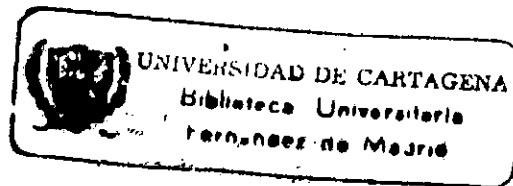


346.2
R763

1

SCIB
00018592

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL
"DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES"



JORGE J. ROMERO BUSTILLO.

47296



UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
CARTAGENA, OCTUBRE 1985

REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL
DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

RECTOR: DR. LUIS H. ARRAUT E.
DECANO: DR. FABIO MARON DIAZ.
SECRETARIO GENERAL: DR. CARLOS MENDIVIL.
SECRETARIO ACADEMICO: DR. PEDRO MACIA HERNANDEZ.
PRESIDENTE DE TESIS: DR. ALVARO BARRIOS ANGULO.
PRIMER EXAMINADOR: DR. RAFAEL H. DE LA VALLE GOMEZ.
SEGUNDO EXAMINADOR: DR. ALCIDES MORALES ACACIO.

CARTAGENA, OCTUBRE 1985

"LA FACULTAD NO APRUEBA NI DESAPRUEBA
LOS CONCEPTOS EMITIDOS EN ESTA TESIS,
TALES CONCEPTOS SE CONSIDERAN PROPIOS
DE SU AUTOR".

(Art. 83 del Reglamento).



TABLA DE CONTENIDO

	Pág
Introducción.	1
I. PARTE	
GENERALIDADES SOBRE EL REGIMEN DE BIENES EN EL MATRIMONIO.	6
1. GENERALIDADES.	7
1.1 EXPLICACIÓN PREVIA.	7
1.2 CONCEPTO, DETERMINACION E IMPORTANCIA.	7
2. DIFERENTES REGIMENES O SISTEMAS.	10
2.1 SISTEMAS, REGIMENES O TIPOS.	10
2.1.1 In Manun.	10
2.1.2 Régimen de Comunidad.	10
2.1.3 Régimen sin Comunidad.	12
2.1.4 Sepración de Bienes.	12
2.1.5 Régimen Dotal.	12

	Pág
2.1.6 Régimen de Libertad o Convención Matrimonial.	13
2.2 REGIMEN MATRIMONIAL EN EL DERECHO CIVIL COLOMBIANO.	14
II. PARTE	
DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES.	16
1. GENERALIDADES.	17
1.1 CONCEPTO.	17
1.2 ASPECTOS GENERALES DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES.	24
1.2.1 Contenido.	24
1.2.2. Requisitos.	27
1.2.3 Naturaleza jurídica.	30
2. DESARROLLO HISTORICO.	32
2.1 CONSIDERACIONES PRELIMINARES.	32
2.1.1 Régimen de la dote.	34
2.2 LA DOTE.	37
2.2.1 Nociones generales.	37
2.2.2 Constitución de la Dote.	40
2.2.4 Testitución de la Dote.	42
2.2.5 De las donaciones prooter nuptias.	45



	Pág
2.3 ANTECEDENTES DEL REGIMEN DE BIENES EN EL DERECHO ROMANO.	46
2.4 ANTECEDENTES DEL REGIMEN DE BIENES EN EL DERECHO ESPAÑOL.	48
2.4.1 El fuero juzgo.	48
2.4.2 Los fueros municipales.	48
2.4.3 Fuero real.	49
2.4.4 Las siete partidas.	49
2.4.5 En las legislaciones forales.	50
3. EN EL DERECHO FRANCES.	52
3.1 CONTRATO DE MATRIMONIO.	54
3.1.1 Definición.	55
3.2.1 Carácter.	56
3.2 CONDICIONES DE VALIDEZ Y DE EFICACIA.	58
3.2.1 Condiciones de Fondo.	58
3.2.2 Condiciones de Forma.	60
3.3 PUBLICIDAD DEL CONTRATO MATRIMONIAL.	61
3.4 CADUCIDAD Y NULIDAD DEL CONTRATO DE MATRIMONIO.	63
3.4.1 Caducidad.	64
3.4.2 Nulidad.	65

	Pág.
3.5 AMPLITUD Y RECEPTABILIDAD DE LA CARTA MATRIMONIAL	67
3.5.1 Restricciones o Limitaciones a libertad de las Convenciones Matrimoniales.	68
3.5.2 Constitución de la Dote.	73
3.5.3 Aplicación y duración del Contrato de matrimonio.	74
3.5.4 Jurisprudencia.	74
3.6 INMUTABILIDAD DE LAS CONVENCIONES MATRIMONIALES.	75
3.6.1 Origen y Razón de Ser.	75
3.6.2 Derecho Comparado.	76
3.6.3 Actos cambios que caen bajo el imperio de la Inmutabilidad de las Convenciones Matrimoniales.	76
3.6.4 Cambios Permitidos.	77
3.6.6 Regímenes Sucesivos.	79
3.6.7 Campo de Aplicación de la regla en cuanto a las personas.	80
3.6.8 Sanción a la Regla de la Inmutabilidad.	80
3.6.9 Observaciones.	80
4. EL DERECHO CHILENO.	82
4.1 NATURALEZA JURIDICA.	82

	Pág
4.2 CARACTERISTICAS DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES.	82
4.3 CONSENTIMIENTO Y CAPACIDAD PARA CELEBRAR LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES.	84
4.4 SOLEMNIDADES.	85
4.5 REVOCABILIDAD O MODIFICACION DE LAS CAPITULACIONES ANTES DEL MATRIMONIO.	88
4.6 ESTIPULACIONES.	93
4.7 ESTIPULACIONES PROHIBIDAS.	94
5. EN EL DERECHO ARGENTINO.	97
5.1 CONCEPTO.	97
5.2 LAS CONVENCIONES PREMATRIMONIALES EN EL CODIGO CIVIL ARGENTINO.	99
5.3 EL INVENTARIO DE LOS BIENES QUE CADA CONYUGE LLEVA AL MATRIMONIO. (Art. 1.217 inc.1°).	101
5.4 DONACIONES DEL ESPOSO A LA ESPOSA (Art. 1.217 inc. 3°).	102
5.5 PROMESA DE DOTE DE TERCEROS.	104
5.6 FORMA DE LAS CONVENCIONES PREMATRIMONIALES.	104
5.7 INMUTABILIDAD.	105
5.8 CAPACIDAD.	105
5.9 CONVENCIONES CELEBRADAS EN EL EXTRANJERO.	106



	Pág.
6. EN EL DERECHO ESPAÑOL.	108
6.1 INMUTABILIDAD DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES.	108
6.2 OPORTUNIDAD PARA CELEBRAR LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES.	111
6.3 CAPACIDAD.	112
6.4 SOLEMNIDADES.	115
6.5 CAPITULACIONES MATRIMONIALES BAJO MODALIDADES.	116
6.6 AMPLITUD DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES.	117
 III. PARTE DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES EN EL DERECHO COLOMBIANO.	 122
1. GENERALIDADES.	123
1.1 CORRIENTES JURIDICAS QUE INFLUYERON EN EL CODIGO CIVIL.	125
1.2 COMO INFLUYERON LAS MENCIONADAS CORRIENTES EN EL LIBRO CUARTO(OBLIGACIONES Y CONTRATOS) Y PARTICULARMENTE EN MATERIA DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES.	128
1.3 CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES.	130
2. EL REGIMEN LEGAL DE COMUNIDAD DE BIENES Y DE GANANCIAS BAJO LA ADMINISTRACION DEL MARIDO (SO	

	Pág.
CIEDAD CONYUGAL).	136
2.1 SISTEMA DEL CODIGO CIVIL.	137
2.2 SISTEMA DE LA LEY 28 de 1.932.	146
2.3 SISTEMA MATRIMONIAL VIGENTE.	150
3. REGIMEN ACTUAL DE LAS CAPITULACIONES.	152
3.1 CONCEPTO.	152
3.2 CARACTERISTICAS.	154
3.3 PARTES DE QUE CONSTAN.	158
3.4 REQUISITOS.	159
3.4.1 Requisitos particulares de fondo.	159
3.4.2 Requisitos particulares de forma.	172
3.5 LA FIGURA DEL ART. 1.820 ord. 5° (Según la redac ción de la ley 1a. de 1.976, art. 25).	176
3.6 INMUTABILIDAD DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIA- LES.	177
3.7 PUBLICIDAD DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES	179
3.8 VIGENCIA DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES.	181
3.8.1 Vigencia retroactiva.	182
3.8.2 Nulidad convencional.	183
3.8.3 La caducidad.	183



	Pág.
3.8.4 La inexistencia.	185
3.8.5 La nulidad.	185
4. PRINCIPALES TIPOS DE CONVENCIONES MATRIMONIALES.	188
4.1 LIBERTAD PARA ESCOGER EL REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL.	189
4.2 COMBINACION DE LOS ANTERIORES REGIMENES DE SOCIEDAD CONYUGAL.	192
5. DONACIONES POR CAUSA DE MATRIMONIO.	194
5.1 NOCION.	194
5.2 REGIMEN JURIDICO.	195
5.3 ESPECIE DE DONACIONES POR CAUSA DEL MATRIMONIO.	196
5.4 MODALIDADES DE LAS DONACIONES POR CAUSA DE MATRIMONIO.	198
5.5 REVOCACION DE LAS DONACIONES.	200
6. MINUTA PARA CAPITULACIONES MATRIMONIALES.	203
CONCLUSIONES.	213
BIBLIOGRAFIA.	220

INTRODUCCION

El primer paso en la elaboración de un trabajo de esta naturaleza, es el de la elección del tema. Esta decisión esta determinada, por lo general, por el interés que despierta una rama del derecho y de manera particular cierta institución jurídica. Pero se tienen en cuenta otros factores como: la novedad, la facilidad de fuentes de consulta, etc. En el caso concreto de este trabajo, no pesaron en el momento de la elección del tema de "LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES" algunos de estos factores. Por ejemplo, sabíamos de antemano la dificultad para encontrar en la literatura jurídica nacional un estudio profundo de esta institución; por otra lado, este es un tema que algunos podrían considerar poco novedoso y entimulante. Pero consideramos, en primer lugar, que las limitaciones en las fuentes doctrinales de consulta a nivel nacional, era una oportunidad para analizar de manera sistemática las fuentes formales que informan a las capitulaciones matrimoniales y hacer una interpretación y estudio de ellas

sin tener la influencia de criterios preconcebidos, poniendo en práctica el criterio jurídico formado en los años de estudio de esta bella profesión.

En segundo lugar, no podíamos aceptar que tuvieramos que elegir un tema sólo por razones de impacto y novedad; si nuestro ordenamiento jurídico en el ramo civil nos presenta instituciones cuyo estudio nunca puede considerarse acabado y en las que se ha plasmado la sabiduría y experiencias de muchos siglos, de los juristas y de la humanidad en general.

Así, decidimos escoger el tema de las capitulaciones matrimoniales, porque pensamos que una monografía jurídica debía ser la oportunidad para investigar a profundidad sobre unas fuentes formales y su interpretación.

Las capitulaciones matrimoniales, no son estudiadas con detenimiento y son de una aplicación práctica poco frecuente en Colombia, debido quizá al desconocimiento que de ellas se tiene que no ha permitido detenerse a pensar en el instrumento tan valioso que es, especialmente para prevenir y resolver tantos conflictos que se presentan

entre los cónyuges por razones patrimoniales. Precisamente, en el curso de la investigación bibliográfica para esta tesis, nos sorprendimos con la manera tan ligera como son estudiadas las capitulaciones matrimoniales por los autores nacionales, en contraste con la trascendencia que le dan los tratamientos extranjeros, especialmente los franceses, que dedican una parte considerable del estudio del régimen económico matrimonial a su análisis detenido.

Las capitulaciones matrimoniales se celebran de manera excepcional en Colombia, debido al desconocimiento que se tiene de ellas y a la mentalidad poco práctica del Colombiano y también, quizá, al prejuicio de los que piensan que celebrar antes del matrimonio una convención regulando las relaciones económicas entre los futuros cónyuges sería darle prelación a las cuestiones económicas por encima de las sentimentales y una manifestación de desconfianza entre los cónyuges sobre el futuro y estabilidad de la unión conyugal. Todo esto, a pesar de lo aconsejable de su práctica entre los futuros esposos, para señalar las normas que van a regir la sociedad conyugal de bienes. Si su práctica se difundiera en Colombia, se podría evitar en gran medida tantos conflictos entre los cónyuges por razones patrimoniales y se evitaría que en el momento de la liquidación de la sociedad conyugal exis



tieran las injusticias que se presentan cuando uno de los cónyuges toma ventajas indebidas sobre el otro.

El presente estudio de las capitulaciones matrimoniales, lo hemos dividido en tres títulos y consta cada uno de varios capítulos, para así hacer una exposición ordenada y sistemática.

El título I denominado "Generalidades sobre el régimen económico matrimonial" busca ser una exposición somera sobre el régimen general de bienes en el matrimonio con el fin de destacar su importancia y explicar los diferentes sistemas que sirven para su regulación y en consecuencia poder determinar desde un principio el lugar que ocupan las capitulaciones matrimoniales en el ámbito más extremo del régimen patrimonial del matrimonio. Este título I lo dividimos en dos capítulos que tratan: las generalidades sobre el régimen patrimonial en el matrimonio y los diferentes tipos o reglas que el legislador ha venido concretando en la organización del orden pecunario emanado del matrimonio.

En el Título II denominado "De las capitulaciones matrimoniales", nos adentramos en el estudio concreto de esta institución. Está dividido a su vez en seis capítulos, así: generalidades de las capitulaciones; su desarrollo

histórico; el tratamiento que se le da a las capitulaciones en el derecho francés, chileno, argentino y español.

En el Título III estudiamos a las capitulaciones matrimoniales en el derecho Colombiano. Está dividido en seis capítulos, en la siguiente forma: generalidades, el régimen legal de comunidad y gananciales bajo la administración de los cónyuges.(sociedad conyugal); régimen actual de las capitulaciones matrimoniales; principales tipo de convenios matrimoniales; donaciones por causas de matrimonio; y en el último capítulo, presentamos un modelo de minuta para la elaboración de una capitulación matrimonial, con observaciones y explicaciones sobre los diferentes requisitos que deben tenerse en cuenta para su elaboración.

Con el presente trabajo nos proponemos, sobre todo, llamar la atención sobre la institución de las capitulaciones matrimoniales y destacar su importancia dentro del orden jurídico nacional.

I. PARTE
GENERALIDADES SOBRE EL REGIMEN DE BIENES
EN EL MATRIMONIO

1. GENERALIDADES



1.1 EXPLICACION PREVIA

Antes de iniciar en concepto el estudio de las capitulaciones matrimoniales, hemos creído conveniente hacer una exposición somera sobre el régimen general de bienes en el matrimonio con el fin de destacar su importancia y explicar los diferentes sistemas que sirven para su regulación y en consecuencia, poder determinar desde un principio el lugar que ocupan las capitulaciones matrimoniales en el ámbito más extenso del régimen patrimonial del matrimonio.

1.2 CONCEPTO, DETERMINACION E IMPORTANCIA

La unión de un hombre y una mujer, para toda la vida y para todos los fines de la existencia, establecida sobre la base de la igualdad y el respeto recíproco, en que consiste el matrimonio, crea entre los cónyuges dos cla-

ses de sociedades: una de personas, o sea, la unión de aquellas dos personas de distinto sexo, aspecto éste dentro del cual se generan las secuelas puramente personales y una sociedad de bienes que da lugar al régimen de bienes en el matrimonio, o sea la conjugación de los intereses patrimoniales o susceptibles de evaluación pecuniaria.

Este régimen de bienes en el matrimonio está gobernado por normas de orden privado, que, consultando las costumbres y especialmente el modo de sentir y pensar de las personas, constituyen un estatuto de Régimen de Bienes en el Matrimonio, por el cual se rigen todos los cónyuges que de manera expresa quieran someterse a él y para todos aquellos que no acordaron ninguno, por ser sus normas de carácter supletivo, en su mayor parte.

El objetivo de esta sociedad de bienes, conocida también como Régimen de Bienes en el Matrimonio o Régimen Económico Matrimonial", es el de establecer:

- a) Las relaciones económicas o pecuniarias de los esposos durante el matrimonio.
- b) Los derechos de los terceros que, por alguna razón contraten, o asuman la calidad de acreedores de ambos o de uno de los cónyuges.

- c) Los derechos recíprocos patrimoniales de los esposos al momento que finalice la comunidad económica entre ellos.
- d) Los derechos sucesorales que el cónyuge supérstite ejerce al fallecimiento del otro.

2. DIFERENTES REGIMENES O SISTEMAS



2.1 SISTEMAS, REGIMENES O TIPOS

Las legislaciones han venido concretando reglas o tipos apropiados en la organización del orden pecunario emanado del matrimonio, destacándose, en el devenir histórico, los siguientes:

2.1.1 In Manun

0 sistema de derecho antiguo que hacía al marido, por el solo hecho del matrimonio, propietario y dueño absoluto de su mujer, de sus hijos también de los bienes que aquella tuviera, tanto al momento del matrimonio como los que con posterioridad adquiriese. El matrimonio con manus era modo de adquirir el derecho sobre la persona (de la mujer y de los hijos) y de los bienes de aquella.

2.1.2 Régimen de Comunidad

Todos o parte de los bienes que al momento del matrimonio tenían los esposos, pasan a formar una masa o conjunto de bienes comunes, que se acrecientan con los bienes que, durante el matrimonio, adquiera cualquiera de los cónyuges. De esta masa o conjunto de bienes, son socios o copropietarios los cónyuges, bajo la administración total del marido. Las rentas que dichos bienes o masa produzca, se destinan para sufragar los gastos de la familia.

Se distinguen varias clases de comunidad, a saber:

a) La comunidad Universal o Absoluta

Se presenta cuando todos los bienes de los cónyuges (muebles e inmuebles, presentes y futuros), entran en la comunidad -es sistema aplicado en Alemania y Suiza-.

b) Comunidad de Muebles y de Gananciales.

Cuyas características son: A la comunidad ingresan o aquella se forma por los bienes muebles que los esposos tenían al momento del matrimonio y los inmuebles que, a título oneroso, aquellos adquieren durante el matrimonio, los inmuebles que los esposos tengan al momento del matrimonio, adquiridos a cualquier título, junto con los que adquieran durante el matrimonio mediante sucesión o donación, siguen siendo propios del cónyuge adquirente, las

de los bienes propios, acrecen la masa común.

c) La simple comunidad de Gananciales

La masa común sólo la forman: la renta de los bienes, presentes y futuros, de los esposos y los salarios o dividendos del trabajo o de la actividad personal de los mismos.

2.1.3 Régimen sin Comunidad

En este sistema no existe sociedad, co propiedad ni masa común alguna de bienes de los cónyuges: cada uno de los cónyuges conserva la propiedad de los bienes que tenga al momento del matrimonio y de los que adquiera durante él, pero, mientras subsista el matrimonio, todos aquellos bienes están bajo custodia y administración del marido.

2.1.4 Separación de Bienes

En este sistema cada uno de los cónyuges continúa siendo el propietario y libre administrador de toda clase de bienes que, hubiese tenido al momento del matrimonio y de los que adquiera durante el mismo.

2.1.5 Régimen Dotai

Cuyas características son: Por el sólo hecho del matrimonio no existe ni se integra masa ni bienes comunes; cada uno de los cónyuges conserva la propiedad de sus bienes y aportes, pero los bienes de la mujer se dividen en dos grupos: uno que integra los bienes que la mujer entrega al marido -y sobre los que éste sólo adquiere la simple administración-, con la prohibición de disiparlos y la obligación de conservarlos para el patrimonio de la mujer -o sea que estos bienes son inalienables-; de ellos sólo puede el marido obtener ganancias o rentas y destinarlas para la atención de las cargas del matrimonio; y otros que la mujer los reserva para su propio disfrute y administración, o sean los bienes parafernales o extradotales.

2.1.6 Régimen de Libertad o Convención Matrimonial

A fin de regular los bienes matrimoniales en armonía y concordancia con la propia descendencia y demás circunstancias personales, patrimoniales, familiares, sociales y en especial, en respeto a la voluntad de los cónyuges, la gran mayoría de las legislaciones han dejado en libertad a los esposos para que organicen o regulen, desde antes de celebrarlo el matrimonio, todo lo relacionado con los bienes matrimoniales, mediante su propio pacto o contrato que toma el nombre de CAPITULACIONES MATRIMONIALES; siempre

que no altere o desconozca los principios de orden público previamente establecidos.

Las CAPITULACIONES MATRIMONIALES son, entonces, una consecuencia o manifestación del régimen de libertad o convención matrimonial que constituye uno de los sistemas establecidos para la regulación del régimen de bienes en el matrimonio. Mediante las CAPITULACIONES MATRIMONIALES los cónyuges organizan lo referente a los bienes matrimoniales con las limitaciones establecidas por las normas de orden público y por lo tanto de imperativo cumplimiento.

2.2 REGIMEN MATRIMONIAL EN EL DERECHO CIVIL COLOMBIANO

Como sistemas reguladores del régimen patrimonial del matrimonio, consagró el Código Civil Colombiano:

- 1) El régimen de la CONVENCION MATRIMONIAL, bajo la denominación de CAPITULACIONES MATRIMONIALES (C.C. art. 1.771) y a falta de dicha estipulación.
- 2) El régimen de COMUNIDAD DE MUEBLES Y DE GANANCIALES, bajo la administración del marido, y
- 3) El régimen de SEPARACION DE BIENES para los que hayan celebrado matrimonio en el exterior y se domicilian en Colombia, siempre que no hayan estado sometidos a régi-

men matrimonial diferente conforme a las leyes bajo cuyo imperio se casaron (CC. art. 180).

En este trabajo nos proponemos realizar un estudio a fondo de las CAPITULACIONES MATRIMONIALES, pero considerabamos importante presentar esta exposici3n general sobre el R3gimen de Bienes en el Matrimonio, con el fin de ubicar claramente esta instituci3n de las CAPITULACIONES MATRIMONIALES en dicho campo.



II. PARTE
DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

1. GENERALIDADES.

1.1 CONCEPTO

Como vimos en el Título Primero, al estudiar de manera general en Régimen de Bienes en el Matrimonio, el matrimonio crea entre los cónyuges dos sociedades: una de personas y la otra de bienes. La sociedad de bienes se conoce con el nombre de "Régimen de bienes en el Matrimonio o Régimen Económico Matrimonial", regulado por normas de derecho privado y por lo tanto de carácter supletorio de la voluntad de las partes.

Esas normas constituyen el estatuto legal que regula los bienes matrimoniales y que, en el caso colombiano, consagran el sistema de comunidad de muebles y de gananciales bajo la administración del marido y el régimen de separación de bienes para los que hayan celebrado matrimonio en el exterior y se domicilien en Colombia.

Entonces, en primer lugar la ley, consultando las costumbres y especialmente el modo de sentir y de pensar de la

familia colombiana, ha establecido un Estatuto de Régimen de Bienes en el Matrimonio, por el cual se regirán todos los cónyuges que de manera expresa quieran someterse a él y para todos aquellos que no acordaron ninguno. Como este estatuto es de derecho común o de régimen legal, los contrayentes que quieran someterse a él no necesitan pactarlo; sucede en este caso algo semejante a lo que ocurre cuando una persona se encuentra conforme con la distribución que haría la ley de sus bienes por causa de muerte, y por ello no hace testamento.

Pero como esas normas son de orden privado, bien pueden los contrayentes separarse de sus disposiciones y regular por su propia voluntad la situación de los bienes que tengan antes de celebrar el matrimonio, así como de los bienes que por cualquier causa adquieran durante él; también pueden decidir acerca de su distribución durante el matrimonio y una vez disuelto.

En otras palabras, pueden acogerse al Régimen de Libertad o Convención Matrimonial, regulando desde antes de la celebración del matrimonio, todo lo relacionado con los bienes matrimoniales, mediante su propio pacto o contrato que toma el nombre de CAPITULACIONES MATRIMONIALES. Para ello los contrayentes solo están limitados por las normas de or

den público.

En consecuencia, reciben el nombre de CAPITULACIONES MATRIMONIALES o simplemente PACTOS MATRIMONIALES DE BIENES, el estatuto que los cónyuges acuerdan antes o después del matrimonio en relación con los bienes que aportan, como los que adquieran durante el matrimonio, su distribución, las donaciones y concesiones que se quieran hacer el uno al otro de presente o futuro. (C.C. art. 1.771).

La doctrina francesa denomina estos pactos con el nombre de contrato de matrimonio (contrat de mariage), aunque los diferentes autores advierten que son contratos en el mismo sentido que un compra venta, un permuta sino más bien un pacto de familia (pacte de famille) o una carta patrimonial de los esposos.

Los hermanos Mazeaud en sus lecciones de derecho civil, definen las capitulaciones matrimoniales como "La convención que conciertan los futuros esposos para determinar su régimen matrimonial". Agregan que "se trata del acto jurídico: del negotium, pero también se denominan capitulaciones matrimoniales el documento donde consta ese acto jurídico: el instrumentum".



Los eminentísimos juristas franceses, George Ripert y Jean Boulanger en su obra Tratado de Derecho Civil -Según el Tratado de Plalniol, denominan a las capitulaciones matrimoniales con el nombre de Contratos Matrimoniales y lo definen así: "El contrato de matrimonio es la convención por la cual, con anterioridad al casamiento, las partes reglamentan el régimen de sus bienes por toda la duración de su matrimonio. La expresión contrato se emplea con el fin de destacar el acuerdo de voluntades. En realidad se trata de un estatuto establecido por convención".

Agregan que "al igual que los estatutos de una sociedad, el contrato de matrimonio se compone de una sucesión de artículos numerados que enuncian las reglas destinadas a regir la organización, el funcionamiento y la disolución del régimen adoptado".

La doctrina alemana también los denomina contrato de matrimonio, pero con la advertencia que dichos contratos pueden comprender relaciones patrimoniales de matrimonio, no relaciones distintas. Por su parte, el Código Civil Italiano de 1.942 los denominan Convenciones Matrimoniales (convenzioni Matrimoniali). El código Civil del Brasil los llama Pactos ante-nupciales (pactos ante nupciais). El Código Civil Español en su art. 1.315, las denomina Capitulaciones Matrimoniales. El Código Civil Chileno en

su Art. 1.723 les da el nombre de Convenciones Matrimoniales, expresión genérica que engloba tanto la convención propiamente dicha como el contrato.

El profesor argentino Eduardo A. Zannoni en su obra de Derecho Civil, comentando la legislación Civil argentina define así las Capitulaciones Matrimoniales que él denomina Convenciones Matrimoniales: "Tradicionalmente las llamadas convenciones matrimoniales o prematrimoniales también capitulaciones, en el Cód. Civil Español (art. 1.315) contratos matrimoniales en el Cód. Civil Alemán (art. 1.434) etc son los pactos entre los cónyuges relativos a los bienes, ya sean adoptando un determinado régimen de relaciones patrimoniales que la ley autoriza a convenir, o modificando parcialmente el régimen (por ejemplo estableciendo la separación de deudas entre los esposos, o reservando a uno de ellos la administración de ciertos bienes o modificando las bases de la participación, etc.)".

Los profesores chilenos Alexandri y Somarriva, las definen así: "Son la convención que tiene por objeto modificar el régimen legal matrimonial". Acogemos esta definición por ser concisa y breve.

El Diccionario de la Real Academia Española, define así:

Las capitulaciones Matrimoniales; Del Latín Capitulationis, que significa concierto o pacto hecho entre dos o más personas sobre algún negocio comúnmente grave. Concier-tos que se hacen entre los futuros esposos y se autorizan por Escritura Pública, al tenor de los cuales se ajuste el régimen económico de la sociedad conyugal.

Escritura pública en que consta tales pactos.

Por su parte la Enciclopedia Omeba, trata en los siguientes términos el contrato matrimonial y a las capitulaciones: "El Contrato Matrimonial forma los acuerdos establecidos por los futuros esposos sobre uno, varios o todos los objetos siguientes para nuestro Derecho:

- 1) La designación de todos los bienes que cada uno lleve al matrimonio de todos los bienes que cada uno lleve al matrimonio
- 2) La reserva a la mujer del derecho de administrar algún bien raíz de los que lleve al matrimonio o que adquiriera después por título oneroso.
- 3) Las donaciones que el esposo hiciere a su esposo.
- 4) Las donaciones que los esposos se hagan de los bienes que dejaren a su fallecimiento.



Al referirse a las capitulaciones Matrimoniales dice: "rigen las relaciones de los esposos respecto de los bienes que tengan al tiempo de celebrarlas y de los que adquieran posteriormente en todo cuanto no esté prohibido por la ley del lugar de la situación de los bienes" (Artículo 40 del Tratado del Derecho Internacional Civil).

El Diccionario de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas las define como: "El Contrato Matrimonial hecho mediante Escritura Pública por el cual se establecen las futuras condiciones de la Sociedad Conyugal en cuanto al régimen patrimonial de ésta. La escritura Pública en que consta tal concierto o pacto".

En realidad estos acuerdos o pactos no obedecen en sentido riguroso al concepto de contratos, pues estos tienen por función especial establecer obligaciones entre quienes lo celebran (CC. art. 1.495), y los pactos o capitulaciones matrimoniales son un estatuto o forma de organización de una sociedad de bienes entre los cónyuges, en algunos casos, y, en otros, pueden consistir en la eliminación de toda sociedad. De ahí a que tales pactos matrimoniales se les debe llamar Convenciones Matrimoniales, o Pactos Matrimoniales o, como los denomina el Código Civil Colombiano, CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

1.2 ASPECTOS GENERALES DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

1.2.1 Contenido

Según el art. 1.773: "Las Capitulaciones Matrimoniales no contendrán estipulaciones contrarias a las buenas costumbres ni a las leyes. No serán, pues, en detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge respecto del otro o de los descendientes comunes". Se refiere este artículo a las limitaciones que tienen los cónyuges en las regulaciones que establezcan en las Capitulaciones Matrimoniales, a ellas nos referimos en los capítulos anteriores cuando decíamos que las Capitulaciones Matrimoniales no pueden alterar o desconocer los principios de orden público previamente establecidos. Sobre éste y los demás puntos a que se refiere este aparte haremos un estudio más detallado en los próximos capítulos, por ahora nos limitaremos a señalar la forma como se regula esta institución de las Capitulaciones Matrimoniales en el Código Civil haciendo unos breves comentarios al margen.

El art. 1.775, modificado por el Art. 61 del Decreto 282 de 1974, establece que "Cualquiera de los cónyuges, siempre que sea capaz, podrá renunciar a los gananciales que resulten de la disolución de la sociedad conyugal, sin

perjuicio de terceros". La mujer y el varón pueden renunciar los gananciales en capitulaciones matrimoniales, en el curso del matrimonio o durante la liquidación de la sociedad conyugal.

El inciso 2° del Art. 1777 del C.C. perceptúa: "No se podrá pactar que la sociedad conyugal tenga principio antes o después de contraerse el matrimonio; toda estipulación en contraria es nula". La sociedad conyugal comienza con el matrimonio, por acuerdo entre las partes no puede modificarse esta situación jurídica, constituye esta una limitación a la voluntad de las partes en las capitulaciones matrimoniales.

Las capitulaciones matrimoniales designarán: "Los bienes que los esposos aportan al matrimonio, con expresión de su valor y una razón circunstanciada de las deudas de cada uno". (Art. 1.780).

Hasta la vigencia de la Ley 28 de 1932, las capitulaciones matrimoniales únicamente eran aptas para hacer algunas variaciones al régimen legal, que era el de la sociedad conyugal. Ello era así según Edgar Alvarez Rodríguez, "porque siendo la mujer incapaz por razón del matrimonio, no era factible elegir un régimen en el cual la mujer, fuera apta para el ejercicio personal y directo de sus dere-



chos, como sería, por ejemplo, el de separación total, por cuanto las normas sobre capacidad son de orden público y, por eso mismo, no pueden ser derogadas por convenios entre particulares". A partir de la ley 28 de 1.932, consideramos que es factible pactar en capitulaciones matrimoniales régimen de separación de bienes, ya que el Art. 1.774 del C.C. dice que a falta de "pácto escrito" rige el régimen de sociedad conyugal, lo que a contrario sensu significa que si existe pacto, es posible pacto otro sistema como el de separación de bienes.

El art. 1776 del Código dispone: Se puede estipular en las capitulaciones matrimoniales que la mujer administrará una parte de sus bienes propios con independencia del marido; y en este caso se seguirán las reglas dadas en el título IX, capítulo III del libro 10. sobre excepciones relativas a la simple separación de bienes.

"Se podrá también estipular que la mujer dispondrá libremente de una determinada suma de dinero, o de una determinada pensión periódica, y este pacto surtirá los mismos efectos que la separación parcial de bienes: pero no será lícito a la mujer tomar prestado o comprar al fiado sobre dicha suma o pensión".

A partir de la ley 28 de 1.932, la mujer, por el hecho del matrimonio, no pierde la administración de los bienes que le pertenecen, por lo cual no tiene sentido en unas capitulaciones matrimoniales incluir el convenio previsto en la primera parte del Art. 1.776.

Después de la Ley 28 es viable que los esposos acuerden este tipo de convenio previsto en el inciso 2o. del Art. 1.776, porque se trata de una donación autorizada por el Art. 1.463 del C.C.

1.2.2 Requisitos

Las capitulaciones matrimoniales son convencionales celebradas entre los futuros cónyuges dirigidas a regular el régimen de bienes en el matrimonio, implica, por lo tanto un acuerdo de voluntades sobre un objeto de interés jurídico. Debe reunir, entonces, los requisitos de todo acto o declaración de voluntad, establecidos en el art. 1.502 del C.C.. Según este artículo, para que toda declaración de voluntad produzca efectos jurídicos, debe reunir cuatro requisitos: la capacidad, que es la aptitud legal de los futuros cónyuges para poderse obligar; consentimiento, que es la exteriorización de la voluntad para obtener los efectos jurídicos deseados; el objeto lícito que en la conven-

ción implica la creación, modificación o extinción de una o varias obligaciones; y la causa lícita o sea móvil o motivo determinante de quienes comparecen a celebrarlas.

En cuanto a la capacidad para celebrar las capitulaciones matrimoniales es la suma prevista para el matrimonio, conforme a la regla del art. 1.777 del C.C., de la cual resulta que en el Derecho Civil Colombiano la capacidad para celebrar capitulaciones está sometida a dos excepciones: la renuncia a las gananciales y la enajenación de bienes raíces. Como consecuencia de esto, el menor que esté en capacidad de celebrar capitulaciones matrimoniales no puede renunciar a los gananciales, ni enajenar bienes raíces sin licencia judicial.

Sin embargo, se impone determinar la capacidad para celebrar, válidamente, capitulaciones matrimoniales.

Debe anotarse que en Francia, la capacidad para celebrar contrato de matrimonio se anticipa sólo a los menores de edad no a los mayores de edad incapaces. En cambio la Ley Colombiana aplica en toda su extensión la máxima: *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*, lo que significa que las condiciones de capacidad son las mismas para ambos contratos: el matrimonio y el contrato de matrimonio

capitulaciones matrimoniales.

El sistema impuesto por el Art. 1.777 del C.C. Colombiano coincide con el sistema que adopta el Art. 165 del Código Italiano. En Alemania se aplica a todos los casos el Derecho Común, es decir, que no rige la máxima "habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia".

En Colombia los impedimentos absolutos o relativos para contraer matrimonio. lo serán también para celebrar capitulaciones.

En cuanto al consentimiento para celebrar válidamente capitulaciones matrimoniales, a él deben aplicarse las reglas genéricas de todo contrato (C.C. arts. 1.508 a 1.516) con la excepción legal respecto de la capacidad (C.C. art. 1.777). O sea, que el consentimiento debe estar exento de vicios (error, fuerza y dolo). Aunque el dolo no vicia el consentimiento matrimonial sea que provenga de los cónyuges o de un tercero, si se contempla como causal de nulidad de las capitulaciones matrimoniales. Esto se explica por la diversa naturaleza jurídica de los dos actos. La declaración de voluntad puede emitirse mediante mandatario y tanto el marido como la mujer pueden constituir apoderado, con tal que el poder sea especial y auténtico. Todos estos requisitos los analizaremos más detalladamente

en el capítulo correspondiente al régimen actual de las capitulaciones, por ahora nos interesa dejar unas nociones al respecto.

Debemos agregar que las capitulaciones matrimoniales se otorgan por Escritura Pública, salvo excepciones que trataremos más adelante, se requerirá para esta celebración la presencia de los futuros contrayentes o de sus mandatarios legalmente constituidos. Esto mismo es aplicable al contrato de matrimonio.

Actualmente las capitulaciones matrimoniales pueden celebrarse antes del matrimonio o una vez celebrado, según lo establecido por el Art. 1.820 del C.C. (nueva red. de la ley la. de 1.976), la cual veremos y explicaremos más adelante.

1.2.3 Naturaleza jurídica

En cuanto a la naturaleza jurídica de las capitulaciones, cabe observar que ellas no siempre son un contrato. Recordemos que Convención es un acto jurídico bilateral destinado a producir siempre efectos jurídicos como los contratos contrato es un acto jurídico bilateral destinado a originar obligaciones, así que todo contrato es una convención,



pero no toda convención es un contrato. Las capitulaciones matrimoniales tendrán el carácter de contrato cuando dan nacimiento a obligaciones, como por ejemplo, si el marido se obliga a entregar a la mujer una determinada suma de dinero o una determinada pensión periódica para que disponga de ella libremente. Pero si se contraen obligaciones, sino que se producen otros efectos jurídicos, como cuando se pacta separación de bienes, entonces las capitulaciones no son un contrato, sino una convención.

Por eso consideramos acertado el hecho de que nuestra legislación denomine a los acuerdos entre los futuros cónyuges en relación con los bienes matrimoniales, capitulaciones matrimoniales y no contratos matrimoniales como se les denomina en Francia.

En resumen, las capitulaciones matrimoniales constituyen entonces una convención celebrada por los esposos, esto es, por quienes han pactado esponsales o desposorios, y antes de celebrar matrimonio, por lo que también se les llama contratos de matrimonio y mediante el cual se modifica el régimen matrimonial.

2. DESARROLLO HISTORICO

2.1 CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La costumbre de celebrar un contrato de matrimonio o capitulaciones matrimoniales es relativamente reciente. Los romanos no la tenían: su régimen matrimonial no era convencional, sino legal. Ellos verificaban solamente el aporte de la dote y reglamentaban las condiciones de su restricción por medio del instrumentum dotale.

Casi lo mismo ocurría en la Edad Media. Aunque en los antiguos archivos se encuentra un número bastante elevado de actos denominados "contratos de Matrimonio", en realidad se trata de promesa de matrimonio con estipulación de dote. Es por ello que las antiguas costumbres francesas no suponen nunca que los particulares tuvieran el hábito de instuir por contrato su régimen matrimonial: todo estaba reglamentado por la costumbre.

Sólo en el siglo XVII, cuando se poseyeron costumbres escritas, se concibió la idea de modificar el estatuto local

gos, porque se aprovechaba de mayor valor y de todos los productos de la cosa.

Si la dote no se había estimado, era la cosa la que tenía el carácter dotal, y se le debía aplicar todas las reglas de la dote; el marido no tenía derecho a la garantía, con excepción de la responsabilidad durante el dolo, si la dote se constituía por datio; y en el caso de la dictio o de una promesa, si tenía derecho a ella, era por razón de la obligación que resultaba del contrato. La usucapión si a ella había lugar, se haría a título pro dote a partir del matrimonio o pro suo antes del matrimonio; los riesgos correspondían a la mujer que, por el contrario, se aprovechaba de los productos o adquisiciones resultantes de la cosa dotal con excepción de los frutos que, durante el matrimonio, eran de propiedad del marido.

La constitución de la dote se podía hacer antes o después del matrimonio; la prohibición de las donaciones entre esposos no se extendía a la constitución de la dote. Cuando se constituía antes del matrimonio, estaba subordinada a la condición de que el matrimonio se celebrara; condición suspensiva, si la constitución tenía lugar por vía de obligación, condición resolutoria, si se había hecho por vía de datio; en este caso la propiedad, pues, se transfería

actualmente, y si el matrimonio no se celebraba, el constituyente no tenía para repetir sino la *condictio sine causa*. En cuanto a la aceptilación, la cuestión se discutía entre los jurisconsultos para saber si la condición debía considerarse como suspensiva o resolutoria.

2.23 Régimen de la dote

En el antiguo derecho el marido era *dominus dotis*; podía enajenar e hipotecar libremente. Pero sus poderes se restringían porque eran incompatibles con el derecho que se reconoció a la mujer de pedir, en ciertos casos, la restitución de la dote.

En el derecho clásico, desde la ley *Julio de adulteris* y de fondo *dotali* prohibió al marido la enajenación de los inmuebles situados en Italia y cuya propiedad se había transferido sin estimación, menos cuando la mujer consentía. La prohibición comprendía toda enajenación, aún parcial, tal como la constitución de una servidumbre; indirecta, tal como una usucapión; pero la usucapión comenzaba antes del matrimonio podía cumplirse legalmente. Más la prohibición no se extendía ni a las enajenaciones necesarias que resultaran, por ejemplo, de una división provocada por copropietario indiviso, ni a las enajenaciones a título universal que comprendía todo el patrimonio del mari-



do, quien podía, por ejemplo, darse en adrogación; los bienes dotales pasaban al sucesor universal y desde entonces quedaban en su poder inalienables.

El marido quedaba libre de disponer como quería de los muebles, de los inmuebles estimados y también de los fondos provinciales, si hemos de dar crédito a Justiniano, porque la cuestión se discutió entre los jurisconsultos. Pero la enajenación de los inmuebles italianos fue nula, nulidad que no existía sino en interés de la mujer y no debía producir su efecto definitivo sino cuando debía restituirse la dote. En tanto que el matrimonio no se disolviese, el derecho del adquiriente estaba en suspenso y la nulidad que afectaba desde entonces su adquisición podía subsanarse. La facultad de reivindicar correspondía al marido o a sus herederos, pero si ellos no obraban, la mujer podía hacerse ceder la reivindicación después de la disolución del matrimonio y aún cobrar con el auxilio de una acción útil en virtud de una cesión tácita.

La Ley Julia, también prohibía al marido hipotecar el fundo dotal, esto según Justiniano. Pero era dudoso que la prohibición resultara de la ley Julia. Esta ley data de una época en que la hipoteca caso no se practicaba en Italia, y los autores de la época clásica, Gayo y Paulo, al

hablar de la Ley Julia nada dicen de la prohibición de hipotecar. Es posible, pues, que la prohibición se dedujera de la jurisprudencia de los edictos de Augusto y Claudio que prohibían a las mujeres obligarse en interés de su marido, y sobre todo, del senado consulto Valeyano, que prohibía toda intercesión de las mujeres en favor de otro.

El marido no podía constituir hipoteca en los fondos dotales aún cuando la mujer consintiera en ello; más severamente se restringía el derecho de hipotecar que el de enajenar porque había el temor de que la mujer consintiera más fácilmente en una hipoteca cuyas consecuencias no veían inmediatamente. Pero la hipoteca consentida en interés de la mujer era válida, porque en este caso ello no intercedía. Si la prohibición proviniera de la ley Julia, era preciso desechar esta distinción y declarar nula la hipoteca, cualquiera que fuese la persona en cuyo interés se constituía.

Justiniano prohibió al marido enajenar e hipotecar aún con el consentimiento de la mujer, y la prohibición la hizo extensiva a los fundos provinciales. En vez de una simple incapacidad que afectaba al marido, el derecho nuevo sentaba el principio de la inalienabilidad de los fundos dotales.

mediante reglas convencionales, tan pronto como aquellas disposiciones se tornaron incómodas o demasiado estrechas. Se vió, entonces, a los profesionales inventar cláusulas que modificaban el régimen tradicional de la comunidad, y como estas cláusulas parecieron ventajosas y representaban un real progreso, se difundió la práctica de celebrar un contrato de matrimonio para beneficiarse con ellas.

Estudiaremos a continuación el Régimen Dotal que existió en el Derecho Romano, por ser considerado el antecesor de las capitulaciones matrimoniales. Presentaremos, también de manera resumida lo referente al régimen patrimonial en el matrimonio que existió en el Derecho Germano y el Derecho Español, para luego estudiar en los próximos capítulos la manera como son reguladas en la actualidad las capitulaciones matrimoniales en las más importantes legislaciones.

2.2 LA DOTE

2.2.1 Nociones generales

La familia Romana subsistió bajo el doble principio de la subordinación e inferioridad de las personas que la integraban (la mujer era recibida en la familia para que vivie



ra bajo la tutela o potestad del marido, cuya majestad debía venerar-filias loco est- y la superioridad, la soberanía y el poder único en el padre. Sobre dichos principios se integró la potestad marital o derechos que el marido ejercía, no solo sobre la persona de la mujer, sino sobre los bienes, presentes y futuros, de aquella, los que se entendían incorporados al patrimonio del marido.

Cabe recordar que por medio de la figura de la manus del derecho romano -constituida sobre las solemnidades de la confarreación, y la coempción-, la mujer pasaba al dominio del marido quien se convertía en su dueño, tanto respecto de su persona como respecto de sus bienes -presentes y futuros-, pues la conventio in manu, fue modo de adquirir similar a la sucesión o a la prescripción.

Aquella potestad y domicilio la adquiría el marido si el matrimonio se celebraba bajo las solemnidades de la confarreación (en el matrimonio religioso, o de la coempción (en el matrimonio civil)). La esposa que así se consagraba se distinguía con el título de materfamilias y por ello entraba a la familia del marido -en la forma indicada-, perdiendo todo vínculo y derecho con su anterior familia, en cambio; cuando aquellas solemnidades no se observaban, pero existía la unión de hombre y mujer bajo la maritales

affectio, la mujer tomaba la designación de matrona y no ingresaba a la familia del marido sino que seguía bajo la tutela de su padre o de sus agnados y el marido quedaba como persona extraña a sus bienes. Pero en estas condiciones, la mujer, como asociada del marido, debía contribuir, en especial, en la subsistencia de los hijos comunes, lo que dio nacimiento a la DOTE o sea el conjunto de bienes que la mujer donaba o aportaba, a favor del marido, para tales efectos. Este fue el origen de la institución de LA DOTE, la cual se fue perfeccionando con el transcurso del tiempo.

De acuerdo con lo explicado, la Dote comprendía el conjunto de bienes que la mujer, u otra persona dada al marido para subvenir a las cargas del matrimonio. Dote viene del griego. Dos, que se deriva de dionai, que significa dar o entregar.

Al principio la Dote siguió las reglas de las donaciones ordinarias, y confería un derecho definitivo, pleno y completo al marido donatario; pero más tarde, especialmente en la época de los divorcios llegaron a ser frecuentes, se restringieron los derechos del marido en favor de la restitución de la Dote. que se quería asegurar a la mujer para proporcionarle la posibilidad de un segundo matrimonio.

2.2.2 Constitución de la Dote

La Dote se constituía al marido por la mujer sui juris, con la autoridad del tutor. La hija de familia no podía constituir una dote porque no tenía patrimonio, y al principio no podía contraer ninguna obligación. Pero en la época de las leyes caducarias por su parte podía y aún debía constituirle una dote, y esta obligación se extendió a todo ascendiente, aún para la hija sui juris, cuando esta no podía dotarse por sí misma.

La dote constituida por el padre o el ascendiente paterno, tomaba el nombre de Dote Profecticia; la que constituía la mujer o un tercero, el nombre de adventicia, se reserva el nombre de recepticia, si el constituyente había estipulado la restitución de la dote.

El tercero que constituía la dote hacía una liberalidad; pero respecto del marido la dote estaba destinada a soportar las cargas del matrimonio y tenía el carácter de un acto a título oneroso; por esta razón el marido no estaba expuesto a la acción pauliana sino cuando había sido cómplice de fraude cometido por el constituyente. Cuando el marido era alieni juris, la dote entraba en el patrimonio del padre, quien tenía la potestad, pero a la muerte de

éste la dote la adquiría el marido llegado a sui juris.

Existieron tres formas de constitución de la dote:

Por vía de datio, transfiriendo la propiedad marido por los modos ordinarios; por vía de promissio, en las formas de la estipulación; por dictio, cuando el constituyente, sin pregunta previa, hacía una declaración solemne. La dictio constituía una obligación verbis, pero no podía hacerse sino por la mujer sui juris, por su ascendiente paterno, por el deudor de la mujer con su orden. Se puede agregar la aceptilación o remisión de una deuda que el acreedor hacía al marido deudor, quien de este modo conservaba la propiedad de una cosa que hubiera debido pagar. Teodosio el joven hizo de la convención de dote un pacto legítimo sancionado por la conditio ex lege y la dictio dotis cayó en desuso.

Si la dote se constituía estimándola, lo que se dotaba no era la cosa sino el avalúo de que ella se hacía. En este caso no habría para que ocuparse de restringir los poderes del marido para asegurar la restitución de una dote que definitivamente la adquiría. Era un comprador al cual se aplicaban todas las reglas de la venta, tenía derecho a la garantía por causa de evicción, y, si era necesario, usucapía a título por emptore; le correspondían los ries-

Justiniano, con el objeto de proteger a la mujer de un modo más eficaz para garantizar la restitución de la dote, le concedió una hipoteca privilegiada que primara sobre los créditos anteriores al matrimonio y que recaía sobre todos los bienes del marido, mientras que antes ella no tenía sino un privilegio personal. Aún le confirió un derecho de reivindicación directo sobre todas las cosas dotedales estimadas, o no; pero este derecho no se podía oponer a los terceros adquirentes sino en tratándose de inmuebles no estimados; podía presentarse como acreedora o como propietaria. pero en la decisión de Justiniano no se debe concluir que los muebles dotedales, en esa época se habían declarado inalienables.

2.2.4 Restitución de la Dote

En el derecho antiguo no existía la obligación de restituir la dote a la disolución del matrimonio; el marido la conservaba para subvenir el mantenimiento y educación de los hijos. En efecto, la causa que la justificaba no había desaparecido; *dotis causa perpetua erat*.

La obligación de restituir la dote data de la época del derecho clásico, en la que el divorcio entró en las costumbres romanas; se quería no dejar sin recurso a la mujer repudiada.

Si la dote era profecticia, desde luego se restituía a la mujer que sobrevivía a la disolución del matrimonio; en el caso contrario, al padre que había constituido la dote, a fin, dice el texto romano, de que no tuviera a la vez el dolor de perder a su hija y a la dote.

Si la dote era adventicia, constituida por la mujer o por tercero, se restituía a la mujer si ésta sobrevivía al marido o al divorcio, pero si moría antes, el marido tenía el derecho de conservar la dote.

Si era receptilia, es decir, constituida con una estipulación relativa a la restitución, el constituyente o sus herederos siempre tenía el derecho de reclamarla, cualquiera que fuese la causa de la disolución del matrimonio. La mujer podía anticipadamente pedir la restitución de la dote cuando la torcida administración del marido y su insolvencia amenazaba hacer ilusoria la restitución futura. Entonces se daba a la mujer acción, presumiendo que se había pronunciado el divorcio. Esta restitución anticipada, que la jurisprudencia no conoció sino tardíamente, puede considerarse como el origen de la moderna separación judicial de bienes, consagrada en nuestro Código Civil en el Art. 200, y, modificando por la ley la. de 1.976, Art. 21.

La acción que sancionada la obligación de restituir la do

te, era la acción rei uxoriae. Desde luego sancionaba la repudiación injusta de la mujer por el marido, y tuvo un carácter penal; era de origen pretoriano. Más tarde se aplicaba en caso de disolución del matrimonio por muerte, y fue la acción de restitución de la dote, que nacía de una obligación quasi ex contractu.

Esta acción correspondía a la mujer o a su padre para la dote prefecticia o adcenticia. La mujer sui juris podía obrar sola; si era alieni juris, la ejercía el padre en presencia de ella, por razón del interés que encontraba en la restitución. Si la mujer que tenía derecho en la restitución, moría antes de haberla pedido, los herederos no sucedían en este derecho, menos cuando antes de morir la mujer había constituido en mora al marido o a los herederos de éste.

La acción rei uxoriae se clasificó más tarde entre las acciones civiles y de buena fé; el juez debía, pues, estatuir acerca de la extensión de la restitución impuesta al marido, cuya responsabilidad no se extendía sino a la culpa leve apreciaba en concreto.

La acción ex stipulatu, sancionaba la obligación de restituir la dote recepticia, y difería profundamente de la an-

terior. En efecto era de derecho estricto; correspondía a toda persona que había estipulado la restitución de la dote y a sus herederos. No daba al marido la facultad de invocar todos los privilegios que le daba el ejercicio de la acción rei uxoriae (el beneficio de competencia que le permitía no ser condenado sino en los límites de sus facultades, y de este modo escapar de la prisión; el derecho de restituir en tres anualidades las cosas in genere; entre otros).

Durante la época de Justiniano, quien sobre-entendió siempre una estipulación de restitución celebrada entre el marido y la mujer, suprimió la acción rei uxoriae, y no conservó sino la acción ex stipulatu, que podía invocar tanto el tercero que expresamente se reservaba el derecho a la restitución, como la mujer, para la cual siempre existía una estipulación presunta.

2.2.5 De las donaciones propter nuptias

Estas condiciones, que no aparecieron sino hasta el siglo V de nuestra era, formaban el complemento de la dote, comprendían todo lo que el marido o un tercero constituían en favor de la mujer. Al principio llevaban el nombre de donaciones ante nuptias, porque a diferencia de la dote, de



bían preceder al matrimonio. El emperador Justino permitió aumentar esta donación, y aún costituirla después del matrimonio, y Justiniano conformó esta decisión a condición de que tal donación no excediera al monto de la dote; desde entonces, pudo llamarse donación propter nuptias.

Esta dotación implica, pues, la existencia de una dote de valor igual y según las reglas principales de ella, así

- a) El padre del marido estaba obligado a hacer a la mujer una donación propter nuptias, como el padre de la mujer debía contituir una dote
- b) El marido conservaba durante el matrimonio los innumerables que la componían, pero no podía enajenar ni hipotecar los bienes, ni aún con el consentimiento de la mujer. Para su garantía esta gozaba de una hipoteca tácita, pero no privilegiada, sobre los bienes del marido.
- c) La mujer podía reclamar los bienes donados en caso de insolvencia del marido
- d) Cuando ocurría la disolución del matrimonio, la donación propter nuptias pertenecía a la mujer en todos los casos en que el marido podía conservar la dote, se aplicaba de pleno derecho a la mujer, que sobrevivía relativamente a la donación propter nuptias.

2.3 ANTECEDENTES DEL REGIMEN DE BIENES EN EL DERECHO GERMANO

El marido se constituye sucesor del padre de la novia y, como tal adquiere: potestad sobre la persona de su mujer y el derecho de administrar los bienes de aquella. Sin embargo: la mujer conservaba para sí -y administraba libremente-, los utensilios puramente caseros y los femeninos, bienes estos que integraban la "gerade", todos los demás y que formaban la "gewere", eran administrados por el marido junto con los bienes de su patrimonio, pero sin adquirir su propiedad. En esto consistió el régimen de comunidad de administración, el que perfeccionado implica que el patrimonio de ambos cónyuges, forman, durante el matrimonio, una masa unitaria administrado por el marido en nombre de la sociedad conyugal; el marido tenía la libre disposición de los bienes de la mujer y de los suyos propios, mientras que, sólo con consentimiento de su mujer poseía disponer de los inmuebles de la misma; al disolverse el matrimonio, los bienes volvían a desintegrarse en bienes de la mujer. Más adelante los patrimonios de ambos cónyuges se unifican, en todo o en parte, incluso quoad dominium. Los bienes comunes" de esta suerte unificados, pertenecen a ambos cónyuges en mano común, y al disolverse el matrimonio, no se desintegran, conforme a su origen, en bienes del marido y bienes de la mujer, sino que su destino se determina prescindiendo del origen de los objetos singulares, por ejemplo, en la liquidación de gananciales

o la división de los bienes comunes por cuotas entre los cónyuges o en el acrecimiento de los bienes comunes o con juntos al cónyuge supérstite, en propiedad o en usufructo vitalicio en cuanto existan hijos del matrimonio.

2.4 ANTECEDENTES DEL REGIMEN DE BIENES EN EL DERECHO ESPAÑOL

2.4.1 El fuero juzgo

El fuero juzgo sienta el origen de:

- a) Las CAPITULACIONES MATRIMONIALES o pactos nupciales, respecto de los bienes del matrimonio, al autorizar las arras, sortija o bienes que el marido o el padre mismo, entregaba a la mujer, aunque en forma limitada y proporcional a la capacidad económica de aquel (Ley 3a., Libro III, T.I.). No obstante, se tomó esta dote del marido, como "el precio de la venta del cuerpo de la mujer", por cuanto dichos bienes los debía exigir y recibir el padre de la mujer o, en su defecto, la madre, los hermanos o parientes más próximos (ley 7a.).
- b) La sociedad de gananciales, en proporción a los aportes de cada cónyuge (Ley 17, Lbr. IV, T. II).

2.4.2 Los fueros municipales

Reglamentan de manera diversa tanto los esponsales o desposorios como los gananciales; unos establecieron la división igualitaria de gananciales, mientras otras la determinaron en forma proporcional, conforme al Fuero Juzgo.

2.4.3 Fuero real.

Establece la división proporcional (o por mitades iguales) de los bienes habidos en común durante el matrimonio, pero como bienes del matrimonio no se tenían los adquiridos por herencia o por donación (Ley 1a., Lbr. III, T. III).

De las arras dadas por el marido, podía disponer la mujer sólo de la cuarta parte; las tres cuartas partes restantes eran para los hijos del marido que las dió, y si no había hijos, podía disponer la mujer de la totalidad de las arras, y si no disponía de ellas, regresaban al marido que las dio o pasaban a sus herederos.

2.4.4 Las siete partidas

Reglamentan tres figuras diferentes a saber:

- a) La Dote de la mujer -o sea la dote del derecho romano aunque los bienes que la constituían se consideraban como bienes del patrimonio propio de la mujer.

b) Las arras, o bienes dados por el marido a la mujer en razón del matrimonio, o sea la prenda o el donativo preter nupcias (Part. IV., Tit. XI).

Los tratadistas distinguen entre: La dote, o sean los bienes que la mujer entrega al marido para el sostenimiento de la descendencia común. -los mismos bienes que la mujer aporta al marido para soportar las cargas matrimoniales-; las arras, o sea lo que daba el marido en señal de seguridad del matrimonio entre los esposos -en sentido correspondía a la prenda-, y la propter nupcias que correspondían a los regalos, donaciones o presentes entre los esposos.

c) Los bienes parafernales o sean los que la mujer conserva para sí y que no entran en la dote (Ley 17).

Al parecer estas figuras fueron desarrolladas por las Leyes de Toro y por la Novísima Recopilación.

2.4.5 En las legislaciones forales

Así era llamada la legislación de cada una de las provincias españolas y cada una consagrada un régimen particular que oscila entre la dote romana (la de Cataluna), el régimen de comunidad, del Derecho Germano (Torraxona, Cerona, entre otras) y el sistema de libertad de contrata-



ción entre los esposos (La Catalana, Aragonesa y Vizcaya).

3. EN EL DERECHO FRANCES

Como vimos en el Capítulo I del Título II, la doctrina francesa denomina a las capitulaciones matrimoniales con el nombre de CONTRATO DE MATRIMONIO (Contrato de mariage), aunque los diferentes autores advierten que se trata más bien de un pacto de familia (pacte de famille) o una carta patrimonial de los esposos.

En principio, la ley deja a los esposos libertad para el ordenamiento de su régimen matrimonial a través de los contratos matrimoniales. La adopción por parte del Código Civil Francés de un mismo régimen legal para toda Francia era propicia para desarrollar la práctica del contrato de matrimonio. En las regiones del Mediodía y también de Normandía, donde casi no se conocía el régimen legal de comunidad, éste fue desechado por contrato.

Esto fue posible, porque a diferencia de las relaciones concernientes a las personas, las que se refieren a los bienes,

se pueden fijar por la voluntad de los interesados que cons-
truyen con libertad la carta en la cual se ha de establecer
proseguir y disolver la unión.

A falta de contrato matrimonial, el Código Civil establece
cuatro regímenes tipo, los cuales cada uno constituye en
cierto modo un contrato de matrimonio, determinado que los
esposos tienen la oportunidad de acogerse a alguno de ellos,
declarando que adoptan determinado régimen.

Estos tipos o sistemas legales son :

- Régimen de comunidad
- Sin comunidad
- La separación de bienes
- El régimen dotal.

Pero el legislador no colocó los cuatro regímenes en la
misma línea, sino que le dió prioridad a uno de ellos el
cual será el aplicable a los esposos a falta de contrato
matrimonial y en la eventualidad de un contrato viciado
de nulidad. Confirió este papel preponderante al Régimen
de comunidad.

A pesar de la libertad que tienen los futuros contrayen-

tes para celebrar contratos de matrimonio, sin embargo, en Francia se ha registrado el fenómeno de que el número de contratos de matrimonio ha disminuído constantemente a partir de la segunda mitad del siglo XIX. El número de contratos, que antes era de más de un tercio de los matrimonios, no es actualmente sino de un cuarto.

Varias zonas determinan esta disminución, según el concepto de los comentaristas, por una parte, el carácter mobiliario de las fortunas modernas hace menos fácil su conservación y los esposos se desinteresan por la suerte de sus bienes; pero la razón esencial parece ser de órden fiscal. El contrato enumera los aportes de los esposos, ahora bien, el contribuyente se cuida bien de no señalar al fisco los valores sujetos a imposición y aún más de pagar derechos elevados sobre estos aportes. El contrato acarrea demasiados gastos, muchos de los esposos consideran que las eventuales ventajas de un contrato no bastan para justificar la realización de un gasto inmediato.

3.1 CONTRATO DE MATRIMONIO

3.1.1 Definición



3.1.1 Definición

Un contrato está destinado a crear derechos y obligaciones entre los contratantes; por eso no compartimos la denominación de contrato de matrimonio para las capitulaciones matrimoniales, porque su finalidad no es solo crear derechos y obligaciones sino fundamentalmente señalar el régimen que regulará las relaciones de carácter económico entre los cónyuges, o sea, la sociedad conyugal desde el punto de vista pecuniario.

Esta objeción la explica la doctrina francesa diciendo que el contrato de matrimonio es un contrato pero con un carácter diferente y más complejo, establece el estatuto patrimonial del futuro hogar. Por lo tanto tiene el carácter de un pacto familiar.

El contrato de matrimonio es la convención por la cual, con anterioridad al casamiento, las partes reglamentan el régimen de sus bienes por toda la duración de su matrimonio. La expresión contrato se emplea solo con el fin de destacar el acuerdo de voluntades. En realidad se trata de un estatuto establecido por convención.

Al igual que los estatutos de una sociedad, el contrato de

matrimonio se compone de una sucesión de artículos numerados que enuncia las reglas destinadas a regir la organización, el funcionamiento y la disolución del régimen adoptado.

3.2.1 Carácteres

- a. Es solemne, el contrato de matrimonio obligatoriamente debe labrarse ante notario y en el protocolo. Es, pues, un contrato solemne.
- b. Es inmutable, de esta regla se desprende que los esposos no pueden modificar en el curso del matrimonio el contrato celebrado. Es el principio de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales.
- c. Es accesorio, el contrato de matrimonio es un contrato accesorio que se relaciona con el matrimonio. Por lo tanto, está subordinado: primero a su celebración y segundo a la validez del matrimonio, lo que se expresa diciendo que se lo hace bajo la condición sinuptia sequantur.
- d. Es estatutario, establece el estatuto patrimonial del futuro hogar. Precisamente, el principal objeto del contrato de matrimonio es el de determinar el régimen legal. En consecuencia puede bastar con una referencia a uno de los regímenes previstos por el Código Civil: por ejemplo, los esposos pueden contentarse con decla

rar que adopten el régimen de comunidad reducida a los gananciales tal como está regida por los artículos 1.488 y 1.489.

e. Es de gran trascendencia:

1. Bien en el tiempo, pues hace sentir su acción no solo durante el matrimonio sino también en el momento de su disolución;
2. Bien en el espacio, no son los esposos solamente los que quedan ligados por la carta matrimonial, lo son también los terceros, que sufren a veces por rechazo de la misma y a los cuales dicha convención se opone.
3. Bien en su objeto, se encuentran en ella además de la indicación del régimen matrimonial, determinadas cláusulas, determinadas convenciones a las que sirve de marco: constitución de la dote, liberalidades en favor o con ocasión del matrimonio, convenciones matrimoniales de toda especie. Por lo anterior se ve, que el contrato de matrimonio es un contrato de gran envergadura, una especie de acto reglamentario, cuya función consiste en instituir un estatuto más bien que en crear obligaciones entre las partes.

3.2 CONDICIONES DE VALIDEZ Y DE EFICACIA

A las capitulaciones o contratos matrimoniales se les impone en el derecho civil francés algunos requisitos particulares de validez. De una parte, en razón de su importancia y de su duración; de otra, por su complejidad, y así mismo por el vínculo que las une con el matrimonio. Estos requisitos de validez se relacionan con el fondo y con la forma.

3.2.1 Condiciones de Fondo

- a. El consentimiento. Como todo contrato se exige el consentimiento exento de vicios de las partes contratantes. El consentimiento debe ser dado libremente. Pero existen algunas diferencias entre los vicios del consentimiento en materia de matrimonio y en materia de contratos. A esto se aplica la teoría general de los vicios del consentimiento (error, fuerza, dolo), mientras que el dolo no lleva consigo la nulidad de matrimonio. En cuanto a la representación para celebrar contratos matrimoniales, la jurisprudencia francesa aproxima las reglas de los contratos matrimoniales a las del matrimonio, donde el consentimiento debe ser expresado por los futuros esposos en persona. La juris-



prudencia ha manifestado que para que exista una procuración auténtica otorgada al mandatario por la parte que no comparezca, debe contener todas las cláusulas de las capitulaciones, a fin de que se posea la certidumbre de que esas cláusulas eran conocidas por la parte representada y estaban aceptadas por ella. Por otra parte, el consentimiento debe darse con anterioridad a la celebración del matrimonio (art. 1.394, párrafo 1º del Código Civil).

- b. La capacidad. La capacidad exigida para el matrimonio es diferente de aquella que permite otorgar un contrato. Sin embargo, en el caso de los contratos matrimoniales se aplica la máxima: *Habilisnuptias, habilis ad pacta nuptialia*", la capacidad para proceder a las convenciones matrimoniales se equipara con la capacidad para casarse, sin que haya que distinguir según que el menor esté emancipado o no.

En cuanto al menor, la ley, a este respecto ha dispuesto mediante un texto expreso, el artículo 1.398 que para efectuar su contrato de matrimonio el menor debe llenar las mismas condiciones que para su matrimonio. Por ser incapaz para contratar solo, el menor tiene necesidad de asistencia

y, en virtud del Artículo 1.398, debe ser asistido en su contrato de matrimonio por las mismas personas que lo asistirán en su matrimonio. Estas personas son: 1° sus padres; 2° en su defecto, sus otros ascendientes y 3° a falta de ascendientes, su consejo de familia. (Artículos 184 y siguientes).

3.2.2 Condiciones de Forma

- a Necesidad de un instrumento público. El contrato de matrimonio obligatoriamente debe labrarse ante un notario y en el protocolo. Es pues un contrato solemne. La razón es doble: guiar a las partes en la confección de un acta importante y compleja y asegurar la conservación de este documento.
- b. Necesidad de la presencia real y simultánea de las partes. Basándose en el Artículo 1.396 que concierne a la redacción de los contradocumentos, la Corte de casación consideró su deber deducir, por analogía, que el contrato de matrimonio debe ser efectuado bajo pena de nulidad, en presencia real y simultánea de todas las partes (Cass. civ. 5 de Febrero de 1957). Se debe hacer reserva, sin embargo, del "Caso de representación por un mandatario provisto de un poder especial y auténtico".
- c. Los gastos del contrato (timbre, registro, honorarios

del notario), tienen que ser soportados por los esposos proporcionalmente a sus intereses respectivos en las operaciones a que corresponden pero los notarios tienen acción solidaria contra las partes.

3.3. PUBLICIDAD DEL CONTRATO MATRIMONIAL

En términos generales, los autores del Código Civil se preocuparon poco por la publicidad de los actos. Pensaron que los notarios, encargados de redactar los contratos de matrimonio, estarían lo bastante informados, sobre todo en las comunas reales, como para evitar a las partes enfadosos equívocos. La publicidad solo pareció útil para los comerciantes. Fue así como el Código de Comercio impuso la publicidad del matrimonio de los comerciantes en una época en que el derecho común no requería ninguna publicidad.

El régimen del Código Civil era deplorable, pues las personas que tratan con los esposos tienen gran interés en conocer su estatuto matrimonial. Un contrato de matrimonio clandestino y sin embargo oponible a terceros, constituye una amenaza para ellos.

Esta falta de publicidad creaba un peligro, especialmente en caso que los esposos hubieran adoptado el régimen dotal.

La mujer podía presentarse ante los terceros como casada sin contrato y, en consecuencia, como común en bienes con su marido y capaz de obligarse o enajenar con su sola autorización. Los terceros no tenían ningún medio para verificar su afirmación y trataban con ella por confianza; más tarde la mujer, armada con su contrato les reclamaba su dote o la ponía al amparo de sus persecuciones.

El Código de Comercio previno en parte el peligro, organizando un régimen de publicidad que luego fue modificado por la Ley del 28 de Marzo de 1931. Establecía: "Si uno de los esposos es comerciante en el momento del matrimonio, el notario redactor debe hacer llegar dentro del mes un extracto del contrato al secretario del Tribunal de Comercio o del Tribunal Civil que haga sus veces".

El Código Civil fue completado en este punto por la Ley del 10 de Julio de 1850, debida a la iniciativa de Caleté, profesor de la Facultad de París, quien concibió la idea de asociar la publicidad del contrato de matrimonio a la publicidad del matrimonio, la que está asegurada por los registros del estado civil. La idea era buena y esta publicidad es mucho mejor que la que había impuesto el Código de Comercio y que consistía en una temporaria colocación de carteles.



Los terceros quedan advertidos de la realización de un contrato de matrimonio y pueden solicitar una copia a los esposos.-

El sistema funciona de la siguiente manera : El notario que redacte el contrato expide a los futuros esposos un certificado en papel común y sin gastos, en el que anuncia sus nombres y residencia, los nombres, las calidades y domicilio de los futuros esposos y la fecha del contrato.

Este certificado lleva la indicación de que debe ser entregado al oficial del Estado Civil antes de la celebración del matrimonio (art. 1.394). Por su parte el oficial del Estado Civil debe interpelar a los esposos así como a las personas que autorizan el matrimonio, si están presentes, y preguntarles si realizaron un contrato de matrimonio y ante qué notario (Art. 75). Cuando la respuesta es afirmativa, debe reproducir en su registro las indicaciones del certificado expedido por el notario; en caso contrario, inscribe la respuesta de los esposos que declaran sin contrato (Art. 76).

3.4. CADUCIDAD Y NULIDAD DEL CONTRATO DE MATRIMONIO

El contrato de matrimonio caduca si no se celebra en matri

monio para el cual había sido redactado; es nulo si las condiciones de validez requeridas no han sido observadas.

3.4.1 Caducidad

Las capitulaciones matrimoniales se conciertan con miras a regular la situación matrimonial de personas casadas. Si el matrimonio proyectado no se realiza, las capitulaciones no surten, pues, efecto. Se dice que han "caducado". Caducidad y nulidad son situaciones equivalentes. Las capitulaciones o contratos matrimoniales caducan no solo cuando el matrimonio no se ha celebrado, por haber abandonado su proyecto de unión las partes del contrato matrimonial, sino también cuando el matrimonio, que se ha celebrado es nulo. En efecto, en uno y otro caso, hay ausencia de matrimonio.

No sucede de modo distinto más que si el matrimonio nulo es putativo. El esposo casado de buena fe, o los dos cónyuges, si ambos ignoraban la causa de nulidad del matrimonio, pueden alegar algunos efectos del matrimonio; por lo tanto, sus capitulaciones matrimoniales surtirán sus efectos hasta el pronunciamiento de la nulidad y para la liquidación.

Cuando la caducidad de las capitulaciones se basa sobre la nulidad del matrimonio, puede haber una diferencia entre la caducidad y la nulidad de las capitulaciones. Se relaciona con la prescripción. Para alegar en juicio la caducidad de los contratos matrimoniales, se debe probar la nulidad del matrimonio; ahora bien, la acción de nulidad del matrimonio con frecuencia por el transcurso de un plazo. Por el contrario, durante 30 años cabe pedir la nulidad de los contratos matrimoniales cuando se basen en la nulidad del matrimonio.

3.4.2 Nulidad

Como el contrato de matrimonio es un contrato solemne, la sanción de la nulidad está relacionada con la inobservancia de las condiciones de redacción del acta (requisitos de forma) lo mismo que con la inobservancia de los requisitos de fondo.

Hay pues nulidad:

- a. Cuando el contrato fue celebrado después del matrimonio;
- b. Cuando fue celebrado en ausencia de los esposos o de uno de ellos.
- c. Cuando se le realizó mediante instrumento privado o



cuando el instrumento público que lo contiene tiene vicios de forma :

- d. Cuando existen vicios en el consentimiento de las partes. Sobre este particular es necesario destacar que la ley no prevé nada sobre este punto; en consecuencia, es necesario recurrir al derecho común y admitir como causas de nulidad el dolo, la violencia y el error.
- e. Cuando existe incapacidad de uno de los futuros esposos. En el caso del menor puede incurrirse en nulidad en dos hipótesis distintas: primero cuando no tuviera la edad requerida para casarse y segundo no fuera asistido regularmente, conforme a las prescripciones del Art. 1.398, por las personas que deben autorizar su matrimonio.

De acuerdo con la jurisprudencia francesa, la nulidad de un contrato de matrimonio es siempre absoluta; cualquier persona interesada puede oponerla, la demanda es siempre procedente y nunca será posible realizar una confirmación.

En cuanto a los efectos de la nulidad, cuando las convenciones matrimoniales son nulas, los esposos son tratados como si no hubieran realizado contrato y quedan sometidos consiguientemente, al régimen legal de comunidad (Arts. 1.393 y 1.400, Cass., 16 de Noviembre de 1858 y 26 de Julio de 1859).

3.5 AMPLITUD Y RECEPTABILIDAD DE LA CARTA MATRIMONIAL

El contrato de matrimonio es un marco muy vasto, susceptible de comprender, no solamente las convenciones matrimoniales propiamente dichas (determinación de régimen matrimonial), sino también las donaciones hechas con ocasión del matrimonio, así como las comprobaciones de los aportes por ellos efectuados.

El legislador admite en favor del matrimonio, que los esposos hagan sus convenciones matrimoniales "como lo juzgen oportuno".

El artículo 1.387 sienta la regla según la cual la ley no rige la asociación conyugal "sino a falta de convenciones especiales" pudiendo los futuros esposos hacer estas convenciones "como mejor les parezca". Aplica pues en esta materia el principio de la libertad contractual (art.1.134).

El mejor argumento en favor del principio de la libertad es la extrema diversidad de las situaciones familiares.

La ley no puede proporcionar un estudio matrimonial único que convenga a todas esas situaciones. Resulta más simple dejar que los futuros esposos y sus padres fijen por sí

mismos las reglas que mejor les convengan.

Pero esta libertad tiene el grave inconveniente de crear una extrema diversidad en los estatutos matrimoniales, lo que puede dar lugar a que resulte en ocasiones difícil la interpretación de sus cláusulas, lo que dá lugar a interminables discusiones con los notarios, los comisionistas o los conservadores de hipotecas, que temen comprometer su responsabilidad.

Por otra parte, la libertad dejada a los esposos puede impedir la aplicación de una regla legal considerada útil.

El legislador se ve constreñido a declarar que la regla es de ORDEN PUBLICO. Es lo que había hecho la ley del 13 de Julio de 1907 sobre el libre salario de la mujer casada. Pero es preciso entonces determinar con exactitud los límites de la libertad, lo que a menudo resulta difícil; la cuestión se presenta respecto de la aplicación de esta última ley.

3.5.1 Restricciones o Limitaciones a la Libertad de las Convenciones Matrimoniales

Como vimos la ley francesa consagra en un principio la li

bertad de los futuros esposos en la elaboración de los contratos matrimoniales que les permite hacer estas convenciones "como mejor les parezca". (C.C. art.1.387). Pero también analizamos cómo esta libertad presenta sus inconvenientes que surgen principalmente de la extrema diversidad en los estatutos matrimoniales que se crean y, especialmente, en que esta libertad dejada a los esposos puede impedir la aplicación de una regla considerada útil. Por ello el legislador se ha visto en la necesidad de establecer limitaciones o restricciones a la libertad para celebrar contratos matrimoniales señalando normas como de orden público y por lo tanto de obligatorio cumplimiento.

Es así como, al afirmar el principio de la libertad de las convenciones matrimoniales, el art. 1.387 considera útil señalar que este principio sufre algunas restricciones; las que están enumeradas en los artículos 1.388 a 1.390. Estas restricciones las podemos clasificar según el tipo de cláusulas que son prohibidas por la ley, así:

- a. Cláusulas contrarias a reglas de orden público.
 1. Cláusulas contrarias a las buenas costumbres. El Art. 1.387 indica que las cláusulas del contrato no deben ser contrarias a las buenas costumbres.



2. Cláusulas relativas a las disposiciones legales prohibitivas. El art. 1.388 reproduce el importante principio sentado por el art.6 al prohibir la derogación, mediante el contrato de matrimonio; "de las disposiciones prohibitivas impuestas por la ley".
3. Pactos sobre sucesiones futuras. El art. 1.389 no hace más que recordar y confirmar la prohibición general que afecta a las convenciones sobre sucesiones futuras.
4. Cláusulas relativas a la patria potestad y a la tutela. El art. 1.388 establece que los esposos no pueden derogar los derechos que para ellos se derivan de la patria potestad y de la tutela.
5. Cláusulas relativas a los derechos del marido como jefe de familia. El Código Civil prohibió a los esposos la derogación de los derechos resultantes de la potestad marital sobre la persona de la mujer. La ley del 22 de Septiembre de 1942 hizo desaparecer esta expresión, incompatible con la independencia reconocida a la mu

jer casada. El texto actual impone la prohibición de derogar los derechos del marido como jefe de familia. Por ejemplo, el marido no podría renunciar al derecho de oponerse a que la mujer ejerciera una profesión.

b. Cláusulas relativas al régimen de bienes.

1. Prohibición de cláusulas contrarias a las disposiciones legales relativas al derecho del escritor o del artista sobre su obra. El art. 25 de la ley del 11 de Marzo de 1957 sobre la propiedad artística y literaria prohíbe insertar en el contrato de matrimonio cláusulas contrarias a las disposiciones que determinan el efecto del régimen matrimonial sobre el derecho del escritor o del artista.
2. Cláusula que menoscaba el derecho del marido como jefe de la comunidad. El art. 1.388 prohibía atentar contra los derechos pertenecientes al marido como jefe; como jefe de la comunidad, y la ley 22 de Septiembre de 1.942 ha adoptado esta expresión.
3. Cláusulas relativas a la capacidad de la mujer casada. Mediante contrato de matrimonio una mujer

no podría declararse incapaz para contratar sin la autorización de su marido, porque según la ley la mujer es plenamente capaz y las reglas sobre la capacidad de las personas son normas de orden público.

4. Cláusula de inenajenabilidad de los bienes de la mujer. Esta cláusula fue condenada por ciertos autores por crear una incapacidad para enajenar, sin embargo la cuestión es todavía materia de discusión porque la jurisprudencia la declaró válida y las decisiones son numerosas.
 5. Cláusula de inenajenabilidad de los bienes comunes. Se trata del caso en que la mujer estipulará esta misma inalienabilidad no ya solamente respecto de sus bienes propios, es decir respecto de los bienes cuya plena propiedad conserva, sino aún con relación a su parte en los gananciales, es decir en cuanto a la mitad que le pertenece en la masa común. Esta cláusula fue declarada nula (Cass., 29 de Junio de 1847) porque menoscaba los derechos del marido como jefe: desde el momento en que se establece una comunidad, es menester que el marido tenga su libre disposición.
- c. Cláusulas relativas a la adopción de un régimen no

previsto por el Código.

1. Referencia a las antiguas costumbres. Esta prohibida la adopción, mediante una referencia, de un régimen organizado por una costumbre derogada (art. 1.390).
2. Referencia a una ley extranjera. Se admite, por lo contrario, que está permitido referirse a un régimen determinado por una ley extranjera, a condición de que no contenga ninguna regla contraria al orden público francés. La validez de esta cláusula fue reconocida por la Corte de casación (Civ.17 de Noviembre de 1934).

3.5.2 Constitución de la Dote

La constitución de la dote no es otra cosa que la donación propter nuptias del derecho romano, es decir, la donación por causa de bodas es una liberalidad entre vivos hecha por un tercero, bien al marido, bien a la mujer, generalmente, pero no necesariamente en el contrato de matrimonio que constituye el marco habitual de la misma. Frecuentemente el contrato de matrimonio contiene estas donaciones realizadas en vista del matrimonio. Esas donaciones pueden ser hechas a los esposos por ascendientes o terceros. La práctica de DOTE las ha desa



rrollado mucho.

3.5.3 Aplicación y Duración del Contrato de Matrimonio

El contrato de matrimonio, carta pecuniaria de los esposos, es accesorio al mismo matrimonio, la asociación pecuniaria es el controlario de la unión de las dos personas. Esto conduce a las tres proposiciones siguientes :

1. Si el matrimonio no se ha celebrado, el contrato de matrimonio se hace caduco;
2. Este contrato no produce efecto sino a partir del matrimonio;
3. No comporte ninguna modificación condicional en el curso del matrimonio.

3.5.4 Jurisprudencia

Sin embargo, numerosos fallos de la jurisprudencia tratan de la celebración del matrimonio como una condición puesta para la entrada en vigor del contrato, haciendo del matrimonio un accesorio del contrato de matrimonio. Concluyen que llegando a celebrarse el matrimonio la condición se ha realizado con su retroactividad habitual, de suerte que las convenciones matrimoniales surten su efecto desde el día de

su firma.

Argumenta Josseran: "Pero es tan cierto que las convenciones matrimoniales tienen hasta el matrimonio el valor de un simple proyecto que los Artículos 1.396 y 1.397 permiten a los esposos modificarlas hasta el día de la celebración, solución inconcebible con la tesis de la retroactividad, ya que la concepción del Código Civil, el contrato de matrimonio es un acto inmutable; desde el momento en que puede ser modificado es que no ha pasado del estado de bosquejo.

3.6 INMUTABILIDAD DE LAS CONVENCIONES MATRIMONIALES

El artículo 1.395 registra que las convenciones matrimoniales "no pueden recibir ningún cambio después de la celebración del matrimonio." La carta de matrimonio, es pues definitiva e intangible.

3.6.1 Origen y Razón de Ser

Es de origen consuetudinario y sus propósitos han sido:

- a. Asegurar la observancia efectiva de la regla que prohíbe las donaciones entre los esposos y la preocupación de proteger a la mujer contra su marido que podía abu-

sar de su autoridad y buscar hacerse conceder ventajas en el curso del matrimonio.

b. A la preocupación de dar toda clase de seguridad a los padres, que con frecuencia no realizan liberalidades propter nuptias sino en consideración al régimen matrimonial adoptado por el nuevo matrimonio., ejemplo la dote.

c. A la preocupación de proteger al público, a los terceros, que si el régimen matrimonial pudiera ser modificado no sabrían jamás exactamente cuál es el estado pecuniario de asociación conyugal y sobre todo en qué medida, en qué condiciones un acto puede ser celebrado aisladamente por uno de los esposos o por lo dos.

3.6.2 Derecho Comparado

La regla de la inmutabilidad rige en Bélgica, Italia, España, Portugal, Argentina, Brasil. El Código alemán admite por el contrario que los esposos pueden después del matrimonio disolver o modificar el régimen de bienes; lo mismo el Código Suizo.

3.6.3 Actos Cambios que Caen bajo el Imperio de la Inmutabilidad de las Convenciones Matrimoniales

- a. La regla no se refiere más que a las convenciones matrimoniales, con exclusión de las demás operaciones jurídicas que hubieren encontrado lugar accidentalmente en el contrato de matrimonio. Por ejemplo: arrendamiento, préstamo, trasacciones.
- b. El cambio prohibido de primera intención cuando recae sobre el régimen mismo, considerando en su conjunto; los esposos no podrían en el curso del matrimonio, sustituir por ejemplo, el régimen dotal primeramente adoptado, por régimen de separación de bienes.

3.6.4 Cambios Permitidos

La jurisprudencia admite los cambios convencionales que mejoren la situación de los esposos; del esposo dotado o la modifiquen sin empeorarla:

- a. Pago anticipado de la dote, constitución de hipoteca en garantía de dicho pago. Josseran encuentra esta situación de la jurisprudencia francesa carente de lógica, ya que permite los cambios para lo favorable y no para lo desfavorable.
- b. Los esposos pueden en el curso del matrimonio hacerse donaciones bajo todos los regímenes, pero esencialmente re



vocables a voluntad del donante.

- c. Los esposos pueden en el curso del matrimonio darse mandatos para administrar, ya que los bienes comunes ordinarios o reservados, ya son bienes personales.

Este género de mandatos es siempre y esencialmente revocable.

- d. Los cambios son lícitos y eficaces si han sido previstos y autorizados por el mismo contrato de matrimonio; son entonces irreprochables porque se conforman con las previsiones de las partes, con el estatuto régimen.
- e. La Ley 22 de Septiembre de 1942, ha atentado indirectamente contra el principio de la inmutabilidad. En efecto el Artículo 1.557 prevé el caso de que la ejecución literal de una cláusula de un contrato de matrimonio concerniente al nuevo empleo de un biendotal, resulta imposible o de que esta ejecución fuese de tal naturaleza que comprometiera la conservación de la deuda. En esas eventualidades la ley permite, demandar al tribunal la autorización para hacer el nuevo empleo de bienes distintos de los indicados en el contrato de matrimonio.

Así con la venia de la justicia se pueden eludir ciertas disposiciones del contrato de matrimonio.

3.6.5 Campo de Aplicación de la Regla de la Inmutabilidad

En cuanto al tiempo la regla tiene su régimen limitado por

- a. La celebración del matrimonio; antes de la celebración del matrimonio las convenciones pueden ser modificadas.
- b. Por la disolución del mismo: Después de la disolución del matrimonio la regla de la inmutabilidad queda sin objeto.

3.6.6 Régimenes Sucesivos

La regla de la inmutabilidad, se rige desde la celebración del matrimonio hasta la disolución del mismo. Pero esto no quiere decir que el estatuto pecuniario de los esposos no pueda jamás variar en el curso del matrimonio, ni aún que un nuevo régimen no pudiera suceder al primitivo.

Pudiera darse el caso de que sea el contrato de matrimonio mismo quien lo hubiera instituido. Por ejemplo, ha sido estipulado que los esposos quedarían sometidos al régimen dotal durante diez años, después de lo cual se encontrarían casados bajo el régimen de separación de bienes. En nuestra opinión, dice Josseran, y aún cuando se haya dudado de ello, esta ordenación es perfectamente lícita, porque las mismas

convenciones lo han previsto. Es el mismo contrato de matrimonio debidamente publicado quien instaaura el "ordo sucessivus".

Una sólo reserva aportó la ley al afectar el régimen matrimonial con un término suspensivo o extintivo: según él.

3.6.7 Campo de Aplicación de la Regla en Cuanto a las Personas

Es de tradición y jurisprudencia constante, que la regla de la inmutabilidad no obliga más que a las partes en el contrato de matrimonio - esposos donantes- con exclusión de los terceros, los cuales no pueden quedar ligados por una convención en la cual no han participado en modo alguno.

3.6.8 Sanción a la Regla de la Inmutabilidad

Toda cláusula, toda disposición que venga a oponerse a la regla de la inmutabilidad está viciada de nulidad.

3.6.9 Observaciones

a. La nulidad de que se trata es de orden público, es pues

absoluta; por consiguiente no se subsana.

- b. La nulidad de la cláusula ilícita no lleva consigo necesariamente la del acto en que había venido a encuadrarse, sino solamente si esta cláusula jugase, en el pensamiento de las partes o del disponente, el papel de causa impulsiva y determinante; de no ser así, ha de reputarse solamente no escrita.



4. EL DERECHO CHILENO

En este país no es usual que los esposos pacten capitulaciones matrimoniales. Según datos que arroja la estadística, en 1934 de 31.002 matrimonios celebrados sólo estipularon 88, y dentro de éstos sólo 62 pactaron separación total de bienes.

4.1 NATURALEZA JURIDICA

Son una convención en sentido amplio y por consiguiente de mayor extensión que el contrato entendido en el sentido tradicional de creador de derechos y obligaciones. Al carácter de dependencia debe agregarse el de inmutabilidad desde el día de la celebración del matrimonio, o sea desde el mismo instante en que adquieren vigor legal.

4.2 CARACTERISTICAS DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

Las capitulaciones matrimoniales presentan características

dignas de destacarse:

1. Tenemos que su duración es indefinida, ellas regirán mientras subsista el matrimonio y aún recibirán aplicación una vez disuelto éste.
2. Las capitulaciones no obligan únicamente a los esposos sino también a los terceros que contratan con éstos. Así por ejemplo: si los cónyuges han pactado separación total de bienes, los terceros tendrán que atenerse a este régimen para establecer sobre qué bienes pueden hacer efectivo sus derechos.
3. Las capitulaciones no son condicionales si bien es cierto que para que ellas produzcan efectos requièrent de la celebración del matrimonio, no es menos cierto que el matrimonio a su respecto no es solo un elemento accidental que puede faltar o no - característica esencial de la condición- sino un requisito de su esencia, sin el cual las capitulaciones no tienen vida jurídica, ni engendran un gérmen de derecho. Tan es así que celebradas las capitulaciones matrimoniales sus efectos se producen una vez que los esposos contraen matrimonio, pero éstos jamás se retrotraen ni en lo más mínimo al momento en que fueron pactadas las capitulaciones.

4.3 CONSENTIMIENTO Y CAPACIDAD PARA CELEBRAR LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

El consentimiento para celebrar las capitulaciones matrimoniales sigue, en principio, la regla general de los actos jurídicos, y, por lo tanto, él puede darse mediante mandatarios. Sin embargo, tratándose de los menores u otros incapaces, no cabe en éste caso la representación legal.

Como se desprende del Artículo 1.721, el incapaz debe consentir personalmente en las capitulaciones; ello sin perjuicio de necesitar de aprobación de ciertas personas, como pasamos a verlo.

La capacidad para pactar las capitulaciones es la misma que se necesita para contraer matrimonio, 12 años en la mujer y 14 en el hombre, es decir, se requiere ser púber. Pero si el púber es menor de edad necesita para esta convención de la aprobación de la persona o personas cuyo consentimiento le haya sido necesario para el matrimonio (Art. 1.721), personas éstas que serán diversas según los diferentes casos.

Puede suceder que el menor esté bajo custodia o que su

judicial. En consecuencia, tal autorización sería necesaria si por ejemplo, la mujer, de acuerdo con el numeral 6º del Art. 1.725, aportase a la sociedad un inmueble para que ésta le restituya su valor en dinero.

4.4 SOLEMNIDADES

Al respecto dispone el inciso 1º del Art.1716, "Las Capituciones se otorgarán en todo caso por Escritura Pública y solo valdrán entre las partes y respecto de terceros desde el día de la celebración del matrimonio, y siempre que se subinscriban al margen de la respectiva inscripción matrimonial al tiempo de efectuarse aquel o dentro de los 30 días siguientes".

Del precepto transcrito se desprende que para la validez de las capituciones matrimoniales se requieren.

1. Que se otorgue por Escritura Pública.
 2. Que se suscriban al margen de la inscripción matrimonial, y
 3. Que la subinscripción se haga a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la celebración del matrimonio.
- Exigencias establecidas por la Ley 7612 del 21 de Octubre



curador sea una persona distinta a las llamadas por la ley a darle ese consentimiento, pues bien, en ese caso, para la celebración de las capitulaciones necesita la aprobación de éstas y no de su curador. Así se desprende de la letra del Art. 1.721.

El legislador se pone en el evento de que el que cêlebre las capitulaciones matrimoniales se halle bajo curaduría por ótra causa que la menor edad y dice que necesitará para este acto, la autorización de su curador. El caso en realidad es difícil que se presente. La razón de la curaduría puede ser la demencia, la sordomudez cuando el sordomudo no pueda darse a entender por escrito, y la disipación. Ahora, bien, el demente y el sordomudo no pueden contraer matrimonio y más, entonces, podrán celebrar capitulaciones matrimoniales. La disposición se aplicará únicamente al disipador interdicto.

En principio el menor o persona bajo curaduría le basta la autorización de las personas llamadas a consentir en el matrimonio o de su curador para celebrar las capitulaciones. Pero en conformidad a la parte final del inciso primero del Art. 1.721, si en las capitulaciones renuncia a los gananciales, enajena bienes raíces o los grava con censos, hipótecas o servidumbre, se requiere, además autorización

de 1943, que modificó sensiblemente al primitivo Art.1716. En primer lugar las capitulaciones deben otorgarse por Escritura Pública. Es por lo tanto un acto solemne. El antiguo Art. 1716, establecía también como solemnidad la escritura pública; pero cuando los bienes aportados al matrimonio por ambos cónyuges no ascendían a más de mil pesos o no se constituían derechos sobre inmuebles o bienes raíces bastaba con una escritura privada, firmada por las partes y por tres testigos domiciliados en el departamento. Esta excepción fue suprimida por la Ley 7612. Hoy en día cualquiera que sean las capitulaciones necesitan escritura pública.

La escritura de capitulaciones matrimoniales debe subinscribirse al margen de la inscripción matrimonial. Con ello se da debida publicidad a la convención para que sea conocida de los terceros.

Finalmente esta subinscripción debe hacerse a más tardar dentro de los treinta (30) días siguientes a la celebración del matrimonio. El objeto de esta exigencia concuerda con la anterior: proteger los intereses de terceros. Si pudieran subinscribirse las capitulaciones en cualquier momento, los cónyuges podrían hacerlo cuando más les conviniera y perjudicar, así, los derechos de terceros.

El legislador contempla el caso de los matrimonios contraídos en el extranjero y dispone en el inciso 2° del art 1716, 2° "tratándose de matrimonios celebrados en país extranjero y que no se hallen inscritos en Chile, será menester proceder previamente a su inscripción en el Registro de la Primera Sección de la Comuna de Santiago, para lo cual se exhibirá al Oficial Civil que corresponda el certificado del matrimonio debidamente legalizado. En estos casos, el plazo a que se refiere el inciso anterior se contará desde la fecha de la inscripción del matrimonio en Chile.

La sanción de la omisión de la escritura pública y de la no inscripción dentro de los treinta días de celebrado el matrimonio, es la nulidad absoluta de las capitulaciones. Una inscripción fuera de este plazo no sanearía la nulidad. Pero, en todo caso, las capitulaciones no valen, ni entre las partes ni respecto de terceros, sino desde que se ha celebrado el matrimonio y se ha hecho la respectiva subinscripción.

4.5 REVOCABILIDAD O MODIFICACION DE LAS CAPITULACIONES ANTES DEL MATRIMONIO.

En conformidad a lo dispuesto en el art. 1.722, los espo-

Los esposos pueden alterar o adicionar las capitulaciones antes de contraer matrimonio; pero para ello es necesario sujetarse a las mismas solemnidades de las capitulaciones primitivas, so pena de nulidad.

De acuerdo con el anterior precepto, las modificaciones deberán otorgarse por escritura pública y subinscribirse al margen de la inscripción matrimonial dentro del plazo fatal de 30 días. La ley 7612 al modificar el antiguo art. 7323, suprimió la exigencia de la primera escritura un extracto o minuta de la escritura en que se alteraban las capitulaciones.

En lo referente a la capacidad para alterarlas, rigen también los mismos principios que para pactar las capitulaciones. En consecuencia, el esposo menor requiere para la modificación la autorización de la persona llamada a consentir el matrimonio, y si está bajo curaduría por otra causa que la menor edad, el consentimiento de su curador; y, en ambos casos, autorización judicial si se trata de renunciar a las gananciales, enajenar bienes raíces o gravarlos con hipotecas, censos o servidumbres.

Celebrado el matrimonio las capitulaciones son inmutables Don Andrés Bello en el Art. 1890 del proyecto 1853, adelan



tándose a su tiempo aceptaba el principio de la mutabilidad de las capitulaciones por causa grava declarada por el juez competente, con pleno conocimiento de causa.

El Código abandonó definitivamente este principio y optó por la inmutabilidad absoluta al declarar en el Art. 1722 que las capitulaciones, una vez celebrado el matrimonio no podía alterarse aún con el consentimiento de todas las personas que intervinieron en ellas.

El principio de la inmutabilidad tuvo su apogeo en el siglo pasado. Sus defensores argumentaban en su favor que era beneficioso para las mujeres, pues, al ser posible cambiar el régimen matrimonial, el marido con el accidente que sobre ella tiene podía obtener ventajas a costa de los intereses de la mujer.

Así mismo, se decía que la mutación del régimen representaba un perjuicio para los terceros que hubiesen contratado con los cónyuges, ya que, los intereses de aquellos, podrían peligrar si los cónyuges cambiaban un régimen matrimonial por otro que a ellos les fuese más ventajoso. Sin embargo, estas argumentaciones son fácilmente rebatibles. El perjuicio de los intereses de la mujer no es tan inminente como se le señala desde el momento que el legislador

por regla general permite que los cónyuges contraten entre sí.

En cuanto al peligro que los terceros pueden correr con la mutabilidad del régimen matrimonial, es remediable dando el máximo de publicidad al cambio de régimen, para que así llegue al conocimiento de los posibles afectados. Por otra parte, la rigidez del principio de la inmutabilidad, no permite enmendar los errores de los contrayentes al optar por un determinado régimen al momento de casarse. Así por ejemplo, si este régimen fuere el de comunidad, y uno solo de los cónyuges hace aportes al matrimonio y desarrolla actividades durante él, sin que el otro se preocupe en lo mínimo de acrecentar el haber social, se ve a todas luces la conveniencia de acambiar el régimen de comunidad por el de separación de bienes.

Con los antecedentes expuestos no es raro que los códigos dictados en el presente siglo, únicamente acepten la posibilidad de cambiar el régimen durante el matrimonio.

Los nuevos principios no tardaron en hacerse sentir en ese país. En la práctica acontecía que, para obviar las dificultades que acarreaba la imposibilidad de alterar el régimen matrimonial, cuando el matrimonio de la sociedad conyu

gal venía a menos incluso peligraban los aportes que la mujer había hecho al matrimonio, se recurría al arbitrio de seguir un juicio de separación de bienes entre los cónyuges con el fin de obtener sentencia judicial que la declarase, y así, se pasaba del régimen de comunidad al de separación. Estos juicios eran de común acuerdo entre marido y mujer, litigios simulados, semejantes a los de nulidad de matrimonio por incompetencia del Oficial del Registro Civil.

Los principios de la doctrina, y la situación de hecho aludida llevaron al legislador de la ley 7612 del 21 de Octubre de 1.943 a modificar la situación existente y a modificar en algo el principio de la inmutabilidad aceptada por El Código. En efecto en la reforma siempre se conserva en principio este sistema, pero se permite hacer una única alteración al régimen matrimonial; pactar la separación total de bienes cuando entre los cónyuges hubiere existido sociedad conyugal lisa y llana, o separación parcial.

Finalmente, no son pocos los casos en que se estipula la separación a fin de burlar los derechos de terceros. Afortunadamente la ley muy precavida, dice: "Este pacto no perjudicará, en caso alguno, los derechos válidamente adquiridos por terceros respecto del marido o de la mujer".



4.6 ESTIPULACIONES

Estas estipulaciones son varias, contentémonos con enumerar las principales.

1. Si los cónyuges en las convenciones no han pactado separación total se pueden designar en ellas los bienes que los esposos aportan al matrimonio, con expresión de su valor, y una razón circunstanciada de las deudas de cada uno.
2. Los esposos pueden hacerse donaciones y concesiones el uno al otro; pero no tienen libertad en cuanto a la cuantía, pues, ellas no pueden exceder de la cuarta parte de los bienes que el esposo aporte al matrimonio.
3. Pueden pactar separación parcial o total de bienes.
4. Concesiones recíprocas como la entrega de una suma de dinero o el compromiso del marido, de proporcionar a la mujer pensiones periódicas.
5. Renunciar a los gananciales; la mujer puede renunciar a los gananciales, pero si es menor de edad necesita autorización judicial.
6. Eximir de la sociedad cualquier parte de sus especies muebles
7. Acordar que un bien raíz de la mujer ingrese a la sociedad para que esta le restituya su valor en dinero.

- 8. Reservar valores y dineros destinados a comprar algún bien que, asubrogado a estos valores, no entran al haber social, sino al haber propio del cónyuge.
- 9. La mujer puede conceder al marido la facultad para enajenar sus bienes raíces.

Las estipulaciones que hemos indicado son las que especialmente autoriza el legislador para que se hagan en las capitulaciones. Pero como lo adelantamos no son las únicas. Dentro de la expresión "concenciones" caben muchos acuerdos, los cuales no fueron contemplados expresamente en la ley tales serían, por jemplo, los que tuvieran por objeto estipular una división distinta de los gananciales a la establecida por la ley, que es por mita; o dar hipoteca el marido para garantizar los aportes de la mujer a la sociedad.

4.7 ESTIPULACIONES PROHIBIDAS

El legislador sienta, al respecto, la regla general en el Art. 1717 al decir: "Las capitulaciones matrimoniales no contendrán estipulaciones contrarias a las buenas costumbres ni a las leyes. No serán, pues, en detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge respecto del otro o de los descendientes comunes".

1. Estipulaciones contrarias a la ley y a las buenas costumbres
 - a) Renunciar la mujer a los derechos de pedir la separación judicial de bienes, art. 153;
 - b) Recordar que la sociedad conyugal principia antes o después de contraerse matrimonio, art. 1721;
 - c) Que la mujer no se mire separada de bienes respecto al producto de su trabajo, profesión o industria separados del marido, pues, el art. 150, así lo considera;
 - d) Renuncia anticipada a la acción de divorcio;
 - e) Irrevocabilidad de las donaciones que los cónyuges se hagan entre sí durante el matrimonio, pues estas son siempre revocables.

2. Estipulaciones en detrimento de los Derechos y Obligaciones de los Cónyuges.

No sería lícito estipular en las capitulaciones que los cónyuges no estuvieren obligados a vivir juntos; que entre ellos no exista el deber de fidelidad, de socorro o de ayuda mutua, que la mujer casada tuviere una capacidad distinta a la fijada por el legislador; que los hijos no debieran obediencia a sus padres.

Tampoco será posible tomar acuerdos que significaran una abdicación de la potestad marital o paterna; o una renuncia a la acción de nulidad de matrimonio o de divorcio.

5. EN EL DERECHO ARGENTINO

Velez Sarsfield redactó el Código Civil, que fue aprobado como ley nacional en 1.868 y comenzó a regir el 1º de enero de 1.871.

Este Código sigue de cerca la orientación de los principales códigos vigentes en Europa en aquella época, el proyecto de Código Civil para el Brasil, elaborado por Freitas, y las principales doctrinas que se habían formado del Código Francés. Por eso, resulta interesante hacer un estudio somero de las capitulaciones en el derecho argentino con el fin de observar el tratamiento que se le da a esta institución en dicho ordenamiento jurídico.

5.1 CONCEPTO

El Código Civil de la Argentina organizó un régimen patrimonial único o forzoso, al que denominó sociedad conyugal, que constituye una comunidad de ganancias y adquisiciones entre los cónyuges, o comunidad de muebles y ganancias,

según la ineligencia interpretativa que se diera al art. 1.224, hoy derogado, del Cód. Civil, en correlación con el art. 1.271. No previó ni admitió Vélez los llamados regímenes convencionales, entendiéndolo, como lo afirma en la nota al título "De la sociedad conyugal", que en la República nunca se vieron contratos de matrimonio.

Recordando el concepto tantas veces repetido en este trabajo, las llamadas convenciones prematrimoniales o, simplemente, convenciones matrimoniales -también capitulaciones contratos de matrimonio- son los pactos entre los cónyuges relativos a los bienes, y sea adoptando un determinado régimen de relaciones patrimoniales que la ley autoriza a convenir, o modificando parcialmente el régimen (por ejemplo, estableciendo la separación de deudas entre los esposos, o reservando a uno de ellos la administración de ciertos bienes, o modificando las bases de participación, etc. El objeto de las referidas convenciones variará según la regulación de cada derecho positivo, y, en la medida que se las admita, responden a la autonomía de la voluntad de los contrayentes que, de este modo, se apartan del régimen legal (que por eso se denomina supletorio), o introducen parciales modificaciones a los efectos normales del mismo.

La doctrina, en general, concuerda en que la convención



prematrimonial es un contrato realizado "causa matrimonial", es decir cuya eficacia futura queda deferida a la celebración del matrimonio. Por otra parte, y una vez contraído éste, el principio tradicional ha sido la inmutabilidad o inalterabilidad de la convención, aunque modernamente se admite la alteración de ella, en determinadas condiciones.

5.2 LAS CONVENCIONES PREMATRIMONIALES EN EL CODIGO CIVIL ARGENTINO

En primer lugar, debemos señalar que la doctrina argentina refiere llamar a las capitulaciones matrimoniales con el nombre de CONVENCIONES PREMATRIMONIALES o CONVENCIONES MATRIMONIALES, denominación que comprende tanto a los contratos como a los acuerdos de voluntades que no dan lugar a derechos y obligaciones, sino que tienen sobre todo un carácter estatutario.

A pesar de que el Código Civil argentino no admite regímenes convenciones, prevé en el art. 1.217 diversas convenciones prematrimoniales. Su objeto es limitado a los supuestos previstos, y no pueden los cónyuges pactar sobre otros.

El citado art. 1.217, en su redacción original, dispuso

textualmente: "Antes de la celebración del matrimonio los esposos pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes: 1º La designación de los bienes que cada uno lleva al matrimonio; 2) La reserva a la mujer del derecho de administrar algún bien raíz de los que lleva al matrimonio o que adquiriera después por título propio 3) Las donaciones que el esposo hiciere a la esposa; 4) Las donaciones que los esposos se hagan de los bienes que dejaren por su fallecimiento".

En conclusión, podemos decir que la legislación civil argentina establece un régimen patrimonial forzoso y que solo admite convenciones prematrimoniales que se limiten a regular alguno de esos cuatro puntos.

Pero, es más, de esta enumeración la ley 17.711 suprimió, mediante derogación parcial del art. 1.217, las convenciones previstas en los incs. 2º y 4º

En cuanto a la reserva de la mujer del derecho de administrar algún bien raíz de los que lleva al matrimonio, o que adquiriera después por título propio (inc 2º del art. citado) hoy ya no tiene razón de ser, por cuanto cada cónyuge tiene la administración -en sentido amplio- de los bienes propios y de los gananciales adquiridos por él con su trabajo personal o por cualquier título (art. 1.276, Cód. Civil,

texto según la ley 17.711). La reserva de administración de algún bien inmueble propio que podía acordarse a la mujer, era congruente en el antiguo régimen de administración marital legítima de la dote. Ya con la previsión del art. 3° inc. 2°c. de la ley 11.357, se juzgó inútil una convención matrimonial semejante, dado que la mujer podía asumir la administración de sus bienes propios revocando expresamente el mandato tácito en virtud del cual, según presunción legal, el marido ejercía la administración.

En lo relativo a las donaciones que los esposos se hicieran de los bienes que dejaren por su fallecimiento (art 1.217, inc. 4°), importaban la admisión de un sucesor instituído contractualmente (el sesposo o esposa donaria) sobre bienes determinados. Ello, a su vez, contradecía el principio del art. 3.279, en cuanto la sucesión por causa de muerte -singular o universal- sólo reconoce como fuente la ley (sucesión legítima) o el testamento (sucesión testamentaria) y asimismo el principio que invalida todo contrato que tenga por objeto una herencia futura.

5.3 EL INVENTARIO DE LOS BIENES QUE CADA CONYUGE LLEVA AL MATRIMONIO (Art. 1.217 inc. 1°).

Vigente el art. 1.224 del Cód. Civil hasta 1.968, se juzgó

que el inventario de los bienes que cada cónyuge introducía al matrimonio, importaba, tratándose de los muebles y cosas fungibles, excluirlos de la comunidad. Actualmente, el inventario constituya un modo de preconstituir la prueba de que tales bienes se aportan en calidad de propios. Es decir, el inventario tiende a desvirtuar la presunción legal favorable a las ganancialidad (art. 1.217).

5.4 DONACIONES DEL ESPOSO A LA ESPOSA (art. 1.217 inc. 3°)

Son llamadas donaciones propter nuptias, cuya tradición se remonta al derecho romano de la época imperial. Integraban las *res uxoriae* y quedaban sometidas a las reglas de la dote, constituyendo -junto con ésta- una típica reserva a favor de la mujer después de disuelto el matrimonio. Es decir, que estas donaciones eran consecuencia del tradicional régimen dotal romano en que las *res uxoriae* estaban protegidas por la obligación de restitución a la mujer a la disolución de las nuptias.

Por esta razón, precisamente, no se admitieron donaciones de la esposa al marido, al menos como *donatio propter nuptias*. Vélez Sarsfield, coherente con el régimen de comunidad de administración marital que instituyó -y que comprendía la dote de la mujer- excluyó expresamente (art. 1.231)

la posibilidad de que por convención prematrimonial pudiese la esposa hacer donaciones al marido. pero el codificador argentino involucró también un argumento de tipo ético juzgó que es inmoral que la convención contenga donaciones de la mujer al marido. Ya que aquella -razonaba vélez- entrega su dote al marido, no existe fin honorable en este tipo de donación. pero adviertase que nada impide que la mujer haga la donación sujeta al régimen ordinario de tal contrato.

Para distinguir a las donaciones propter nuptias de las donaciones comunel que el novio pudiera hacer a la novia antes de la celebración del matrimonio, corresponde tener en cuenta que aquellas, como integrantes de la dote de la mujer, sólo son eficaces si el matrimonio se celebra. Se trata de la llamada condición si suptiae sequantur a que aludieron los glosadores integrando los textos romanos que prevenían la estipulación de dote.

Según el art. 1.235 del Cód. Civil la donación que el esposo hiciere a la esposa no necesita para su validez de la aceptación del donatario. Pero ello, es en realidad inexacto, según el criterio de diversos autores, porque como la donación se efectúa en la convención prematrimonial y ésta requiere la comparencia y firma de los futuros contratantes, existirá en todo caso una manifestación tácita de

la aceptación, salvo el improbable supuesto de "protesta o declaración expresa contraria".

5.5 PROMESA DE DOTE DE TERCEROS

Los arts. 1.341 y 1.242 del Cód. Civil prevén la promesa de dote hecha al esposo por los padres de la esposa, sus parientes, o por otra persona. Pero débese tener en cuenta que esta promesa de dote no es objeto de convención prematrimonial y se sujeta a las disposiciones generales en materia de donaciones. En particular, debe ser aceptada por el donatario y, mientras tal aceptación no acaeciere, puede ser provocada.

La promesa de dote debe ser hecha en escritura pública, y por sí misma es técnicamente una oferta, que requiere ser aceptada por el esposo. Con la celebración del matrimonio éste puede exigir su entrega, con lo cual, desde ese momento, el promitente queda constituido en mora, salvo que en la escritura se hubiera designado un plazo. Es claro que ello supondrá que se ha demandado su entrega, lo cual importa aceptación de la promesa de dote.

5.6 FORMA DE LAS CONVENCIONES PREMATRIMONIALES

Deben ser hechas por escritura pública, cualquiera fuese el valor de los bienes (art. 1.184, inc 4º Cód. Civil).

La escritura debe contener las enunciaciones del art. 1.225 del cód Civil.



5.7 INMUTABILIDAD

El art. 1.219 del Cód. Civil receipta el clásico principio de la inmutabilidad de las convenciones prematrimoniales. "Ningún contrato de matrimonio podrá hacerse, so pena de nulidad, después de la celebración del matrimonio; ni el que se hubiere hecho antes podrá ser revocado, alterado o modificado.

El principio de la irrevocabilidad aparece reiterado en el art. 1.240 en materia de donaciones por causa del matrimonio. Pero no es absoluto, pues según el art. 75 de la Ley 2.393, el cónyuge inocente en caso de divorcio puede revocarlas. Y en el supuesto de nulidad, quedan ministerio legis revocadas (art. 88 inc. 2º; ley 2.393 y art. 1.240; respecto del cónyuge de mala fé.

5.8 CAPACIDAD

La capacidad para otorgar convención prematrimonial está referida, básicamente a la aptitud nupcial. El menor que

con arreglo a las leyes pueda casarse puede hacer también convenciones matrimoniales sobre los objetos del art, 1. 217, concurriendo para su otorgamiento las personas de cuyo previo consentimiento necesita para contraer matrimonio. Es decir que el otorgamiento de la convención, en los supuestos de la norma transcrita, requieren el asentamiento de aquellos a quienes la ley lo exige, en cada caso, para la celebración de matrimonio del contrayente incapaz. Si se celebrare la convención sin ese consentimiento ella será nula -y de nulidad relativa- aunque podrá ser confirmada.

5.9 CONVENCIONES CELEBRADAS EN EL EXTRANJERO

El art. 1.220 del Cód. Civil establece: "La validez de las convenciones matrimoniales hechas fuera de la República, será juzgada por las disposiciones de este código respecto a los actos jurídicos celebrados fuera del territorio de la Nación". Esta norma se envía a las normas generales de derecho internacional, privado. De este modo, la forma de la convención prematrimonial se rige por la ley del lugar en que fue otorgada (*locus regit actum*), que enuncian los arts. 8º y 1.205 del C.C., en cuanto a la capacidad para otorgarla se atenderá a la ley del domicilio de los contrayentes no estando éstos domiciliados en el país (art. 70

del C.C.). Finalmente en cuanto al contenido del objeto de la convención, su oponibilidad en la república exige que no altere el régimen establecido por la ley local, juzgada de orden público.

6. EN EL DERECHO ESPAÑOL

Sobre los antecedentes histórico-legislativos del régimen de bienes en el matrimonio en el Derecho Español ya hablamos al inicio de este trabajo. En este capítulo nos limitaremos al estudio de las capitulaciones matrimoniales con especial énfasis en el derecho actual.

El régimen en el derecho español, es meramente supletivo. Los que se unen en matrimonio pueden pactar otros distintos; son libres de estipular "las condiciones de la sociedad conyugal relativa a los bienes presentes y futuros", el contrato en que se regulan esas relaciones patrimoniales se designa de antiguo con los nombres de capitulaciones matrimoniales, capítulos o pactos nupciales. El Código Civil aunque emplea la primera de esas denominaciones en muchos artículos, adoptó en el epígrafe del título tercero del Libro IV la expresión de "contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio".

6.1 INMUTABILIDAD DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

Las capitulaciones matrimoniales en el Derecho Español só-

lo pueden concluirse antes de la celebración del matrimonio (Arts. 1315 y 1321) y sólo pueden ser modificadas en igual tiempo ya se trate de bienes presentes o de bienes futuros. Esta norma de la inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales impedirá a los cónyuges cambiar durante el matrimonio el régimen establecido (salvo en aquellos casos en que la ley permite solicitar la separación de bienes, Arts. 1423 y ss.). Así como también variar la naturaleza de los bienes aportados o renunciar a las ventajas o derechos que el contrato otorgue a cada uno de los cónyuges. El C.C. admite la celebración de convenios entre el marido y la mujer, mientras no afecten el régimen de la sociedad, como en el caso de un acuerdo para aplicar a la adquisición de cosas el dinero que recibió el marido en concepto de dotes estipuladas. (S del 21 de Febrero de 1900); pero en cambio ha considerado incursos en la prohibición que para alterar las capitulaciones establece el código, los pactos que mermen considerablemente o destruyan el carácter de administrador de los bienes de la sociedad conyugal atribuidos al marido (S. del 19 de Diciembre de 1932), y los convenios por los que se introducen modificaciones esenciales en las donaciones de bienes, hechas por los padres a los hijos por la razón del matrimonio, cuanto éstas son la base sobre la cual ha de estipularse el régimen económico conyugal por constituir los tales bienes todo o parte del acervo patri-



monial de los mismos. (S. del 31 de Octubre de 1949)

Para la alteración de las capitulaciones matrimoniales, aparte del requisito ya indicado de tener que celebrarse antes del matrimonio, se exigen las siguientes circunstancias:

- a. Que se haga la modificación con la asistencia y concurso de las personas que en el primitivo contrato intervinieron como otorgantes, no siendo necesario el concurso de los mismos testigos y pudiendo sustituirse con alguna de las personas concurrentes, o prescindirse de su concurso, cuando por causa de muerte u otra legal, al tiempo de otorgarse la nueva estipulación o la modificación de la precedente, sea imposible la comparencia o no fuese necesario conforme a la ley (Art.1319).
- b) Que se haga constar en Escritura Pública o por excepción en documento otorgado ante el secretario del ayuntamiento y dos testigos, si median las condiciones a que se refiere el Art. 1324.
- c. Que para tener efecto legal en cuanto a terceras personas, se observen los siguientes requisitos de publicidad:
 - .1 indicación por nota marginal, en el respectivo protocolo, del acta notarial o escritura que contenga

las alteraciones de la primera estipulación (Art. 1322).

- .2 Expresión por medio del notario de las referidas alteraciones en copia que expida por testimonio de las capitulaciones o contrato primitivo, estando sujeto a la pena de indemnización de daños y perjuicios a las partes, si no lo hiciere (Art. 1322)
- .3 Inscripción del documento en el registro de la propiedad en caso de ser susceptible de inscripción el primitivo contrato (Art. 1322 ap. 1).
- .4 Inscripción también en su caso (cuando se trata de comerciante), en el registro mercantil (Código de Comercio, Art. 21 numeral 9 y Arts. 27 y 28; Sf. Regl. del Registro Mercantil, Arts. 100 y ss.).

6.2 OPORTUNIDAD PARA CELEBRAR LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

Esta convención en el Derecho Español sólo puede celebrarse antes del matrimonio (Arts. 1315 y 1321).

Muy distinto es el derecho de los territorios forales, donde por lo general no rige la limitación que el código establece respecto al tiempo en que han de otorgarse los contra

tos nupciales. Así como en Aragón, el apéndice foral (Art. 58), admite expresamente la posibilidad de otorgar las capitulaciones antes ó después del matrimonio. En Cataluña, de acuerdo con el sentido de algunos textos romanos y con el espíritu de amplia libertad que domina el derecho familiar y sucesorio de ésta región, se admite la posibilidad de otorgar o modificar las capitulaciones antes y después del matrimonio; si bien, la posibilidad de modificarlas después del matrimonio queda sujeta a la disposición de Catalana que prohíbe las retrodonaciones o renunciaciones de las donaciones y heredamientos hechos en la contemplación al matrimonio y en Navarra lejos de existir limitación análoga a la del C.C. la costumbre es que los contratos matrimoniales se otorguen inmediatamente después de celebrado el matrimonio.

6.3 CAPACIDAD

En orden a los requisitos personales del contrato matrimonial, la ley española se inspira en la máxima antigua: *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*, rechazada por el derecho alemán "el menor que con arreglo a la ley pueda casarse, podrá también otorgar sus capitulaciones matrimoniales; pero únicamente serán válidas si a su otorgamiento concurren las personas designadas en la misma ley para dar cumplimiento al menor a fin de contraer el matrimonio. En

el caso de que las capitulaciones fuesen nulas por carecer de concurso y firma de las personas referidas y de ser válido el matrimonio con arreglo a la ley, se entenderá que el menor lo ha contraído bajo el régimen de la sociedad de gananciales" (Art. 1318 en concordancia con el 46). Es de anotar que para todo aquello que, aún cuando se incluye en las capitulaciones, no constituyen un verdadero pacto nupcial, dejará de regir el Art. citado y serán de aplicación las reglas generales de contratación.

Con respecto a los incapaces mayores de edad, el Art. 1325 dispone que "para la validez de las capitulaciones matrimoniales otorgadas por aquel contra quien se haya pronunciado sentencia o se haya promovido juicio de interdicción civil o inhabilitación, será indispensable la asistencia y concurso del tutor que a este efecto se le designará por quien corresponda, según las disposiciones de éste código y de la ley de enjuiciamiento civil".

Este artículo de dicción tan poco afortunada y que es copia del Art. 1887 del C.C. italiano de 1865, parece crear una tutela especial y transitoria al sólo efecto del otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales, sin tener en cuenta el principio de unidad de instituciones tutelares perseguido (C.C. Art. 201), y quizá no logrado por el Código. Sin

que sea fácil armonizar, elementos tan contradictorios, la doctrina española ha sentado como interpretación más probable:

1. Que el Art. 1323 se refiere, no sólo a los interdictos sino también a los pródigos y a los sordomudos, estando subordinada su aplicación a locos, a la solución que se dé al problema de la posibilidad de su matrimonio e intervalo de lucidez.
2. Que sí existe ya tutor nombrado de antemano, no hace falta nuevo nombramiento.
3. Que será, por el contrario necesario la designación ad hoc cuando exista tutor ordinario, como sucederá en el caso previsto en el texto legal, de que haya sido promovido el juicio de interdicción o inhabilitación, sin haber recaído todavía sentencia.
4. Que no será menester la constitución de todo el organismo tutelar, pues se trata de un tutor especial que dada la referencia que el artículo hace a la ley de enjuiciamiento civil, habrá de ser nombrado por el juez, (al modo de curador ejemplar de dicha ley) si bien de entre los parientes y por el orden que señalen los preceptos



del Código Civil. Arts. 220, 227 y 230).

6.4 SOLEMNIDADES

La forma exigida por el contrato de capitulaciones matrimoniales es la escritura pública (Art. 1321 del C.C. en relación con el 1820 numeral 30), por excepción se admite el otorgamiento de capitulaciones ante el secretario del ayuntamiento y dos testigos con la declaración bajo su responsabilidad, de constarles la entrega o aporte en su caso de bienes y custodiándose el contrato bajo registro en el archivo municipal, siempre y cuando concurren estas condiciones: que los bienes aportados no sean inmuebles, que el valor de uno y los del otro esposo reunidos no exceda de dos mil quinientas pesetas y que no exista notario en el pueblo de la residencia de los contrayentes (Arts. 1324 y 1321 apartado 2). La forma especial requerida para este contrato constituye un requisito esencial, cuya omisión produciría la nulidad del acto (S. del 10 de Junio de 1911). La ley patria no exige expresamente el requisito de la presencia simultánea de ambas partes (o sus representantes) a que alude el texto, pero es indudable que al acto habrán de concurrir los contrayentes, así como las personas que completen su capacidad según la ley y los donantes si los hubiere y no hay inconvenientes tampoco de admitir que quienes hayan de com-

parecer lo hagan por medio de mandatario por poder especial otorgado por documento público. (C.C. art. 1280 numeral 50).

6.5 CAPITULACIONES MATRIMONIALES BAJO MODALIDADES

La admisibilidad de las capitulaciones matrimoniales bajo modalidades (condición o término), no aparece tan llana en el Derecho Español como en el Alemán, pues si bien en principio está amparado aquella por la norma de libertad que la ley concede para estipular dicho contrato "sin más limitaciones que las señaladas en este Código" (art. 1315 ap. 1) basta reconocer que, más o menos directamente la condición y aún más el plazo son opuestos al criterio de pertenencia del régimen económico conyugal, que revelan entre los artículos 1320 y 1393 del mismo cuerpo legal. Sobre todo habrá de reputar nulo el plazo inicial o final tratándose del régimen de gananciales, toda vez que están taxativamente señalados en la ley en el momento en que ha de comenzar sus efectos (C.C. art. 1393) y las causas que pueden producir su extinción, igualmente inadmisibles se ha de estimar la condición de naturaleza positiva, que atentaría abiertamente a la inalterabilidad del régimen matrimonial, al dejar éste al arbitrio de uno de los cónyuges o de los dos.

La subsistencia y validez de las capitulaciones matrimonia-

les y de las estipulaciones que constituyen su contenido propio, está subordinada a la celebración del matrimonio; constituye una "conditio juris" con respecto al contrato de la referencia.

Aún cuando no sea normalmente aplicable al mismo, la doctrina de la retroactividad, propia de las condiciones. Así pues, si el matrimonio no llega a contraerse quedará sin efecto alguno, como dice el código, "todo lo que se estipule en las capitulaciones bajo el supuesto del futuro matrimonial" (Art. 1.326). Si el matrimonio se declara nulo, nulas quedarán también estas convenciones. Si el matrimonio es putativo subsistirá el contrato nupcial en favor de los hijos y del cónyuge porque en esa parte tiene también efecto el matrimonio.

6.6 AMPLITUD DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

El contrato económico matrimonial puede tener en el Derecho Español un contenido de gran amplitud en las legislaciones forales, con frecuencia constituye aquél un pacto de familia en el que se regulan las relaciones económico-familiares y sucesorias de los cónyuges entre sí y entre ellos y los descendientes existentes o futuros (heredamientos, donaciones universales legítimas, etc).

En el Código Civil se le concibe, más restringidamente como un acto o destinación a regular las relaciones económicas de la sociedad conyugal (C.C. Art. 1.351 numeral 1), pero también se admite con carácter excepcional, que pueden establecerse en los capítulos ciertas estipulaciones que tienen el carácter de verdaderos pactos sucesorios, a saber: La donación de bienes futuros para el caso de muerte (C.C. Arts. 826 y 827) y la concesión al viudo de la facultad de distribuir a su arbitrio los bienes del difunto (C.C. Art. 31). Aparte de esto, se puede incluir en las capitulaciones matrimoniales todos cuantos actos se pueden formalizar conforme a las leyes, en documento público aún cuando sean extraños al régimen matrimonial (ejemplo, un reconocimiento de un hijo natural), si bien tales actos no quedan sometidos a las consecuencias específicas que para las estipulaciones propias de dicho contrato, imponen la condición básica antes aludida, de su subordinación a un futuro matrimonio (C.C. Art. 1.326).

La limitación del Código común, que solo permite a las partes elegir dentro del marco de los sistemas regulados por la ley, no existe en derecho español. Así pueden los esposos en las capitulaciones matrimoniales :

1. Mantener el régimen legal, regulando las aportacio-

nes de bienes y estableciendo aquellos pactos autorizados y compatibles con dicho sistema (por ejemp. la constitución de una dote, entrega al marido de bienes para su administración, garantías de la dote y de los paracernales entregados, otorgamiento de donaciones por razón del matrimonio, etc).

- 2. Eliminar el régimen legal, ya simplemente pactado que no regirá la sociedad de gananciales (caso en el que el Art. 1.364 prescribe el régimen dotal) o bien establecido expresamente un nuevo sistema (por ejemp. dotal, y el de separación de bienes o el de comunidad absoluta).
- 3. Cambiar diferentes regímenes, siempre que no se violen los preceptos prohibitivos generales o las prohibiciones especiales impuestas por la ley para el régimen que como fundamental se haya adoptado.

A este criterio de liberalidad, le impone el Código Civil como limitaciones únicas (dados los términos del Art.1.315 apartado 1 al final) las siguientes :

- 1. Los otorgantes no podrán estipular nada que fuese contrario a las leyes y a las buenas costumbres (Art.1.316

cap. 1, congruente con la declaración general del Art. 1.255). Se han de incluir en este grupo de limitaciones los pactos contrarios a la naturaleza y fines del matrimonio, los contrarios a la moral o a las buenas costumbres y los opuestos o las leyes imperativas o prohibitivas, en los dos aspectos a que se ha hecho anterior referencia.

2. No pueden tampoco estipular nada que fuere depresivos de la autoridad que respectivamente corresponde en la familia a los futuros cónyuges (Art. 1.316, ap. 1),
Qué pactos se han de tener por depresivos ? La doctrina científica suele fijarse en aquellas cláusulas por las que se prive al marido de la administración de los bienes del matrimonio y entiende por lo común, que como algunos otros artículos (C.C. Art. 59 y 1.412) amparan indudablemente la estipulación por la que se transfiere a la mujer dicha administración, se ha de concepcuar depresivo únicamente el pacto porque se conceda la administración a un tercero, sea éste padre, pariente o extraño. Pero valen poco en esta materia las reglas abстрактas; se trata de una concepción legislativa esencialmente flexible, cuya apreciación solo podrá ser hecha a la vista de las circunstancias de cada caso concreto.

3. Está vedado, finalmente, a los contrayentes el determinar, de una manera general, que sus bienes se sometan a los fueros y costumbres de las regiones forales y no a las disposiciones generales del Código (Art.1.317) No prevé el derecho patrio a diferencia del alemán, en caso de que los esposos se sometan, de una manera general al régimen de cualquier legislación extranjera, aunque militan en pro de la prescripción de ese pacto análogas razones a las que justifican la prohibición del Art. 1.317.

Las estipulaciones y las causas contrarias a las prohibiciones mencionadas, han de ser tenidas por nulas y no puestas en las capitulaciones (Art. 1.316 ao. 2 y 1.317), por consiguiente quedará válido el contrato, cuando aportadas por cada cónyuge y en todo aquello no se relacione con cláusula o pacto prohibido.

Como vimos el Art. 1.315 del Código Civil Español señala que los que se unen en matrimonio podrán otorgar capitulaciones antes de celebrado y a continuación dice, que a falta de contrato sobre bienes, se entenderá el matrimonio contraído bajo el régimen de la sociedad de gananciales.



III. PARTE
DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES
EN EL DERECHO COLOMBIANO

1. GENERALIDADES

El estudio que realizamos sobre los antecedentes historico-legislativos del régimen de bienes en el matrimonio, de manera general, y de las capitulaciones matrimoniales, en forma particular, lo mismo que la exposición realizada sobre derecho civil comparado en materia de capitulaciones matrimoniales, nos va a servir de herramienta muy importante para compensar mejor esta institución en nuestra legislación y hacer interpretación científica y exacto de sus normas.. Pero para ello, debemos complementar el conocimiento que tenemos sobre los diferentes legislaciones, común estudio que nos permita determinar cuáles legislaciones extranjeras influyeron en la elaboración de nuestro código Civil y especialmente en la elaboración de las normas sobre capitulaciones matrimoniales.

Haremos, entonces, a continuación, una breve exposición sobre las corrientes jurídicas que influyeron en el Código Civil Colombiano para luego determinar cómo influyeron las corrientes que se hayan mencionado en materia de capitu-



laciones matrimoniales.

Con este método en la elaboración de nuestra tesis, tratamos de hacer uso de uno de los elementos auxiliares para la interpretación de la ley que, no obstante ser extraño al texto mismo, suele prestar gran ayuda en la fijación, del verdadero sentido de las disposiciones legales, nos estamos refiriendo al elemento auxiliar del derecho civil comparado. La doctrina del derecho civil comparado consiste en la investigación del fondo común de ideas y principios que existen en los diversos sistemas legislativos. Así el Código Civil colombiano y de manera particular las capitulaciones matrimoniales pueden ser estudiados comparando los paso a paso con aquellas legislaciones que le sirvieron de guía y orientación: ante todo con las doctrinas francesas y españolas.

Nosotros, en este modesto trabajo de investigación no aspiramos a tanto, pero si queremos que a través de la exposición de la legislación sobre capitulaciones matrimoniales en diversos países (los más importantes para nuestro derecho) que realizamos en los títulos anteriores, y de una breve presentación sobre la manera como influyeron esas corrientes jurídicas en materia de capitulaciones, podamos tener unas herramientas para la mejor comprensión e inter-

pretación de esta institución. Para el tratamiento de este tema, la exposición del Dr. Arturo Valencia Zea considerado como uno de los más eminentes juristas y civilistas que ha dado Colombia.

1.1 CORRIENTES JURIDICAS QUE INFLUYERON EL CODIGO CIVIL

Muchos han creído, y esta es una creencia bastante difundida en los círculos jurídicos del país, que Bello no hizo otra cosa sino copiar o, a lo más, adaptar el derecho civil contenido en el Código de Napoleón de 1.804. Por lo tanto, las doctrinas más idóneas para comprenderlo exactamente serían las de los expositores franceses. Esta creencia es inexacta. El código de Napoleón fue apenas una de las fuentes que tuvo en cuenta Bello, y por cierto no la principal.

Para descubrir las fuentes de donde realmente salió el Código de Bello, es necesario tener en cuenta los siguientes hechos históricos:

1. El derecho civil que rige la vida social y económica de los pueblos occidentales (excepción hecha de los países anglosajones), es derecho romano; derecho romano profundamente transformado a través de más de veinte siglos de asimilación, pero derecho romano en todo caso.

Las instituciones juristas de los romanos, al ser absorbidas por los países que forman los actuales pueblos europeos, dieron origen a varias corrientes romanísticas principales, entre las cuales deben hacerse resaltar las tres siguientes: la del antiguo derecho consuetudinario francés, la del viejo derecho común germano (especialmente la celebre escuela de los pandectistas) y la legislación española, cuyas dos fuentes más interesantes son las Siete Partidas y la Novísima Recopilación.

- a) El antiguo derecho consuetudinario francés tuvo como origen el derecho escrito, puro derecho romano que rigió en las provincias del sur de Francia, y las costumbres, derecho germano que rigió en las provincias del norte. Estas dos corrientes se compenetraron y dieron lugar al antiguo derecho consuetudinario francés.
- b) Otra corriente romanística importante está representada por la escuela de los pandectistas y las antiguas costumbres germanas. A partir del año 1.700 se efectúa la fusión del derecho común germánico, del derecho romano y del derecho canónico, que da origen al *usus modernus pandectarum* (escuela de los pandectistas). Esta escuela representa en su conjunto una tendencia romanística nueva, y distinta esen-



cialmente en muchos aspectos de la que prevaleció en Francia.

c) La antigua legislación española nace de la conjunción de dos derechos: el germánico y el romano.

2. De cual de estas tendencias romanísticas se derivó el Código de Bello? En forma exclusiva, de ninguna de ellas, pues en grado acentuado Bello se inspiró en las tres. Y aún fue más lejos al consultar directamente las fuentes romanas, o sea, el Corpus Juris de Justiniano.

En consecuencia, cuatro fuentes principales son las bases fundamentales sobre las que se asienta el Código de Bello, a saber:

- El derecho romano puro (Corpus Juris Civilis)
- El viejo derecho español (Las siete Partidas y la Novísima Recopilación)
- El derecho francés (ante todo, la obra de Pothier y el Código Francés de 1.804, con los comentarios de Delvincout y Rogron).
- El derecho germano (Código de Austria y de Prusia, y especialmente la obra de Savigny).

1.2 COMO INFLUYERON LAS MENCIONADAS CORRIENTES EN EL LIBRO CUARTO (OBLIGACIONES Y CONTRATOS) Y PARTICULARMENTE EN

EN MATERIA DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

Es en el único Libro en que se acentúa la corriente francesa. Las obras de Pothier y el Código de Napoleón sirvieron para la construcción de la teoría general de las obligaciones y de la mayor parte de los contratos. Pero también existe notable influjo del derecho romano. Así, la institución de las capitulaciones matrimoniales es imposible explicarla con las solas doctrinas de los interpretes franceses. En efecto, quien lea detenidamente el Proyecto de 1.853 observará que los primeros 21 títulos (arts. 1.615 a 1.882) han salido en gran parte de Pothier; en cambio, el título 22. Arts. 1.883 a 1.962, capitulaciones matrimoniales, se basa en las LEYES ESPAÑOLAS (Glosas de López de Matienzo, Tapia, etc.) y la DOCTRINA ROMANISTA.

En conclusión, tenemos que para comprender mejor lo referente a las capitulaciones matrimoniales en el Código Civil Colombiano debemos tener un conocimiento de las dos corrientes juristas que influyeron en la redacción de las normas que la regulan: LA LEGISLACION ESPAÑOLA Y LA DOCTRINA ROMANISTA, sin desconocer la influencia en menor escala del DERECHO FRANCES.

Debemos destacar, de paso, una falla que le encuentran los

diferentes tratadistas al Código Civil Colombiano, y es de que en relación con la distribución de materias, los títulos de los libros no corresponden a lo enunciado. Así vimos como en el libro 40 (título 22, arts. 1.771 y ss.) dentro de los contratos corrientes se estudia lo relativo a la sociedad conyugal, es decir el régimen económico matrimonial. Aparece así desmenuzado el estudio del derecho de familia, que debe constituir lógicamente una sola parte especial del derecho civil.

Para terminar este aparte, debemos destacar que en cuanto al orden jurídico individualista que consagra el Código Civil, la estructura general o principios básicos se integran por las instituciones de la personalidad, la familia y la propiedad absoluta. Y que en cuanto a la familia la orientación del código Civil es la siguiente: Las personas son libres de contraer matrimonio, pero si lo contraen quedan de plano regidas por un estatuto jurídico que obedece a motivos de orden público; estatuto que es en consecuencia, inmodificable por el libre querer de los esposos. Pero en cuanto al régimen de bienes en el matrimonio -sociedad conyugal-. los cónyuges tiene ciertas libertades para apartarse del modelo elaborado por el código civil, a través de las capitulaciones matrimoniales. Por eso algunos distinguen el derecho de familia puro y el derecho patrimonial de familia. En el derecho de familia puro

rigen de preferencia relaciones morales y, por eso, son de orden público, no sucede lo mismo en el Derecho patrimonial de la familia (Colin, Capitant y De la Nonrandiere)

1.3 CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

Si armonizamos las diversas disposiciones diseminadas en el código, sobre el régimen de bienes en el matrimonio, llegamos, por vía consecencial, a que nuestro legislador acogió un sistema de sociedad conyugal estructurado bajo el régimen de comunidad restringida a muebles y gananciales. El sistema del Código Civil, reposaba, en su íntima concepción, sobre tres instituciones fundamentales: las capitulaciones matrimoniales; la sociedad conyugal; y el régimen de separación de bienes.

En el título del libro 4º se reglamentaba lo tocante a las capitulaciones matrimoniales y la sociedad conyugal. El Código reconocía a los cónyuges el derecho de celebrar capitulaciones matrimoniales para adecuar sus intereses pecuniaros a los propias necesidades, a las domésticas y a las de su familia dentro de un ámbito de prioridades, pero sin facturarlos para prescindir, por lo menos en lo sustancial de los principios esenciales que gobernaban la sociedad conyugal, ni a convenir cuestiones contrarias al orden pú

blico o a las buenas costumbres. Veremos en el próximo capítulo al estudiar lo referente al régimen de sociedad conyugal de acuerdo al sistema vigente en el C.C. cómo mediante las capitulaciones, celebradas antes del matrimonio, los esposos sólo podía introducir ciertas modificaciones al régimen legal, pero sin eludir la formación de la sociedad conyugal, ni su dirección y administración por el marido.

De todas maneras, las capitulaciones matrimoniales se concebían como una institución orientada a baneficiar los intereses de la mujer y no del esposo; sin embargo, su importancia fue más teórica que real al no haber recurrido a ella sino contados matrimonios.

Establecía el inciso primero del Art. 180 del Código Civil, hoy reformado por el Art. 13 del Decreto 2820 de 1974, que por el hecho del matrimonio, se contraía sociedad de bienes entre los cónyuges y el marido tomaba la administración de los bienes de su esposa, según lo dispuesto en la misma ley.

Del texto del Art. 180 citado, tal como esta redactado en el Código Civil, se llegaba a concluir que todo matrimonio celebrado en Colombia daba origen a un régimen económico matrimonial denominado de la sociedad conyugal, que descan



saba sobre tres instituciones fundamentales, perfectamente definidas: La incapacidad de la mujer casada; la división de los bienes sociales en tres categorías para efectos de determinar los alcances de su administración y disposición y la administración de bienes radicados en cabeza del marido, con amplia facultades, pero, también, con gran responsabilidad, particularmente en lo relativo al manejo del pasivo.

Sin embargo, todo el sistema giraba alrededor de la sociedad conyugal, cuyos alcances jurídicos son aún hoy en día discutidos.

El sistema del Código Civil concibió el régimen de separación de bienes bajo una doble apreciación: como un régimen de protección a la mujer casada incapaz, y como un régimen de excepción. Realmente, por el hecho del matrimonio surgía una sociedad conyugal que era la norma general.

La separación de bienes en el Código Civil, se daba en tres situaciones: En caso de matrimonio en el exterior, en país donde estuviera consagrado como sistema legislativo el de separación; en virtud de una sentencia judicial resultante de un proceso en el que se discutiese exclusivamente la separación, lo cual solo podía ser iniciativa de la mujer;

y por causales taxativamente señaladas en la misma ley como protección de sus intereses y como consecuencia de la separación de cuerpos o terminación del matrimonio.

Pero el régimen matrimonial de bienes vigente en Colombia resulta de una especie de amalgama entre aquellas normas del Código Civil, que no han sido derogadas, las de la Ley 28 de 1.932, las del Decreto 2820 de 1.974 y las de la Ley 1a. de 1.976 que, sobra decirlo, tampoco han sido derogadas. No quiere decir ello que no existan otras disposiciones que influyan en menor grado, el sustrato esencial del sistema se encuentra en los estatutos legales mencionados.

Según esto, hemos de concluir que la estructura del régimen actual, a semejanza del que rigió en el Código Civil, descansa sobre tres instituciones fundamentales, en cuyo orden de eficacia son las siguientes:

1. Las capitulaciones matrimoniales;
2. La sociedad conyugal; y
3. El régimen de separación de bienes.

Es imperioso dejar sentado desde ahora que toda la filosofía del sistema tiene como fundamento la igualdad jurídica

de los cónyuges, a diferencia del concebido en el Código Civil, una de cuyas bases descansaba sobre un régimen de privilegio en que se colocaba al esposo con respecto a su esposa, quien por el hecho de adquirir este estado civil, se hacía incapaz.

Con respecto a la institución de las capitulaciones matrimoniales, se conserva el ordenamiento del Código Civil en su organización general, tanto en el concepto consagrado por el Art. 1.771 del Código como en la estructura fundamental. Lo propio en cuanto a requisitos y solemnidades. Sin embargo, se han efectuado algunas modificaciones y adiciones de menor impacto o importancia, como la introducida por el Art. 61. del Decreto 2820 de 1.974, según la cual el derecho a la renuncia de gananciales cobija por igual a ambos cónyuges, siempre y cuando sean capaces y no vaya en perjuicio de terceros de buena fé.

Por otra parte, el numeral 2° del Art. 28 del Código de Comercio dispuso que las capitulaciones matrimoniales deberán inscribirse en el registro mercantil, cuando uno o ambos cónyuges sean comerciantes.

En el próximo capítulo veremos de manera superficial el régimen legal existente en Colombia para regular las rela-

ciones patrimoniales entre los cónyuges, a falta de convención prematrimonial.



2. EL REGIMEN LEGAL DE COMUNIDAD DE BIENES Y DE GANANCIA LES BAJO LA ADMINISTRACION DEL MARIDO (SOCIEDAD CONYUGAL)

Hemos visto que el derecho civil colombiano consagró como sistemas reguladores del régimen patrimonial del matrimonio:

- a. El régimen de la convención matrimonial, bajo la denominación de capitulaciones matrimoniales. (C.C.Art.1.771) y a falta de dicha estipulación.
- b. El régimen de comunidad de muebles y gananciales, bajo la administración del marido, y
- c. El régimen de separación de bienes para los que hayan celebrado matrimonio en el exterior y se domicilien en Colombia, siempre que no hayan estado sometidos a régimen matrimonial diferente conforme a las leyes bajo cuyo imperio se casaron (C.C.Art. 180).

Antes de entrar al estudio a fondo de las capitulaciones matrimoniales, consideramos importante presentar una exposición bastante breve y somera sobre el régimen legal que establece nuestro derecho civil, porque esto nos va a permitir una mejor comprensión de la institución de las capi-

tulaciones matrimoniales y entender en mejor forma su significación e importancia dentro de los diferentes sistemas matrimoniales que consagran nuestra legislación para la regulación de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges. No consideramos necesario presentar un estudio separado sobre el régimen de separación de bienes, por tener un carácter excepcional y porque a través de la exposición que aquí hacemos podemos llegar a tener un concepto claro sobre él.

2.1 SISTEMA DEL CODIGO CIVIL

En el Código de Bello que rigió la Ley 28 de 1932; el régimen de bienes en el matrimonio estaba contemplado en dos grupos de normas: 1. las que se referían a la incapacidad de la mujer casada, que estaban en el capítulo I del título IX, Libro 1º del Código, bajo el epígrafe "Obligaciones y derechos entre los cónyuges", en tanto que los capítulos II y III del mismo título consagraban sus excepciones; y 2º las normas referentes a la sociedad de bienes que se formaba entre los cónyuges por el matrimonio, que estaban contenidas en el título XXII del Libro 4º del Código, denominado "De las capitulaciones matrimoniales y de la sociedad conyugal".



1. INCAPACIDAD CIVIL DE LA MUJER CASADA

La mujer casada se convertía en incapaz por el hecho del matrimonio. El Art. 1.504 del C.C. incluía dentro de los relativamente incapaces a la mujer, y el Art. 62 consideraba al marido como el representante legal de la mujer.

La consecuencia jurídica de la incapacidad civil de la mujer casada era la nulidad relativa de los actos celebrados por ella sin la autorización que la ley exigía. Según el Art. 1.743, tal nulidad podía ser invocada por el marido y por la propia mujer. Sin embargo, ninguno de ellos, ni sus herederos o concesionarios, podían alegar la nulidad si la mujer había actuado dolosamente para inducir a otro a la celebración del respectivo acto o contrato (Art. 1.744).

El término para demandar la nulidad del acto era de cuatro años, que para el marido se contaban desde la fecha de su celebración, mientras que para la mujer sólo empezaban a agotarse desde el momento en que cesara su incapacidad.

Los actos para cuya celebración la mujer no contara con autorización ni de su marido ni de la justicia, genera-

ban obligaciones naturales (C.C. Art. 1.527 num 1°).

Cuando la mujer actuaba con la autorización del marido, éste se obligaba en su patrimonio en la misma forma a como lo hubiera hecho si se tratara de un acto personal suyo.

Acontecía lo mismo si la mujer actuaba con autorización judicial por no haber podido darle el marido a causa de circunstancias especiales. En los dos casos, la mujer se obligaba con su propio patrimonio únicamente hasta concurrencia del beneficio que recibiera con el negocio celebrado. El Art. 191 del Código Civil decía que si la mujer había sido autorizada por el juez contra la voluntad del marido, lo obligaría solamente en sus bienes propios; más no obligaría el haber social ni los bienes del marido, si no hasta concurrencia del beneficio que la sociedad o el marido hubieren reportado del acto. Si el juez autorizaba a la mujer para aceptar una herencia, debía ella aceptar la con beneficio del inventario; y sin este requisito obligaba solamente sus propios bienes a las resultas de la aceptación.

El Art. 181 del C.C., expresaba que sin autorización escrita del marido la mujer casada no podía comparecer en juicio, por sí, ni por procurador, ya fuera demandado o

defendiéndose. Se consagraba como excepción los litigios entre cónyuges.

Según el Art. 182 del Código, la mujer no podía, sin autorización del marido, celebrar contrato alguno, ni desistir de un contrato anterior, ni remitir una deuda, ni aceptar o repudiar una donación, herencia o legado, ni adquirir a título alguno, oneroso o lucrativo, ni enajenar, hipotecar o empeñar.

La autorización del marido se otorgaba por escrito o interviniendo él mismo, expresa y directamente en el acto.

La autorización del marido podía ser general o especial para una clase de negocios o para un negocio determinado (Art. 185).

El marido podía ratificar los actos para los cuales no hubiera autorizado a la mujer. La ratificación podía ser general, especial o tácita. (Art. 187).

La autorización del marido podía ser suplida por la del juez con conocimiento de causa, cuando el marido se la negare sin justo motivo y de ello se siguiera perjuicio a la mujer. (Art. 188).

La autorización del marido se presumía en la compra de cosas muebles que la mujer hacía al contado. Se presumía también la autorización del marido en las compras al fiado de objetos naturalmente destinados al consumo ordinario de la familia. Pero no se presumía en la compra al fiado de las, joyas, muebles preciosos, aún de los naturalmente destinados al vestido y menaje, a menos de probarse que se habían comprado o empleado en el uso de la mujer o de la familia, con conocimiento y sin reclamación del marido (Art. 192).

2. LA SOCIEDAD CONYUGAL

El Art. 180 del Código decía : Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, y toma el marido la administración de los de la mujer, según las reglas que se expondrán en el Título XXII, libro IV, "De las capitulaciones matrimoniales y de la sociedad conyugal"

Las principales características de la sociedad conyugal en el Código de Bello, eran las siguientes :

- a. El Código Civil consagraba un régimen de comunidad de bienes y de gananciales. El régimen matrimonial que adoptaba en Colombia el Código Civil hasta el 31 de Di



ciembre de 1932, consistía en la formación de una sociedad conyugal a la cual ingresaban todos los bienes, muebles e inmuebles, que los cónyuges aportaran al matrimonio y que durante él adquirieran; exceptuándose los aportes y las adquisiciones a título gratuito de bienes raíces y otros bienes expresamente determinados. (Art. 1.781).

Los bienes muebles que cualquiera de los cónyuges aportaba al matrimonio o adquiría a título gratuito durante la vigencia de la sociedad, ingresaban al haber social, aunque con la carga de que disuelta la sociedad estaba ella obligada a restituir su valor según el que hubiera tenido a tiempo del aporte o de la adquisición. (Art. 1.781).

Los bienes que no hacían parte del haber social se denominaban propios y eran del cónyuge a quien pertenecían. Era pues, el llamado régimen de comunidad que existe en Francia, en Chile y en otros países, con variantes en cada país que no alteran la esencia del sistema. Esta comunidad se constituía por el solo hecho del matrimonio (Art. 180), con posibles atenuaciones en su régimen cuando los futuros contrayentes pactaban capitulaciones matrimoniales, lo cual era raras veces practicado.

La administración de la sociedad conyugal competía exclusivamente al marido. Pero era un administrador que ante terceros dejaba de serlo para adquirir la calidad de dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formaran un solo patrimonio, de manera que durante la sociedad los acreedores del marido podrán perseguir tanto los bienes de éste como los bienes sociales (Art. 1.806).

Además, el marido, como jefe de la sociedad conyugal administraba libremente no solo los bienes sociales sino también los bienes propios de la mujer, sujeto empero, a las restricciones impuestas en la ley o en las capitulaciones matrimoniales (Art. 1.805).

- b. A la comunidad ingresaban todos los bienes muebles e inmuebles que a ella aportaban o durante ella adquirieran los cónyuges, bajo la administración del marido.

El régimen patrimonial consagrado por nuestro Código Civil y que rigió la organización económica del matrimonio en Colombia hasta el 31 de de Diciembre de 1932, tenía como efecto jurídico inmediato la constitución y organización de una sociedad entre los cónyuges, a la cual ingresaban todos los bienes. muebles e inmuebles que a ella aportaran o durante ella adquiriera;

- c. Los bienes adquiridos durante el matrimonio por la mujer a cualquier título, entran al haber social bajo la administración del marido. Los bienes a ella donados, heredados o asignados, bajo la condición de que no los administre el marido, no entraban en el haber social y quedaban bajo la administración de aquella.

Los bienes dejados a la mujer casada, con la condición de que no los administre el marido, no entraban a formar parte del haber de la sociedad conyugal, porque sobre ellos se ejerce, por ministerio de la ley una especie de separación parcial de bienes.

Si los demás bienes que adquiriera la mujer casada, por cualquier título durante el matrimonio, entraban a formar parte del haber social.

- d. Los bienes de la sociedad conyugal se diferencian de los bienes del marido y de los de la mujer. Como lo observa don Andrés Bello, en la sociedad conyugal, hay tres entidades distintas: el marido, la mujer y la sociedad, trilogía indispensable para el deslinde de las obligaciones y derechos de los conyugues entre sí.

En desarrollo de ésta idea dominante en el Título 22

del Libro 4º, de nuestro Código Civil, distínguese perfectamente tres patrimonios; el del marido, el de la mujer y el de la sociedad que los dos forman.

- e. Los bienes de la mujer que el marido estaba obligado a restituir, no los podía hipotecar, vender ni gravar. Conforme al Art. 1.810 del C.C., no se podrán enajenar ni hipotecar los bienes raíces de la mujer, que el marido esté o pueda estar obligado a restituir en especie, sino con voluntad de la mujer previo decreto del Juez con conocimiento de causa.
- f. La mujer casada mientras estaba sometida a la potestad marital, no tenía facultad para administrar ninguno de sus bienes, pero la recobraba con el divorcio y podía administrar los bienes que había sacado del marido y los que adquiría después del divorcio. Suspendiéndose con el divorcio la vida común de los casados, la mujer recobraba su capacidad legal para todo lo que dice relación a la administración de los bienes que haya sacado del poder del marido o que haya adquirido después del divorcio.
- g. La administración extraordinaria, de los bienes sociales, la tomaba la mujer en ausencia del marido; a su



regreso, aquél necesitaba autorización judicial para recobrarla. La causa de la administración extraordinaria era establecida por los Arts. 1.814 y 1.819, cesando esa causa, el marido recobraba la administración previo decreto judicial.

- h. El patrimonio de la sociedad conyugal era autónomo; disuelta ésta, desaparece la ficción de dueño, por parte del marido quien no puede disponer de sus bienes.
- i. En principio, todo el pasivo era social, aún el formado por las obligaciones personales de cada cónyuge sin perjuicio de que por el pago de estas últimas se generara una recompensa en favor de la sociedad.
- j. Mediante capitulaciones matrimoniales, celebradas antes del matrimonio, los esposos podían introducir ciertas modificaciones al régimen legal, pero sin eludir la formación de la sociedad conyugal, ni su dirección y administración por el marido.

2.2 SISTEMA DE LA LEY 28 DE 1932

La Ley 28 de 1932, entró a regir el 1° de Enero de 1933 y fue publicada en el Diario Oficial número 22.139 del 17 de

Noviembre de 1932.

Las principales características de este sistema fueron :

1. La mujer casada adquirió la plena administración y disposición de sus bienes (Art. 1º) y el marido dejó de ser el representante legal de su mujer (Art. 5º). Quedan pues, derogados todos los artículos que se referían a la incapacidad de la mujer casada y a la autorización del marido o de la justicia en subsidio para la celebración de actos o negocios jurídicos. Sin embargo siguió vigente la potestad marital en cuanto a la persona de la mujer, que seguía obligada a obedecer al marido a seguirla a donde quiera fijara su residencia, lo cual fue terminado con el Decreto 2820 de 1974, que estableció la plena igualdad jurídica de derechos y obligaciones entre hombres y mujeres.

Si la mujer casada es menor de 18 años, sigue siendo incapaz y el marido su representante pero en carácter de simple administrador de bienes de su mujer. Si el varón menor de edad casado necesita un representante en razón de su edad, será llamada en primer término la esposa, si es mayor de edad (Ley 75 de 1968, Art.22).

2. El sistema de la Ley 28 de 1932, conservó la sociedad

conyugal, pero, varió el sistema de administración.

La Ley 28 de 1932 consagró un nuevo régimen patrimonial entre los esposos, quebrando así el tradicional sistema hasta entonces imperante.

La Ley, en su Art. 1° estableció que "durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere a portado a él, como los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiriera; pero a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento que conforme al Código Civil deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio, y en consecuencia se procederá a su liquidación".

Sin abandonar el concepto de sociedad conyugal expresado en el Código, la reforma cambia si radicalmente el sistema de disposición y de administración. Con respecto a terceros ya no será el marido el dueño de los bienes sociales como se ellos se formarán con los suyos propios un solo patrimonio; ni tampoco es responsable único de las deudas sociales, a quien los acreedores tienen el derecho de perseguir para hacer efectivos sus

respectivos créditos aún sobre sus bienes propios. En adelante cada cónyuge dispone y administra con entera libertad e independencia del otro, tanto respecto de los antiguamente bienes propios como de los adquiridos particularmente por cada cónyuge después del 1° de Enero de 1933.

De esta manera la sociedad tiene desde 1933 dos administradores en vez de uno; pero dos administradores con autonomía propia, cada uno sobre el respectivo conjunto de bienes muebles o inmuebles aportados al matrimonio o adquiridos durante la unión, ya por el marido, ora por la mujer. Y cada administrador responde ante terceros de las deudas que personalmente contraiga, de manera que los acreedores solo tienen acción contra los bienes del cónyuge deudor, salvo la solidaridad establecida por el Art. 2° en su caso.

3. A partir de 1932, rige en Colombia el sistema de gananciales. El régimen de participación en los gananciales es aquel en que durante el matrimonio cada uno de los cónyuges administra separadamente los bienes que posea al contraerlo y los que después adquiere; pero disuelto el régimen, los gananciales adquiridos por uno y otro pasan a constituir una masa común para el

solo efecto de su liquidación entre ellos.

Es una hábil combinación de los regímenes de separación y de comunidad restringida. Durante el matrimonio, los cónyuges están separados de bienes; cada uno conserva la propiedad de todos los suyos, sean propios o gananciales, y los administra con entera disposición autónoma; la mujer es plenamente capaz. Disuelto el régimen, se forma una comunidad, pero para el solo efecto de liquidarla y dividir entre ambos los gananciales que hayan adquirido, en conformidad a las mismas reglas que rigen la liquidación de aquella.

2.3 SISTEMA MATRIMONIAL VIGENTE

Podemos concluir teniendo en cuenta todo lo visto que en Colombia rige actualmente este sistema matrimonial: Por el solo hecho de celebrarse el matrimonio se presume y entien de contraída sociedad conyugal que se regula: bien por las capitulaciones matrimoniales o pacto escrito, entre los cónyuges o, en su defecto, por las reglas del Título XXII del Código Civil (Arts. 180, Decreto 2820/74, Arts. 17 y 1774), pero :

Durante el matrimonio, cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de los bienes que:

- a. Le pertenezcan, o le sean propios, al momento de celebrarse el matrimonio;
- b. Hubiere aportado al matrimonio;
- c. Por cualquier causa hubiere adquirido o adquiriera durante el matrimonio.

Una vez disuelto el matrimonio y frente a cualquiera de los eventos en que, conforme al Código Civil deba ser liquidada la sociedad conyugal (Ley 1a. de 1976, Art.25), se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio (Ley 28 de 1932).



3. REGIMEN ACTUAL DE LAS CAPITULACIONES

3.1 CONCEPTO

Conforme al art. 1.771 del Código Civil:

"Se conocen con el nombre de capitulaciones matrimoniales las convenciones que celebran los esposos antes de contraer matrimonio, relativas a los bienes que aportan a él, y a las donaciones y concesiones que se quieran hacer el uno al otro, de presente o futuro".

En el título anterior al analizar a las capitulaciones matrimoniales en diferentes ordenamientos jurídicos, dimos los conceptos de los más prestantes civilistas de los diversos países. Deseamos citar aquí solamente el concepto del tratadista Manual Somarriva Undurraga, por lo consiso y significativo, las capitulaciones matrimoniales "son la convención que tiene por objeto modificar el régimen legal matrimonial".

Según el art. 1.771 las capitulaciones matrimoniales tienen

un carácter convencional, afirmación que consideramos acertada en su terminología, pues por el hecho de que através de las capitulaciones matrimoniales se establezca el estatuto que regirá en las relaciones pecuniarias de los cónyuges, implica que por medio de ellas no solo se crean derechos y obligaciones (características propia de los contratos) sino que las capitulaciones matrimoniales van más allá; creando y modificando situaciones jurídicas hasta el punto de poderse afirmar que ellas tiene un carácter estatutario.

Las capitulaciones tienen un carácter indefinido en cuanto su duración, o sea, que regirán mientras subsista el matrimonio. Algunos autores afirman que las capitulaciones matrimoniales están sujetas a condición suspensiva consistente en la celebración del matrimonio. Pero esta tesis es refutada por muchos otros como Somarriva, quien afirma: "Las capitulaciones matrimoniales no son condicionales. Si bien es cierto que para ellas produzcan efectos requieren de la celebración del matrimonio, no es menos cierto que el matrimonio a su respecto no es sólo un elemento accidental que puede fallar o no -característica esencial de la condición sino un requisito de su esencia, sin el cual las capitulaciones no tienen vida jurídica, ni siquiera engendran un germen de derechos. Tanto es así, que celebradas las capi

tulaciones matrimoniales sus efectos se producen una vez que los esposos contraen matrimonio, pero éstos jamás se tratan ni en lo más mínimo al momento en que fueron pactadas las capitulaciones".

3.2 CARACTERISTICAS

1. Se trata, como afirmamos, de convenciones, por cuanto constituyen un acuerdo de voluntades de los futuros contrayentes o cónyuges sobre un objeto de interés jurídico cual es la modificación del sistema de sociedad conyugal, en lo relativo al aporte de bienes, particularmente inmuebles, o la sustracción de muebles de la comunidad social, y a las donaciones y demás concesiones que se quieran hacer de presente o de futuro.
2. Es un acto indelegable, el consentimiento debe ser dado expresamente por los futuros esposos en persona, es rigor aproxima las reglas de las capitulaciones matrimoniales a las del matrimonio. Aunque esto no está consagrado expresamente en el código Civil, seguimos esta interpretación de lo dispuesto en el art. 1.777 que permite al menor de edad y al disipador celebrar capitulaciones pero con la aprobación de la persona o personas cuyo consentimiento le haya sido necesario para el matrimonio



ello quiere decir que tales incapaces deben concurrir al acto en forma personal y debidamente autorizados por ciertas personas (padres u curador), mas no pueden esas personas celebrar el acto representando a parientes o pupilos.

Esta misma solución la adopta la jurisprudencia francesa que lejos de debilitar las reglas que aseguran la libertad del consentimiento, las ha reforzado.

3. Las capitulaciones matrimoniales son consideradas por algunos autores como convenciones eminentemente convencionales. Aunque nosotros nos apartamos de los conceptos y compartimos, mejor, la opinión de Somarriva expuesta anteriormente, sin embargo, vamos a presentar el criterio de los que sostienen que el matrimonio es la condición a que están sometidas las capitulaciones (recordemos que el maestro Somarriva sostiene que el matrimonio es un requisito de la esencia de las capitulaciones y no una condición): "Las capitulaciones matrimoniales son convenciones eminentemente condicionales. Ello es consecuencia de lo dispuesto en el Art. 1.777, según el cual deben celebrarse antes de contraer matrimonio. Cuando los desposados se acercan ante el notario a celebrar capitulaciones, existe aun la incertidumbre sobre la celebración del matrimonio. Nos hallamos entonces

ante el caso de un acto jurídico condicional, pues su eficacia depende de la celebración de un matrimonio futuro. Se trata de una condición potestativa, porque la celebración del matrimonio depende de los cónyuges, y suspensiva, en razón de que el ejercicio del derecho y el cumplimiento de las obligaciones pactadas se suspende hasta la celebración del matrimonio.

"Que ocurre cuando la celebración del matrimonio se dilata o suceden hechos indicativos de que no se celebrará Debemos analizar dos situaciones:

- a) Una primera, según la cual, por ocurrir un hecho posterior a las capitulaciones el cumplimiento de la condición se torna imposible, es este supuesto la condición se entenderá fallida y las capitulaciones caducan. Tal sería el caso en que uno de los desposados ligados con capitulaciones se casare con persona distinta de con quien las celebró; la incertidumbre del acaecimiento de la condición ha cesado, al celebrarse el matrimonio y aquella se torna fallida; las capitulaciones caducan si se disuelve el matrimonio ya celebrado y el cónyuge viudo o divorciado contrae nuevo matrimonio con quien se hallaba inmediatamente vinculado con capitulaciones matrimoniales; estas no adquieren vigencia por cuanto han caducado, y mal po-

dría exigirse el cumplimiento de una obligación con fundamento en capitulaciones que han caducado. Lo propio ocurría con aquel desposado que después de celebradas las capitulaciones pasara al estado religioso con ordenes sagradas o votos simples o solemnes; por tal hecho las capitulaciones caducan, y mal podría solicitarse su exigibilidad ante matrimonio posterior de quienes anteriormente las habían celebrado.

- b) Una segunda situación se puede presentar cuando no se aplaza la celebración del matrimonio, y no ocurre ningún hecho indicativo de haber fallida la condición vale decir, el matrimonio: la validez de las obligaciones contenidas en las capitulaciones matrimoniales se someterán a las normas comunes de la prescripción extintiva.

4. Se circuncriben a aspectos económicos del matrimonio.

Quiero ello decir que las capitulaciones matrimoniales sólo pueden tener por objeto el cambio de sustancial del régimen de la sociedad conyugal. Y el legislador es quien se encarga de señalar en la misma definición de las capitulaciones el criterio que se debe seguir sobre este particular, cuando dispone de manera expresa que deben referirse "a los bienes que apor

a él y a las donaciones y concesiones que se quietan hacer el uno al otro de presente o de futuro.

5. Las capitulaciones matrimoniales han de preceder al matrimonio (art. 1.771). Sin embargo, a partir de la ley 1a. de 1.976 los cónyuges pueden de común acuerdo disolver y liquidar la sociedad conyugal (ley 1a. de 1.976 art. 25), con lo cual quedan separados de bienes.
6. La inmutabilidad de las capitulaciones. Una vez celebrado el matrimonio, el art. 1.778 del C.C. dice que no podrán alterarse "aún con el consentimiento de todas las personas que intervinieron en ellas".
7. Las capitulaciones son un acto solemne (art. 1.772), este punto lo estaremos explicando con más detalle más adelante.

3.3 PARTES DE QUE CONSTAN

Las capitulaciones matrimoniales constan de dos partes:
Una declarativa y otra constitutiva.

Según el art. 1.780, la primera parte se refiere al inventa

rio o designación de los bienes que los esposos aportan al matrimonio con la expresión de su valor y una razón circunstanciada de las deudas de cada uno. Cualquier omisión o inexactitud en que se incurra en la relación de los bienes según el mismo artículo, no anula las capitulaciones, pero el notario ante quien se otorguen hará saber a las partes la disposición precedente y lo mencionará en la escritura, bajo la pena que por su negligencia le imponga las leyes. La segunda parte constituye propiamente lo esencial de las capitulaciones; contiene las convenciones acerca de las modificaciones que los futuros contrayentes han acordado introducir al régimen legal, pero conservando lo esencial de la sociedad conyugal.

3.4 REQUISITOS

Los requisitos de las convenciones matrimoniales se justifican de una parte, en razón de su importancia y de su duración; de otra, por su complejidad, y así mismo por el vínculo que las une con el matrimonio. Estos requisitos de validez se relacionan con el fondo y con la forma.

3.4.1 Requisitos particulares de fondo

a) El consentimiento: en cuanto a la declaración de volun-



tad de los futuros cónyuges, deben aplicarse las reglas genéricas de todo contrato (C.C. arts. 1.508 a 1.516), con la excepción legal respecto de la capacidad (C.C. art. 1.777), y no las normas especiales que rigen el matrimonio.

Esto quiere decir que el consentimiento debe ser dado libremente y debe estar exento de vicios como son el error, la fuerza y el dolo. Como se puede ver, existen algunas diferencias entre los vicios del consentimiento en materia de matrimonio y en materia de capitulaciones matrimoniales por ser las capitulaciones matrimoniales accesorias del matrimonio, hay que concluir con ello que le serían aplicable las mismas reglas sobre vicios de consentimiento, especialmente sobre dolo. Según la doctrina francesa eso sería ir muy lejos, si el legislador ha querido restringir los vicios del consentimiento en la esfera del matrimonio (el dolo no vicia el consentimiento en este contrato) ha sido por razón de los graves inconvenientes que entraña la nulidad de la unión conyugal; los inconvenientes de la nulidad de las capitulaciones matrimoniales son menores: los esposos siguen casados, pero bajo el régimen legal. Por lo tanto, se aplicará la teoría general de los vicios del consentimiento.

En cuanto a la emisión del consentimiento por medio de man-

ceptadas por ella. Ese rigor apróxima las reglas de las capitulaciones matrimoniales a las del matrimonio, donde el consentimiento debe ser expresado por los futuros esposos en persona".

Nuestra opinión es la que es posible celebrar capitulaciones matrimoniales a través de un mandatario, siempre que ese poder sea especial, auténtico y contenga las cláusulas de las capitulaciones, acogiendo de esa manera la posición del Dr. Valencia Zea y encontrando acertadas las razones que expone la jurisprudencia francesa.

Por otra parte, el consentimiento debe darse con anterioridad al matrimonio. Si los futuros esposos se casaran antes de haber consentido en sus capitulaciones matrimoniales se encontrarían sometidos el régimen de la sociedad conyugal que regula la legislación civil.

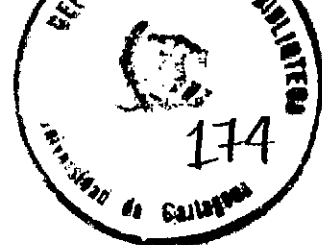
b) La capacidad. Si se tiene en cuenta sobre el particular que:

- 1) Las partes, en todo contacto, deben ser legalmente capaces (C.C. art. 1.502).
- 2) Sólo los mayores de 18 años pueden contraer matrimonio libremente (c.c. arts. 116 y 117).

- 3) El varón menor de 14 años ni la mujer menor de 12 años, pueden contraer matrimonio.

Si impone determinar la capacidad para celebrar válidamente capitulaciones matrimoniales. Tradicionalmente se ha aceptado que la capacidad para celebrar capitulaciones matrimoniales se rige por las mismas reglas de la capacidad para celebrar matrimonio, de modo que las personas capaces para casarse lo son también para casarse lo son también para efectuar la capitulaciones. Dicha regla fue enunciada con el aforismo *habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia*. El art. 1.777 del C.C. la anuncia 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 demosnos las que tengan por objeto renunciar los gananciales, o enajenar bienes raíces, o gravarlos con hipoteca o servidumbre. 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 la autorización de su curador para las capitulaciones matrimoniales, y en los demás estará sujeto a las mismas reglas que el menor".

Conforme a esta regla, resultan:



Los mayores de 18 años. Que no se encuentren en prodigalidad, disipación o enajenación mental, con plena capacidad para celebrar capitulaciones matrimoniales, siempre que ellas no contengan estipulaciones contrarias a las leyes ni a las buenas costumbres o vayan en detrimento de los derechos y obligaciones establecidos por la ley, para los cónyuges entre sí o para con los descendientes comunes (C.C. art. 1.773).

Aquellas estipulaciones las pueden hacer: Los cónyuges por sí mismos o por intermedio de apoderados. No es posible hacerlas a través de la agencia oficiosa. (C.C. arts. 1.506, 1.507), por cuanto este contrato cabe clasificarlo dentro de los personalísimos y corresponde a los esposos hacer aquellas manifestaciones en forma expresa y directa.

Los menores de 18 años. E incapaces sólo en razón de la edad. Para quienes la ley hace una excepción y los habilita, parcialmente, para que personalmente aparezca en las capitulaciones, haciendo todas las estipulaciones de que sería capaz si fuere mayor, desde luego, con la aprobación de quien se requiere el consentimiento para el matrimonio (C.C. art. 1.777), pudiendo ser persona distinta del representante legal del menor. Puede, también, el menor en las capitulaciones matrimoniales, renunciar a los gananciales, e-

najenar bienes raíces o gravarlos, no obstante, para la validez y plena efectividad de las estipulaciones de ésta es tirpe, requiere de la autorización judicial, mientras permanezca en incapacidad por razón de la edad.

Como se puede ver, la ley aplica para estas personas la máxima *habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia*, vale decir, que las personas capaces para contraer matrimonio tienen capacidad para celebrar capitulaciones matrimoniales.

Los incapaces -o pupilos- mayores de 18 años. O sean los afectados de incapacidad por demencia, prodigalidad o disipación, también pueden celebrar capitulaciones matrimoniales, sólo que requieren de la autoridad de su curador, quedando en lo demás sujetos a las mismas limitaciones y reglas que se imponen al menor de 18 años.

En este punto, la ley colombiana se separa en gran parte del sistema francés aplicando la máxima *habilis ad pacta nuptialia*.

Los varones de 14 y las mujeres menores de 12 años. Carecen en toda capacidad para celebrar capitulaciones matrimoniales, por cuanto carecen de capacidad para contraer matrimonio.

Conforme al Código Civil, los mayores de 18 años -no afectados de causal de incapacidad-, reciben tratamiento acorde con su propia persona, su patrimonio y su medio, reflejados en su propia voluntad, siempre que sea respetuoso de la ley y de las buenas costumbres, y que a su vez, la ley respeta. No ocurre lo propio respecto de los menores de 18 años y los pupilos -o mayores afectados de incapacidad-, a quienes el código autoriza para estipular como si fueran mayores, bajo la sola aprobación de quien debe emitir el consentimiento para el matrimonio -o de su curador-, de quien no exige responsabilidad alguna, o ya mediante la autorización del juez quien, se presupone, decide con conocimiento de causa y no respecto de actos que no le afectan ni conoce. Sin embargo: esta última dicotomía resulta más aparente que real en virtud de que las capitulaciones matrimoniales sólo son susceptibles de celebración antes del matrimonio y los menores gozan de capacidad para contraerlo, o sea que la ley no puede privar de un derecho a quien goza de la facultad de generarlo; *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*, cuidando, eso sí, la misma ley que el menor capitulante esté asesorando -y recibe la aprobación del llamado a emitir su concepto para el matrimonio -o del juez-, en quienes presume la máxima responsabilidad y quienes lo mejor y lo más adecuado para sus pupilos y autorizados.

c) La causa. Para algunos doctrinales la causa de las capitulaciones matrimoniales es la mera liberalidad de los esposos, para otros, estriba en la celebración y o existencia del matrimonio; pues, como contrato accesorio que es, depende en todo del matrimonio y por cuanto en ellas "se entiende la condición de celebrarse o haberse celebrado el matrimonio" (C.C. art. 1.845, inc. 2º). Por otra parte la nulidad de las capitulaciones matrimoniales, no afectan en nada al matrimonio -en cuanto se haya celebrado- (C.C. art 1.499) y en tal caso, el régimen matrimonial se rige por la ley y no por las capitulaciones.

La caducidad, la revocatoria, la resolución o la rescisión de las capitulaciones matrimoniales surten sus efectos, respecto de las estipulaciones puramente patrimoniales y dejan vigentes las de naturaleza distintas en ellas se hicieron v. gr. si se refieren al reconocimiento de hijos extramatrimoniales.

d) El objeto. Las capitulaciones matrimoniales tienen por objeto regular el régimen de los bienes, presentes y los que durante el matrimonio tengan como de su propiedad los capitulantes. Dentro de éste objetivo, pueden estipular:

1) El inventario. Activos y pasivos (C.C.art. 472) o sean los bienes que aportan al matrimonio, con expresión de

sus valores y la razón justificada o circunstanciada de las deudas de cada uno (C.C. art. 1.780).

Esta estipulación constituye la base de la sociedad conyugal, por cuanto: entre los bienes que integran el haber de aquella, se cuentan los bienes muebles que los esposos aportan al matrimonio -y de los inmuebles que la mujer aporta, debidamente apreciados para que la sociedad le restituya su valor en dinero-, y como la sociedad queda obligada a restituir el valor que estos tuvieren al momento del aporte (C.C. art. 1.781, arts. 4º y 6º), así como a pagar las deudas personales de cada cónyuge, quedando el deudor obligado a compensarle lo que invierta en ello (C.C. art. 1.796, nrl. 3º y, como quiera que la confesión de los cónyuges no es prueba de lo que que cada uno le corresponde (C.C. art. 1.985, inc 2º), el valor que deba y el que le adeudan a la sociedad conyugal -en el momento de su liquidación-, es el valor dado en capitulaciones matrimoniales.

- 2) Las donaciones y concesiones. Del uno al otro, de presente o de futuro, sin que para ello sea necesario insinuación ni documento adicional -diferente a las capitulaciones- y a las que se aplican las siguientes reglas:
Cuantía. Las donaciones entre cónyuges -y en razón del matrimonio, no pueden ser superiores al valor de la cuarta parte de los bienes de propiedad del cónyuges que los



aporte (C.C. art. 1.844); Plazo. Estado donaciones pueden hacerse bajo cualquier plazo, condición o estipulación lícita (C.C. art. 1.845).

Revocabilidad. Son revocables -por el cónyuge inocente si se disuelve el matrimonio ante de consumarse, por hecho o culpa de uno de los cónyuges inocente-, si se disuelve el matrimonio antes de consumarse, por hecho o culpa de uno de los cónyuges (C.C. art. 1.848).

Más adelante estaremos estudiando en detalle las donaciones por causa del matrimonio.

- 3) La renuncia a los gananciales. Siempre que sean capaces los cónyuges pueden, en las capitulaciones matrimoniales, renunciar, en forma total o parcial, a los gananciales, que resulten a su favor en la liquidación de la sociedad conyugal.-sin perjuicio de terceros- (D. 2820 de 1.974, art. 61); en cuanto sean incapaces -bien los cónyuges o sus herederos renunciantes- ésta estipulación debe hacerse con autorización judicial (D. 2820 de 1.974, art, 64).

Aquella renuncia -entendida como de un interés puramente individual (c.c. art. 15)-, es susceptible de que la hagan los cónyuges, bien antes de celebrado el matrimonio o ya despupes de su disolución (por muerte, real o

presunta, por divorcio o declaración de nulidad) (C.C. art. 1.820), sin que sea posible hacerla durante la vigencia del mismo, en razón de que actos o contratos de esta naturaleza -entre cónyuges- con consideraciones nullos (C.C. art. 1.852 y Ley 28 de 1.932, art. 3°).

Aquella renuncia hecha por los cónyuges acarrea como consecuencia:

No suprime ni anula la sociedad conyugal, la cual subsiste (C.C. art. 1.777).

La mujer que renuncia conserva sus derechos y obligaciones dentro de las recompensas e indemnizaciones (C.C. art. 1.796, 1.827 y 1.834).

La sociedad conyugal no se afecta en su haber ni en sus gananciales; estos últimos pasan al cónyuge no renunciante o a sus herederos (C.C. arts. 1.781 y 1.796).

La renuncia de los gananciales -como contrato en capitulaciones, o como acto, luego de disuelto el matrimonio, puede anularse o rescindirse, conforme a los principios generales sobre la materia (C.C. art. 1.740).

- 4) La suma de libre disposición. La mujer -mediante contrato matrimonial-, podrá disponer libremente, de una suma determinada de dinero o pensión periódica.

Esta estipulación surte los mismos efectos que la separación parcial de bienes y el pago de dicha suma o pensión periódica serán de cargo de la sociedad conyugal (C.C. art. 1.976) y es estipulación que constituye excepción al sistema ordinaria, según el cual, cada cónyuge, durante el matrimonio, tiene libre administración y disposición de los bienes que tenían y de los que adquiriera durante el matrimonio (C.C. art. 1.776 inc. 2°).

5. La separación de bienes. Conforme a la regla del inc. 1° del art. 1.776 del C.C., pueden los esposos estipular los bienes propios que la mujer administrará con independencia del marido, para cuyo caso se aplicarán las reglas del Tit. IX, Cap. III del L 1°

Debe considerarse que esta regla se encuentra derogada por el art. 1° de la ley 28 de 1.932, puesto que durante el matrimonio, cada cónyuge tiene la libre administración e incluso, disposición, tanto de los bienes que tenía al momento del matrimonio, como de los que adquiriera durante él. Por consiguiente, no tiene para qué reservarse la mujer la administración de parte de sus bienes, pues por la ley la posee.

6. Los muebles que eximen de la sociedad. Pueden los cónyuges determinar en las capitulaciones o en una lista fir-

mada por los cónyuges y por tres testigos domiciliados en el territorio, las especies muebles, que eximen de la comunidad (C.C. art. 1.781, nrl. 4º ins. 2º).

7. Las inmuebles que entran en la sociedad conyugal
Si los cónyuges estipulan que alguno o algunos de los inmuebles que posee al momento del matrimonio pasen a la comunidad, deben hacerlo en las capitulaciones matrimoniales y en ellas estipular su valor para que la sociedad quede obligada a restituirlo en dinero (C.C. arts. 1.777 y 1.781, nrl. 6º)

8. Los valores destinados a la compra de algún objeto.
Cuando en las capitulaciones se determinan valores propios de uno de los cónyuges para la compra de una cosa, éste objeto, así adquirido, sigue siendo de propiedad del cónyuge de quien eran los fondos destinados a tal fin. (C.C. arts. 1.783, nrl, 2º y 1.789).

3.4.2 Requisitos particulares de forma

De igual manera que el matrimonio, las capitulaciones matrimoniales son un acto solemne. Pero las formalidades impuestas son diferentes. Las capitulaciones matrimoniales deben otorgarse ante notarios: el art. 1.772 del C.C. dice:

"Las capitulaciones matrimoniales se otorgarán por escritura pública", es decir, ante un notario (salvo la excepción que trae este mismo art. de la cual también hablaremos).

Por lo tanto, el simple consentimiento de las partes contratantes no podría ser suficiente.

Esa necesidad de la intervención de un notario que se desprende de la exigencia de escritura pública se halla justificada: Se precisa, para asegurar la inmutabilidad de las convenciones otorgadas, que sus disposiciones no pueden ser alteradas luego, por los futuros esposos, lo cual seguiría siendo posible si las capitulaciones se consignaran en un documento privado.

Se exige la presencia de los futuros esposos y de las personas cuyo consentimiento se requiere la forma en que se deben otorgar las capitulaciones matrimoniales está regulada por el art. 1.772 que a la letra dice:

"Las capitulaciones matrimoniales se otorgarpan por escritura pública: pero cuando no asciendan a más de mil pesos los bienes aportados al matrimonio por ambos esposos juntamente y en las capitulaciones matrimoniales no se constituyen derechos sobre bienes raíces, bastará que consten en escrituras, firmada por las partes y por tres testigos domi

ciliados en el territorio. De otra manera no valdrán". De este art. se desprende que para que sean válidas las capitulaciones matrimoniales deben constar :

a) En escritura pública. Común u ordinaria, otorgada con las formalidades relativas a cualquier otro contrato que la exija -la que debe inscribirse en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados, de aquella estipulación contiene sobre bienes raíces, D.1250 de 1.970, art. 2º, constituyendo, dicha escritura, garantía suficiente, tanto entre los cónyuges como respecto de terceros (C.C. art. 1.760), terceros que por lo general, carecen o tienen difícil acceso a la información de la existencia y contenido de las capitulaciones matrimoniales, que, a su vez, son modificatorias del régimen legal de sociedad conyugal. Al mismo tiempo, aquella escritura es prueba suficiente de la existencia y contenido de las capitulaciones, en razón de que la profesión de los cónyuges no constituye prueba alguna en relación con aquella (C.C. art. 1.769), las que tampoco permiten prueba testimonial (como se infiere del inc. 1º del art. 1.766 y nr1. 4º del art. 1.781 del C.C.).

b) En escritura o documento privado. Firmado por los esposos y por tres testigos, mayores de edad y domiciliados

en territorio del Estado Colombiano -Ley 153/87, art. 2º documento que puede oponerse a terceros a partir de cualquiera de los hechos que los hacen público (desde el día del fallecimiento de alguno de los esposos firmantes, o desde que ha sido inscrito en un registro público, o se ha aportado a un proceso judicial o en que algún funcionario competente haya tomado nota o razón de él, o desde que se haya sucedido algún hecho que le permita al juez adquirir certeza de su existencia, art. 280 del C. de P.C.).

Este documento puede ser otorgado y válido en cuanto en las capitulaciones matrimoniales:

- 1) Los bienes aportados por los esposos, conjuntamente, no sumen o sobrepasan en su cuantía o valor, los mil pesos. Pese a que no se ha incrementado aquella cuantía del C. Civil, debe entenderse que se trata del valor de mil pesos oro, pue el Código lo determinó y hoy existen claras normas sobre la materia en idéntico sentido.
- 2) No se constituyan derechos sobre bienes raíces, c.gr. enajenación o venta, servidumbre o gravamen alguno (C.C. art. 1.781, nr1. 6º).

En cuanro a la época en que han de celebrarse las capitula

ciones matrimoniales, el art. 1.771 señala que ellas han de proceder al matrimonio. Sin embargo, a partir de la ley 1° de 1.976 los cónyuges pueden de común acuerdo disolver y liquidar la sociedad conyugal (ley 1a. de 1.976, art. 25), con lo cual quedan separados de bienes.

3.5 LA FIGURA DEL ART. 1820 ord. 5° (Según la redacción de la ley 1a. de 1.976, art. 25).

El art. 1.820 ordinal 5° (red, ley 1a. /76) es una figura especialísima dentro del ordenamiento sobre el régimen de bienes en el matrimonio. Consiste esta figura, en la facultad que tienen los esposos durante el matrimonio para disolver y liquidar la sociedad conyugal adoptando un régimen de separación de bienes por medio de escritura pública. Esta figura creada por la ley 1a. de 1.976, va a tener estas implicaciones con respecto a los principios que gobiernan las capitulaciones matrimoniales.

1. Las capitulaciones sólo pueden celebrarse antes del matrimonio (art. 1.771). Pero las cónyuges a partir de 1976 tienen la posibilidad de adoptar un régimen de separación de bienes durante el matrimonio haciendo uso de la figura del art. 1.820 ord. 5°

2. Las capitulaciones matrimoniales a partir de la celebra-

ción del matrimonio son inmutables e irrevocables. Pero los cónyuges a partir de 1.976 pueden modificar su régimen de bienes adoptando el de separación durante el matrimonio, por medio del ejercicio de la facultad que la brinda la figura jurídica consagrada en el art. 1.820 ord. 5°

Como se puede ver, la figura del art. 1.820 ord. 5° introducida en nuestra legislación por el art. 25 de la ley 1a. de 1.976, rompe con el sistema normativo que organiza a las capitulaciones matrimoniales, por esa razón preferimos estudiarla de manera especial en este aparte. Haciendo la advertencia de que cuando se esten estudiando los principios de la inmutabilidad e irrevocabilidad de las capitulaciones matrimoniales debe tenerse en cuenta esta norma de carácter excepcional.

3.6 INMUTABILIDAD DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

Una vez celebrado el matrimonio, el art. 1.778 del C.C. dice que no podrán alterarse "aun con el consentimiento de todas las personas que intervinieron en ellas".

Antes de celebrado el matrimonio las capitulaciones pueden ser alteradas: Celebradas las capitulaciones matrimoniales y otorgada la escritura pública o el documento privado, los

esposos aún pueden ampliarlas o modificarlas, pero, para que tenga validez -dicha reforma o ampliación-, tanto respecto de los cónyuges como de terceros, es indispensable que éstas se realicen:

1. Mediante escritura pública -si las ampliadas o modificaciones lo fueron por este medio. Tal escritura debe otorgarse y perfeccionarse antes de celebrado el matrimonio. Esto en razón de que una vez celebrado el matrimonio, ningún documento o variación que de ellas se haga -ni la misma estipulación de que las capitulaciones surtan efectos antes o después del matrimonio-, tienen efecto o valor alguno (C.C. art. 1.777, inc. 2° y 1.778).

2. Observar las mismas solemnidades que se puntualizaron y que fueron sometidas las capitulaciones objeto de modificación o ampliación (C.C. art. 1.779, inc. 2°), a menos que se cambie de documento privado a escritura pública.

En cuanto se omita una o todas aquellas formalidades, la ampliación o reforma no tiene valor alguno.

3. La inserción, al margen de la primera escritura pública de un extracto o minuta de las modificaciones, en tal forma que los terceros puedan tener conocimiento suficiente de la totalidad del contrato matrimonial o de las



capitulaciones.

Las capitulaciones realizadas por escritura pública, no pueden ser reformadas o modificadas por documento privado, puesto que de dicho documento privado no puede el notario hacer extracto o inserción al margen de la escritura inicial o primitivo contrato (C.C. art. 1.776 y art. 1.779, inc. 2°).

En cuanto a las reformas o adiciones de las capitulaciones se realicen antes de protocolizarse la escritura pública, bien puede ampliarse ésta o determinar -en la misma- que el documento privado que conlleva las modificaciones haga parte de la escritura en cuestión.

4. En cuanto se trate de capitulaciones matrimoniales, inicialmente otorgadas mediante documento privado, para que su reforma o variación tenga validez, es necesario que, antes del matrimonio, se haga público el documento que contenga las modificaciones o variaciones, y que se observen las mismas formalidades o solemnidades que se acogieron para las iniciales.

3.7 PUBLICIDAD DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

Por regular las capitulaciones matrimoniales, en el terreno

patrimonial, la situación de los esposos durante el transcurso del matrimonio, es indispensable que los terceros tengan conocimiento de aquellas. Dicen los hermanos Mazeaud en sus "Lecciones de Derecho Civil: "Es necesario conocer el régimen patrimonial de las personas con las que se contrata; la seguridad del comercio jurídico exige, pues una publicidad de las capitulaciones matrimoniales. Los terceros ante la ignorancia del régimen matrimonial de la persona con la que contratan, correrían el riesgo de concertar un acto nulo: la otra parte contratante puede haber sido privada, por su régimen, de la propiedad de los bienes que constituyen el objeto de la convención y de los poderes necesarios para concertarla. Por otro lado, los acreedores tienen necesidad, antes de obligarse, de conocer los bienes que podrán embargar; el régimen adoptado puede hacer que varíe el contenido de esa garantía. La seguridad del comercio jurídico impone, pues, una publicidad de las capitulaciones matrimoniales".

Aunque en Francia la publicidad de las capitulaciones matrimoniales esta organizada en una forma bastante eficiente debido a las amplias facultades que tienen los futuros cónyuges al momento de celebrarlas, no se justifica, sin embargo que los medios de publicidad de las capitulaciones matrimoniales no se encuentren expresamente regulados en la legis-

lación Colombiana. A pesar de esto, debe entenderse que las capitulaciones matrimoniales se hacen públicas cuando figuran inscritas en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados respecto de bienes raíces - o también mediante la anotación marginal, en la partida civil de matrimonio o en la partida de registro civil, -pues éste debe ser un acto que debe inscribirse, como se hace con elavencindamiento o la emancipación.

3.8 VIGENCIA DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

Sabido es que hasta antes de celebrado el matrimonio, los esposos pueden: estipular las capitulaciones matrimoniales -con las limitaciones al efecto previstas por la ley y reformarlas o revocarlas, bajo las reglas ya indicadas. Si el matrimonio no se celebra, las capitulaciones que se hubieren estipulado caducan y no surten efecto alguno, aun que no se revoquen expresamente ya que, por su naturaleza -de contrato accesorio-. queda en todo sujeto a la vida y existencia del matrimonio.

Celebrando como sea el matrimonio, desde el mismo momento tienen vigencia las capitulaciones matrimoniales -hacia el futuro-, y desde el momento de su vigencia no pueden modificarse por los conyuges, en forma alguna, por impedimento y mandato expreso de la ley (C.C. art. 1.778 y Ley 28/

32, art. 3o.), sin embargo y como excepción se presentan o pueden darse los siguientes fenómenos que influyen en la vigencia o eficiencia de las capitulaciones: la vigencia retroactiva, la nulidad convencional, la inexistencia y la nulidad del negocio jurídico.

A continuación estudiaremos cada una de estos fenómenos jurídicos que influyen en la vigencia y eficiencia de las capitulaciones matrimoniales, agregando otra, que se pueden presentar antes de celebrado el matrimonio y a la cual ya mencionamos: la caducidad.

3.8.1 Vigencia retroactiva

Las capitulaciones tienen vigencia retroactiva al momento de su celebración y otorgamiento; cuando las circunstancias así lo impongan, en orden a favorecer tanto a los cónyuges -o esposos- como a terceros v. gr. cuando se han pactado donaciones -que se entienden hechas antes del matrimonio-, la propiedad de los bienes objeto de aquellas se entiende transpadasa, y de ella será titular el esposo beneficiario, desde el momento de la celebración de las capitulaciones matrimoniales y no desde el día del matrimonio -a menos que se haya pactado el retardo de la transmisión de la propiedad de dicho bien-, o cuando se han previsto valores destinados a la compra de algún objeto y en el término transcu

rido entre la celebración de las capitulaciones y la celebración del matrimonio, se han convertido dichos valores -con o sin la adquisición de los objetos previstos.

3.8.2 Nulidad convencional

El art. 1.820 ord. 5º faculta a los cónyuges para que durante el matrimonio puedan modificar su régimen matrimonial de comunidad por el de separación de bienes, pudiendo así revocar la capitulación matrimonial que hubiera podido así revocar la capitulación matrimonial que hubiera podido venir rigiendo hasta ese momento (sobre el art. 1.820 ord. 5º ver aparte E.).

3.8.3 La caducidad

Cuando las capitulaciones matrimoniales se celebran antes del matrimonio y en consideración a él, jamás un hombre y una mujer podrán regirse por dichas capitulaciones sin haber contraído matrimonio, o sea, que la eficacia de ellas se condiciona a la celebración válida de las nupcias. Por lo tanto, la falta de celebración del matrimonio conduce a la caducidad de las capitulaciones, no obstante que éstas sean intrínsecas válidas, puesto que sin el matrimonio no pueden producir efectos, esto es, cadu

can.

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

Caducan sin lugar a dudas cuando uno de los futuros contrayentes deshace su compromiso y contrae matrimonio con una persona diferente, y también cuando muere o cae en incapacidad matrimonial.

La caducidad es dudosa 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 efecto las capitulaciones válidamente celebradas y no resueltas?

La jurisprudencia francesa enseña a este respecto 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 o motivos existentes en un principio para pactar determinado régimen patrimonial hayan desa-

parecido posteriormente, y en esta forma nos hallamos ante un caso de caducidad; pero si las causas mencionadas no han sufrido variación importante, no habrá caducidad.

3.8.4 La inexistencia

Según el Dr. Arturo Valencia Zea son inexistentes:

a) Las capitulaciones celebradas por personas diferentes a los conyuges; las antiguas costumbres francesas daban validez a las capitulaciones celebradas por los padres de los futuros contrayentes, pero esta práctica quedó suprimida a partir de la vigencia del código de 1.804. En Colombia jamás tuvo aceptación.

b) Las celebradas por documento privado

Dentro del sistema del código civil eran inexistentes las capitulaciones pactadas despupes de la celebración del matrimonio; pero a partir de la ley 1a. de 1.976 se autorizó a los cónyuges para disolver la sociedad conyugal por mutuo consentimiento elevado a Escritura Pública (C.C. art. 1.820).

3.8.5 La nulidad



Se habla de nulidad de las capitulaciones en el mismo sentido en que se emplea dicho término 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 capitulaciones se aplica el derecho común. Así, los vicios del consentimiento o la falta de capacidad en los menores adultos dan origen a una nulidad relativa; en cambio, las estipulaciones cuyo objeto es ilícito, por ser contrario al orden público o a las buenas costumbres, o que emanen de incapaces absolutos producen nulidad absoluta.

La doctrina francesa sostiene que en materia de capitulaciones no cabe distinguir entre nulidades absolutas y relativas, y que cualquier nulidad en estos pactos siempre es absoluta. De ahí que los cónyuges no pueden convalidar el pacto matrimonial en razón de vicios del consentimiento. Suele decirse que al facultar a los conyuges para convalidar las capitulaciones, equivalentes a quitarle fijeza y seriedad al pacto, y se agrega que ello se opone al principio de la inmutabilidad.

En nuestro derecho la nulidad puede ser total o par-

cial: Es total cuando las capitulaciones se anulan en su totalidad (vicios del consentimiento, incapacidad); y es parcial cuando se anulan lagunas de las capitulaciones pero subsisten las capitulaciones en lo demás, como cuando alguna de las cláusulas es contraria al orden público, siendo lícitas las restantes.

Además, la nulidad de las capitulaciones puede tener su origen, ya sea en las mismas capitulaciones, que es el caso a que nos acabamos de referir, o como consecuencia de la nulidad del matrimonio, pues como las capitulaciones, son accesorias al matrimonio, la nulidad de éste repercute sobre aquellas.



4. PRINCIPALES TIPOS DE CONVENIOS MATRIMONIALES

Las capitulaciones matrimoniales son en esencia un reglamento de las relaciones económicas al cual se someten los cónyuges, y por ello deben establecer las normas respecto de los bienes que aportan al matrimonio, a la situación de los que adquieran durante él, a la forma de administración, liquidación y reparto cuando el matrimonio se extinga, y las donaciones que quieran hacerse los cónyuges entre sí de presente o de futuro (C.C. Art.1.771).

En este capítulo nos referimos a los principales tipos de convenciones matrimoniales según el régimen que adopten para regular las relaciones patrimoniales entre los cónyuges. Es inmensa la variedad de convenciones matrimoniales por este aspecto, pero las importantes para nuestro orden jurídico son dos: El de la comunidad o sociedad conyugal y el de separación de bienes. Sobre el primero ya hablamos en el Capítulo II de este título y del segundo, separación de bienes, presentamos sus características esenciales al estudiar

el objeto de las capitulaciones presentamos los diferentes tipos de estipulaciones que los futuros cónyuges pueden establecer.

4.1 LIBERTAD PARA ESCOGER EL REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL

Los esposos no pueden escoger libremente el sistema matrimonial sino que deben optar por el de comunidad o el de separación de bienes. Después del matrimonio pueden disolver la sociedad conyugal por mutuo acuerdo y mediante escritura pública. Así los cónyuges, dentro del sistema del Código, "no pueden pactar que los bienes que se adquirieran a título oneroso durante el matrimonio no pertenecerán a la sociedad conyugal. El Código en vez de facultar, como otras legislaciones, a los esposos para convenir el régimen que más les agrade, les impuso obligatoriamente el de la comunidad con la sola limitación del artículo 1.776 -separación de bienes- (Sentencia Diciembre 15/76).

En otras palabras, podemos decir que la libertad de los esposos para escoger el régimen económico matrimonial está limitado a las dos opciones ya dichas. Pero esta limitación para celebrar pactos matrimoniales de bienes no es la única. También tiene las limitaciones que indica el Art. 16 del C. C., esto es, el orden público y las buenas costumbres, regla

que también rige con respecto a las capitulaciones, según lo prescrito por el Art.1.775. De allí surgen limitaciones a la libertad convencional de los esposos, en dos sentidos principales: en cuanto a la plena capacidad de la mujer, y en cuanto a las obligaciones de los cónyuges entre sí y con sus hijos.

a. Primera clase de limitaciones. El régimen establecido por el Código, según el cual la administración de los bienes de la sociedad conyugal o los de la mujer le correspondían al marido, era consecuencia de éstos dos principios: la incapacidad civil de la mujer casada, y la jefatura de la sociedad conyugal a cargo del marido. Ahora bien, la ley 28 de 1932 suprimió estos dos postulados, al quitarle al marido la jefatura de la sociedad conyugal, (Art. 1°) y al otorgarle a la mujer casada mayor de edad capacidad civil (Art. 5°). Esto no puede ser desconocido en las capitulaciones, en consecuencia, no puede derogarse la regla general según la cual cada cónyuge tiene la libre administración y dispone libremente de los bienes que posea en el momento del matrimonio y de los que adquiera durante la sociedad por cualquier título.

b. Limitaciones basadas en las reglas del derecho de fa

lia. Por otra parte, el régimen económico matrimonial que adopten los esposos por medio de las capitulaciones matrimoniales no pueden desconocer las reglas del derecho de familia que regulan las relaciones de orden personal entre los cónyuges y entre los hijos comunes, ya que dichas relaciones las rigen normas dictadas por motivos de orden público.

En consecuencia los cónyuges no pueden pactar en las capitulaciones matrimoniales :

- 0.1 Que la mujer ejerza la potestad parental sobre unos hijos y el marido sobre otros, ya que dicha institución fue creada por motivos de orden público y debe ser ejercida conjuntamente por ambos cónyuges, excepto en los casos indicados por la ley.
- 0.2 Que no queden obligaciones entre los cónyuges de socorrerse mutuamente en todas las circunstancias de la vida, o que no exista la obligación de contribuir a los gastos del hogar, a la educación y crianza de los hijos, puesto que estas obligaciones se encuentran directamente reguladas por la ley, no pudiendo los cónyuges regularlas en forma diferente.

Digimos antes que los futuros cónyuges pueden pactar el régimen de separación de bienes, pero debe advertirse que

no obstante, subsisten ciertas normas imperativas, que hasta cierto punto restringen la aplicación del régimen de separación en toda su plenitud. Ambos cónyuges deben socorrerse mutuamente y contribuir a los gastos del hogar; si solo uno de ellos tiene bienes deberá cumplir con dichas obligaciones.

4.2 COMBINACION DE LOS ANTERIORES RÉGIMENES DE SOCIEDAD CONYUGAL

Los cónyuges pueden escoger para regir sus relaciones patrimoniales cualquiera de los diferentes tipos de regímenes enunciados anteriormente, también pueden combinar las reglas de un sistema con las de otro.

En Colombia, es más empleado el régimen de gananciales con administración particular de cada cónyuge, pero este régimen puede dar lugar a injusticias, especialmente cuando uno de los cónyuges tiene bienes cuantiosos en el momento de contraer matrimonio y el otro carece de ellos, pues en este caso la regla del reparto de los frutos en dos partes iguales puede consituir un evidente enriquecimiento para el cónyuge pobre. Para que haya más justicia, se podrá entonces excluir, mediante capitulaciones, los frutos del

patrimonio poseído en el momento del matrimonio, es decir, limitar los gananciales únicamente.



5. DONACIONES POR CAUSA DE MATRIMONIO

5.1 NOCION

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 1.842 del Código Civil, las donaciones por causa de matrimonio son actos por los cuales un esposo transfiere gratuitamente al otro, antes de contraer matrimonio y en consideración a éste, una parte de sus bienes; así mismo, se comprenden dentro de esta clase de donación las que un tercero hace a cualquiera de los esposos antes o después de celebrarse el matrimonio, pero también en consideración a éste. En este sentido, la dote no es otra cosa que la antigua donation propter nuptias de los romanos.

La dote o donación por causa de matrimonio tiene dos fuentes: en primer lugar, el tercero que hace una donación a los cónyuges o a uno de ellos, antes del matrimonio o después de su celebración, pero en todo caso en consideración a él, y en segundo término, los cónyuges mismos que se ha

cen donaciones entre sí antes de la celebración del matrimonio y en consideración a él.

5.2 REGIMEN JURIDICO

Según expresa la disposición del Art. 1.843 del C.C. las donaciones por causa del matrimonio se sujetarán a las mismas normas que reglan las donaciones entre vivos o de presente, pero deberán constar además por Escritura Pública o por confesión de un tercero.

Quiere ello decir que el Art. 1.843 reafirma que las donaciones por causa de matrimonio reciben el mismo tratamiento que las donaciones entre vivos reglamentadas por el Título XIII del Libro 3° de Código Civil, salvo aquellas normas específicas que se refieran directamente a ellas. Por lo demás, la norma del artículo comentado impone como formalidad de aprobación el que consten en Escritura Pública cuyo registro debe cumplirse si se hacen recaer sobre derechos relacionados con bienes inmuebles (Art. 1.457) o cuando provengan de terceros; si se refieren a bienes muebles, bastará con la sola confesión del donante.

La norma general prevista en el Art. 1.458, consistente en que toda donación entre vivos debe insinuarse, no es apli

cable al caso de las donaciones entre cónyuges con causa de matrimonio, por expresa disposición del Art. 1.463, que dice : "Las donaciones que son los requisitos debidos se hagan los esposos uno al otro en capitulaciones matrimoniales, no requieren insinuación ni otra escritura pública que las mismas capitulaciones, cualquiera que sea la clase o el valor de las cosas donadas". Según esto, cuando el objeto de la donación es un bien inmueble, ingresa al patrimonio propio del cónyuge, pero si se trata de bienes muebles o simplemente dinero, ingresarán al haber relativo, tal como se dispone en los numerales 3° y 4° del Art. 1.781, y en el Art. 1.788 del C.C.

5.3 ESPECIE DE DONACIONES POR CAUSA DE MATRIMONIO

De la donación consagrada en el Art. 1.842 del Código fluyen dos categorías de donaciones con causa u ocasión del matrimonio :

1. Donaciones Provenientes de los Cónyuges

Estas donaciones solo pueden hacerse antes del matrimonio. La ley establece respecto a ellas, dos límites: uno en cuanto al tiempo y otro en relación con la cuantía.

En cuanto al tiempo, se dispone que toda donación entre

cónyugues debe hacerse antes del matrimonio, pues la ley para proteger los intereses de los terceros, prohíbe las donaciones irrevocables entre cónyugues (C.C. Art. 1.195 y 1.196, y ley 28 de 1932, Art. 3°). De ahí que las únicas donaciones que pueden hacerse los cónyugues entre sí son las revocables, esto es, por causa de muerte, por lo cual deben constar en testamento y solo tienen efecto después del fallecimiento del donante (C.C. Art. 1.194 y ss).

Respecto de la cuantía de los bienes, un cónyugue podrá hacer donación al otro, por causa de matrimonio, hasta por valor de la cuarta parte de los bienes que tuviere en el momento de contraer (C.C. Art. 1.844). La finalidad principal de esta limitación es proteger a los terceros.

2. Donaciones Provenientes de Terceros

Este tipo de donación con causa de matrimonio le permite al tercero donar los bienes a los cónyugues antes de celebrar el matrimonio o con posterioridad a él; pero, en consideración a su validez misma, el legislador no somete esta especie de donación a limitación alguna en su cuantía. Dicha donación debe insinuarse y en la escritura respectiva deberá expresarse la causa del matrimonio; de lo contrario, esto no se presume, salvo confesión de terce-



ros (Art. 1.843).

5.4 MODALIDADES DE LAS DONACIONES POR CAUSA DE MATRIMONIO

Estas donaciones pueden ser de presente o de futuro, y estar sujetas a plazo o condición. Lo primero lo establece el Art. 1.771 del C.C. y lo segundo el Art. 1.845.

Las donaciones por causa de matrimonio serán de presente cuando el donante promete y ejecuta la donación antes del matrimonio o en el momento de celebrarse, y serán de futuro cuando consisten en promesas de un cónyuge al otro antes del matrimonio, pero cuyo cumplimiento se realizará en fecha posterior a su celebración. Según lo dispuesto por Art.1.843 del C.- C., también pueden existir donaciones de futuro de parte de terceros para los cónyuges.

En virtud de lo previsto por el Art. 1.843 del C.C. estas donaciones deberán sujetarse a las mismas reglas que las donaciones de presente, y deberán constar por Escritura Pública o por confesión de tercero.

Además, la donación por causa de matrimonio puede sujetarse a plazo o condición, en virtud de lo dispuesto por el Art. 1.845; pero las condiciones ilícitas se tendrán como

escritas, es decir que la donación valdrá pura y simplemente.

En toda donación por causa de matrimonio se subentiende la condición de celebrarse o haberse celebrado (C.C. Art. 1.845 párrafo 2°), de ahí que sea resoluble la donación hecha a marido y mujer si estos no habían contraído matrimonio.

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 dicha condición. Empero el Código Civil Colombiano reaccionó contra esa costumbre al estatuir en su Art. 1.847 que "en las donaciones entre vivos (donaciones irrevocables) o asignaciones testamentarias (donaciones revocables) por causa del 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 prescribe".

Por consiguiente, la donación resolutoria impuesta por un tercero a la donación que hace a uno de los cónyuges para 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 con signado de manera expresa.

El Art. 1.848 se refiere a la devolución de donaciones en razón de no consumarse el matrimonio; pero este texto legal debe tenerse por no escrito, pues la legislación civil no consagra esas causales de disolución.

5.5 REVOCACION DE LAS DONACIONES

El Art. 1.846 dispone que una vez declarada la nulidad del matrimonio judicialmente, podrán revocarse todas las donaciones que por causa de él se hayan hecho.

Para que proceda la revocación se requieren las siguientes condiciones :

5.5.1 Que la donación hecha a los cónyuges conste en capitulaciones matrimoniales o por Escritura Pública, ya que no pueden revocarse las donaciones hechas por Escritura Privada ni las que no se hicieren constar en un escrito, según lo dispuesto por el párrafo 1º del Art. 1.846.

5.5.2 Que en las capitulaciones o en la Escritura Pública se haya expresado la causa de la donación, es decir que se

hacia por causa de matrimonio. Sin embargo, a este respecto conviene hacer la siguiente distinción :

- a. En las donaciones hechas a los cónyuges o a uno de ellos por un tercero, debe expresarse claramente en la Escritura Pública la causa del matrimonio, si no se expresare, la nulidad del matrimonio no tendrá eficacia sobre la validez de aquella;
- b. En las donaciones hechas por un cónyuge siempre se presume la causa de matrimonio, o sea que no es necesario expresar dicha causa (C.C.Art. 1.846, párrafo 2°).

En cuanto a la revocación de las donaciones por motivos tocantes a la buena o mala fe de los contrayentes deben tenerse en cuenta las siguientes observaciones :

- 1) En ningún caso puede revocarse las donaciones hechas por un cónyuge al otro si este contrajo matrimonio de buena fe, ya que así lo dispone con suficiente claridad el Art. 15 del Código; por lo tanto, el cónyuge de buena fe cuyo matrimonio fue declarado nulo, tiene derecho a retener definitivamente las condiciones que le fueron hechas por el otro cónyuge.
2. La acción revocatoria procede siempre contra el cónyu

que que contrajo matrimonio de mala fe.

3. Si las donaciones proceden de un tercero, este podrá revocarla y la acción revocatoria podrá instaurarse inclusive contra el cónyuge de buena fe, "cont tal de que de la donación y de su causa haya constancia por Escritura Pública" (C.C. Art. 1.846, párrafo 1°).
4. Los cónyuges que contrajeron matrimonio de mala fe, carecen de acción revocatoria (C.C. Art. 1.846 párrafo 3°).



6. MINUTA PARA CAPITULACIONES MATRIMONIALES

Minuta para elevar a Escritura Pública la convención sobre capitulaciones matrimoniales, celebrada por los futuros contrayentes antes de la celebración del matrimonio civil.

La acompañamos de algunas brevísimas explicaciones al final.

IDENTIFICACION Y COMPARENCIA. En la ciudad de..... departamento de..... República de Colombia, a losde.....de mil novecientos..... (19), ante mí.....Notario.....del Círculo de.....comparecieron el señor.....colombiano varón soltero, mayor de edad, y vecino de..... idéntificado con la cédula de ciudadanía número..... expedida en.....y, mujer soltera, colombiana mayor de edad, vecina de....., idéntificada con la cédula de ciudadanía número....., expedida en(1) y dijeron: PRIMERO. MATRIMONIO. Que los

comparecientes han acordado contraer entre sí matrimonio civil (o católico) en una fecha próxima. SEGUNDO. OBJETO. Que de acuerdo con lo establecido por los artículos 1.771 a 1.780 del C.C., celebran las capitulaciones matrimoniales objeto de esta escritura. TERCERO. BIENES QUE SE EXCLUYEN. Que excluyen de manera definitiva de la futura sociedad conyugal los bienes siguientes así :

A. BIENES PROPIOS DEL SEÑOR.....1.....
 (los inmuebles describirlos con sus linderos, título de adquisición, registro y precio)(2*).....2.....

Los muebles especificarlos. Sin son cuotas en sociedades citar escritura de constitución y registro mercantil). B.

BIENES PROPIOS DE LA SEÑORITA.....:1.....
 2.....CUARTO, SUBROGACIONES. Que excluyen de manera definitiva de la futura sociedad conyugal que formarán los comparecientes, los bienes que cada cónyugue adquiriera en subrogación de los descritos en la cláusula anterior. Si son inmuebles la subrogación constará en la respectiva escritura pública. Si son muebles la subrogación constará por escrito firmado por ambos cónyugues. QUINTO. PRODUCTO DEL TRABAJO PROPIO. Que también excluyen de la futura sociedad conyugal los bienes que en el futuro adquiriera cada cónyugue con el producto de su propio trabajo, siempre que de ello se deja constancia escrita firmada por ambos cónyugues. SEXTO. PASIVOS. Que los pasivos

que en la actualidad tiene cada uno de los comparecientes, seguirán a cargo de los deudores respectivos, y son: PASIVO DEL SEÑOR.....: 1.....2.....PASIVO DE LA SEÑORITA:....." 1.....2.....

SEPTIMO. APORTES. Que ingresarán a la futura sociedad con yugal los demás bienes actuales y futuros no excluidos. A. BIENES ACTUALES DEL SEÑOR.....: 1.sus efectos personales cuyo valor se estima en la suma de..... (\$.....).2.....B BIENES ACTUALES DE LA SEÑORITA1: sus efectos personales que se estiman en la suma de.....(\$.....)2.....

OCTAVO. OBLIGACIONES DE LA FUTURA SOCIEDAD CONYUGAL. Que la sociedad que se formará será responsable de los pasivos futuros que no fueren personales del marido o de la mujer, conforme al artículo 1.796 del C.C., modificado por el artículo 62 del Decreto 2820 de 1974. OTORGAMIENTO. Este instrumento fue leído en forma legal a los comparecientes quienes lo aprobaron por expresa voluntad. (3*).

FIRMAS: _____

FIRMA DEL NOTARIO: _____

.....

NOTAS GENERALES.

REQUISITOS DE FORMA. Las capitulaciones matrimoniales se extienden en Escritura Pública. Excepto cuando los bienes aportados al matrimonio por ambos esposos conjuntamente no ascienden a más de mil pesos, y no se constituyan derechos sobre bienes raíces. En este caso bastará que consten en escrito privado firmado por las partes y por tres testigos. Las capitulaciones con irrevocables desde el día de la celebración del matrimonio, y una vez celebrado no podrán alterarse, ni siquiera con el consentimiento de las personas que intervinieron en su otorgamiento.

El Notario ante quien se extiende la escritura de las capitulaciones hará saber a los comparecientes que deben designar los bienes que aportan al matrimonio, con expresión de su valor y una razón circunstanciada de las deudas de cada uno (ARTS. 1.772, 1778, 1.780, C.C.).

RECOMENDACIONES. En Colombia es excepcional la celebración de capitulaciones matrimoniales. Es aconsejable esta práctica entre futuros cónyuges para determinar el régimen de la sociedad conyugal de bienes. Con tales convenciones se evita que la liquidación de la sociedad un cónyuge tome ventajas indebidas sobre el otro.

LLAMADAS HECHAS EN LA MINUTA. (*)



(1*) IDENTIFICACION Y COMPARECENCIA.

a La Escritura Pública es el instrumento autorizado por el Notario previo cumplimiento de los requisitos legales, cuando se le requiere para ello y que se incorpora al protocolo para su guarda y conservación. Se celebran por Escritura Pública todos los actos y contratos de disposición o gravámen de bienes inmuebles y aquellos para los cuales la ley exija esta solemnidad (Art.12, D.L. 960/70).

En la legislación colombiana la escritura pública tiene una estructura fijada por la ley. Si bien el Notario responde de los aspectos formales de la escritura es conveniente que los contratantes u otorgantes por medio de sus abogados asesores presten la debida colaboración para que la escritura quede perfectamente estructurada. A todos les interesa ya que mediante la escritura pública se prueba o se constituye un hecho, un acto o un negocio jurídico de consecuencias importantes.

b. Los otorgantes de la escritura tienen una oportunidad para examinar la versión escrita de su declaración o contrato en el proceso de elaboración del instrumento

y antes de la firma de ellos y del Notario. Es en el momento del otorgamiento ya extendido. En dicha oportunidad deben atender cada uno de los siguientes.

- c. El encabezamiento o primera parte de la Escritura que en la minuta que en esta obra representamos se titula IDENTIFICACION Y COMPARECENCIA comprende, el lugar donde se otorga y el día, mes y año en que se realiza el instrumento. La fecha se unirá más tarde cuando se autorice la escritura con el número que cada escritura pública debe llevar. Es una numeración anual. La fecha es de suma significación ya que indica el momento en que nacen o se extinguen derechos u obligaciones y se escribe en letras y en cifras.

La descripción del lugar indicando el municipio, el departamento y el país. Permite saber si el Notario actúa dentro de límites territoriales de su jurisdicción. El nombre del Notario y la designación del Círculo de Notaría al que pertenece. (Art. 23 D.L. 960/70).

- d. A renglón seguido el Notario idéntifica a las personas que comparecen ante él para poder dar fe de que la persona que se atribuye un nombre determinado es la que puede llevarlo y social y jurídicamente se individualiza con tal nombre.

La identificación se hará con los documentos legales

pertinentes dejando testimonio de cuáles son éstos. (Art. 24 D.L. 960/70).

e. Se consigna el nombre de los comparecientes. El nombre lo integran: el nombre, los apellidos y en su caso el seudónimo. (Art. 3º. D.L. 1260/70). El número de años cumplidos se anotará cuando se trate de menores adultos. A los mayores de edad se les indicará esta circunstancia sin expresar la edad. (Art. 26 D.L. 1260/70). En el nombre y la descripción del documento de identidad son frecuentes los errores. Si se observan debe avisarse al Notario antes de firmar.

f. Además se deben observar estas reglas :

1) Las cantidades y referencias numéricas deben escribirse en letras y en cifras. Es una previsión de seguridad. En caso de discrepancia entre las letras y las cifras, prevalecerán las letras. (ART. 19 D.L. 960/70).

2) Si el papel de seguridad en que se escribió está numerado, al final debe expresarse la cantidad de hojas empleadas con el número distintivo de cada una (Art. 20 D.L. 960/70). Hoy, si bien el papel sellado se encuentra suprimido se utiliza temporalmente en las actuaciones notariales mientras se elabora el nuevo papel de seguridad. La ante-



(2*) DESCRIPCION DE INMUEBLES

- a. Identificación. Los inmuebles se identificarán por su cédula catastral si la tuvieren; por su nomenclatura, por la localidad donde están ubicados, y por sus linderos. Cuando se exprese la medida se empleará el sistema métrico decimal (Art. 31 D.L. 960/70).
- b. Folio de Matricula Inmobiliaria. Elemento fundamental del sistema de registro vigente desde 1970. Reemplazó a los múltiples libros. Es una ficha de cartón destinada a cada inmueble y distinguida con el código. Ese código es el que debe citarse como dato de registro. Algunos inmuebles por su escaso movimiento aún aparecen con las viejas referencias de los libros (D.L. 1250/70).

(3*) REGISTRO

Las capitulaciones matrimoniales deben inscribirse en el "Registro de Varios" que llevan los Notarios como encargados del Registro del Estado Civil. Debe también el Notario competente realizar una anotación en los respectivos registros civiles de nacimiento y posteriormente en el registro civil de matrimonio.

La inscripción en el "Registro de Vario" perfecciona

rior regla evita el cambio de hojas o la supresión de las escritas.

- 3) El precio o la estimación del valor de los bienes, derechos u obligaciones se expresarán en moneda legal colombiana. Si se desea expresarlos en moneda extranjera se puede hacer señalando su equivalente moneda nacional (Art. 34 D.L. 960/70).
 - 4) Se debe verificar que los espacios sobrantes sean llenados con líneas u otros trazos que impidan su posterior utilización. No se dejan espacios, claros o vacíos ni aún separar las distintas partes o cláusulas del instrumento (Art. 18 D.L. 960/70).
 - 5) No se deben usar en los nombres abreviaturas o iniciales que puedan dar lugar a confusión. (Art. 18, D'L' 960/70).
- g. Cualquier error que se advierta en el instrumento de be ponerse en conocimiento del Notario antes de firmar Así se puede corregir sin costo adicional mediante el procedimiento de salvar el error y advertirlo al final. Si se advierte después también podrá ser corregido pero se exigirá otra Escritura Pública, a menos que el error sea puramente aritmético. (Arts. 101,102,103,D. L. 960/70).

na el registro aún cuando no se hayan efectuado las anotaciones mencionadas las cuales tendrán el carácter de información complementaria. (Arts.1º,D. L. 2158/70; 1º y 22, D.L. 1260/70). Si en las capitulaciones se afectan inmuebles, deben también inscribirse en el Registro de Instrumentos Públicos de ubicación de los inmuebles afectados.



CONCLUSIONES

Después de estudiar detenidamente la institución de las capitulaciones matrimoniales: sus orígenes, desarrollo histórico, su regulación en otras legislaciones y su tratamiento en el derecho colombiano, nos permitimos presentar las siguientes conclusiones:

1. Las capitulaciones matrimoniales fueron en un comienzo, desde el derecho romano con el antecedente de la dote hasta las reformas legislativas de nuestro tiempo que otorgan plena capacidad civil a la mujer casada en la administración de sus bienes, una forma de proteger los intereses de la mujer, modificando en parte el régimen legal que se prestaba para que se lesionaran sus intereses económicos. Así, las capitulaciones matrimoniales eran un mecanismo compensatorio de la situación de inferioridad en que se encontraba la mujer en la legislación civil.

Vemos como el derecho francés podía pasarse a través de las capitulaciones matrimoniales, de un régimen legal

de comunidad bajo la administración del marido a estipularse un régimen sin comunidad o régimen de separación de bienes.

En el derecho colombiano, antes de la expedición de la Ley 28/32 que consagra el régimen de comunidad de bienes y gananciales bajo la administración de los cónyuges, o existió la sociedad de bienes gerenciada por el marido, correspondía exactamente a la antigua idea de la incapacidad civil de la mujer casada, hasta el punto de que no sabemos decir si el régimen era consecuencia de la incapacidad o ésta lo era de aquél. Bajo este sistema, se puede ver claro la función eminentemente protectora de los intereses de la mujer que tenían las capitulaciones matrimoniales, puesto que el sistema legal era favorable notoriamente al marido.

A pesar de todo esto, la importancia de las capitulaciones matrimoniales fue más teórica que práctica, por no recurrir a ellas más que contados matrimoniales.

En la actualidad, al otorgarle la ley plena capacidad civil a la mujer casada y adoptar un régimen de comunidad de bienes gananciales bajo la administración particular de cada cónyuge, se establece un equilibrio legal



en los derechos de los cónyuges y, en consecuencia, ya las capitulaciones matrimoniales no tienen esa finalidad esencial que antes mencionábamos.

Hoy, se toma como una facultad legal de los cónyuges para regular su sociedad conyugal de bienes, actuando dentro de las limitaciones legales, y así proveer y resolver los conflictos conyugales por razones patrimoniales y evitar que en un momento de la liquidación conyugal uno de los esposos tome ventajas indebidas sobre el otro.

Esto nos pone de presente cómo a medida que las leyes van siendo más equitativas, van cambiando de igual manera la naturaleza de las instituciones que se gobiernan por voluntad particular.

2. El estudio del desarrollo histórico de las capitulaciones matrimoniales, nos muestra como primer antecedente remoto de la institución de las capitulaciones matrimoniales el régimen de la dote consagrado en el derecho romano con el fin de subvenir a las cargas del matrimonio. Constituye la primera forma de regulación económica de los bienes durante el matrimonio para el sostenimiento de los cónyuges y de su descendencia.

3. El derecho civil colombiano, consultando las costumbres y el modo de pensar y sentir de la familia colombiana y, sobre todo, los intereses de ella, ha establecido un estatuto Legal de Régimen de Bienes en el Matrimonio, que consagra el sistema de la comunidad de bienes y gananciales bajo la administración particular de cada cónyuge, por el cual se registrarán todos los cónyuges que de manera expresa quieran someterse a él y para todos aquellos que no acordaron ninguno. Siendo este estatuto de derecho común, los contrayentes que quieran someterse a él no necesitan pactarlo.

Pero la ley, faculta a los futuros cónyuges para celebrar antes del matrimonio un convenio (capitulaciones matrimoniales) por medio del cual pueden regular las relaciones de carácter pecunario entre ellos pero actuando dentro de las limitaciones que establece la ley: los esposos no pueden escoger libremente el sistema matrimonial, deben optar por el de comunidad o el de separación de bienes (D.S. de J., sentencia de diciembre 15/36) y tienen además las limitaciones que imponen el orden público y las buenas costumbres.

4. El objeto de las capitulaciones matrimoniales en el derecho civil colombiano, está limitado principalmente a

regular el régimen de los bienes presentes y los que dentro del matrimonio tengan como de su propiedad los capitulantes. Dentro de este objeto pueden principalmente estipular:

- a. El inventario
- b. Las donaciones y concesiones
- c. La renuncia a los gananciales
- d. La suma de libre disposición
- e. La separación de bienes
- f. Los muebles que eximen de la sociedad
- g. Los inmuebles que entran en la sociedad conyugal
- h. Los valores destinados a la adquisición de algún objeto.



5. Las capitulaciones matrimoniales quedaron vigentes dentro del sistema de la ley 28/32, porque así como bajo el imperio del régimen legal anterior era posible establecer uno contractual diferente, esa libertad jurídica no se ha abrogado con la nueva ley. Las capitulaciones del Código Civil se encuentran vigentes por cuanto no se oponen y son independientes a la administración y sociedad conyugal establecidas por la ley 28/32.

6. Tal como hemos comentado desde el inicio de este trabajo,

en Colombia es excepcional la celebración de capitulaciones matrimoniales, debido quizá al desconocimiento que de ellas se tiene que no ha permitido detenerse a pensar en el instrumento tan valioso que es, especialmente para prevenir y resolver tantos conflictos que se presentan entre los cónyuges por razones patrimoniales, sobre todo en nuestro tiempo cuando existe una gran inestabilidad matrimonial. La misma doctrina nacional las estudia de manera ligera en contraste con la doctrina extranjera, especialmente la francesa, que le da una gran trascendencia dentro del cuerpo de sus tratados sobre el régimen económico matrimonial. Pero además del desconocimiento que se tiene de ellas, podemos señalar como factores que inciden en su aplicación práctica poco frecuente en Colombia, a la mentalidad poco práctica del colombiano y también, quizá, al prejuicio de los que piensan que celebrar antes del matrimonio una convención regulando las relaciones económicas entre los futuros cónyuges sería darle prelación a las cuestiones económicas por encima de las sentimentales y una manifestación de desconfianza entre los cónyuges sobre el futuro y estabilidad de la unión matrimonial.

Consideramos que debe lucarse contra este estado de cosas. Recomendamos la práctica de las capitulaciones ma-

trimoniales entre los futuros esposos para determinar el régimen de la sociedad conyugal de bienes. Con estas convenciones se evitaría que al momento de liquidarse la sociedad conyugal uno de los esposos toma injustificadamente ventajas patrimoniales indebidas sobre el otro.



BIBLIOGRAFIA

- ALVAREZ RODRIGUEZ, Edgar. Régimen de bienes en el matrimonio, Editorial Temis, 1.978
- BONNET, Ramón. Código Civil Español, Ediciones Aguilar, 1.980
- BOULANGER y RIPPERT. Tratado de Derecho Civil. según el tratado de Planiol. Ediciones La ley (Buenos Aires) 1.965
- CABANEELAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual, Tomo I, Ediciones Heliasta (Buenos Aires) 1.979.
- DUARTE FRENCH, Alberto. Guía práctica del Derecho de Familia Bogotá, Editorial Temis, 1.980
- JOSSERAN, Louis. Derecho Civil, Tomo III, parte 1, Ediciones Bosch, Barcelona-España 1.958.
- KIPP, Wolf. Tratado de Derecho Civil, Tomo IV. Editorial Bosch Barcelona 1.962.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho de Familia, Editorial Temis, Bogotá, 1.982.
- ORTEGA TORRES, Jorge. Código Civil Colombiano comentado, Bogotá, Editorial Temis, 1.977.
- MAZEAUD, Henry y León MAZEAUD, Jean. Lecciones de Derecho Civil, Volumen I. La organización del Patrimonio Familiar (Los regímenes matrimoniales), Traducción de Luis Alcalá Zamorra y Castillo. Ediciones Europa-América (Buenos Aires) 1.977.
- RODRIGUEZ FONNEGRA, Jaime. De la Sociedad conyugal, Tomo I Bogotá, Ediciones Lerner, 1.965.

SOMARRIVA UNDURRAGA, Manual. Derecho de Familia, Santiago de Chile, 1.962.

SUAREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia, Tomo I, Bogotá, Editorial Temis, 1.981.

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil, Tomo V, Derecho de Familia, Bogotá, Editorial, Temis, 1.983.

ZANNONI? Eduardo A. Derecho Civil, Derecho de Familia, Editorial de Alfredo y Ricardo Palma, 1.978.

