AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Magistrado ponente

SC2222-2020

Radicación n.° 11001-31-10-002-2010-01409-01

(Aprobado en sesión de doce de febrero de dos mil veinte)

Bogotá, D.C., trece (13) de julio de dos mil veinte (2020).

Decídese el recurso de casación interpuesto por Marisol Díaz Guarín frente a la sentencia de 8 de noviembre de 2012, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Familia, dentro del proceso que promovió contra Luis Alfonso Rincón Arévalo.

ANTECEDENTES

1. La accionante reclamó judicialmente que se declarara la existencia de la unión marital de hecho conformada con el demandado, entre el 4 de septiembre de 2003 y el 25 de noviembre de 2010, así como de la consecuente sociedad patrimonial, con la orden de disolución y liquidación.

2. La solicitud se sustentó en que hubo una convivencia entre las partes que perduró más de siete (7) años, en la que se adquirió el inmueble identificado con la matrícula n.° 50C-428785 de Bogotá, y se realizaron mejoras sobre los predios con registros n.° 50C-790852 y 50C-775607 de la misma ciudad (folios 14 a 18 del cuaderno 1).

3. Una vez admitido el libelo, el convocado clarificó que la cohabitación principió el 15 de marzo de 2005, según consta en la escritura pública n.° 875 de 15 de marzo de 2005, de la Notaría 23 de Bogotá. Soportado en este documento propuso las excepciones de «*inexistencia de la unión marital de hecho desde septiembre de 2003*» e «*inexistencia de la sociedad patrimonial por haberse renunciado a ella*» (folios 35 a 37 *idem*).

4. En la audiencia de conciliación, las partes asintieron en que el vínculo afectivo inició el 15 de marzo de 2005 y concluyó el 22 de octubre de 2010, así como que el proceso se concretaría a determinar la existencia de la sociedad patrimonial (folios 50 y vuelto).

5. El Juzgado 29 de Familia de Descongestión de Bogotá negó el reconocimiento de la unión marital, fundado en que ésta había sido declarada previamente mediante la escritura pública n.° 875 de 2005; sin embargo, declaró su extinción a partir del 22 de octubre del mismo año y negó las pretensiones relativas a la existencia, disolución y

liquidación de la sociedad patrimonial, en atención a la prosperidad de las defensas formuladas (folios 60 a 66).

6. Al desatar la alzada interpuesta el superior confirmó la determinación de primer grado, salvo lo relativo a la fecha de finiquito del vínculo, con base en los argumentos que se exponen en lo subsiguiente (folios 18 a 32 del cuaderno Tribunal).

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

1. Después de analizar el contenido de la escritura pública n.° 875 de 15 de marzo de 2005 y la audiencia de conciliación, estimó que la relación afectiva perduró hasta el 22 de octubre de 2010, sentido en el que modificó la resolución de primer grado.

2. Recordó que a la sociedad patrimonial le son aplicables las normas sobre capitulaciones matrimoniales, las cuales permiten a las partes que establezcan un régimen de separación de bienes, como lo ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia.

En el caso, como en el acto escriturario mencionado se pactó que no se formaría ningún tipo de sociedad y que cada compañero mantendría un régimen individual, es claro que se excluyó una comunidad de activos, lo que se ratificó con la renuncia a gananciales y la declaración de dominio exclusivo sobre los bienes adquiridos por cada compañero.

Aclaró que no se renunció a la facultad de pedir la separación de bienes, como lo entiende equívocamente la apelante, sino que se repudió la formación de la sociedad patrimonial.

Por último, en lo tocante a las formalidades del acto, el *ad quem* señaló que bastaba la escritura pública, sin que fuera necesario contar con tres (3) testigos, pues esta última exigencia únicamente procede cuando las capitulaciones se hacen por documento privado.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

La accionante sustentó el recurso extraordinario en su oportunidad y propuso dos (2) reproches por violación directa de la ley sustancial (folios 5 a 10 del cuaderno Corte), los cuales fueron admitidos por auto de 12 de diciembre de 2013 (folio 13), confirmado por proveído de 20 de octubre de 2015 (folios 22 a 25).

La Corte estudiará las acusaciones de consuno, por cuanto ambas se dirigen a cuestionar idéntico aspecto de derecho.

CARGO PRIMERO

Denunció la vulneración del artículo 16 del Código Civil, por el desconocimiento del derecho patrimonial de la

demandante a disolver y liquidar la sociedad patrimonial, ya que, al haberse reconocido la unión marital conforme al artículo 4 de la ley 54 de 1990, se presume legalmente la conformación de aquélla y es menester su declaración judicial (canon 2 idem).

Al no procederse de esta manera, se pretermitió una norma de orden público, como ciertamente sucedió con la escritura pública n.° 875 de 2005.

CARGO SEGUNDO

Por la misma senda estimó transgredido el artículo 198 del Código Civil, que prohíbe renunciar a la separación de bienes, so pena de ilicitud, conforme al mandato 1523 *ibidem.*

Insistió en que se desconoció el derecho de la promotora a participar en la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial, que es una consecuencia del estado civil de la unión marital de hecho.

Argumentó que «*existiendo la sociedad patrimonial..., y estando prohibida la renuncia a pedir separación de bienes, es entendible que en el asunto... debe procederse a la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial que presume la ley*» (folio 9), sin que la renuncia realizada en la escritura pública cercene esta posibilidad.

Arguyó que el citado instrumento no satisfizo las exigencias del artículo 1771 del Código Civil, porque no mencionó los bienes aportados por los compañeros a la sociedad patrimonial, las donaciones y concesiones que se hicieron uno a otro; por el contrario, es un contrato leonino que revivió la esclavitud, al privar a la actora de cualquier ventaja.

CONSIDERACIONES

1. Cuestión de primer orden es precisar que, a pesar de entrar en vigencia de manera íntegra el Código General del Proceso desde el 1° de enero de 2016, al *sub lite* no resulta aplicable por consagrar, en el numeral 5° de su artículo 625, que los recursos interpuestos, entre otras actuaciones, deben surtirse empleando «*las leyes vigentes cuando se interpusieron*».

Dado que el que ahora ocupa la atención de la Sala fue iniciado el 7 de diciembre de 2012, bajo el imperio del Código de Procedimiento, será este ordenamiento el que siga rigiéndolo.

2. Delanteramente señálase que las censuras presentadas resultan incompletas, por dejar de lado uno de los sustentos de la sentencia del Tribunal, como es la posibilidad de que los compañeros renuncien a la constitución de la sociedad patrimonial de hecho.

2.1. Total que, de acuerdo con el numeral 3 del artículo 374 del Código de Procedimiento Civil, la formulación de los cargos deberá realizarse «*con la exposición de los fundamentos de cada acusación, en forma clara y precisa*».

La precisión, en una de sus aristas, impone que el ataque se dirija atinadamente hacia el centro de los argumentos que sirvieron de apoyo al fallo, controvirtiéndolos en su integridad. Y es que, por la finalidad de la casación, el promotor tiene la carga de derruir todos los cimientos de la sentencia censurada, de suerte que se quede sin el andamiaje requerido para su soporte, imponiéndose su anulación.

En caso contrario la resolución se mantendrá en los estribos no discutidos y a partir de los mismos conservará su vigor jurídico, amén de las presunciones de acierto y legalidad de los cuales están investidos, siendo inocuo el estudio del escrito de sustentación.

La Corporación tiene dicho que:

> *[E]l censor tiene la ineludible carga de combatir todas las apreciaciones de fondo que conforman la base jurídica esencial del fallo impugnado, sin que sea posible desatender y separarse de la línea argumental contenida en aquel proveído, principios estos que, de vieja data, han llevado a la Corte a sostener que '...los cargos operantes en un recurso de casación no son otros sino aquellos que se refieren a las bases fundamentales del fallo recurrido, con el objeto de desvirtuarlas o quebrantarlas. Por eso, cuando los cargos hechos en un recurso no se relacionan con*

esos fundamentos son inoperantes. El recurso (...) se encamina a demostrar que la sentencia acusada quebranta la ley, dados los fundamentos de hecho y de derecho en que ella se apoya y esto es así porque en casación se contraponen dos factores: el fallo acusado y la ley, pero sin que el sentenciador pueda salirse de los motivos o causales que alega el recurrente, y sin que éste, a su turno, pueda alegar con éxito razones, o aducir argumentos en que no se apoya el fallo recurrido' (Subrayado original. SC15211, 26 sep. 2017, rad. n.° 2011-00224-01, reitera precedente AC, 29 oct. 2013, rad. n° 2008-00576-01).

2.2. En contravía de la anterior directriz, los cargos propuestos se confinaron a alegar el carácter irrenunciable del derecho a participar en la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial de hecho, sin considerar que el fallo de instancia negó las pretensiones, entre otras razones, porque la ley permite a las partes rehusar el nacimiento de la sociedad patrimonial de hecho, caso en el cual pierden vigor las normas relativas a su extinción.

A buen recaudo, el sentenciador de segundo grado dijo:

Conforme con el contenido del instrumento público aludido, queda claro para la Sala que las partes, en el contrato que denominaron 'capitulaciones patrimoniales', pactaron un régimen de separación de bienes...

Convención que de acuerdo con el criterio doctrinario aludido y el precedente jurisprudencial citado, resulta viable, y en nada contraría el orden público, pues en la aludida escritura pública ninguno de los copartícipes está renunciando a la facultad de pedir la separación de bienes a que le dan derecho las leyes, como parece interpretarlo equivocadamente el apelante, no; pactaron que con ocasión al surgimiento de la unión marital de hecho, no nacería la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, situación disímil a lo planteado por el censor;

además, no existiendo una sociedad de bienes qué liquidar, no puede pregonarse que en la referida escritura pública se haya pactado la imposibilidad de solicitar la disolución de la misma, ya que ello sería un contrasentido (folios 29 y 30 del cuaderno Tribunal).

Dicho de otra manera, para el sentenciador, aunque en gracia de discusión existiera una restricción para abdicar de la disolución y liquidación del haber común, no sería aplicable al caso por sustracción de materia, en tanto los compañeros impidieron la formación de este último por una manifestación expresa de su voluntad. Consideración que simplemente fue ignorada por la casacionista al proponer sus censuras.

Tal vacío evidencia que el ataque propuesto fue incompleto, itérese, por dejar de lado uno de los núcleos esenciales del proveído que pretende derribar, razón suficiente para desestimar su estudio, en tanto aún de prosperar la acusación, la sentencia se mantendría en pie.

3. Aunado a lo expuesto, en el cargo segundo se efectuó una alegación novedosa en casación, relativa al desconocimiento de los requisitos del artículo 1771 del Código Civil, que debe repelerse por atentar contra el debido proceso del demandando y la lealtad procesal.

3.1. Es pacífico en la jurisprudencia que «*un alegato sorpresivo que la doctrina denomina 'medio nuevo', esto es, aquel que uno de los litigantes guarda para erigirlo cuando han fenecido las oportunidades de contradicción previstas en*

el ordenamiento jurídico o, como sucede en el sub lite, para revivirlo a pesar de que lo abandonó expresamente», debe ser repelido en el escenario extraordinario, por ir en desmedro «*del principio de lealtad procesal para con el estamento jurisdiccional y con su contendora*» (SC131, 12 feb. 2012, rad. n.° 2007-00160-01).

Total que cuando en las instancias se dejan por fuera de controversia algunos asuntos, se excluye que sea dable traerlo de forma innovadora en las postrimerías del litigio, pues la casación es eminentemente extraordinaria y su objeto se acota a la sentencia de segundo grado, razón por lo que no puede ser utilizada como un grado jurisdiccional adicional para reabrir el debate que quedó zanjado en la alzada (cfr. SC, 16 jul. 1965, GJ n.° 2278-2279, p. 106).

En otros términos, «*este instrumento extraordinario no habilita un nuevo juzgamiento de la controversia, sino que se circunscribe a la evaluación de la providencia censurada a la luz de los yerros que le son endilgados por el recurrente. Así las cosas, no puede emplearse para retomar el estudio de la* causa petendi *y, menos aún, innovar en los hechos que le sirven de soporte*» (SC19300, 21 nov. 2017, rad. n.° 2009-00347-01).

Lo contrario atentaría contra la probidad que se exige de todos los sujetos procesales, pues el no recurrente se vería sorprendido con un alegato planteado cuando no es

posible pedir pruebas adicionales o proponer una revisión integral del caso.

3.2. En desmedro de lo expuesto, en el segundo cargo se introdujo por primera vez el siguiente razonamiento:

> *En la escritura mencionada* [se refiere a la n.° 875 de 15 de marzo de 2005] *no se cumplió con el contenido del artículo 1771 del Código Civil que señala que deben mencionar los bienes que se aportan a la sociedad patrimonial, y a las donaciones y concesiones que quieran hacer el uno al otro, de presente o futuro, sino que constituyó un contrato de capitulaciones leonino en que una (sic) forma mezquina el demandado privó de toda ventaja a la accionante, quien revivió la esclavitud con la demandante al firmar un convenio que va contra las buenas costumbres y mintió al notario por no relacionar los bienes hacían parte de la convención* (folio 10 del cuaderno Corte).

Tal reflexión es totalmente ajena a las instancias, a pesar de que la demandante conocía el instrumento público y consintió en que el litigio se confinara a la temática patrimonial.

En efecto, al descorrer las excepciones, la actora sólo alegó la improcedencia de pactar capitulaciones en la unión marital, sin adentrarse en el contenido de la convención suscrita (folios 43 y 44 del cuaderno 1). Tesis que reiteró en los alegatos de conclusión, pues desechó la posibilidad de renunciar a un efecto legal propio de la cohabitación por dos (2) años (folios 56 a 59 del cuaderno 1). Por último, al sustentar la apelación, insistió en su planteamiento, ahora basado en la inviabilidad de renunciar a la separación de bienes, aunado a la ausencia de tres (3) testigos al momento

de firmar la escritura pública (folios 6 a 14 del cuaderno Tribunal).

Refulge la ausencia de cuestionamientos sobre el contenido de las capitulaciones suscritas por Marisol Díaz Guarín y Luis Alfonso Rincón Arévalo, razón para excluir que en el presente estadio procesal pueda introducirse esta discusión, en tanto ya se extinguieron las oportunidades dispuestas en el proceso para el efecto.

En consecuencia, el cargo segundo se frustra por la anotada deficiencia técnica en su formulación.

4. Con todo, aunque se obviaran los desaciertos expuestos, los reproches tampoco se abrirían paso, porque no se configuró una indebida interpretación de los artículos 2° y 4° de la ley 54 de 1990, en concordancia con los cánones 16, 198, 1523 y 1771 del Código Civil.

4.1. Para comenzar es menester advertir que, conforme a la ley 54 de 1990, «*para todos los efectos civiles, se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular*» (artículo 1).

A su vez, el mandato 2°, modificado por la ley 979 de 2005, dispone «*[s]e 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...».

La configuración de una sociedad patrimonial, entonces, está condicionada a que se satisfagan los requisitos de existencia de la unión marital, así como que los compañeros permanentes convivan de forma ininterrumpida por lo menos dos (2) años -que permitan presumir la intención de generar un patrimonio conjunto (CC, C257/2015)-, siempre que no existan impedimentos legales para su configuración.Desde antaño esta Corporación ha precisado:

> *[P]ara que se presuma la existencia de una sociedad patrimonial entre los miembros de la pareja, denominados legalmente compañeros permanentes, que habilite declararla judicialmente, el artículo segundo exige una 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* (SC, 20 sep. 2000, exp. n.° 6117, reiterada en SC11949, 26 ag. 2016, rad. n.° 2001-00011-01),

El mencionado efecto, una vez satisfechos los requisitos legales, se produce de forma natural, valga decirlo, la conjunción de bienes es una consecuencia legal de la comunidad de vida estable, aunque nada obsta para que su aparición se vea truncada, como cuando los compañeros cesan la vida común antes de satisfacerse el plazo legal, por la preexistencia de una sociedad conyugal o patrimonial de

alguno de los partícipes, o por la ausencia de un fondo común.

La Sala, refiriéndose al punto, dijo:

> *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 2° 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.° 2001-00011-01).

Este haber, adicionalmente, puede verse soslayado por una estipulación expresa de la pareja, en el marco de los artículos 1771 y 1774 del Código Civil, aplicables por remisión del artículo 7° de la ley 54 de 1990, a saber: «*A la liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, se aplicarán las normas contenidas en el Libro 4o., Título XXII, Capítulos I al VI del Código Civil*».

Y es que, el primero de los mencionados capítulos regenta las denominadas *capitulaciones matrimoniales*, esto es, las «*convenciones que celebren 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 préstamo o futuro» (artículo 1771 del Código Civil).

A su vez, el mandato 1774 prescribe que la sociedad de bienes es una consecuencia natural del casamiento, salvo que haya pacto entre las partes que impida este efecto patrimonial.

Posibilidad que deviene de la naturaleza de la sociedad conyugal que, por remisión normativa, resulta aplicable a la sociedad patrimonial, donde el elemento volitivo tiene prevalencia por tratarse de derechos de libre disposición, los cuales conciernen únicamente a los interesados. Sobre el particular, la doctrina ha expuesto que:

> *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 aquél*[1].

---

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

Las capitulaciones, entonces, son fruto de la voluntad de los futuros consortes o compañeros, a través del cual se definen las reglas que han de regir su sociedad de bienes o, incluso, desechar su nacimiento. Su eficacia, por tanto, está supeditada a que se satisfagan las exigencias del artículo 1502 del estatuto civil, así como las siguientes especiales:

(i) Acuerdo expreso, libre y voluntario de autorregulación de intereses (artículo 1771);

(ii) Las capitulaciones deben elevarse a escritura pública, salvo «*cuando no ascienden a mas de mil pesos los bienes aportados al matrimonio por ambos esposos juntamente, y en las capitulaciones matrimoniales no se constituyen derechos sobre bienes raíces, bastará que consten en escritura privada, firmada por las partes y por tres testigos domiciliados en el territorio*» (artículo 1772);

(iii) Se requiere armonía entre lo pactado y las normas de orden público e imperativas, así como las buenas costumbres (artículo 1773):

(iv) No pueden menoscabarse los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge -o compañero permanente- respecto al otro o a los descendientes comunes (*idem*). En este punto, «*[r]esulta pertinente hacer énfasis en que los 'derechos derivados de las relaciones de familia', no son estrictamente idénticos a*

los derechos propios del 'régimen económico del matrimonio', pues mientras los primeros tienen que ver con la necesidad de que se cumplan los fines esenciales del matrimonio y para su protección la ley se vale de normas perentorias de orden público, los segundos corresponden a cuestiones meramente patrimoniales, frente a las cuales, en principio, se respeta la voluntad de las partes» (SC, 29 jul. 2011, rad. n.° 2007-00152-01).

El resultado de esta conjunción de elementos es que los futuros contrayentes normen la comunidad de bienes, incluso para señalar que ningún bien ingresará a la misma, sin que esta estipulación sea una afrenta a la moral social, las buenas costumbres o una forma de esclavitud, como incorrectamente lo califica la casacionista. Es una mera declaración de voluntad con efectos económicos, que nada desdice de la relación sentimental que da origen a una familia.

4.2. El anterior estado del arte devela que el Tribunal no incurrió en los desaciertos de derecho achacados por la impugnante, pues el entendimiento que dispensó a las normas que gobiernan la sociedad patrimonial de hecho se ajusta a su recta hermenéutica.

4.2.1. En efecto, la presunción de existencia de sociedad patrimonial entre compañeros permanente, a que se refiere el artículo 2° de la ley 54 de 1990, mal podría entenderse como una regla de orden público o de contenido

imperativo, pues como ya se explicó, su procedencia está subordinada a que los partícipes no hayan excluido su aplicación a través de una capitulación matrimonial que rehúse su existencia o modifique su composición, como lo permiten los cánones 1771 y 1774 del Código Civil, aplicables a la materia por la remisión expresa de la citada ley, como ya se dijo.

Tal exclusión, que en el caso se manifestó a través de la escritura pública n.° 875 de 15 de marzo de 2005 de la Notaría 12 de Bogotá, no afectó ningún derecho irrenunciable, pues precisamente la ley le otorga la facultad a los compañeros permanentes para que eviten los efectos económicos de la unión, lo que se aviene con la libertad contractual -artículo 335 de la Constitución Política-, el reconocimiento de la personalidad jurídica -artículo 14 ibidem- y la capacidad para obligarse -artículo 1503 del Código Civil-.

Ahora bien, dice el artículo 15 del estatuto privado que «*[p]odrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia*»; supuestos que se dan en el *sub examine*, en tanto los compañeros decidieron, incluso antes de principiar la vida común, impedir la sociedad patrimonial y mantener un régimen de activos individual, por lo que se trata de un asunto meramente patrimonial que sólo les conciernen, quienes actuaron conforme a su voluntad.

Remárcase, las capitulaciones maritales no son una afrenta al derecho que tienen las partes de disolver y liquidar el haber social, sino que sirven, como en efecto procedieron Marisol Díaz Guarin y Luis Alfonso Rincón Arévalo, para repeler el nacimiento de la sociedad de activos, caso en el cual devienen inaplicables, por carencia de objeto, las normas que gobiernan su extinción y la distribución de activos.

4.2.2. Es cierto que el precepto 198 del Código Civil prohíbe a los cónyuges «*renunciar en las capitulaciones matrimoniales o fuera de ellas [a] la facultad de pedir la separación de bienes a que le dan derecho las leyes*», como una forma de impedir a los consortes que, una vez conformada la sociedad conyugal, no puedan liquidarla a pesar de configurarse alguna de las causales legalmente establecidas para su disolución.

Mandato que encuentra su explicación en la imposibilidad de obligar a los cónyuges a mantenerse vinculados por una comunidad de activos que no tiene vocación de producir efectos jurídicos, o de impulsarlos a un divorcio como único mecanismo que permita finiquitar el haber común. Y es que nada impide que los desposados quieran continuar con la unión afectiva, pero no con la masa patrimonial, lo que no podrá limitarse vía capitulaciones matrimoniales con un pacto de indivisión u obligatoriedad de divorcio. Máxime si se tiene en cuenta el

contexto histórico de esta norma, en tanto para el 19 de enero de 1976, fecha en que se expidió la ley 1ª y se modificó el original artículo 198 del Código Civil, no era dable la cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso, por lo que la única posibilidad que tenían las partes era la separación de bienes, como lo explicó en su momento este órgano de cierre:

> *c) La sociedad conyugal puede terminar antes que el matrimonio (y a pesar de que éste subsista durante años) como cuando se decreta judicialmente al divorcio o la simple separación de bienes (C. C. artículos 197 a 208; Ley 28 de 1932, artículo 3º; Código de Procedimiento Civil, artículo 625); d) Cuando el matrimonio se celebra por los ritos canónicos de la Iglesia Católica, es, además, de un contrato, un sacramento; y la sociedad conyugal es un simple contrato civil que implícitamente se celebra en el acto de contraer matrimonio católico o meramente civil. De lo anterior se concluye que es imposible confundir o identificar el régimen legal del matrimonio propiamente dicho y el de la sociedad de bienes, y que mientras las normas que regulan el primero son de orden público, las que rigen la segunda no lo son, por regla general* (CSJ, Sala Plena, 23 oct. 1975).

De 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.

4.2.3. Por último, el artículo 1771 del Código Civil no establece la imperatividad de que, en todos los documentos públicos contentivos de las capitulaciones matrimoniales, se incluyan los bienes que se aportan a la sociedad, las

donaciones y concesiones que quiera hacerse la pareja, pues estas exigencias sólo deben satisfacerse en los casos en que resulten procedentes, según la finalidad deseada por los interesados al suscribir las capitulaciones.

Pretender, como lo hace la recurrente, que en materia de capitulaciones en la sociedad conyugal y patrimonial de hecho, siempre deban incorporarse las estipulaciones en mención, es atentar contra la voluntad de los futuros cónyuges o compañeros, ya que, como se ha dicho con insistencia, son ellos quienes definen si habrá o no comunidad de bienes y, en caso de que se conforme, cuál será su integración y los activos propios que aportarán a la misma, sin que el legislador haya impuesto un contenido mínimo, en punto a aportes o donaciones.

Admitido que las partes suscribieron la escritura pública n.° 875 de 15 de marzo de 2005, en la que se afirmó que «*no se constituirá sociedad patrimonial de hecho entre compañeros permanentes*», no se requería incluir listado alguno de bienes o donaciones por simple sustracción de materia, por lo que en este aspecto no se advierte una desatención de los requisitos de eficacia de las capitulaciones patrimoniales, lo que descarta yerro alguno en el proceder del Tribunal.

5. Para recapitular, si bien los cargos planteados son incompletos y el segundo incorpora un medio nuevo, un análisis de fondo desvirtúa que el *ad quem* incurriera en los

errores denunciados, razón por la cual se denegará la casación impetrada.

Conforme al inciso final del artículo 375 del Código de Procedimiento Civil se condenará en costas al recurrente. Las agencias en derecho se tasarán según el numeral 3 del artículo 393 ibidem y las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, para lo cual se tendrá en cuenta que la demanda del recurso extraordinario fue replicada.

DECISIÓN

Con base en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **no casa** la sentencia de 13 de mayo de 2014, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Familia, dentro del proceso que Marisol Díaz Guarín promovió contra Luis Alfonso Rincón Arévalo.

Se condena en costas a la recurrente en casación. Por secretaría inclúyase en la liquidación la suma de $6.000.000, por concepto de agencias en derecho.

Oportunamente devuélvase el expediente a la corporación de origen.

Notifíquese.

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Presidente de Sala

aclaro voto

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Con aclaración de voto

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación n.° 11001-31-10-002-2010-01409-01

1. En el juicio materia de litigio, Marisol Díaz Guarín reclamó la existencia de unión marital de hecho con Luis Alfonso Rincón Arévalo desde el 4 de septiembre de 2003 hasta el 25 de noviembre de 2010, con la consecuente disolución y liquidación de la sociedad patrimonial.

2. Hubo oposición del demandado y trajo la escritura 875 del 15 de marzo de 2005 para excepcionar inexistencia de unión marital y de sociedad patrimonial desde el 4 de septiembre de 2003.

3. En el desarrollo instructivo hubo conciliación parcial tocante con la unión marital con gestación el 15 de marzo de 2005 y conclusión el 22 de octubre de 2010.

4. La sentencia de primera instancia encontró demostrada la unión marital, al haber sido reconocida, con extinción a partir del 22 de octubre del 2010.

Negó la existencia de la sociedad patrimonial y sus consecuenciales. Al apelarse, la de segundo grado la confirmó, pero motivó que a la unión marital se le aplican las disposiciones de las capitulaciones del matrimonio, admitiendo régimen separativo de bienes. Validó el pacto de que no se formaría sociedad, ratificado con la renuncia a gananciales. Aclaró que no se dimitió de la facultad de pedir separación de bienes, sino que se repudió la formación de sociedad patrimonial, y asentó que no se requería de tres testigos para el instrumento capitular contenido en la escritura pública, sino para el acuerdo privado.

La demandante se alzó en casación contra la sentencia con dos cargos.

5. Al decidir el recurso, la Corte lo desestimó defendiendo la tesis de la extensión de las capitulaciones matrimoniales a la unión marital y su sociedad patrimonial en el marco de los artículos 1771 y 1774 del Código Civil y las perfiló como fruto de la voluntad de los futuros consortes o compañeros para *"(...) regir su sociedad de bienes o desechar su nacimiento (...)"*, infiriendo que, por tanto, el Tribunal no incurrió en error. Señaló que la presunción dimanante del artículo 2 de la Ley 54 de 1990 no es de orden público sino subordinada a la autonomía prevista en los cánones 15, 1771 y 1774 del Código Civil, por consiguiente, la escritura pública de capitulaciones no afectó ningún derecho irrenunciable. En esa línea conceptual, halló compatible el artículo 198 del Código

Civil, pues, justamente, censura pactos de indivisión. Agregó que, en las capitulaciones no hay necesidad de incluir los bienes que se aportan a la sociedad, las donaciones y concesiones que quiera hacerse la pareja. Sin duda los cargos debían desestimarse.

6. Empero, debo disentir con relación al criterio que defiende, expresa e implícitamente, relacionado con la interpretación restrictiva de la regla 1771 del Código Civil, 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 a la iniciación de la convivencia.

Esa hermenéutica de la cual difiero, brilla cuando la Sala adoctrina que, *"(...) son fruto de la voluntad de los futuros consortes o compañeros, a través de la cual se definen las reglas que han de regir su sociedad de bienes o desechar su nacimiento(...)"*, en silogismo que ulteriormente reitera al considerar: *"(...) el resultado de esta conjunción de elementos es que los futuros contrayentes normen la comunidad de bienes, incluso para señalar que ningún bien ingresará a la misma, sin que la estipulación sea una afrenta a la moral social, las buenas costumbres o una forma de*

esclavitud, como incorrectamente lo califica el casacionista (...)".

7. 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 reconocimieto 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, consistente en la celebración entre los contendientes de la Escritura Pública 875 del 15 de marzo de 2005, en la cual pareja atestó, que: "(...) *no se constituirá sociedad patrimonial de hecho entre compañeros permanentes* (...)", pues, del mismo modo, en forma indirecta se le restringe el vigor interpretativo a este acto negocial o a otros que puedan celebrar consortes, luego del matrimonio o de iniciada la convivencia.

7.1. Matrimonio-sociedad conyugal y Unión marital de hecho-sociedad patrimonial. Régimen de igualdad. Sin duda conforme al artículo 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 Código Civil, 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; por ello, no se puede rehusar la adjudicación de normas sobre las capitulaciones del matrimonio a la sociedad patrimonial, en ello, no puedo demeritar a la sentencia, porque se ajusta a esta intención legislativa.

Ahora bien, desde el caso concreto, la ***Escritura Pública*** 875 del 15 de marzo de 2005, donde se atestó: "(...) ***no se constituirá sociedad patrimonial de hecho entre compañeros permanentes*** (...)", en la controversia 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, cohetáneamente con su iniciación o celebración, inclusive durante la ejecución y desarrollo de la vida de la institución 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 artículo 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.

7.2. 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.

El Código Civil en el artículo 113 precisa que "*El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer* (interprétese, dos sujetos de derecho 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 artículo 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-, constituyen, además, 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 idiosincracia, 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 postestad 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 la Libro I del Código Civil, 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 Código Civil, de las obligaciones y contratos, salvo, algunas restricciones, reviste una visión particular. Los actos jurídicos sin degestación de las diferentes formas de familia y su ejecución constituyen verdaderos negocios jurídicos, genuinos y verdaderos negocios jurídicos 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 modalides 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 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 audeterminación relacionados con los artículos 2, 13, 58 y 333. Asimismo, los principios del Código Civil, avalan esta posibilidad, como el artículo 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 artículos 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 aquel.*
>
> *"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 concreto, al menos permite advertir, dos efectos concretos

7.2.1 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 suplentiva. El texto al hallarse en el Libro Cuarto de nuestro Código Civil de las obligaciones y de los contratos, y en el régimen económico,

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

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 persnalísimos de pensar, de la libertad negocial, de decidir o de celebrar pactos. Y es, en este contexto, como puede interpretarse el artículo 198 del Código Civil, y no de la forma como lo pretende el casacionista.

El texto 1774 es compatible con el artículo 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, si 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.

7.2.2. 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 Código Civil, 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 celebradas con antelación a la celebración, ha sido fuente para interpretaciones restrictivas digan que prohíbe la celebración simultánea o posterior.

En el punto, entonces, la sentencia es sumamente temerosa, y se adentra en una exégesis restrictiva, desentendido 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 de 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 punto, aquí advertido, la Corte debió interpretar la historia para haber adoctrinado 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 Código Civil 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 del 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 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 autonomía y sin prohibiciones, siempre y cuando no contravengan el orden público o las buenas costumbres.

7.3. **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 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 diferente orientación, 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 permite abrir espacios contra la violencia de género y contra la violencia 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 Código Civil colombiano heredó esos sistemas jurídicos arcaicos frente a la mujer, y fueron transpolados 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 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 artículo 1791 del Código Civil, 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 excluída 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 Código Civil, 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 Código Civil 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.*
> *"La 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 1ª (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 despues de contraído el matrimonio.

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

8. En los anteriores términos, dejo consignada mi anunciada aclaración.

Fecha *ut supra.*

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación n° 11001-31-10-002-2010-01409-01

Aunque estoy de acuerdo con la decisión adoptada en el presente asunto, en el sentido de que la demanda de casación carece de las formalidades legales para admitirla, no comparto la afirmación que allí se hace en torno a que, a raíz del artículo 1771 del Código Civil, las «*capitulaciones son fruto de la voluntad de los* ***futuros*** *consortes o compañeros [permanentes]*».

De un lado, porque la opugnadora no discutió la validez de la oportunidad en que celebró las capitulaciones con su ex pareja, lo que incluso de haberlo hecho sería irrelevante porque de todos modos ese convenio se protocolizó antes de la fecha en que los jueces de instancia fijaron el inicio de la unión marital de hecho; y de otro, toda vez que reservar las capitulaciones únicamente para los «*futuros*» esposos o compañeros permanentes significa excluir, de tajo, la posibilidad de que puedan hacerlo durante la vigencia de la relación nupcial o de hecho.

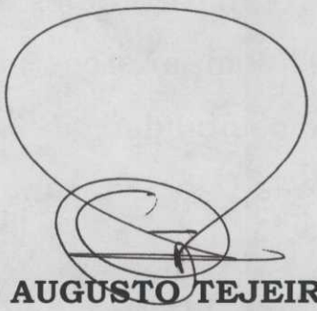
A pesar de que una interpretación literal de la citada norma – art. 1771 – apunta a que ese negocio jurídico sólo pueda realizarse antes del «*matrimonio o del inicio de la*

unión marital», lo cierto es que otros sistemas de interpretación pudieran consentir que en la época actual no tiene razón de ser dicha exigencia, sino que, como han desaparecido los móviles históricos que la suscitaron (protección de la mujer en el régimen de potestad marital, esto es, cuando era considerada incapaz y representada por el marido), es admisible morigerarla en el sentido de que los contrayentes o compañeros permanentes tienen libertad para concertar su régimen patrimonial en cualquier momento, en virtud del principio de autonomía de la voluntad privada y la igualdad que se pregona en los tiempos que corren.

Total que, por ser un tema ajeno a este debate y dada la necesidad de acompasarlo con el sistema moderno, estimo que la temporalidad o atemporalidad para capitular no debió abordarse en esta ocasión, sino posponerse para otra en que las particularidades del caso sí lo exijan y permitan dilucidar el punto.

En estos términos dejo aclarado mi voto.

Fecha ut supra.



OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Magistrado