

# Análisis exploratorio del contenido de las capitulaciones en Popayán durante los años 2016 a 2019\*

## Exploratory Content analysis of the contracts in Popayán from years 2016 to 2019

Recibido: Diciembre 01 de 2020 - Evaluado: Febrero 23 de 2021 - Aceptado: Abril 19 de 2021

Hugo Alexander Garcés Garcés\*\*  
 Jessica Alejandra Urrutia Bolaños\*\*\*  
 María Fernanda Rojas López\*\*\*\*  
 David Alejandro Gómez Mesa\*\*\*\*\*  
 Yohana María Ruíz Dorado\*\*\*\*\*  
 Andrés Fabián Álvarez Gómez\*\*\*\*\*

### Para citar este artículo / To cite this article

Garcés Garcés H, A., Urrutia Bolaños J, A., Rojas López M, F., Gómez Mesa D, A., Ruíz Dorado Y, M., & Álvarez Gómez A, F. (2021). Análisis exploratorio del contenido de las capitulaciones en Popayán durante los años 2016 a 2019. *Revista Academia & Derecho*, 12 (23), x-x.

### Resumen:

Con el objetivo de analizar el contenido y la eficacia de los negocios jurídicos de las capitulaciones matrimoniales y maritales celebradas en la ciudad de Popayán, durante los años 2016 a 2019, se aplicó una metodología analítica, así como el estudio de algunas categorías legales relativas a los pactos capitulares y a la autonomía de la voluntad privada en el campo matrimonial y convivencial. El análisis se desarrolla desde una perspectiva histórica recurriendo a fuentes científicas, doctrinales y jurisprudenciales. Una vez revisada la dogmática

\* El presente artículo es inédito. Artículo de investigación. Este documento es producto de la investigación realizada por el semillero de investigación Familia y Patrimonio adscrito al grupo de investigación Derecho médico, Derechos humanos y Bioética de la Universidad del Cauca, facultad de Derecho

\*\* Abogado de la Universidad del Cauca. Especialista en derecho en familia, Universidad Nacional de Colombia, Estudios de doctorado en la UBA, Docente de la Universidad del Cauca.

Correo electrónico: [hggarcés@unicauca.edu.co](mailto:hggarcés@unicauca.edu.co)

\*\*\* Estudiante de Derecho de la Universidad del Cauca, integrante del semillero de investigación Familia y Patrimonio, investigadora y coautora del artículo.

Correo electrónico: [jessiurbol@unicauca.edu.co](mailto:jessiurbol@unicauca.edu.co)

\*\*\*\* Estudiante de Derecho de la Universidad del Cauca, integrante del semillero de investigación Familia y Patrimonio, investigadora y coautora del artículo.

Correo electrónico: [maferojaslopez@unicauca.edu.co](mailto:maferojaslopez@unicauca.edu.co)

\*\*\*\*\* Estudiante de Derecho de la Universidad del Cauca, integrante del semillero de investigación Familia y Patrimonio, investigador y coautor del artículo. Correo electrónico: [davidgm@unicauca.edu.co](mailto:davidgm@unicauca.edu.co)

\*\*\*\*\* Estudiante de Derecho de la Universidad del Cauca, integrante del semillero de investigación Familia y Patrimonio, investigadora y coautora del artículo. Correo electrónico: [edelmiradorado@unicauca.edu.co](mailto:edelmiradorado@unicauca.edu.co)

\*\*\*\*\* Estudiante de Derecho de la Universidad del Cauca, integrante del semillero de investigación Familia y Patrimonio, investigador y coautor del artículo.

Correo electrónico: [andresfabian@unicauca.edu.co](mailto:andresfabian@unicauca.edu.co)

del tema, se procede a contrastar la información obtenida con la observación de las escrituras públicas suscritas durante el periodo señalado. Se revelará como la regulación legal de los pactos capitulares es incipiente y que muchas de las cláusulas contractuales analizadas terminan siendo ineficaces o innecesarias a la luz de las disposiciones legales. Hallazgos de gran importancia en la medida que la contractualización de las relaciones familiares se torna cada vez más necesaria y requiere mayor claridad sobre la forma correcta de confeccionar este tipo de negocios jurídicos.

**Palabras claves:** Autonomía Privada, Eficacia Jurídica, Pactos capitulares, Régimen Económico, Sociedad Conyugal, Sociedad Patrimonial.

**Abstract:**

To analyze the content and legal effectiveness of the legal business in the matrimonial and marital contracts made in Popayán, from years 2016 to 2019, an analytical methodology was applied, as well as the study of some relative legal categories for the capitulant contracts and the private autonomy in matrimonial and common-law marriages area. The analysis is developed from a historical perspective using scientific, doctrinal and jurisprudential sources. Once the subject dogmatics has been revised, the information obtained is compared with the observation of public deeds signed during the indicated period. It will be revealed how the legal regulation of the capitulant contracts is incipient and many contractual clauses analyzed end up being ineffective or unnecessary in the light of legal provisions. Findings of great importance as the contractualization of family relationships become increasingly necessary and require greater clarity on how to prepare this type of legal business.

**Key words:** capitulant contracts, Economic Regime, Legal Efficacy, Private Autonomy, Conyugal Community, Common-law patrimonial society

**Resumo:**

Com o objetivo de analisar o conteúdo e a eficácia dos assuntos jurídicos dos contratos matrimoniais e conjugais celebrados na cidade de Popayán, durante os anos de 2016 a 2019, aplicou-se uma metodologia analítica, assim como o estudo de algumas categorias legais relativas aos convênios contratuais e à autonomia da vontade privada no campo matrimonial e de convivência. A análise se desenvolve a partir de uma perspectiva histórica recorrendo a fontes científicas, doutrinárias e jurisprudenciais. Uma vez revisada a dogmática do tema, as informações obtidas são comparadas com a observação dos atos públicos assinados durante o período indicado. Será revelado como a regulamentação legal dos convênios contratuais é incipiente e que muitas das cláusulas contratuais analisadas acabam sendo ineficazes ou desnecessárias à luz das disposições legais. Constatações de grande importância à medida que o contrato das relações familiares se torna cada vez mais necessário e exige maior clareza sobre a maneira correta de preparar esse tipo de assunto jurídico.

**Palavras-chave:** contratos capitulares, Regime Econômico, Eficácia Legal, Autonomia Privada, Sociedade Conyugal, Sociedade Patrimonial.

**Résumé:**

Dans le but d'analyser le contenu et l'efficacité des transactions juridiques des accords matrimoniaux et matrimoniaux célébrés dans la ville de Popayán, au cours des années 2016 à

2019, une méthodologie analytique a été appliquée, ainsi que l'étude de certaines catégories juridiques liées à les conventions capitulaires et l'autonomie de la volonté privée en matière de mariage et de cohabitation. L'analyse est développée dans une perspective historique à partir de sources scientifiques, doctrinales et jurisprudentielles. Une fois la dogmatique du sujet passée en revue, les informations obtenues sont comparées à l'observation des actes publics signés pendant la période indiquée. Il sera révélé comment la réglementation juridique des accords de chapitre est naissante et que bon nombre des clauses contractuelles analysées finissent par être inefficaces ou inutiles au regard des dispositions légales. Des constats d'une grande importance dans la mesure où la contractualisation des relations familiales devient de plus en plus nécessaire et nécessite une plus grande clarté sur la bonne manière de préparer ce type d'affaires juridiques.

**Mots-clés :** Autonomie privée, Efficacité juridique, Pactes capitulaires, Régime économique, Société conjugale, Société patrimoniale.

SUMARIO: Introducción. - Problema de investigación. - Metodología. – Esquema de Resolución del problema Jurídico. -Plan de redacción. - 1. Perspectiva histórica de la Sociedad Conyugal y su naturaleza jurídica. 1.1. Análisis de las normas que regulan la sociedad conyugal. 1.1.1. Sociedad conyugal. 2. Perspectiva histórica de la sociedad patrimonial y su naturaleza jurídica. 2.1. Análisis de las normas que regulan la sociedad patrimonial. 3. Capitulaciones. 3.1. Concepto. 3.2. Historia de las capitulaciones en Colombia. 3.3. La autonomía privada de las capitulaciones. 3.4. Objeto de las capitulaciones. 3.4.1. Definición. 3.4.2. Aporte de bienes. 3.4.3. Renuncia a gananciales. 3.4.4. Exclusión del régimen de sociedad conyugal. 3.4.5. Donaciones. 3.4.6. Exclusión de bienes. 3.4.7. Análisis de las normas que regulan las capitulaciones. 3.4.8. Nulidad en las capitulaciones. 4. Resultados. - Conclusiones. -Referencias.

## Introducción

Las capitulaciones matrimoniales son contratos por medio de los cuales se establece un régimen económico especial o se realizan negocios jurídicos en el marco del régimen común de bienes de orden legal (Alarcón Palacio, 2019); (García Echeverri, 2013); (Blanco-Rodriguez, 2011). El código civil las define como “las convenciones que celebran los esposos antes de contraer matrimonio, relativas a los bienes que aportan a él. y a las donaciones y concesiones que se quieran hacer el uno al otro, de presente o futuro” (Ley 57, 1887).

Con el reconocimiento que trae la ley 54 de 1990 de la unión marital y la sociedad patrimonial, la facultad de celebrar este tipo de contratos se extiende a los compañeros permanentes, así lo exponen Rodríguez y Chau (2013). Con la concordancia legal referida por la ley 54 respecto al código civil, se crea un símil entre las sociedades de las dos uniones y a la luz de lo establecido en la carta política de 1991, se genera una relativa igualdad entre las dos formas de conformar familia (Moncada-Español, 2017); (Morales Acacio, 2009).

El fundamento de las capitulaciones se encuentra en el reconocimiento de la autonomía privada en relación con la sociedad conyugal y la sociedad patrimonial (Ortega Gómez, Vuelva Roncallo, & Villalba Mercado, 1997). Esta autonomía es entendida como la capacidad que tienen los particulares para darse sus propias normas en la creación y el desarrollo de un negocio jurídico particular. La autonomía de la voluntad privada es, “uno de los más importantes principios del derecho privado y del ordenamiento jurídico de un estado moderno” (SoroRussel, 2018, pág. 9). Tal categorización, garantiza que la libre autodeterminación no sea transgredida por un tercero. Así lo menciona la corte constitucional en sentencia C-278/14:

El régimen de bienes aplicable a la sociedad conyugal, está sometida entonces a la voluntad de los futuros esposos. Una vez contraído el matrimonio, sin que se hayan estipulado las capitulaciones, los cónyuges no podrán modificar las reglas aplicables por ser la sociedad conyugal una institución de orden público familiar (Sentencia C-278, 2014).

La perspectiva proteccionista del estado hacia la familia como núcleo fundamental de la sociedad ha sido un impedimento al desarrollo de la autonomía privada en el matrimonio. Se señala a la sociedad conyugal como el régimen legal y supletorio del matrimonio, relativo a los bienes y pasivos sociales (Garcés, Muñoz Mesa, & Peláez Bedoya, 2018).

Efectivamente, esta denominación realizada por la ley causa surgimiento automático de la sociedad conyugal en los matrimonios teniendo como base la creación de un proyecto económico en dichas uniones (Silva Sánchez, Daza Rojas, & Perkumiené, 2020); (Silva, 2003). Al contrario de esta idea, el dinamismo de la sociedad y el desarrollo de proyectos individualistas hacen que conformar un régimen común de bienes no sea una necesidad o un factor determinante a la hora de celebrar un matrimonio o de la convivencia (Ortíz Ruíz & Pinilla Ramos, 2019). Al respecto Rodríguez y Chaux refieren que:

La naturaleza del instrumento capitular es netamente patrimonial, pero más que pretender aportar bienes o hacerse concesiones entre ellos, de presente o futuro, demuestran un interés por suprimir la existencia de la sociedad patrimonial y por excluir ciertos bienes que incluso no requieren del mencionado pacto (Blanco Rodríguez & Chaux Rojas, 2013, pág. 83).

Con la promulgación de la ley 28 de 1932 se otorgó a los cónyuges igualdad en la administración y disposición de bienes durante el matrimonio, sin embargo, en a lo largo de la historia, esta facultad no siempre fue equitativa para ambos cónyuges; desde una concepción tradicional del matrimonio, la mujer estuvo sometida bajo el principio de potestad marital, por el cual la capacidad civil de la mujer para administrar sus bienes en el matrimonio estaba restringida.

Bajo la luz de la modernidad y las revoluciones liberales surgió un nuevo ideal de libertad y participación del individuo en la sociedad, era notoria la urgente reforma social, así como la creación de las primeras codificaciones que regularían el desarrollo de la vida moderna, de acuerdo a los nuevos principios de humanidad. No obstante, la nueva ley, según lo propone Gaviria, *ét al*: “recogió normativas romanas y germánicas que subordinaron a la mujer a la potestad del hombre, y le impidieron la independencia que ella buscaba, particularmente si la mujer estaba casada” (Gaviria Gil, y otros, 2013, pág. 143).

Aspectos tan irracionales como la diferencia corporal que la naturaleza creó, o la “fragilidad” para realizar cierto tipo de actividades que requerían algún esfuerzo del intelecto, hicieron que las mujeres quedaran “confinadas al espacio privado y bajo la tutoría de un hombre, ya fuese este padre, hermano, esposo o hijo” (Acevdo Tarazona & Uribe Ochoa, 2015, pág. 111). De esta forma, la vida de la mujer estaba sometida a la voluntad del marido, incluso en aspectos relevantes como el patrimonio y la capacidad para ejercer cualquier tipo de acto

Colombia adoptó el nuevo código civil de Andrés Bello, obra inspirada en el código civil francés. Esta norma conservó las características discriminatorias hacia la mujer, contenidas en la legislación francesa. Al pasar el tiempo, la ley, la jurisprudencia y la constitución de 1991 eliminaron de los negocios generales las disposiciones que tuvieran este rasgo desigual,

adaptando estos contratos privados a las necesidades del mundo contemporáneo. Si bien en aspectos referidos al matrimonio se eliminó la concepción discriminatoria hacia la mujer, no se ha adaptado de manera suficiente a las necesidades del nuevo mundo. Por ejemplo, en los negocios capitulares, se mantuvo una discrecionalidad en la reformulación de sus efectos. Gaviria, *et ál.* (2013) propone que la negativa constante a una reforma en asuntos tales como las capitulaciones o los aspectos de carácter civil y familiar se justificaba en que el país concentraba gran parte de su economía en la agricultura además de ser un estado confesional, como consecuencia de ello la mayoría de las políticas vigentes resultaban afines a los ideales católicos.

La regulación de las capitulaciones matrimoniales ha causado un desconocimiento general sobre el objeto de este contrato generando principalmente los siguientes problemas: La limitación en el acto, la ineficacia y la mutación de lo dispuesto en el mismo. La precaria legislación de las capitulaciones limita los actos que los contrayentes pueden incluir en sus pactos.

De igual forma cuando los contratantes acuerdan sobre aspectos que no son susceptibles de disposición puede dar lugar a la ineficacia de la cláusula. Por último, se observan casos donde los contratantes realizan manifestaciones contradictorias que evidencian el desconocimiento de las reglas que regulan las capitulaciones. En consecuencia, la voluntad de los capitulantes puede verse tergiversada generando efectos diferentes a sus intereses.

Este artículo presenta una aclaración sobre el objeto de las capitulaciones y sus alcances, con el fin de incentivar el uso de este contrato. Esta indagación se realiza con base en el contenido de las capitulaciones matrimoniales y maritales suscritas en Popayán, durante los años 2016 a 2019. Se realizó un análisis de las diferentes cláusulas pactadas en las capitulaciones, desde distintas perspectivas, incluyendo la perspectiva género.

Los resultados de este proyecto de investigación van a constituir un aporte a los estudiantes de derecho en su aprendizaje, con el fin de evitar la mala práctica de este instrumento en el desarrollo de su profesión. De igual modo beneficiaria a las universidades de manera directa en sus programas de derecho en razón de que su directriz en el contenido de las áreas aumentaría en precisión y calidad. Finalmente se ofrecerán posibles soluciones a los conflictos, problemas o vacíos de este contrato, encontrados en los resultados de la investigación.

## **Metodología**

Este artículo se desarrolló en el marco de un proyecto de investigación con enfoque cuantitativo y cualitativo. Para efectos de este proceso la unidad de observación estuvo conformada por los libros de protocolo de las tres notarías que conforman el círculo notarial de la ciudad de Popayán en el departamento del Cauca. Para revisar las capitulaciones matrimoniales y maritales fue necesario adoptar como primera medida un trabajo de campo que permitiera la recopilación de las unidades, en este caso las escrituras públicas suscritas durante los años 2016 a 2019. En este orden de ideas, se empleó como técnica investigativa la revisión documental a través de la toma de muestra mediante fotografía para su posterior análisis.

Previamente se consultaron diversas fuentes tales como libros, artículos científicos y videgrabaciones que fueron plasmadas en fichas bibliográficas, con los cuales se creó un marco teórico para la valoración de los contratos. Una vez finaliza esta etapa se recogieron los

datos requeridos para la construcción de tablas estadísticas en la plataforma Excel a fin de categorizar la información obtenida mediante el uso de variables.

Entre ellas se examinaron los siguientes aspectos: la cantidad de capitulaciones celebradas en el matrimonio y la unión marital de hecho, la existencia de exclusión del régimen, el porcentaje de exclusión de bienes desde una perspectiva de género y la renuncia a gananciales. Luego se elaboró un documento en donde se consignaron los primeros hallazgos en las unidades de estudio a los que les fue aplicado el método de la hermenéutica jurídica.

Como fase final el uso del análisis de contenido posibilitó la inspección objetiva de sentencias, jurisprudencia y doctrina para propiciar valoraciones cualitativas sobre la necesidad de regular estos pactos.

### **Problema jurídico**

Las normas que regulan los pactos capitulares son insuficientes y ambiguas. Por ello se genera confusión al hacer una interpretación sistemática. En consecuencia, cuando se celebran pueden causar ineficacias al momento de la liquidación de la sociedad conyugal y patrimonial. De acuerdo a ello nacen las preguntas:

¿Cuál es el objeto y contenido de las capitulaciones celebradas en la ciudad de Popayán durante los años 2016 a 2019? ¿La falta de prolijidad en las normas que regulan las capitulaciones matrimoniales y maritales puede inducir a errores en la confección de las mismas?

### **Esquema de resolución del problema Jurídico**

Para efectos de alcanzar los objetivos planteados en esta investigación y dar respuesta a los problemas se considera un marco jurídico que referencia el proceso investigativo. Con este fin se estudia la historia y naturaleza jurídica de la sociedad conyugal y patrimonial, para entender el propósito de los pactos capitulares. Así mismo se hará el estudio de los pactos prenupciales desde su dogmática, su historia, naturaleza, características y su eficacia. Se analizará cuáles son los alcances de la autonomía de la voluntad privada en el marco de las capitulaciones, puesto que los pactos prenupciales son suscritos en virtud de este principio. Por último, se realizará el análisis del contenido de las unidades de estudio, contrastado con las fuentes de derecho mencionadas.

### **Plan de redacción**

#### **1. Perspectiva Histórica de la sociedad conyugal y su naturaleza jurídica**

La institución del matrimonio tal y como se conoce, surge en la época del Imperio Romano. Para este periodo no existía un régimen económico formalmente establecido que regulara el matrimonio, pero existían conductas que definían parámetros respecto de algunos aspectos económicos. El vínculo patrimonial de la pareja emanaba de la forma en que el marido y la mujer formalizaban su relación, generando las siguientes variables identificadas por Moncada en las que se concluye el estado de subordinación de la mujer respecto a su cónyuge:

1. Si la mujer era independiente, la titularidad de los bienes se determinaba por el poder marital del hombre; es decir, si el hombre lo ostentaba los bienes eran de su dominio; por el contrario, si el hombre no tenía el poder marital, los bienes corresponderían a la mujer.

2. Si la mujer vivía con sus papás o no al momento de casarse, podían existir diferentes situaciones; la primera, que la mujer se hallara bajo la potestad de su padre y el hombre adquiriría el poder marital, en este caso los bienes de la mujer pasaban al poder del hombre. Era diferente cuando la mujer estaba bajo la potestad de su padre y el hombre no poseía el poder marital, en cuyo caso los bienes generados en vigencia del matrimonio acrecentaban el patrimonio del paterfamilias.

Existencia o no del poder marital por parte el esposo, o en otras palabras, la manera en la que el hombre manifestaba el poder sobre su familia y se sometía a la mujer casada a una condición de inferioridad. En este caso el cónyuge ejercía su voluntad de forma casi absoluta sobre ella en órbitas como la económica, patrimonial y personal, debido a que tenía la potestad de esclavizarla, venderla e incluso causar su muerte, sin afrontar sanción alguna (Moncada Español, 2017, pág. 1).

Se evidencian algunas de las consecuencias nocivas que representaba la institución del matrimonio respecto de la mujer en relación con sus derechos personales y patrimoniales. No obstante, el surgimiento del sistema dotal permitió la mitigación del desequilibrio existente entre los cónyuges, ya que si bien la mujer aportaba bienes para solventar los gastos del hogar ella resultaba beneficiada, pues una vez disuelto el vínculo su esposo tenía la obligación de restituir lo aportado (Moncada Español, 2017). Si bien la mujer perdía su calidad de propietaria respecto de estos bienes de modo formal, perduraba una expectativa, pues su propiedad estaba supeditada a la disolución del matrimonio que conllevaba a una eventual adjudicación de bienes.

Estas figuras europeas influenciaron países latinoamericanos, entre ellos Colombia; lo que ocasionó a su vez un fuerte arraigo a postulados conservadores y discriminatorios. Fueron necesarios esfuerzos revolucionarios de las mujeres para obtener reconocimiento en la vida social y jurídica con iguales garantías que los hombres; es así, como luego de varios intentos se logra que el congreso a pesar de su postura retrógrada y proteccionista cambiara su legislación escuchando a la mujer y accediendo a sus peticiones a través de la ley 28 de 1932.

En cuanto a la unión matrimonial, hoy es definida en la legislación civil como un contrato donde dos personas manifiestan su voluntad de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente. El matrimonio no sólo origina efectos de carácter personal y económicos; es por ello que una vez celebrado y a falta de estipulación contraria se genera el surgimiento de la sociedad conyugal (Ley 57, 1887).

La doctrina refiere que la sociedad conyugal es *sui generis*, en relación a diferentes aspectos especiales y diferentes de las demás sociedades civiles o mercantiles. Una vez conformada no genera persona jurídica diferente a los cónyuges, como sí ocurre en la constitución de sociedades comerciales. La sociedad conyugal se considera como una ficción jurídica, es decir, una figura que existe únicamente dentro del mundo del derecho; es una universalidad de bienes en donde los cónyuges son los encargados de su administración en calidad de socios.

Ahora bien, para que nazca esta sociedad y genere efectos jurídicos el matrimonio debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 1502 del Código Civil y los demás que disponga la ley. Cuando se habla de los bienes que tienen la categoría de sociales, estos se clasifican a su vez en bienes del haber absoluto y bienes del haber relativo. La diferencia entre unos y otros radica básicamente en que los segundos implican una retribución en favor del cónyuge que aportó o los llevó a la sociedad.

Es importante recalcar que la sociedad al ser una ficción no está supeditada a la existencia de los bienes o deudas sociales. Perfectamente puede existir una sociedad sin bienes o compuesta exclusivamente de deudas o pasivos.

La sociedad conyugal no es un efecto de la convivencia sino del matrimonio, por esta razón muchas parejas, aunque se hayan separado de hecho mantienen una comunidad de bienes que al final deberá ser disuelta y liquidada.

## **1.1 Análisis de las normas que regulan la sociedad conyugal**

Es relevante determinar y analizar las disposiciones que regulan el régimen económico que surgirá entre los cónyuges. A continuación, se expondrán los preceptos fundamentales y aquellos que para la investigación resultan convenientes.

### **1.1.1. Sociedad conyugal**

Según se deriva de la interpretación de la legislación civil colombiana, por el solo hecho del matrimonio nacerá la sociedad conyugal, salvo que los futuros contrayentes hayan pactado la exclusión del régimen o un régimen diferente (artículo 1774 del Código Civil). Se concluye el carácter supletorio de la sociedad y la posibilidad de que se suscriban capitulaciones que regulen el régimen patrimonial, siempre que su contenido no transgreda las normas de orden público. La corte constitucional en ejercicio de sus funciones ha clasificado la composición del haber social en absoluto y relativo.

En este punto es crucial señalar algunos aspectos complementarios de cada uno de los componentes que constituyen la sociedad conyugal así:

#### **HABER ABSOLUTO**

1. El artículo 1781 del Código Civil en su numeral primero. Hace alusión al dinero o bienes causados en favor de uno ambos cónyuges como contraprestación de su trabajo.
2. Artículo 1781 numeral segundo. Bajo este precepto es posible el ingreso de los frutos de bienes sociales, propios y de aquellos derechos que cualquiera de los cónyuges posea. Entonces, cuando uno de los cónyuges sea propietario de un bien inmueble y éste produzca cosechas durante la vigencia del matrimonio, las últimas harán parte del haber absoluto sin oportunidad de ser recompensado.
3. Artículo 1781 numeral quinto. Son sociales aquellos bienes que se adquieren a través de negocios jurídicos como la compra, la permuta, dación en pago y a cualquier título siempre que no sea gratuito, sin derecho a recompensa (Ley 84, 1873).

#### **HABER RELATIVO**

1. Artículo 1781 numeral cuarto. Podrán los cónyuges eximir de la comunión cualquier parte de sus especies muebles, designándolas en las capitulaciones, o en una lista firmada por ambos y por tres testigos domiciliados en el territorio.
2. Artículo 1781 numeral tercero. Este componente se refiere a los dineros que a la fecha de celebración del matrimonio poseen los contrayentes incluyendo aquellos que fueron causados con anterioridad al matrimonio y que se entregaron o pagaron en vigencia de la sociedad. En este punto se hace referencia a una presunción de aporte automático de bienes sobre la cual se tratará más adelante.



3. Artículo 1781 numeral sexto. Son los bienes que cualquiera de los futuros contrayentes aporta a la sociedad mediante las capitulaciones generando recompensa en favor de quien lo aportó (Ley 84, 1873).

Existen bienes que no ingresan a la sociedad conyugal una vez conformada o durante la vigencia de la misma, así lo determina la legislación civil en sus artículos 1782, 1783, 1788, 1792 y en la parte inicial de los artículos 1787 y 1794.

Finalmente, la sociedad conyugal obedece a un motivo proteccionista del patrimonio de los cónyuges, en virtud de la recompensa de los bienes que ingresan al haber relativo, evitando con ello la configuración del enriquecimiento sin justa causa.

## **2. Perspectiva histórica de la sociedad patrimonial y su naturaleza jurídica**

En el ordenamiento jurídico colombiano la concepción conservadora del matrimonio generó que la unión entre un hombre y una mujer sin la intención de contraer nupcias se catalogara en el imaginario común como un vínculo inmoral que tenía connotaciones jurídicas adversas a quienes la practicaban hasta el año 1937. Las primeras uniones libres se manifestaron en la época de la colonia debido a que el matrimonio católico sólo estaba permitido para los miembros de clase alta excluyendo a afros, indígenas y mezclas interraciales, quienes solo podían optar por convivir libremente. El concubinato empieza a mostrarse jurídicamente con la ley 45 de (1936), la ley 90 de (1946) y la ley 75 de (1968), donde se determinaba el régimen de protección de hijos extramatrimoniales para la adquisición de sus derechos y el amparo de la concubina en materia de seguridad social. Con la expedición de la ley 54 de (1990) se creó la categoría de unión marital y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes que regula el aspecto económico entre ellos. La implementación de esta ley trajo algunos de los siguientes cambios:

1. Supresión del concubinato y reconocimiento de la unión marital de hecho otorgándole a sus miembros la calidad de compañero o compañera en lugar de concubino o concubina.
2. Presunción de la sociedad patrimonial con el cumplimiento de requisitos.
3. Existencia de patrimonio común que corresponde por partes iguales a los compañeros.

De conformidad con la sentencia C-075 de (2007) se hace extensiva la existencia de sociedad patrimonial a las parejas del mismo sexo en Colombia, de acuerdo a los principios del Estado social de derecho. La naturaleza jurídica de la sociedad patrimonial se concibe generalmente como efecto inmediato de la convivencia entre los compañeros permanentes desde el primer día, aunque la norma que la regula no lo establezca de forma expresa. La declaración de esta sociedad se dará con posterioridad al inicio de la unión marital con el cumplimiento de un requisito temporal, tras convivir durante dos años, por la finalidad que persigue el estado de evitar la configuración del enriquecimiento sin justa causa y otorgar estabilidad a este tipo de uniones.

### **2.1. Análisis de las normas que regulan la sociedad patrimonial**

Las normas que reglamentan la sociedad conyugal se aplican de manera similar a la sociedad patrimonial, atendiendo a ciertas particularidades. Es así como La ley 54 de 1990 contempla en el parágrafo del artículo tercero que no formarán parte del haber de la sociedad, aquellos bienes adquiridos en virtud de donación, herencia o legado, ni los adquiridos antes de iniciar la unión marital de hecho. Sin embargo, ingresarán los réditos, rentas, frutos o mayor valor que produzcan estos bienes durante la unión. Se infiere que mientras en la sociedad conyugal existe

clasificación respecto del haber (Absoluto y relativo) la sociedad patrimonial está constituida únicamente del haber absoluto, postura respaldada por la corte constitucional en sentencia C-278 de 2014.

En conclusión, a la sociedad patrimonial ingresan aquellos bienes que se hayan generado producto del trabajo, ayuda y socorro entre los compañeros permanentes y los frutos de los bienes sociales o propios. No harán parte de ella los bienes adquiridos a través de negocios jurídicos gratuitos como la donación, herencia o legado y los adquiridos antes de la vigencia de la unión marital de hecho, sin importar si son muebles o inmuebles.

### **3. Capitulaciones matrimoniales y maritales en Colombia**

#### **3.1. Concepto**

Las capitulaciones constituyen una declaración de voluntad dispuesta mediante escritura pública, por la cual, uno, o ambos futuros contrayentes, regulan el régimen económico del matrimonio o la unión marital de hecho, relativo a los bienes propios e individuales que cada uno posee al momento de la celebración de tal declaración (Jiménez, 2007).

#### **3.2. Historia de las capitulaciones en Colombia**

Antes de realizar el análisis sustancial del objeto que contienen las capitulaciones patrimoniales y maritales, es necesario indagar sobre el origen de las mismas, por lo menos en lo que respecta a la legislación colombiana. Esta primera parte se dedicará a destacar los acontecimientos génesis de estos contratos y aquellos que permitieron eventualmente su desarrollo.

En nuestra legislación las capitulaciones han tenido una connotación paternalista pues la mujer casada soportaba los efectos de la incapacidad civil como consecuencia inmediata del matrimonio. En este sentido, una vez la mujer contrajera matrimonio no podía realizar actos jurídicos, colocándola en un plano equivalente al de la persona discapacitada y/o menor de edad.

La cónyuge se encontraba supeditada por ley a la voluntad de su marido, pues era este el jefe de la sociedad que se conformaba y quien administraba los bienes propios, los de su esposa y los comunes, por ende, ante terceros y acreedores el patrimonio de ella y el de él se confundían como uno solo.

Lo anterior era respaldado no sólo por la sociedad y por las leyes, sino por la comunidad jurídica en general. En virtud de este panorama las capitulaciones constituían una manera de proteger el patrimonio de la mujer, ya que esa libertad de administración encontraba su limitación en dos situaciones, por un lado, las restricciones establecidas en la ley y por otro lo que se hubiera convenido en las capitulaciones.

Se hará énfasis en dos de los cinco proyectos que se estaban tramitando “Proyecto de ley sobre reformas civiles” y “Proyecto de ley sobre reformas civiles-régimen patrimonial en el matrimonio” que pretendían la protección del patrimonio de la mujer y la adquisición de su capacidad civil. A pesar de la polarización de posturas las ponencias de quienes se negaban a la aprobación de los mismos no poseían soporte jurídico en la medida en que solo mostraban una excusa de interés ideológico, razón por la cual en sesión del 22 de octubre de 1932 se anuncia su aprobación que genera un avance de gran magnitud para el sistema del código civil,

al colocar la mujer casada en una condición jurídica igual a la de su marido (Gómez Molina, 2015).

### **3.3. La autonomía privada en las capitulaciones**

Aunque no se encuentre de forma expresa en la ley, la jurisprudencia ha fijado a la autonomía de la voluntad privada como un derecho relativo a las libertades individuales garantizadas por el estado social de derecho (Sentencia C-934, 2013). Para el ejercicio pleno de la autonomía privada en los contratos generales es necesario que existan ciertas garantías de protección a los derechos de los propios contrayentes. Por ejemplo, el código civil a través de los requisitos de las obligaciones, da validez a la verdadera voluntad de los otorgantes, expresando el ánimo de protección a las intenciones de los contrayentes. Aquellas relaciones, como lo menciona Hernández y Guerra “están sometidas a la iniciativa particular, porque es a ella a quien corresponde regular los intereses privados” (Hernández Fraga & Guerra Cosme, 2012, pág. 16).

No obstante, la autonomía de la voluntad privada no es absoluta, existen ciertas limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico. Estas restricciones además de ser necesarias, tienen como fin salvaguardar la integridad de valores que son de especial importancia para la sociedad. El orden público, de carácter objetivo impone al derecho privado la primacía del interés general sobre las relaciones particulares. Aunque el código civil menciona que: “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes” (Ley 84, 1873), la consolidación de lo estipulado debe responder de igual manera a “las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres” (Ley 84, 1873).

En el ordenamiento jurídico existen algunos conceptos y categorías que requieren de una evidente reforma para hacer efectivo el principio de la autonomía de la voluntad privada. La familia, por ejemplo, ha sido un tema sensible en la sociedad colombiana que conserva un concepto casi invariable desde su institución en Colombia. Aquella es sujeto de derechos de acuerdo a la normatividad vigente, incluso considerándola núcleo fundamental de la sociedad. Esta protección, como lo menciona Guío “es una forma de garantizar y propender por la efectividad de los derechos de las personas” (Guío Camargo, 2009, pág. 77). Sin embargo, la noción tradicional de familia sigue imperando en la legislación colombiana, lo anterior debido a posiciones religiosas y conservadoras.

La protección a la familia ha derivado en poca libertad brindada a los particulares en la elaboración de actos que estén vinculados con esta institución.

Las capitulaciones son contratos derivados de la autonomía privada de los contrayentes con particularidades vinculadas tradicionalmente a la familia, como el matrimonio y el proyecto económico que puede derivarse de aquel. Las uniones maritales, a pesar de su novedad en el sistema colombiano, también se le atribuye la misma característica.

La ley protege esta expectativa económica pues es considerada parte esencial de las uniones ya mencionadas. De acuerdo al código civil, el objeto de los pactos capitulares, es la regulación de estos valores económicos que regirán la sociedad. Algunos aspectos de este contrato son la irrevocabilidad una vez celebrada la unión y la inmutabilidad de lo pactado.

De las anteriores características se puede deducir que, en Colombia, el proyecto económico de los cónyuges o compañeros permanentes es constante y no se le es permitido cambiar a través del tiempo. Sin embargo, las expectativas económicas de las uniones, per se no pueden ser

consideradas equivalentes a la de los individuos que se encuentren en dicha unión. En este sentido se puede considerar la eliminación de aquellas características de las capitulaciones que puedan limitar este contrato por motivos de orden público o buenas costumbres. Las necesidades de los individuos en una unión cambian y es pertinente expresar sus necesidades en el ámbito jurídico a través de la autonomía privada.

Debe entonces permitirse actos como la reforma de asuntos económicos de la sociedad en las capitulaciones. La regulación de los pactos capitulares debe adecuarse a la voluntad de los individuos que convienen dicho contrato.

### **3.4. Objeto de las capitulaciones**

#### **3.4.1. Definición**

Las capitulaciones tienen por objeto regular el régimen económico del matrimonio o la unión marital de hecho, de igual manera permite la protección del patrimonio actual y futuro de los capitulantes. A continuación, se analizará el objeto de las capitulaciones

#### **3.4.2. Aporte de bienes**

Puede ser consignado por cualquiera de los futuros contrayentes y aceptado por el otro, siempre que deseen aportar bienes a la sociedad que se conformará, de manera que cuando se trate de bienes inmuebles estos deberán identificarse con su matrícula inmobiliaria, nomenclatura, área y linderos, además de especificar su valor. Sin embargo, la falta de esto no lo hace ineficaz. La jurisprudencia ha señalado que los bienes muebles ingresarán automáticamente a la sociedad razón por la cual en principio no serían objeto de este negocio jurídico.

Aquellos bienes inmuebles aportados mediante este pacto ingresarán al haber relativo de la sociedad conyugal permitiendo que al momento de la liquidación de la misma sean recompensados. Lo anterior es argumentado por la corte constitucional en sentencia 278 de 2014; no obstante, es conveniente considerar la posición adoptada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia 12701 de 2019 según la cual: por el hecho de contraer matrimonio no se presume el aporte de bienes a la sociedad conyugal.

Refiere el alto tribunal que este aspecto no considera la naturaleza de los bienes, esto es, no tendrá en cuenta si es un bien mueble o inmueble. Por consiguiente, para que exista aporte de bienes a la sociedad conyugal, el cónyuge interesado debe manifestar su voluntad en forma expresa. Bajo estos supuestos se deduce que la compensación sólo tendrá eficacia siempre que se cumpla con este requisito, además deberá acreditarse que el otro cónyuge resultó beneficiado con el aporte, lo que implicaría su aumento patrimonial una vez que el bien ingresó a la masa social (Sentencia STC-12701, 2019).

#### **3.4.3. Renuncia a gananciales**

La renuncia de gananciales es un acto de dejación de derechos patrimoniales, que se traduce en un modo de adquirir derechos por parte del otro cónyuge, al cual acrece su porción o adjudicación.

Se puede renunciar a los gananciales en dos momentos:

- En los pactos prenupciales.
- Con posterioridad a la disolución de la sociedad conyugal y patrimonial

Para que la renuncia sea eficaz es indispensable el conocimiento del estado de los negocios conforme a lo dispuesto en el artículo 1838 del Código civil. Sin embargo, no es posible prever lo que sucederá con los negocios antes de que se generen, por ello podría configurarse con la renuncia la desprotección de derechos respecto del régimen patrimonial al tomar una decisión bajo condiciones inciertas. Esto permite concluir que la celebración de este tipo de negocio con antelación al surgimiento de la sociedad es ineficaz.

Puede llevarse a cabo por medio de notaría o por manifestación ante autoridad judicial, ambas corresponden a la disolución de la sociedad conyugal y patrimonial. Una de las ventajas que otorga este objeto es permitir a las parejas tener iguales garantías económicas, en caso de que alguno de los cónyuges no tenga una fuente de ingresos propia.

#### **3.4.4. Exclusión del régimen de sociedad conyugal**

Se caracteriza porque en él no hay fondo común, de manera que cada cónyuge conservará la totalidad de los bienes que tenga al momento de contraer matrimonio o que durante el adquieran.

Es importante tener en cuenta que no por el hecho de someterse al régimen de exclusión de sociedad conyugal, se acaban o suspenden los efectos del matrimonio. Esto al tratarse de dos instituciones jurídicas distintas, es decir con o sin sociedad conyugal, persisten los derechos y deberes de las partes respecto de los hijos comunes y de los cónyuges entre sí.

La exclusión del régimen puede realizarse de dos formas, mediante capitulaciones matrimoniales y a través de la disolución y liquidación de la sociedad conyugal con posterioridad al matrimonio. En la práctica es posible encontrarse con capitulaciones que contengan cláusulas contrarias respecto de este objeto, es decir, en primera medida los capitulantes señalan exclusión del régimen y a continuación la conformación del mismo, sea porque lo manifiestan expresamente o de forma tácita. El resultado de estas estipulaciones contrarias confirmará de todos modos el surgimiento del régimen patrimonial.

Este objeto posee ventajas tales como garantizar la propiedad de los bienes, esto es que, en caso de optar por la separación de bienes, el patrimonio de cada uno seguirá siendo suyo. Por otro lado, habrá facilidad en el trámite ya que, al haber realizado la separación de bienes, cada cónyuge es propietario de sus bienes. Finalmente hay un menor riesgo en caso de deudas, por ende, si uno de los cónyuges tiene deudas no afectará al otro y así podrá evitarse el embargo de bienes de la pareja.

#### **3.4.5. Donaciones**

Las donaciones son un acto jurídico de carácter gratuito, en el cual una persona transfiere un bien a otra persona si esta acepta. Es un acto que se realiza por cualquier sujeto hábil, según el código civil colombiano en su artículo 1444.

Por otro lado, se entiende que para desarrollar este acto no es necesaria autorización alguna, no obstante, existen casos en los que la ley lo exige, así lo dicta el artículo 1458 del código civil. Una excepción a esta exigencia se encuentra en el artículo 1463 relativo a las capitulaciones

matrimoniales, en el que la insinuación no es requisito sobre las donaciones hechas, sin importar su valor.

Es imprescindible referirse a las donaciones por causa del matrimonio. Los diversos aspectos que se dan en este tipo de donaciones se rigen por las mismas reglas de las donaciones entre vivos, con la exigencia de que deberán constar por escritura pública o por confesión del tercero (art 1843 c.c). Si bien en un primer momento la ley manifiesta la irrevocabilidad de las donaciones en las capitulaciones existen tres causales para que el negocio jurídico sea revocable dentro del matrimonio.

La ley colombiana en su código civil restringe la donación de la totalidad de los bienes debido a la exigencia de unos requisitos. En este sentido, para que una persona pueda transferir a un tercero todos sus bienes mediante donación debe reservarse lo necesario para subsistir. Asimismo, deberá realizar insinuación, otorgamiento de escritura pública, inscripción y realizar un inventario solemne de los bienes. De lo contrario podría verse afectada de nulidad

#### **3.4.6. Exclusión de bienes:**

Aunque no esté expresamente consagrada en la ley, se ha dictaminado por vía jurisprudencial la posibilidad llevar a cabo la exclusión de bienes al momento de la celebración de capitulaciones como lo menciona la corte constitucional en sentencia C-278/14. La exclusión, se aplica para bienes muebles mencionados en el artículo 1781, los cuales deben estar debidamente individualizados y valuados, según el artículo 1780 del código civil. Es menester indicar que esta posibilidad solo se da en este tipo de bienes ya que los bienes inmuebles adquiridos antes del matrimonio, no ingresan al haber social que se crea con causa de este, así se determina en los artículos 1782 y 1783 del código civil colombiano.

La sentencia 12701 de 2019 de la corte suprema de justicia señala la inexistencia de una presunción de aporte automático de los bienes a la sociedad. Al realizar una interpretación sistemática de la misma se deduce que las cláusulas de exclusión de bienes resultan innecesarias pues no tendría sentido realizar exclusión de aquello que por jurisprudencia no ingresará a la sociedad.

#### **3.4.7. Análisis de las normas que regulan las capitulaciones:**

Es necesario hacer un análisis de las normas que regulan las capitulaciones, a fin de lograr una mayor comprensión sobre su contenido.

Los pactos capitulares están regulados desde el artículo 1771 hasta el artículo 1780 del código civil colombiano. El artículo 1771 define que la celebración de estos contratos es exclusiva para los esposos; no obstante, a partir de interpretaciones jurisprudenciales se determinó que son extensivas a la unión marital de hecho. Este tipo de contratos se dan con el fin de lograr un acuerdo en la administración, propiedad de bienes y regular en si el régimen patrimonial. Estos acuerdos tienen que cumplir con algunos requisitos formales que pueden llegar a ser esenciales, deben constar por escrito, en escritura pública o documento privado. Si no existe este pacto, el régimen conyugal o patrimonial se dará de acuerdo a la ley.

Las cláusulas terminan siendo limitadas por la ley y las buenas costumbres y siempre en el marco de los efectos económicos. Sin embargo, con base a los resultados obtenidos en el trabajo de campo los contratantes aún manifiestan aportar sus “efectos personales” a la sociedad, con

lo cual se incurre en error, pues las capitulaciones sólo se disponen para regular efectos patrimoniales.

Por otro lado, es importante mencionar que según el artículo 1778 del código civil, este tipo de pactos son de carácter irrevocable, una vez concebido el matrimonio o la unión marital no es posible modificar o adicionar alguna cláusula; no obstante, existe una contradicción sobre ello ya que según la misma legislación colombiana en el código civil artículo 1781 numeral 6 habla sobre el aporte que pueden hacer los cónyuges a la sociedad.

Al analizar este punto se determinó que no solo se puede dar mediante capitulaciones sino también por otro instrumento público, así al no determinar un límite para este acto, se podría dar este después de celebrado el vínculo. Entonces en el caso de que se haya dado un pacto prenupcial y luego se hiciera un aporte mediante otro instrumento, se estaría frente a una reforma del pacto inicial. Se puede concluir que existen diversos vacíos, así como algunas contradicciones sobre el objeto de los contratos, pues como se expresó anteriormente, las interpretaciones a su contenido se dan por vía jurisprudencial. Hay que tener en cuenta que este pacto se reviste de gran importancia y por ello debería estar regulado de forma clara y prolija, para así evitar inconvenientes a los otorgantes.

### **3.4.8. Nulidad en las capitulaciones:**

Para efecto de este estudio, la mención de este tipo de ineficacia es meramente enunciativo, pues de la revisión de los pactos, en principio no es posible calificar la totalidad de las causales de este tipo de sanción legal. La nulidad es entendida como una sanción, toda vez que, mediante su declaración por sentencia judicial se limitan los efectos producidos por un contrato.

Así lo señala Ferrer (como se citó en Concha, 2014) dado que la nulidad es el mecanismo institucional de depuración de actos o contratos que presentan un vicio de invalidez, ocurre que los actos inválidos no son nulos mientras no sean objeto de una declaración de nulidad. La nulidad surge o se evidencia una vez que no se cumplen con los requisitos establecidos por la ley, esto quiere decir que las nulidades son fijadas de manera expresa por el legislador.

En el ordenamiento colombiano se prevén dos tipos de nulidades las cuales son; absoluta y relativa. El código civil, Ley 57 (1887) se refiere al origen de la nulidad absoluta cuando el negocio jurídico presenta una de estas causales; incapacidad absoluta, ilicitud del objeto o la causa y la omisión de la forma para la validez del negocio. La nulidad relativa se califica como aquella irregularidad leve que faculta a las partes a un saneamiento del negocio, en esta se presenta; incapacidad relativa, vicios del consentimiento o la lesión enorme. Estos pactos prenupciales al ser negocio jurídico aplican en forma similar las normas relativas a la nulidad. Finalmente, para una posible subsanación atendiendo a la jurisprudencia de la corte constitucional:

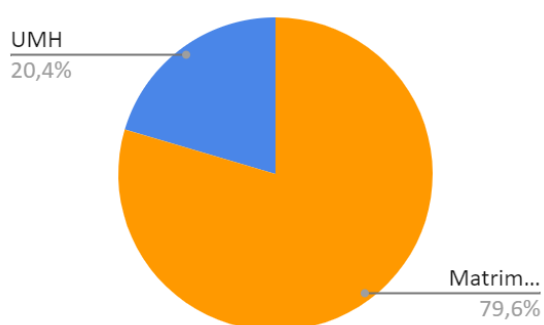
En materia de saneamiento, la ley ha prescrito que en el caso de nulidad absoluta por causa u objeto ilícito es absolutamente improcedente su saneamiento y que, en los demás casos, podría sanearse bien por ratificación de las partes o por la configuración de la prescripción extraordinaria (art. 1742 C.C.). Para el caso de la nulidad relativa, se ha previsto que ella puede sanearse por su ratificación o por el lapso o paso del tiempo (art. 1743 C.C.), la nulidad se puede sanear, es decir el negocio está abierto a la posibilidad de corregir o liberarse de los vicios que tenía. (Sentencia C-345, 2017).

#### 4. Resultados

Para la exposición de los resultados de este proyecto de investigación se elaboraron tablas que contienen la categorización de las uniones y de las cláusulas revisadas en los pactos prenupciales, así: i) tipo de unión, ii) bienes aportados, tipo de bien aportado, género de la persona que aporta el bien, iii) bienes excluidos, tipo de bien excluido, género de la persona que excluye el bien, iv) renuncia a gananciales, v) renuncia parcial de gananciales, vi) exclusión de régimen, vii) concesiones, viii) donaciones y otras cláusulas que no se incluyen en las anteriores categorías. Con base en lo anterior se crearon gráficas representativas de los porcentajes de estos resultados.

Ahora se presentan los gráficos resultados de la investigación:

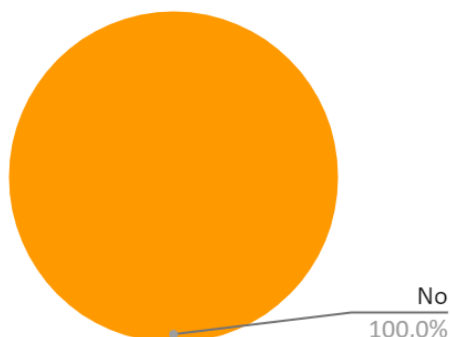
##### 1). Tipo de unión:



Fuente: elaboración propia

Se observa mayoritariamente la presencia de pactos capitulares matrimoniales en comparación de los convenidos por los miembros de uniones maritales de hecho. Ello se concluye cuando de un total de 54 pactos prenupciales suscritos en el circuito notarial de Popayán, 43 son capitulaciones matrimoniales y tan solo 11 son capitulaciones suscritas con destino a regular sociedades patrimoniales.

##### 2). Aporte de Bienes



Fuente: elaboración propia

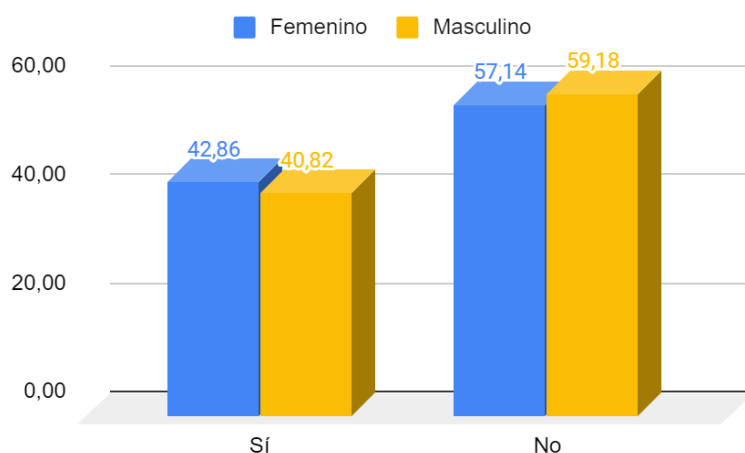
A pesar de que los contrayentes quisieron regular este aspecto, no se realizó aporte de bienes en los contratos, teniendo en cuenta que no se individualizaron según las exigencias legislativas. Atendiendo a tal situación no se determinó el género de la persona que aporta ni el tipo de bien aportado.



### 3). Exclusión de bienes

Para la observación de la exclusión de bienes en estos contratos se determinó la variable de género en la gráfica. También se distinguen los bienes excluidos por su clasificación, específicamente si son muebles o inmuebles.

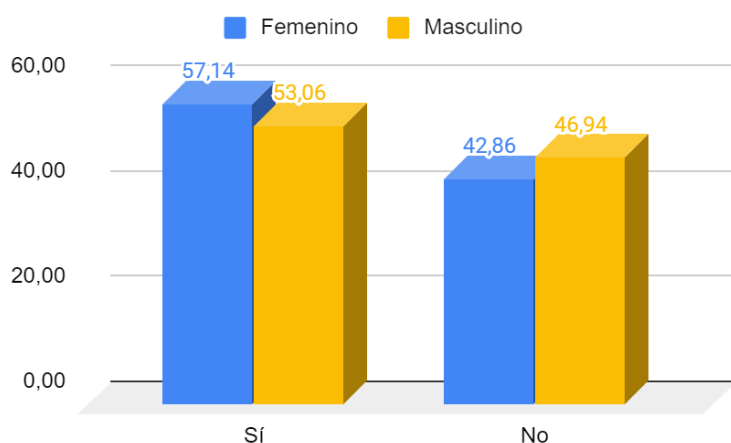
#### Exclusión de bienes muebles



Fuente: Elaboración propia

Una parte mayoritaria de los contratantes no excluyen bienes de tipo mueble en las capitulaciones. También se observa que el género femenino excluye ligeramente más bienes muebles que el género masculino.

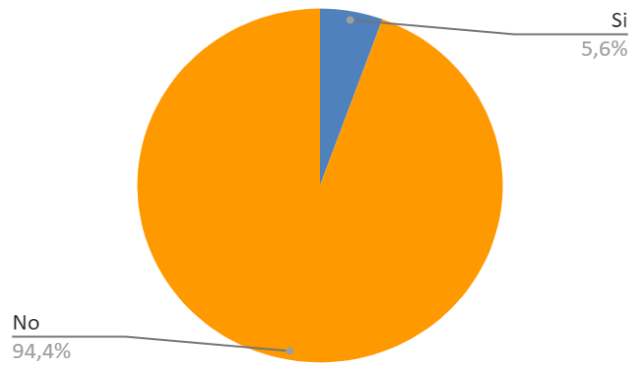
#### Exclusión de bienes inmuebles



Fuente: elaboración propia

Se observa que los capitulantes excluyeron bienes inmuebles en poco más del 50% del total de las capitulaciones. El género femenino excluyó más bienes inmuebles en comparación con el género masculino. Debe precisarse que en el sistema jurídico colombiano no es necesaria la exclusión bienes inmuebles, pues estos no ingresan a la sociedad si se adquieren antes de la unión.

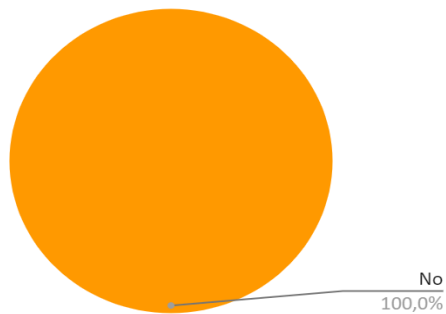
## 4). Renuncia a gananciales



Fuente: elaboración propia

Se determina una escasa renuncia, en la cual del total de las capitulaciones solo 3 de ellas contenían cláusulas de renuncia a gananciales y las otras 51 no contenían esta cláusula.

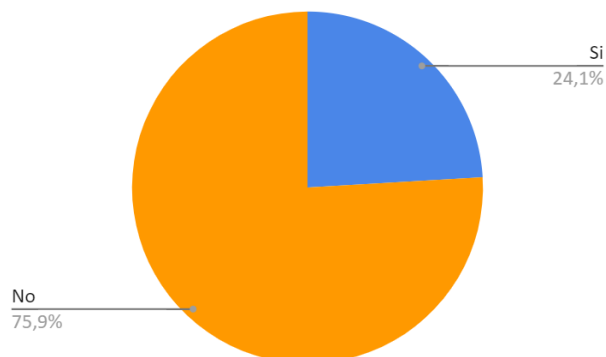
## 5). Renuncia parcial de gananciales



Fuente: elaboración propia

No se encontraron cláusulas sobre renuncia parcial a gananciales de la totalidad de las capitulaciones.

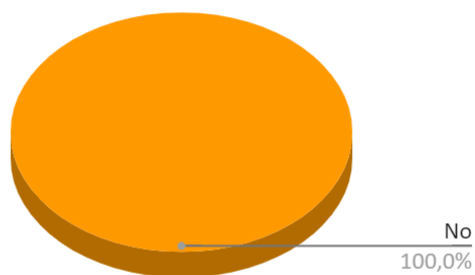
## 6). Exclusión de régimen



Fuente: elaboración propia

Esta cláusula se tomó con base a la jurisprudencia ya que no está determinada en la ley. Siendo así está presente en 13 pactos prenupciales de la totalidad de los contratos. Concluyendo que se usa esta figura a pesar de que no exista claridad en su regulación.

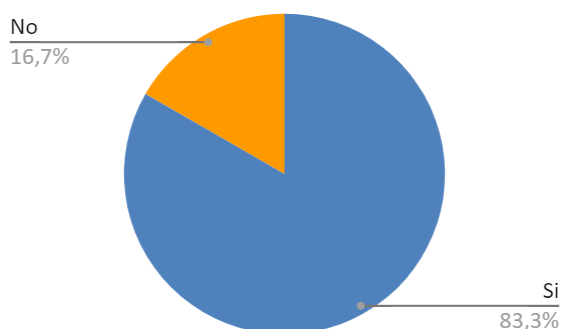
## 7). Concesiones y donaciones



Fuente: elaboración propia

No se encontraron este tipo de cláusulas en las capitulaciones.

8). Otros



Fuente: elaboración propia

Para esta categoría se incluyeron todo tipo de cláusulas que no corresponden a las categorizaciones anteriores. Todo ello con base en los diversos acuerdos que en algunas ocasiones no corresponden a lo determinado en la ley, un tipo de cláusula que se observa de manera regular en el contenido de estos contratos era el aporte de los efectos personales a la sociedad, un pacto por demás inentendible. Existe una subcategoría llamada cláusulas innecesarias en las que están aquellas expresiones de voluntad que no cumplen una función. Así las cosas, se determinó una inclinación mayor a la creación de estas cláusulas presentándose las mismas en 45 de los pactos revisados.

## Conclusiones

Siendo las capitulaciones un instrumento de gran utilidad para adecuar las expectativas económicas de las uniones a la voluntad de los contrayentes, es necesario que el legislador regule estos pactos de manera más amplia, a fin de que la verdadera intención de los contratantes pueda expresarse en los contratos evitando ineficacias en los mismos.

Conforme a los resultados del análisis dogmático, los negocios jurídicos como la renuncia a gananciales, reforma del pacto capitular y concesiones, contenidos en la legislación colombiana, no están reglamentados y evidencian desinterés del legislador para regular tales asuntos.

El contenido de las capitulaciones al ser lo que determina la administración del patrimonio debe ser claro, así como eficaz. No obstante, se demuestra que el ser y deber ser de las

capitulaciones no concuerdan. Esto conlleva consecuencias que afectan de manera directa el patrimonio. Existen cláusulas en las cuales se incurre en errores que riñen con la legislación nacional. Así, a pesar de creer que se hizo un acuerdo frente a un tema, en realidad el mismo no surte efecto alguno en la práctica. Lo anterior implica que lo pactado en estos contratos puede estar frente a una ineficacia dependiendo del caso en concreto, cuando lo pactado no concuerda con lo establecido en la normativa vigente sobre el tema. Esto se presenta cuando al ser un documento público el contenido es exclusivamente de quienes lo convengan, lo cual genera que las erratas sean más propensas a ocasionarse, creando inseguridad jurídica frente a lo determinado por los contratantes en las capitulaciones. Así en el caso hipotético de un desacuerdo frente a este pacto, por la falta de coincidencia entre lo convenido en las capitulaciones y la normativa vigente sobre el tema, se podría generar otro tipo de consecuencias no deseadas por alguno o los capitulantes.

Las capitulaciones analizadas contienen cláusulas que a la luz del derecho pueden clasificarse como innecesarias, es el caso de la exclusión de bienes inmuebles de propiedad de los futuros contrayentes. De igual forma se evidencian cláusulas ineficaces como el aporte generalizado de efectos personales a la sociedad a pesar de que el régimen comprende derechos netamente económicos.

La jurisprudencia lejos de presentar una solución a los continuos errores en la suscripción de capitulaciones exhibe posiciones contrarias; la corte constitucional sostiene en sentencia C-278/14 el ingreso automático de bienes muebles al haber social como efecto inmediato del vínculo matrimonial, debiendo la sociedad recompensar su valor al momento de la liquidación. Para la exclusión de estos bienes muebles sería necesario su estipulación en capitulaciones. Por el contrario, la sentencia No. 12701 de 2019 de la corte suprema de justicia, determina que no existe una presunción de aporte automático de bienes muebles como efecto del vínculo matrimonial. Bajo esta interpretación la exclusión de bienes muebles se catalogaría como innecesaria. Así las cosas, al momento de celebrar capitulaciones se han de considerar estas dos líneas jurisprudenciales.

Los pactos capitulares son fruto de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, la aplicación de este principio en este tipo de contratos es limitada, pues la inmutabilidad de los pactos prenupciales restringe la liberalidad de los contrayentes. Hay que tener en cuenta que las expectativas económicas de los contratantes pueden variar con el transcurso del tiempo. En este sentido el contenido de las capitulaciones podría no ajustarse a la nueva realidad de los contrayentes. Por esta razón otros sistemas jurídicos como el ecuatoriano permiten modificar los pactos prenupciales aún después de celebrados e inclusive revocarlos en atención a la voluntad de los contratantes.

En las escrituras públicas examinadas los capitulantes manifestaron su voluntad por fuera de lo dispuesto en la legislación. Surgiendo así la categoría denominada otros. A través de las tablas realizadas en esta investigación se puede observar como la institución del matrimonio sigue teniendo un carácter preponderante dentro de la sociedad colombiana. En este sentido la mayoría de capitulaciones celebradas entre los años 2016 y 2019 tienen destino matrimonial.

A pesar de que el código civil en su artículo 1771 señale como objeto de las capitulaciones el aporte de bienes, donaciones y concesiones que se efectuarán entre futuros contrayentes, no se determinó la presencia de ello en ninguna de las escrituras examinadas, por el contrario, es frecuente encontrar cláusulas que no se ajustan a ninguno de los preceptos señalados en la ley

para este contrato. Es prudente llevar a cabo una reformulación del objeto que reconozca el verdadero sentido de este contrato.

Es preciso que se lleve a cabo una reforma de manera urgente en esta materia que permita colmar los vacíos legales existentes, que responda a las necesidades de los otorgantes y faculte a los contratantes la aplicación de su autonomía privada en el entendido de posibilitar la modificación de este contrato, amparando los derechos de los capitulantes y sus patrimonios, pues el matrimonio o la unión marital de hecho según corresponda no plantea en principio cosa distinta a la de un beneficio en planos diversos del económico.

## Referencias

- Acevedo Tarazona, Á., & Uribe Ochoa, C. (2015). Mujeres y ciudadanía: Orígenes de un derecho y un debate sobre la participación política de las mujeres en el gobierno. *Revista Guillermo e Ockham*, 13(1), 109-116. doi:<https://doi.org/10.21500/22563202.1693>
- Alarcón Palacio, Y. E. (2019). Capitulaciones y rupturas de parejas en Colombia: Una revisión de la autonomía privada y sus límites frente al desarrollo en España, Estados Unidos e Inglaterra. *Revista Jurídica*(39), 45-108. doi:10.15366/rjuam2019.39.002
- Blanco Rodríguez, J., & Chaux Rojas, D. (2013). La celebración de capitulaciones en la Unión Marital de Hecho. *Revista Vniversitas*, 62(126), 65-88. Obtenido de <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/6121>
- Blanco-Rodriguez, J. (2011). Capitulaciones matrimoniales: ¿modificación, sustitución y eliminación del régimen económico del matrimonio? (C. d. Jurídicas, Ed.) *Ambiente Jurídico*(13), 239-255. Obtenido de [file:///C:/Users/USER/Downloads/Dialnet-CapitulacionesMatrimonialesModificacionSustitucion-4089390%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/USER/Downloads/Dialnet-CapitulacionesMatrimonialesModificacionSustitucion-4089390%20(1).pdf)
- Concha Machuca, R. (2015). Nulidad e invalidez en el Código Civil de Bello, en especial en cuanto a su forma de operar. *Revista Derecho*(44), 31-49. doi:<https://doi.org/10.14482/dere.44.7168>
- Garcés, F. A., Muñoz Mesa, L. M., & Peláez Bedoya, S. (2018). Régimen de bienes de la sociedad conyugal de Colombia comparado con los países de Suramérica Hispanohablantes. *Artículo de Trabajo de Grado*, 25. Antioquia, Colombia: Institución Universitaria de Envigado. Obtenido de [http://bibliotecadigital.iue.edu.co/jspui/bitstream/20.500.12717/1429/1/iue\\_rep\\_pre\\_der\\_mu%c3%b1oz\\_2018\\_r%c3%a9gimen\\_art.pdf](http://bibliotecadigital.iue.edu.co/jspui/bitstream/20.500.12717/1429/1/iue_rep_pre_der_mu%c3%b1oz_2018_r%c3%a9gimen_art.pdf)
- García Echeverri, D. S. (2013). *Capitulaciones matrimoniales en Colombia*. (T. d. Máster, Ed.) Zaragoza, España: Universidad de Zaragoza.
- Gaviria Gil, M., Alzate Tobón, L., Espinal Arango, C., Gil Guzmán, D., Posada Molinda, J., & Restrepo Upegui, J. (2013). La incapacidad civil de la mujer casada en Colombia. Conceptos de la doctrina jurídica en Medellín 1887-1930. *Revista Estudios de Derecho*, 70(156), 142-160. Obtenido de <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/20036>
- Gómez Molina, P. (2015). Régimen patrimonial del matrimonio: contexto histórico que rodeó la promulgación de la Ley 28 de 1932. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 17(1), 41-76. doi:<http://dx.doi.org/10.12804/esj17.01.2014.02>
- Guío Camargo, R. (2009). El concepto de familia en la legislación y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Revista Studiositas*, 4(3), 65-81. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3658953.pdf>
- Hernández Fraga, K., & Guerra Cosme, D. (2012). El principio de autonomía de la voluntad contractual civil. Sus límites y limitaciones. *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*(6), 27-46. doi:<https://doi.org/10.24310/REJIE.2012.v0i6.7773>
- Ley 28. (12 de noviembre de 1932). El Congreso de Colombia. *Sobre reformas civiles (Régimen Patrimonial en el Matrimonio)*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial Año 1932. N 22139, 17 de agosto, 1932. Obtenido de <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1584147>

- Ley 45. (30 de marzo de 1936). El Congreso de Colombia. *Sobre reformas civiles (filiación natural)*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 23.147 de 30 de marzo de 1936. Obtenido de [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley\\_0045\\_1936.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0045_1936.htm)
- Ley 54. (28 de diciembre de 1990). El Congreso de Colombia. *Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 39.615 del 31 de diciembre de de 1990. Obtenido de [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley\\_0054\\_1990.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0054_1990.htm)
- Ley 57. (15 de abril de 1887). El Consejo Nacional Legislativo. *Sobre adopción de Códigos y unificación de la legislación nacional*. Cundinamarca, Estados Unidos de Colombia: Diario Oficial año XXIII N 7019 10, abril, 1887. Obtenido de <https://www.suin-juricol.gov.co/viewDocument.asp?id=1789030>
- Ley 75. (31 de diciembre de 1968). El Congreso de Colombia. *Por la cual se dictan normas sobre filiación y se crea el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 32.682 de 31 de diciembre de 1968. Obtenido de [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley\\_0075\\_1968.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0075_1968.htm)
- Ley 84. (26 de mayo de 1873). El Congreso de los Estados Unidos de Colombia. *Código Civil de los Estados Unidos de Colombia*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 2.867 de 31 de mayo de 1873. Obtenido de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_civil.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html)
- Ley 90. (26 de diciembre de 1946). El Congreso de Colombia. *Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de <https://www.lexbase.co/lexdocs/indice/1946/10090de1946#:~:text=Ley%2090%20de%201946%20%2D%20Colombia,Instituto%20Colombiano%20de%20Seguros%20Sociales.>
- Moncada Español, S. (2017). Régimen Económico del Matrimonio Semejanzas y diferencias entre el sistema jurídico colombiano y el español. (*trabajo de pregrado*). Bogotá D.C, Colombia: Universidad Católica de Colombia. Obtenido de <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/15087/1/ARTICULO%20DE%20INVESTIGACION%20FINAL.pdf>
- Moncada-Español, S. (2017). Régimen económico del matrimonio: semejanzas y diferencias entre el sistema jurídico colombiano y el español. *Trabajo de Grado*. Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Obtenido de <http://hdl.handle.net/10983/15087>
- Morales Acacio, A. (2009). Capitulaciones Matrimoniales. *Revista Jurídica Mario Alario D' Filippo*, I(2), 239-255. doi:<https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.1-num.2-2009-195>
- Ortega Gómez, A. M., Vuelva Roncallo, N., & Villalba Mercado, R. (1997). ¿Esta usted proximo a contraer matrimonio? Usted debe Saber: Que son las capitulaciones matrimoniales, que es el régimen de separación de bienes, que es el régimen de gananciales. *Trabajo de grado, Pregrado*. Barranquilla, Colombia: Universidad Simón Bolívar.
- Ortíz Ruíz, J. M., & Pinilla Ramos, W. (2019). Diseño de un modelo basado en contratos inteligentes aplicado al matrimonio contraído por una pareja según la legislación colombiana. *Proyecto de grado para optar al título de especialista en ingeniería de Software*, 59. Colombia: Universidad Distrital Francisco José de Caldas. Obtenido de <https://repository.udistrital.edu.co/bitstream/handle/11349/15807/Ort%c3%adzRu%c3%adzJemyMarcela2019.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Sentencia C-075. (7 de febrero de 2007). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Rodrigo Escobar Gil*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente D-6362. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-075-07.htm>
- Sentencia C-278. (7 de mayo de 2014). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Mauricio González Cuervo*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente D-9903. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-278-14.htm>
- Sentencia C-345. (24 de mayo de 2017). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Alejandro Linares Cantillo*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: Expediente D-11758. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-345-17.htm>
- Sentencia C-934. (11 de diciembre de 2013). Corte Constitucional. La Sala Plena. *M.P.: Nilson Pinilla Pinilla*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente D-9661. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-934-13.htm>

- Sentencia STC-12701. (18 de septiembre de 2019). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P.: Ariel Salazar Ramírez. Bogotá D.C, Colombia: Radicación n.º 11001-02-03-000-2019-02810-00. Obtenido de <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2019/09/STC12701-2019.pdf>
- Silva Sánchez, A., Daza Rojas, J. M., & Perkumiené, D. (2020). La regulación de los derechos y obligaciones de carácter no patrimoniales entre los cónyuges en la jurisprudencia española, colombiana y lituana. *Derecho glob. Estud. sobre derecho justicia*, 5(14), 17-45. doi:<https://doi.org/10.32870/dgedj.v5i14.309>
- Silva, A. (2003). *La patrimonialidad de la prestación y la protección de intereses patrimoniales y no patrimoniales en Roma y en la dogmática jurídica moderna* (Primera edición ed.). Cáceres, Universidad de Extremadura.
- SoroRussel, O. (2018). *El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual* (1 ed.). Madrid, España: Editorial Reus.