

CAPITULACIONES MATRIMONIALES

ALCIDES MORALES ACACIO



UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

1827

CAPITULACIONES MATRIMONIALES

ALCIDES MORALES ACACIO

RESUMEN: las capitulaciones matrimoniales pertenecen al derecho patrimonial del derecho de familia, son el estatuto o reglamento que acuerdan los contrayentes o los conyugues antes o después del matrimonio, en relación con los bienes que aportan, como los que adquieran durante el matrimonio, y distribución, las donaciones y concesiones que se quieran hacer el uno al otro de presente o de futuro; y, la situación en que van a quedar una vez disuelto el vinculo por divorcio o se termine por nulidad. Como estatuto contiene unas condiciones de validez y unos presupuestos que permiten su eficacia.

ABSTRACT: the marriage capitulations belong to the patrimonial law of the family law, the marriage capitulations are the statute or rules that the spouses or contracting agree before or after the marriage, according with the assets that they contribute, like they acquire during the marriage and the distributions, donations and concession that they want to do each other in the presents or in the future and the situation that they will be once dissolved the associate by divorce or nullity. As statute contains conditions of validity and budgets that permits their effectiveness.

PALABRAS CLAVES: capitulaciones matrimoniales, comunidad de bienes, convención matrimonial, donación, cónyuge, contrayente

KEY WORDS: marriage capitulations, community property, matrimonial convention, donation, spouse, contracting

Fecha de recepción: Septiembre 8 de 2009

Fecha de aceptación: Noviembre 27 de 2009

INTRODUCCIÓN

El derecho de familia en su desarrollo normativo regula las relaciones que los seres humanos establecen entre si, con el propósito de satisfacer las necesidades de orden heterosexual, así como las relaciones patrimoniales que se desprendan de esa unión, que bien puede estar derivada del matrimonio o de la unión marital de hecho; creando para ambos un régimen de bienes que cobija a la pareja matrimonial o la de los compañeros o compañeras permanentes. Este régimen de bienes es lo que se conoce con la denominación de capitulaciones matrimoniales, convenciones matrimoniales o regímenes de bienes en el matrimonio, que se define como el estatuto o reglamento que acuerdan los contrayentes o los cónyuges antes o después del matrimonio, en relación con los bienes que aportan, como los que adquieran durante él, su distribución, las donaciones y concesiones que se quieran hacer el uno al otro de presente o de futuro; y, la situación en que van a quedar una vez disuelto el vínculo por divorcio o terminado por nulidad.

Conforme al artículo 180 del Código Civil, una vez celebrado el matrimonio surgen dos clases de sociedades: la de bienes, salvo que se haya pactado un régimen de separación de bienes, que va a regular la sociedad patrimonial; y la de personas comprendiendo estrictamente las obligaciones de carácter personal entre cónyuges y de estos con sus hijos.

Para un desarrollo practico y completo del tema se estudiaran los caracteres generales que rigen el instituto de las capitulaciones matrimoniales; de manera que el texto brinde a los lectores una información útil y de fácil comprensión.

CAPITULACIONES MATRIMONIALES

I. NOCIONES ELEMENTALES PREVIAS

Qué es el Derecho de Familia

Es un conjunto sistemático y organizado de normas jurídicas, que sacadas del Derecho Civil, viene a regular las relaciones que los seres humanos establecen entre si, con el propósito de satisfacer las necesidades de orden heterosexual en un

ambiente de ética y respetabilidad, (dado que esas relaciones que son calificada como instintiva, por ser el hombre racional y reflexivo, cuando las realiza en el ambiente de ética y respetabilidad, las sublima). Regula obviamente las consecuencias que se derivan de esas relaciones sexuales y las relaciones patrimoniales que se desprenden de esa unión; bien por el matrimonio ya por la unión marital de hecho.

Pues esa relación familiar tiene un fondo económico a virtud del régimen de bienes que cobija a la pareja matrimonial o a la de los compañeros permanentes, debiéndose tener en cuenta la capacidad de la mujer adquirida por regulación desde la ley 28 de 1932 que desmonta el protagonismo que en ese sentido mantenía el código civil del hombre consistente en su jefatura única a través de la (patria potestad y la potestad marital) en el hogar y en la administración de los bienes en el matrimonio por la incapacidad de la mujer; el decreto 2820 de 1974, el de la igualdad de los sexos, perfeccionó la igualdad, que hay que entenderla extendida a los compañeros permanentes según leyes 54 de 1990, 979 de 2005 y la norma superior de la Constitución Art. 13.

2. Ubicación de la familia Matrimonial

Nosotros tenemos un Derecho de familia matrimonial, que es una parte esencial del Derecho de Familia que regula la Constitución, surgimiento, desarrollo y extinción del matrimonio con estas características:

- a. Es Derecho Positivo, porque es creado por el hombre.
- b. Es Derecho Positivo escrito y codificado.
- c. Rige en las fronteras patrias, es Derecho Internacional Privado.
- d. Por la observancia de sus normas sabemos que es: Imperativo, extramatrimonial, indispensable, incompensable, irrenunciable, inembargable.

Es decir que no conforma la prenda tácita de los acreedores.

Pero frente a esa familia matrimonial o legítima, encontramos la Ley 54 de 1990 que regula la unión marital de hecho con énfasis en la sociedad patrimonial entre

compañeros permanentes. La regulación de esta Ley no lesiona a la familia matrimonial, trata de igualar la unión marital de hecho a la familia legítima.

3. En qué sentido se entiende el Derecho de Familia.

El Derecho de Familia lo concebimos en dos sentidos:

- a. Sentido restringido o de Derecho de Familia puro y simple o personal matrimonial: que es el que va a regular las relaciones de la sociedad de personas y sus normas tienden al Derecho Público, lo que significa que no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes que aquí son los conyugues o compañeros permanentes.

- b. Sentido Amplio: que se conoce con el nombre de Régimen Económico Matrimonial o Régimen de Bienes en el Matrimonio, que va a regular la sociedad patrimonial, definiendo la situación jurídica de los bienes que se llevan al matrimonio a título oneroso o a título gratuito y la manera como quedan esos bienes una vez disuelto el matrimonio o la unión marital de hecho, las donaciones y concesiones que se quieran hacer el uno al otro de presente o futuro y sus normas son de derecho privado.

II. GENERALIDADES DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

1. Definición

Es el estatuto o reglamento que acuerdan los contrayentes o los conyugues antes o después del matrimonio, en relación con los bienes que aportan, como los que adquieren durante el matrimonio, y distribución, las donaciones y concesiones que se quieran hacer el uno al otro de presente o de futuro; y, la situación en que van a quedar una vez disuelto el vínculo por divorcio o por nulidad. Eso es lo que conocemos como capitulaciones matrimoniales, convenciones matrimoniales, régimen económico matrimonial o régimen de bienes en el matrimonio; con ubicación en el Derecho de Familia en sentido amplio o Derecho de Familia patrimonial privado.

2. Pactar las Capitulaciones no es obligatorio

Como la institución la regula el Derecho Privado, y depende de la voluntad, no es obligatorio que los contrayentes o los cónyuges la acuerden; pues, si no se pactan de todos nodos se rigen por la ley en ese aspecto, teniendo en cuenta lo que el legislador ha hecho, consultando las costumbres, la manera de pensar y de sentir de las familias colombianas, un estatuto de régimen de bienes en el matrimonio por el que se rigen los cónyuges que de manera expresa quieran someterse a él y para quienes no acordaron ninguno.

Siendo, entonces, este estatuto de Derecho Común o Régimen Legal, los que quieran someterse a él no necesitan pactarlo. Sucede en este caso algo semejante a lo que ocurre cuando una persona no hace testamento para el reparto de sus bienes, después que se muera, porque se encuentra conforme con la distribución que hará la ley de sus bienes por causa de muerte, en la sucesión intestada.

3. Las convenciones matrimoniales no constituyen un contrato.

En sentido general, cuando nosotros encontramos la expresión acuerdo de voluntades, debemos suponer que estamos frente al concepto de contrato, que tiene como función esencial establecer obligaciones (patrimoniales) entre quienes lo celebren, es lo que dice el art. 1495 del Código Civil. Pero en tratándose de las capitulaciones matrimoniales, los acuerdos no obedecen a ese riguroso concepto, porque, mucho más que eso, son estatutos o forma de organización de una sociedad de bienes entre los cónyuges en algunos casos, y otros, pueden consistir en la eliminación de toda sociedad.

III. CARACTERES GENERALES DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

Para resaltar los caracteres generales de estas capitulaciones vamos a referirnos a los siguientes puntos:

1. Requisitos o condiciones de validez
2. Ineficacia de las capitulaciones matrimoniales
3. Inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales
4. Principales tipos de convenciones matrimoniales
5. Libertad de los cónyuges para regular el régimen económico matrimonial
6. Donaciones que pueden hacer los cónyuges con ocasión del matrimonio o que a estos les pueda hacer un tercero.

1. Requisitos o Condiciones de Validez: Se refieren a:

- a. Consentimiento o declaración de voluntad.
- b. Capacidad.
- c. Solemnidades.
- d. Época en que va a celebrarse

a. Consentimiento o Declaración de Voluntades. Es más que importante, necesario, saber que en cuanto al consentimiento de los contrayentes o cónyuges para las capitulaciones matrimoniales debe aplicarse las normas que rigen el Derecho Común, deben estar exento de los vicios del consentimiento en materia del matrimonio, es decir, el consentimiento matrimonial solo lo vician la fuerza o la violencia y el error. En cambio en tratándose del consentimiento para convenciones matrimoniales son vicio: el dolo, el error, la fuerza o la violencia y ello se debe a la naturaleza de los pactos.

Ahora, esas declaraciones de voluntad pueden hacerse directamente o mediante apoderado, con la condición de que el poder sea especial y autentico.

b. Capacidad. Tradicionalmente se ha aceptado que la capacidad para contraer matrimonio es la misma que para celebrar las capitulaciones, porque ambas se rigen por las mismas reglas. De modo que las personas hábiles para casarse lo son

también para celebrar las convenciones matrimoniales. Y esas reglas conformes a las costumbres francesas se enuncia con este aforismo: *habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia*.

Que el artículo 1777 recoge en los siguientes términos:

“el menor hábil para contraer matrimonio podrá hacer en las capitulaciones matrimoniales, con aprobación de la persona o personas cuyo consentimiento le haya sido necesario para el matrimonio, todas las estipulaciones de que sería capaz si fuese mayor; menos las que tengan por objeto renunciar los gananciales, o enajenar bienes raíces, o gravarlos con hipotecas o servidumbres. Para las estipulaciones de estas clases será siempre necesario que la justicia autorice al menor. El que se halla bajo curaduría por otra causa que la menor edad, necesitará de la autorización de su curador para las capitulaciones matrimoniales, y en lo demás estará sujeto a las mismas reglas que el menor.

No se podrá pactar que la sociedad conyugal tenga principio antes o después de contraerse el matrimonio; toda estipulación en contrario es nula”.

Surgen dos situaciones de la lectura de esta disposición (Art. 1777 Código Civil)

a.1. La de los menores de edad: La ley aplica en toda su extensión la máxima del derecho francés: *“hábiles ad nuptias habilis ad pacta nuptialia”*; las personas capaces para contraer matrimonio tienen capacidad para celebrar capitulaciones relativas al régimen de bienes.

Es decir que pueden celebrar válidamente matrimonio y capitulaciones matrimoniales los varones y mujeres mayores de 18 años; los menores de 18, varones y mujeres, mayores de 14 años pueden celebrarlas con la debida autorización de las personas llamadas a aprobar el matrimonio.

Esa regla tiene dos excepciones indicadas en el Art. 1777 Código Civil.

- Renunciar a los gananciales: ésta excepción se comprende perfectamente, pues la renuncia de gananciales se relaciona de modo directo con el régimen de bienes en el matrimonio e indica que los conyugues quieren regirse por el régimen de separación de bienes.

- Enajenar bienes raíces: ésta excepción carece de sentido porque las capitulaciones jamás pueden tener como finalidad la enajenación de bienes raíces.

No podrá el menor entonces renunciar a gananciales ni enajenar bienes raíces sin licencias judiciales.

a.2. La de los mayores de edad incapaces: Si se tiene en cuenta que en Francia la capacidad para celebrar capitulaciones no se anticipa para los mayores de edad incapaces. En relación con este mismo punto, la ley Colombiana separándose en gran parte del sistema francés, aplica la máxima: “el que es hábil para casarse es hábil para celebrar capitulaciones”.

Por eso se hace necesario recordar que la incapacidad para el matrimonio no es exactamente la que se establece para celebrar contrato. Así, un sordomudo que no puede darse a entender por escrito, no puede contratar (Art 1504 C.C.) pero puede contraer matrimonio “si puede expresar con claridad su consentimiento por signos manifiestos” igual, un disipador interdicto no puede contratar, pero puede celebrar matrimonio.

En cambio la capacidad que se exige para celebrar capitulaciones no es la misma que se exige para contratar, pues los mayores incapaces para contratar pueden celebrar capitulaciones si son autorizados por su respectivo representante legal.

c. Solemnidad: las capitulaciones matrimoniales deben otorgarse por escritura pública, es decir ante un notario con la presencia de los futuros contrayentes o de sus mandatarios (Art 1772 del código civil). El resto del artículo “*Cuando no asciendan a mas de 1.000 pesos los bienes aportados al matrimonio por ambos esposos juntamente y en las capitulaciones matrimoniales no se constituyen derechos sobre bienes raíces, bastará que consten en escritura privada firmada por las partes y por tres testigos domiciliados en el territorio, de otra manera no valdrá*”. Debe mirarse como derogado por la costumbre, a demás es inaplicable.

d. Época: Se refiere al tiempo en que pueden celebrarse las capitulaciones matrimoniales (Arts. 1779 y 1820 N° 5 Código Civil).

Pueden celebrarse antes de celebrarse el matrimonio o una vez celebrado.

d.1. Art. 1779 Código Civil: Estatuía que las capitulaciones debían celebrarse antes del matrimonio. Advertía que una vez realizada debía ser alterada o adicionada en la misma forma, es decir, por escritura pública pero antes del matrimonio.

d.2. Art. 1820 Código Civil: Nueva redacción de la ley 1ª de 1976, autoriza a los conyugue para disolver la sociedad conyugal por mutuo consentimiento elevado a escritura pública. En el sistema primitivo del Código Civil no podía disolverse la sociedad conyugal para adoptar el régimen de separación de bienes.

En consecuencia todas las capitulaciones cuya finalidad sea apartarse de la sociedad de gananciales y adoptar el régimen de separación de bienes puede celebrarse antes o después del matrimonio.

2. Ineficacia de las capitulaciones

Son causales de ineficacia:

- a. Caducidad
- b. Inexistencia
- c. Nulidad.

a. Caducidad: Cuando las capitulaciones se celebran antes del matrimonio y en consideración a él, jamás podrá un hombre y una mujer regirse por dichas capitulaciones sin haber contraído matrimonio, o sea, que la eficacia de ella se condiciona a la celebración válida de las nupcias (aquí son accesorias al matrimonio).

Por lo tanto la falta de celebración del matrimonio conduce a la caducidad de las capitulaciones, muy a pesar que estas sean intrínsecamente válidas puesto que sin el matrimonio no pueden producir efecto, esto es, caducan.

En algunos casos puede saberse con precisión si las capitulaciones han caducado, pero en otros, la cuestión puede ser dudosa:

- a. Caducan indudablemente: Ocurre cuando alguno de los contrayentes deshace el compromiso y contrae matrimonio con persona diferente y también cuando muere o cae en incapacidad matrimonial.
- b. caducidad es dudosa: Ocurre cuando los futuros esposos no contraen matrimonio y dejan transcurrir varios años antes de celebrarlo, por ejemplo, celebradas las capitulaciones los futuros contrayentes en forma expresa rompen el proyecto de matrimonio, pero no resuelven las capitulaciones y pasados varios años deciden casarse. Entonces cabe preguntar ¿producen efectos las capitulaciones válidamente celebradas y no resueltas? Sí, al respecto nos servimos de la jurisprudencia francesa, ella enseña que la cuestión de saber si nos hallamos o no ante un caso de caducidad, es un asunto de hecho que deberán resolver los jueces teniendo en cuenta varias circunstancias: así es posible que las causas existentes en un principio para pactar determinado régimen matrimonial hayan desaparecido posteriormente y en esta forma nos hallamos ante un caso de caducidad, pero si las mencionadas causas no han sufrido variaciones importantes no habrá caducidad.

Ahora, si se atiende el principio de derecho de que lo accesorio sigue el mismo destino de lo principal, roto el compromiso matrimonial habrá de entenderse per se que caducan las capitulaciones.

b. Inexistencia: Son inexistentes

- b.1. las capitulaciones celebradas por personas diferentes de los cónyuges (era que las antiguas costumbres francesas daban validez a las capitulaciones celebradas por los padres de los futuros contrayentes práctica que quedó suprimida a partir de la vigencia del código civil de 1804 que en Colombia tuvo aceptación)

b.2. Las celebraciones por documento privado (Ver ARt. 1772 pag. XI)

b.3. En el sistema del código civil bajo los auspicios del art. 1779 eran inexistentes las capitulaciones pactadas después de la celebración del matrimonio; pero a partir de la ley 1ª de 1976, que autorizó a los cónyuges para disolver la sociedad por mutuo consentimiento elevado a escritura pública (Art. 1820 Código Civil) cesó la mencionada causal de inexistencia.

c. Nulidad: Se habla de nulidad de las capitulaciones en el mismo sentido en que se emplea ésta causal de ineficacia para los negocios jurídicos en general, es decir, como ausencia de alguno de los requisitos exigidos por la ley para la total validez de las declaraciones de voluntad.

En materia de nulidad de las convenciones se aplica el derecho común. Así los vicios del consentimiento o la falta de capacidad en los menores adultos originan una nulidad relativa. En cambio las estipulaciones cuyo objeto es ilícito, por ser contrario al orden público o a las buenas costumbres, o que emanan de incapaces absolutos producen nulidad absoluta (la doctrina francesa expuesta por Josserand, Cours de Droit civil, Núm. 393 y ss. sostiene que en materia de capitulaciones no cabe distinguir entre nulidad absolutas y relativas, y que cualquier nulidad en estos pactos siempre es absoluta. De ahí que los cónyuges no puedan convalidar el pacto matrimonial en razón de vicios del consentimiento suele decirse que el facultar a los cónyuges para convalidar las capacitaciones, equivale a quitarle fijeza y seriedad al pacto, y se agrega que ello se opone al principio de la inmutabilidad). Sin embargo esta tesis y estos argumentos no han tenido acogida en el derecho Colombiano.

La nulidad puede ser: total o parcial

a. Total: Cuando las capitulaciones se anulan en su totalidad (vicios del consentimiento, incapacidad).

b. Parcial: cuando se anulan algunas de las estipulaciones, pero subsisten las capitulaciones en lo demás, como cuando alguna de las cláusulas es contraria al orden, público siendo lícitas las restantes de las mismas capitulaciones. En cuanto a su origen como consecuencia nulidad además,

pueden tener su origen, ya sea en las mismas capitulaciones, como en el caso anterior, o como consecuencia de la nulidad del matrimonio, como las capitulaciones son accesorias al matrimonio, la nulidad de este repercute sobre aquellas.

3. Inmutabilidad de las convenciones matrimoniales

Según la segunda proposición del Art. 1778 una vez celebrado el matrimonio, no podían alterarse las convenciones matrimoniales, ni aun con el consentimiento de todas las personas, que no intervinieron en ella. Sin embargo, como a tenor del Ord. 5º del Art. 1820 (nueva redacción de la Ley 1 de 1976), la sociedad conyugal capaces:

Haciendo en solo cuerpo de la norma antigua, art.1778 y de la nueva, art. 1820-5, el antiguo principio de la inmutabilidad o las capitulaciones, se gobierna hoy día por las siguientes reglas:

- a.** Sí se celebraron capitulaciones pactando el régimen de total separación de bienes los cónyuges no pueden, una vez casados, derogar dicha régimen para convenir un régimen de sociedad conyugal, rige en esta hipótesis el principio de inmutabilidad.

- b.** Si no se celebran capitulaciones matrimoniales, los cónyuges quedan gobernados por el régimen de sociedad conyugal que reglamenta el Código Civil. Pues bien, este régimen puede disolverse para mutuo acuerdo de los cónyuges elevado a escritura pública, igual regla se aplica cuando los futuros contrayentes hubieran celebrado capitulaciones pactando un régimen celebrado capitulaciones pactando un régimen de sociedad conyugal diferente del reglamentado por el Código Civil. En este caso No. Rige el principio de la inmutabilidad del régimen de bienes en el matrimonio.

En Resumen: los cónyuges gobernados por el régimen de separación de bienes pactado antes del matrimonio o durante el no pueden cambiarlo por una sociedad conyugal; pero el régimen de sociedad conyugal a que estuvieron sometido puede siempre cambiarse por el de separación de bienes.

Cómo se desvirtúa la inmutabilidad

Al respecto debe agregarse lo que dispone el Art. 102 del C. de Co. Según el cual “será válida la Sociedad entre padres e hijos o entre cónyuges, aunque unos y otros sean los únicos asociados. Los cónyuges, aunque uno y otros sean los únicos asociados. Los cónyuges conjunta o separadamente podrán aportar toda clase de bienes a la sociedad que forman ente sí o con otras personas”.

El contenido de ésta norma tiene una significación importante respecto al régimen de bienes en el matrimonio; pues podrá su aplicación solo se requiere que la cónyuge tengan dicha calidad sin distinguir si están o no separados de bienes. En consecuencia:

Los cónyuges separados de bienes pueden pactar una sociedad colectiva o de responsabilidad limitada o encomandita y aportar a esa sociedad toda clase de bienes. Entre los aportes pueden figurar las rentas o utilidades que obtengan de sus bienes en el futuro, caso en el cual nos hallaremos ante una sociedad cuyo activo social es el equivalente al de una sociedad conyugal.

Los cónyuges que viven gobernados por el sistema de sociedad conyugal no necesitan pactar sociedad alguna de responsabilidad limitada o de otra clase, por cuanto todos los bienes que durante la vigencia de la sociedad conyugal adquieran, les pertenecen. Sin embargo puede pactarse cuando alguno de los hijos sean socios.

Hasta aquí el principio de la inmutabilidad del régimen de separación de bienes ha quedado notoriamente desvirtuado por el Art. 1820 N° 5 y el 102 del Código de Comercio. (En Vigencia de la segunda proposición del artículo 1778 del CC) y el 102 del Código del Comercio.

Y en definitiva, el principio de inmutabilidad lo dirvintúan.

4. Principales tipos de convenciones matrimoniales

A pesar de la gran variedad de tipos de convecciones matrimoniales que pueden regir la vida económica de los cónyuges, pueden reducirse a dos principales:

4.1. El de comunidad o Sociedad Conyugal

4.2. El de separaciones de bienes

a. Régimen de comunidad o Sociedad Conyugal: Se caracteriza esencialmente por la existencia de una masa común que pertenece proindiviso a los cónyuges y que está destinada a distribuirse entre ellos cuando la sociedad se disuelve. Esta sociedad se forma únicamente entre conyuges y se extingue invariablemente cuando se disuelve el matrimonio; pero hay otras formas de disolución de la sociedad conyugal que no implican disolución del matrimonio (1820 N° 5 Código Civil).

Entonces, lo esencial para su existencia es la masa común de bienes y nada más y no es de la esencia de una sociedad conyugal que el jefe y administrador de esa masa común sea el marido, de ser así se indicaría que no hay régimen de sociedad; que la masa se integre con todos los bienes de los cónyuges o con solo una parte de ellos o que actualmente esa masa común no tenga bienes apreciables, no son circunstancias que constituyan nota distintiva de un régimen de Sociedad conyugal.

Del régimen de comunidad o Sociedad Conyugal es posible hacer varias subdivisiones:

b. Sociedad Universal de bienes gerenciada por el marido

Se caracteriza por:

b.1. Su régimen económico debía participar del espíritu mismo del matrimonio, (muchos autores lo consideraban el símbolo perfecto del matrimonio) V. Gierke lo consideraba como síntesis de la indisolubilidad entre cónyuges por que debía crear un solo cuerpo, una sola alma y un solo patrimonio (y era el hombre al que le correspondía todo).

b.2. Todo los bienes de los conjugues hacían parte del haber social.

b.3. La administración de la masa común pertenecía al marido quien era su gerente y libremente de ello.

b.4. Cuando se disolvía la sociedad se repartían los bienes de la masa común por partes iguales

c. Sociedad de gananciales con administración particular de cada cónyuge.

ES el régimen que mejor satisface la existencia de la organización de la familia y fue implementado en Colombia por Ley 28 de 1932. Conforme a su estructura la masa común se forma únicamente por esos bienes:

c.1. Todo lo que los cónyuges adquirían durante la sociedad a título oneroso; por lo tanto no entran a la sociedad los bienes que ellos tengan al casarse y los que cada uno adquiera durante la sociedad a título gratuito ejemplo herencia, donación o legado.

c.2. Los frutos de toda clase de bienes pertenecen a la Sociedad; esto es tanto los bienes que pertenecen en forma exclusiva a los conyugues, como los frutos de los bienes que forman parte de la masa común. Según esto la sociedad es titular de un derecho universal de usufructo.

Es digno de notar que en este tipo de sociedad se distinguen estas clases de bienes:

- a. Los Bines propios del marido, es decir que no son gananciales.
- b. Los bienes de propiedad exclusiva de la mujer, a los cuales se les aplica el mismo concepto.
- c. Los Bienes sociales o gananciales que son los que entran efectivamente al haber de la sociedad

En cualquier momento en que se disuelva la sociedad habrá que determinar la clase de bienes poseídos por los conyugues en el sentido indicado a fin de distribuir en dos partes iguales los que tienen la calidad jurídica de gananciales.

a. Cómo se administra esos bienes ¹

¹ Artículo de la ley 28 de 1932 que **** el actual régimen de sociedad conyugal, es durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado él como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o ****, pero a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al código civil debe liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los conyugues han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio y en consecuencia se procederá a su liquidación.

En cuanto a la administración de los bienes cada cónyuge dispone libremente de su respectivo patrimonio, el cual está integrado: por sus bienes propios, esto es, los que no son gananciales y por sus respectivos gananciales, que son aquellos cuya adquisición se ha hecho durante la sociedad. De esto se deduce que respecto a la administración solo se distinguen dos clases de patrimonios; el de cada cónyuge, pues el tercero o sean los gananciales permanecen confundidos con los bienes particulares de cada cónyuge.

Injusticia del régimen de sociedad conyugal. En Colombia se aplica mucho más este régimen pero como puede dar lugar a injusticia en el evento que uno de los cónyuges tenga bienes cuantiosos al momento de casarse y el otro no, lo regla del reparto en dos partes iguales puede constituir un evidente enriquecimiento para el cónyuge pobre. Para que haya más justicia se podrá excluir por capitulaciones, los frutos del patrimonio poseído antes del matrimonio y limitar los gananciales a los bienes adquiridos durante la sociedad o también podrá pactarse por ejemplo, esta forma de reparto: una cuarta parte (1/4) de todos los gananciales para el cónyuge que carece de bienes y tres cuartas (3/4) partes para el que posee los bienes al casarse.

b. Régimen de separación de bienes

Cuando los cónyuges no están de acuerdo en adoptar el régimen de sociedad conyugal, pueden pactar que cada cual sea propietario exclusivo de los bienes que tenga al casarse, lo mismo que de los adquiridos a cualquier título durante el y de los frutos de todos los bienes.

Siempre que se acuerde este régimen el matrimonio une a las personas de los cónyuges únicamente y no sus bienes.

Debe advertirse que, no obstante, aquellos cónyuges pueden pactar el régimen de separación de bienes, subsisten ciertas normas

imperativas, que hasta cierto punto restringen la aplicación del régimen de separación en toda su plenitud, porque ambos cónyuges deben socorrerse mutuamente y contribuir a los gastos del hogar; si uno solo tiene bienes, deberá cumplir, dichas obligaciones Artículos 113, 176, 179, 257 Código Civil

b.1. En conclusión, el principio de inmutabilidad lo desvirtúan:

- El art. 1820 N° 5 Código Civil
- El Art 102 del Código del Comercio
- El que los cónyuges deben socorrerse mutuamente y contribuir a los gastos del hogar y si uno no tienen bienes el otro deberá cumplir dichas obligaciones.

5. Libertad para escoger el régimen económico matrimonial

Los cónyuges tienen plena libertad para escoger el régimen conyugal que quieran de acuerdo al principio general según el cual los particulares pueden disponer de sus bienes presentes y futuros como mejor les parezca y más convenga a sus intereses. Libertad que sólo tiene las limitaciones que indica el art. 16 del Código Civil. esto es: el orden público y las buenas costumbres², regla que también rige con respecto a las capitulaciones según art. 1775 del Código Civil.

² Noción de leyes de orden público. El concepto de buenas costumbres se engloba dentro del de orden público (Corte Suprema Justicia, casación civil sentencia junio 27 de 1940) "las leyes de orden público según el concepto de Beudant, son las que tienden a asegurar la organización que posee una sociedad para su normal y correcto funcionamiento y tiene como característica predominante que interesan más a la comunidad que la hombre individualmente considerado e inspira más en el interés general que en el de los individuos. No es cosa simple o fácil distinguir dentro de la legislación civil las normas que pertenecen al orden público y las que gobiernan intereses estrictamente privados, por que no existe antagonismo entre el interés general y el privado. Lejos de toda generalización absoluta, debe atenderse con preferencia al fundamento y fin de cada norma para determinar su verdadero carácter según se dirija y destine directa e indirectamente al beneficio de un particular o a beneficiar en primer termino a la comunidad. De estas manera parece muy calificado el carácter de orden público que corresponde a las leyes de Derecho privado que rigen por ejemplo el estado y capacidad de la personas, base de la organización social, las que gobiernan la propiedad, la especialmente la agraria por que conforman económicamente el Estado, las que adoptan medidas en reguardo y amparo de los derechos de terceros en virtud de que todo derecho que no es personal de las partes debe confundirse para ellas con el interés general que no pueden menoscabar, y las leyes inmediatamente vinculadas a las buenas costumbres cuyo concepto se engloba dentro del orden público"

Ese orden público y las buenas costumbres fijan limitaciones a la libertad en estos dos sentidos:

Primera limitación: En cuanto a la administración de los bienes de la sociedad conyugal no puede pactarse que la mujer no pueda administrarlos o que ella no tenga ingerencia en los gananciales, o un régimen de sociedad conyugal con administración exclusiva del marido por que iría contra las dos bases fundamentales que la Ley 28 de 1932 concedió a la mujer al otorgarle plena capacidad civil y quitarle al marido la jefatura de la sociedad conyugal (Art 1 y 5 de la ley 28 de 1932) obedecen a claros motivos de orden público.

Segunda limitación: No se puede pactar o desconocer las reglas del Derecho de familia que regulan las relaciones de orden personal entre los cónyuges y entre estos y los hijos comunes, porque ellas se rigen por normas dictadas por motivos de orden público.

En consecuencia los cónyuges no pueden pactar en las capitulaciones:

- a. Que la mujer no ejerza la patria potestad o que la ejerza sólo sobre unos hijos, por cuanto ella debe ser ejercida conjuntamente (Art. 177 Código Civil, Decreto 2820 de 1974 Art. 19)
- b. Que no queden obligados a socorrerse mutuamente en todas las circunstancias de la vida, o que no exista obligación de contribuir a los gastos del hogar, a la educación y crianza de los hijos, porque son obligaciones reguladas por la Ley (del Derecho Personal Matrimonial).

6. Donaciones por causa de matrimonio

Tanto nuestras costumbres como la Ley (Art. 1842 y ss. Código Civil) entienden por DOTE, no sólo los bienes que lo cónyuges se donan en ocasión al matrimonio, sino

también los que le sean donados por los terceros. En este sentido, la dote no es otra cosa que la antigua "*donatio propier nuptias*" de los romanos".

Fuentes de las donaciones

La donación por causa del matrimonio tiene dos fuentes:

- a. Los terceros: que hacen una donación a los cónyuges o a uno de ellos a través del matrimonio o después de su celebración, pero en todo caso en consideración a él, si lo hacen antes pueden constar en las respectivas capitulaciones.
- b. Los Cónyuges: estas donaciones debe hacerse antes del matrimonio y en ocasión a él.

Limitación de las donaciones entre cónyuges

- a. En cuanto al tiempo: sólo pueden hacerse antes del matrimonio.
- b. En cuanto a la Clase: sólo puede hacerse donaciones revocables (se prohíben las irrevocables Art. 1195 y 1196 y Ley 18/32 art 3) esto es por causa de muerte.
- c. En cuanto a la cuantía: un conyugue puede hacer donación al otro hasta por valor de la cuarta parte de los bienes que tenga en el momento de contraer art. 1844 del Código Civil.

Finalidad de las limitaciones

Es proteger a los terceros y al mismo patrimonio del donante (quien en un exceso de generosidad entusiasmado por la felicidad matrimonial podría reducir sus activos).

Modalidades de las donaciones por causa de matrimonio

Pueden ser: (Art. 1771 del Código Civil)

- a. De presente
- b. De futuro: Y pueden estar sujetas a plazo o condición (Art. 1845 del Código Civil) y pueden ser realizadas por el cónyuge o un tercero

De presente: cuando el donante promete y ejecuta la donación antes del matrimonio o en el momento de celebrarse.

De Futuro de cónyuge: cuando consisten en promesas que un cónyuge hace al otro antes del matrimonio, pero cuyo cumplimiento se realizará en fecha posterior a su celebración.

De Futuro de Tercero: también pueden existir donaciones de futuro de parte de terceros para con los conyugues, según el art. 1843 del Código Civil debiendo sujetarse a las mismas reglas que las de presente, constando en escritura pública o por confesión de terceros.

Además las donaciones por causa de matrimonio pueden sujetarse a plazo o condición de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 1845 del Código Civil pero las condiciones ilícitas se tendrán como escritas.

En el antiguo derecho se acostumbraba pactar la condición resolutoria de la donación hecha por un tercero para el caso de que los donatarios no tuvieran hijos y esa costumbre se hizo tan general que llegó a presumirse la condición. Pero el Código Civil Colombiano reaccionó contra esta costumbre al estatuir en su Art. 1847 que *“en las donaciones entre vivo (donaciones irrevocables) o asignaciones testamentarias (donaciones revocables por causa de matrimonio), no se entenderá la condición resolutoria de faltar al donatario o asignatario sin dejar sucesión, ni otra alguna que no se exprese en el respectivo documento, o que la Ley no prescriba”*.

Por consiguiente la condición resolutoria impuesta por un tercero a la donación que hace a uno de los conyuges para el caso de que no tenga hijos, no la considera la Ley como ilícita, sino que no le da validez en el caso de que no se haya consignado de manera expresa.

Revocación de las donaciones por causa de matrimonio en caso de nulidad:

Para que proceda la revocación de las donaciones en los casos en que se declare la nulidad del matrimonio de requiere:

- a. Que las donaciones hechas a los cónyuges consten en las capitulaciones matrimoniales o por escritura pública ya que no pueden revocarse las donaciones hechas en escritura privada (Art. 1846 parágrafo 1 del Código Civil).
- b. Que en as capitulaciones o en la escritura pública se haya expresado la causa de la donación (es decir, que se hacía por causa del matrimonio) a este respecto se distingue:
 - En las donaciones que se hacen a los cónyuges o a uno de ellos por un tercero debe expresarse claramente en la escritura pública la causa del matrimonio y si no se expresare, la nulidad del matrimonio no tendrá eficacia sobre la validez de aquella.
 - En las donaciones hechas por un cónyuge siempre se presume la causa del matrimonio, o sea que no es necesario expresarla (Art. 1846 parágrafo 2º Código Civil).

Revocación de donación por motivos tocantes a la buena o mala fe de los contrayentes:

Deben tenerse en cuenta las siguientes observaciones:

- a. No pueden revocarse las donaciones hechas por un conyugue al otro, si este actuó de buena fe al contraer matrimonio, ya que así lo dispone el Art. 150 Código Civil, por lo tanto, el cónyuge de buena fe o el inocente cuyo matrimonio se declara nulo, tienen derecho a retener definitivamente los bienes donados.
- b. La acción revocatoria procede siempre contra el cónyuge de mala fe.
- c. Si la donación procede de un tercero Este puede revocarlo y la acción revocatoria podrá instaurarse contra el cónyuge de buena y/o mala fe, con tal que de su donación y de su causa haya constancia por escritura pública (Art. 1846 parágrafo 1º Código Civil).
- d. Los cónyuges que contrajeron de mala fe carecen de acción revocatoria.

Donaciones provenientes de los padres

Lo más frecuente es que las donaciones por causa de matrimonio provengan de los padres por estos dos motivos: Primero, por el deseo de los padres de ayudar al establecimiento del hijo o hija que contrae matrimonio y en segundo lugar, por anticiparle una parte de los bienes que al hijo o hija hayan de corresponderles en su respectiva sucesión.

Como consecuencia de esto, a la muerte del padre o de la madre el hijo o hija deberá colacionar la donación, es decir acumularla imaginariamente el acervo herencial para formar el activo herencial que será objeto de reparto entre los hijos (art. 1243 Código Civil). Aclarémoslo con ejemplo: un padre dona a uno de los hijos una finca que vale \$100.000.000 en ocasión al matrimonio. Y luego al morir deja un acervo de \$300.000.000 pero tenía cuatro hijos entre los cuales se halla el donatario, la herencia deberá repartirse entre ellos (los cuatro), pero como los tres

restantes no recibieron donaciones irrevocables, tendrán derecho a que el donatario colacione su donación según el valor que tenía cuando fue hecha y esto se realiza suponiendo imaginariamente que el valor de la donación se encuentra dentro de la herencia. De manera que resulta un acervo para distribuir de \$400.000.000, a cada uno de los 4 hijos corresponderán \$100.000.000, pero como al hijo donatario se le habían entregado anteladamente no habrá que darle nada ahora; mientras que cada uno de los tres hijos restantes se les entregará \$100.000.000.

Y como en derecho todo hay que decirlo, es evidente que si el hijo donatario es el único hijo, no se hará necesaria la colación. Lo mismo que si en el caso de los cuatro a cada uno de ellos se le dio por adelantado los \$100.000.000.

Responsabilidad de los conyugues con sociedad conyugal: deudas con terceros y acciones acreedores. (Nueva redacción del artículo 62 decreto 2820 de 1974³).

El artículo 1796 del Código Civil en este sentido prescribe *“la sociedad es obligada al pago de las deudas y obligaciones contraídas durante su existencia para el marido o la mujer y que no fueron personales de aquél o ésta, como lo serían las que se contrajeron por el establecimiento de los hijos de un matrimonio anterior”*. Es decir, que la deuda de uno de los conyugues con sociedad conyugal vigente, se presume deuda social, a menos que se demuestre que es personal o propia de la persona casada que aparece como titular.

En segundo lugar, esa misma relación el art. 1810 de Código Civil al señalar las causas de la disolución de la sociedad conyugal prevé en su inciso final: *“No obstante los cónyuges responderán solidariamente ante los acreedores con título*

³ Docente Beatriz Espinosa Pérez, profesora e investigadora de la pontificia Universidad Javeriana. Experta en administración patrimonial familiar. Sociedad conyugal en el régimen jurídico de Colombia: ¿opción, coacción o Derecho vigente? Publicación hecha en la revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia No. 339 diciembre/08 Director Dr. Augusto Trujillo Muñoz pag 15-25.

anterior al registro de la escritura de disolución y liquidación de la sociedad conyugal”.

Se hace entonces indispensable, tanto en las deudas de los cónyuges con sociedad conyugal vigente, como sin sociedad distinguir la titularidad del crédito, de la obligación de responder ante terceros por esa deuda. Como en el caso de créditos originados en gastos de crianza, educación, instrucción, recreación formación integral y establecimiento de los hijos cuando se hace necesario precisar la naturaleza de la misma.

En tercer lugar, el precepto contenido en el Art. 2 de la Ley 28 de 1932, en atención a lo referido dice: *“cada uno de los conyugues será responsable de los demás que personalmente contraiga, salvo las concernientes a satisfacer las ordinarias necesidades domésticas o de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, respecto de los cuales responderán solidariamente ante terceros y proporcionalmente entre sí, conforme al Código Civil”*. La norma se aplica preferencialmente a los cónyuges que no se rigen por la sociedad conyugal, en relación con las deudas familiares, y armonizada con lo que dispone el Art. 1796 del Código Civil, también, a los que tienen sociedad conyugal, bien porque cuando celebraron convenciones matrimoniales se acogieron a ese sistema económico de bienes o porque sin pactarlo se rigen por el sistema de sociedad del Código Civil se establece entonces, la responsabilidad de los casados en las deudas de tipo familiar.

La responsabilidad solidaria de los cónyuges con régimen de sociedad conyugal vigente por los pasivos del patrimonio social surge por el Art. 1820 del Código Civil; esta solidaridad se establece precisamente y así ha sido aplicado para los casos en que hay una intención de ocultar bienes o el evadir deudas con la liquidación de la sociedad de gananciales, pues es allí cuando el acreedor puede actuar. Pero sin que sea posible aplicar la norma de responsabilidad universal por los actos privados

de los de los cónyuges, de suerte que todos los activos de la sociedad conyugal llegarán a responder por las deudas de uno u otro cónyuge.

Esto no es posible en Colombia de forma indiscriminada, el verdadero patrimonio de un casado no es el no es el integrado con bienes de su sociedad conyugal si esta no se encuentra en disolución o en proceso de liquidación. Cosa distinta es que se quiera evitar que se escondan bienes a los acreedores valiéndose de la liquidación de la sociedad conyugal, o que se vendan bienes inmuebles entre cónyuges con el fin de insolventarse ficticiamente y eludir deudas.

Actualmente están vigentes acciones para acreedores cuando la sociedad conyugal es medio de engaño contra estos al liquidarla, como en la Ley 116 de 2006 de insolvencia empresarial, que establece la acción revocatoria y de simulación de actos o negocios realizados por el deudor cuando dichos actos hayan perjudicado a cualquiera de los acreedores o afectado el orden de prelación de los pagos y cuando los bienes que componen el patrimonio del deudor sean insuficientes para cubrir el total de los créditos reconocidos. Esta norma abre la puerta a la demanda contra liquidaciones de la sociedad conyugal efectuados de mala fe.

CONCLUSIONES

Las capitulaciones matrimoniales hacen parte del derecho de familia en sentido amplio o derecho de familia patrimonial, el que depende de la voluntad de los contrayentes o de los cónyuges, que se definen como el estatuto o reglamento que ellos acuerdan para definir la situación jurídica de los bienes que aportan, como los que adquieren durante el matrimonio, su distribución, las donaciones y concesiones que se quieran hacer el uno al otro de presente o de futuro y la situación en que van a quedar una vez disuelto el vínculo por divorcio o terminado por nulidad.

Como hacen parte del derecho privado y dependen de la voluntad, no es obligarlo pactarlo; pues, si no se acuerdan de todos modos se siguen por el sistema que ha hecho el legislador por el que se rigen los que así lo quieran como los que no acuerdan ningún régimen, el estatuto es de derecho común consagrado por el CC.

No obstante a que las convenciones matrimoniales son acuerdo de voluntades no son estrictamente un contrato por cuanto mucho mas que eso son un estatuto o forma de organizar una sociedad de bienes entre cónyuges o a eliminar toda clase de sociedad para su validez requieren como requisitos: el consentimiento o declaración de voluntad; de la capacidad que es lo mismo que se exige para contraer matrimonio; la solemnidad, es decir que consten en escritura pública; y en cuanto a la época de su celebración pueden realizarse antes o después del matrimonio.

Sus causales de ineficiencia son la caducidad, la nulidad y la inexistencia.

Si se hace un solo cuerpo de lo que dispone la segunda proposición del artículo 1778 del C.C. y el numeral 5 del artículo 1820 del C.C; las capitulaciones son inmutables cuando se pacta el régimen de separación total de bienes; y son mutables cuando se acuerda el régimen de sociedad de bienes o no se conviene ninguno, rigiéndose por el sistema de sociedad del Código Civil.

Los cónyuges o contrayentes, respetando el orden público y buenas costumbre, tienen libertad para escoger el tipo de convenciones matrimoniales que quieran.

En cuanto a las donaciones, se entiende, como la donatio propter nuptias de los romanos, no solo los bienes que los cónyuges se donan en ocasión al matrimonio, sino también los que a estos les sean donados por un tercero; lo que quiere decir que como fuentes tienen a los terceros y los mismos cónyuges. Adicionando, eso si, que en cuanto a los cónyuges se limitan en el tiempo, solo pueden hacerse antes del matrimonio; en cuanto a la clase, pueden ser revocables; y, en razón a la

cuantía, un cónyuge puede hacer donación al otro hasta por valor de la cuarta parte de los bienes que tengan al momento de casarse.

Esas donaciones pueden ser de presente o de futuro y pueden estar sujetas a plazo o condición, arts.1771 y 1845 C.C.

Decretada la nulidad del matrimonio pueden revocarse las donaciones siempre que: consten en las capitulaciones o escrituras públicas; que en esas escrituras se exprese la causa de la donación; si se hacen por un tercero a los cónyuges o a uno de ellos debe expresarse también que es por causa de matrimonio; y, cuando se las hacen los cónyuges esa causa se presume.

En cuanto a la revocación de donación por motivos tocante a la buena o mala fe, se siguen estas reglas: no pueden revocarse las donaciones hechas por un cónyuge al otro, si éste actuó de buena fe al contraer matrimonio, art. 150 C.C; el cónyuge inocente cuyo matrimonio se declaró nulo, tiene derecho a retener definitivamente los bienes donados; la acción revocatoria procede siempre contra el cónyuge de mala fe; los cónyuges que contraen de mala fe carecen de acción revocatoria. Pero cuando la donación procede de un tercero éste puede revocarlo y la acción revocatoria podrá instaurarse contra el cónyuge de buena o mala fe.

BIBLIOGRAFIA

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho de Familia, primera edición 1981; pags. 326, 329, 333, 339, 350, 360. Librería Jurídicas Wilches. Bogotá-Colombia.

SUAREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. Derecho matrimonial, quinta edición, pags, 299, 300, 310 a 317; Editorial Temis. Bogotá Colombia 1990.

VALENCIA ZEA, Arturo – ORTIZ MONSALVE, Arturo. Derecho Civil, Tomo V, Derecho de Familia, Séptima edición, actualizada, págs, 285 a 302. Editorial Temis S.A Santa Fe de Bogotá Colombia 1995.