



Resumen

Este artículo presenta los avances teóricos del proyecto de investigación intitulado *La celebración de capitulaciones en la Unión Marital de Hecho*. Procura una respuesta al problema legal y jurisprudencial de si el régimen económico del matrimonio puede ser modificado, sustituido o excluido a través del pacto capitular. Se utilizó un tipo de investigación descriptiva con diseño bibliográfico, cuyas fuentes principales fueron la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, lo que permitió establecer que mientras la legislación colombiana identifica las capitulaciones como aquellas que celebran dos personas antes de contraer matrimonio, sobre la aportación de bienes, concesiones y donaciones que se quieran hacer uno al otro de presente o futuro; los pronunciamientos jurisprudenciales direccionan sus decisiones a la posibilidad de que a través de ellas se pueda impedir el nacimiento de la sociedad conyugal. Sin embargo, en el derecho comparado otro es el panorama: el negocio capitular, que se puede realizar antes y después de celebrado el matrimonio, permite modificar, sustituir o excluir el régimen patrimonial y puede referirse, no solo a aspectos patrimoniales sino también personales, y todo ello sobre la base de la autonomía de la voluntad privada y la mutabilidad del régimen patrimonial del matrimonio.

Palabras clave

Capitulaciones matrimoniales, acuerdos prenupciales, régimen económico del matrimonio, sociedad conyugal, separación de bienes.

Abstract

This paper presents the theoretical advances of the research project entitled *The celebration of capitulations in the de facto marital union*. It seeks an answer to the legal and jurisprudential problems if the economic system of marriage can be modified, replaced or excluded through the covenant capitulate. We used a descriptive type of research design literature, whose main sources were the doctrine and case law, which established that while the Colombian legislation identifies the capitulations as those that hold two people before marriage, on the contribution property, grants and donations that want to do each other in this or future jurisprudential pronouncements routed their decisions to the possibility that through them you can prevent the birth of a marital property. However, in comparative law other is the scenario: the business chapter, which can be performed before and after the celebration of marriage, to modify, replace or exclude property regime and may refer not only economic aspects but also personal, and all on the basis of private autonomy and the mutability of the marriage property regime.

Keywords

Prenuptial agreements, economic system of marriage, property in marriage, Separation of property.

Capitulaciones matrimoniales: ¿modificación, sustitución y eliminación del régimen económico del matrimonio?*

Marriage contract: modification, substitution and elimination of economic system of marriage?

(Recibido: noviembre 29 de 2011. Aprobado: diciembre 12 de 2011)

JINYOLA BLANCO RODRÍGUEZ**

Introducción

Este artículo constituye un avance teórico de algunos de los resultados obtenidos dentro de la investigación *La celebración de capitulaciones en la unión marital de hecho*. Específicamente, aborda el tema de las capitulaciones matrimoniales en el ámbito internacional, tomando como puntos de partida el régimen de bienes y de separación de bienes adoptado por diferentes legislaciones, posteriormente, se analiza su naturaleza, historia, rasgos característicos, requisitos, forma, eficacia y validez.

Consecutivamente, se estudia el régimen patrimonial del matrimonio en Colombia, la existencia de la sociedad conyugal, la exigencia de que el pacto capitular sea prenupcial y únicamente para aportar bienes al matrimonio, hacerse concesiones o donaciones entre los futuros cónyuges y las posiciones jurisprudenciales en torno al tema.

Metodología

El resultado materia de este avance, proviene de una investigación eminentemente documental, de tipo secundario, en la que se manejó como instrumento de recolección la ficha bibliográfica. Fueron utilizadas como fuentes la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, tan-

* Este artículo es un avance de la investigación que sobre el proyecto "*La celebración de capitulaciones en la unión marital de hecho*", identificado con el código 2011-FCS-DG-BC-44, viene desarrollando el Grupo Derecho y Globalización, adscrito al programa de Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales del Politécnico Grancolombiano Institución Universitaria, desde junio de 2011.

** Abogada. Especialista en Derecho de Familia de la Pontificia Universidad Javeriana. Candidata a doctora en Derecho de Familia y de la Persona de la Universidad de Zaragoza, España, institución donde obtuvo el Diploma de Estudios Avanzados DEA en Derecho Civil. Docente y coinvestigadora del Grupo *Derecho y Globalización* del Politécnico Grancolombiano. Directora de la Unidad para el Desarrollo de la Ciencia y la Investigación UDCI de la Facultad de Derecho de la Universidad Antonio Nariño. jblancor@poli.edu.co Bogotá D.C., Colombia.

to del régimen económico del matrimonio como de las capitulaciones matrimoniales. El análisis de la normatividad en los ámbitos nacional e internacional fue de tipo hermenéutico.

Régimen económico matrimonial

Es indudable que el vínculo conyugal no solo comporta relaciones y efectos personales, sino también económicos, entre los mismos cónyuges y con terceros¹ que se enmarcan dentro de lo que se conoce como el derecho patrimonial del matrimonio y que su sistema de mutabilidad e inmutabilidad depende de cada adaptación que han realizado las diferentes legislaciones². A continuación se especifican los regímenes de bienes, de separación de bienes y el híbrido entre estos dos, llamado participación de gananciales.

En el **régimen de bienes** se encuentran la comunidad universal y la comunidad restringida de bienes. Al primero de ellos, **régimen de comunidad universal de bienes**, pertenecen los bienes aportados al matrimonio y adquiridos durante su existencia, por lo que hay un solo patrimonio común³ que en el momento de la disolución del vínculo se divide por partes iguales entre los dos cónyuges. En este se produce una "verdadera transferencia patrimonial del más rico al más pobre"⁴, porque en él se incluyen también los bienes propios que trae al matrimonio cada uno de los consortes. Son adeptos a este régimen países como Alemania, Bélgica, Francia, Portugal y Brasil⁵.

Al segundo, **régimen de comunidad restringida de bienes**, solamente ingresan los bienes que se hayan adquirido durante el matrimonio a título oneroso, por lo que de contera, se excluyen los bienes adquiridos antes de la vigencia matrimonial por cada uno de los contrayentes y durante el consorcio, a título gratuito. Así, existen tres patrimonios: el de cada uno de los cónyuges y el del haber común⁶. La

1 ALESSANDRI, Arturo. *De los regímenes matrimoniales en general*. Cuadernos jurídicos y sociales. Universidad de Chile. Pág. 1.

2 Para Bonnacase el régimen económico del matrimonio es el que regula la condición jurídica de los bienes de los esposos, que en principio tiene carácter de inmutabilidad. Cfr. FIGUEROA, Enrique. *Tratado elemental de derecho civil*. Biblioteca clásicos del derecho. Vol. 1. 1997. Pág. 362.

3 "Supone la puesta en común de todos los bienes presentes y futuros de los cónyuges". Cfr. LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos del Derecho Civil*. Familia. Dickinson. Madrid. 2008. Pág. 118.

4 BELLUSCIO, César. *Nociones de Derecho de Familia*. Bibliográfica Omeba, 1968. Pág. 18.

5 KRASNOW, Adriana. *El régimen patrimonial del matrimonio en el derecho comparado. Caracterización del régimen vigente en el derecho argentino*. Pág. 206. Revista de Derecho Privado Externado 17-2009, pp. 203 a 224

6 ALESSANDRI Arturo. *De los regímenes matrimoniales en general*. Op. cit. Pág. 5. En el mismo sentido, GUZMÁN ALVAREZ, Martha Patricia. *El régimen económico del*

comunidad de ganancias es una de las formas de comunidad restringida, que consiste en hacer sociales los bienes adquiridos a título oneroso⁷; las ganancias que produzcan los bienes propios de cada uno de los cónyuges; y los salarios devengados durante el matrimonio⁸. También se encuentra la **comunidad de muebles y ganancias** que hace sociales los muebles de cada uno de los cónyuges, adquiridos antes del matrimonio o durante este a cualquier título⁹, quedando excluidos los bienes inmuebles no adquiridos a título lucrativo.

Los países que incluyen en su legislación la comunidad restringida de bienes son a modo de ejemplo, Argentina, Cuba, Bolivia y Rumania con carácter forzoso y Hungría, Italia, Paraguay y Uruguay entre otros, con carácter supletorio¹⁰.

En la **separación de bienes** a su vez, se puede encontrar aquella que es absoluta y aquella en la que la administración y el usufructo de los bienes de los cónyuges son ejercidos por el marido. En la primera de ellas, **separación absoluta de bienes**, no se forma patrimonio común, el titular del derecho de dominio y del usufructo es cada consorte¹¹, sin importar si los bienes fueron adquiridos antes o durante el matrimonio o si su título fue gratuito u oneroso. En tanto que en la **separación de bienes en la que el marido adquiere la administración y usufructo de los bienes**, se perciben los rendimientos para el sostenimiento de la familia y se conserva la propiedad en cabeza de cada uno de los contrayentes¹².

Finalmente, se halla el **régimen de participación de gananciales** o en las ganancias, que como unos párrafos atrás se afirmó, es un híbrido entre la comunidad y la separación de bienes. Cada cónyuge puede administrar y disponer libremente de los bienes adquiridos antes y durante la vigencia del matrimonio como si estuvieran separados de bienes, pero en el momento de la disolución nace un derecho de crédito a favor de cada cónyuge para equiparar las ganancias adquiridas

matrimonio. Colección textos de jurisprudencia. Centro Editorial Universidad del Rosario. Bogotá D.C. 2006. Pág. 44.

7 VIDAL TAQUINI, Carlos. *Régimen matrimonial de comunidad*, en Enciclopedia de derecho de familia, Buenos Aires, Universidad, Tomo III, 1994. Pág. 443.

8 ALESSANDRI, Arturo. *De los regímenes matrimoniales en general*. Op. cit. Pág. 6.

9 *Ibíd*em, pág. 5.

10 KRASNOW, Adriana. *El régimen patrimonial del matrimonio en el derecho comparado. Caracterización del régimen vigente en el derecho argentino*. Op. cit. Pág. 207.

11 Tanto el hombre como la mujer son plenamente capaces de administrar y gozar su patrimonio. Cfr. ALESSANDRI, Arturo. *De los regímenes matrimoniales en general*. Op. cit. Pág. 6.

12 LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos del Derecho Civil. Familia*. Op. cit. Pág. 118.

durante el vínculo nupcial¹³, o se forma una comunidad de ganancias que se divide entre los esposos una vez liquidada¹⁴.

Capitulaciones Matrimoniales

La existencia de un régimen de bienes puede ser de carácter obligatorio o supletorio y ello tiene que ver directamente con la **inmutabilidad del sistema económico matrimonial y la autonomía privada de la voluntad**. La nueva concepción de igualdad entre el hombre y la mujer¹⁵ ha dado paso a que sus voluntades puedan intervenir en sus asuntos económicos matrimoniales, lo que antes no era posible, debido a la potestad marital a la que estaba sometida la mujer, el hombre administraba su patrimonio y la representaba judicial y extrajudicialmente. Luego, con el reconocimiento constitucional de la familia en diversas legislaciones, se reemplazó la intervención directa del Estado por la protección directa del Estado¹⁶, partiendo de la base de que sus integrantes pueden regular su convivencia y sus intereses económicos respetando la Carta Política y el orden público.

Existen acuerdos tanto de contenido económico, como de contenido personal. Así se pueden distinguir aquellos que se producen antes de celebrarse el matrimonio como serían, la promesa de matrimonio y el otorgamiento de capítulos matrimoniales. Los que se pueden otorgar durante el matrimonio como, el pacto capitular después de contraer matrimonio y las modificaciones a dicho pacto; los acuerdos en relación con los hijos; aquellos dirigidos a regular el cese de la convivencia de los cónyuges, la separación o el divorcio de los cónyuges formulados de mutuo acuerdo, para transformar el procedimiento contencioso a un procedimiento consensual o para regular las consecuencias de la separación y el divorcio contencioso. Y finalmente, se encuentran aquellos que se producen después de disuelto el matrimonio: Pactos para la liquidación del régimen económico matrimonial, modificación de medidas; acuerdos para regular las consecuencias de la nulidad matrimonial o la eficacia civil de las resoluciones eclesiásticas¹⁷.

13 KRASNOW, Adriana. *El régimen patrimonial del matrimonio en el derecho comparado. Caracterización del régimen vigente en el derecho argentino*. Op. cit. Pág. 209.

14 ALESSANDRI, Arturo. *De los regímenes matrimoniales en general*. Op. cit. Pág. 7.

15 PAZ-ARES, Ignacio. *Previsiones capitulares*. En Recientes modificaciones legislativas para abogados de familia: modificaciones fiscales, el síndrome de alienación parental y provisiones capitulares. Editorial Dykinson. 2008. Pág. 96.

16 SCHMIDT HOTT, Claudia Y. *Algunas consideraciones en torno a la autonomía de la voluntad en el sistema económico matrimonial*. En Revista Jurídica No. 7 de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. Argentina. 2003. 11-19. Pág. 12.

17 PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier. *Tratado de Derecho de Familia Pactos prematrimoniales. Capitulaciones matrimoniales. Convenio regulador*. Procedimiento Consensual. Lex Nova S. A. 2009. En el mismo sentido PAZ-ARES, Ignacio. *Previsiones capitulares*. En Recientes modificaciones legislativas para abogados de familia:

A pesar del abanico de posibilidades que se puede encontrar en cuanto a la "regulación privada", este artículo se ocupará específicamente de las capitulaciones matrimoniales, también llamadas convenciones prematrimoniales, que son definidas por el Diccionario de la Lengua Española como "conciertos que se hacen entre los futuros esposos y se autorizan por escritura pública, al tenor de los cuales se ajusta el régimen económico de la sociedad conyugal", y por el Diccionario Enciclopédico Larousse como la "convención en la que se estipulan, con ocasión del matrimonio, las condiciones de la sociedad conyugal en relación a los bienes presentes y futuros". Jurídicamente, son conocidas como capítulos o contratos celebrados entre los futuros cónyuges para adoptar un régimen patrimonial o modificar el existente¹⁸.

Más que una herencia romana, los pactos prematrimoniales son considerados un legado de la legislación francesa no solo por incluirlas el Código Civil de Napoleón en su artículo 1497, cuando se refiere a "des conventions qui peuvent modifier ou même exclure la communauté légale" y cuyas principales modificaciones estaban dirigidas a no incluir los bienes muebles e inmuebles, o una parte de ellos, presentes o futuros, por la relajación del matrimonio; a que los esposos pagaran separadamente las deudas contraídas antes de celebrarse el matrimonio, y a decidir acerca de algunos bienes en caso de que alguno de ellos falleciera¹⁹, sino también por contenerlas el llamado *Contrat de mariage*, definido como un "acto por el cual los futuros esposos establecían su régimen patrimonial y regulaban sus relaciones pecuniarias, y que podía contener toda clase de disposiciones y de cláusulas, siempre que no fueran contrarias a las leyes ni a las buenas costumbres"²⁰.

Igualmente, son consideradas como una manda del derecho español, tal y como se puede identificar en el foral aragonés del siglo XV, en el que la pareja las constituía antes o después del matrimonio, ante un notario y varios testigos, y su contenido esencialmente económico daba cuenta de los aportes que suministraba la familia de cada uno de los integrantes de la pareja. De allí que intervinieran junto a ellos sus

modificaciones fiscales, el síndrome de alienación parental y previsiones capitulares". En el mismo sentido LALINDE ABADIA, Jesús. *Iniciación histórica al derecho español*. Citado por GARCÍA HERRERO, María del Carmen. *Las capitulaciones matrimoniales en Zaragoza en el siglo XV. En La España Medieval*. Tomo V. Editorial Complutense de Madrid. 1986. Pág. 382.

18 BOSSER, Gustavo. ZANNONI, Eduardo. *Manual de Derecho de Familia*. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma. 2004. Pág. 238.

19 CAMPENON T., *Code Napoléon*. Paris: Henri Plon. 1864. Pág. 200.

20 LELIEVRE, Jacques. *La pratique des contrats de mariage chez les notaires au Chatelet de Paris de 1769 à 1804*. Paris: Edition CUJAS. 1959. Pág. 13.

padres, o abuelos a falta de aquellos y tutores o curadores a falta de estos. También se incluían temas relacionados con la situación económica que subsistiría una vez se disolviera el matrimonio por muerte de uno de los cónyuges. Respecto de los efectos personales, podían pactar capítulos relacionados con la residencia de los casados, obligaciones respecto de ciertos familiares y el cuidado de los padres de alguno de ellos, entre otros²¹.

Posteriormente fueron recogidas, del derecho consuetudinario, en el fracasado Proyecto de 1851 inspirado en el Código Napoleónico, e instituidas finalmente en la Codificación de 1889²². En esta codificación se les concedió a los cónyuges la posibilidad de que establecieran las condiciones de los bienes presentes y futuros de la sociedad conyugal sin limitación alguna. Pero fue a través de la ley 2 de mayo de 1975, sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges, que se permitió que las capitulaciones se celebraran en cualquier momento y cuantas veces lo desearan los consortes. Luego, mediante la reforma de la ley 11 de 1981 se dejó como una liberalidad en cabeza de los cónyuges para que a través de las capitulaciones decidieran el régimen económico del matrimonio en cualquier tiempo²³, precisando que a falta de tales: "regirá, por orden legal, la gestión y disposición de los bienes gananciales en cabeza de ambos cónyuges"²⁴.

Contenido del instrumento capitular

El instrumento capitular en algunas órbitas legislativas es requisito para constituir la sociedad conyugal o pactar la separación de bienes²⁵, permite elegir, diseñar e incluso apartarse del régimen de bienes del matrimonio²⁶, en otros, únicamente aportar bienes a este y hacer concesiones y donaciones a los cónyuges²⁷. También admiten

21 GARCÍA HERRERO María del Carmen. *Las capitulaciones matrimoniales en Zaragoza en el siglo XV. En La España Medieval*. Op. cit., Pág. 386.

22 CARCABA FERNÁNDEZ, María. *Las capitulaciones matrimoniales*. Universidad de Oviedo. Servicio de Publicaciones. 1992. Pág. 12.

23 LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos del Derecho Civil. Familia*. Op. cit. Pág. 136.

24 ALARCÓN PALACIO Yadira. *Régimen económico del matrimonio español desde la codificación hasta la reforma de 1981*. En Revista de Derecho. Universidad del Norte. 2006. Pág. 119.

25 ROBLES BRAMBILA, Luis. *Algunas consideraciones sobre capitulaciones matrimoniales*. Revista Colegio de Notarios de Jalisco No. 4.1991. Pág. 11.

26 Las legislaciones española, francesa, alemana, brasilera, peruana, chilena, entre otros son prueba de ello.

27 El derecho argentino y colombiano son fieles a esta concepción. Artículo 1217 del Código Civil argentino y 1771 del colombiano.

pactar derechos de contenido personal como la fijación de domicilio, regulación de la separación de hecho y prestación de alimentos, entre otros²⁸.

La elección del régimen económico encuentra su asidero en el **sistema convencional no pleno**, donde la ley faculta a los futuros contrayentes para optar por uno de los regímenes en ella previstos y en caso de que no hagan ejercicio de tal elección, el sistema aplicable será el que la misma legislación establezca como supletorio²⁹.

El **sistema convencional pleno** concede apertura total a la autonomía de la voluntad, ya que permite diseñar en toda su extensión el sistema que los futuros cónyuges quieren que rija en sus relaciones económicas desde el momento de contraer matrimonio, hasta su terminación o inclusive después de tal disolución³⁰, ejemplo de ello es el derecho alemán³¹. De igual manera, permite optar por la separación total de bienes o eliminar de plano el nacimiento del régimen patrimonial, sin perjuicio de legislaciones como la inglesa, en la que por el hecho del matrimonio no se forma sociedad de bienes, no hay un régimen económico matrimonial.

La permisión de aportar bienes, hacerse concesiones o donaciones es propia de un **sistema legal imperativo**, en el que la autonomía de la voluntad de los cónyuges no puede alterar, modificar o suplir el régimen que la ley ha establecido³².

Estos sistemas contienen como **límites a la autonomía de la voluntad** de los contrayentes o esposos, la ley, el orden público, las buenas costumbres y la igualdad de derechos de cada uno de ellos. Y específicamente, en el que excluye la existencia de un régimen o hay separación de bienes, se exige la contribución al sostenimiento de las cargas familiares y el pago solidario de toda obligación contraída en el ejercicio de la potestad doméstica³³.

28 Así sucede en el derecho foral español de Cataluña (Artículo 15 del Código de Familia), Valencia (Artículo 25 de la ley de Régimen Económico Matrimonial), Aragón (Artículo 13 de la ley de Régimen Económico Matrimonial) y Navarra (Ley 80 de la Compilación de Derecho Civil).

29 KRASNOW, Adriana. *El régimen patrimonial del matrimonio en el derecho comparado. Caracterización del régimen vigente en el derecho argentino*. Op. cit. Pág. 210.

30 *Ibidem*, Pág. 210. En el mismo sentido LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos del Derecho Civil. Familia*. Op. cit. Pág. 140.

31 HERNÁNDEZ CORTÉS, María del Mar. *Convenios Prematrimoniales como forma anticipada de minorar los conflictos y la problemática que pueden devenir en una eventual crisis matrimonial. Una propuesta de lege ferenda a partir del análisis del Derecho comparado*. Trabajo final del curso de experto en derecho de familia.

32 *Ibidem*, Pág. 210.

33 REINO DE ESPAÑA. Código Civil. Artículo 1438 y 1440.

Requisitos y forma de las Convenciones Matrimoniales

El negocio capitular puede ser celebrado por mayores o menores de edad hábiles para contraer matrimonio, de acuerdo al principio *habilis nuptias habilis ad pacta nuptialia*³⁴. En el primer caso pueden acudir directamente y en el segundo, deben ser autorizados por los padres o el tutor, a no ser que se pretenda adoptar el régimen de separación de bienes o el de participación en las ganancias, como la ley española lo permite, caso en el cual podrán celebrarlo directamente³⁵. De igual manera, no pueden estar enajenados mentalmente, ya sea que medie o no declaración de interdicción. El consentimiento que prestan para pactar capitularmente, debe estar libre de error, fuerza o violencia y dolo, y su contenido como atrás se indicó, no puede ir contra las leyes, el orden público, las buenas costumbres y la igualdad de los cónyuges, so pena de nulidad por su falta y anulabilidad por el vicio que pueda presentarse.

No obstante, en el derecho francés e italiano la nulidad de las capitulaciones no puede afectar otros negocios que en el instrumento capitular se hayan previsto, ya que no existe vinculación entre las capitulaciones y otros negocios onerosos o gratuitos que se hayan pactado³⁶.

La forma aceptada principalmente para su producción es solemne, por lo que se requerirá de escritura pública³⁷, aunque algunas veces cuando no hay transmisión de bienes se puede realizar a través de documento privado como lo autoriza la legislación mexicana³⁸. Y dependen de la celebración del matrimonio, a tal punto que si este no se produce, se abre paso a la caducidad.

Para las capitulaciones postmatrimoniales, mientras el matrimonio subsista, se exige la misma forma y requisitos que para las prematrimoniales y también podrán modificar las anteriores si fue que se pactaron³⁹ o modificar y sustituir el régimen económico matrimonial o contener cualquier otra disposición por razón del matrimonio⁴⁰. Esta

34 BAYOD LÓPEZ, María del Carmen. *La capacidad para contraer matrimonio y la capacidad para capitular: ¿Habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia?*, Revista Jurídica de Navarra, No. 17, enero-junio 1994. Pág. 12.

35 *Ibidem*, artículo 1329.

36 BAYOD LÓPEZ, María del Carmen. *Efectos de la invalidez de las capitulaciones matrimoniales en el marco de la teoría general del contrato: ajustes y desajustes. Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, N^o. 2, 2006. Pág 20.

37 PAZ-ARES, Ignacio. *Previsiones capitulares*. Op, cit., Pág 103.

38 ROBLES BRAMBILA, Luis. *Algunas consideraciones sobre capitulaciones matrimoniales*. Op, cit., Pág. 11.

39 Si lo que hay es modificación a pactos anteriores, el artículo 1332 del Código Civil español, indica que no se hará nueva escritura sino una nota en la que contiene la anterior estipulación y el notario lo hará constar en las copias que expida.

40 REINO DE ESPAÑA. Código Civil. Artículo 1325.

novación de capítulos fue lo que derogó el principio de inmutabilidad del régimen patrimonial del matrimonio en España⁴¹, que estaba impuesto en consideración a los terceros que contrataban con los esposos, por lo que actualmente para que sean oponibles es necesaria la publicidad de tal novación si se produce un verdadero cambio en el régimen y en ningún caso se perjudicarán los derechos adquiridos de terceros, de lo contrario aunque las convenciones matrimoniales sean válidas, tal oponibilidad no se producirá sino frente a los cónyuges⁴².

Ineficacia e invalidez del convenio capitular

Efectivamente y como ya se mencionó, la no celebración del matrimonio produce la ineficacia o caducidad (así llamada por la doctrina francesa del convenio capitular), debido a su misma naturaleza accesoria. No habría a qué aplicarse⁴³. Cuestión diferente sucede cuando el matrimonio se ha celebrado y posteriormente se ha declarado nulo, porque los capítulos alcanzan a nacer a la vida jurídica y a producir consecuencias. Es claro que dicha declaratoria de nulidad tiene efectos ex nunc para los cónyuges y los terceros, de tal forma que las estipulaciones pactadas no quedan invalidadas.

Pero respecto a las capitulaciones matrimoniales, de manera específica, también se puede producir la nulidad de pleno derecho, según la normatividad española⁴⁴, por falta de consentimiento, objeto y causa ilícita, falta de forma o no haberse respetado los ya vistos límites de la autonomía de la voluntad. Aunque hay quienes señalan que el objeto y causa ilícita no constituyen causales de nulidad, debido a la ausencia obligacional y de disposición de bienes en el convenio capitular, ya que este se encarga simplemente de reglamentar el régimen de bienes que regirá el matrimonio⁴⁵. En tratándose de falta de capacidad y existencia de vicios del consentimiento habrá anulabilidad del pacto capitular. De todos modos, la declaratoria de nulidad implica la ineficacia de las capitulaciones y por ende la sustitución del régimen pactado por el legal previsto.

41 *Ibidem*, Artículo 1326.

42 LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos del Derecho Civil. Familia*. Op. cit. Pág. 144.

43 LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Capítulos matrimoniales y estipulación capitular, en Centenario de la Ley del Notariado*. Madrid. 1962. Pág. 49.

44 REINO DE ESPAÑA. Código Civil. Artículos 1261 y ss.

45 "El negocio capitular no es un acto de disposición, sino un acto normativo de calificación jurídica: a través de él se calificarán los bienes que individualmente adquirirán los cónyuges en comunes o privativos; se establecerá sobre ellos, por obra de la ley, una determinada responsabilidad y llegado el momento se distribuirán entre los cónyuges". Cfr. BAYOD LÓPEZ, María del Carmen. *Efectos de la invalidez de las capitulaciones matrimoniales en el marco de la teoría general del contrato: ajustes y desajustes*. Op. cit., Pág. 28.

Régimen jurídico de las capitulaciones matrimoniales en Colombia

En Colombia el régimen patrimonial del matrimonio vigente fue el establecido en la ley 28 de 1932, conocido con la denominación de Sociedad Conyugal, que se caracteriza porque cada uno de los cónyuges tiene durante la vigencia del matrimonio la libre administración y disposición de los bienes que le pertenecían al momento de su celebración, como los que adquiere durante el mismo a cualquier título, pero cuando se disuelve el vínculo o la sociedad conyugal se considerará que esta ha existido desde el momento mismo de la celebración y se procederá a su liquidación. Respecto de las deudas, cada uno de los esposos es responsable de las que personalmente contrae, salvo las contraídas para satisfacer las necesidades domésticas.

El sistema que fue reemplazado mediante esta norma, estaba cimentado en la incapacidad civil de la mujer casada, representada legalmente por el marido y caracterizado por la existencia de tres patrimonios frente a los cónyuges: el de los bienes propios de cada uno de ellos y el social, mientras que en las relaciones con terceros, estos se fundían en uno solo; la administración de todos los bienes estaba en cabeza del marido, la mujer no podía disponer de los suyos, ni celebrar contrato sin autorización del marido o del juez cuando a ello había lugar; el haber social lo constituían los bienes muebles e inmuebles adquiridos a título oneroso durante la vigencia del matrimonio; la celebración de capitulaciones no podía impedir el nacimiento de la sociedad conyugal, solamente introducirle modificaciones y el marido era responsable de las deudas, pero podía repetir contra la mujer hasta concurrencia de su mitad de gananciales, aunque ella podía liberarse de tal obligación si renunciaba a estos⁴⁶.

El régimen de sociedad conyugal vigente con libertad de administración y disposición de bienes, coexiste con las capitulaciones matrimoniales y la separación de bienes. Y es el artículo 1771 del Código Civil el que se encarga de definir las capitulaciones como "las convenciones que celebran los esposos antes de contraer matrimonio, relativas a los bienes que aportan a él, y a las donaciones y concesiones que se quieran hacer el uno al otro de presente o futuro".

El pacto prematrimonial para algunos autores colombianos, está sujeto a condición suspensiva⁴⁷ y para otros, es accesorio al matrimonio⁴⁸;

46 ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Edgar. *Régimen de bienes en el matrimonio*. Editorial Temis. Bogotá. 1978. Págs. 35 y 36.

47 SUÁREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de Familia*. Tomo I. Editorial Temis S. A. Bogotá. 2001. Pág. 307.

48 MEDINA PABÓN, Juan Enrique. *Derecho Civil. Derecho de Familia*. Editorial Universidad del Rosario. 2010. Págs. 234 y 236.

en cualquier caso su eficacia dependerá de la celebración de este. La utilización de la frase "antes de contraer matrimonio", para referirse al momento de su producción, implica que esta no se pueda aceptar una vez contraído el vínculo y proporciona un indicio de inmutabilidad que es corroborado por el artículo 1779 *ibídem*, al indicar que no se aceptarán escrituras que alteren o adicionen las capitulaciones, a no ser que se hayan producido antes del acto nupcial y el artículo 1778 también establece que celebrado el matrimonio no podrán alterarse, ni siquiera con el consentimiento de ambos contrayentes, haciendo gala de su carácter irrevocable.

Al igual que en algunas de las legislaciones estudiadas, se exige la formalidad de la escritura pública, pero solo si se constituyen sobre inmuebles, en caso contrario bastará con un documento privado firmado por las partes y por tres testigos domiciliados en el territorio. Cada uno de los cónyuges deberá tener capacidad, aunque cuando de edad se trata, el menor adulto podrá constituirlos con la autorización de sus padres o de curador especial⁴⁹. Cae de su peso anotar que es necesario el otorgamiento de un consentimiento libre de los vicios de error, fuerza y dolo y no puede ir en contra de la ley, de las buenas costumbres ni en detrimento de los derechos y obligaciones de cada uno de ellos o de sus descendientes comunes.

En cuanto al contenido sustancial del instrumento capitular, hay que señalar que existen dos posiciones diametralmente opuestas. La primera, que no admite que en la convención se pacte régimen de separación de bienes⁵⁰ y la segunda que defiende lo contrario⁵¹. El argumento de la primera deriva sus raíces en el propio artículo 1771 del Código Civil, que indica que en el pacto capitular solo se incluirán los bienes que cada cónyuge aporta al matrimonio, y a las donaciones y concesiones que se quieran hacer el uno al otro de presente o futuro. Así mismo, toma fuerza esta posición con el artículo 180, de la misma normatividad, cuando determina que por el solo hecho del matrimonio, nace sociedad conyugal y el artículo 1820 que establece las formas de disolverla (disolución del matrimonio, separación judicial de cuerpos, salvo que fundándose en el mutuo consentimiento de los cónyuges y siendo temporal, ellos manifiesten su voluntad de mantenerla, sentencia de separación de bienes, declaración de nulidad del matrimonio y por mutuo acuerdo de los cónyuges capaces, elevado a escritura pública), exceptuando el negocio capitular.

Frente a la aportación de bienes, se podrá excluir aquel mueble que se encuentre en cabeza de cada cónyuge y respecto de las concesiones,

49 REPÚBLICA DE COLOMBIA. Congreso Nacional. Código Civil. Artículo 1777.

50 En este sentido Suárez Franco y Medina Pabón.

51 VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho de Familia*. Editorial Temis S.A. 1995. Pág. 288 y ss.

podría producirse la renuncia de gananciales o el gravamen o renta de un bien a favor de uno de los esposos⁵².

La segunda posición, que es la aceptada por la jurisprudencia nacional, fija su argumento en el artículo 1774 del Código Civil que indica: "A falta de pacto escrito se entenderá, por el mero hecho del matrimonio, contraída la sociedad conyugal con arreglo a las disposiciones de este título...", esto quiere decir que puede haber una convención, específicamente prematrimonial, que impida la constitución de la sociedad, respetando la libre voluntad y autonomía de los futuros contrayentes⁵³. Este punto de vista fue objeto de un proyecto de ley formulado en la década de los años cincuenta en Colombia, con el que también se pretendía derogar el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial⁵⁴, pero fue solo eso, un proyecto.

En lo tocante a la ineficacia de los capítulos matrimoniales hay que hacer referencia a la caducidad, inexistencia y nulidad. La primera de ellas la produce la no celebración del matrimonio entre los otorgantes, la segunda, cuando hay falta de consentimiento, vínculo matrimonial vigente de uno o ambos futuros contrayentes con terceros⁵⁵ e inexistencia de escritura pública cuando de bienes raíces se trata. Al tiempo que la tercera, esto es la nulidad, para aquellos que no son partidarios de que con las capitulaciones se pueda pactar el régimen de separación de bienes, se producirá por dicha estipulación y por estar viciado el consentimiento de error, fuerza y dolo.

Conclusiones

La modificación, sustitución y eliminación del régimen económico matrimonial parte de la autonomía de la voluntad de los futuros contrayentes o de los cónyuges mismos, prescindiendo así del principio de la inmutabilidad de aquel que hoy aún se conserva en diferentes esferas jurídicas, como es el caso de Colombia y que ha permitido la no injerencia exclusiva del legislativo en la toma de decisiones patrimoniales dentro del matrimonio, como sucede en España.

52 SUÁREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de Familia*. Op. cit., Pág. 308.

53 REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. sentencia del primero (10) de agosto de mil novecientos setenta y nueve (1979). En el mismo sentido las sentencias del 20 de abril de 2001, emitida por la misma corporación, Magistrado Ponente: Ramírez Gómez José Fernando, y del 31 de marzo de 2006 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. Magistrada Ponente: Espinel Fajardo Gloria Isabel.

54 GUZMÁN ÁLVAREZ, Martha Patricia. El régimen económico del matrimonio. Op. cit., Págs. 93 y 94.

55 SUÁREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de Familia*. Op. cit., Pág. 313.

El Estado colombiano no está lejos de abanderar una reforma en tal sentido. Ya a mediados del siglo pasado se había hecho tal planteamiento, pero lo que hoy toma fuerza es la posición jurisprudencial: La convención capitular puede excluir la existencia de la sociedad conyugal o simplemente pactar régimen de separación de bienes, no obstante, la doctrina y algunos operadores jurídicos normalmente en sede de primera o segunda instancia siguen, y tal vez con razón en apoyo de los artículos 180 y 1771 del Código Civil, considerando que ello no es así, lo que inevitablemente produce una inseguridad jurídica peligrosa para los otorgantes que se convirtieron en cónyuges, e incluso para terceros. Sea lo primero, cuando los esposos pactan tal exclusión y al cabo de un tiempo, cuando disuelven su vínculo uno de ellos alega que si existió sociedad conyugal y que hay lugar a liquidarla, reclamando para sí el cincuenta por ciento de los gananciales, donde se incluyen aquellos bienes que el otro, en el convencimiento de que no existía tal, había adquirido. Y sea lo segundo, cuando los terceros contratan con los cónyuges para que estos puedan atender las cargas domésticas, en el entendido de que tienen un régimen patrimonial vigente y no es así.

Urge claramente una reforma que brinde la posibilidad de que los cónyuges en reclamación de los derechos, consagrados constitucionalmente, a la intimidad familiar y a la autonomía personal, puedan decidir cuál es el régimen que mejor se acomoda a su situación económica.

Bibliografía

- ALARCÓN PALACIO Yadira. *Régimen económico del matrimonio español desde la codificación hasta la reforma de 1981*. En Revista de Derecho. Universidad del Norte. 2006.
- ALESSANDRI Arturo. *De los regímenes matrimoniales en general*. Cuadernos jurídicos y sociales. Universidad de Chile.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Edgar. *Régimen de bienes en el matrimonio*. Editorial Temis. Bogotá. 1978.
- BAYOD LÓPEZ, María del Carmen. *La capacidad para contraer matrimonio y la capacidad para capitular: ¿Habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia?*, Revista Jurídica de Navarra, 17, enero-junio 1994.
- BAYOD LÓPEZ, María del Carmen. *Efectos de la invalidez de las capitulaciones matrimoniales en el marco de la teoría general del contrato: ajustes y desajustes*. Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia, Nº. 2, 2006.
- BELLUSCIO, César. *Nociones de Derecho de Familia*. Bibliográfica Omeba. 1968.
- BOSSER, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. *Manual de Derecho de Familia*. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma. 2004. Pág. 238.
- CAMPENON T., *Code Napoléon*. Paris: Henri Plon. 1864.
- CARCABA FERNÁNDEZ, María. *Las capitulaciones matrimoniales*. Universidad de Oviedo. Servicio de Publicaciones. 1992.
- Diccionario de la Lengua Española (1970). Madrid: Editorial Espasa-Calpe.
- Diccionario Enciclopédico Larousse (2001) Santafé de Bogotá D.C.
- FIGUEROA, Enrique. *Tratado elemental de derecho civil*. Biblioteca clásicos del derecho. Vol 1. 1997.
- GARCÍA HERRERO, María del Carmen. *Las capitulaciones matrimoniales en Zaragoza en el siglo XV. En La España Medieval*. Tomo V. Editorial Complutense de Madrid. 1986.
- GUZMÁN ÁLVAREZ, Martha Patricia. *El régimen económico del matrimonio*. Colección textos de jurisprudencia. Centro Editorial Universidad del Rosario. Bogotá D.C. 2006.
- KRASNOW, Adriana. *El régimen patrimonial del matrimonio en el derecho comparado. Caracterización del régimen vigente en el derecho argentino*. Revista de Derecho Privado Externado 17-2009,
- LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Capítulos matrimoniales y estipulación capitular, en Centenario de la Ley del Notariado*. Madrid. 1962.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos del Derecho Civil. Familia*. Dikinson. Madrid. 2008.
- LALINDE ABADIA, Jesús. *Iniciación histórica al derecho español*. Barcelona. Ariel. 1978. Citado por GARCÍA HERRERO, María del Carmen. *Las capitulacio-*

nes matrimoniales en Zaragoza en el siglo XV. En La España Medieval. Tomo V. Editorial Complutense de Madrid. 1986.

LELIEVRE, Jacques. *La pratique des contrats de mariage chez les notaires au Chatelet de Paris de 1769 á 1804.* Paris: Edition CUJAS. 1959.

MEDINA PABÓN, Juan Enrique. *Derecho Civil. Derecho de Familia.* Editorial Universidad del Rosario. 2010.

PAZ-ARES, Ignacio. *Previsiones capitulares.* En Recientes modificaciones legislativas para abogados de familia: modificaciones fiscales, el síndrome de alienación parental y provisiones capitulares". Editorial Dykinson. 2008.

PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier. *Tratado de Derecho de Familia Pactos prematrimoniales. Capitulaciones matrimoniales. Convenio regulador.* Procedimiento Consensual. Lex Nova S. A. 2009.

REINO DE ESPAÑA. Código Civil.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del primero (1º) de agosto de mil novecientos setenta y nueve (1979).

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 20 de abril de 2001.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. Sentencia del 31 de marzo de 2006.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Congreso Nacional. Ley 28 de 1932.

ROBLES BRAMBILA, Luis. *Algunas consideraciones sobre capitulaciones matrimoniales.* Revista Colegio de Notarios de Jalisco No. 4.1991.

SUÁREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de Familia.* Tomo I. Editorial Temis S. A. Bogotá. 1998.

SCHMIDT HOTT, Claudia. *Algunas consideraciones en torno a la autonomía de la voluntad en el sistema económico matrimonial.* En Revista Jurídica No. 7 de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. Argentina. 2003. 11-19.

VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho de Familia.* Editorial Temis S.A. 1995.

VIDAL TAQUINI, Carlos. "Régimen matrimonial de comunidad", en Enciclopedia de derecho de familia, Buenos Aires, Universidad, Tomo III, 1994.