



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:
Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)
Para leer el texto completo de la licencia, visita:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra
hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

Régimen Económico del Matrimonio

Semejanzas y diferencias entre el sistema jurídico colombiano y el español¹

Sebastián Moncada Español²
Universidad Católica de Colombia

Resumen:

El común denominador de las sociedades actuales a la hora de conformar una familia es acudir a la institución del matrimonio, que de por sí ya es muy bien conocida por sus protocolos o eclesiásticas y concurridas celebraciones, no muy disimiles entre el sistema jurídico español y el colombiano. Sin embargo dicha similitud no es la misma respecto de las consecuencias jurídicas del mismo, representadas por el régimen económico del matrimonio.

Por ello, a través de una línea del tiempo, es preciso repasar, el origen de la institución del matrimonio y el régimen económico del mismo, examinando posteriormente el concepto y función de las capitulaciones, para que finalmente, un estudio del régimen económico del matrimonio vigente tanto en Colombia como en España, nos permita verificar las diferencias sobre el particular a la hora de contraer nupcias en uno y otro sistema.

Palabras Clave:

Familia, capacidad, capitulaciones, régimen de gananciales, separación de bienes, régimen de participación.

¹ Artículo de reflexión presentado para optar al título de abogado bajo la Dirección del Dr. Edie Ramírez, Docente investigador de la Universidad Católica de Colombia.

² MONCADA ESPAÑOL, Sebastián. Egresado de la Facultad de Derecho Universidad Católica de Colombia. Sede Bogotá D.C.: 2017.

E-mail: sebasesor2010@hotmail.com

Abstract:

The common denominator of the current societies at the time of shape one family is to resort to the institution of the marriage that by itself is already very well known for its protocols or ecclesiastical and busy celebrations, not very dissimiles between the Spanish and Colombian legal systems. However this similarity isn't the same in the legal consequences of this, represented for the economic regime of the marriage.

Therefore, through a time line, it's necessary to review, the origin of the institution of marriage and the economic regime of the same, examining later the concept and function of capitulations, so that finally, a study of the economic regime of marriage in force in both Colombia and Spain, allows us to verify the differences on the particular, at the time of marrying in one or another system.

Key words:

Family, capacity, capitulations, regime of gananciales, separation of goods, regime of participation

Sumario:

Introducción

1. Breve relato histórico del origen del matrimonio y el régimen económico del mismo en Colombia y en España hasta su codificación.

1.1. Derecho Romano

1.2. Derecho Germánico

2. Concepto y función de las capitulaciones matrimoniales.

2.1. Sistema jurídico Colombiano

2.2. Sistema jurídico Español

3. Régimen Económico del matrimonio vigente en Colombia y en España

3.1. Régimen de gananciales

3.1.1. En Colombia

3.1.2. En España

3.2. Régimen de separación de bienes

3.2.1. En Colombia

3.2.2. En España

3.3. Régimen de participación

Conclusiones

Referencias

Introducción

El matrimonio y su régimen económico han tenido un desarrollo histórico que resulta indispensable revisar, por ello, en seguida se realizara un breve relato histórico del surgimiento de aquellas figuras, bajo el marco de algunos acontecimientos Romano-Germánicos producidos entre la roma clásica del siglo II a.C y el siglo V, que permitieron que hoy en día, la familia como base fundamental de la sociedad adquiriera formalidad a través del matrimonio y que la capacidad jurídica de la mujer gozara de una concepción más amplia en relación a la manera en cómo se venía comprendiendo desde aquellos siglos.

Cotidianamente se conoce la figura del matrimonio por sus protocolos o eclesiásticas y concurridas celebraciones y por su significado en la familia, “una sociedad íntima entre el marido y la mujer (...) disfrutando ambos de su ternura recíproca” (Enciclopedia Universal Ilustrada Europeamericana, 1924, pág. 1040), pero, en la mayoría de los casos se desconocen los efectos jurídicos que trae el hecho de casarse. Por esto es que se hace necesario estudiar detenidamente cuales son los diferentes regímenes económicos del matrimonio que podrían surgir al momento de contraer nupcias, tanto en el sistema jurídico colombiano como en el español.

Sin embargo, previo a lo anterior, resulta necesario estudiar el concepto y la función de lo que hoy se conoce por capitulaciones, como quiera que a través de ellas algunos aspectos económicos del matrimonio pueden regularse, dejando claro, que aunque en la actualidad no es muy utilizada esta figura, su función es bastante importante en los sistemas jurídicos que se pretenden comparar, aunque quizá lo sea más en uno que en otro sistema.

Todo ello encaminados a reflexionar sobre el régimen económico del matrimonio en Colombia comparado con España, ya que como lo dijo Piqueras Juan (2009) “la Historia Social, en su concepción más amplia, no ha dejado de interesarse por las relaciones y consecuencias que ha tenido el matrimonio para la sociedad” (pág. 283), identificando los avances y diferencias en la materia entre los sistemas jurídicos, para que si existen, se proponga una fórmula necesaria de cambio en el sistema jurídico menos avanzado poco flexible a actualizarse, teniendo en cuenta que

“la familia siempre será una entidad en constante cambio en razón a las variaciones en las dinámicas sociales que la atraviesan” (Vela Caro, 2015, pág. 6).

1. Breve relato histórico del origen del matrimonio y el régimen económico del mismo en Colombia y en España hasta su codificación.

1.1. Derecho Romano

Aquellos acontecimientos históricos de especial trascendencia en la historia universal, que dan cuenta del origen de la institución del matrimonio y su consecuente régimen económico, son proporcionados por el Derecho Romano, desde mucho antes de Justiniano (siglo VI), justo entre cuando el “emperador Augusto hizo aprobar en los comicios la ley *Iulia de maritandis ordinibus* del 18 a.C. y la *lex Papia Poppaea* del 9 d.C” (Prada Ocampo, 2015, pág. 12) y “**cuando** a partir de Diocleciano y Constantino (**siglos III y IV**), la preferencia antiromana por la formulación estatal del derecho se extiende también al campo del derecho privado” (Schulz, 1990, pág. 33, negrita fuera del texto original).

En aquel lapso de tiempo, se concibe el matrimonio y su consecuente divorcio como un hecho natural, no como un acto de voluntades emitido a un tercero como se hace en la actualidad ante el notario o ante el sacerdote. Se dice que era más una situación de hecho dada por la necesidad de afecto, que llegada a desaparecer producía el divorcio.

Para unos, en la concepción romana, el matrimonio no es un acto jurídico en el que emitan los contrayentes, con arreglo a determinadas formalidades legales, la manifestación de su voluntad. El matrimonio romano es una mera situación de convivencia de dos personas de distinto sexo, situación cuyo comienzo no está marcado por la exigencia de formalidad alguna de orden jurídico, manteniéndose por la *affectio maritalis*, o intención continua de vivir como marido y mujer (Arias Ramos & Arias Bonet, 1981, pág. 752).

En aquella época, el régimen económico del matrimonio no existía formalmente, sin embargo, determinados hechos permiten entender que existía un tratamiento a ese respecto. Todo dependía de la forma como entre el marido y la mujer se formalizara la relación, es decir, todo giraba en torno de si la mujer era independiente, de si aún convivía con sus padres al momento de casarse o de si el esposo adquiría la *manus* o no; “los romanos llamaban manus al poder marital, utilizando, por tanto, el ‘símbolo de la mano, que protege a la vez que domina’” (Miquel, 1986, pág. 119).

Aquella protección y dominio significaban, en caso de que el hombre adquiriera la *manus*, que este pasaba a ser el propietario de todo lo que tenía la mujer, pero si aquel no la adquiría, siendo ella independiente le correspondía administrar sus propios bienes, mientras que estando con sus padres, todo lo adquirido, incrementaría el patrimonio de estos, tal como lo señaló Alarcón Palacio (2005):

En el matrimonio *sine manus*, la mujer seguía perteneciendo a la familia del padre (en el caso de que no fuera *sui iuris*), y como consecuencia de ello, sus adquisiciones aumentarían el patrimonio del *paterfamilias* o, en el caso de que fuera *sui iuris*, se formaba un patrimonio separado, es decir, si la hija era independiente, le pertenecía en propiedad personalmente todo lo que poseyese antes del matrimonio o adquiriera después, con libertad de disposición (pág. 5)

Con lo anterior, tenemos entonces que en Roma, era posible que se dieran las siguientes situaciones:

MATRIMONIO	CON MANUS	SIN MANUS
Ella siendo <i>sui iuris</i> o independiente	Todo lo que la mujer tenía pasaba automáticamente al marido	A la mujer le pertenece en propiedad todo lo adquirido antes y después del matrimonio

Ella estando bajo la <i>potestas</i> del padre	Todo lo que la mujer tenía pasaba automáticamente al marido	Las adquisiciones durante el matrimonio, aumentaban el patrimonio del <i>paterfamilias</i>
------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------

Fuente: elaboración propia

Nótese ya desde aquí, aunque este hecho no significara mucho por su escasa utilización, que cuando la mujer se casaba siendo independiente, sin que el marido adquiriera la *manus*, la misma administraba todo lo adquirido antes y después de casarse, situación que es indiscutiblemente semejante al régimen de separación de bienes.

Sin embargo, como quiera que dicha modalidad de matrimonio era prácticamente inutilizable, vale decir, que fue con el sistema dotal que se empezó a caracterizar el régimen de separación de bienes. La dote, concebida “como **el** conjunto de bienes ajenos al marido sobre los que él ejerce la administración y el disfrute” (Jörs, & Kunkel, pág. 404, **negrita fuera del texto original**), entregados por el padre a aquel como retribución anticipada de la pérdida de derechos de sucesión, o entregados por la misma mujer como retribución al marido por el mantenimiento del hogar, debían ser restituidos a esta, a la disolución del matrimonio.

Como se observa, la dote al ser una reserva de bienes que habitualmente iba por cuenta de los padres en favor de la mujer, comporto la caracterización del régimen de separación de bienes, ya que aunque el marido tuviera la libre administración de los bienes dotales, era obligado a restituirlos a la disolución.

La capacidad patrimonial de la mujer, independientemente de la caracterización del sistema dotal, se desdibujaba por completo, ya que por lo general los matrimonios eran con *manus*, por lo tanto, haciéndose prácticamente nula la mujer frente a terceros, era el marido quien respondía con los bienes de ella inclusive, ante cualquier obligación adquirida por este durante el matrimonio.

El sistema dotal y la consecuente administración de la mujer de sus bienes propios, si salió avante en algunos países donde aún sigue vigente el régimen de separación de bienes, pero solo hasta después del siglo XIX fue que aquellos matrimonios empezaron a tomar fuerza a través de inminentes cambios sociales, ya que antes prevalecía en cambio, la supremacía del marido sobre la mujer, quitándole prácticamente a la mujer toda su capacidad jurídica.

1.2. Derecho Germánico

No obstante lo anterior, aunque por lo general fuera el marido el verdadero titular de los bienes de la mujer en el imperio romano y por tanto la mujer incapaz, en el mismo periodo de tiempo (siglos I a.C y IV d.C) , no lo fue así en el derecho germánico, donde también existía la figura de la dote, aunque “el matrimonio **fuera** casi el único camino para la protección social de la mujer **y por ello** los padres se **interesaran** tempranamente en casarlas” (Neukirchen, 1997, pág. 140, **negrita fuera del texto original**).

Al contrario, lo que hoy se conoce como el régimen de gananciales, sentó sus bases en el derecho germánico, cuando Eurico a mediados de siglo V, elevó a derecho positivo las costumbres godas, fijando de esta manera las principales leyes concernientes a la comunidad de bienes, donde la mujer no era tratada como un simple ente sin valor, sino que era tratada como una verdadera compañía, aunque esto sea también por la indiscutible influencia cristiana.

Así es que cuando los germanos salieron de sus bosques y con el auxilio y la compañía de sus mujeres, adquirieron tierras en propiedad y acumularon riquezas, era muy natural que les ocurriese que la hacienda ganada de tal modo, debía distribuirse en cada familia, en proporción a la parte que cada uno de sus jefes y cabezas había puesto en común para adquirirla. Y siendo la mujer igual al marido y habiendo trabajado en su compañía para la adquisición, justo era que ambos tuviesen una parte proporcionada en la ganancia (Cardenas , 1884, pág. 70).

En este orden de ideas, con la dominación visigoda entre el siglo V y VII, acentuada en España y parte de Francia, el régimen de gananciales de los germánicos empieza a utilizarse, hasta que

logra ser implementado tanto en España como en sus prometidas colonias, dentro de las que se encontraba Colombia, a través de diferentes leyes que posteriormente fueron recopiladas en la novísima de 1805, dada la innumerabilidad de pronunciamientos hechos por los gobernadores y legisladores de la época con posterioridad a la caída del reino visigodo, en pleno comienzo del siglo.

Nótese como a diferencia de los matrimonios celebrados en Roma, la mujer y sus bienes eran tratados de manera diferente; la mujer tenía capacidad para administrar sus propios bienes inmuebles y además el marido podía llegar a ser el administrador de los mismos, mas no el propietario. Sea esto, según lo señalado por Dominguez Dominguez , Quintanilla Ramos & Solis Melara (2005) porque:

El matrimonio era considerado por los germanos como un vínculo sagrado, fundamento natural y moral de toda la organización jurídica y política merced a cuyo concepto las doctrinas matrimoniales del cristianismo arraigaron fácilmente entre ellos; y por medio de ellos se extendieron por toda Europa. (pág. 59)

Así las cosas, después del concomitante surgimiento, tanto del régimen de separación de bienes como el de gananciales, el primero dilucidado con el imperio romano y el segundo por el germánico, es posible concluir, que fue prácticamente a finales del siglo XIX y comienzos del XX, que ambos regímenes empiezan a ser tenidos en cuenta en el sistema Español, luego extendido a sus prometidas colonias.

Este régimen de gananciales hoy en día sigue vigente tanto en Colombia como en España, teniendo su reconocimiento en Colombia desde la propia constitución de Cúcuta de 1821, que siguió el ejemplo de la novísima recopilación de 1805, encargada de precisar el contenido y alcance del régimen económico del matrimonio. Posteriormente dicho régimen fue desarrollado por los códigos civiles de cada nación y diferentes leyes que más adelante serán estudiadas.

Al promulgarse la Novísima Recopilación de las leyes de España, nada se cambia, sólo se acentúa y se pone de relieve la respectiva situación que ya tenían los Derecho Forales y

el Derecho Común. Contiene preceptos de Derecho General, que expresa o tácitamente se declaran aplicables a toda España; revela la tendencia unificadora de toda la legislación respecto a los órganos rectores del Estado, la Judicatura y la Administración en general (De Castro y Bravo, 1991, pág. 153).

2. Concepto y función de las capitulaciones matrimoniales.

Después de que el mundo entero, sobre el siglo XIX, propugnara por la igualdad real y material entre las personas y entre estas y el propio Estado, la capacidad jurídica de la mujer tuvo un cambio total en el ámbito matrimonial, generando pues de esta manera, que entre el marido y la mujer llegado el caso de matrimonio, se pudiera convenir ciertas cosas relativas al régimen económico del matrimonio. Al respecto De la Molandiere (1946) señaló que:

La institución del poder marital, con todas sus consecuencias, es una institución que tuvo su razón de ser en los siglos pasados. Correspondía aún a la clase de vida de la primera mitad del siglo XIX. En esta época, en efecto, los esposos, en gran mayoría, dedicaban sus actividades al trabajo doméstico. Cuando no poseían cierta fortuna, era el marido que aseguraba la vida del hogar por medio de su profesión, o bien eran ambos esposos quienes trabajaban en común en la misma explotación agrícola, en el mismo pequeño negocio: sus intereses se hallaban confundidos. La instrucción se hallaba poco desarrollada entre las mujeres; aún en los matrimonios más acomodados, sólo el hombre podía representar en el exterior la asociación conyugal, mezclarse a la vida de los negocios, contratar, etc...

Pero, desde medio siglo, una evolución rápida y bastante profunda se ha producido. Los usos se han transformado (...) En todas partes, la antigua subordinación de la mujer al marido parece una molestia (págs. 99-100)

Dichas transformaciones, han dado lugar a que la mujer tenga plena capacidad de decisión, capacidad que no solo ha sido reconocida a la mujer, sino también al hombre desde mucho antes, tal como se muestra en la historia. Esta capacidad de disponer, se concreta en la posibilidad de que los futuros esposos realicen diferentes precisiones, relativas al régimen económico del matrimonio,

sin embargo, dicha posibilidad no es la misma en el sistema jurídico colombiano y el español, por tal razón a continuación se harán unas breves precisiones acerca de la función de las capitulaciones en cada sistema, previo a realizar someramente una definición acogida en cada uno de estos.

2.1. Sistema Jurídico Colombiano

La capacidad jurídica de la mujer en Colombia empezó a ser relevante, cuando el presidente electo en 1930, Enrique Olaya Herrera, discrepo de las disposiciones del código civil, proponiendo una reforma que finalmente fue concretada con la ley 28 de 1932. Hasta antes de la entrada en vigencia de dicha ley, las disposiciones del código civil indicaban que la mujer casada frente a terceros aún seguía siendo incapaz, por lo tanto el marido era quien debía responder y aquella debía ser tratada como un impúber. Así, el marido seguía siendo el único administrador de la sociedad conyugal y los derechos económicos de la mujer seguían menoscabándose.

La ley 28 se inspiró en el interés de proteger a la mujer casada contra los abusos del marido en su calidad de único administrador de la sociedad conyugal. Esa protección debía lograrse sin apartarlo totalmente del manejo de los bienes sociales, por una parte; y llamando a la mujer a colaborar, por otra; a fin de que los dos compartiesen la administración del patrimonio conyugal, mediante derechos iguales, ejercidos separadamente (Gomez R, 1961, pág. 12).

No obstante lo anterior, concretamente no fue con la expedición de la ley 28 de 1932 que surge la posibilidad de que se hicieran capitulaciones, ya que estas se daban desde antes, con la figura de la dote o las arras que también comportaba y diferenciaba el régimen de separación de bienes. Por lo general “en el antiguo derecho español se consagraron y aplicaron algunas figuras similares a las capitulaciones matrimoniales. En ciertos textos se relata como desde el *Fuero de Juzgo* se hace mención de una especie de pactos nupciales relativos a los bienes” (Torrado, 2016, pág. 43)

Lo cierto es que aunque la institución de las capitulaciones matrimoniales ya tuviera determinado reconocimiento en el derecho colombiano, por la influencia española con las

instituciones ya estudiadas, la capacidad jurídica de la mujer no lo estaba, por ello la precisión de que con la ley 28 de 1932 la mujer adquiere capacidad jurídica para administrar sus propios bienes, no carece de relevancia, ya que antes de esta ley pese a que se pudieran hacer ciertos pactos prenupciales el patrimonio de la mujer aún lo seguía administrando el marido, sin que ella tuviera voz y voto. En cambio con la entrada en vigencia de la precitada norma, la mujer ya puede administrar libremente de sus bienes.

Es así, con las anteriores precisiones, que el artículo 1771 del código Civil Colombiano, antes de la entrada en vigencia de dicha ley, dispuso que “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 quieren hacer el uno al otro, de presente o futuro”.

Como es de observar, el artículo precedente se encarga de dar un concepto somero y de describir ciertamente la función de las capitulaciones matrimoniales, muy bien señala la norma que las capitulaciones matrimoniales son el acuerdo de voluntades emitida por los futuros esposos antes de contraer nupcias, con la finalidad de especificar que bienes propios adquiridos antes de la vigencia de la sociedad conyugal son aportados al matrimonio y que donaciones y concesiones se realizan el uno al otro, también “podría afirmarse que las capitulaciones son convenciones que en algún momento pueden tener efecto de contrato, puesto que de ellas podrán emanar, en un momento dado, obligaciones exigibles a favor de uno u otro de los socios conyugales” (Guzmán Álvarez, 2006, pág. 78).

En este orden de ideas, es pertinente señalar, que así como la norma otorga la posibilidad de elegir que bienes adquiridos antes de la celebración del matrimonio se aportan a la sociedad conyugal, también permite elegir que bienes no entran a hacer parte de la sociedad conyugal. Lo anterior es relevante particularmente, respecto de los bienes muebles, de conformidad con el inciso 2° numeral 4° del artículo 1781, ya que en primer lugar los bienes inmuebles adquiridos antes de la celebración del matrimonio por cada uno de los cónyuges, no ingresan al haber social, son considerados bienes propios y en segundo lugar los bienes muebles en caso de no haber sido

reservados en capitulaciones como propios, ingresan a la sociedad conyugal automáticamente. Podría presentarse el caso por ejemplo de que una celebridad antes de casarse compro un auto Ferrari, pues bien, el momento oportuno para decidir si ese bien entra hacer parte de la sociedad conyugal es antes de la celebración del matrimonio estipulándolo en capitulaciones.

De todas formas, la anterior situación es prácticamente inservible ya que aunque no se haga una reserva de bienes muebles en capitulaciones, estos al ingresar automáticamente a la sociedad conyugal, deben ser restituidos por la sociedad al momento de la liquidación en igual suma a través de las recompensas, según el inciso 1° del artículo anteriormente mencionado, como si de todas formas el bien aunque haciendo parte del haber siguiera siendo propio.

Así mismo, es pertinente indicar que el mismo código en artículos subsiguientes, más precisamente del 1772 al 1780, hace algunas otras precisiones, por ejemplo, entre otras, las relativas a la formalidad, al precisarse que estas deben estar contenidas en escritura pública, las relativas a la caducidad o ineficacia presentada por la ausencia de la celebración del matrimonio o las relativas a la irrevocabilidad de las mismas, al indicarse que ni aún con el consentimiento de los cónyuges podrán alterarse las disposiciones consignadas en ellas, dándosele efecto y durabilidad indefinida a las capitulaciones, o mejor aún, supeditándola a la vigencia del matrimonio.

Valga precisar de lo anterior, que en el derecho colombiano no existe un término de caducidad para que pierdan vigencia las capitulaciones, simplemente quedan supeditadas o condicionadas a la celebración del matrimonio pretendido. En este sentido, aunque el matrimonio no se celebre, las capitulaciones siguen vigentes hasta cuando uno de los futuros cónyuges muera, pase de ser capaz a incapaz o que prefiera casarse con otra persona; las capitulaciones podrían llegar a tener efectos si se cumplen con las condiciones necesarias para este fin. Sobre el particular, el tratadista Suárez Franco (1998) ha manifestado que “las capitulaciones son eminentemente condicionales” (pág. 307).

Sin embargo, en contraposición a lo anterior, el tratadista Somarriva Undurruaga (1963) ha dicho que:

Las capitulaciones matrimoniales no son condicionales. Si bien es cierto que para que ellas produzcan efectos requieren de la celebración del matrimonio, no es menos cierto que el matrimonio a su respecto no es 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 siquiera engendran un germen de derechos. Tan es así que celebradas las capitulaciones sus efectos se producen una vez que los esposos contraen matrimonio, pero estas jamás se retrotraen ni en lo más mínimo al momento en que fueron pactadas las capitulaciones. (pág. 169)

Por otra parte, pese a las disposiciones contenidas en dicho articulado, que parecieran delimitar la función de las mismas, ha surgido una gran discusión con ocasión de lo dispuesto en el artículo 1774 que indica que “A falta de pacto escrito se entenderá, por el mero hecho del matrimonio, contraída la sociedad conyugal con arreglo a las disposiciones de este título”, ya que de la lectura del texto se desprende que podría existir un pacto escrito previo al matrimonio, que modifique las condiciones de la sociedad conyugal, pues bien, sobre esto ha habido dos posiciones, unos han dicho que a través de las capitulaciones es posible sustituir el régimen de gananciales por uno de separación de bienes y otros han rechazado esta posición.

De hecho la misma Corte Suprema de Justicia en sentencia de casación civil del 1° de agosto de 1979 se pronunció respecto de la posibilidad de una sustitución del régimen de gananciales por el de separación de bienes al indicar que “A la libre y espontánea voluntad de los esposos queda pues pactar el régimen de bienes durante el matrimonio” (Caso Ana Francisca Agudelo Giraldo de Mejía Vs. Conrado Mejía Barreneche, 1979, pág. 257). Y aunque esta tesis no ha sido muy defendida por la corte actual y realmente es inaplicable, ha marcado una tendencia doctrinaria que acepta la sustitución del régimen de gananciales por uno de separación de bienes a través de las capitulaciones. El colombiano Morales Acacio (2009) también afirmó que:

Los cónyuges tienen plena libertad para escoger el régimen conyugal que quieran de acuerdo al principio general según el cual los particulares pueden disponer de sus bienes presentes y futuros como mejor les parezca y más convenga a sus intereses (pág. 87)

No obstante lo anterior, el sistema de capitulaciones en Colombia no ha sido costumbre o de constante utilización para estos fines, como si pasa en otros sistemas, por tal razón siempre ha prevalecido por disposición legal el régimen de gananciales y la discusión acerca de la posibilidad de sustituir el régimen de gananciales por otro no es más que una utopía. Esta sustitución del régimen de gananciales que defienden algunos autores es realmente impráctica e ineficaz, ya que en la realidad suelen utilizarse otras formas jurídicas para evadir el régimen legal de gananciales, tal como lo explica Guzmán Álvarez (2006):

Los muy pocos que otorgan **las capitulaciones**, no pactan un cambio de régimen como tal, sino que acuden al expediente **para** hacer una renuncia mutua de gananciales. Con ello se acata la disposición del artículo 180 **del Código Civil**, constituyéndose la sociedad conyugal por el mero hecho del matrimonio, pero al momento de su disolución, la liquidación se hace en ceros, que es el término utilizado en los estrados judiciales para el evento.

Otro método que en la práctica es usado por quienes están interesados en evitar la aplicación de las reglas del título XXII, libro cuarto del código para el desarrollo de la sociedad conyugal, es el de que, una vez contraído el matrimonio, proceden de inmediato a tramitar notarialmente la disolución y la liquidación de la sociedad conyugal igualmente en ceros (pág. 92, **negrita fuera del texto original**).

Pero de ahí a que se surta una sustitución del régimen legal con las capitulaciones faltan décadas, es indiscutiblemente improcedente, ya que en la actualidad aquellas cumplen una función totalmente diferente, tienen como objeto lo indicado en la ley, es decir, lo concerniente “a los bienes que aportan a él (sociedad conyugal) y a las donaciones y concepciones que se quieren hacer

el uno al otro, de presente o futuro” de acuerdo con el artículo 1771 del código civil. Así las cosas, tal como lo indico Lafont Pianetta (2010)

Se trata de un objeto que se caracteriza: En primer término **por ser patrimonial**, esto es, que se refiere a aspectos economicos del matrimonio (...) en tanto las capitulaciones matrimoniales, no podrían destinarse a la determinación de los efectos personales del matrimonio (...). En segundo lugar, es indispensable que se refiera a **los aspectos económicos de beneficio matrimonial** (mediante aporte) o de beneficio personal (mediante donaciones y concesiones) (...). En tercer lugar es indispensable que el objeto **exista “de presente” o “de futuro”** (Art. 1771 del C.C), esto es, que, según su alcance, se refiera a aspectos economicos existentes a la disolución de dicho matrimonio o régimen economico (...). En cuarto lugar, es indispensable que el objeto se encuentre **determinado o determinable** (...). En quinto lugar, es indispensable que el **objeto sea licito**, esto es, que se enmarque global y singularmente dentro del ordenamiento jurídico (...). En sexto lugar, es indispensable que **el objeto sea comerciable**, esto es, que sea materia global y singular de la negociación de capitulaciones matrimoniales: Por lo general, todo el patrimonio presente y futuro puede ser materia de negociación, entre los limites del orden publico (pág. 679).

Por todo lo anterior, es posible concluir: Que la función real de las capitulaciones, no apuntan a otra cosa que a hacer donaciones o concesiones entre los futuros conyuges o de aportar bienes propios de cada uno de estos a la sociedad conyugal, y que en el sistema jurídico Colombiano el régimen legal obligatorio es el de gananciales que puede modificarse por la otorgación de capitulaciones, no en sentido amplio para cambiar el regimen, sino en sentido estricto para modificar algunas de las condiciones que ya fueron mencionadas.

Tambien es importante señalar que la jurisprudencia y la doctrina al ser criterios auxiliares del derecho, no tienen efectos vinculantes para las personas, a menos de que se sienta un precedente judicial en la materia, lo cual no ha sucedido respecto de la posibilidad de sustituir el régimen de gananciales por el de separación de bienes a traves de las capitulaciones. Por tal razón no

existiendo dicha posibilidad bajo el régimen legal, las personas que pretendan realizar capitulaciones matrimoniales al tenor de la ley, no podran sustituir el régimen legal sino modificar las condiciones en los terminos del artículo 1771 del Código Civil.

Sin embargo, no quiere decir ello que en el sistema jurídico colombiano no exista la posibilidad de que los conyuges pueden estar bajo un régimen de separación de bienes, lo que pasa es que esta posibilidad no se puede concretar antes del matrimonio sino despues del matrimonio, tal como se vera mas adelante.

Como se dejo dicho, ya que las capitulaciones matrimoniales en Colombia no son muy utilizadas y por su propia función son impracticadas para muchos, a continuación se mostrara un cuadro descriptivo de las capitulaciones y los matrimonios realizados en los tres últimos años, en una de las notarias mas concurridas de la ciudad, Notaria 72, con el fin de demostrar dicha impracticidad.

AÑO	MATRIMONIOS	CAPITULACIONES
2014	150	23
2015	145	27
2016	151	20

Fuente. Elaboración propia a partir de los datos suministrados por la Notaria 72 del círculo de Bogotá.

Como se observa las capitulaciones realizadas en esa notaria no alcanzan ni el 20% de los matrimonios realizados en los respectivos años. La realidad es que las capitulaciones matrimoniales han sido un instrumento residual del régimen económico del matrimonio más que otra cosa, sin embargo, sigue llamando la atención la particular utilización que se le ha dado en los mismos periodos de tiempo a las capitulaciones matrimoniales.

2.2. Sistema jurídico Español

Con la misma importancia que en el anterior capítulo, vale resaltar cuándo la mujer en España adquiere su capacidad jurídica de disponer libremente de sus propios bienes. Se dice que no fue tampoco con la entrada en vigencia del Código Civil español que la mujer adquiere su capacidad jurídica para actuar frente a terceros con sus bienes, sino que por el contrario fue con la entrada en vigencia de la ley de matrimonio de 1870. Señalo al respecto López Zamora (2006) que:

El Código Civil, para dar cumplimiento al encargo de la Ley de Bases, se separó del ejemplo francés y de la dirección restrictiva de la mujer casada, estableciendo un nuevo y distinto sistema.

A pesar de la influencia del Código de Napoleón en el Anteproyecto de 1851 y en la Ley de Matrimonio Civil de 1870, nuestro Código Civil, a última hora, con criterio vacilante y siendo muy criticado por ser contrario a nuestra tradición jurídica; optó por reconocer la capacidad de la mujer y su equiparación jurídica, salvo en algún caso excepcional, con el hombre.

Pese a esto, y aunque el Código Civil concedía una gran capacidad de obrar a la mujer, persistía un diferente trato jurídico para la mujer con respecto al hombre, por lo que la legislación civil del Siglo XX está presidida por varias reformas legislativas tendentes a lograr una verdadera equiparación jurídica, la cual, hoy en día, es un hecho. (párr. 20)

A diferencia del sistema jurídico colombiano, el Código Civil español no hace una definición de las capitulaciones matrimoniales que permita comprender el concepto acogido en este sistema, sin embargo, de sus disposiciones que dan un juicioso tratamiento de aquellas, se permiten extraer las respectivas conclusiones, tal como Sánchez Calero (2015) lo ha hecho, al definir las capitulaciones matrimoniales como:

Un contrato o negocio jurídico que tiene por objeto la regulación de los intereses patrimoniales de los cónyuges. En ellas, los futuros cónyuges o los ya cónyuges (según se celebren los capítulos antes o después del matrimonio) establecen las reglas relativas a su

régimen económico matrimonial o cualesquiera otros pactos por razón del matrimonio (pág. 111)

Las anteriores precisiones seguramente son hechas con base en los artículos 1315, 1325 y 1326 del Código Civil, donde se establece, que el régimen económico del matrimonio será el elegido por los cónyuges en capitulaciones matrimoniales y que podrán hacerse antes o después del matrimonio para estipular modificar o sustituir el régimen económico del mismo.

Dichas capitulaciones al igual que en el sistema jurídico colombiano, deben constar en escritura pública de acuerdo con el artículo 1327, pero a diferencia de aquel sistema, aquí el término de caducidad es de un año. Si al cabo de un año el matrimonio no se ha celebrado, las capitulaciones pierden vigencia, lo cual no pasa en el sistema jurídico colombiano ya que allí no existe término de caducidad.

Nótese también, como a diferencia de la regulación y tratamiento de las capitulaciones matrimoniales en el sistema jurídico colombiano, en España las capitulaciones son utilizadas para escoger el régimen económico del matrimonio que a bien convengan los futuros cónyuges, antes de la celebración del matrimonio o después.

Lo anterior claramente le da una concepción y sentido más amplio al concepto de capitulaciones que se le da en el sistema jurídico colombiano, basta con saber que en España, estas son utilizadas frecuentemente para escoger el régimen económico del matrimonio e incluso para hacer lo mismo que se puede hacer en el sistema jurídico Colombiano, por tanto allí están dotadas las capitulaciones de un verdadero valor y sentido.

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

contenido personal como la fijación de domicilio, regulación de la separación de hecho y prestación de alimentos, entre otros. (Blanco Rodríguez, 2011, pág. 246)

Tras realizar las anteriores anotaciones vale preguntarse ¿Por qué son utilizadas las capitulaciones en España para escoger el régimen económico del matrimonio, acaso no hay uno legal como en Colombia? ¿Hay distintos regímenes que los contrayentes puedan escoger? Pues en respuesta de lo anterior es necesario decir que en el sistema jurídico español existen tres regímenes matrimoniales, que pueden escogerse previo a la celebración del matrimonio, a saber: El régimen de gananciales, el régimen de separación de bienes y el régimen de participación, los cuales estudiaremos en seguida con más detenimiento.

Así mismo, vale decir que la institución capitular en el sistema jurídico colombiano, evidentemente no goza de la misma importancia que se le da en el sistema jurídico español, claramente el sistema capitular no tiene una función practica en el sistema jurídico colombiano, por lo que entonces valdría la pena reflexionar sobre la situación actual en Colombia, respecto de la función misma de las capitulaciones, preguntándose, acaso ¿se han quedado obsoletas? ¿No podrían existir las mismas posibilidades dadas a los futuros contrayentes de escoger un régimen económico del matrimonio diferente al régimen de gananciales previo a la celebración del matrimonio? De tal manera que no se esté pretendiendo evadir la ley con figuras jurídicas que perfectamente validas resultan anómalas.

3. Régimen Económico del matrimonio vigente en Colombia y en España

Hemos dicho que tanto en Colombia como en España le sigue a la institución del matrimonio la existencia del régimen económico del matrimonio, por tal razón a continuación se estudiaran los diferentes regímenes existentes en España y en Colombia, dejando dicho desde ya que el régimen común entre estos dos sistemas es el régimen de gananciales y el de separación de bienes, aunque su aplicación práctica se de en momentos diferentes.

En España el régimen legal principal es el de gananciales a falta de pacto escrito, sea para escoger el régimen de separación de bienes o el de participación en las ganancias, de acuerdo con

el artículo 1315 y 1316 del Código Civil español. Igualmente en Colombia existe como régimen principal e imperativo el régimen de gananciales y como supletorio el régimen de separación de bienes al cual pueden acogerse los esposos durante el matrimonio, de acuerdo con los artículos 180, 197 y 198 del Código Civil Colombiano.

Así las cosas, a continuación se hará un estudio breve de cada uno de los regímenes que se acaban de mencionar sin que tengamos la posibilidad de entrar mucho en detalle por el espacio tan limitado que tenemos para este escrito. Estrictamente nos limitaremos a dar una explicación breve de cada uno de ellos y a describir su objeto.

3.1. Régimen de gananciales

El régimen de gananciales es aquel donde una vez contraído el matrimonio, todo lo adquirido a título oneroso durante la vigencia de la sociedad conyugal es de ambos cónyuges por partes iguales y se caracteriza por que a la celebración del matrimonio se conforman tres patrimonios, el de cada uno de los cónyuges y el de la sociedad conyugal. Ni el Código Civil colombiano ni el español definen con precisión lo que se denomina por sociedad de gananciales, pero de la lectura de sus preceptos se entiende mejor a qué se refiere tal régimen. Por su parte, el Código Civil colombiano ni siquiera tiene inmersa la palabra “sociedad de gananciales” pero su regulación es la ateniende a la de la “sociedad conyugal”.

Tiene por objeto este régimen el de equilibrar las cargas en el hogar, el de mantener la igualdad entre las partes y el de mantener los bienes propios como tal, como quiera que en siglos pasados, como ya se vio, el hombre era el único que administraba tanto los bienes sociales como los bienes de la mujer y esto claramente generaba una desigualdad en todo el sentido de la palabra.

3.1.1. En Colombia

El nacimiento de los tres patrimonios mencionados, ha generado varios comentarios que coinciden con la idea de que durante la vigencia de la sociedad conyugal solo se observan dos

patrimonios y al liquidarse aquella aparecen los tres, el de cada uno de ellos y el de la sociedad conyugal; por ejemplo Betancourt Rey (1996), sostuvo en su momento que:

Durante la existencia de la sociedad conyugal sólo se ven dos patrimonios: el del marido y el de la mujer. En el momento de su disolución aparecen tres: un patrimonio del marido, integrado por los “bienes propios” y las “deudas propias” del varón; un patrimonio de la mujer, compuesto de “bienes propios” y “deudas propias” de ésta; y un patrimonio social o conyugal, constante de “bienes sociales” y “deudas sociales” (pág. 129)

Véase que los tres patrimonios nacen conjuntamente desde la celebración del matrimonio y empiezan a surtir efectos desde aquí, pero se dejan ver únicamente a la liquidación de la sociedad conyugal conjuntamente, es justo en este momento cuando realmente el patrimonio de la sociedad conyugal deja ver sus características más esenciales. De cualquier modo, la sociedad conyugal va a tener que liquidarse dejando ver sus efectos, ya que como lo han sostenido varios autores, entre ellos el Dr. Lafont Pianetta, la sociedad conyugal nace para morir.

Hecha la anterior precisión es pertinente hacer alusión de manera práctica, de que bienes conforman cada uno de los patrimonios, ya que sobre el particular deben distinguirse en cuanto al activo social, tres haberes. En primer lugar tenemos un haber absoluto o social delimitado por los numerales 1, 2 y 5 del artículo 1781 que indican que aquel será conformado por:

“Los salarios y emolumentos de todo género de empleos y oficios devengados durante el matrimonio; todos los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros de cualquiera naturaleza que provengan, sea de los bienes sociales, sea de los bienes propios de cada uno de los cónyuges y que se devenguen durante el matrimonio y todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio a título oneroso”

También de los artículos 1784, 1785, 1786 y 1787 se deduce que: las adquisiciones contiguas a los bienes propios, las adquisiciones originadas de la propiedad proindiviso, las minas

denunciadas por uno o ambos cónyuges y los tesoros encontrados en terrenos de la sociedad conyugal harán parte íntegra de esta.

En segundo lugar tenemos un haber relativo el cual se puede identificar con los numerales 3 y 4 del artículo 1781 que indican que este será conformado por:

“el dinero que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante él adquiriere, obligándose la sociedad a la restitución de igual suma” y por “las cosas fungibles y especies muebles que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante él adquiere <sic>; quedando obligada la Sociedad a restituir su valor según el que tuvieron al tiempo del aporte o de la adquisición”

Esta es la clara explicación de lo que sucede con los bienes muebles que no se reservan en capitulaciones, pues en efecto, al no reservarse y entrar automáticamente a hacer parte de la sociedad conyugal, esta está obligada a restituir el valor del mueble a la liquidación, por la premisa de que ningún patrimonio puede enriquecerse a costa del otro.

Finalmente, se encuentra el haber propio o personal que se encuentra conformado por los bienes inmuebles adquiridos por los cónyuges antes de la celebración del matrimonio, los muebles que se excluyan en capitulaciones tal como se señaló oportunamente de acuerdo con el artículo 1772, los bienes adquiridos a título gratuito tal como lo señala el artículo 1782 y 1788, los bienes debidamente subrogados a otros inmuebles, las cosas compradas con valores propios destinado a ello en capitulaciones y los aumentos materiales que acrecientan los bienes propios de cada uno de los cónyuges de conformidad con el artículo 1783.

3.1.2. En España

El régimen de gananciales en España es sin duda muy similar al delimitado con anterioridad, sin embargo con claras diferencias. De acuerdo con el artículo 1334 del Código Civil “Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios

obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella” lo cual quiere decir, tal como se dejó dicho anteriormente, que todo lo adquirido durante la vigencia del matrimonio es de ambos cónyuges a prorrata. De igual manera en este sistema surgen los mismos tres patrimonios a los que nos referimos con anterioridad.

Junto a los bienes privativos de cada uno de los cónyuges, se forma una masa común de bienes (comunidad de gananciales), integrada por las ganancias que ambos obtengan durante el matrimonio, por los rendimientos que produzca tanto el patrimonio ganancial como el privativo de cada uno de ellos, así como por lo adquirido con bienes gananciales o con fondos cuyo origen privativo no pueda demostrarse. Quedan fuera de la comunidad los bienes que pertenezcan privativamente a uno u otro cónyuge, pero no los rendimientos que ellos produzcan, los cuales, como se ha dicho, se integran en la comunidad, adquiriendo el carácter de gananciales (González García , 2015, pág. 122).

Los artículos 1346, 1347 y subsiguientes del Código Civil español se encargan de describir cuales son los bienes gananciales, pero de dicho articulado vale destacar lo que marca la diferencia con el sistema jurídico colombiano.

En primer lugar, en cuanto al haber absoluto o social a diferencia del régimen colombiano, también son considerados bienes sociales de acuerdo con el artículo 1347 “Los adquiridos por derecho de retracto de carácter ganancial, aun cuando lo fueran con fondos privativos, en cuyo caso la sociedad será deudora del cónyuge por el valor satisfecho”, adicionalmente en cuanto a los frutos y réditos obtenidos durante la vigencia de la sociedad conyugal se destaca que:

“Siempre que pertenezca privativamente a uno de los cónyuges una cantidad o crédito pagadero en cierto número de años, no serán gananciales las sumas que se cobren en los plazos vencidos durante el matrimonio, sino que se estimarán capital de uno u otro cónyuge, según a quien pertenezca el crédito” Artículo 1348.

Radicalmente el código civil español describe con más detalle situaciones específicas que pueden suceder durante la vigencia de la sociedad conyugal, lo cual no hace el sistema jurídico colombiano. Por ejemplo, también este sistema deja claro que las ganancias obtenidas por los juegos de azar hacen parte de la sociedad conyugal, así como el ganado que nació durante esta vigencia, de acuerdo con el artículo 1350 y 1351.

También “los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrán siempre carácter privativo, aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial” según el artículo 1357, y así, haciendo un detallado pronunciamiento de diferentes situaciones, el sistema jurídico español llega a la conclusión de que “se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los dos cónyuges” de acuerdo con el artículo 1361.

En segundo lugar en cuanto al haber relativo o aparente se siguen las mismas reglas que en el sistema jurídico Colombino bajo el principio de que ningún patrimonio puede enriquecerse a costa de otro. Y es que resulta lógico que esto sea así, porque si se quiere lograr una igualdad real y material entre los cónyuges, la sociedad conyugal se encuentra obligada a restituir lo recibido por los cónyuges en la proporción en que le aportaron.

Finalmente en cuanto a los bienes propios, es preciso indicar que de igual manera el código civil, se encarga de delimitar que bienes se consideran como propios y para ese respecto el artículo 1346 ha señalado en detalle que bienes son de este rubro. Pero para ser más concretos quedémonos con lo dicho por la española Martín Mora (2003):

Aunque el matrimonio se celebre en régimen de gananciales existen bienes que pertenecen exclusivamente a cada uno de los cónyuges. Son los llamados privativos, aquellos que cada miembro de la pareja tuviese de soltero y los que adquiriera después a título gratuito, sin que le cueste esfuerzo ni dinero. Es el caso de las herencias, las donaciones o los regalos que reciba. También son privativos los bienes que obtenga en sustitución de otros del mismo carácter. Por ejemplo, si uno de los cónyuges recibe un piso por herencia y lo vende, el dinero que obtenga también será privativo. Sin embargo, si recibe rendimientos de ese bien, como

una renta de alquiler, ese dinero será ganancial. Se añaden también a la lista de bienes privativos los derechos inherentes a la persona y los no transmisibles, las indemnizaciones que tienen como fin resarcir un daño sufrido, las ropas o los objetos personales. (pág. 56)

En síntesis podría afirmarse que la regulación en la materia, tanto en el sistema jurídico colombiano como el español es bastante similar, simplemente, la diferencia se caracteriza en que en el sistema jurídico español se contemplan unas situaciones más específicas que pueden darse dentro de la vigencia de la sociedad conyugal, mientras que en el sistema jurídico colombiano no se entra tanto al detalle, sino que por el contrario estas situaciones que son específicamente previstas son complementadas y desarrolladas por la jurisprudencia en cada caso en particular en el caso colombiano.

3.2.Régimen de separación de bienes

Una vez revisado el régimen de gananciales donde la administración de la sociedad conyugal corresponde a ambos cónyuges y donde se generan tres patrimonios, vale la pena ahora revisar en que consiste el régimen de separación de bienes que tiene por objeto conservar la titularidad de los bienes adquiridos desde el momento en que se eligió este régimen a cada uno de los cónyuges.

En este caso únicamente se mantienen visibles dos patrimonios, el de cada uno de los cónyuges, incluso a la liquidación de la sociedad conyugal y se conservan como ya se indicó, desde el momento en que se eligió este régimen, la anterior precisión es pertinente, teniendo en cuenta que la posibilidad de elección no se da en el mismo momento en cada uno de los sistemas estudiados.

3.2.1. En Colombia

En Colombia no existe en estricto sentido un régimen de separación de bienes al cual puedan acogerse los futuros cónyuges, porque como ya se dijo el régimen único legal imperativo es el de gananciales.

No obstante lo anterior, si existe la posibilidad de que una vez celebrado el matrimonio, los cónyuges tomen la decisión de separarse de bienes, quedando disuelta y liquidada la sociedad conyugal, independientemente del vínculo matrimonial, dejando de todas maneras las relaciones entre la pareja vigentes, las obligaciones para con los hijos y el mantenimiento del hogar. Es decir que se presupone la subsistencia del matrimonio, independientemente de la disolución y liquidación de la sociedad conyugal.

Sobre este aspecto la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 7 de marzo de 1952 se pronunció e indico que:

La simple separación de bienes, que se efectuó sin divorcio, presupone la subsistencia del matrimonio, de tal manera que a virtud de ella no termina, no se suspenden ni siquiera, las obligaciones y derechos que, en cuanto a las personas, son inherentes al estado del matrimonio. La separación solo mira a las relaciones patrimoniales entre los consortes, las cuales quedan sujetas, en sus efectos (...) a la reglamentación que la ley establece en el estado de separación (pág. 364).

Esto concuerda clara y sucintamente con lo dispuesto en los artículos 197, 200, 203, 165 y 167 del Código Civil los cuales conceden la posibilidad de separarse de bienes por mutuo consentimiento o litigiosamente porque cualquiera de los cónyuges está pasando como mínimo por una crisis económica que pueda poner en riesgo el patrimonio familiar o porque ha incurrido en alguna de las causales de divorcio.

Así las cosas, una vez se autorice la separación de bienes entre los cónyuges cada uno de estos, empieza a administrar los bienes que le fueron adjudicados como consecuencia de la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, quedando únicamente responsables conjuntamente frente a las cargas del hogar y los hijos, si es que subsiste la convivencia, en cambio, frente a las responsabilidades que frente a terceros se contraigan, cada uno queda responsable individualmente; recordemos acá que las responsabilidades para con los hijos subsisten

independientemente de si existe o no sociedad conyugal. Con ello, se pasa de un patrimonio de tres cuando subsistía la sociedad conyugal, a dos, el de cada uno de los cónyuges.

Lo dicho por la corte también permite concluir que pueden darse dos momentos diferentes, que requieren acciones diferentes: El momento de la extinción de la sociedad conyugal que se da con ocasión de la separación de bienes y el momento de extinción del matrimonio que se da con el divorcio.

No obstante lo anterior, es pertinente indicar que en Colombia no es el común denominador que las parejas acudan al expediente para separarse de bienes, quizá si puede que se de esta situación, pero porque con cierto negocio por ejemplo se pone en riesgo el ajuar familiar en una negociación mas no por otra situación, normalmente se acude al expediente pero para adelantar el trámite de divorcio que trae como consecuencia la extinción tanto de los efectos civiles como de los personales.

3.2.2. En España

A diferencia de lo que sucede en Colombia, respecto de la forma como se accede a la separación de bienes, en España las parejas desde antes de contraer matrimonio pueden elegir como régimen a través de las capitulaciones matrimoniales, en estricto sentido, la separación de bienes, quedando en la misma situación que los cónyuges en Colombia si se accediere al mismo, de acuerdo con los artículos 1435 y 1437 del Código Civil español.

Del mismo modo, los cónyuges que se acojan a este régimen, serán responsables de las cargas del hogar, los hijos y las responsabilidades que frente a terceros contraigan. Sobre lo indicado hasta acá, Moreno Quesada (2015) señaló que la separación de bienes:

“Es un régimen en el que pertenecen a cada conyuge los bienes que tuviese en el momento inicial del matrimonio y los que después adquiriera por cualquier título. Corresponde a cada uno de ellos, de los cónyuges, la administración, goce y libre disposición de los propios

bienes, sin que ello obste a la contribución de cada uno a las cargas del matrimonio. Conjuga la independencia conyugal con la confluencia de obligaciones comunes que se derivan de la vida matrimonial” (pág. 178)

Es de recordar que en todo el territorio de España prevalece el régimen económico que las partes elijan en capitulaciones y como supletorio se encuentran bien sea el régimen de gananciales en algunas comunidades autónomas o el régimen de separación de bienes en algunas otras. A falta de pacto expreso se entenderá que las partes se acogen al régimen legal de derecho foral, o a falta de norma específica en la comunidad autónoma el del Código Civil que es normal general; por ejemplo, en las Islas Baleares compuesta por Menorca, Mallorca, Ibiza y Formentera se establece la separación de bienes como régimen legal en la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares del 6 de septiembre de 1990; en Cataluña al igual que en Islas Baleares se establece como legal el régimen de separación de bienes de acuerdo con el artículo 231 numeral 10 de la ley 25 de 2010; en Valencia de la misma forma se establece aquel régimen como legal de acuerdo con lo estipulado en la Ley 10 de 2007 de la Generalitat valenciana.

En otras comunidades no pasa lo mismo, en cambio, el régimen legal es el de gananciales, tal como pasa en Navarra de acuerdo con la Ley Foral de 1987, en el País Vasco de acuerdo con la Ley del Derecho Civil Foral del País vasco de 1 de julio de 1992 o en Aragón de acuerdo con la Compilación de 8 de abril de 1967.

3.3. Régimen de participación

Este régimen a diferencia de los anteriores, únicamente es aplicable en España y se diferencia de los anteriores regímenes porque existe una verdadera separación de bienes entre los cónyuges pero una vez disuelto el matrimonio, el cónyuge que haya obtenido menos ganancias tiene derecho a participar en las del cónyuge que obtuvo más, pero en la diferencia. Por ejemplo Juan y María son esposos, durante la vigencia del matrimonio María gana 10.000€ y Juan gana 15.000€, pues entonces, María por haber ganado menos que Juan, tiene derecho a participar en la diferencia de las ganancias de este, pero ¿en qué porcentaje?

Este régimen se encuentra regulado de los artículos 1411 a 1434, pero especialmente los artículos 1427 y 1428 son los que nos indican en que porcentaje el cónyuge que obtuvo menos ganancia participa sobre las del cónyuge que obtuvo más. Indican los artículos mencionados que el cónyuge que obtuvo menos ganancia participara en la mitad de la diferencia que haya resultado, es decir, en el caso planteado María tendría derecho a 2.500€ porque la diferencia fueron 5.000€.

Sin embargo al momento de la elección del régimen se puede estipular un porcentaje diferente al legal de acuerdo al principio de autonomía de la voluntad, este régimen prácticamente en ninguna de las comunidades se establece como supletorio, sino que por el contrario es residual.

Conclusiones

La institución del matrimonio desde sus orígenes ha tenido una interesante forma particular, de dar forma al vínculo matrimonial tal como hoy en día es concebido, pasando de ser un mero símbolo religioso y familiar a un símbolo económico y social. Sus avances más significativos han repercutido incluso en la figura de la mujer, en su concepción como tal, hoy en día la mujer ya no se concibe como un simple ente sin valor, sin autonomía y sin capacidad sino que por el contrario es considerada como un ser capaz y autónomo, centro del hogar.

Dichas transformaciones alrededor de la institución del matrimonio y de la mujer han dado paso a que hoy en día se hable del matrimonio, no solo como una institución eclesiástica sino económica, y por ello es que se ha permitido hablar también de sus accesorias, las capitulaciones matrimoniales y el régimen económico del matrimonio, que no apuntan a otra cosa que a regular o determinar ciertos aspectos económicos del matrimonio.

Dichos aspectos que pueden ser determinados a través de las capitulaciones, son regulados en el mundo entero pero no de la misma manera. En Colombia y en España por ejemplo, tal como se observó, la regulación es totalmente diferente aunque con

sendas semejanzas, por demás, porque la capacidad jurídica de los contrayentes bajo el marco de la autonomía de la voluntad es más amplia en España que en Colombia.

Las diferencias, en síntesis, radican en que: a los futuros cónyuges en España les es permitido escoger el régimen económico del matrimonio que mejor les parezca antes de casarse y modificar el escogido por otro, después del matrimonio, a través de las capitulaciones matrimoniales en cambio en Colombia no y en que el régimen de separación de bienes a pesar de expresar lo mismo en ambos sistemas tiene una función distinta en cada país. También radican aquellas diferencias en que en España existe un régimen que no existe en Colombia, tal como es el régimen de participación de las ganancias que en pretérita oportunidad se estudió.

En Colombia, por disposición legal, los contrayentes no tienen modo de elección antes de contraer matrimonio y durante el mismo solo es posible modificar el régimen por uno de separación de bienes pero por circunstancias que expresamente se encuentran definidas, aquí las capitulaciones matrimoniales regulan aspectos económicos del matrimonio pero no dan lugar a elección de régimen económico del matrimonio antes del matrimonio, ni sirven para modificar aquel después de la celebración.

Claramente, todo lo anterior permite concluir que la autonomía de la voluntad en Colombia es mucho más limitada que en España, pero ¿Por qué? Sea ello principalmente porque la capacidad de elegir la separación de bienes se da en momentos diferentes y porque en Colombia no se puede elegir un régimen de participación que claramente pudiera ser establecido. Porque no, la posibilidad de que los futuros se puedan separar de bienes antes del matrimonio a través de las capitulaciones y de que un nuevo régimen como es el de participación, deje al azar el destino económico de cada cónyuge, a riesgo de que al final se determine una posible participación en sus ganancias.

Estas serias limitaciones en el aspecto matrimonial tendrán sus justificaciones, quizá porque es lo mismo separarse de bienes un mes antes del matrimonio como puede pasar en España, que separarse un mes después como puede pasar en Colombia, o porque si se implementa un nuevo régimen podría haber más trabajo para los jueces y habría que actualizar la justicia.

No sería cierta la afirmación de que ello es así por tratar de salvaguardar la figura de la familia, porque permítanme decirles que esto no es así. Un hogar no perdura más o menos bajo la premisa de que la sociedad de gananciales, a la que están obligados a someterse los contrayentes en Colombia por el mero hecho del matrimonio, permite la estabilidad en el hogar, al contrario, si un hogar es conformado, lo es, pero por las bases de la armonía y el amor, mas no por las bases de un sistema económico del matrimonio.

Entonces ¿en Colombia estamos llamados a ampliar esta capacidad jurídica tanto del hombre como de la mujer, implementando un nuevo régimen? Si, la autonomía de la voluntad se ver mejor reflejada y el sistema no pareciera una imposición legal que pretenda evitar la más pura manifestación del ciudadano. Los avances en materia familiar han sido tales que no podemos quedarnos incólumes o estáticos en determinado lugar de una línea del tiempo, debemos por el contrario avanzar hacia una sociedad más civilizada y desarrollada, donde prevalezca la autonomía de la voluntad, permitiendo el aprendizaje y desarrollo libre a cada pretendiente a través de un abanico de posibilidades en la materia.

La posibilidad de escoger entre uno de los regímenes económicos estudiados a los contrayentes en España es un claro avance social y familiar, independientemente del objeto económico que cada régimen tenga, la familia sigue concibiéndose como tal, siguen existiendo unas cargas familiares y nunca se ha tratado de desnaturalizar la familia, por el contrario lo que se pretende con este otorgamiento de autonomía es fortalecer los lazos familiares, bajo el marco de que no es por el dinero que las familias deben perdurar sino por el amor y el cariño.

Por tales motivos y cuestionamientos es que solo se puede conducir a concluir que las políticas sociales y económicas en Colombia en el aspecto matrimonial no pueden seguir siendo las mismas, no puede seguirse pensando que la autonomía de la voluntad en esta materia no existe para unas cosas, pero para otras sí. Así que los legisladores deben agendarse para debatir nuevamente sobre estos aspectos que verdaderamente adquieren sentido cuando son aplicados en las familias, quizá más para unas que para otras.

Bibliografía

(Corte Suprema de Justicia 7 de Marzo de 1952). Obtenido de

[http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20LXXI%20n.%C2%B0%202110-2114%20\(1952-1953\).pdf](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/subpage/GJ/Gaceta%20Judicial/GJ%20LXXI%20n.%C2%B0%202110-2114%20(1952-1953).pdf)

Alarcón Palacio, Y. (2005). Régimen patrimonial del matrimonio desde Roma hasta la Novísima Recopilación. *Revista de Derecho*, 2-31. Obtenido de

<http://www.redalyc.org/pdf/851/85102401.pdf>

Alarcón Palacio, Y. (2006). Régimen económico del matrimonio español desde la codificación hasta la Reforma de 1981. *Revista de Derecho*(25), 80-124. Obtenido de

<http://datos.redalyc.org/articulo.oa?id=85102503>

Arias Ramos, J., & Arias Bonet, J. (1981). *Derecho Romano* (Vol. II). Madrid: Revista de Derecho Privado.

Betancourt Rey, M. (1996). *Derecho privado: categorias basicas* (Primera ed.). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

- Blanco Rodríguez, J. (2011). Capitulaciones matrimoniales: ¿modificación, sustitución y eliminación del régimen económico del matrimonio? *Ambiente Jurídico*, 240-255.
Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4089390>
- Cardenas , F. (1884). *Estudios Jurídicos*. Madrid: Establecimiento tipografico de P. Nuñez.
Obtenido de <http://fama2.us.es/fde/ocr/2011/estudiosJuridicosT2.pdf>
- Caso Ana Francisca Agudelo Giraldo de Mejía Vs. Conrado Mejía Barreneche, 2400 (Corte Suprema de Justicia 1 de Agosto de 1979). Obtenido de
[file:///C:/Users/Usuario/Downloads/SC%20\(01-08-1979\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/SC%20(01-08-1979).pdf)
- De Castro y Bravo, F. (1991). *Derecho Civil de España*. Madrid: Civitas.
- De la Molandiere, J. (1946). La capacidad jurídica de la mujer casada. *Revista de la Facultad de Derecho*(6), 93-106. Obtenido de
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5084582>
- Dominguez Dominguez , E., Quintanilla Ramos , D., & Solis Melara, M. (2005). *Inaplicabilidad de las capitulaciones matrimoniales en la celebración del matrimonio*. San Salvador: Universidad del Salvador. Obtenido de
<http://ri.ues.edu.sv/5231/1/INAPLICABILIDAD%20DE%20LAS%20CAPITULACIONES%20MATRIMONIALES%20EN%20LA%20CELEBRACION%20DEL%20MATRIMONIO.pdf>
- Enciclopedia Universal Ilustrada Europeamericana* (Vol. 23). (1924). Barcelona: Esoasa-Calpa.
- Gomez R, J. (1961). *Régimen de Bienes en el Matrimonio* (3 ed.). Bogotá: Temis.
- González García , J. (2015). Régimen económico de gananciales. En B. Moreno Quesada, J. M. González Porras, J. M. Ossorio Serrano, J. Ruiz-Rico Ruiz-Morón, J. González García,

- R. Herrera Campos, & L. Moreno Quesada, *Curso de Derecho Civil IV: Derechos de Familia y Sucesiones*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Guzmán Alvarez, M. (2006). *El Régimen Económico del Matrimonio*. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario.
- Lafont Pianetta, P. (2010). *Derecho de Familia*. Bogotá: ABC.
- López Zamora , P. (2006). Capacidad Limitada de la Mujer Casada en el Derecho Histórico Español. *KINESIS(III)*. Obtenido de <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/kinesis/mujer%20casada.htm>
- Martín Mora, P. (2003). El régimen económico del matrimonio. *Escritura pública(24)*, 54-56. Obtenido de http://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?folderId=12092&name=D LFE-11216.pdf
- Miquel, J. (1986). *Instituciones de Derecho Privado Romano*. Barcelona : PPU.
- Morales Acacio , A. (2009). Capitulaciones Matrimoniales. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filipo, 1(2)*, 69-98. Obtenido de <http://revistas.unicartagena.edu.co/index.php/marioalariodfilippo/issue/view/33/showToc>
- Moreno Quesada, L. (2015). El régimen de separación de bienes. En B. Moreno Quesada, J. M. González Porrás, J. M. Ossorio Serrano, J. Ruiz-Rico Ruiz-Morón, J. González García, R. Herrera Campos, & L. Moreno Quesada, *Curso de Derecho Civil IV: Derechos de Familia y Sucesiones*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Neukirchen, P. (1997). *Historia de la mujer e historia del matrimonio*. (M. López Cerdón, & E. Montserrat Carbonell, Edits.) Murcia: Universidad de Murcia.

- Piqueras Juan , J. (2009). El régimen económico del matrimonio en la sociedad valenciana tardomedieval : la «germanía» o comunidad de bienes en las comarcas meridionales, 1421-1531. *Espacio, Tiempo y Forma, III*, 281-300.
doi:<http://dx.doi.org/10.5944/etfiii.22.2009.1646>
- Prada Ocampo, M. (2015). Del concepto jurídico del matrimonio: Un análisis doctrinario y jurisprudencial sobre su carácter refractario al cambio social. Bogotá. Obtenido de <http://hdl.handle.net/10983/2747>
- Sánchez Calero, F. (2015). Las Capitulaciones Matrimoniales. En B. Moreno Quesada, J. González Porrás, J. Ossorio Serrano, J. Ruiz-Rico Ruiz-Morón , J. González García, R. Herrera Campos, & L. Moreno Quesada, *Curso de Derecho Civil IV: Derechos de Familia y Sucesiones*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Schulz, F. (1990). *Principios del Derecho Romano*. Madrid: Civitas S.A.
- Somarriva Undurruaga, M. (1963). *Derecho de Familia*. Santiago de Chile : Editorial Nacimiento.
- Suárez Franco, R. (1998). *Derecho de Familia* (Vol. I). Bogotá: Temis S.A.
- Torrado, H. (2016). *Derecho de Familia: Régimen económico del matrimonio de la Sociedad Conyugal* (7 ed.). Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Vela Caro, A. (2015). *Del concepto jurídico de familia en el marco de la jurisprudencia constitucional colombiana: un estudio comparado en América Latina*. Obtenido de <http://hdl.handle.net/10983/2746>