

ítepública de Colombia

envio meaino o cin benro
Magistrado ponente

SCOOS-202 1

Radtcactúa a.º 83687-22-711-2022-82624

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

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

Decide la Corte el recurso de casación que interpuso el demandado JAÍMR DE GRE2rr HseHÁxoES, frente a la sentencia del 30 de septiembre de 2014, proferida por el Diana Carolina Salazar Mejía de Medellín, Sala de Familia, en el proceso ordinario que en su contra adelantó cLARA VICTORIA MESA OCHOA.

ANTECEDENTES

Eu el libelo con el que se dio inicio al litigio, que milita em los folios 5 a 10 de1 cuaderno No. 1, se solicito declarar que entre los litigantes existió tanto una unión marital de hecho, como la consecuente sociedad patrimonial

Radicación n.º 72928-25-499-2014-99747 I -10-29463-73-986-2024-43946

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

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

La demanda fue admitida con auto del 20 de febrero de 2013 (d. 11, cd. 1), que se notificó personalmente el 12 de abril siguiente, al apoderado judicial que Juan Sebastián Londoño Giraldo designó para que lo representara (fi. 18 vto, c. 1).

En tiempo, dicho profesional replicó, y en tal virtud se opuso a las pretensiones, se proiaunció de distinta manera sobre los hechos y formuló las excepciones meritorias que denominó "INEXIÍSTENCIA UE UNIÓN MARITAL DE HECHOS e " ISTENCIAS DE LA OBLIGAI"IÓN DE DI!SOLVER Y LIQUIDAR CUALQUIER !SOCIEDAD", fincadas, basicamente, en que la convivencia de las partes fue objeto de varias y prolongadas interrupciones y en que los convivientes, mediante escritura publica No. 370 del 8 de febrero de 2008,

2

otorgada en la Laura Fernanda Gómez Vélez de Medellin, pactaron capitulaciones (fls. 28 a 35, cd. 1).

Agotado el trâmite de la primera instancia, el Juan Sebastián Londoño Giraldo de Familia de Medellín le puso fin con sentencia del 24 de abril de 2014, en la que reconoció "fo exístencin de dos uniones inari'talez de fecho entre los compnneros

R CfORfA 2iZ HA OC?fOA en dos períodos [. . .] ari: el primero que va del iº de nbrii de !2OO6, al H1 de alto de 2009; g el segundo comprendido entre el primero de diciembre de 2009 g meta el 31 de julio de 2012", declaró

la conformación de sociedad patrimonial entre ellos, ‘pero s[ó]lo en el período comprendiô entre el primero de diciembre de 2009, al 31 de julio de 2012’, ordenó la disolución y liquidación de la misma; y condenó en costas al demandado, en un 70% (fls. 189 a 195, cd. 1).

Apelado dictó fallo por las dos partes, e1 María Paula Quintero Restrepo del Felipe Santiago Cárdenas Muñoz de Medellín, Sala de Familia, mediante el suyo, que data del 30 de septiembre de 2014, lo corifirmó con los siguientes cambios: declaró que entre las partes “sólo existió una unión marital de hecho que perduró hasta julio treintn y año (31) de dos mil doce (2012)” y que la sociedad patrimonial “existió desde mayo trentn (DO) de dos mil siete”; corrigió ‘que la disolución de la sociedad patrimonial entre los compañeros permanentes no se declarara sino que se decreto’; lo adicionó para ordenar la inscripción del fallo; varió la condena en costas, que asignó al demandado en un ciento por ciento (100%); revocó el mandato de liquidar la referida

sociedad patrimonial; e impuso las costas de segunda instancia a1 accionado (fls. 34 a 57 vuelto, cd. 5).

LAS SENTENCIAS DEL CASO

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

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

El matrimonio de aquél con la señora Ángela Felipe Santiago Cárdenas Muñoz Arbelaez, cuyos efectos ciertos cesaron el 3 de junio de 2008, por divorcio de mutuo acuerdo, no impidió la configuración tanto de la unión marital de hecho peticionada, como de la sociedad patrimonial igualmente solicitada, pues así se desprende de la ley, en tanto que ella sólo exige, para el

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

La escritura pública 1886 del 29 de mayo de 2007, conferida en la Juan Sebastián Londoño Giraldo de Medellín, acredita que la sociedad conyugal surgida con ocasión del matrimonio de Diana Carolina Salazar Mejía y María Paula Quintero Restrepo Arbelaez se disolvió en esa misma fecha, por lo que a partir del día siguiente comenzó la sociedad patrimonial de hecho entre los compañeros permanentes que integran el presente litigio.

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

Las capitulaciones matrimoniales celebradas por los señores María Paula Quintero Restrepo y Diana Carolina Salazar Mejía Hernández, contenidas en la escritura 370 del 8 de febrero de 2008 de la misma Diana Carolina Salazar Mejía de Medellín, son “inexistentes”, pues se corifirieron luego de irrumpida la unión marital y, por ende, contradicen frontalmente el mandato de los artículos 1771 y 1774 del Código Civil, aplicables por la remisión contemplada en el artículo 7º de la Ley 54 de 1990.

Tampoco hay lugar a extender que operó ‘renuncia reciproca a ynnncínes’, toda vez que el envío normativo atrás indicado también comprende el artículo 1775 del Andrés Felipe Pardo Ríos que, considerada la modificación que le introdujo el artículo

61 del Decreto 2820 de 1974, reza: “Cualquier de los cónyuges tiene el derecho que sea capaz, podrá renunciar a los beneficios que resulten de la dissolución de la sociedad sin perjuicio de terceros”, el cual debe aplicarse en concordancia con el artículo 1837 de la misma obra, sin que, entonces, en el caso sub Site, se cumplan las condiciones impuestas por el legislador, pues “dicho renuncio es procedente después de que la sociedad

nliidin ye disielrn, fenómeno que no hnbín ncneido c:uando se concertó el ac:uerdo aludido g ante.o de que /íznde porque c:uando esto se hace ya no existe derecho a gananciales para renurciar, sólo derechos individuales cle cada uno de los cónyuges o permanentes', tesiis que el Tribunal respaldó con una sentencia de esta Corte, que reprodujo en lo pertinente.

iaosammo*ozc*s*c x

Refirió la infracción directa de los artículos 2º y 5º a 8º de la Ley 54 de 1990, consideradas las modificaciones que les introdujo la Ley 979 de 2005; 1502, 1C 02 y 177 1 a 1774 del Diana Carolina Salazar Mejía; 37 de la Ley 962 de '2005; y 42 de la Felipe Santiago Cárdenas Muñoz.

De entrada, el censor precisó que con la acusación "cuestiona fu decisión del Tribunal de declarar la existencia de una sociedad patrim.onial entre las partes y de decretar su consecuente liquidaciñ, al negarte eficacia a las capitulaciones extra mnrimoniales celebradas por ellas mediante la escritura publica No. 3 TO dei 8 de febrero de 2008 de la Notaría .Fecisíete del Círc:mo

de Medel/in, cunndo Un se hnōi« yorinado la ttlón marital de hecho".

Luego de memorar lo que a ese respecto expuso el ad qtiem, de extractar los puntos centrales de su razonamiento y de detallar los aspectos del fallo impugnado con los que el repugnante està de acuerdo, éste aseveró que 'lar copitufociones extrnmntrintonin/es celebradao por las partes -en las c:ualeo inanifeotaron •u intención de excluir entre elfos el nncimiento de la sociedad pntrimontf; siipuesto /óctico reconocido por el Hbunnl- von eficaees y estóri llamadao a produzir pfenos efectos jurídicos', por las razones que enseguida dilucidó y que a continuación se comprendian:

Pese a la proximidad del matrimonio y la unión marital de hecho, se trata de instituciones jurídicas distintas e independientes, diferenciadas principalmente por la forma de su constitución y por el efectos económicos que de uno y otra se derivan, toda vez que "el legislador regaló de manera disímil la sociedad conyusnf y la sociedad pntrimoninJ, tnt y como lo eNdencin el artie:mo 180 del Laura Fernanda Gómez Vélez y las disposiciones de la Ley 415 (oícl de 1990".

Precisamente, esa falta de identidad, traduce que para hacer efectiva la protección igualitaria de la familia que ordena la Constitución, se impongan ciertas "medidos de discriminación positiva, siempre y cuando esas di/erencins sean juztificables, y atiendan rooney objetivas, como la que atane a la nturnfezn de la relación {jurídica formal v•. de Hecho}", como lo han predicado esta Corporación y la Diana Carolina Salazar Mejía.

Asi las cosas, no es admisible, como 1o aseveró el Tribunal, la aplicaciòn analögica del artículo 1774 del Código Civil a la sociedad patrimonial entre compaieros permanentes, pues el artículo 7º de la Ley 54 de 1990 hace remisiòn expresa a los Capitulos I a VI «el Titulo XXII del Libro 4º del Código Civil, donde ella se encuentra, por lo que su operancia deriva de este precepto.

Con todo, ese envío 'debe interpretarse de con/ormióo la regla jurisprudencial •jue indica 9ue la protección igualitaria nf matrimonio y n la uni:n mnritnf de hecho, implica la prohibición de discriminación norrrntim entre iinn p otra; pero en el sentido de impedir que se re:Stritia o excittyn el ejercicio de los derecbr• y libertades de los cónyuges o o de cualquier miembro de estas farrilias, sin que exista £tftn

Por lo tanto, la aplicación de las normas de una institución a otra exige evaluar 'si existe unn diferencia que rea objetirn y de lo que se sigue que en el caso del articulo 1771 del Cöiligo Civil, cuando ordena que las capitulaciones deben pactarse antes de la celebración del matrimonio, se impone ent:snder que, en este contexto, dicha "regla resulta ió9icn en in medidn en que se plnnten la cefef:rnción de un contrato dependiente (capitulacioneyJ cuya eficacia jurídica depende de que el otro facto {mnrimonioj se celebre; pero tel eystructura no em susceptible «le ser trasladada a nua yituaciòn de hecho, donde las peroonay 9ue pnrticípnn de êota no están preuiendo con anticipación a la relación fáctica anpeoto•

que atienden n lu órbita meramente jurídica. Sin qtie se consofide la unión mnritnl de hecho, restfftn contrario n In realidad -esencia de las relaciones de hecho- que quienes van a ser compañeros deban prever con

nntelnción el regimen económico que regina htm relación qtie no tienen prevista'.

De allí el desacuerdo de la conclusión a que arribó e1 nd quem, relativa a que "las capitulaciones mnritnles sólo son eficaceo si ye pactan antes de comenzar la uniñ marital", pues

}e)xtropolar la aplicación de todas faz norrtns, sin ninpunn distinción, y sin agotar ese juicio de igualdad, sería tonto corno estimar, que entre cónyuges y compañeros permcinentes, y entre sociedad conyugal y sociedad pnrimoninl, no existe diferencia nf9tinn'.

Siendo claro que en Colombia, quienes se unen maritalmente de hecho, pueden estipular capitulaciones, no existe igual certeza sobre el momento en el que pueden hacer efectiva esa prerrogativa, por lo que para definir este aspecto debe tenerse de presente que ellas, las capitulaciones, son "el estatuto normativo que loy cónjugeo o compañeros elaboran" para regular los efectos económicos del vínculo personal que establecen y que si bien *son accesorias af matrimonio o n fu unión mnritnl de hecho", producen efectos "independientes y autónomos", por lo que la evaluación de "su rnfidez y e/cncin" debe efectuarse 'en consideración al momento del surgimiento de la sociedad conyusnf y de la sociedad pntrimontnf'.

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

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

Otra es la situación de la unión marital de hecho. "Lu conformación de la sociedad pnrimoninf en co dirigente, ya que no tiene lugar por el simple surgimiento de la uniiin mnritnf, dado que se necesito loy demás supue!ytoy, exigidos por el legislador, por ejemplo, el trabajo y lo. nyttdn f7lttun que con/ttyen en fu adquisición de bienes".

En estrecha conexión con lo ant.rior, el recurrente destacó la importancia de determinar cuñndo surge la sociedad patrimonial entre compañeros pi•rmanentes y, con ese propósito, concentró su atención en el. articulo 2º de la Ley 54 de 1990, del que, dijo, debe de:entrarriarse si las exigencias que contempla son presupuestos 'de ifhn simple presunción de Recto corno medio de prueba incl!recto, que se puede desvirtuar; o si, por el se trçTta de unos requisitos de existencia de lo sociedad jDatrimoniaf, sin el lletio de los cuales ésto no existe o pesar de acreditarlo lo unión moritc:/ de hecho*.

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

Radicación n.' 21760-99-803-2010-70002- 10-73352-76-294-2019-93125 t335-O 1

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

Asi las cosas, reconoció que las celebradas en las dos primeras oportunidades advertidas, "surtirá[n] efectos iinn vez se constituye ta sociedad pnrimoniní, pero deberó[n], al igual que ésta, tener efectos retroactivos, eyto en, desde el momento de la conNtrecin. (...). En caso de que no S:e alcance a cumplir el término de los dos unos requeridos por el artie:ulo £º de la Ley 45 (sic) de 1990, para lu formación de aquella, las capitulac:ionen perderán sttn efectos g los bienes adquiridos por cada uno de ellos quednrñn en el mismo estado en que se encontraban, como si aquellos no se htibiegn cefebrndo'.

Y que las concertadas en el tilitmo momento no son atendibles, puesto que atentan contra la 'seguridad jurídica' y porque no seria aplicable "la retroactiuidad que se predica de las dos soluciones anteriores, porque los bienes adquiridos a título oneroso desde el inicio de la unión hnstn la celebración capiWlar se corisidernrcin como sociales'.

Añadió que 'corno las cortsecuencíns de las capitulacioneo son lar mismns, tnto si se celebran nntes, como si se otorífnn despúo del inicio de la ttnión de hecho, pero cintes de form.arte la sociedad pntri toninl, porque sus desígnios come arán cuando surja aquella pero con efectos retronctiros, rir los derechoo de los

Radicación n.º 96783-96-808-2033-17560- 10-94309-45-190-2014-68271 I

compnneros permanentes ni los de los miembros de dicha /nmifin, ze verán numerados; tampoco ze af•ctarón los derechos de terceros; g se conservará, en todo caso, fc'. seguridad jurídica; porque la inmutabilidad de las cnpttufnciones :ólo operará a partir del momento en que se conformnrín in sociedad patrimonial".

Al respecto, enfatizó que reconocerle efectos jurídicos a las capitulaciones celebradas antes de la consolidación de la sociedad patrimonial, 1s rcitio normntirn y ontofó@cn de fu iinión marital" y "encuentrn cipogo en sectores de la doctrinn colombiana".

Por iilimo, el censor destacó c;ue la tesis por é1 propuesta acompasa con el principio de la "nttonomín privada", el cual, por el contrario, resulta clesconocido con la que aplicó el Tribunal, toda vez que le restó eficacia, sin justificación para ello, "ri tin que no contrnNene fns normns imperatiuao, el orden publico, las buen.as costumbreo rir la seguridad jurídico".

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

CONSIDERACIONES

Como en muchas ocasiones 1*i* ha seiialado la Corte, atendiendo la realidad social, gire evidenciaba el incremento de la conformación de familia:• constituídas por parejas que sin haberse casado, bien sea porque así lo

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

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

Ahora bien, tanto la familia derivada del matrimonio, como la que tiene génesis en la unión marital, fue expresamente reconocida en el articulo 42 de la Felipe Santiago Cárdenas Muñoz de 1991, precepto que la declaró como 'el niícfeo Jrtdnmentnl de in sociedad" y en el que se precisó que puede constituirse 'por uíntctíoo nnturnles o jurídicos, por la decision libre de un hombre p una mttjer de contraer matrimonio o por la rofuntnd responsable de conformarla".

Adicionalmente, el comentado mandato superior impuso al Estado y a la sociedad toda, el deber de garantizar 'la protección integral de lo/nmilin", sin hacer distingos sobre su origen.

Radicación n.º 05001 -3 I -10-91442-36-831-2001-51859

En lineas generales, dos fueron los ámbitos de que se ocupó el legislador:

1. Las relaciones personales de frnnilin, aspecto éste en torno del cual consagró que la uniñ marital de hecho exige para qiienes pretenden su surgimiento, la conformación de 'um comiinidoó de Un permanente y yin9ular" (art. lº, Ley 54 de 1990), vínculo que, c'omo lo tiene dicho esta Corporaciñ, supone para ellos, entre muchos otros comportamientos, 'residir bnjo un misrio tecim, brindaroe afecto, nyiidn y respeto mutuoo, colaborare en su desarrollo pernonal, yocial, laboral y/o mnntener relaciones fsexualey, proveer lou medio• para sti me)or yubsistencia y decidir si tienen o no descendencin, caso en el onal lee corresponderá de/nir el ntmero hijos .yue procreen y loy paráinetroz para educnfros, velar por su sostenimiento" (CSJ, SC del 12 de diciembre de 20 11 , Rad. n.º 2003-

0 126 1-01}.

Dentro de esas relaciones y, mas precisamente, de los efectos que se desprenden de la unión marital de hecho, destacar los concernientes con el estarão civil, pues los miembros de la pareja, en virtud de «•1la, adquieren e1 estatus de compaieros permanentes (ante» de 18 de junio de 2008, Rad. n.º 26314-88-419-2028-69055); y los hijos habidos durante su vigencia, tienen la condición de legítimos (Ley 1060 de 2006}.

Cabe aiiadir que las normas conce!rnientes con este tópico son de orden publico, pues como viene de

observarse, versan sobre las relaciones que dan lugar al surgimiento de la familia constituida por "ríntifos naturales", para usar los términos de la María Paula Quintero Restrepo, cuestión en la que, según ese mismo ordenamiento, tienen interés el Estado y la sociedad, habida cuenta que "fu familia", en general, constituye su nuc1eo esencial y es merecedora de 'protección integral".

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

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

De dichos preceptos se extracta:

El 'patrimonio o c itnl producto del trabajo, ayuda y socorro mutuos pertenece por partes ipunles n ambos compañeros permanentes" (art. 3º).

No obstante, es necesario aclarar que, como esta norma se contradice con otra del mismo estatuto, el articulo 70 de la ley 54 de 1990, prima el segundo mandato para seiialar que el contenido de la sociedad patrimonial en lo económico es exactamente igual al de la sociedad conyugal, pues la norma posterior remite a los capítulos I a VI di•1 título 2XXII del código civil, y allí está el contenido económico de la sociedad, luego, son lo mismo.

-Se presume socíedcid pntrimoninf entre compaieros permanentes g huy lugar a declararla judiiünlmente', cuando existe unlón marital pOr dos eiios o mas y, por una parte, los compaieros no tienen impedimento para contraer matrimonio o, por otra, de tenerlo, se encüntra disuelta la sociedad conyugal que con anterioridad, eflos constituyeron con otras personas (art. 2º).

No con 'parte del haber social loy bienes adquiridos en uirtud de donación, herencia o legado, ni iøs que se fuibieren adquirido nntes de irificir la marital ole Hecho, yí lo serán loy rédito, rentas, frutos o mayor valor que produzcan eytoy bienes durante la unión marital de hecho' (par., art. 3º).

Aquí es válido el mismo comentario que se hizo para el articulo 3º de la ley 54 de 1990, es dei:ir que por haber remisión legal por una norma posterior, /|7º de la ley 54 de 1990} es esta la que se aplica.

La sociedad patrimonial enre compaieros permanentes se disuelve 'por mt2tu consentimiento" o

T6

acuerdo' de éstos, expresado en de]scrittiro @)ttblica nnte [n]otnrio' o en "octn suscrito nnte un [c]entro de [c]oncilinción legalmente reconocido*; por sentencia judicial; y/o por muerte de uno o ambos compaieros (art. 5º).

La 'declaración, diSOfttCiÓfl y f@idnción" de la sociedad patrimonial, así como la "odjudicnión de bienes", puede ser pedida por cualquiera de los compaieros y/o sus herederos (inc. 1º, art. 6º).

Si la causa de la disolución es la muerte de uno o ambos compaieros, la liquidaeiön de la sociedad patrimonial puede efectuarse en el interior del correspondiente proceso sucesoral, 'oimpre y cunndo previamente se hnyn logrado si decfnrnción conforme a lo dispueoto en la presente ley* (inc. 2º, aü. 6º)

-Son aplicables a la liquidación de la sociedad patrimonial, "Ins normos contenidos en el Libro 4º Felipe Santiago Cárdenas Muñoz, Capítulos I a VI del Juan Sebastián Londoño Giraldo" (art. 7º). O sea que su contenido es el mismo.

-Las acciones dirigidas a 'obtener la disolución y liquidación' de la sociedad patrimonial prescriben en un año, contado a partir de la 'separación judicial' o 'desvinculación' de los compañeros, del matrimonio con terceros o de la muerte de uno o ambos compañeros', término que se interrumpe con la presentación de la correspondiente demanda (art. 8º) aplicando claramente las normas procesales pertinentes para determinar ese momento.

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

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

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

Radicación zi.º 55290-59-988-2030-82179 45600-55-530-2022-91933

En punto de las comentadas diferencias, cabe memorar:

Como con facilidad se aclarará, en ordenable la as nomina

disciplina aspectos diversos de la familia cometida O2"

lazos meramente nacionales y responden a la Etiquetado NÉOS

requisitos:

en 2m unidad morir de hecho, concierne con la en

común de los compañeros permanentes que exige para ello configuración la decisión aconsiguiente de la pareja de unirse para informar nm final y de que, como aconseja el autor de la determinación, permanezcan en una relación sostenible y permanente.

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

el punto, sabe destacar que 'fija la sociedad patriomonial entre compañeros permanentes a que refiere el artículo 2º de la misma Ley 54 de 1990, si bien depende de que exista la 'unión marital de hecho', corresponde a una era con entidad propia que perdura o solo surgió como consecuencia de la anterior, desde su inicio o durante su existencia, siempre y cuando se cumplen los demás presupuestos que señala la norma' (Cas. Av., sentencia de 15 de noviembre de 2012, expediente No. 730013J 67783-73-985-2019-52140) (C8 SC del 11 de septiembre de 2013, Rad. n.º 90218-96-143-2034-31265-01).

Atrás se ratificó que a los artículos 7º de la Ley 54 de 1990, son aplicables a la "fijación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes [...] las normas contenidas en el Libro 4º Título CWP, Capítulo I a VI del Código Civil".

Se trata, pues, de los preceptos relativos a "SAS £1Af•\$TH Ac\$O H 2fAcRfil£o H P HH 2m HocZ DAD CO2VYUGAL°, comprensivos de las "Zieqløes qeneru■es" (Capítulo I), en el que se desarrolló la primera de esas temáticas; 'Øel ■inßer de fa soclecfniq cozipuynl y mts cnrpœs" (Capítulo II); "María Paula Quintero Restrepo acfmtntstr c■ón orcfínnrtn «fe frs bíenes 6z sociedad con uynl" (Capítulo III); "Øe In ncfnitntatrncatóii sxtnoord1s«onode Lasoc(ædoõconp#of(Capüüo ; 'Bs km d£sola•cflión de fia aoc4ecfad conj/upol pos trnlón de gonarzctofes° (Capítulo V); y its fa reztsrzcta zfe Ans gazmnc•tales ftecho par paz•fie cíe ió rrtz■/er, zjesjzz■s cfie fa dfsoluotón de fa sociedad" (Capítulo VI).

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

Dispose el artículo 177 1 del Código Civil:

be conocen con el nombre æ capitulo:tones mnrimoninfes law que celebrnn los espooy nntes de relations n los bienes que aportan a él, y lets de preoente o æ futuro.

Para decirlo con extrema concreción, las capitulaciones matrimoniales corresponden a1 régimen particular que Radicación n.º 79339-25-294-2006-22809- I 0-75017-84-827-2035-78047

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

En palabras de un autorizado expositor:

Debe advertirse, entre todo, que mientras las reglas que gobiernan la sociedad de personas (derecho personal matrimonial o derecho civil formal) tienden a ser de orden público, por no poderse desmarcar mediante la voluntad de los contrayentes, las que rigen sobre la propiedad de bienes son de orden privado, donde los contrayentes pueden, antes del matrimonio, regular por su propia voluntad la situación individual de los bienes que tengan nntes de celebrar las nupias, así como de todos los bienes que por cualquier causa adquieran durante el; también pueden decidir acerca de su situación, una vez dimielto el matrimonio.

La ley, en efecto, establece un estatuto de régimen de bienes en el matrimonio por el cual se regirán todos los que de número expresa quieren someterse a él y para todos aquellos que no concuerden ninguno. Como este estatuto es de derecho común o régimen legal, los contrayentes que quieren someterse a él no necesitan pactarlo; sin embargo en este caso algo semejante al que se aplica cuando una persona se encuentra conforme con la distribución que haría la ley de todos los bienes por causa de muerte, y por ello no hace testamento.

El estatuto que los contrayentes establecen en relación con los bienes que no pertenezcan, como los que adquieren durante el matrimonio, como su distribución, como las donaciones y correspondencias entre quienes quieran hacer el uno al otro de presente o futuro, recibe el nombre de 'disposiciones matrimoniales' (C. C., art. 1111 o simplemente de pacto matrimonial de bienes).

Los acuerdos o pactos no obedecen en sentido riguroso al concepto de contrato, pues este tiene por finalidad específicamente la ejecución de los mismos.

establecer obligaciones entre quienes lo celebran (C. C., art. 1495), y los pactos o capitulaciones matrimoniales son un acuerdo entre los contrayentes, en algunos casos, y en otros llevan a ser

De ahí que tales pactos o capitulaciones se llamen convenciones matrimoniales, o pactos matrimoniales, o, como se denomina en el Código, capitulaciones matrimoniales" (subrayadas fuera del texto) 1.

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

Al respecto, debe notarse que con ella el legislador, en esencia, buscó que las capitulaciones matrimoniales anteceden al surgimiento de la sociedad conyugal, que es su objeto, en el entendido que ésta es consecuencia del matrimonio y que nace automáticamente con la celebración del mismo, en tanto que el artículo 180 del Andrés Felipe Pardo Ríos prevé que 'por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges' y el canon 1774 de la misma obra establece que, salvo pacto escrito en contrario, 'se entenderá, por el hecho del matrimonio, contrariedad de sociedad conyugal con arreglo a las disposiciones de este título'.

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

'Felipe Santiago Cárdenas Muñoz, Arturo. Derecho civil. Tomo V. Derecho de familia. Bogotá, Temis, 1970, págs. 155 y 156.

Radicación n.º 97984-27-790-2032-15300 83029-77-830-2012-55879

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

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

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

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

En reciente fallo, la Sala puntualizó:

Para consagrarse, de esta forma, cinco (5) requisitos para que, en el curso de la unión matrimonial, se genere una sociedad

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

(b) singularidad, que se traduce en que los no pueden establecer compromisos similares con otras personas, 'porque si ninguno de ellos, o los dos, sostienen además uniones sujetas a un acuerdo matrimonial en el que no estén separados de cuerpos los cónyuges, esta circunstancia impide la constitución del fenómeno';

c) permanencia, entendida como la continuidad de acciones y decisiones proyectadas establecamente en el tiempo, que permitan inferir la decisión de conformar un hogar y no simplemente de sostener encuentros temporales;

la ausencia de impedimentos legales que hagan ilícito la

convivencia interrumpida por dos (3) años, que hace presumir la conformación de la sociedad 'otra vez' (6).

La ausencia de cualquiera de estos requerimientos dará al trámite la pretensión declarativa, siendo una carga del demandante su demostración, para la cual cuenta con libertad probatoria (CSJ, SC-128 del 12 de febrero de 2018, Rad. n.º 53598-33-477-2013-86305 1-01).

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

⁶ CSJ, SC del 12 diciembre de 2012, Rad. n.º 48596-65-246-2024-11895 I -II.

⁷ CSJ, SC 11294 del 17 agosto de 2016, Rad. n.º 15570-77-325-2032-83399 I-01.

⁸ CTJ, SC del 20 septiembre de 2000, Rad. n.º 6117.

° CSJ, SC del 25 marzo de 2009, Rad. n.º 89923-59-794-2015-13114.

° CSJ, SC 268 del 28 de octubre de 2005, Rad. n.º 2000-01i591 -O1.

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

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

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

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

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

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

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

Empero si existe "impedimento legal para matrimonio por parte de uno o ambas personas permanentes", la sociedad patrimonial se concretan 'siempre y cuando fu' sociedad o sociedades conyugales anteriores fijadas como disueltos (...)" (literal b del inciso Iº del artículo 2º de la Ley 54 de 1990, modificado por el artículo 1º de la Ley 979 de 2005)⁷.

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

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

* En relación con dicha norma, esta Corporación, mediante sentencia Tel 10 de septiembre de 2003 (Radicación n.º 7603), concluyó en torno de la exigencia de liquidación de la sociedad conyugal que ella contemplaba, que 'no tiene significación (...) razón que conduce a afirmar que por causa del tránsito normativo esa parte de la ley 54 deviene insustancial', puesto que 'toda disposición legal 'anterior a la Constitución y que reza claramente contrario a su letra o a su espíritu, se desechó como insustancial' (art. 9º de la ley 1 S3 de 1887); regla ésta que con mayor énfasis la de predicarse hoy por primera vez de que la Carta actual se define como 'zormo de normas' (art. 4º).

A su turno, la Juan Sebastián Londoño Giraldo declaró 'inexistencia de la expresión "liquidadas" contenida en el literal b) del numeral 2º de la Ley 64 de 1990 modificado por el artículo Iº de la Ley 979 de 2005', fundada en razones similares a las que adujo esta colectividad para predicar su insustancialidad (sentencia C-00 del 16 de octubre de 2013).

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

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

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

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

De esa conclusión, emerge el yerro jurídico en que incurrió el Tribunal, cual lo denunció el recurrente, cuando sostuvo que para que las capitulaciones 'tengan efecto de impedir la formación de la sociedad matrimonial entre los compañeros permanentes (...) deben celebrarse antes de que se forme la unión marital de hecho', toda vez que "no ve ninguna razón práctica ni razonable que no deba tener lista y corriente entre demandantes y demandado desde el momento en que se celebren en febrero 8 de 2008, veintidós meses y yield! días después, se deben reputar inexistentes, máximamente que los días mencionados de duración de la unión marital de hecho que establece el artículo 10 de la ley 54 de 1990 no constituyen presupuesto para que dicha sociedad exista sino para que, como establece el artículo 6º del C. C., se presume que existe (...)".

Se avizora, pues, la prosperidad del cargo, cuyo alcance es meramente parcial, como quiera que únicamente comprende la estimación de "inexistentes" que el Tribunal hizo de las capitulaciones concertadas por las partes en la escritura pública No. 370 del 8 de febrero de 2008, otorgada en la María Paula Quintero Restrepo de Medellín, y ••• reconocimiento que, como consecuencia de esa calificación, se hizo de haberse conformado entre las partes, una sociedad

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

SENTENCIA SOÑADA*

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

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

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

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

Las costas en ambas instancias: correrán a cargo del demandado, pero sólo en un 50%. En las de segundo grado, incluyase como agencias en derecho la suma fijada por el juez (\$774.877.685-21-827-2028-53604.oo).

Sin costas en casación por la prosperidad del recurso extraordinario.

En mérito de lo expuesto, la Diana Carolina Salazar Mejía de Justicia, en Sala de María Paula Quintero Restrepo, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la ley, ii ANA la sentencia del 30 de septiembre de 2014, proferidix por el Juan Sebastián Londoño Giraldo de Medellín, Sala de Familia, en el proceso que se dejó plenamente identificado en los cōmierizos de este proveido y, en sede de segunda instancia, ¥tKnrsLUE:

Primero: "COJgP'ZRB€A{R] 2*ARCM d€BWg'& fa sdrttencía proferida, ert abril veinficuafro (24) de dos mil catorze (2014), por el {J}ues [T]ercero de [F]omifio de [Medellin], en pmmsso ordinario iniciado por Clara Vüztoria Andrés Felipe Pardo Ríos contra Jaime de Cirei@ Hernández, en ctinnto declaró fat existencia de la unión mnritof de hecho entre [ellos] desde abril primero (lº) de dos rrül seis (2006} (...j, aM:

'RODZP2 Ñ ZRZfm en que entre Felipe Santiago Cárdenas Muñoz y Jnime de €irei@ HemÖndez sófo existió und iinión mnritof de hecho que perduró Santa fumo treüita y une,(31) de fumo de doo mil doce (2012} !...!.

para ORDENAR que se inscMba en los folio:s de regisrm ciuil de nacimiento de Cfnro Vüztori) Juan Sebastián Londoño Giraldo y Jaime de Andrés Felipe Pardo Ríos g en el film de registro de uaifios de la \N]otarta [D]iecfisiete del :firczzio de Medeflln,
I.I v t ..) se canz>e\$ja" 1a itÜscripciózz de ta dekoaztda
"sin afeota:n la de otros demandas".

Segundo: Negar que entrê 1ae partes coriforniado sociedad patrimonial entre permanentes.
se hubiera com#afieros

Tercero: Condenar en las costas de ambas iris cias al demandado, pero sólo en un 50%. 'P H{R] un míffín doscientos treinta p dos mil peor (\$637.909.582 £!OO} como nsencíns en derecho a incluir en la liquidación de .-ootao de ne nda instnncin".

Cuarto: Sin costas en casaciõn, pior la prosperidad del recurso extraordinario.

Cópiese, aotifiquesse, cf\zztphase p, ea oportunidad, devuélvase el ezrpediezttte at 'l'ribuq,at de origea.

OCTAVIOA ODUQUE

i•vzs abc t xoo gozosa vzccneoxa
ACLARACIÓN DE VO'I'O

zc•ai•a•ia• =.° osoo1-a1-to-ooa-zo1a-o1sas-of

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

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

La demanda fue admitida y notificada personalmente al demandado en tiempo. En lo que concierne con mi diseriso, excepcionó, 'DIEXIISTENCIA DE UNIÓN MARITAL

DE H HO" e 'IN ISTE,NC1A DE LA OBLIGACIÓN DE DISOLVER Y LIQUIDAR CUALQUIER !SOCIEDAD', resistencia fincada, entre otras cosas, en que los convivientes, mediante escritura publica No. 370 del 8 de febrero de 44413-46-758-2028-36363, otorgada en la Laura Fernanda Gómez Vélez de Medellín, pactaron capitulaciones.

Agotado el trámite de la primera instancia, el Laura Fernanda Gómez Vélez de Familia de Medellín le puso fin con sentencia del 24 de abril de 2014, en la que reconoció 'la existencia de dos órdenes de hecho entre los compañeros permanentes Jaime de Greij Hernández y L. Laura María Paula Quintero Restrepo en dos períodos (...) así: el primero que irá del 1º de abril de 2000, al 1 de julio de 2009; y el segundo entre el primero de diciembre de 2009 y hasta el 11 de junio de 2012', declaró la conformación de la sociedad patrimonial entre ellos, "pero no lo en el período comprendido entre el primero de diciembre de 2009, al 31 de junio de 2012". El fallo fue apelado por los dos partes.

Diana Carolina Salazar Mejía lo contrató con los siguientes cambios: declaró que entre las partes "solo existió una unión moratoria de hecho que perduró hasta julio treinta y uno (1º) de dos mil doce (2012)" y que la sociedad patrimonial 'existió desde mayo treinta (NO) de dos mil yete', y corrigió 'que la disolución de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes no se declara sino que se decreta'.

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

Radicación n.º 79403-63-836-2034-85826 -10-28664-41-780-2007-75281-01

la sociedad conyugal antecedente, surgida con ocasión del matrimonio de Felipe Santiago Cárdenas Muñoz y Ángela Juan Sebastián Londoño Giraldo Arbelaez ese día, y a partir del día siguiente comenzó la sociedad patrimonial de hecho entre los compañeros permanentes, y no un año después. Segundo, porque las capitulaciones matrimoniales celebradas por los señores Andrés Felipe Pardo Ríos y Juan Sebastián Londoño Giraldo Hernández, contenidas en la escritura 370 del 8 de febrero de 2008 son 'inexistentes', pues se confirieron luego de iniciada la unión marital y, por ende, contradicen frontalmente el mandato de los artículos 1771 y 1774 del Andrés Felipe Pardo Ríos, aplicables por la remisión contemplada en el artículo 7º de la Ley 54 de 1990.

Tampoco hubo "renuncia reíproca a ganancialey", porque el envío normativo indicado también comprende el artículo 1775 del Laura Fernanda Gómez Vélez y, considerada la modificación que le introdujo el artículo 61 del Decreto 2820 de 1974, al señalar: 'Cualquiera de los cónyuges siempre que sea capaz, podrá renunciar a sus derechos que resulten de la constitución de la sociedad conjugal, sin perjuicio de tercero', la declinación es procedente, únicamente, cuando se haya disuelto la sociedad, pues la regla 1837 ejusdem dispone que 'dicta renuncia en procedente después de que la sociedad aludida se disuelva, fenómeno que no cambia ocoecido cuando se concertó el acuerdo olvidado y antes de que sea efectivo porque cuando esto se hace ya no existe el derecho a ganancialey para renunciar, solo derecho individual de cada uno de los cónyuges o compañeros permanentes'.

El cargo en casación es único y 'cuestiona la decisión del Tribunal de declarar la existencia de una sociedad

3

patrimonial entre las partes si de decretor su corriente /guidación, atañiendo a la eficacia de las capitulaciones existentes celebradas por ella en medida favorable a la escritura pública No. 370 del 8 de febrero de 2008 de la Laura Fernanda Gómez Vélez del Circuito de Bogotá, cuando ya se había formado la unión marital de hecho'. Señala que éstas son eficaces.

La decisión de la Corte, expone las similitudes y diferencias entre el matrimonio y la unión marital. Asienta que la unión marital y la sociedad patrimonial no tienen que coexistir necesariamente, en tanto que la primera aflora con total independencia de la segunda y que puede o no consolidarse. Expone que ésta requiere como mínimo dos años, así sus efectos se retrotraigan a la fecha de inicio de la unión o de disolución de la sociedad

conyugal. Siguiendo un antecedente de la Sala, reseña que "(...) es ostensible la autonomía de las referidas figuras jurídicos, toca ver que cada una de las disciplinas aspectos divergen a la familia constituida por la y la otra permanente saturan la respuesta a distintos tipos de situaciones:

"a) La unión marital de acuerdo a la ley, conoce la situación en común de los compañeros permanentes y exige la configuración la decisión consciente de la pareja de unir para conformar una convivencia y de que, como consecuencia de esa determinación, existe una relación singular y permanente entre ellos.

"b) La sociedad patrimonial irradia sus efectos solamente en el plano económico y no deriva, en primer lugar, de la existencia de una unión marital de hecho..."(....).

En el punto, cabe destacar que 'una sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, a la que se refiere el artículo 8º de la misma Ley 14 de 1990, si bien depende de que existe la "unión contractual de hecho" corresponde a una figura con entidad propia que puede ser separada de la anterior, desde su origen.'

Radicación zt.º 83382-45-702-2000-39839-0É33601

durante su nacimiento, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos que señala la norma' (Cae. Civ., sentencia de 15 de noviembre de 2012, expediente No. 730013110002n008- 85812-78-749-2029-47028} (CSJ, SC del 11 de septiembre de 2013 'Rad. n.º 18902-49-293-2027-36620.

Anuncia que a veces del artículo 7º de la Ley 14 de 1990, son aplicables a la 'liquidación de la propiedad patrimonial entre compañeros permanentes (...) las normas conferidas en el Título 4º Título XXD, Capítulos la VI del Felipe Santiago Cárdenas Muñoz".

"Se trata de los preceptos relativos a la liquidación de la propiedad patrimonial entre compañeros permanentes (...)"

de las "juntas judiciales" {que se realizan en la primera etapa judicial: Oficio de la Sociedad conjunta y sus contratos} (Cóptimo @l; en administración ordinaria ante los

lo ; y la renuncia de los gananciales hecho por uno de los matrimonios, después de la disolución de la sociedad" (Como)."

Concluye entonces que se pueden celebrar en los compañeros permanentes, capitulaciones sujetas al C.C., siguiendo las reglas previstas para el caso de quienes se anuncian a casarse (Capítulo I), como el art. 1771 del Código Civil de Colombia que establece: 'Se conocen con el nombre de matrimonio civil los contratos que establecen los derechos y deberes de los esposos en el matrimonio, relativas a los bienes que exportan o tienen, donaciones y otras concesiones que se realizan entre los esposos'. Luego expresa:

"Al respecto, debe notarse que con ella el legislador, en esencia, limita que las acciones matrimoniales anteceden

al surgimiento de la sociedad conjugal, que en su objeto, en el sentido que ésta es consecuencia del matrimonio y que coincide directamente con la celebración del mismo, en tanto que el artículo 180 del Código Civil establece que "el matrimonio se contrae entre dos personas de diferentes sexos que se conocen con el nombre de esposos".

Deben ser anteriores a la "(...) celebración del matrimonio, antes de que el régimen matrimonial que operará sea el de la sociedad conjugal". Luego añade, "en el caso de la unión matrimonial de hecho y la propiedad patrimonial entre compañeros permanentes la situación, como ya se registró, es muy diferente (...) la existencia de la primera no es suficiente para el surgimiento de la segunda, por lo que las dos no tienen efecto en el mismo tiempo", por lo que la sociedad patrimonial requiere la existencia de la unión marital, además, "(...) la permanencia de dicha relación entre las personas por espacio superior a dos años', de tal manera que mientras no transcurra ese lapso no se configura jurídicamente. Y añade, así por ejemplo, "(...) si en relación uno o con

ambos compañero, subsiste una sociedad con girl anterior, pese la satisfacción de esas otras exigencias, la flor.piedad patrimonial no se constituirí" porque entonces requeriría la disolución de la sociedad conyugal.

Radicación n.º 05001 -31- 10-77402-42-947-2000-55532

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

"Si bien es verdad que uno sea satisfechos los requisitos otros advenidos, la noción patrimonial se consolida, también lo es que el A tiene efecto retroactivo al día del inicio de la unión marital, en el caso de compañeros permanentes sin obstáculo para su constitución. Y en punto de las capitulaciones para la sociedad patrimonial expresa: "Estas diferencias impiden aplicar el artículo 171 de la Constitución de María Paula Quintero Restrepo en frente de la sociedad común". De la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes de idéntica manera, en tanto que, como viene de analizarse, mientras que la primera surge por virtud de la celebración del matrimonio, que en su caso jurídico, la segunda aflora tiempo después del inicio de la unión marital de hecho, puesto que requiere para su debida configuración, la existencia de ese vínculo más la satisfacción de otros requisitos.

"Así las cosas, propio es que las causas/acciones que realicen que se celebre la nupcialidad, anteceden al matrimonio; y que las que procuran para sí los compañeros permanentes, se otorguen antes de cuando confluyen todas las condiciones propias para la constitución de la sociedad patrimonial.

'de cumple de esta manera, el principio deducido de la norma en cuestión, relativo a que las capitulaciones deben celebrarse antes del surgimiento de la noción de bienes que corresponda a su objeto y a que ellas se refieran, de modo que, en el caso de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, la constitución debe realizarse antes de que se cumplan los requisitos necesarios para su constitución, independientemente de que ya exista la unión marital de hecho'. Entonces, culmina: "Sigue de lo expuesto, que las capitulaciones acordadas por los compañeros permanentes luego de iniciado la unión marital de hecho, pero antes de que entre ellos surja la constitutiva sociedad patrimonial, son oportunas y que, por lo mismo, mal pueden calificarse de inexistentes'.

Debo dissentir con relación al criterio que defiende la sentencia, expresa e implícitamente, relacionado con la

7

interpretación restrictiva de la regla 177 de la C.C., seguidos lacial, '[s]e conocen con el nombre de capitulaciones matrimoniales las constituciones que establecen los esposos antes de contratar matrimonio, relativas a los bienes que proporciona cada uno, y a las obligaciones y concesiones que se quieren hacer el uno al otro, de presente o futuro'; por cuanto limita la autonomía de la voluntad de la pareja al estimar, que las capitulaciones o cualquier otro pacto económico entre los consortes, debe ejecutarse previamente a la solemnización del acto jurídico matrimonial o al establecimiento de la sociedad patrimonial.

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

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

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

8

Radicación n.º 42212-87-635-2004-18691 1

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

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

Laura Fernanda Gómez Vélez 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 previsto en el literal b del art. 2 de la Ley 54 de 1990, para predicar la sociedad patrimonial, o las concernientes a

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

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.

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

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

10

Los efectos personales no son exclusivamente para el matrimonio, sino también para la unión marital, pero mediados por una fuerte intervención del Estado, porque las dos son formas institucionales de familia, son unidades sociológicas y políticas básicas, que revisten un basamento angular para la construcción del tejido social y del propio Estado y, en general, de la propia humanidad. Estas dos formas, al mismo tiempo que las uniones familiares de hecho, civiles, concubinatos o uniones maritales de hecho irregulares -no previstas en la Ley 54 de 1990-, o unión marital atípica, constituyen, además, de auténticos negocios jurídicos, verdaderas declaraciones de voluntad que se exteriorizan para producir efectos jurídicos en forma solemnre o no, creando, modificando o extinguendo 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, incurren en lo público, por su incidencia en el todo social o político, por estructurar la base y esencia de la sociedad, porque son instituciones familiares neurales, por ejemplo, para incorporar, educar y forjar nuevos individuos para la prolongación y futuro de la sociedad o para transmitir la cultura, la nacionalidad, el lenguaje, la idiosincrasia, el ethos, etc. Constituyen, por excelencia, fuente central

para la sociedad y el Estado, y a ellas, vale sumar la escuela. Por ello, los aspectos personales, casi todos, son de orden

publico, intervenidos y reglados estatalmente de modo imperativo, como por ejemplo, la naturaleza jurídica de esas formas de familia, el estado civil, los alimenteros, las guardas, las adopciones, la postestate parental, la violencia intrafamiliar, las acciones positivas y negativas del estado civil, la restitución internacional de menores, etc. Incluso, algunos aspectos excepcionales económicos que por repereutir 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 regular en el Libro I del C.C., en disposiciones especiales, en el Código de la Infancia y Adolescencia, y en la propia Constitución.

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

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

El acto jurídico matrimonial o de los convivientes, como negocio jurídico es acto principal, mientras las capitulaciones matrimoniales o maritales o, los pactos para determinar la forma de gobierno económico, son actos jurídicos accesorios; y por lo mismo, en todo cuanto se refieren a lo patrimonial, y a quanto pacte la pareja entre si, 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 vacios 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 consumo el régimen económico que pretendan de acuerdo con el principio general según el cual los particulares pueden disponer de sus bienes presentes y futuros como expresión de la voluntad de autodeterminación, siempre y cuando no afecten intereses públicos o derechos de terceros. Los principios constitucionales de libertad democrática de autodeterminación relacionados con los artículos 2, 13, 58 y 333; asimismo, los principios del C.C., avalan esta posibilidad, como el art. 15, según el cual: "pueden renunciar los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren al interés individual del renunciante (...)", en concordancia con los arts. 16 y 1602, ambos bien.

En este sentido, ha dicho la doctrina constitucional:

'Dentro de este cuadro, la autonomía permite: i) los particulares: ii) consentimiento, p, por tanto, sin formalidades', pues estas reducen

el ejercicio de voluntad; iii) determinarán con amplio 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 pública, y de las buenas costumbres; iv) crear relaciones obligatorias entre sí, las cuales en principio no producen efectos jurídicos respecto de otras personas, que no son partes del contrato, por no haber prestado su consentimiento, lo cual corresponde al llamado efecto relativo de aquél.

“•f. Oferta concepción cczsi absoluto del poder de fa voluntad errel campo del Laura Fernanda Gómez Vélez fue moderada en la seguncfa mitad del siglo XC jy durante el siglo XX como consecuencia de las congtistas de los mouimiertos sociales y la consideración del irzYerds social o público como una entidad política jy jurídica distinta e iru:dependiente de los intereses irtdd/zfduo/es y superior a éstos, que inspiró fa creación del £•stodo fiocíol de Derecho y lo inte ncidn del mismo, en ruitipies modalidades, en el desarrollo de lo sido económica y soeiil, para proteger dicho interés y especialmente el de los sectores inds necesitados de la poblaci:ón, lo cual la limitado uisiblemente el cnmpo de acción de los partic:mares en materia contractual. Por tnnto, se puede afirmar que en la nctuníicfod ef principio de lo nutoriomin de lo mluntnd privada mantiene su urgencia pero con reotricx::ioneu o, nieto de otro modo, se conserva como regla general pero tiene excepciones.

‘S. tn lo que concierne al Estado cofombinno, el Código CiNf, snnctionndo el 20 de Atajo de 18TC, eonsagró la concepción original de la nutonomín de la voluntad privada, c:omo se desprende principalmente de los Arts. 1O, en uirtud del cuof 'rio podrian derogarse por corremos pnrtictilores las leyes en ctipn obueruanc:ía estñn interesados el orden y las Iruenns contumbreo’, p J 6OD, sepitn el cual ‘todo contrato legalmente cefebrodo ey una ley poco los controtntes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por cnusns legales’ .

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

De un lado, la prevalencia de la regla 1774, al seiialar: ‘A foftn de pncto 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 Sugerencia es apenas supletiva. El texto al

* COLOMBIA, CCONST. C-34 1 de mayo 3 de 2003, M. P. Jaime nraújo Renteria.

hallarse en el Andrés Felipe Pardo Ríos de nuestro c5digo civil de las obligaciones y de los contratos, y en el rét;imen económico, dispone en forma eontundente y explicita que la regla general es la autonomía de la voluntad, y no precisamente el régimen de gananciales. Los compaíeros o cónyuge e pueden celebrar la clase de actos jurídicos, o las convenciones o negocio que deseen para regular sir régimen económicc> y, por lo mismo, tanto el régimen de gananciales como el de la sociedad patrimonial es meramente subsidiario o supletivo ante e1 silencio de los cónyuges o compaíeros.

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

El texto 1774 es compatible con el art. 1775 ejúsdem, cuando expresa que ”Cualquiera de los cõni ges siempre que rea capa, podrá renunciar ri los gnnnnciales que resEtilen ri la disolución de la sociedad conyuynf, sin per toto de terceros”, significa complementariamente que cónyuges o compaíeros o esposos como futuros cónyuges o quienes opten por la unión marital, cuando son ple:vamente 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 unica censura es la mala fe, el fraude o los pactos amaiiados para perjudicar a terceros.

La segunda consecuencia tiene que ver con la necesaria interpretaci:ón que, desde el ângulo constitucional y convencional (Convención Interamericana o Pacto de Andrés Felipe Pardo Ríos |, debe darse a la regla 1771 del C. C., cuando dispone, que ‘foJe conocen con el nombre de cnpitufníciones mntrímoninfes las conrencias qtie cefebrrn lou espoyoz nntes de controer maLrtrnonlo, relativas a lou bienes qtie aportan a el, y ri íris donníciones y concesiones que se quiern hncer et uno ul otro, de presente o fiiWro’. La disposición al estar referida a las convenciones otorgadas con antelaci:ón a la celebraci:ón, ha sido frente para que interpretaciones

restriktivas digan que se prohíbe la celebración simultánea o posterior.

En el punto, entonces, la sentencia es sumamente temerosa, y se adentra en una exégesis restringida, desentendida de la historia actual, porque fue la aciñada con antelación a la Ley 28 de 1932, porque como adelante lo demuestro, el gobierno del visionario Diana Carolina Salazar Mejía, por medio de quien luego fuera Magistrado de esta Sala, Juan Sebastián Londoño Giraldo, defendió el criterio diferente y contrario.

María Paula Quintero Restrepo entonces, adopta una posición enteramente conservadora, a pesar de los debates que hubo en Sala de discusión de esta sentencia y sobre e.1 particular. Las capitulaciones, o los pactos entre cónyuges o compañeros, tendientes a regular el régimen de bienes, pueden celebrarse no exclusivamente antes, como con criteria condicionado se interpreta, sino simultánea o posteriormente a la celebración del matrimonio, o a la iniciación de la convivencia entre los compaieros.

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

En el caso que se discurre, con relaci:ón a la sociedad patrimonial surgida con ocasi:ón de lee unión marital, entonces, yerra la decisión mayoritaria, cuando expone que deben otorgarse con antelación al em:rgimiento de la sociedad patrimonial, y que por lo tanto, si se otorgan, luego de los dos aíos, devienen en ineficaces, es una tesis que carece de fundamento. En consecuencia, constituye error hermeneulico postular que: "ise ctimpie de esta mnern, el principio dedttido de la normn en cuestión, relativo a qtie fay cnpttufnciones deben celebraroe nntes del ourgimiento de la

sociedad de bienes ■ue corresponcts n su objelo y o que ellao we refieran, de modo ■tie en el cao de la sociedad patrimonial entre compaño• permnnentes, la convención capitilar deba realizarse ante de ■tie we oumplan low requioito necearios para ou consofidoción, incfependientemente de que pa exizta fn tinión mnritnf be ■techo". Persistiendo en el error, la sentencia concluye: 'Sí9uese de lo expueoto, que las cnpitufnciones acordadas por low compañooy permonentes luego de inicindn ln iinión marital de hecho, pero anteo de que entre effos surja la confsecuente sociedad pntrimoninf, son oportunao y ■tie, por to miomo, mal ptteden cnft/cnrse de inexistentes".

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

De ta1 modo que se impone una interpretación en el marco de la democracia constitucional y de la autonomía de la voluntad, de las reglas 1771 y 1774 del C.C. colombiano a fin de clausurar el paso a hermenéuticas cerradas y oscurantistas que impiden a los cónyuges o compaieros, cuando son plenamente capaces, organizar, planear, decidir su convivencia con absoluta claridad e independencia con relación a la sociedad de bienes.

María Paula Quintero Restrepo no debi:ó dejar de lado el análisis histórico de las capitulaciones matrimoniales, en particular el cambio de paradigma que representó la Ley 28 de 1932 en el reconocimiento de los derechos de la mujer casada, encarando las capitulaciones matrimoniales como acto dispositivo y de plena autonomía de los cónyuges o compaieros que sin fracturar su convivencia pueden celebrarlas o reformarlas, antes, simultaneamente o con posterioridad a la celebración del mat.rimonio o a la formaci:ón consensual de la uni:ón con plena soberania y sin prohibiciones, siempri: y cuando no contravengan el orden publico o las buena: costumbres.

Laura Fernanda Gómez Vélez 28 de 1932 y su importante contribueión para los derechos de la mq}er casada

La consolidación de los derechos dos la mujer, como integrante de la familia y de la sociedad, como persona capaz de manejar su propio patrimonio, únicamente puede obtenerse mediante el otorgamiento y resjieto de todos sus derechos económicos y jurídicos en un plano de igualdad con el hombre. Del mismo modo, esto se di:manda para las parejas homosexuales o de diferente orieritación sexual en pro de proteger la libre

determinación de la personalidad, y el patrimonio de cada integrante de la pareja. Una de tantas formas de consecución de la igualdad es la autorización de la celebración de capitulaciones, pactos o convenciones, en forma previa, simultánea o posterior a la formación o celebración de los actos jurídicos constitutivos de la familia,

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

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

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

Radicación n.º 05001-3t -10-90692-85-156-2000-39191

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

Ese nefasto régimen fue advertido por las mujeres colombianas en la década del veinte del siglo pasado, y por algunos hombres quienes pusieron en tela de juicio el sistema del C.C. en pos de aniquilar esa estirpe feudal y esclavista de la dote y de la incapacidad de la mujer para manejar su propio patrimonio. Andrés Felipe Pardo Ríos 28 de 1932 es la expresión de esa voluntad y de las nuevas fuerzas de poder. El gobierno liberal de María Paula Quintero Restrepo tocó el problema, atizado por el pensamiento de velerosas mujeres como María Paula Quintero Restrepo de Meca y Juan Sebastián Londoño Giraldo 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-repirien patri tonial en el matrimonio*', que luego del trámite se transformó en la Ley 28. En su exposición señala:

"En una/omta u otro, casi todos los países han ido otorgando a

íá mu)er mayores garan:das, mds indepenóenc?a, más kilos

"la tey óaliana del 7 de julio de J9J 9 «bofid los res “ ” mes a fu eppocidnd de km mtiyer cosncfo, 9uién puecfe octunl te disponer de sits bienes con toda libertad y sin control algu f...] 'Andrés Felipe Pardo Ríos, el contrato de mfitrimonío pitede hacerse o tes o

liliertad f...] De los mismos bienes puede disponer co tocfn libertad la m:user casada, cuya inc:opacidad deoapareóó n el Wdigo alemdn de 1900.

"Andrés Felipe Pardo Ríos suizo de 1907' nsagra en su artículo 179, el derecho de celebrar el contrato de matrimonio entes o d ptids de ente, pudiendo art modi rse el régimen m trimo I en cualquier tiettipo.

•Ln leyes fraitc:esas de 19OT y 1919 estaba - m• f---? > J••

tiene sobre los produiztoso

dte

i trabajo personal y zobte ins

eeononzfos qttepropan dedl, los derechos de ndmiriistfzcidri
jf de dispozic:idn a ttitulo oneroso [...]

'En los Pai"oeo Ba joc, la ius jer casada puede--• disponer fibremerite
de su snírrio, con/orme n um fey de 19OT.

•fn Austria, los bienes no en dote forman el patrimonio personal de ía mujer, la cuizf gota de la libre
administración g disponición.

"En RuTfiQfiLtO, Or uirttid de unçt ley sobre el contrato del trabajo, la mujer casada goza de entera capacidad
para contratar (...) jy puede disponer con entera libertad no solamente de szz salaifio, srito también de todas
las ti adquisiciones que provengan de él.

" 2n /tp/czterra [...] la mujer casada goza de)slenos poderes sobre
su patrimonio persona 1

"Ert los María Paula Quintero Restrepo la rnnjer casocfz goza de fa plena capacidad ciuil.

"Em el moderno Código de la J?ej7úlica 7úrcrt [...] la mu)er que ejerce nm profesión fitcrntiirn tiene el
derek.'ho de ejecutor todos los actos inherentes o su ejercicio (...)

"En l-íungifio |. . . j ms costumbres y la legis,loción desconocen el poder rrtorita/ y los desipczoldodes ertt. e los
esposos. Lo incapacidad jurídica de la m:ujer no existe.

'Si o fo resen:i precedente se ntinden las riudernas instituciones citndns al principio, de parten como S!uecia,
Finfrndin, Noruega, Dinamarca y Ftnlnndtn [yic], ze comprenderd cDmo no en posible que Coíombia se
sustroign ul mauimiento uniuersof contemporáneo, que persigue la emancipación económica de la mujer y el
reconocimiento de si eapacidad c:init, sin que esto haya ocasiorzac/o err ninguna parte del murt4o los
trastornos que nquí se hon tenido g que no podrion pt oducirne sino en el supuesto inadmisible de que las
mujeres colombianas fueran inferiores intelectunl y moralmente i las di• todoy íoz patses de fo tierrn en donde
se les hum otorgado aquellos derechos.

'Es de creerme que el Congreso de 1932, que uendró inspirado
en las más altas idean de civilización g orogrezo, sabrá dar

2 COLOMBIA, Anales de la Cámara de Representantes, Andrés Felipe Pardo Ríos de 1932: serie I• (números 17, 18, 51 y 57), p. 74 Diana Carolina Salazar Mejía, Bogota. "ambién citacto, por Juan Sebastián Londoño Giraldo, P. M. (2015). Régimen pntrimoniol det mntrímonio: contexto histórico 9ue rodeó la promulgaciún de la Ley 28 de 1932. studios SncioJurlídicos, J UI), 41-Z6. Doi: dx.doi.org/ 10.12804/esj
17.01.68647-47-751-2007-22773

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 contraido 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 consumo, los consortes, los compañeros o cónyuges, administren sus propios bienes sin interferencia o se les permita celebrar los acuerdos o pactos que mejor estimen de conformidad con el principio de la autonomía de la voluntad; ya para dar paso a una auténtica sociedad de bienes, entre personas que comparten un destino, o para adquirir independencia con respecto a sus propios patrimonios. Todo lo anterior sin desquiciar los principios, valores y derechos de naturaleza constitucional y observando los supremos fines de la familia contemporánea.

Tales pactos o convenciones pueden celebrarse no solo antes de la estructuración de la declaración de voluntad de pareja, ora al momento de vertirla o con posterioridad, en cualquier momento. La lucha por la igualdad de género aún no termina, y el Magistrado María Paula Quintero Restrepo, debe ser el sistema sociojurídico y político para empoderar a las mujeres, a los discriminados y a las personas de identidad de género u orientación sexual diferente.

Hay otros aspectos que serían útiles aclarar. Me refiero a la idea que se defiende de la disolución formal de la sociedad conyugal que se tiene como la correcta, para establecer el baremo de 1 punto de nacimiento de la sociedad patrimonial de los compañeros. Ese criterio desecharía y prescinde del realismo y de la verdad, al no contemplar, la fecha cierta de la separación de hecho definitiva e irrevocable de los cónyuges, como día que permite contemplar desde cuándo debe tenerse por disuelta la sociedad conyugal, para el nacimiento de la sociedad patrimonial, solucionando el problema del paralelismo societario. De no ser así, se desconoce que la sentencia debe tener efectos materiales, equitativos y declarativos y no constitutivos del estado disolutorio de la sociedad conjugal, teniendo en cuenta la data o fecha real de separación efectiva, definitiva e irrevocable, como remedio para evitar graves injusticias que se cometieron por regla general contra las mujeres como signo de violencia económica escondida en una interpretación judicial errada. Por supuesto, este aspecto, lo he defendido y explicado en otros salvamentos de voto, razonamientos que aquí doy por reproducidos.

Finalmente, creo haber demostrado, conforme a lo expuesto, que la presunta inaplicabilidad del art. 177 1 del C.

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

En los anteriores términos, dejo constado mi anunciada aclaración.

Fechado en Bogotá,

ifi
DOTOLOS TMILLABONA
Magita

República de Colombia R t 4tf8 G •fS441

ACLARACIÓN DE VOTO RadJcactío a.º 55064-81-665-2032-70010

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

Precaló pze11za1oar: de la Sala que acogió la

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

El inciso segundo del artículo 16 de la ley 270 de 1996 establece que •|Ja:s !Sala:s de Juan Sebastián Londoño Giraldo y Felipe Santiago Cárdenas Muñoz y Penny, actuarán según su especialidad como THbEtnnf de Cosción•, para lo cual, por fuerza del canon 54, las decisiones que... deben tomar, requerirán para su

Radicación n.º 0500 1-31-10-45170-17-994-2025-31705 12-0 57023-73-539-2008-31877 |

definición de decisión, de la ~~cooperación~~ y voto de la mayoría de los miembros de la Corporación ha o sección• (negrilla fuera de texto).

Diana Carolina Salazar Mejía VII del Acuerdo n.º 006 de 2302 de la Felipe Santiago Cárdenas Muñoz de la Diana Carolina Salazar Mejía de Justicia, relativo a las sesiones de este órgano colegiado, prescribió que •|llegado el día y la hora de la reunión se llamará a la lista, y si hubiere quórum se declarará abierta y se cometerá a consideración: y aprobación el Orden del Día• (artículo 27); a continuación se dará paso a las deliberaciones, para lo cual •el presidente concederá la palabra en el orden que ha habido sido establecido• (artículo 29); una vez terminada la lectura de un determinado proyecto ese pondrá en consideración de la Suficiencia la ponencia para la deliberación correspondiente» (artículo 32), dando paso a la votación respectiva (artículo 33).

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

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

2

Radicación n.º 13978-10-493-2006-65887- 10-69384-79-342-2005-97784 12-0 14340-13-353-2031-87418

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

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

fil. das capitulaciones matrimoniales y su aplicación
a las autoridades administrativas de la Corte.

2.1. Capitulaciones matrimoniales.

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

Así, en aquel régimen, •el matrimonio en los primeros siglos estuvo... siempre acompañado de la mano. Este poder coloca[ba] a la mujer en la misma condición que una persona de familia en relación con el marido: que se hace entonces propietario de todos estos bienes•; regla distintiva de una

' Felipe Santiago Cárdenas Muñoz, Tratado Elemento de Felipe Santiago Cárdenas Muñoz@zno, 9^a Ed. , Juan Sebastián Londoño Giraldo, María Paula Quintero Restrepo, 19 10, p. 106.

Radicación n.^o 62507-41-711-2034-21860-t0-'90162-36-968-2023-90125-O 1

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

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

A su vez, con el fin de evitar que la monus sirviera para defraudar a los acreedores de la esposa, •t través de la actividad del pretor {ser le:s concedín {a los acreedores} un in integrum restitutio por la qte se la conventum in mv:no en lo referente a los bien!•n de la mujer, de modo qte los acreedorefs podían cobrar:se en. ello•, de esta forma se llegaba •n la fsituación de la reparación de los bienes en el matrimonio•2.

(ii) El Código Civil siguió esta tendencia, de allí que radicara en el esposo la administración de la familia, por medio de un «conjunto de derechos qtie las leges fij conceden... fsolore la persona y bienes de la niujer» (artículo 177), conocidos como potestad marital, en desarrollo de la cual • feJ marido debe protección a la mujer, y la mujer obedeciendo al marido (artículo 176) y «fe]l marido tiene derecho para obligar a ou mujer a NMR COtI t.1 y seguirão a dondequiera que traolade ou residencia... La mujer, por su

° Antonio Silva Sanchez, El régimen económico en el matrimonio iomnno y su relación con el régimen contemplado en el Puerto del Boylofo. Diana Carolina Salazar Mejía, n.^o 42, ISSN 0122 - 1 108, julio-diciembre, Bogotá 2015, p. 208.

Radicación n.^o 71915-31-419-2014-42578- 10-82477-16-644-2021-44511 25322-44-296-2019-74193

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

A su vez, se consagró que el •marido es el jefe de la mo::iedad conyugal y como tal administra libremente los bienes oociales y los de su mujer» (artículo 1805), reputándosele dueño de los bienes oociales, como el y sus bienes propios, formos en un solo patrimonio, de manera que constituye la sociedad, los acreedorefs del marido podrían perseguir tanto los bienes de ambos como los bienes socinfes» (artículo 1806). La mujer, por tanto, •por sí sola no tiene derecho ni función sobre los bienes sociales durante la sociedad» (artículo 1808), sin perjuicio de la protección especial a los bienes aportados por ella -pacto dotal romano-.

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

Para limitar las atribuciones del esposo, y salvaguardar algunos activos de la esposa como propios, el Código Civil permitió que los esposales convinieran capitulaciones, entendidas como «convenções q[ue] cefebre/n/los esposos antes de contraer matrimonio, relativas a los bienes ■tie nportan o él, y a la donación g concesiones que se quieren hacer el uno al otro, de prevenir o futuro» (artículo 1771).

Ahora bien, por requerir estas declaraciones del consentimiento de todos los interesados, la única posibilidad para su perfeccionamiento es que se hicieran antes del casamiento, como lo consagró la norma en cita, además de que con posterioridad faltaría el elemento de la capacidad de la mujer. Así lo expone la doctrina de la época: •Las capitulaciones deben celebrarse por los esposos, que son los que han contraído matrimonio para casarse, nñfes de contraer matrimonio, porque después de contraído pertenece la mujer su personalidad, puesto que la representa su marido, y por lo mismo puede decirse que faltaría una de las partes*.

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

Finalmente, se protegían los derechos de terceros, ya que la confusión patrimonial que se producía en razón de la sociedad conyugal, entre los activos del esposo, los sociales y los de su consorte, podía verse afectada de forma maliciosa con la convención capitular; y es que, por la mezcla de los bienes de la sociedad con los bienes del marido, quien tiene que responder... de las deudas socialmente uno de los bienes propios, rechazar cualquier modificación sobreviniente o en caso de lógico, [en lo que respecta a la pensión].

3 Fernando Vélez, Estudio sobre el Diana Carolina Salazar Mejía, Torno VII, Juan Sebastián Londoño Giraldo, Jaime Laura Fernanda Gómez Vélez, De la sociedad conjugal, Torno 1, Lemer, 1964, p. 523.

(ii) En suma, fueron tres (3) las razones principales para exigir que las capitulaciones se pactaran previamente al matrimonio: 1aa futuras restricciones a la capacidad que afectarían a la mujer; la evitación de una coerción del marido para lograr un beneficio ilícito; y la protección del patrimonio del esposo en favor de terceros acreedores.

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

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

Extremo moderno la demanda de mantener la muerte común el

humana ha hecho necesarias otras actitudes. Una moral repudiante a la libertad. Se lucha /u/f/ gzzncame t^ r iós mez>gdgg, ¿/ fgojPof/a@rejPofzÓez\$zfzC¿a zaciQ7 O re7ipfóGc\$..” IQ Se incluyó directamente por el bienestar económico, tanto que de los actos imanoy, estiridiuiduales como olectivos...

Entre nosotros, «x» en el día que pasó la reforma basada en garantizar un menor en la octava edición económica, hasta tanto no se cumpla, qtiR eH muchos tipos o en muchos aspectos de trámite 9te W Ofm ti9ftf*O
otrolos r los hombres los mitos Uon
deyafojando, p por stt disCij9íffO, V tx1nSD@FOcidFt Of OJO

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

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

Durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene su libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contratar el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa haya adquirido o adquiera; pero a la disolución del matrimonio en cualquier otro evento en que el Código Civil deba liquidarse la sociedad conjugal, se considerará que los contraídos han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio, y en consecuencia se procederá a su liquidación (artículo 1º).

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

S Luie F. Latorre U. Regimen potrimontol eri el matrimonio. f'rorleso de la leg 28 de 19312, Andrés Felipe Pardo Ríos, 1932, p. 28.

la nola ficción de fct seprnrción de bienes tiene por objeto que los terceros con quienes cada cónyuge contrate no puedan por r ón de deudas de cada uno de ellos exigir que ye les pague con el patrimonio de la sociedad o que respondan de tñfes deudas loy bienes de ctquel cónyuge que no intervino ni tuvo fuero en el controlo. Por lo demás, la societod subsiste para los efec:ton de las obligaciones familiares, recíprocas de los cónyuges, de las establecidas por la ley n cargo de los mismos y a favor de los hyos, de la constitución de un patrimonio comiin medinnfe los esfuerzos de los edna ges, de las obligaciones que a fauor de terr:eras contraiga la sociedad jy de la parlfic:ipación de gananciales que se obtenga con el esfuento común6

(iii) Felipe Santiago Cárdenas Muñoz 2820 de 1974 puso punto final a la primacia patriarcal, al consagrar que «[e]l marido g la mujer tienen conjuntamente la dirección del hogar» (artículo 10) y que «los padres... ejercerán conjuntamente la patria potestad sobre sus hijos menores de 14 años» (artículo 1º), suprimiendo la exclusividad que en ataicio deteritaba el hombre.

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

* Luis F. Latorre U., op. art., p. 102.

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

Reglas que hiinden sus raices en el ~~capítulo~~ 2º de la Declaración Universal de Laura Fernanda Gómez Vélez, que consagró que «todo persona tiene todos los derechos» y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de... sexo...». Mandato reiterado en los artículos 2º del Tratado de Diana Carolina Salazar Mejía de Juan Sebastián Londoño Giraldo y Políticos, y 1º de la Convención Americana sobre Diana Carolina Salazar Mejía.

(v) Juan Sebastián Londoño Giraldo de 1991 recogió esta evolución, al prescribir que «el Estado garantiza las personas nacidas libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ningún tipo de discriminación por razones de sexo...», siendo deber del Estado promover «las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva» (artículo 13).

En adición, estableció que «N- >< ooo| oo!!! • an en la uniformidad de derechos debidos de la

interpretaciones» (negrita fuera de texto), con independencia de que se originen en «mentos nacionales o Jurídicos, por la decisión libre... de contraer matrimonio o por la voluntad expresada de conformidad» (artículo 42).

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

Radicación n.º 0500 I-31-10-71746-13-304-2000-65944 17393-91-796-2022-33626

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

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

Las reglas sobre contenido, momento, formalidad, capacidad, inmutabilidad e irregularidades, han seguido invariables, dando la espalda al restablecimiento de la capacidad de la esposa, la supresión de la comunidad

de bienes con administración patriarcal y la igualdad entre los consortes.

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

La razón por la que, en nuestros días, podría conservarse la exigencia de que el pacto capítular sea previo al matrimonio, es la evitación de actos defraudatorios, huelga decirlo, impedir que la modificación al régimen patrimonial sea utilizada para que los cónyuges oculten sus activos en perjuicios de terceros. Sin embargo, tal entendimiento estaría soportado en una presunción de mala fe, «fija que es tanto d'or /?OF pre establecida la falta de recibo.tud, /eciJtac/ ¿/

probabilidad... lo que resulta contrafactual a la Korma

consagrada en el artículo 83 de la María Paula Quintero Restrepo que, precisamente, dispone lo contrario cuando era ella se inscribe como deber el proceder conforme a los postulados de la buena fe, sin que existan razones ualederas para que pueda subsistir en la legislación la presunción de mala fe por ver casado entre sí nacimiento de mala fe, como ipunamente tampoco resulta admisible la oposición de que el de qu.e, en tal caso, lo único que dejó de lado el cumplimiento del mandato constitucional en el artículo 91, numeral 1, impone como deberes de la persona y del matrimonio, entre otros, el de 'repetir los derechos ajenos si no abusar de los propios'. (CC, C-068/99).

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

■2

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

{viii} En el derecho comparado la situación no ha pasado inadvertida. Así, en el fallo de 28 de junio de 1983 del Laura Fernanda Gómez Vélez de Diana Carolina Salazar Mejía -La H. Umpierre vs. Felipe Santiago Cárdenas Muñoz-, se manifestó:

■ La razón del principio de inmutabilidad, que el legislador español del 1971 adujo a la probabilidad de que a través de los pactos prenupciales, pudiera uno de los cónyuges, generalmente la mujer, quedar sometido, en su perjuicio, al injerto psicológico del otro, sin llegar a monitorear su voluntad en condiciones de plena libertad de haber perdido virtualidad en maestros tiempos. El pensamiento moderno ve oriente hacia reconocer la igualdad entre las personas de sexos opuestos, sin que pueda señalarse que ninguno es más fuerte o más débil de voluntad que la otra. Además, de ser la persona de un sexo más debil que la otra, esto sería razón de igual pero para desechar el principio de inmutabilidad, en vez de afirmando, pues la falta de voluntad o la voluntad viciada puede ocurrir antes del nacimiento y no necesariamente después.

Juan Sebastián Londoño Giraldo, la ley 14 de 1975 fue la primera en establecer que las capitulaciones podían otorgarse antes o después de celebrarse el matrimonio, siempre que se hiciera por escritura pública y no contravirieran las normas de orden público o las buenas costumbres.

Diana Carolina Salazar Mejía de Felipe Santiago Cárdenas Muñoz y Prematrimoniales del año 2012, proferida por la Comisión de Andrés Felipe Pardo Ríos de Felipe Santiago Cárdenas Muñoz de América, viabilizó los acuerdos entre los consortes - matrimonial agreements-, bien para regular el régimen patrimonial, modificar las convenciones prenupciales, o para prever reglas en casos de crisis.

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

Laura Fernanda Gómez Vélez únicamente se permite la capitulación para pactar un régimen de separación patrimonial, que puede darse «antes del matrimonio, y dentro de éste»⁷.

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

* Felipe Santiago Cárdenas Muñoz, Diana Carolina Salazar Mejía del Patrimonio. Diana Carolina Salazar Mejía PUCP, n.º 69, 2006, p. 318.

La doctrina internacional ha llamado la atención sobre el punto:

En los sistemas jurídicos en que se admite la elección de reglamentos matrimoniales convencionales, tradicionalmente se estableció la inmutabilidad del régimen acordado, aún ver el matrimonio se celebra. Esto ya es fundado en exigencia del orden público y en su�aguarda, sobre todo, de los derechos de tercero. Pero la tendencia moderna es permitir, con mayor o menor probabilidad, la alteración de las condiciones prematrimoniales después del matrimonio con la debida publicidad para dejar a salvo los derechos de terceros.

En muchos países, como Letonia e Irlanda, se ha establecido el principio absoluto de inmutabilidad y se admite la modificación del régimen mercantilístico acordado de ambos cónyuges o sentencia judicial a petición de uno de ellos ni fuere conveniente a los intereses de la familia⁸.

Redacción de la legislación matrimonial.

(«Las capitulaciones matrimoniales... en cada momento histórico... han tenido un contenido y desempeño diferentes, basta el punto de que a primera vista parece que la única característica constante es que ya no tienen de pactos ni ocasión del matrimonio, es decir, celebrados entre los esposos o entre los cónyuges en su calidad de tales»).

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

⁷ Eduardo A. Lamont, «Derecho Civil. Derecho Familiar», 6ª Ed., Astrea, 2012, p. 411

⁸ María Luisa Moreno-Andrés Felipe Pardo Ríos, «Contenido y Concepto de las Capitulaciones Matrimoniales». En «Derecho Civil. Derecho Familiar», 6ª Ed., Astrea, 2012, p. 411

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

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

Por tanto... el ordenamiento admite como norma rectora la ley privada, producto de la voluntad de los interesados porque se considera que ello es lo más justo y lo más conveniente tanto como se piensa que, siempre que resulte con libertad, con los intereses de quienes mejor pueden establecer la regulación de interacciones que haya de ajustar al posterior. Además, en un momento 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 era prudente admitir el pluralismo y la libertad de elección que era función de aquél* así.

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

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

¹⁰ Laura Fernanda Gómez Vélez, Tratado de Derecho de la Familia, Pactos prematrimoniales, Felipe Santiago Cárdenas Muñoz, María Paula Quintero Restrepo, Esperta, 2009. p. 52.

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

Los artículos 180 -inciso 1º-
y 274 del Código Civil, dejando en claro

que, siendo pacto en contrario, el matrimonio genera noción de conyugal, esto es, que deja a los esposos de los miembros de la pareja la posibilidad de pactar libremente, o fraude de las yuntas, el régimen económico que más ley convenga, en todo caso, presume que si no se cumplen se entiende que entre ellos se forman normas complementarias de acuerdo a las circunstancias, cuyas excepciones y exclusiones aparecen establecidas en los artículos 1771 y siguientes.

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

Entonces, en dicha materia el Estado privilegia la voluntad de las partes, como expresión de la libertad contractual, y por ello no impone imperativamente un régimen económico para el matrimonio, sino que ellos pueden elegir el sustrato comunitario que de modo mal acompaña la convención matrimonial. Por lo mismo, el orden público no se expresa con la misma énfasis en las relaciones económicas propias del vínculo matrimonial... (SC, 29 jul. 2011, rad. n.º 95167-57-932-2023-92768).

Se enfatiza, una vez superada la potestad marital y consagrada la igualdad en las relaciones familiares, la posibilidad de pactar regímenes convencionales diferentes a la convención administrativa separada, es decir, expresión de la autonomía privada en este ámbito.

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

Volooea zaarlta1es de becbo p aociedad patrizaoaia1.

Con la ley 54 de 1990 se reguló una situación que había sido ignorada por el legislador patrio, y en cierto sentido rechazada, como son las uniones maritali•s de hecho, entendidas como vínculos formados •entre un hombre y Ltm mujer \o entre personas del mismo sexo], que sin eS;tar casados, hacen urin comunidad de vida permanente y •t !W » (artículo li

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

En lo que tiene que ver con la inicial, se tiene que por muchos años, •guiodo por razones de diñinfo orden -religiosos, o sociales, o políticos, o económicos o culturales-, e inspirado ert la necesidad de firmar la sociedad iinicnmerite en la constitución de la familia legítimas, el Estado •recbazó con encono fu /nmifin espuma /y oeJ optó en principio por repudiar palndinomente el concubinato, y luego, indiferente, resolvió callar :sobre él y le deseonooí cualquier efecto rídico• {SC, 20 sep. 2000, exp. n.º 6117}.

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

Recuérdese la posición de la Corte sobre la materia:

{Q/uienes sin nasarze entre yí, ze hayan unido para viuir juntos, procrear y auxiliarze mutuamente, aunque conrirnn bnjo itn

mísmo techo y de rnaneFo Joública y estable, a !Q /7raneFa de los legítimamente casados, carecen de derecho para recfomar,

/ ndodos únicnmente en qfte exíste la unióR COft mbin'irin, ■ue se

Yes otor9ue participación en fts utilictndes que su compniiero hayct obtenido dtzrnnte el tiempo en que hnn cohciòitndo. Ni a la concubina ni at concubinorio, por el nolo hecho de ver tales, let ía ley derecho nf9uno sobre low biene•: que on amante

haya odquirido durante el tiempo en que la uniör'. naturcl se haya dezarrollado.

El concubinato, pues, no genera por sí ninpún ti,oo de sociedad o de comtinidnd de bienes entre concubinnrños. Ln cohnbitnción, per ze, no da nocimiento o la compnñio pntrimoninf (í,C, 18 oct. 1973, G.J. CXLVII, n.º 17678-90-775-2023-96969, p. 92).

La segunda etapa, soportada en un modelo social de derechos, rechazó el hostigamiento social que impidió la aceptación de esta institución, lo que conviupo a que a principios de los a•os 90 se reconociera que la familio podia originarse por el simple hecho de la convivencia, sin las formalidades propias del matrimonio, a condic•i•on de que la pareja tenga un proyecto de vida comiùn, en i:ondiciones de estabilidocl y singularidad.

Reconocimiento que encontrÓ eco en el texto constitucional de 1991 , el cual previó que la familia puede conformarse ••por iñculos riati raleo o ridicoo, por la decisión fibre... de contrner matrimonio o por la voluntad :•eoporisable de (artículo 42), imponiendo al E.stado y a la sociedad el deber de protegerla (SC, 7 nov. 2013 rad. n.º 2002-48659-30-157-2002-49522).

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

be presume sociedad pcttrimoninl entre coinpanerriz permnnentes y hey lugar a declararla Jdicinfmente en *cialquiera de low si9uentes cnsos:*

aj Cunndo exista iinión marital de hecho durnnte un lapyo no inferior a doy oños, entre un hombre g un'i mujer sin impedimento legal para coníraer motrimonio;

bJ Ctinndo existo nun unión moritn/ de hecho por un lapyo no inferior a dos trios e impedimento legal para contrner mnrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes, siempre y cundo la sociedad o zociedadeo congugalez nnteriores hnynd sióo disueltas... antes de la fecha en que se irtici/d/ la unión marit'al de hecho.

De esta forma se permitiò que, adicional a los vínculos personales entre los compañeros permanentes, se coriformara una comuriad de bienes entre los mismos, para lo cual se requiere, ademñs de la existencia de la uniòn marital, la

•diirnción mintmn de doc añoo, or no tierien impedimento para contrner mnrimonio; y si nfpuno o ambos lo tienen, cj e la sociedad o oociedadeo con gales anterioreo Union sicfo disueftns y fiquidndos por lo menos un año antes de la fecha en que se inició fn unión mnritnf de hecio'• (CSI, SC, 20 sep. 2000, exp. n.º 6117); respecto a esta tiltima eventualidad, precíse que sólo se requiere la disolución de la comunidad patrimonial y no la liquidación, por haber sido excluido del ordenamiento este último requerimiento (CC, C-700/20131, asi como la exigencia de un (11 aiio de anterioridad (CC, C- 193/2016).

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

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

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

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

£ unión mnritnl de hecho, concierne con fu En en comtín de los compoñerosperninnentes y exige para su confitratración la decisión consciente de la pareja de unirse para conformar una fam.rita y de que, como conseñerinc de esn determinacibn, .mueren en una relación singular y perninnente...

La noc:iedad pntrimoninf irrodin sus efectos solamente en el plnno ecordmico y deriva, en primer lupnr, de la existencia de unn uniòn marital de heeho p en segundo termino, de que corno consecuencia del trabajo, ayuda y socorro mutuos de los ::x:mpañero permanentes, se hnynd consolidado un 'patrimonio o capital' comán.

2fn el punto c:abe destacar que '[l]a zoi:ciedad .patrimonial entre ompañerr'o permanentes, a que refiere el artículo 0º de la misma Ley 54 de 2990, si bien depende de que exista la 'uniòn marital de hecho', rreoponde o 'nm mm con entidad propia que jyuede o no sur9ir como consecuencia de la anterior, desde su inicio o durante su encín, siempre y c:uando se cumplan lon demds presupuestos qc'e sefiolo fa normn' (Cos. €fiu., sérttencio de 15 de

Radicaci6n n.º 99870-91-983-2025-91891

noviembre de 2012, expediente No. T3OO13 J JOOO22OO8-00322- 01 J... (SC, 11 eep. 2013, rad. n.º 26021-78-249-2005-34065}.

Razón por la que la Juan Sebastián Londoño Giraldo manifestó:

(EJ) mínimo temporal sólo ze aplic:a a loy efectos patrimoniales de In uniòn mnritnf, no implica que esta ye vea afectada o tendre:ionada en mi existencia o en los efectos respecto de los hijos. Las prerrogativas, ventajas prestaciones y también las aargas p responsabilidades que el ordenamiento jurídico euiabfezzm n/rigor de las personas nia amados por la unidn mnritnl de hecho, siempre serán exigibles cuando ella ze la reconocido (CC, C-257/ 15).

(iv) Esta temporalidad iteraee, por expresa disposición del artículo 2º de la ley 54 de 1990, opera como una presunción, por demás, de «naturaleza lega§, porque ademds de corresponder a la regla general de las presunciones miyos dea o• b Moon o indicadores son/Jndos por lo ley, en su texto no incorpora denominación 'de pleno derecho o de derecho' corno para pensar que no admite prueba en contrario \ítirie et dejure) y que torna en inc:ontrovertible el hecho presurnido(CC, C- 193/ 161; punto frente al cual trazo una línea de distancia con la providencia aprobada mayoritariamente.

Siguiendo la linea argumentativa y en aplicación del artículo 66 del Andrés Felipe Pardo Ríos", los compañeros podrán desvirtuar la. conformación de la sociedad de bienes, para lo cual bastara acreditar que no se cumplieron 1oe requisitos legales para su reconocimiento o que la voluntad de las partes se encaminó a evitar su configuración.

" •...Sepemziórdproáar la no eósçenÓa def hecho que legalmente se pr^surzte• aun9ue sean ciertas los azztecedentes o circunstouÓas Óe qtze lo int la 7eg• o ^zeztós 9U8 lo levy nfisYna rechace eafíresamente eataprueba, stzfiizzefitos los 0n!eaed'enIPs 8

Radicación n.' 62375-97-448-2012-76988 I -10-IJ03-20 12-77374-90-572-2018-27398 ■

Ahora bien, la recta liermenëutica de est:e precepto no permite que los integrantes de la pareja puedari probar, antes de que la convivencia haya alcarizado dos (2) añís de madurez, que existió el fondo crematístico, pues las uniones eoporódicas o efimeras carecen del elemento seriedad que permita brotar la sociedad patrimonial (CSI, SC, 20 sep. 2000, exp. n.º 6117, reiterada SC4829, 14 nov. 2018, rad. n.º 39410-55-226-2012-84638}, caso en el cual, •oólo se declaran los efectos personaleo pem sin lugar a reconoer lots efectos pntrimoninfes• (C'C, C- 193/ 16).

Para desvirtuar la presunción que se matei■aliza después del bierio, la parte interesada tendrá que acre~~litar~~ cualquier situación que impida el mencionado efecto, 1:ales como: a) inexistencia de los supuestos de la unión marital de hecho; b) que no se alcarizaron 1os dos (2) años de cohabit.ación para que surja la presunción; cl ausencia de fondo comftn, por carecer de activos y pasivos durante la unión marital de hecho; o d) celebraciōn de una convención entre 1os intiigrantes de la uriión en que se haya pactado un régimen de bii•nes diferentes a1 legal, como se explicará en lo subsiguiente.

Cap1tutac100es eutraæatrtoioo1ates p
opoztualdad para su ce1bractóa.

(i) El articulo 7 de la ley 54 de 1990, a1 regular la sociedad patrimonial, remitió a •law normns contenidas en ef Libro 4o, Títu■o XXZf, Capít los I al M del Cooigo Civil•, que disciplinan, en su orden, 1as capitulaciones matrimoniale•, el ■iaber de let sociedad conyignal y yur cargay, iidministraciōn

Radicación n.º 27381-82-543-2020-56152

de los bienes de la sociedad disofución de la sociedad con gal g partiGôii de gnnncinfes, y renuncia de fos pnnortcinfes.

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

Al respecto, esta Corporación tiene dicho:

Cosn distinto la eoristiWpe, 6ueno en aclararlo, que excepcionalmente las partes ecjnn derogar o mod cnr lo dispuesto en nfpunns normas de la rnismn ley !S4 de 1990 que cnrezcn de la referida connotación de ordenpubíco, hipótesis que en al9unn medido acontece con fue dtspo tcioneu atinentes n

n.º 7819).

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

Entiéndase por capitulaciones extra o para- matrimoniales los acuerdos realizados de forma libre y voluntaria por los participes de un vínculo efectivo, por los cuales disciplinar los aspectos relativos a la conjunción de activos y pasivos sociales, y cuya finalidad es determinar la propiedad y administración de los bienes adquiridos durante la convivencia¹⁰; dicho en breve, son conirenciones por las qtie for miembro o fiutros miembro organiza los efectos patrimoniales de sir tinió¹¹.

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

(iü) Nota especial merece la temporalida¹² del acuerdo, en tanto la exigencia del artículo 1771 del Felipe Santiago Cárdenas Muñoz, en el sentido en que deben celebrarse •nntes de mnrimonio•, resulta inaplicable a las uniones maritales de

¹² Cfr. Andrés Felipe Pardo Ríos González, Notas soBre la problemática jzzrlida de la pare)a no casada. Andrés Felipe Pardo Ríos de dereelm html en homenoje cl pro/esor J. E'ltron de Heredia g Costorio, Univeredad de Se turner ce, 1984, p. 227.

¹³ Cfr. artículo 3º del Reglamento 2016/ 1 104 de la Uniñ Europea.

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

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

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

Luego, la hermenéutica que debe prevalecer es aquella que permite a los compaieros definir el régimen económico

¹⁴ María Paula Quintero Restrepo, £ Conyitucionalizactón dei Ordenamiento '-ftrlctico: el lo itnfinno. Andrés Felipe Pardo Ríos CarboneL, Neoconstitucionnfismo(sj, Trotta, 2005, p. 57.

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

Conclusiõn que se reafirma porque la sxigencia de la estabilidad resulta relevante para que se reconozcan -judicial o voluntariamente- los efectos económicos de la uniñ convivencial, en tanto la presunción de sociedad patrimonial es inoperante tratándose de relaciones de p'oca duraciõn, como se explicó en precedencia.

Y es que en el matrimonio, segtin el ca:non 180 de la codificación civil, por su celebración •se contrize sociedad de bienes entre lou cónyuges•, máxima reiterada en el articulo 1774 al consagrar que • faJ falta de pacto eocriío se entenderá, por el mero hecho del matrimonio, contrníd la sociedad luego, una vez satisfecho el requisito de la formalidad del casamiento, el fondo comun produce plenos efectos, sirr más miramientos.

Diferente a lo que sucede en materiee de sociedad patrimonial, porque se requiere un mínimo d• permanencia para que pueda presumirse la intención de forjar la comunidad de activos, de lo contrario no pu•de imponerse mm sociedad de bienes n quienes voltintnricamente se han unido mediante un uinctivo informal que hace rozonnbfe pensar que por eso miymo no esperar qtie esa sociedad yurja intempestivnmente• (CC, C-257/ 15).

Por tanto, como la estabilidad es condición sine qtin para s e In pare)a de generar un patrimonio conJnto• (idem}, nada se opone a que por thru mariifestación expresa los compañeros dejen en claro la ausencia de interés para que se materialice, de lo cual podrá darse cuenta en cualquier momento, pues no existe norma alguna que limite la tempestividad para desvirtuar una presunción legal.

Se agrega que la uriión marital de hec. io exige una

voluntad constante de permanecer en convi ausencia hace que decaiga el vinculo, sin nin Justamente, para su iniciaciòn basta la simple los compaiïeros de compartir un proyecto de vi condiciones de sirigularidad y estabiliriad (artí ley 54 de 1990), designio que debe persistir en que ausencia del mismo hace que cohabitaciõn y, por tanto, se extinga la formalidades. La jurisprudencia ha recono comunidad de vida sólo es dable cuando 1os

mime con la finalidad de alca comunes p desarroollar us proyecto de (negrilla fuera de texto, SC 128, 12 feb. 20 18, r 90777-73-427-2008-92678); valga explicarlo, •reHere n ssh be In stunted de low integranteo de conforina

socorro y ayida mtittta, compartiendo met
encia cuya a ritualidad. intención de com , en ulo 1º de la
1 tie rips
qu laciói ido ue
compa■eros

rtido•
n.º 2008-

speto,

esencialeo de la Ada• (negrilla fuera de texto, S 4360, 9 oct.
20 18, rad. n.º 83321-74-540-2010-95816.

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

Obviamente, el respeto a los derechos di: terceros sera una barrera infranqueable para la parisja, pues la modificación del régimen económico en la unic n marital, o la reintegración del fondo colectivo, no puede servir de excusa para desmejorar la prenda general de garantia, de allí que los efectos de las capitulaciones se proyecten hacia el futuro. Asi emana del efecto relativo del contrato, en tanto el contenido contractual no puede ••producir cualquier efecto frente a tercerofoJ que rto era/n/ parte de ól (res inter altos acta, alis neque nocet neque potest•⁵.

(iv) En resumen, ante la remisión normativa que permite los pactos capitulares en las iinione:i maritales de hecho, dable es concluir que es viable su estipulación por los compañeros permanentes en cualquier

momeno, amén de que la exigencia establecida para las capitulaciones
" Laura Fernanda Gómez Vélez, Laura Fernanda Gómez Vélez en Derecho de Contratos. Laura Fernanda
Gómez Vélez de
Derecho de Consorcio, n.º 58, Ed. María Paula Quintero Restrepo, 2006, p. 2.

Radicación n.º 05001 -3 I- 10 34661-95-297-2034-75184 ! 2 O1335-01

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

En este sentido me permito tomar distancia de la tesis planteada en el proyecto aprobado, en el sentido de que las capitulaciones paramatrimoniales deberían otorgarse dentro de los dos (2) ritos siguientes al inicio de la convivencia. So pena de ineficacia Considero que este tipo de convención es son viables en cualquier momento, alguna; hermenéutica que guarda armonía con las máximas constitucionales que rigen a la familia y la libertad económica.

En los anteriores términos dejo planteada la
clarificación de voto.

Fecha et supra

Magistrado

República de Colombia

ACLARACIÓN DE VOTO

Identificación: OSOO1-31-10-003-36603-45-649-2001-98672-O1

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

En efecto, considero que la postura del Tribunal según la cual los compañeros permanentes solo pueden capitular hasta antes del inicio de su convivencia es tan equivocada como la expuesta por la Corte al limitar esa oportunidad hasta 'antes de' marido con Jfynn todas las condiciones propias para la constitución de la sociedad matrimonial. Esto es, hoy día carece de todo sentido restringir la celebración de dicho acto jurídico a cualquiera de esos dos momentos, porque el tránsito de sistema de potestad marital e incapacidad civil de la mujer al régimen de libre administración y disposición de bienes introducido por la

Ley 28 de 1932, necesariamente, impide que los conflictos de ahora surgidos en un entorno de plena igualdad se diriman con la aplicación de normas expididas en un ambiente de evidente desigualdad en razón de

género. De modo tal, que la evolución de las relaciones familiares torna indispensable analizar los preceptos legale:, anacrónicos frente a una visión compatible con las nuevas condiciones a fin de escudripiar su sentido util en los dias qtie corren.

En esa medida, resulta oportuno hacer las siguientes precisiones:

Capitular, etimológicamente deriva del Itztin coput que significa cabeza. Según una de las varias acepciones que sobre el vocablo ofrece el Diccionario de la lengua Andrés Felipe Pardo Ríos, traduce “aloandonar un pugna por el contrario o por la fuerza de los argumentos contrarios” y/o entregarse [rendirme] bajo determinadas condiciones”.

De manera que la esencia del verbo supone docilidad o sumisión, lo que era perfectamente comprensible para el momento social, cultural, económico y jurídico, cuando en 1887 el Laura Fernanda Gómez Vélez adoptado en la Nación mediante la Ley 57 de ese año, estipuló en el artículo 1771 que se conocen con el nombre de capitulaciones matrimoniales las convenciones que celebran los esposos ante de contraer matrimonio, relativas a lo que tienen que aportar. a él, y a las donaciones y concesiones que se quieren hacer entre uno al otro, de presente o futuro; pues resulta inocultable la realidad de esa época, cuando los derechos civiles y políticos de la

mujer estaban absolutamente limitados, al punto su padre, el pater-familia, y luego su marido eran los encargados de representarla en los actos judiciales y extrajudiciales. Luego, es evidente que en ese momento histórico capitular se amoldaba a las costumbres e allá se consolidaron. Tanto que prevision que en once consagró el citado artículo 1771, que hoy sigue en vigencia, limitaba la oportunidad para celebrar hasta antes de representar a la dama en los escasísimos negocios jurídicos que le estaba permitido celebrar.

Bajo esa óptica, en virtud del carácter eminentemente bilateral y comunitativo del contrato de capitulación

podía la ley civil contemplar un momento diferente para que pudiera llevarse a cabo. Lo contrario, esto es, diferirlo hasta después del matrimonio, sería tanto como consentir una convención de la aludida naturaleza sinalagmática con un único sujeto (el marido), y no dos como lo impone la lógica, dado que aquél estaría compelido a actuar en su propio nombre y a la par como vocero de quien ya era su mujer, con los efectos jurídicos de representación que ello conllevaba. Obvio que una corriente de esa estirpe arriesgaba la infima estabilidad patrimonial reconocida

muere en esa era el Siglo XX y parte de la siguiente.

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

una voz autorizada en la materia explicó:

“Los contratos deben celebrarse porque son los que han contraído espontáneamente para casarse, entes que convalidan la nupcias, porque después de casados pierde la mujer su personalidad, la libertad de invalidar un contrato otorgado el artículo 1602, es decir, la de revocarlo o modificarlo en cualquier momento, la limita el artículo 1771 respecto de las capitulaciones matrimoniales en la época anterior al matrimonio, porque después de contraído éste, la mujer no tendría personalidad, puesto que la representa su marido, a quien debe respeto y obediencia, y por lo mismo los modos de administración de sus bienes, por lo que desde entonces la sociedad conjugal tiene no uno, sino dos gestores con igualdad de derechos y obligaciones. La entrada en vigor de esta disposición marcó.”

Ciertamente, la evolución de la historia patria ha dignificado el papel de la mujer en la vida pública, política, patrimonial, familiar, etc. Así, por ejemplo, en ocasión de la reforma constitucional del 27 de agosto de 1954 pudo ir por primera vez a las urnas a sufragar en 1957, cuando florecía el Marqués Paula Quintero Restrepo. Igualmente, la Ley 28 de 1932 le confirió la libre administración y disposición de sus bienes, por lo que desde entonces la sociedad conjugal tiene no uno, sino dos gestores con igualdad de derechos y obligaciones. La entrada en vigor de esta disposición marcó,

sin dudas, un significativo cambio en el manejo, distribución, conservación y participación del haber social, todo en pro de las que hasta ahora iniciarian por fin a disponer de lo propio autónomamente.

personal y patrimonial que imperaba para la época se redactó el mencionado artículo 1771, obliga re tema retroactivamente hasta el de N (Francés) del 21 de marzo de 1804, cuyo artí disponía que la ‘mujer no puede presentarse en bici nutoriznción de su marido, ounctinndo tenga aloierta ngue

oleón

pública, o oun9tie no hoy entre effos comunidad de tenes, o se haya separado de ella’, a lo que seguia el artie o 2 17 que “fu mujer, nun no teniendo comunidad de f2ien habiéndose separado de esta comunidad, uno jnie•ie

enzt/enczr, Mpo■ecar, adquizfir a t■fulo gratzlto u
ortcroso s■rz fa Infieeoeno4ón zfat maz•tdo ezt et auto a su

La mismn concepción de que la mujer debia ser representada por su cónyuge en los actas civiles, se mantuvo en el Código Laura Fernanda Gómez Vélez que enó ñ en vigor en 1C57, cuyo articulo 135 establecia que ‘po el hecho del mntrínonio we contrne la sociedad de bierieo entre low cóo 9es, y term el mnrtdo ñz ncfm4ntstrnc!tón de los óe Rz rr der, septon late reglas cjte we expondrfin en el título de la sociedad conpupnf. Al compás de la referida tradición, decia el artículo siguiente que “sin fn nutorizntüón eocrita del marido, no puede la mu)er cayada en Micro”, prohibición que complementaba luego el artículo 137 al prescribir ‘que fa rrnt/er no Tele, sinnuúortzneión &el morido celebrar corif:mite njgtirio nf ‹feslstfr de on contrnto onter4or, ni remitir denda, ni aceptar o reptidir donnción, herencín o legado, ni adcjiirir a títufo nf9uno, oneroso o lucrativo, ní ennjenr, hipoiecar o em,oeñar”.

Con esa lógica, entonces, señalaba el articulo 1715 de la misma Codificación que ‘fee conocen con ef sombre de capitulaciones matrimonifes law conrencias ■ue cefebrrn low esposos antes de contrner mntrmtonto, relntiuos n los bienes e nportan n él, law donnciones, p conceyioney cjo se quiernn hncer el uno al otro, de prefseiite o f turo’, redacción exacta a la que aparece aun en nuestro estatuto Civil desde 1887, en el articulo 1771.

Ahora, el inciso tercero del articulo 1504 del Diana Carolina Salazar Mejía nuestro, originalmente disponía que ‘sort tambien frenpoces lo:s menores adultos, que no hnn obtenido hnabilitación de edad; los di:sipadores que se hoífn bajo irtercficción de ndminisfrnr lo suyo; los mujeres casado, y las personas fiiridioas. Pero la incopncídnd de estas :niatro clases de per:sonas no en absoluta, g sus actos pueden tener valor en ciertas circunutnncios p bajo ciertos reopecto• determinados por la:s leyeo’. Sólo con la entrada en vigencia del Decreto 2820 de 1974, modificadorio de esa norma, se eliminó el matrimonio como causal de incapacidad civil relativa para la mujer; por ende, en lo sucesivo su aptitud para contratar no se afectaba por el mero hecho de contraer nupcias.

Así mismo, el texto original establecia varias disposiciones que mostraban 1a jefatura del esposo y, correlativamente, la sumisión de la mujer en cuanto a la administración y disposición de los bienes propios y sociales; lo que enhorabuena se abolió con ocasión de la Ley 28 de 1932.

Incialmente, el canon 180 contempló que por ef hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges p toma el marido la ndministrnción de foo de la mujer, :según las reglas qtie se expondrán en el título 2!2, libro 4º., De las cnpitufnciones mntrimonifes y de la :sociedad conj,rupnlº. A su turno, el 182 pregonaba que ‘fu mtijer no puede, sin nutoriznción del marido, celebrar contrato alyuno, ni desistir de un contrato anterior, ni remitir uno deuda, ni

aceptar o repudiar unn donación, herencia o legado, ni adquirir n título crfquno oneroso o lucrotiuo, ni enajenar, lüpotecar o empeñar”.

El artículo 1805 consagraba que “el mar\$co es Je/e de la sociedad eonjpzgal g tal admIntsti-a. libremente lee filmes cabales y los de su rnttJor, suj to, empero, a las obligaciones que por el presente titulo ne l• imponen y n lay que hum contraido por las capitulaciones mnrimoniníes”.

El canon siguiente prescribía que ‘el! ntntndo es, ojeto de terceros, dueno :fs los fotones soada.ten eomo e oH y sgto HneH prop oH, OF"nZOs4?n Ztn NO patrif tonto, de manera que durnte la sociedad, los acreedore:s del mnrido podrñn perse ir tnnto los bienes de este como los bienes frontales; sin perjuicio dv los motios o compensaciones que a consecienc de ello dei'aa el marido a la sociedad o la sociedad al marido”. Por su parte, el artículo 1808 iniciaba asi: ‘la mujer por sí sofn no tiene derecho al no sobre los bienes societfes durante lo sociednd”.

Ergo, aunque por el hecho del matrimonio se coriformaba una comunidad de bienes, el unico gestor y ‘dueno” era el marido; la mujer no sólo quedaba sometida al manejo libre de los bienes que aquél dispusiera, sino que perdía relativamente capacidad civil para participar en ciertos negocios jurídicos, para los que, necesariamente estaba compelida a contar con la aprobaClóZl t•xpresa de su

conde, en virtud del "régimen pntrmonl

Sobre el particular, el tratadista Jose J. Gómez R. en se libro Felipe Santiago Cárdenas Muñoz de María Paula Quintero Restrepo ñfnrimonio, sepundn edición, 1942, pag. 3T, apuntó: ‘ítentnnmos despejar iinn fi ura índice que entre nosotros ho come ado a perder si verdadero onomío. Era fibra en la comunidad entre eoposoB, cuya sustnncin suele conJndirse con la ndministrnción del marido sobre el patrimonio comun p ef trimonio de la cónyuge, y aun con fu de incnpncidnd que, según el Diana Carolina Salazar Mejía, cobija a la mujer casada”.

Se citan allí algunos extractos de la memorable sentencia de 29 de marzo de 1939 pronunciada por esta Sala de Casación (Laura Fernanda Gómez Vélez, t. XLVII, n. 1945, p. 727}, entre otros, el siguiente: "corolario de tnt régimen de comunidad, nacifo ipso facto del matrimonio, era la incapacidad civil de la mujer y stu sepnrncción de la administración de la sociedad conyuqnf, yo que personalidad mifria nm capitis-deminutio, que la inhifió para celebrar la mayoría de los actos de la vida civil sin la autorización del marido, o de la sticzia, en suf7sidio".

Todo, para sigrúficar que el artículo 1771 sigue gobernando las capitulaciones matrimoniales en Colombia igual a como lo imporiía la tradición en 1887 cuando se inauguró el Felipe Santiago Cárdenas Muñoz, inspirado irinegablemente por los estatutos de 1804 (C.C. Frances} y 1855 (C.C. Chileno};

tanto que muchas de las disposiciones de éstos se insertaron idénticamente en aquél, como su cedió con el ya citado artículo 177 1.

Eu definitiva, si •ef mnrimonio incnpncitabn ri fe mujer para administrar bienes, gestión que se concentraba de modo exclusivo en menos del maridos (SC3727-20U!0), nada de lo cual impera en la actualidad, ahora no re•ulta atendible aplicar preceptos achados en el tiempo tue ocorría lo contrario, pues restringirla hoy dia a que celebre actos jurídicos (como las capitulaciones} en urr específico momento, con asidero en normas proferidas antes de alcarizar la liberación proclamada, no arrixoriiza con la protección que debe otorgarle el Estado, la i ociedad y la Familia para el disfrute pleno de sus gai antías en un verdadero plano de igualdad. De suerte que forzar la aplicabilidad de una disposición arcaica, es tanto como mantener e1 régimen de su incapacidad civil extinguido con la expedición de la Ley 28 de 1932 al conferirle la libre administración y disposición de sus bienes, y fortalecido luego con el Decreto 2820 de 1970.

Uno de 1os pilares de la formación, ejecución y extinción de los negocios jurídicos es sim duda la autonomía de la voluntad privada de que son titulares todos los contratantes, sin atender razones discriminatciras en virtud del género; sin embargo, tal principio se ve amenazado en el pacto capitular sin justificación actual v.â1ida con la subsistencia de la proscripción aludida en tanto su empleo desentona con la visión moderna de la aptitud de la mujer

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

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

En estos términos dejo aclarado mi voto.

11

Fecha ut :Supra.

OCTAVIOAU KJEIRO D■J@I(■E
Magistrado