoniales tiene asidero en la remisión normativa efectuada por el legislador, quien ordenó que la sociedad patrimonial se gobernara por los mandatos de la conyugal, en todo aquello que sea compatible con su naturaleza, con lo cual pretendió la unidad regulatoria entre ambos institutos y la evitación de repeticiones innecesarias.

(ii) Entiéndase por capitulaciones extra o paramatrimoniales los acuerdos realizados de forma libre y voluntaria por los partícipes de un vínculo afectivo, por los cuales disciplinan los aspectos relativos a la conjunción de activos y pasivos sociales, y cuya finalidad es determinar la propiedad y administración de los bienes adquiridos durante la convivencia¹²; dicho en breve, son *convenciones por las que los miembros o futuros miembros organizan los efectos patrimoniales de su unión*¹³.

Sus efectos jurídicos están condicionados a que se observen, como en toda declaración de voluntad, los requisitos establecidos en el artículo 1502 del Código Civil, así como las reglas especiales sobre formalidad (artículo 1772) y estipulaciones prohibidas (artículo 1773). Por tanto, entre otras, estas convenciones deben emanar de personas capaces, que manifiesten su voluntad sin vicio alguno, recaer sobre derechos patrimoniales familiares disponibles, celebrarse sin intención defraudatoria, no contener estipulaciones contrarias a las buenas costumbres o las leyes, ni atentar contra la igualdad en las relaciones familiares, y estar contenidas en escritura pública.

(iii) Nota especial merece la temporalidad del acuerdo, en tanto la exigencia del artículo 1771 del Código Civil, en el sentido en que deben celebrarse «antes de contraer matrimonio», resulta inaplicable a las uniones maritales de

¹² Cfr. Manuel Gitrama González, *Notas sobre la problemática jurídica de la pareja no casada*. En *Estudio de derecho civil en homenaje al profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*, Universidad de Salamanca, 1984, p. 227.

¹³ Cfr. artículo 3º del Reglamento 2016/1104 de la Unión Europea.

hecho, no sólo por la futilidad de este requerimiento en la actualidad, el cual incluso contraviene mandatos constitucionales, como ya se anotó, sino por la forma en que se manifiesta la voluntad en este tipo de ligazones.

a. Rememórese que, descartada la idea de que la capacidad se mengüe por la pertenencia a un núcleo familiar, de que haya un poder jurídico de un consorte sobre el otro, o de que los patrimonios individual y conjunto se confundan por el hecho de la cohabitación, se queda sin andamiaje la idea de que las capitulaciones sirven para la protección del consorte débil, por lo que, dada su naturaleza convencional, debe darse prevalencia a la idea de que son un instrumento contractual, que puede celebrarse siempre que exista voluntad de todos los interesados, incluso con posterioridad al inicio de la convivencia.

Pretender que se aplique de forma literal una restricción normativa, que se hizo en un momento histórico superado y que se encuentra de espaldas al reconocimiento constitucional de la igualdad, equidad en las relaciones familiares, presunción de buena fe y libertad económica, es dejar de lado el deber de interpretar las normas pre-constitucionales de acuerdo con la nueva carta fundamental¹⁴.

Luego, la hermenéutica que debe prevalecer es aquella que permita a los compañeros definir el régimen económico

¹⁴ Riccardo Guastini, *La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: el caso italiano*. En Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, 2005, p. 57.

de su vínculo en cualquier momento, siempre que sea fruto del acuerdo y no se afecten los derechos de terceros, como garantía de la prevalencia de la autodeterminación en asuntos de libre disposición, frente a personas que se encuentran en un plano de igualdad.

b. Conclusión que se reafirma porque la exigencia de la estabilidad resulta relevante para que se reconozcan -judicial o voluntariamente- los efectos económicos de la unión convivencial, en tanto la presunción de sociedad patrimonial es inoperante tratándose de relaciones de poca duración, como se explicó en precedencia.

Y es que en el matrimonio, según el canon 180 de la codificación civil, por su celebración «*se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges*», máxima reiterada en el artículo 1774 al consagrarse que «*[a] falta de pacto escrito se entenderá, por el mero hecho del matrimonio, contraída la sociedad conyugal*»; luego, una vez satisfecho el requisito de la formalidad del casamiento, el fondo común produce plenos efectos, sin más miramientos.

Diferente a lo que sucede en materia de sociedad patrimonial, porque se requiere un mínimo de permanencia para que pueda presumirse la intención de forjar la comunidad de activos, de lo contrario no puede imponerse «*una sociedad de bienes a quienes voluntariamente se han unido mediante un vínculo informal que hace razonable pensar que por eso mismo no esperan que esa sociedad surja intempestivamente*» (CC, C-257/15).

Por tanto, como la estabilidad es condición *sine qua non* para inferir la «*intención inmediata de los miembros de la pareja de generar un patrimonio conjunto*» (*idem*), nada se opone a que por una manifestación expresa los compañeros dejen en claro la ausencia de interés para que se materialice, de lo cual podrá darse cuenta en cualquier momento, pues no existe norma alguna que limite la tempestividad para desvirtuar una presunción legal.

c. Se agrega que la unión marital de hecho exige una voluntad constante de permanecer en convivencia, cuya ausencia hace que decaiga el vínculo, sin ninguna ritualidad. Justamente, para su iniciación basta la simple intención de los compañeros de compartir un proyecto de vida común, en condiciones de singularidad y estabilidad (artículo 1º de la ley 54 de 1990), designio que debe persistir en el tiempo, ya que la ausencia del mismo hace que se trunque la cohabitación y, por tanto, se extinga la relación, sin formalidades. La jurisprudencia ha reconocido que la comunidad de vida sólo es dable cuando los compañeros «**deciden** unirse con la finalidad de alcanzar objetivos comunes y desarrollar un proyecto de vida compartido» (negrilla fuera de texto, SC128, 12 feb. 2018, rad. n.º 2008-00331-01); valga explicarlo, «**refiere a esa exteriorización de la voluntad** de los integrantes de conformar una familia, **manifestado en la convivencia**, brindándose respeto, socorro y ayuda mutua, compartiendo metas y asuntos esenciales de la vida» (negrilla fuera de texto, SC4360, 9 oct. 2018, rad. n.º 2009-00599-01).

Como los compañeros deben expresar su voluntad de forma continua, no hay razón para impedir que se modifique con la misma regularidad, máxime cuando se refiere a efectos eminentemente patrimoniales que sólo afectan a la pareja. Dicho de otra forma, como la permanencia en el proyecto común impone una decisión constante desprovista de solemnidad, podrá ajustarse a medida que se consolidan los objetivos comunes, sin que se advierta objeción a la inclusión de disposiciones sobre el régimen patrimonial, por medio de capitulaciones extramatrimoniales.

Obviamente, el respeto a los derechos de terceros será una barrera infranqueable para la pareja, pues la modificación del régimen económico en la unión marital, o la reintegración del fondo colectivo, no puede servir de excusa para desmejorar la prenda general de garantía, de allí que los efectos de las capitulaciones se proyecten hacia el futuro. Así emana del efecto relativo del contrato, en tanto el contenido contractual no puede «*producir cualquier efecto frente a tercero/s] que no era/n] parte de él* (res inter alios acta, aliis neque nocet neque potest)»¹⁵.

(iv) En resumen, ante la remisión normativa que permite los pactos capitulares en las uniones maritales de hecho, dable es concluir que es viable su estipulación por los compañeros permanentes en cualquier momento, amén de que la exigencia establecida para las capitulaciones

¹⁵ Rogério Zuel Gómes, *Nuevas Tendencias en Derecho de Contratos*. En *Revista de Direito de Consumidor*, n.º 58, Ed. Revista Dos Tribunais, 2006, p. 2.

matrimoniales, de que sean previas al casamiento, resulta inaplicable por su insubstancialidad, contrariedad con los mandatos constitucionales y posibilidad de derruir la presunción de sociedad patrimonial en cualquier momento.

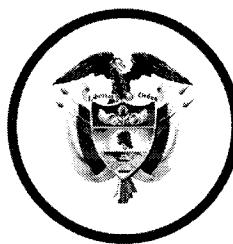
En este sentido me permito tomar distancia de la tesis planteada en el proyecto aprobado, en el sentido de que las capitulaciones paramatrimoniales deben otorgarse dentro de los dos (2) años siguiente al inicio de la convivencia, so pena de ineficacia. Considero que este tipo de convenciones son viables en cualquier momento, sin restricción temporal alguna; hermenéutica que guarda armonía con las máximas constitucionales que rigen a la familia y la libertad económica.

3. En los anteriores términos dejo planteada la aclaración de voto.

Fecha *ut supra*

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Magistrado



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

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.

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 *latin 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 iniciarián 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, auncuando 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**” allá imperante.

Sobre el particular, el tratadista Jose J. Gómez R. en su libro *El Nuevo Régimen de Bienes En El Matrimonio, segunda edición, 1942, pag. 37*, apuntó: “Intentanmos despejar una figura jurídica que entre nosotros ha comenzado a perder su verdadero 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 sufria una capititis-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

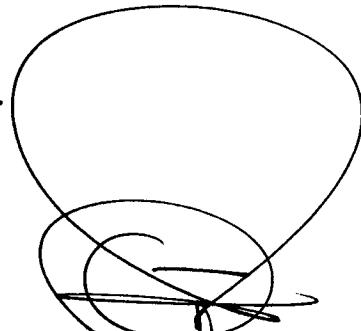
para contratar.

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 *ibidem* 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.

En estos términos dejo aclarado mi voto.

Fecha *ut supra.*



OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Magistrado