

República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Civil

## **OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE**

Magistrado Ponente

**SC2130-2021**

**Radicación n° 11001-31-10-023-2015-00085-01**

(Aprobada en sesión del doce de noviembre de dos mil veinte)

Bogotá D.C., dos (2) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por Ingrid Rosa Escamilla Serrano, frente a la sentencia de 10 de noviembre de 2015, proferida por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario que la recurrente adelantó contra Juan Pablo Sáenz Niño.

### **I.- EL LITIGIO**

**1.-** La accionante pidió declarar la nulidad absoluta de las capitulaciones matrimoniales pactadas con el convocado, en la escritura pública n° 5062 de 23 de noviembre de 1999, suscrita en la Notaría Primera de Bogotá.

Indicó que el 17 de diciembre de 1999 contrajo nupcias por el rito civil con Juan Pablo Sáenz Niño, en la Notaría Primera de Bogotá, según consta en la escritura n° 5493 de

esa misma fecha, y no procrearon hijos.

Antes del casorio, específicamente, el 23 de noviembre de 1999, hicieron capitulaciones matrimoniales en las que acordaron separarse de bienes; que después de la boda cada quien administraría los que tuviere o consiguiera, así como sus frutos y valorizaciones; y que las deudas tenidas y adquiridas serían asumidas por aquel a cuyo cargo estuvieran; sin embargo, esas disposiciones están viciadas de nulidad por ilicitud en su objeto al contrariar el artículo 1773 del Código Civil, pues la «*separación de bienes*» presupone matrimonio y sociedad conyugal.

Como tal acuerdo precedió al casamiento y, por ende, a la «*sociedad conyugal*», esta última no podía ser liquidada en ese acto, según el numeral 5 del artículo 1820 del Código Civil; luego está vigente, sobre todo porque las partes no estaban inmersas en la situación del inciso segundo del artículo 180 *ibidem*; además, tal pacto es contrario al orden público y las sanas costumbres al quebrantar los artículos 180, 1771 y 1773 *ídem*, fuera de que no aparece inscrito en el registro civil de matrimonio, siendo inoponible frente a terceros, acorde con el inciso 3° del artículo 1820 *ejusdem* y prueba la existencia de la sociedad conyugal.

Aunque los bienes entonces inventariados quedaron excluidos de la alianza conyugal, no ocurre lo mismo con los adquiridos después de la boda, que sí hacen parte de la que se formó entre ellos; además, ante el Juzgado Catorce de Familia de Bogotá cursa proceso de divorcio en el que es

Familia de Bogotá cursa proceso de divorcio en el que es demandada (fls. 33 a 40, cno.1).

**2.-** El convocado se opuso y adujo como excepción previa «*prescripción de la acción de nulidad*» (fls. 44 al 52, cno. 1 y 1 al 3, cno. 3).

**3.-** El Juzgado 23 de Familia de Oralidad de Bogotá, en sentencia anticipada de 9 de junio de 2015, acogió esa defensa, terminó el pleito, levantó las medidas cautelares y condenó en costas a la promotora (fls. 9 al 15 cno. 3).

**4.-** El *ad quem*, al desatar la alzada propuesta por la pretensora, confirmó esa decisión (fls. 21 al 29 cno. 4).

## **II.- FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO**

Las capitulaciones matrimoniales son convenciones que celebran los esposos antes de contraer matrimonio relativas a los bienes que aportan a él, las donaciones y concesiones que quieren hacer uno frente al otro, de presente o a futuro.

La prescripción puede ser alegada como excepción previa, según el artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el 6 de la Ley 1395 de 2010.

Las nulidades son procesales o sustanciales y estas últimas miran a los actos y declaraciones de la voluntad que carecen de alguno de los requisitos que la ley exige para su eficacia, según su especie o la calidad de las partes, pudiendo



ser absoluta o relativa, de conformidad con los artículos 1740 y 1741 del Código Civil. La primera puede ser declarada aun sin petición de parte, cuando brote de manifiesto en el acto o contrato y ser alegada por todo el que tenga interés en ella, así como por el ministerio público en defensa de la ley o la moral, siendo susceptible de ser saneada por ratificación de las partes y, en todo caso, por prescripción extraordinaria por el solo paso del tiempo.

En el caso, la acción se rige por la prescripción prevista en el artículo 2536 del Código Civil, modificado por el artículo 8° de la Ley 791 de 2002, que es de diez (10) años, según la elección que acorde con el artículo 41 de la Ley 153 de 1887 hizo el convocado, siendo pasible de ser interrumpida natural o civilmente, esto último con la demanda judicial.

Prospera la excepción porque, aunque la relación sustancial fustigada data 23 de noviembre de 1999, el casorio se celebró el 17 de diciembre de ese año y desde ese momento hasta que se instauró el libelo (2 de septiembre de 2014) transcurrieron más de 10 años (fls. 21 al 29, cno. 4).

### **III.- DEMANDA DE CASACIÓN**

La demandante recurrió en casación y plantea dos cargos con base en los dos incisos del numeral 1° del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil; el primero por vía recta y el segundo por la indirecta, que serán despachados de forma conjunta, pues apuntan a desvirtuar una misma premisa.



Para su resolución se tendrá en cuenta la referida compilación al estar vigente cuando se interpuso la opugnación (19 nov. 2015) conforme dispone el numeral 5 del artículo 625 de la Ley 1564 de 2012.

### **CARGO PRIMERO**

Acusa la infracción directa de los artículos 180, 1774, 2530 y 2541 del Código Civil; 1° de la Ley 28 de 1932; 3° de la Ley 791 de 2002, por falta de empleo; y el inciso 2 del artículo 2535 del Código Civil por errónea interpretación.

Aduce que el tribunal dejó de aplicar el precedente de esta Corte, que, a partir de los artículos 180, 1774, 2530 y 2541 del Código Civil, 1° de la Ley 28 de 1932, 3° de la Ley 791 de 2002, ha considerado que el interés del cónyuge para cuestionar los actos de administración de su consorte surge cuando se disuelve la sociedad conyugal o se integra la *litis* con ese fin, no antes ni después, según lo expuesto en sentencias de 5 de septiembre de 2001, 13 de octubre de 2011 y CSJ SC3864-2015.

Ese criterio se aviene al caso porque es absurdo y discriminatorio que cuando la cónyuge demanda la simulación de un acto celebrado por su marido antes de haberle noticiado la demanda de divorcio, el juez le niegue la pretensión por falta de legitimación con estribo en que la acción es prematura; pero si lo hace después se abstenga de estudiarla con el pretexto de que es tardía.

Omitió los artículos 2530 y 2541 del Código Civil, pues contó el término de prescripción extintiva desde antes que la actora pensara en demandar el divorcio; e interpretó mal el inc. 2 del artículo 2535 del Código Civil, ya que no tuvo en cuenta que el término allí referido se cuenta desde que la obligación se hace exigible, desfases que lo hicieron decir que la acción se planteó a destiempo (fls. 6 al 13).

### **CARGO SEGUNDO**

Alega el quebranto indirecto de los artículos 180, 1774, 2530 y 2541 del Código Civil; 1 de la Ley 28 de 1932; 3 de la Ley 791 de 2002 y el inciso 2 del artículo 2535 del Código Civil por error de hecho, como consecuencia de omitir el análisis de la demanda.

Radica su inconformidad en que el tribunal pretirió el libelo al no ver el hecho en el que se adujo que «*en la actualidad cursa en el Juzgado 14 de Familia de Bogotá D.C., proceso de divorcio bajo el radicado número 11001311001420140057500 en que mi poderdante obra como demandada*», tanto que en el acápite de pruebas pidió oficiar a ese estrado para que certificara la existencia de ese litigio.

De haber analizado la demanda habría visto que el término de prescripción no corrió desde la celebración de las capitulaciones, sino desde que se trabó la *litis* enderezada a disolver la sociedad conyugal (fls. 13 a 14).

## CONSIDERACIONES

1.- Cuando la autonomía dispositiva rebasa el poder de configuración de que están provistos los particulares para forjar sus relaciones jurídicas, ya sea por desconocer normas imperativas o contradecir las buenas costumbres, se transgrede el orden legal y entran en escena fenómenos como la nulidad absoluta o la relativa, que, de forma total o parcial, derruyen la legalidad del acto, entiéndase contrato o convención.

La absoluta, que mira el interés público, se produce por objeto ilícito o causa ilícita, por omisión de alguno de los requisitos que la ley exige para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a su naturaleza o por ocurrir con personas absolutamente incapaces. Puede ser alegada por las partes, cualquier tercero que acredite interés directo, serio y actual, e incluso, por el Ministerio Público en defensa del orden público, la ley o la moral; y es susceptible de ser declarada de oficio por el juez cuando aparezca de bulto en el acto o contrato (art. 1742 ídem, subrogado por el art. 2° de la Ley 50 de 1936). Los vicios que la producen pueden ser saneados por ratificación de las partes en cuanto no hayan sido generados por objeto o causa ilícita y, en todo caso, por prescripción extraordinaria, máxime cuando la nulidad no opera *ipso iure*, sino que requiere declaración judicial.

2.- La prescripción liberatoria es un modo de extinguir las acciones judiciales y, según los artículos 2535 y 2536 del Código Civil, su declaración exige que la respectiva acción



sea susceptible de ser cubierta por ese fenómeno, así como del paso de cierto tiempo y de la inacción del titular, según se recordó en CSJ SC6575-2015; empero, puede ser suspendida, interrumpida (civil o naturalmente) y renunciada. La suspensión emerge por imperativo legal en favor de ciertas personas que gozan de especial protección, como los menores de edad y quienes se hallen bajo patria potestad, tutela o curaduría, entre otros, y apareja una detención temporal del término extintivo hasta que se supere la causa que la produce (art. 2530 ídem).

Mientras tanto, la interrupción se puede dar de forma civil o natural. La primera ocurre, al decir del artículo 2539 *in fine*, en razón a la demanda judicial, aunada al cumplimiento de los requisitos del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, que hoy aparecen en el 94 del Código General del Proceso. La segunda, por su parte, se presenta cuando el deudor reconoce, expresa o tácitamente, la obligación (inc. 2º, art. 2539 ídem) y obedece a actos de asentimiento, beneplácito o aceptación de la prestación. Una notable diferencia entre la suspensión y la interrupción es que aquella impide contabilizar el tiempo transcurrido mientras subsiste la causa de protección que le dio origen, mientras que esta lo borra en su totalidad, al igual que acontece con la renuncia (CSJ GJ. CLXXVI n° 2415 pág. 51 a 63).

La renuncia sobreviene cuando la prescripción se ha consolidado (art. 2514 C.C.), no antes como acontece con la suspensión y la interrupción; además, requiere de una

manifestación inequívoca del deudor en virtud de la cual reconozca el derecho del acreedor, como acontece cuando quien debe paga intereses o pide plazos.

El sistema jurídico patrio consagra prescripciones de largo y de corto plazo. Empero, la de la acción ordinaria que es la que aquí importa, exige un término de veinte (20) años, que, con la Ley 791 de 2002, arts. 1° y 8°, se redujo a la mitad. Dicho lapso, según la jurisprudencia de esta Corte, *«debe computarse a partir de cuando podía ejercitarse la acción o el derecho»* (CSJ SC 3 may. 2002, rad. 6153), comprensión que coincide con el artículo 2535 *in fine*, según el cual *«[s]e cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible»*; mas, como la ley no precisa desde cuándo se tiene la oportunidad para demandar la nulidad absoluta de un negocio jurídico, su determinación depende de quién la reclame y del motivo propuesto, pues una cosa es que el promotor haya sido parte en el acto fustigado y otra, muy diferente, que sea un tercero, lo que es relevante para fijar el punto de partida del lapso prescriptivo.

Para concretar ese crucial aspecto, es indispensable establecer el instante en que el accionante conoció o debió saber de la existencia del acto que fustiga, pues, por regla general, será desde ahí cuando le nazca el interés jurídico y, por ende, la legitimación para tratar de vaciar su eficacia, luego, cuando quien pide la nulidad absoluta fue parte en el acto atacado, el término ha de contarse desde su celebración, porque desde ese momento lo conoció y, por consiguiente, estaba en posibilidad de discutir su validez, salvo algunos



casos en que dicho interés surge después, como en las capitulaciones matrimoniales, según se verá más adelante.

Por contraste, si quien alega la nulidad fue ajeno al acto, es decir, si se trata de un tercero, tendrá dicho interés a partir de que lo conoció o debió conocer su existencia, lo que, respecto de aquellos sujetos a registro habrá de entenderse desde la inscripción con la que se le dio publicidad y oponibilidad (art. 44 Dec.1250 de 1970 y art. 47 Ley 1579 de 2012), a falta de prueba en contrario; y en cuanto a los que carecen de esa formalidad, se deberá probar el instante en que tuvo noticia el agente de tal celebración.

**2.1.-** Así mismo, atendiendo el postulado de la irretroactividad de las normas, según el cual aquellas gobiernan las situaciones presentadas en su vigencia, pero no pueden tener efectos sobre el pasado, el precepto bajo el que debe regirse la prescripción liberatoria, en principio, es el que estaba vigente para el momento en el que inició el cómputo del término extintivo, aunque la normatividad consagre una excepción en el artículo 41 de la Ley 153 de 1887, a cuyo tenor:

*La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda, a voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiere empezado a regir.*

De esa forma el legislador, como excepción al axioma de la irretroactividad, autorizó que una ley posterior a aquella



en vigor de la cual inició el término de prescripción, pudiera regirla, pero con miras a materializar tal permisión impuso una carga a la persona en cuyo interés se estableció tal prerrogativa, consistente en alegar expresa y oportunamente el régimen cuya aplicación pretende, de donde se sigue que el no ejercicio de esa facultad hará que el juzgador aplique la disposición vigente cuando empezó a correr la prescripción.

Ello es así porque al tratarse de una potestad del prescribiente escoger el marco normativo al cual decide plegarse, el no hacerlo supone total complacencia con el que, en principio, gobierna la situación fáctica en concreto. *Contrario sensu*, si en ejercicio de esa bondad legal, manifiesta de forma expresa y tempestiva su deseo de acogerse a la modificación contenida en la pauta posterior porque le resulta más favorable, la prescripción se regirá por esta última y el término fijado por la ley empezará a contarse desde la fecha en que dicha norma inició su vigencia. Sobre el punto, en CSJ SC20187-2017, la Sala explicó:

*(...) la modificación que introdujo la Ley 791 de 2002, en la cual se redujo el término de prescripción extraordinaria a 10 años, sólo podría aprovechar a quien la alegue para que se consolide a partir de su vigencia; es decir, a partir del 27 de diciembre de dicho año, en tanto que así expresamente lo dispone el artículo 41 de la Ley 153 de 1887, aún vigente.*

**3.-** El artículo 180 del Código Civil dispone que «[p]or el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, según las reglas del Título 22, Libro IV, del Código Civil» y el inciso segundo del artículo 1777 ídem, lo confirma cuando expresa que «[n]o se podrá pactar que la sociedad

*conyugal tenga principio antes o después de contraerse el matrimonio; toda estipulación en contrario es nula».*

En CSJ SC16280-2016 se llamó la atención en cuanto a que:

*(...) carece de soporte jurídico afirmar que la sociedad conyugal 'nace para morir', o que durante el matrimonio cada cónyuge es dueño de los bienes que adquiere y, por tanto, no se genera un patrimonio común sino que, "por una ficción de la ley", se considera que la sociedad surgió desde la celebración del matrimonio para los precisos efectos de su liquidación, siendo este último momento el que origina el interés jurídico que pueda tener la parte afectada o defraudada con la desaparición de los bienes comunes.*

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

Esa posición fue reiterada y reforzada en CSJ SC5233-2019, en la que se expresó que la sociedad conyugal nace de manera real y efectiva con el matrimonio y por eso los consortes administran responsablemente los bienes sociales que estén a su nombre, por lo que tampoco puede confundirse el surgimiento de la «*sociedad conyugal*» con la exigibilidad de la adjudicación de la cuota de gananciales, pues esto último es lo único que permanece en potencia.

Es claro, entonces, que por el hecho del matrimonio surge sociedad conyugal, la cual tiene vigencia desde el primer día (arts. 180 y 1774 C.C.), excepto que los consortes decidan no conformarla, en cuyo caso deberán hacer capitulaciones matrimoniales que serán válidas en cuanto no



contravengan el orden público ni las buenas costumbres (art. 1773 *ibídem*).

**3.1.-** Al abordar el estudio de las «*capitulaciones matrimoniales*», en CSJ SC 29 jul. 2011, rad.2007-00152-01, se aclaró que los artículos 180 inciso 1° y 1774 del Código Civil advierten que, salvo pacto en contrario, el matrimonio genera sociedad conyugal, lo que significa que la pareja puede pactar libremente, a través de las capitulaciones, el régimen económico por el que habrán de regirse o desechar su nacimiento y si nada dicen se entiende que conforman una comunidad de gananciales, acorde con las reglas de los artículos 1771 y s.s. *ibídem*, así como lo hizo la Corte en CSJ SC2222-2020, donde explicó que las capitulaciones son fruto de la voluntad de los futuros consortes o compañeros y, por ende, su eficacia depende de que satisfagan las exigencias del artículo 1502 del estatuto civil, sean producto de un acuerdo de voluntades expreso, libre y voluntario, no contradigan el orden público, ni las normas imperativas y tampoco menoscaben los derechos y obligaciones que las leyes imponen a cada cónyuge o compañero permanente.

Desde esa perspectiva, no hay duda que las capitulaciones matrimoniales son un negocio jurídico; en concreto, una convención, en virtud de la cual los contrayentes regulan entre sí el régimen económico del connubio, ya sea para elegir las reglas que habrán de regir ese efecto patrimonial ora para evitar que se produzca, pues, al tratarse de un asunto de interés privado es susceptible de



ser ajustado por la pareja (art. 15 C.C.) sin exceder el ámbito de la ley ni las buenas costumbres.

Con otras palabras, las capitulaciones matrimoniales tienen por objeto alterar -total o parcialmente- un aspecto que es propio del casamiento: la sociedad conyugal. Por ende, la concreción de sus efectos depende de la realización de ese rito porque es desde ese entonces que, salvo pacto en contrario, nace dicha alianza económica, conforme lo dispone el artículo 180 del Código Civil, al decir que «*[p]or el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, según las reglas del título 22, libro IV del Código Civil*», y lo reitera el artículo 1774 *ídem* a cuyo tenor «*[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 decir, de la realización del matrimonio depende la vigencia de tales capitulaciones, pues si este no se celebra ellas no vierten sus efectos.

Sobre este crucial aspecto, el tratadista chileno Manuel Somarriva Undurraga<sup>1</sup> sostiene que:

*Las capitulaciones presentan características dignas de destacarse. Por de pronto tenemos que su duración es indefinida: ellas regirán mientras subsiste el matrimonio y aun recibirán aplicación una vez disuelto éste. En seguida, las capitulaciones no obligan únicamente a los esposos, sino también a los terceros que contratan con éstos. Así, por ejemplo: si los cónyuges han pactado separación total de bienes, los terceros tendrán que atenerse a este régimen para establecer sobre qué bienes pueden hacer efectivos sus créditos.*

---

<sup>1</sup> Somarriva Undurraga, Manuel. Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Chile. Derecho de Familia. Imprenta Universal. Santiago de Chile. 1982, pág. 169.

*Las capitulaciones matrimoniales no son condicionales. Si bien es cierto que para que ellas produzcan efectos requieren de la celebración del matrimonio, no es menos cierto que **el matrimonio a su respecto no es sólo un elemento accidental que puede faltar o no -característica esencial de la condición- sino un requisito de su esencia, sin el cual las capitulaciones no tienen vida jurídica, ni siquiera engendran un germen de derechos.** Tan es así que celebradas las capitulaciones matrimoniales sus efectos se producen una vez que los esposos contraen matrimonio, pero éstos jamás se retrotraen ni en lo más mínimo al momento en que fueron pactadas las capitulaciones (se resalta).*

Luego, el interés jurídico para cuestionar la eficacia de las capitulaciones matrimoniales le surge a cualquiera de los consortes a partir del casamiento, porque es desde entonces que esas disposiciones privadas de carácter solemne (art. 1772 C.C.) comienzan a actuar realmente al modificar el régimen económico del desposorio, ya sea por alterar la composición de la comunidad de bienes surgida en él o por impedir el nacimiento de la misma, razón por la cual el artículo 1778 *ibídem*, dispone que ellas «no se entenderán irrevocablemente otorgadas sino desde el día de la celebración del matrimonio (...); porque entiende el legislador que es desde ese acto que las mismas cobran eficacia material; o, mejor dicho, que desde allí se aplican y se tornan en ley para los esposos, quienes, por tanto, desde ese momento deben acatarlas rectamente (art. 1602 C.C.).

Por ende, aunque en principio, los actos jurídicos producen efectos interpartes desde el momento de su celebración, hay unos que solo se tornan vinculantes una vez acontece el hecho del cual derivan su eficacia. Así ocurre con las capitulaciones matrimoniales que dependen de la



realización del casorio, por lo que es desde este que surge para los contrayentes la posibilidad de cuestionar su validez.

En resumen, si, en principio, por el hecho del matrimonio nace la sociedad conyugal, el acuerdo en virtud del cual los contrayentes alteran su régimen o deciden no conformarla produce plenos efectos frente a ellos desde la celebración del casorio, no antes, tanto así que si este nunca se lleva a cabo los efectos de aquellas no se materializan y, por ende, tampoco surge el interés jurídico para que quienes las hicieron salgan a pedir su invalidez.

4.- En el estudio de esta *litis*, el tribunal no incurrió en los dislates endilgados por el hecho de haber contabilizado el término de prescripción extintiva de la acción desde la celebración del vínculo nupcial, pues, como viene de verse, esa es la hermenéutica a que da lugar el ordenamiento.

No era equivocado sostener que el término de prescripción de la acción para cuestionar la eficacia de ese acto jurídico, al no haber uno especial, despuntó, frente a las partes, desde la confección del matrimonio, en razón a que fue desde ese momento que las capitulaciones produjeron plenos efectos jurídicos respecto de ellas conforme lo entendió el tribunal cuando lo contabilizó desde allí, con independencia de si estas fueron o no inscritas en el registro de matrimonio, pues tal anotación no es constitutiva sino declarativa, en tanto alberga una doble función de publicidad y de garantía de oponibilidad frente a terceros, que no lo son las partes contratantes.



Al respecto, el artículo 180 del Código Civil, atinente a que la sociedad conyugal surge por el hecho del matrimonio, no pudo ser quebrantado porque las partes pactaron capitulaciones matrimoniales en las que precisamente convinieron no conformarla, tanto así que lo que buscó la actora fue abolir tal acuerdo para hacer actuar esa norma supletoria. Además, aunque el mismo artículo 2530 ídem, modificado por el artículo 3° de la Ley 791 de 2002, señala que «*/n/*o se contará el tiempo de prescripción en contra de quien se encuentre en imposibilidad absoluta de hacer valer su derecho, mientras dicha imposibilidad subsista», ese supuesto es extraño al caso de ahora, en el que ni se alegó, ni demostró ninguna circunstancia que le hubiere impedido a la reclamante demandar dentro del lapso previsto en la ley.

Igualmente, el artículo 2535 prevé que «*/l/*a prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones» y culmina diciendo que «*/s/*e cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible», lo que, en este evento, según se vio, ocurrió desde el momento mismo de la celebración de la boda, ya que desde allí la convención sobre capitulaciones matrimoniales produjo plenos efectos jurídicos frente a las partes; por lo que desde entonces cualquiera de ellas podía haber discutido su validez a fin de expulsarla del universo legal y de hacer actuar las normas supletorias que consagran el efecto jurídico que reclama la actora, esto es, la sociedad conyugal.

El artículo 1° de la Ley 28 de 1932 otorga a cada cónyuge la libre administración de los bienes tenidos antes del himeneo y adquiridos durante este, pero advierte que a su disolución o en cualquier otro evento en que según el 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»; de donde se sigue que tal precepto presupone existencia de régimen económico entre los casados, el cual no surgió en el caso que se analiza porque la pareja, en ejercicio de su autonomía dispositiva, optó por no constituir sociedad conyugal, toda vez que hizo capitulaciones matrimoniales en las que decidió no conformarla, pues así lo exteriorizó claramente en dicho acto.

Ese escrutinio evidencia que el juzgador acusado no quebrantó las referidas pautas, por falta de empleo de algunas e indebida interpretación de las demás; pues unas eran impertinentes para la definición de la *litis*, y las otras simplemente no fueron vulneradas, según se vio. Al efecto, en la ya citada CSJ SC2222-2020, dentro de un caso que guarda alguna semejanza con el de ahora, se precisó «[d]e cara a presente controversia, se observa que la norma cuya pretermisión se criticó resulta inaplicable, por cuanto los futuros compañeros permanentes decidieron que no habría sociedad patrimonial, lo que excluye la vigencia para ellos de una prohibición edificada sobre la base de que ésta se haya formado».



Se descarta, entonces, la existencia de los yerros de diagnóstico jurídica que -por falta de aplicación e indebida interpretación normativa- alega la casacionista, pues es patente que el fallador de segundo grado seleccionó las disposiciones pertinentes para la definición de la contienda y les dio el alcance y justificación correspondiente de cara al caso planteado.

**5.-** Tampoco se dio el error de hecho enrostrado a esa colegiatura porque si, como se anticipó, las capitulaciones matrimoniales produjeron efectos jurídicos desde el casamiento era desde entonces cuando las partes podían cuestionar su eficacia; lo que descarta la preterición probatoria invocada comoquiera que la narración hecha por la demandante en el libelo en torno a la existencia del juicio de divorcio cursante entre ella y su consorte ante un estrado de familia de Bogotá D.C., no tenía la virtualidad de alterar el sentido de la decisión.

Es que si la pareja, en ejercicio del poder de disposición y autogobierno de sus relaciones jurídicas, acordó, según el artículo 1771 del Código Civil, no conformar sociedad conyugal al tratarse de un derecho renunciable (art. 15 *ibídem*) es imposible el estado de latencia que reclama la censora, quien hizo parte de esa convención y, por ende, desde el casorio estaba habilitada para cuestionar la validez de las capitulaciones matrimoniales en procura de expelerlas del ordenamiento legal y de hacer actuar las normas supletorias que prevén, por el hecho del himeneo, comunidad de bienes entre los desposados.



En ese contexto, el tribunal no cometió los yerros de hermenéutica ni de *facto* atribuidos, porque el extremo a cuyo favor actuaba la prescripción extintiva la alegó y se acogió a la decenal prevista en artículo 2536 del Código Civil, modificado por los artículos 1° y 8° de la Ley 791 de 2002, porque le resultaba más favorable, en virtud de la prerrogativa consagrada en el artículo 41 de la Ley 153 de 1887<sup>2</sup>, por lo que era esa la que debía ser aplicada.

Conviene destacar cómo al fundar esa excepción, el demandado citó el artículo 41 de la Ley 153 de 1887 y agregó que *«[e]l negocio jurídico atacado con la demanda de nulidad fue celebrado el 23 de noviembre de 1999, cuando la ley 791 de 2002 no había sido promulgada, sin embargo, en virtud del citado artículo 41 mi poderdante como prescribiente elige esta norma para dar aplicación al término de prescripción allí consagrado en su artículo 1°, es decir, el de 10 años»*.

Empero, aunque al cobijarse al régimen de la Ley 791 de 2002, que redujo a la mitad la prescripción veintenaria de la acción ordinaria, dicho litigante renunció al tiempo corrido desde el matrimonio y se sujetó exclusivamente al transcurrido a partir de la entrada en vigencia de esa norma (27 de diciembre de 2002), lo cierto es que desde esa calenda hasta el 2 de septiembre de 2014, cuando se instauró el libelo, pasó un tiempo superior a diez (10) años, sin que el

---

<sup>2</sup> Esta norma dispone que *«La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda, á voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiere empezado a regir»*.

término extintivo haya estado suspendido, al no haber norma que así lo autorizara.

Luego, si la prescripción extintiva invocada como excepción estaba consolidada, como así ocurrió, ninguna pifia cometió el tribunal cuando la reconoció, lo que deja al ataque sin piso.

Ergo, no progresa la acusación.

**6.-** Conforme al inciso final del artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, en armonía con el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010, se impondrá a la impugnante el pago de las costas procesales en el trámite de esta senda extraordinaria; para tasar las agencias en derecho se tendrá en cuenta que hubo réplica (fls. 69 al 104).

#### **IV.- DECISIÓN**

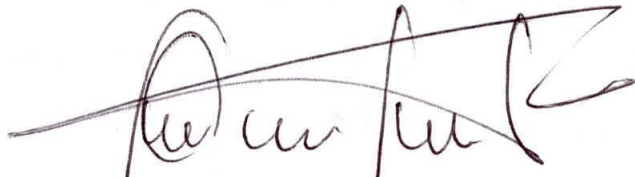
En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia de 10 de noviembre de 2015, proferida por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario de Ingrid Rosa Escamilla Serrano contra Juan Pablo Sáenz Niño.

Costas a cargo de la recurrente a favor del accionado. Inclúyase la suma de \$6'000.000 por agencias en derecho.



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


Notifíquese,



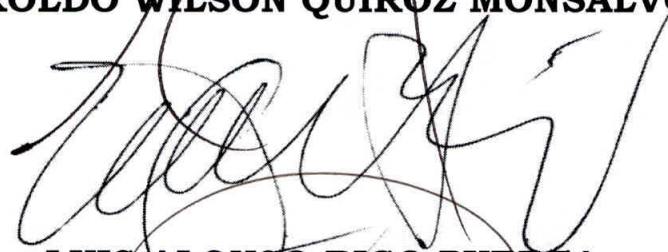
**LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA**  
Presidente de Sala  
*aclaro voto*



**ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO**  
*con aclaración de voto*



**AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO**



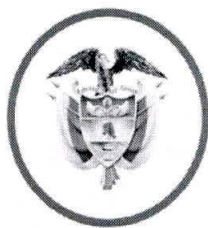
**LUIS ALONSO RICO PUERTA**



**OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE**



**FRANCISCO TERNERÁ BARRIOS**



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Civil

119

**LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA**  
**ACLARACIÓN DE VOTO**

**Radicación n.º 11001-31-10-023-205-00085-01**

Estimo necesario aclarar mi voto, en relación con algunos aspectos relativos a las motivaciones de la sentencia que definió el recurso de casación interpuesto por Ingrid Rosa Escamilla Serrano, frente al fallo de 10 de noviembre de 2015, proferido por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá en el proceso ordinario de la recurrente contra Juan Pablo Sáenz Niño. Sin duda, compelia no casar la recurrida, como en efecto acaeció, al estar afectado el asunto por causa de la prescripción.

1. La causa objeto de juzgamiento

1.1. La accionante solicitó declarar la nulidad absoluta de las capitulaciones matrimoniales pactadas con el demandado, en la escritura pública N° 5062 de 23 de noviembre de 1999, suscrita en la Notaría Primera del Círculo de Bogotá. El 17 de diciembre de 1999 la recurrente contrajo nupcias por el rito civil con Juan Pablo Sáenz Niño, en la Notaría Primera de Bogotá, D.C., según consta en la escritura N° 5493 de esa misma fecha.



En las capitulaciones matrimoniales establecieron separarse de bienes; y contraído el matrimonio, cada uno administraría los activos que obtuviera, así como sus respectivos frutos y valorizaciones; de la misma manera, las deudas anteriores y las adquiridas serían asumidas por quien las hubiera suscrito.

A juicio de la parte demandante y recurrente, como ese acuerdo capitular fue anterior al casamiento y, por consiguiente, a la “*sociedad conyugal*”, por ello no podía ser liquidada en dicha escritura en forma anticipada, según el numeral 5 del artículo 1820 del Código Civil; por lo cual, la sociedad universal todavía estaría vigente. Ese pacto era contrario al orden público y las buenas costumbres al vulnerar los artículos 160, 1771 y 1773 *idem*.

El convocado se opuso y adujo como excepción previa la “*prescripción de la acción de nulidad*”. El juzgado 23 de Familia de Oralidad de Bogotá, en sentencia anticipada de 9 de junio de 2015, atendió la prescripción; terminó el pleito, levantó las medidas cautelares y condenó en costas a la promotora. *El ad quem*, al resolver la alzada propuesta por la convocante, confirmó la decisión.

1.2. El Tribunal al resolver el problema definió las capitulaciones desde la dogmática jurídica tradicional prevista en los sistemas jurídicos continentales, luego aludió a la prescripción como forma extintiva alegable también por vía de excepción previa según las antiguas y nuevas reglas procesales desde la Ley 1395 de 2010 en el artículo 6. Aludió

luego a la nulidad material ora absoluta o ya relativa, prevista en las reglas 1740 y 1741 del C.C., respecto de la cual regía la prescripción prevista en el artículo 2536 del Código Civil, modificado por el artículo 8º de la Ley 791 de 2002, relativa a los 10 años, elegida por el accionante por virtud del derecho que le otorga el artículo 41 de la Ley 153 de 1887, pudiendo ser interrumpida natural o civilmente. Le dio prosperidad atendiendo la data de celebración del negocio jurídico, el 23 de noviembre de 1999, y como el matrimonio se celebró el 17 de diciembre de ese mismo año, desde ese momento hasta cuando se presentó la demanda, el 2 de septiembre de 2014, transcurrió suficiente la forma extintiva de los 10 años.

## 2. Motivos del disenso con las consideraciones:

Discrepo de algunas motivaciones, a mi juicio erróneas e insertas en el fallo, más no con la parte resolutive, la cual comparto *in íntegrum*.

La primera tiene que ver con el derecho intertemporal del tránsito legislativo previsto en el art. 41 de la Ley 153 de 1887, por cuanto la sentencia contiene algunas *obiter dictum* desafortunadas con la verdadera teleología de ese texto. La segunda, obedece al criterio que siempre he expuesto sobre la eficacia jurídica de las capitulaciones celebradas en cualquier momento entre consortes plenamente capaces.

2.1. Con relación al primer aspecto tocante con la interpretación de la prescripción extintiva, dijo la sentencia:



*“2.1. Así mismo, en principio, atendiendo el postulado de la irretroactividad de las normas en el tiempo, según el cual aquellas gobiernan las situaciones presentadas en su vigencia, pero no pueden tener efectos sobre el pasado, el precepto bajo el que debe regirse la prescripción liberatoria es el que estaba vigente para el momento en el que inició el cómputo del término extintivo, aunque la normatividad consagre una excepción en el artículo 41 de la Ley 153 de 1887, a cuyo tenor:*

*“La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda, a voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiere empezado a regir.*

*“De esa forma el legislador, como excepción al axioma de la irretroactividad, autorizó que una ley posterior a aquella en vigor de la cual inició el término de prescripción, pudiera regirla, pero con miras a materializar tal permisión, impuso una carga a la persona en cuyo interés se estableció tal prerrogativa, consistente en alegar expresa y oportunamente el régimen cuya aplicación pretende; de donde se sigue que el no ejercicio de esa facultad hará que el juzgador aplique la disposición que regía cuando empezó a correr la prescripción.*

*“Ello es así porque al tratarse de una potestad del prescribiente escoger el marco normativo al cual decide plegarse, el no hacerlo supone total complacencia con el que, en principio, gobierna la situación fáctica en concreto. Contrario sensu, si en ejercicio de esa bondad legal, manifiesta de forma expresa y tempestiva su deseo de acogerse a la modificación contenida en la pauta posterior porque le resulta más favorable, la prescripción se regirá necesariamente por esta última y el término fijado por la ley empezará a contarse desde la fecha en que dicha norma inició su vigencia.*

*“Sobre el punto, en CSJ SC20187-2017, la Sala explicó:*

*“(…) la modificación que introdujo la Ley 791 de 2002, en la cual se redujo el término de prescripción extraordinaria a 10 años, sólo podría aprovechar a quien la alegue para que se consolide a partir de su vigencia; es decir, a partir del 27 de diciembre de dicho año, en tanto que así expresamente lo dispone el artículo 41 de la Ley 153 de 1887, aún vigente”.*

2.2. El segmento transcrito, constitutivo de una *obiter dicta*, no fue criterio del consenso. Además, incurre en dos notables errores jurídicos: 1. El primero al sentar la tesis de

que se aplica el régimen vigente al momento de la ocurrencia del hecho; y el 2. Al postular que lo previsto en el art. 41 de la Ley 153 es un régimen excepcional. A los dos yerros se llega por desconocer el espíritu de la Ley 153 y el régimen de interpretación de la ella, para el caso de los tránsitos legislativos, circunstancia conocida como el Derecho de Tránsito legislativo o el Régimen intertemporal en materia de prescripción. El yerro se agrava, al señalar que el régimen previsto en el art. 41 de la importantísima Ley 153 de 1887, ante el silencio del prescribiente, permite aplicar la ley vigente al tiempo de ocurrencia de los hechos, intelección que afecta los derechos de los prescribientes, y altera el sentido prístino del texto con relación el régimen más favorable para el prescribiente, y siembra el desconcierto y el vaivén en las prescripciones adquisitivas y extintivas.

2.3. El derecho del tránsito legislativo, transitorio o intertemporal es la disciplina que regula la sucesión de las leyes en el tiempo, como tal, dirime los conflictos surgidos del paso de la ley antigua a la ley nueva, sellando el pasado y abriendo el paso al futuro.

Por supuesto que la regla general es la irretroactividad de la ley y la operatividad del efecto general e inmediato, para conciliar los conflictos de eficacia temporal de las leyes. Esto, gracias a la noción de “*situación jurídica*”, desarrollada por



Paul Roubier<sup>1</sup> y acogida en gran parte por la jurisprudencia patria.

La interrelación entre la ley antigua y la nueva engendra situaciones jurídicas consolidadas de carácter particular y concreto, pero esto implica, a su vez, diferenciarlas de las “*situaciones jurídicas en curso*”. Aquéllas se entienden realizadas cuando, antes de entrar a regir la nueva ley, crearon, modificaron o extinguieron otras de igual linaje pero ya consumadas o perfeccionadas. Las últimas, si bien se originan en vigencia de la norma anterior, su formación se prolonga después de la vigencia de la ley posterior, en donde se completa íntegramente.

Los efectos o consecuencias generados por las situaciones jurídicas consolidadas, también diferencian los “*efectos consumados*” antes del cambio de legislación y las “*consecuencias futuras o no cumplidas*” producidas con posterioridad a la sucesión.

Esta caracterización sirve para formular hipótesis de eficacia temporal de las normas. Según la Corte, “*siguiendo las enseñanzas de Paul Roubier, existen “diferencias entre el efecto retroactivo y el efecto inmediato de una ley; aplicación de la ley a hechos cumplidos antes (facta praetérita), a hechos en curso o pendientes (facta pendentia) y a hechos por venir*

---

<sup>1</sup> Roubier P. *Les conflits des lois dans le temps*. Sirey, París, 1929; reelaborado posteriormente con el título *Droit transitoire*, Dalloz, París, 1960.

(*facta futura*)”<sup>2</sup>. El principio general en esos tránsitos es la irretroactividad o vigencia retrospectiva de la ley. La ley será retroactiva cuando regule los hechos agotados en tiempo anterior a su vigencia (*facta praeterita*). Tendrá efecto general inmediato cuando gobierne las realidades jurídicas consumadas en su vigor, inclusive las pendientes (*facta pendencia*). Y florecerá ultraactiva cuando se aplica a situaciones acaecidas aún después de estar abrogada por la disposición nueva (*facta futura*).

La “*retroactividad y la ultraactividad de la ley tienen carácter excepcional y deben estar expresamente previstas en el ordenamiento*”<sup>3</sup>. El primer fenómeno, en general, conlleva inseguridad jurídica al someter a reexamen las condiciones de una relación sustancial agotada al abrigo de la antigua ley. El segundo, impide el progreso del ordenamiento al evitar que la nueva ley responda inmediatamente a los cambios sociales.

De tal modo que cuando aparecen nuevas leyes, siguiendo aquellos principios, el régimen intertemporal, resuelve la colisión de la siguiente manera: (i) Ordena la aplicación de la ley antigua a las situaciones jurídicas consolidadas y a las consecuencias cumplidas antes de la vigencia de la nueva ley. (ii) Dispone la eficacia de la ley posterior a las situaciones jurídicas concretizadas luego de su vigor, a las pendientes o en curso y a los efectos no

---

<sup>2</sup> CSJ. Civil. Sentencia de 28 de octubre de 2005, expediente 2000-00591-01.

<sup>3</sup> Corte Constitucional C-377 de 2004.



cumplidos de cuestiones preexistentes. Ese ha sido el entendimiento dado por la jurisprudencia al conjunto de reglas transitorias previstas en el ordenamiento patrio.

2.4. No hay duda, el principio de irretroactividad de la ley<sup>4</sup> está consagrado en el precepto 58 de la Constitución Política de 1991, puesto que garantiza la “(...) *propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores*”.

La Corte Constitucional ha precisado la disposición. Se refiere a las “(...) *situaciones jurídicas consolidadas* (...)”<sup>5</sup> en vigencia de la ley antigua. En principio, dice, las “*normas que integran el ordenamiento jurídico rigen con efecto general e inmediato*”<sup>6</sup>, tal como así lo establece la Ley 153 de 1887 en su primera parte. Según esa Corporación:

“Con fundamento en las disposiciones superiores anteriormente comentadas, las cuales también estaban consignadas en la Constitución Nacional de 1886 y que delimitan la órbita de libertad de configuración legislativa en la materia, se desarrolló un régimen legal que señaló los principios generales relativos a los efectos del tránsito de legislación, respetando el límite señalado por la garantía de los derechos adquiridos y los principios de legalidad y favorabilidad penal. Dicho régimen legal está contenido en los artículos 17 a 49 de la Ley 153 de 1887 que, de manera general, en relación con diversos tipos de leyes, prescriben que ellas rigen hacia el futuro y regulan todas las situaciones jurídicas que ocurran con posterioridad a su vigencia. A contrario sensu, las situaciones jurídicas extinguidas al entrar en vigencia una nueva

<sup>4</sup> Se autoriza expresamente la retroactividad de las leyes penales benignas al reo, o de aquellas que comprometen el interés público o social (artículos 29 y 58 Constitución Política).

<sup>5</sup> Corte Constitucional C - 619 de 2001.

<sup>6</sup> Corte Constitucional SU - 309 de 2019.

123

*ley, se rigen por la ley antigua. Ahora bien, cuando no se trata de situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la ley anterior, sino de aquellas que están en curso en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ni de derechos adquiridos en ese momento, sino de simples expectativas, la nueva ley es de aplicación inmediata. La aplicación o efecto general inmediato de la ley es la proyección de sus disposiciones a situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia. El efecto general inmediato de la nueva ley no desconoce la Constitución, pues por consistir en su aplicación a situaciones jurídicas que aun no se han consolidado, no tiene el alcance de desconocer derechos adquiridos” (C-619 de 2001).*

Esta Corte con reciedumbre histórica, al resolver problemas concretos de transitoriedad, ha dicho:

*“[N]o puede perderse de vista que si bien es cierto que el legislador descartó en general que la ley fuera retroactiva –principio que, dicho sea de paso, no es absoluto, al punto que la Ley 153 de 1887 derogó expresamente el artículo 13 del C.C., que lo establecía-, no lo es menos que, también, por regla, consagró el postulado de vigencia inmediata de la ley, la cual, rigiendo hacia el futuro, cobija necesariamente las situaciones jurídicas en curso, esto es, aquellas que venían desarrollándose con anterioridad a su promulgación y que continúan desdoblándose bajo su imperio.*

*“Esa aplicación de la ley nueva a las situaciones jurídicas que vienen del pasado, se concreta, claro está, a los efectos y a la extensión del derecho respectivo, que quedan sometidos al marco normativo que ella establece, sin que ello indefectiblemente implique retroactividad. Es lo que en Colombia la doctrina y la jurisprudencia han denominado retrospectividad (...).*

*“Por eso, entonces, no es posible desconocer que la Ley 54 de 1990 es de vigencia inmediata, motivo por el cual regula, “a partir de la fecha de su promulgación” (art. 9), todas las situaciones de hecho a que ella se refiere, y no sólo las que surjan con posterioridad, sino también las que estaban en desarrollo, o sea a “los hechos in fieri” y a “las consecuencias no consumadas de los hechos pasados” (se subraya), pues “la ley puede modificar los efectos futuros de los hechos o actos, aún anteriores a ella, sin ser retroactiva” Sublínea ex texto<sup>7</sup>.*

<sup>7</sup> CSJ. Civil. Sentencia de 28 de octubre de 2005, expediente 2000-00591-01. La posición se reiteró en sentencia de 12 de febrero de 2018, radicado 2008-00331-01.



Por tanto, la regla general es la irretroactividad y el efecto inmediato de la ley para solucionar los conflictos de leyes en el tiempo. Empero, ante los cambios legislativos o la sucesión de las leyes, se requiere un tratamiento excepcional o diferencial previsto por el “*Derecho transitorio*”.

2.5. Es el caso del fenómeno de la prescripción, cuando estando en pendencia se modifican (amplían o reducen) los plazos por una ley posterior. En esta circunstancia, nos hallamos con las situaciones jurídicas ya consolidadas; pero también con las “*situaciones jurídicas de formación continuada, que pueden ser constitutivas de un derecho (prescripción adquisitiva), o extintivas (prescripción liberatoria)*”<sup>8</sup>.

La prescripción, amén de cejar incertidumbres, cumple una doble función social, en tanto: 1. Posibilita adquirir las cosas ajenas cuando sus dueños las han abandonado y se han poseído materialmente. 2. Es un modo de extinguir las acciones o derechos de los demás ante la falta de ejercicio por sus titulares. En común, las dos manifestaciones, exigen un tiempo determinado, concurriendo los demás requisitos legales.

---

<sup>8</sup> Moisset de Espanés, L. (1976). *La Irretroactividad de la Ley y el Nuevo Artículo 3 del Código Civil (Derecho Transitorio)*. (p. 16). Córdoba. Universidad Nacional de Córdoba. Dirección General de Publicaciones. Cita literal Roubier P. *Droit transitoire*, Dalloz, París, 1960. (p. 294). “*Hay también situaciones jurídicas que se forman por un estado de hecho continuo, cuya duración se prolonga a veces largo tiempo. Para razonar mediante un ejemplo práctico, coloquémonos frente a una prescripción adquisitiva o extintiva*”.

La usucapión o prescripción adquisitiva cumple su rol fundamental en el campo de los derechos reales y, de manera especial, en la propiedad. La extintiva, en el terreno de los derechos personales y en los mecanismos dispuestos para ejercerlos. En palabras de la Sala:

*“Como la prescripción legalmente está concebida como un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos de los demás, de entrada, queda averiguada su finalidad, que no es otra que la de consolidar situaciones jurídicas concretas, en consideración al transcurso del tiempo. (...)”<sup>9</sup>.*

En ambos flancos, su importancia para la estabilidad de las relaciones jurídicas y la convivencia pacífica es superlativa: 1. Procura el dinamismo en el ejercicio de los derechos. 2. Limita la conflictividad y litigiosidad al evitar que se mantenga en interminable interinidad las posibles discusiones que sobre el reclamo de las prerrogativas se puedan suscitar. 3. Permite el avance de la humanidad, pues utiliza la medida del tiempo como una herramienta para zanjar las disputas al interior de la sociedad. En fin.

La reacción del derecho moderno a inclinarse por la reducción de los plazos prescriptivos en lugar de su ampliación es innegable ante la velocidad de los cambios, el ritmo acelerado de la historia y de los acontecimientos, el influjo de las comunicaciones, la incidencia de lo informático, la eficacia de los sistemas virtuales y de la globalización que impone, a su vez, flexibilizar los derechos locales, y ante la transitoriedad de muchas situaciones jurídicas y la

---

<sup>9</sup> CSJ. Civil, sentencia de 3 de mayo de 2002, expediente 6153.



volatilidad de los bienes y derechos; la rapidez con que cambian los medios de transporte, de las comunicaciones interplanetarias, de los sistemas, de medios de pago, etc. Se entiende que, a mayor transcurso del tiempo, mayor incertidumbre en la cotidianidad se genera.

Empero, la aplicación automática de la norma nueva sobre esa materia, bajo la directriz de la validez inmediata, es inapropiada para dar respuesta a esa realidad. En concreto, frente al número de prescripciones pendientes de consolidación al momento del tránsito de leyes.

Piénsese en la hipótesis de una prescripción decenal pendiente de dos años para cumplirla, reducida a un quinquenio al entrar en vigencia la nueva ley. La irretroactividad descartaría la posibilidad de cumplir el término corto de la nueva norma, teniendo en cuenta el transcurrido de la antigua. La operatividad de la nueva desde su vigencia implicaría sumar tres años adicionales a los dos pendientes, exigiendo entonces, un término de 13 años, habida consideración de los ocho transcurridos con la antigua. Algo, sin duda, injusto y ajeno a la dinámica social detallada.

Si bien, por la *regla general*, la ley nueva gobierna las situaciones en curso, pues se supone es una regulación mejor para hechos no consumados, su aplicación a la prescripción sería contradictoria. La norma emitida para reducir plazos podría terminar alargándolos, sin razón. Si es

así para leyes de tiempos cortos, con mayor razón frente a eventuales e improbables reformas con plazos más largos.

2.6. La naturaleza de la prescripción y la sensible incidencia en la vida en sociedad, precisa un matiz especial que regule hechos pendientes. El derecho transitorio prevé el particular en aras de responder a esa necesidad. La solución, como *excepción*, está guiada por la ley que en el tiempo consolide primero la situación jurídica.

En ese contexto, se contempla la vigencia de la norma nueva por el efecto inmediato, pero computando el tiempo designado desde el inicio de su vigor para no incurrir en retroactividad. Privilegia, sin embargo, la eficacia ultraactiva de la ley antigua, si con su aplicación al caso en concreto el plazo que fije finaliza antes que el establecido por la ley posterior.

A través de esa fórmula, el derecho transitorio resuelve el especial conflicto de leyes de la siguiente manera: (i) Si la ley posterior amplía los plazos se aplica la ley antigua. (ii) Si la norma posterior reduce términos: a) se aplica la antigua, cuando el lapso en ella fijado se completa de manera íntegra antes de vencer el tiempo breve contado desde la vigencia de la nueva; y (b) se aplica el precepto nuevo, en el evento de vencer primero el período corto.

Ese ha sido, con diferentes redacciones del derecho comparado, el mecanismo adoptado por otras legislaciones, inclusive el colombiano, se ha acercado. Además, del efecto



inmediato sin retroactividad, emplean la ultraactividad de la norma con un propósito claro: aplicar la ley contentiva del plazo que acaezca primero, aquel que, de forma temprana, consolida la situación en curso, en favor del prescribiente.

En España, por ejemplo, el Código Civil consagra esa regla de tránsito, para la prescripción adquisitiva y extintiva en curso, en el artículo 1939: *“La prescripción comenzada antes de la publicación de este Código se regirá por las leyes anteriores al mismo; pero si desde que fuere puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá ésta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo”*.

El Tribunal Supremo español Sala de lo Civil, en reciente providencia explicó el alcance de esa disposición. Lo generó, precisamente, el conflicto surgido con la Ley 45 de 2015, la cual redujo a cinco años la prescripción de las acciones personales. En su sentir:

*“El transcrito art. 1939 CC establece una regla general: que la prescripción se rige por la ley vigente en la fecha en que se inicia el plazo prescriptivo, por lo que la ley nueva no se aplica a las prescripciones que estaban en curso a su entrada en vigor; y una excepción: la prescripción se entiende consumada si la ley nueva acorta el plazo de prescripción anteriormente previsto y dicho nuevo plazo transcurre por entero tras la puesta en vigor de la ley nueva.*

*“En consecuencia, la regla según la cual la prescripción comenzada bajo la vigencia de las leyes anteriores se rige por estas últimas no tiene eficacia si se cumplen las dos condiciones señaladas en el último párrafo del art. 1939: i) que el plazo de prescripción de la ley nueva sea más breve; ii) que el plazo de prescripción establecido en la ley nueva haya transcurrido por entero “desde que fuese puesto en observancia”, esto es, desde la fecha de la entrada en vigor de la nueva ley.*

*“Por ello, no se trata de una aplicación automática de la prescripción más breve. El tiempo de prescripción establecido en la ley nueva tiene que transcurrir entero bajo su vigencia, es decir, no se suma el tiempo transcurrido bajo la vigencia de la ley antigua con el pasado con la ley nueva, para completar así el plazo más breve”<sup>10</sup>.*

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, igualmente adoptó esa fórmula para ambas prescripciones. El artículo 2537, que replicó lo reglado por el canon 4051 del anterior Estatuto de Vélez Sarsfield, estatuyó:

*“Los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior. Sin embargo, si por esa ley se requiere mayor tiempo que el que fijan las nuevas, quedan cumplidos una vez que transcurra el tiempo designado por las nuevas leyes, contado desde el día de su vigencia, excepto que el plazo fijado por la ley antigua finalice antes que el nuevo plazo contado a partir de la vigencia de la nueva ley, en cuyo caso se mantiene el de la ley anterior. Se exceptúa de lo prescripto anteriormente las acciones civiles derivadas de los delitos de lesa humanidad.*

La Cámara Civil de la Sala del Poder Judicial del mismo país sobre la hermenéutica de la citada norma, acotó:

*“Como lo esquematiza con meridiana claridad Kemelmajer de Carlucci, las cuestiones de derecho transitorio relativas a prescripción y también a plazos de caducidad, quedan regidas de la siguiente manera: 1. Regla general: Si el plazo se modifica por la nueva ley, rige el establecido por la ley anterior. 2. Excepción: Si la nueva ley fija un plazo más breve, impera este último, contado desde la entrada en vigencia de la nueva norma; 3. Excepción de la excepción: Rige la ley anterior, aunque la nueva ley consagre un plazo más breve, cuando el plazo primigenio vence antes de que finalice el nuevo plazo, contado la vigencia de la nueva ley.*

*“En definitiva, siempre tendrá vigencia el plazo más corto que resulte de la siguiente combinación: se privilegia el de la ley anterior, salvo que, en razón de la reducción del plazo de la nueva ley, éste se cumpliera antes que el plazo originario. En otras palabras, si el nuevo plazo es más extenso, se aplica el anterior; y*

<sup>10</sup> ESPAÑA. Tribunal Supremo Sala de lo Civil, sentencia de 20 de enero de 2020. STS 21/2020 - ECLI:ES:TS:2020:21.



*si es más breve, se aplica este último (contado desde el día de la entrada en vigencia), salvo que aquello importe ampliar el plazo anterior”<sup>11</sup>.*

En el Perú, el artículo 1222 del Código Civil acogió el dispositivo intertemporal: *“La prescripción iniciada antes de la vigencia de este Código, se rige por las leyes anteriores. Empero, si desde que entra en vigencia transcurre el tiempo requerido en él para la prescripción, ésta surte efecto, aunque por dichas leyes se necesitare un lapso mayor”*.

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia del Perú, en sintonía con lo expresado por los precitados tribunales, en un asunto relativo a la sucesión de leyes sobre prescripción extintiva, refirió

*“Que (...) los artículos tercero del Título Preliminar y dos mil ciento veintiuno del citado Código Sustantivo consagran el principio de la aplicación inmediata de la ley, el que cuenta con la posición dominante en doctrina y se conoce con el nombre de teoría de los hechos cumplidos.*

*“Que, sin embargo, la aplicación de normas en el tiempo supone una relación dialéctica entre el principio de seguridad y del principio de innovación legislativa dentro del sistema jurídico; para este efecto se ha establecido, en vía excepcional y transitoria, la aplicación ultraactiva de algunas normas del Código Civil derogado en moderada inclinación hacia la seguridad jurídica a fin de lograr la mayor equidad posible en cada caso que se someta al conocimiento de la tutela jurisdiccional.*

*“Que una de estas excepciones es la referida a la aplicación temporal del plazo de prescripción, cuyo artículo dos mil ciento veintidós dispone que la prescripción iniciada antes de la vigencia de este Código se rige por las leyes anteriores. Sin embargo, si desde que entró en vigencia transcurre el tiempo requerido en él*

---

<sup>11</sup> Argentina. Poder Judicial de la Nación Cámara Civil Sala L, sentencia de 26 de febrero de 2019. Expediente 242/18.

*para la prescripción, este surte todos sus efectos, aunque por dichas leyes se necesitare un lapso mayor (...)”<sup>12</sup>.*

En Chile y Ecuador se incorporó en textos similares la regla transitoria, también para la prescripción extintiva y adquisitiva, pero con un rasgo particular. Se le concedió la opción de elegir al prescribiente la ley a aplicar, según “*le convenga*”<sup>13</sup>. En aquél, la Ley sobre Efecto Retroactivo de 7 de octubre de 1886, artículo 25, preceptúa:

*“La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aun al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o segunda, a voluntad del prescribiente, pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que aquella hubiese empezado a regir”.*

El ordenamiento patrio reprodujo literalmente el texto chileno. El artículo 41 de la Ley 153 de 1887 incorporó la solución transitoria en los siguientes términos:

*“La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera ó la segunda, a voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiere empezado a regir”.*

Se trata, como en las otras legislaciones, de un dispositivo transitorio previsto como excepción en nuestro sistema jurídico. Resuelve el conflicto de leyes en el tiempo, originado por la modificación de plazos prescriptivos en curso de constitución o de extinción.

---

<sup>12</sup> Perú. Corte Suprema de Justicia Sala Civil, resolución de 19 de agosto de 1997. Casación 300-96, Ucayali.

<sup>13</sup> Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes (p. 7).



Consagra con igual propósito, la vigencia de la norma nueva por el efecto inmediato sin incurrir en retroactividad. También da eficacia ultraactiva a la ley antigua, y concede al prescribiente la posibilidad de optar por el régimen que debe gobernar la situación en pendencia. Él “*elige de acuerdo con lo que considere más favorable (...)¹⁴*”. En últimas, por sentido común elige la prescripción que le interesa, consistente en la que se consolide primero en el tiempo.

2.7. La regulación transitoria adoptada por el legislador colombiano es adecuada y razonable de cara a la especial realidad que representa la prescripción. Resuelve, además, la colisión de manera tal que el paso de las leyes se muestra prudente y ordenado. En efecto, aplicar la ley del plazo próximo contribuye al progreso del ordenamiento jurídico. Es una solución acorde con la dinámica social actual que demanda tiempos prescriptivos menos extensos para la estabilidad de las relaciones jurídicas.

La operatividad excepcional de la ultraactividad genera la menor afectación al equilibrio del sistema. Se mantiene, como es natural, el efecto inmediato de la ley, y se limita al máximo la eficacia temporal de aquella figura. Esto último, en tanto, la supervivencia de la ley antigua esta reducida a la hipótesis que ofrezca el tiempo más corto, respecto del dispuesto por la ley nueva (coherencia del ordenamiento).

---

¹⁴ Corte Constitucional C - 398 de 2006.

La certidumbre ofrecida es ponderada, dados los intereses en disputa. Para el titular del derecho, la ley posterior no extingue súbitamente su facultad de ejercerlo al no ser retroactiva; no le es sorpresiva, pues conoce con claridad el inicio del nuevo término desde su vigencia, no antes. Para el prescribiente, concreta cuál es el plazo requerido para consolidar su situación jurídica y lo favorece claramente, apoyado por el abandono del derecho por parte de su oponente, superando entonces, la inestabilidad, la incertidumbre o la interinidad de su situación jurídica.

De esa manera el “régimen transitorio” evita un caos legal y social, al paso que permite que la actualización de la ley garantice la vigencia de un orden justo.

El alcance del artículo 41 de la Ley 153 de 1887, sobrepasa el limitado entendimiento, porque va más allá para regular la sucesión de leyes en el tiempo. La operatividad de la norma, es evidente, no se encuentra atada a las particularidades de la prescripción adquisitiva, para decir que solo a esta regula. Su presencia y eficacia en el ordenamiento jurídico es totalizante, pues cobija también la extintiva.

El precepto integra una serie de reglas especialmente diseñadas por el legislador colombiano para responder a los problemas generados por el paso de las leyes. El 41 está edificado en función del estado en que se encuentre la situación jurídica al momento del cambio regulatorio por la incidencia que tienen en la sociedad la sucesión prescriptiva.



Se trata de una norma transitoria especial que resuelve conflictos entre leyes que modifican “**situaciones jurídicas de formación continuada**” o en “**tránsito**”; que de ningún modo distingue, entre prescripción constitutiva (adquisitiva) o liberatoria (extintiva).

La sentencia C-398 de 2006, por ejemplo, de ninguna manera limita la aplicación del precepto a la prescripción adquisitiva, porque regula también la extintiva.

La opción dada al prescribiente en el art. 41 no genera un trato discriminatorio. Otorga, ante todo, el ejercicio de la opción de escoger o de elegir una prerrogativa para quienes crean tenerla; por supuesto, los prescribientes, cuando consideran haberla consumado o se hallan *ad portas* de ella.

Es inobjetable bajo una interpretación lógica de la norma que la voluntad del prescribiente allí descrita, se dirige a escoger el precepto que consolide lo más pronto la prescripción en curso. En efecto, la preceptiva debatida apunta a la solución ágil de la incertidumbre del accionante o, eventualmente, del excepcionante, cual ocurre aquí, como a la consolidación del principio de seguridad jurídica.

Es contrario al sentido común que la opción le esté dada para que se incline porque su situación se mantenga en pendencia, o para decidirse en juicio por la vía que se la niega. En fin, para perjudicarse.

El dispositivo transitorio utilizado en el artículo 41, amén del efecto inmediato sin retroactividad, emplea la ultraactividad de la norma con un propósito claro: aplicar la ley contentiva del plazo que en el caso en concreto acaezca primero, aquel que de forma temprana consolida la situación en curso en favor del prescribiente.

La voluntad del prescribiente anidada en la norma y la regla transitoria excepcional, se complementan. La opción de aquél es por la ley favorable y no en sentido adverso. De tal modo que en él, tanto la ley antigua como la ley nueva pueden regular situaciones jurídicas en curso. Es la voluntad del prescribiente, acorde con la solución dada por la regla de tránsito, la que define cuál es el precepto llamado a gobernar su prescripción. No es otra diferente sino la que, en concreto, la consolide primero.

Es esa la intelección correcta de la opción contenida en la norma y, por consiguiente, ajena por completo al capricho o arbitrariedad. La voluntad reconocida al prescribiente se ajusta con el dispositivo transitorio y resuelve la colisión en forma adecuada, razonable y ponderada; pero no se trata la ley vigente al momento de ocurrencia de los hechos, como lo expone la obiter dicta arriba citada. La interpretación expuesta, contribuye al progreso del ordenamiento, le da consistencia y seguridad, tal cual como fue explicado en detalle.

2.8. La elección del prescribiente en el sentido precisado se incorpora plenamente a la regla intertemporal,



conformando la unidad normativa consagrada en el artículo 41 de la Ley 153 de 1887. Esta, para todos los casos en que una ley nueva modifique los plazos de prescripciones en curso, dirime el conflicto de la siguiente forma: (i) Si la ley posterior amplía los plazos, se aplica la ley antigua. (ii) Si la norma posterior reduce términos: a) se aplica la antigua, cuando el lapso en ella fijado se completa de manera íntegra antes de vencer el tiempo breve contado desde la vigencia de la nueva. Es decir, si a pesar de la reducción del término, el plazo de la nueva ley resulta mayor para el prescribiente, como cuando la ley antigua consagra una prescripción veintenaria, y la nueva ley la reduce a diez, pero el prescribiente lleva dieciocho años bajo el régimen de la antigua y la nueva ley que en teoría lo recorta, termina ampliándole el plazo, porque al exigir diez desde su vigencia, resulta el prescribiente finalmente gravado en ocho años más, consistentes en los dos faltantes más los ocho adicionales que le exige la nueva para completar los diez del nuevo término; y (b) se aplica el precepto nuevo, en el evento de vencer primero el período corto que incorpora la nueva ley, como cuando el prescribiente en el régimen antiguo lleva cinco años, restándole quince años, pero la nueva ley reduce a diez años, se aplicará la nueva por resultar más beneficioso a la elección del prescribiente.

Esto significa que la falta de manifestación de voluntad del prescribiente en su favor, en un determinado caso no crea inseguridad. Tampoco le da derecho al juez del conflicto para resolverlo discrecionalmente, sino conforme al propósito del legislador favoreciendo al prescribiente. Además, esa elección

que acepta la norma es la acorde con la solución dada por el dispositivo transitorio, que, en ausencia de la opción, aplica sin reticencia, la interpretación favorable al prescribiente. De ese modo, el ciudadano tiene certidumbre de las reglas que regulan su proceder.

El escogimiento del ordenamiento refractario a los intereses del prescribiente implica la desestabilización del andamiaje normativo; porque genera inseguridad y zozobra en el ciudadano al no estar su comportamiento precedido de reglas claras. En adición, pone en tela de juicio la opción que brinda el legislador y los caros derechos de defensa y contradicción, así como el Estado Constitucional y Social de Derecho.

Si se escoge la ley de ocurrencia de los hechos, puede resultar perjudicial para el prescribiente, por ejemplo, aplicando la ley que requiere más tiempo para la consolidación; caso en el cual, sin duda, se contraría no solamente la opción del prescribiente, también el “derecho transitorio” y los designios del legislador. Puede ser que erróneamente el juez opte, por una ley antigua, no obstante, ser más corto el plazo de la ley nueva, injustificadamente, hipótesis en la cual da paso a una forma equivocada de ultraactividad, que es excepcional, solo para cuando su tiempo vence primero.

2.9. De esa manera, como la ultraactividad para el prescribiente puede ser benéfica cuando el plazo para la consolidación de su derecho resulta menor o, perjudicial



cuando resulta aumentado el término para el prescribiente, se quebrantaría en este último caso, el deseo del legislador de que la nueva norma rija lo más temprano posible, con las “consecuencias nocivas, como es impedir el avance jurídico”<sup>15</sup>. Memórese, frente a esa opción desfavorable, en el paso de las leyes debe primar la vigencia inmediata, no la supervivencia de la ley antigua, pues “si la norma anterior debe prevalecer, las normas posteriores serían un acto inútil, sin finalidad”<sup>16</sup>.

La elección de la opción se la otorga el legislador al prescribiente; empero, su silencio, no da lugar, para que el juez en forma opuesta decida en contra de la favorabilidad que para el prescribiente consagra la norma en ejercicio de la voluntad del Estado Constitucional, siguiendo el derecho transitorio del sistema normativo comparado.

2.10. Finalmente respecto de las capitulaciones me remito al planteamiento que realicé en mi aclaración de voto al declarativo SC005-2021, Ponente Dr. Álvaro Fernando García R., del 18 de enero de 2021, de Clara Victoria Mesa Ochoa Vs. Jaime de Greiff Hernández, radicación n.º 05001-31-10-003-2012-01335-01, y en algunas otras, sustentando la tesis de la plena vigencia de la autonomía de la voluntad, bajo la estructura de una liberalismo económico en las relaciones familiares, pero intervenidas eventualmente por el

---

<sup>15</sup> CSJ. Civil. Sentencia de 12 de febrero de 2018, radicado 2008-00331-01.

<sup>16</sup> Bobbio, N. (2002). *Teoría General del derecho*. Segunda edición. (p. 192). Bogotá. Editorial Temis.

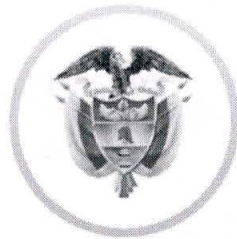
Estado. Cuando las capitulaciones se celebran entre personas plenamente capaces, son convenciones otorgables en cualquier momento, sin restricción temporal alguna; hermenéutica que guarda armonía con las máximas constitucionales que rigen a la familia y la libertad económica, pudiéndose convenir, antes o después de celebrado el matrimonio o contraída la unión marital, como ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Fecha, *ut supra*



**LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA**  
Magistrado





República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Civil

132

**Radicación n° 11001-31-10-023-2015-00085-01**

### **ACLARACIÓN DE VOTO**

Con todo respeto por los Magistrados que conforman la Sala Civil de Casación que resolvió el asunto de la referencia en sala celebrada el 12 de noviembre de 2020, me permito presentar ACLARACIÓN DE VOTO, en la medida que comparto la decisión en cuanto ella avala que se hubiera negado la nulidad de las capitulaciones matrimoniales celebradas entre **INGRID ROSA ESCAMILLA SERRANO Y JUAN PABLO SÁENZ NIÑO**, mediante escritura pública No 5062 del 23 de septiembre de 1999, previas a la celebración entre ellos de matrimonio civil, que tuvo lugar el 17 de diciembre de 1999.

Aunque no comparto las decisiones de primera y segunda instancia que declararon la prescripción (o más bien la caducidad) de la acción de nulidad propuesta y que fue definida mediante sentencia anticipada al acoger la excepción previa propuesta, confirmada por el Tribunal, como tampoco su aceptación por parte de la Sala Civil de esta Corte según lo expuesto en las consideraciones, encuentro que en ellas se trae además suficiente motivación

que hubiera sido útil para definir de fondo el asunto negando la nulidad invocada, pues se explica claramente y a espacio por qué las capitulaciones celebradas para excluir la sociedad conyugal en el futuro matrimonio no eran contrarias al orden público y las buenas costumbres, pues no solo interesaban asuntos de carácter meramente económico sino que además estaban autorizadas por la ley para ese y para otros efectos.

Por eso, considero que en principio, ambos cargos propuestos en la demanda de casación contra la sentencia de segunda instancia han debido prosperar dejando sin efectos, al casar la sentencia impugnada extraordinariamente, la prescripción propuesta. Sin embargo, esa decisión así obtenida resultaría intrascendente ya que tramitado de nuevo el proceso al quedar sin efectos la sentencia anticipada atacada, la decisión de fondo del asunto tratado aquí no podría obtener una sentencia diferente a la negación de la nulidad invocada porque como ya lo trató la sala en esta misma providencia, las capitulaciones celebradas entre las partes no solamente son legales, sino que además no están prescritas.

Y considero que no son ilegales por las mismas razones que de manera colateral se explicó en la providencia objeto de esta aclaración, es decir, en pocas palabras, porque están autorizadas en forma expresa por la ley civil, artículos 1771 y siguientes del código civil, y en particular el artículo 1774 que deja a toda la normatividad referida a la sociedad conyugal con un carácter meramente



subsidiario, al señalar que dicho articulado se aplica solo a falta de acuerdo celebrado entre los futuros contrayentes, acuerdo que no es otro que el contenido en las capitulaciones matrimoniales, que en este caso se celebraron con todas las formalidades de ley, asunto que no está en discusión.

Y no están prescritas porque no ha corrido el tiempo necesario para que dicho fenómeno ocurra, que no es el que se ha fijado en la providencia de esta sala porque considero que éste no puede contarse ni desde la fecha de las capitulaciones, ni desde la del matrimonio como lo estableció la Sala Civil de la Corte confirmando lo dicho por el juzgado y el Tribunal.

Tampoco es que ahora se debe tener en cuenta la aparentemente novedosa tesis de que la sociedad conyugal haya cambiado de tiempo y forma de iniciación, no. Desde siempre en la legislación colombiana se ha tenido ese hecho como una verdad. Mas concretamente desde la ley 28 de 1932, aunque la administración de los bienes de la sociedad conyugal se encuentre en cabeza de ambos cónyuges, la sociedad conyugal nace por el mero hecho del matrimonio, sin discusión alguna. Así lo dice la misma ley: "*Artículo 1774.- 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.*"

Pero es que el interés para demandar no siempre coincide con la existencia y validez de un acto jurídico o con su eficacia. Para el caso de las capitulaciones

matrimoniales, éstas pueden ser válidas, pero si no se celebra el matrimonio nunca llegan a ser eficaces, aunque sean válidas. Y celebrado éste, mientras el matrimonio subsista, cualquier discusión sobre las capitulaciones y sobre la sociedad conyugal misma es improcedente, pues no existe interés en las partes para ella.

No es que la sociedad conyugal nace para morir como se critica en la providencia de la Sala. Para nadie es extraño que este es simplemente un dicho descriptivo con fines didácticos que no cambia la naturaleza, fines y reglamentación de dicha institución económica matrimonial, pero el hecho de que la sociedad conyugal nazca por el mero hecho del matrimonio o con el acto o contrato matrimonial no autoriza ni exige que las partes puedan o deban en forma inmediata proceder contra los actos modificatorios autorizados por la ley, porque en ese momento puede no existir interés para ellas, el que si aparece cuando la sociedad se disuelve y entra en estado de liquidación, es decir, cuando se comienza a discutir sobre su contenido material, los bienes. No es que nazca en ese momento la sociedad conyugal, pero si nace el interés para la discusión de los bienes que hacen o no parte de ella.

Y ese interés es el que da la acción para actuar como parte demandante o demandada en la discusión sobre el contenido de la sociedad y a la vez hace nacer el interés para demandar sobre la sanción legal de los actos o convenciones que modifican su contenido, y en esa misma medida comienza a correr la prescripción de las acciones que esos actos se podrían instaurar.



Por esa razón, sigo considerando que la prescripción solo correría desde que la sociedad conyugal se disuelve y entra en estado de liquidación, o por lo menos desde que se intenta esa disolución con una demanda tendiente a ello, de divorcio, de nulidad de matrimonio, de separación de bienes o de separación de cuerpos.

A manera de ejemplo, si una pareja contrae matrimonio y su vida matrimonial dura cuarenta años, podrá decirse que las capitulaciones matrimoniales celebradas entre ellos caducaron cuando al fin de esos cuarenta años, mediante un proceso de divorcio u otro que cumpla el fin de terminar la sociedad conyugal, vayan a disolver y liquidar esa sociedad conyugal. Es imposible aceptar esta tesis que al parecer tiene aval en la providencia en que estoy aclarando mi voto.

Sin embargo, a pesar de creer que no hubo prescripción de la acción para obtener la nulidad de las capitulaciones, porque dicha nulidad no podía demandarse sino desde la fecha de la demanda de divorcio, porque antes no existía el interés, de todas formas pienso que la decisión solo llevaría a dilatar los resultados de este proceso en el que inevitablemente deberá resultar negada la nulidad propuesta, solo que casando la sentencia debería darse todo el trámite del proceso llegando a una sentencia de fondo y no por sentencia anticipada como se dio acogiendo una prescripción de la acción (caducidad) que considero inexistente.

En esa forma, aunque el resultado final es la negación de la nulidad propuesta, lo que considero correcto, encuentro que la vía para llegar a esa decisión no fue la adecuada. Por eso aclaro mi voto, respetando de todas formas la decisión que tomó la sala.

  
**ALVARO FERNANDO GARCIA RESTREPO**  
Magistrado