

# **CAPITULACIONES Y RUPTURAS DE PAREJA EN COLOMBIA: UNA REVISIÓN DE LA AUTONOMÍA PRIVADA Y SUS LÍMITES FRENTE AL DESARROLLO EN ESPAÑA, ESTADOS UNIDOS E INGLATERRA\***

## **PRENUPTIAL AGREEMENTS AND BREAKUP OF MARRIAGE IN COLOMBIA: A REVIEW OF PRIVATE AUTONOMY AND ITS LIMITS AGAINST THE BACKDROP OF ITS DEVELOPMENT IN SPAIN, THE UNITED STATES AND ENGLAND**

**YADIRA ELENA ALARCÓN PALACIO\*\***

**Resumen:** Se propone el análisis de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las capitulaciones en el matrimonio y en la unión marital de hecho, con una visión actualizada de los límites de la misma en el marco de un orden público familiar a la luz de los actuales postulados constitucionales. Revisaremos los límites generales de la autonomía de la voluntad y el estado actual de su interpretación en el Derecho común español y Derecho catalán y en el Derecho inglés y norteamericano. Estudiaremos la autonomía de la voluntad en las relaciones de pareja en Colombia y especialmente en capitulaciones matrimoniales y maritales para sopesar las diferencias entre los dos ámbitos presentados y proponer pactos de pruruptura de pareja que en una ampliación, tanto de lo personal como de lo patrimonial, puedan contribuir a resolver las rupturas y evitar la judicialización, sin que ello, a nuestro juicio, exceda los límites que una lectura actual de la ley, el orden público o las buenas costumbres impongan.

**Palabras clave:** límites a la autonomía, autonomía de la voluntad, capitulaciones matrimoniales, capitulaciones maritales, orden público familiar, buenas costumbres o moral social, pactos de ruptura de pareja.

---

\* <http://doi.org/10.15366/rjuam2019.39.002>

Fecha de recepción: 25 de febrero de 2019.

Fecha de aceptación: 21 de junio de 2019.

Este producto corresponde al proyecto *Retos Actuales de la Autonomía Privada*, cuyos investigadores principales son el Prof. Dr. D. José María Miquel González y la Prof. Dra. Doña. Esther Gómez Calle, (DER2014-52503-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad de España, en el marco del Convenio de Cooperación Interinstitucional Universidad Autónoma de Madrid – Pontificia Universidad Javeriana.

\*\* Profesora Asociada del Departamento de Derecho Privado de la Pontificia Universidad Javeriana – Bogotá, Colombia. Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Investigadora Senior de Colciencias Líder del Grupo de Investigación en Derecho Privado de la Pontificia Universidad Javeriana (COL0035903, categoría A, Convocatoria 781 de 2017) al cual pertenece esta contribución. Contacto: yalarcon@javeriana.edu.co.

**Abstract:** An up-to-date analysis of the autonomy of the will in the field of prenuptial agreements and civil partnership agreements, against the background of a family public order in the light of the current constitutional principles, is proposed. The general limits of the autonomy of the will and the current state of their interpretation in legal systems such as the Spanish, Catalan, English and North American ones will be reviewed. The autonomy of the will within the couple in Colombia will be analyzed, especially as regards prenuptial agreements and civil partnership agreements, in order to weigh the differences between these two regimes and to propose pre-breakup agreements that may contribute to solve breakups and avoid judicialization through a regulation both of personal and proprietary issues, which would not in our view exceed the limits imposed by a contemporary interpretation of the law, the public order or *bonos mores*.

**Keywords:** limits to autonomy, autonomy of the will, prenuptial agreements, civil partnership agreements, family public order, *bonos mores* or social morality, pre-breakup agreements.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA Y SUS LÍMITES GENERALES: ORDEN PÚBLICO Y BUENAS COSTUMBRES; 1. Del orden público al orden público constitucional; 2. De las buenas costumbres a la moral social; III. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LAS RELACIONES DE PAREJA; 1. El estado de la cuestión en Derecho común español y el Derecho catalán (*civil law*); A. Derecho común español; B. Derecho catalán; 2. Dos ejemplos del Derecho anglosajón. Estados Unidos e Inglaterra (*common law*); A. Derecho norteamericano; B. Derecho inglés; IV. ALCANCE ACTUAL DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA EN EL MATRIMONIO Y EN LA UNIÓN MARITAL EN COLOMBIA; 1. Antecedentes; 2. Manifestaciones claras actuales del ámbito de aplicación de la autonomía de la voluntad en las parejas por fuera de las capitulaciones matrimoniales; 3. Las actuales capitulaciones matrimoniales y de la unión marital de hecho; A. Concepto y aplicación al matrimonio y a la unión marital de hecho; B. El contenido. Los pactos patrimoniales como contenido «típico» en las capitulaciones matrimoniales; C. La oportunidad. Inmutabilidad del régimen; V. UNA NUEVA MIRADA A LOS LÍMITES DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y DE UNIONES MARITALES EN COLOMBIA; 1. Límites derivados del orden público familiar; 2. Límites derivados de la ley y las buenas costumbres o moral social; 3. Los pactos atípicos de previsión de una ruptura como contenido de las capitulaciones matrimoniales y de uniones maritales en Colombia; A. Eficacia de los pactos atípicos; B. Validez de los pactos de orden personal y otros asuntos por fuera del régimen económico; C. Validez de otros pactos de orden patrimonial; D. Casos que requieren un mayor control de legalidad y cautela; E. Pactos contrarios al orden público familiar; VI. CONCLUSIONES; VII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

Mucho se ha dicho a lo largo de décadas acerca de la autonomía de la voluntad privada. Se ha hecho referencia a ella en el marco de las relaciones privadas como un principio de libertad que permite la autodeterminación de las personas y la posibilidad de fijación de reglas vinculantes entre particulares. Se ha reconocido la autonomía de la voluntad como

un principio del Derecho relacionado con la libertad negocial y en la esfera de los contratos cobra su principal expresión. Dicha autonomía privada se mira como relevante pero no extralimitada. Desde la revolución francesa fue considerada un eslabón de la libertad, pero de la misma forma se establecieron sus límites. Siendo los más claros los que por vía legislativa se enuncian como la imposibilidad de contrariar por vía de la voluntad de las personas la ley, el orden público y las buenas costumbres.

De esta forma se repetirían en los principales códigos europeos y de América Latina estas expresiones como limitativas de una libertad que no podía ser arbitraria. Es así como la doctrina más autorizada ha ocupado grandes estudios en torno a tales límites pretendiendo dar claridad a su alcance y formas de aplicación. La autonomía de la voluntad se refleja en las distintas esferas privadas, tanto en materia de contratos, como en las relaciones familiares. En estas últimas, las limitaciones son más marcadas en los ordenamientos bajo el concepto de no ser contrarias a la ley y a las buenas costumbres.

Tal es el caso colombiano en materia de capitulaciones matrimoniales. Expresamente la normativa colombiana señala como límites a los pactos capitulares aquellas cláusulas que contraríen la ley o las buenas costumbres, expresiones que se pueden predicar hoy en día también válidas para las relaciones de las parejas de hecho, pues existe en Colombia un reconocimiento a las llamadas legalmente Uniones Maritales de Hecho. A tales uniones les ha sido reconocida por vía doctrinal y jurisprudencial la aplicación de las capitulaciones que rigen para los matrimonios y cuyo alcance a este modelo de pareja se logra por la remisión normativa sobre el imperativo de aplicación de las normas de la sociedad conyugal en caso de vacío en las uniones maritales de hecho.

Las tendencias, tanto en el Derecho continental europeo como en los regímenes anglosajones, muestran una utilización acuciosa de los pactos conyugales en uso de la autonomía de la voluntad. Dichos pactos en muchos regímenes se permiten antes o durante el matrimonio. Poco menos frecuente es su utilización o permisibilidad legal en las uniones de hecho. Sin embargo, tal autonomía presenta complejidades en su desarrollo por la llamada contractualización del Derecho de familia, que plantea una libertad amplia en materia de régimen del matrimonio, pero que a su vez analiza los límites a la misma con tendencias de interpretación restrictiva, en lo que parece ser la presencia de «cláusulas leoninas» en la esfera de pareja.

En este trabajo, haremos una revisión de la autonomía de la voluntad privada y sus límites tradicionalmente entendidos, para luego adentrarnos de manera específica en cómo esta autonomía ha sido aplicada en regímenes de *civil law* y de *common law*, con el fin de mostrar una visión del alcance de lo que puede pactarse en materia de parejas. Luego nos adentraremos en las capitulaciones matrimoniales y «maritales» en Colombia<sup>1</sup>, también

---

<sup>1</sup> El término «marital», utilizado por el legislador en 1990 para regular las relaciones de hecho y sus consecuencias patrimoniales, muestra un patriarcalismo que aún se proyecta hasta nuestros días, colocando al marido en la denominación de las instituciones de pareja. Doctrina y jurisprudencia la utilizan de manera

haciendo una revisión de los límites tradicionalmente entendidos a dicha autonomía privada. Finalmente, sopesaremos las diferencias entre los dos ámbitos presentados y trataremos de demostrar hasta qué punto, bajo la actual normativa colombiana, se puede llegar a una ampliación de la visión tradicional de la facultad de pacto entre los futuros miembros de una pareja sin que tal ampliación, a nuestro juicio, exceda los límites que una lectura actual de la ley, el orden público o las buenas costumbres impongan.

## II. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA Y SUS LÍMITES GENERALES: ORDEN PÚBLICO Y BUENAS COSTUMBRES

### 1. Del orden público al orden público constitucional

El alcance de la libertad en la contratación no es absoluto. Por fijar un punto de partida, desde el Código Civil de Napoleón (1804) se consagran los límites a esa voluntad estableciéndose en el artículo 6.º que «no cabe derogar por convenciones particulares las leyes que afectan al orden público y a las buenas costumbres». Esta norma fue imitada en las codificaciones que sufrieron su influencia, tanto en Europa (como por ejemplo Código Civil de los Países Bajos, 1838; Código Civil italiano, 1865) como en América Latina (por ejemplo, Chile, 1855; Argentina, 1869)<sup>2</sup>.

Autores como De Castro y Bravo o Espín Canovas han dedicado su atención a realizar aportes en el esclarecimiento de dichos conceptos y han destacado las dificultades que presenta su concretización. Para el primero, el orden público es una cláusula general de la ley; en el marco de tal idea la señala como distinta a las figuras clásicas de la buena fe, de las buenas costumbres y de la diligencia del buen padre de familia<sup>3</sup>.

Espín Canovas aborda la problemática de definición del orden público desde el derecho francés, trayendo a colación a De Page quien intenta dar la idea general de orden público señalando que «la ley de orden público es aquella que afecta a los intereses esenciales del Estado o de la colectividad, o que fija, en el Derecho Privado las bases jurídicas fundamentales sobre las cuales reposa el orden *económico o moral* de una sociedad determinada», precisando Espín Canovas la exclusión de la defensa de intereses meramente privados, particulares, del campo de acción de la noción de orden público, pues la defensa de esos últimos se realizaría a través de leyes imperativas<sup>4</sup>.

---

normalizada, lo que nos obliga a su uso, con la aclaración de que preferimos las expresiones «relaciones convivenciales» o de «parejas estables».

<sup>2</sup> Cf. DE CASTRO Y BRAVO F. «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 35, núm. 4, 1982, p. 1036.

<sup>3</sup> DE CASTRO Y BRAVO F. «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», ob. cit., p. 1030.

<sup>4</sup> ESPÍN CANOVAS D., «Los límites de la autonomía de la voluntad en el Derecho privado», *Anales de la Universidad de Murcia*, vol. 13, 1954, p. 19.

Díez-Picazo sostiene que es equivocado aproximar las leyes imperativas al concepto de orden público, ya que es posible que una norma imperativa sea asumida por una decisión de política jurídica, sin que ello afecte al orden público. Para este autor el orden público es «la organización general de la comunidad o sus principios fundamentales y rectores», identifica el concepto de orden público con los asuntos estrictamente constitucionales que no pueden ser lesionados por acuerdos entre los particulares, ni siquiera porque en ello participe el mismo sujeto afectado<sup>5</sup>. Compartimos tal afirmación y la asumiremos para delimitar el concepto de orden público y desarrollar su alcance como orden público familiar<sup>6</sup>.

En esta misma corriente, Rodríguez Guitián limita este concepto a la aplicación de ciertos principios constitucionales, tales como la protección a la familia, recogido en el artículo 39.1 de la Constitución Española (en adelante CE); el principio de protección integral de los hijos, derivado del artículo 39.2 CE y de los distintos tratados internacionales; el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE); y, por último, hace referencia a los derechos fundamentales de los cónyuges<sup>7</sup>.

En este mismo enfoque, Parra Lucán señala que «el sistema de valores imprescindibles del que se deben deducir las reglas que permitan conformar las normas imperativas está recogido en la Constitución. El concepto de orden público, tradicional en la elaboración de los conceptos de estado civil y de las relaciones familiares, en la actualidad debe identificarse con los principios y valores constitucionales, con los derechos fundamentales». En consecuencia, concluye que: «“el orden público familiar” es decir, las reglas básicas sobre las que se organiza la familia, son las que están en la Constitución»<sup>8</sup>.

En este sentido queda fijado nuestro punto de vista respecto al contenido de ese orden público familiar, condicionado al ámbito interno dentro del orden público constitucional de un Estado. Aun así, reconocemos que quedan otras cuestiones que habrá que dilucidar y que escapen a este estudio, como son los escenarios de confrontación de dos o más derechos fundamentales<sup>9</sup>. Sobre la problemática del orden público familiar volveremos en el apartado sobre Derecho colombiano.

<sup>5</sup> DÍEZ-PICAZO L., «Comentario al artículo 1255 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2.ª ed., Madrid (Ministerio de Justicia), 1993, p. 432.

<sup>6</sup> Sobre el consenso en la doctrina en cuanto a la existencia de un orden público familiar Vid. RODRÍGUEZ GUITIÁN A.M., *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, Cizur Menor (Aranzadi), 2018, p. 186; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ C., «La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes», en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Madrid (Dikynson), 2009, pp. 117-272; PAZ-ARES, C., «Comentarios a los artículos 1665 a 1708» en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2.ª ed., Madrid (Ministerio de Justicia), 1993.

<sup>7</sup> Cf. RODRÍGUEZ GUITIÁN A.M., *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, ob. cit., pp. 185-186.

<sup>8</sup> PARRA LUCÁN, M.A., «Autonomía de la voluntad y Derecho de Familia», en *Autonomía de la voluntad en el derecho privado*, Tomo I, Madrid (Consejo General del Notariado), 2012, p. 119.

<sup>9</sup> Expuesta así la cuestión tampoco podemos tener una total claridad sobre cuáles son los verdaderos límites derivados del orden constitucional, ya que este es el escenario tanto de la autonomía de la voluntad privada como de los derechos constitucionales mencionados como integrantes del orden público constitucional. Y en esa contraposición debe tenerse en cuenta entonces el denominado contenido esencial de los derechos fundamentales que permitirá quizás resolver la tensión que puede presentarse. Así se ha dicho por la doctrina y

## 2. De las buenas costumbres a la moral social

También hemos de detenernos en otro de los límites a la autonomía de la voluntad privada que en algunas ocasiones se enuncia unido al orden público y en otras aparece acompañado de la ley o mencionado exclusivamente. Se trata de las denominadas *buenas costumbres*. No es un concepto tampoco fácil de delimitar, pero, como ya lo mencionamos, es reconocido de manera más clara en el ámbito de las relaciones familiares.

Las buenas costumbres han sido consideradas dentro del concepto de cláusulas generales, sobre las cuales se ha dicho que «permiten cambiar como mínimo el color del Ordenamiento y convertirlo en algo substancialmente diverso sin modificar las leyes. Por tanto, algo que, desde el punto de vista de un estado de derecho, es sumamente peligroso, porque pone en entredicho la división de poderes»<sup>10</sup>. Y es precisamente porque, al ser un concepto indeterminado, puede considerarse que los jueces terminarían construyendo un nuevo Derecho y se violaría el principio de sujeción del juez a la ley. Al respecto Miquel González sostiene que «las decisiones que se apoyan en ellas no van contra la ley, porque las cláusulas generales son disposiciones de la ley... No se trata de normas de remisión a otras normas de carácter extrajurídico, ni siquiera de autorizaciones a modo de directiva para hallar la norma del caso, son más bien formulas vacías de contenido normativo propio que van a operar sobre otras normas para completarlas o incluso corregirlas»<sup>11</sup>.

Pues bien, asumimos esta línea de nuestro maestro y consideramos que, si hablamos de las buenas costumbres como una cláusula general limitativa de la autonomía de la voluntad privada, lo complejo es encontrar un adecuado alcance a la cláusula que no viole este principio fundamental del derecho y que a su vez permita acotarlo a su justa medida<sup>12</sup>.

---

por la jurisprudencia que los mismos derechos fundamentales no son ilimitados. Al respecto puede consultarse: PAREJO ALFONSO, L.J., «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3, 1981, pp. 186-187. También vid. BILBAO UBILLOS, J.M., *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid (CEPC-BOE), 1997, p. 852. CASANOVA C.A., «Guillermo De Ockham y el origen de la concepción nominalista de los derechos subjetivos», *Cauriensia*, vol. 11, 2016, pp. 113-140.

<sup>10</sup> MIQUEL GONZÁLEZ J. M., «Cláusulas generales y desarrollo judicial del derecho», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1997, p. 298.

<sup>11</sup> MIQUEL GONZÁLEZ J. M., «Cláusulas generales y desarrollo judicial del derecho», ob. cit., p. 318.

<sup>12</sup> ESPÍN CANOVAS D., «Los límites de la autonomía de la voluntad en el Derecho privado», ob. cit., p. 29, resume las posturas sobre qué debe entenderse en este ámbito por buenas costumbres en las siguientes teorías: «a) Para unos, estas consistirán en aquellos principios consagrados implícitamente por el propio legislador (Escuela exegética). b) Por el contrario, las buenas costumbres, para otros, no se encuentran en la ley, y hay que buscarlas en el medio ambiente social (teoría sociológica). c) Finalmente, otros creen que dicha noción no puede encontrarse en la propia ley, ni tampoco en la simple repetición de hechos sociales, sino que solamente ha de encontrarse en la moral. Pero mientras que, para unos, la mayoría, se trata de la moral consuetudinaria o moral social, otros con mayor rigor, la identifican con la moral cristiana. Aunque también los partidarios de la moral social, reconocen que esta se basa en la moral cristiana».

La Corte Constitucional colombiana asume la teoría de buenas costumbres bajo el postulado de la moral social la cual corresponde a un código de conducta, aceptado, deseable e interiorizado por la sociedad, cuyo contenido está delimitado por un contexto específico y una situación concreta, la cual presenta una complejidad reductible a partir de la aplicación de principios y valores que fundamentan la finalidad del bien común, la convivencia pacífica y la vida en sociedad<sup>13</sup>. Así las cosas, encontraremos en este conjunto de código de conductas, los contenidos que deben inspirar la aplicación judicial de la limitación a la autonomía de la voluntad en un caso determinado.

### III. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LAS RELACIONES DE PAREJA

Si hablamos del principio de la autonomía de la voluntad privada como la capacidad de los seres humanos para contratar sobre los negocios que sean de su interés, tendremos que cuestionar si es posible hablar de una categoría específica de «*negocio familiar*» o «contratos de familia». Se ha diferenciado el Derecho de los contratos en materia negocial en el ámbito civil y mercantil de aquellos que se celebran en el marco de las relaciones familiares, quizás soportando dicha diferenciación en que los negocios jurídicos comportan la manifestación de voluntad de las partes y el objetivo específico de producir efectos jurídicos<sup>14</sup>. Pero cuando las partes son personas que realizan actos o negocios jurídicos de carácter familiar, estos efectos jurídicos están determinados por la ley de manera más restrictiva que en el mundo de los negocios<sup>15</sup>. Tal diferenciación ha pretendido acuñarse con base en que los efectos jurídicos en los negocios de Derecho de familia no derivan *ex voluntate* sino *ex lege*. Díez-Picazo niega tal posibilidad<sup>16</sup>: no podríamos hablar de una diferencia de fondo en los negocios familiares en cuanto a la imperatividad de la ley que los cubre<sup>17</sup>, pero sí en cuanto al vínculo familiar de quienes manifiestan la voluntad en el negocio, aunado a un objeto

<sup>13</sup> Así lo ha sostenido y viene desarrollando desde los albores de la Constitución Política de Colombia de 1991 Vid. Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-224 de 1994, Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía; C-427 de 1994, Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz; C-404 de 1998, Magistrados Ponentes: Carlos Gaviria Díaz y Eduardo Cifuentes Muñoz; C-010 de 2000, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero; C-567 de 2000, Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra; C-814 de 2001, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra; C-373 de 2002, Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño; C-098 de 2003, Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería; C-431 de 2004, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra; C-570 de 2004, Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa; C-350 de 2009, Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa; C-710 de 2012, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; C-931 de 2014, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; C-958 de 2014, Magistrada ponente: Martha Victoria Sáchica Méndez.

<sup>14</sup> OSPINA FERNÁNDEZ E. y OSPINA ACOSTA G., *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, 7.ª ed., Bogotá (Temis), 2018, p. 17.

<sup>15</sup> Cf. PARRA LUCÁN, M.A., «Autonomía de la voluntad y Derecho de Familia», ob. cit., p. 121.

<sup>16</sup> Citado por ARANA DE LA FUENTE I., «Concepto y función social del matrimonio. Los sistemas matrimoniales. La promesa del matrimonio», en *Derecho de familia*, Madrid (Civitas), 2012, pp. 165-270.

<sup>17</sup> DÍEZ-PICAZO, L., «Altbajos de la autonomía de la voluntad», en *Glosas sobre Federico de Castro*, Madrid (Civitas), 2015, p. 168.

contractual que gira en asuntos de carácter familiar, sean personales o patrimoniales, y a la búsqueda de determinados efectos jurídicos que se irradiarán en las relaciones familiares o en los derechos que como familia se asignan por ley.

## 1. El estado de la cuestión en Derecho común español y el Derecho catalán (*civil law*)

### A. *Derecho común español*

La autonomía de la voluntad privada se erige como uno de los pilares de la modernidad, sin embargo, la historia muestra que su desarrollo al interior de las relaciones familiares y especialmente en la pareja ha sido diferente en América, Europa y Estados Unidos. Los modelos familiares desarrollados en cada uno de los regímenes muestran diferencias en su evolución histórica y alcance. Para el caso europeo, España ha sido uno de los países con tradición y arraigo en los pactos o convenciones entre los futuros cónyuges<sup>18</sup>. Existe una discusión importante acerca de los orígenes de la ganancialidad y de la comunidad de bienes, en la que nos hemos decantado en reconocer que la sociedad de gananciales tiene un claro origen en los pactos capitulares del derecho foral que termina siendo fuertemente debatida en el proceso de la codificación y finalmente consagrándose en el código civil y manteniéndose en sus reformas.

Estos pactos capitulares se consideran el régimen económico principal y la sociedad de gananciales se reconoce como el régimen subsidiario<sup>19</sup>. El carácter supletorio con que se consagra la sociedad de gananciales es el reflejo de un extenso desarrollo histórico en el que se destaca como característica principal la preferencia consuetudinaria del pacto entre cónyuges para determinar el régimen de bienes<sup>20</sup>.

De esta manera se consagra hoy en día, en el derecho común, el régimen de capitulaciones matrimoniales como régimen principal y se mantiene en el artículo 1315 del Código

<sup>18</sup> Para la revisión completa de la evolución de la economía matrimonial y su proceso de codificación en España vid. ALARCÓN PALACIO Y.E., *El patrimonio común como objeto de responsabilidad de los casados en sociedad de gananciales*, Madrid (Universidad Autónoma de Madrid), 2008, p. 562. También en ALARCÓN PALACIO Y.E., «Régimen patrimonial del matrimonio desde Roma hasta la novísima recopilación», *Revista de Derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, núm. 24, 2005, pp. 2-31.

<sup>19</sup> De esta manera se consagra la posibilidad de pacto a través de capitulaciones matrimoniales: Artículo 1315: «Los que se unan en matrimonio podrán otorgar sus capitulaciones antes de celebrarlo, estipulando las condiciones de la sociedad conyugal relativamente a los bienes presentes y futuros, sin otras limitaciones que las señaladas en este Código...». ALARCÓN PALACIO Y.E., *El patrimonio común como objeto de responsabilidad de los casados en sociedad de gananciales*, ob. cit., p. 82. Este texto corresponde al original del Código Civil de 1889.

<sup>20</sup> ALARCÓN PALACIO Y.E., *El patrimonio común como objeto de responsabilidad de los casados en sociedad de gananciales*, ob. cit., p. 81. Sobre la sociedad de gananciales como capitulaciones presuntas suplidas por la ley, vid. SÁNCHEZ ROMÁN F., *Estudios de Derecho civil. Derecho Civil Español, común y foral*, tomo V, vol., 1, 2ª ed., Navarra (Analecta), 2008, p. 833.



Civil Español (en adelante CCE) cuya última reforma fue introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo<sup>21</sup>, que introdujo un cambio sustancial en las relaciones matrimoniales, estableciendo la igualdad de la pareja.

Con la Ley 11/1981 se logra la igualdad jurídica entre los esposos como gestores de la sociedad de gananciales<sup>22</sup>. Se reafirma la suplencia del régimen de sociedad de gananciales en defecto de pacto en capitulaciones, bajo una nueva modalidad centrada en la gestión y disposición conjunta entre los cónyuges. Se establece en materia de responsabilidad la afección directa de los bienes gananciales por las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente, o por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro (artículo 1367 CCE). Pero también se abren espacios de afección de tales bienes en los casos de actuación individual expresamente señalados en la ley (artículo 1315 CCE y demás que guardan estrecha relación con él)<sup>23</sup>. Se dispone en este artículo, literalmente hoy día, que «el régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este código». Como puede leerse no queda expresa la limitación referida al orden público y las buenas costumbres. Sin embargo, se aplica la norma general de tales límites que se establece en materia de contratos en el artículo 1255 CCE<sup>24</sup>. Todo ello responde a la autonomía de la voluntad reconocida a las relaciones de pareja que se concretan en el artículo 1323 CCE sobre la libertad de contratación entre cónyuges<sup>25</sup>.

Tales preceptos dan lugar a que se consagre una verdadera amplitud en la estipulación de las relaciones económicas conyugales en las capitulaciones matrimoniales, pudiendo la pareja, acorde con el artículo 1325 CCE, «...estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo». Todo ello en un marco de absoluta mutabilidad a tenor del artículo 1326 del CCE<sup>26</sup>.

Dentro de los pactos que pueden estipular los cónyuges se encuentra la mejora hereditaria que se le da validez sin posibilidad de revocación mediante testamento posterior (artículo 826 CCE). En cuanto a las donaciones por razón del matrimonio, se permiten entre los futuros cónyuges en el artículo 1341 CCE, que en principio se refiere a bienes

<sup>21</sup> Ley 11/1981 de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

<sup>22</sup> Sobre el actual alcance del régimen, vid. BENAVENTE MOREDA, P., «Capítulo IV. La sociedad legal de gananciales», en *Derecho de familia*, Madrid (Civitas) 2012, pp. 849-1098.

<sup>23</sup> Cf. GARCÍA CANTERO G., revisión y puesta al día del Tomo V (Derecho de familia), vol. 1.º (Relaciones conyugales) de CASTÁN TOBEÑAS J., *Derecho civil español, común y foral*, 11.ª ed., Madrid (Reus), 1987, p. 458; DE LOS MOZOS, J.L. «Comentarios a los artículos 1344 al 1410 del C.C.», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Madrid (Tecnos), 1982, p. 325.

<sup>24</sup> «Los contratantes pueden establecer los pactos, causas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público».

<sup>25</sup> «Los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos».

<sup>26</sup> «Las capitulaciones matrimoniales podrán otorgarse antes o después de celebrado el matrimonio».

presentes<sup>27</sup>. Sin embargo, en la norma también se permiten las donaciones de bienes futuros realizadas antes del matrimonio en capitulaciones, solo para el caso de muerte, y en la medida marcada por las disposiciones referentes a la sucesión testada, es decir en protección de las legítimas rigurosas de ley.

En cuanto a los pactos de pre-ruptura de pareja, como hemos visto en la revisión anterior, no existe normativa explícita que los consagre. Sin embargo, ya han sido reconocidos en algunos pronunciamientos jurisprudenciales. Es el caso de la sentencia del Tribunal Supremo del 31 de marzo de 2011<sup>28</sup>, que pasamos a analizar. En ella se da por válido un contrato atípico elevado a escritura pública celebrado entre esposos con miras a su ruptura. En él se pactaban dos aspectos patrimoniales, por un lado, una cuota de alimentos periódica y, por otro, una donación de un inmueble a cargo del marido para su mujer, todo ello en el evento de una separación. Una vez se presentó la ruptura, la esposa quiso hacer efectivo el pacto en oposición del marido. La sentencia del juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Madrid, de 19 abril 2004, desestimó la demanda, y llegó a la conclusión de que el contrato referido carece de toda validez y eficacia a tenor de lo dispuesto en el artículo 1256 CCE. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, desestimó el recurso.

Se interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo analizó la validez de los contratos celebrados entre cónyuges con previsión de posibles rupturas<sup>29</sup>. Al respecto aclaró que, en el caso de estudio, no se trataba de un convenio regulador, aunque así fuese denominado y lo calificó como *contrato atípico*<sup>30</sup>. Así mismo, resaltó el previo reconocimiento que la jurisprudencia le viene dando a este tipo de contratos<sup>31</sup>. Procede además el Tribunal

<sup>27</sup> En esta materia se permiten en el artículo 634 CCE: «la donación podrá comprender todos los bienes presentes del donante, o parte de ellos, con tal que este se reserve, en plena propiedad o en usufructo, lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias». BOE, ob. cit., art. 634.

<sup>28</sup> RJ 2011, 3137.

<sup>29</sup> El Alto Tribunal resume la postura de la línea jurisprudencial en materia de autonomía de la voluntad entre los cónyuges, resaltando las distintas posibilidades y oportunidades que tiene los pactos de pareja: «... La autonomía de la voluntad de los cónyuges fue ya reconocida en la sentencia de 22 de abril de 1997 (RJ 1997, 3251), que pone de relieve que en las situaciones de crisis matrimoniales pueden coincidir tres tipos de acuerdos: “en primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el art. 90 CC”. Por tanto, como se repite en sentencias posteriores, los cónyuges, en virtud de la autonomía que se les reconoce, pueden contratar entre sí fuera del convenio, siempre que estos pactos reúnan los requisitos para su validez (STS de 17 octubre 2007 (RJ 2007, 7307))».

<sup>30</sup> «Aunque el contrato cuya validez se discute, se haya denominado convenio regulador, no es tal, sino un pacto atípico en el que los cónyuges, previendo otra posible crisis de convivencia, acuerdan que el marido asuma una serie de obligaciones respecto a la esposa para el caso de que se produzca una nueva separación».

<sup>31</sup> «Como se ha dicho en el fundamento anterior, esta Sala ha partido de la eficacia de este tipo de acuerdos siempre que reúnan los requisitos exigidos para la validez de los contratos, es decir, que se cumpla lo establecido en el art. 1261 CC y no solo esto, sino, además, todas las reglas reguladoras del contrato. En este caso hay que concluir que concurre: a) el consentimiento de ambos cónyuges contratantes, porque, aunque el recurrido alegó la concurrencia de un vicio de la voluntad, ello no se considera probado; b) objeto del contrato, y c) causa de

a pronunciarse sobre el artículo 1256 CCE<sup>32</sup> que fue utilizado por las dos instancias para declarar la nulidad al entender que se ha dejado «la validez y el cumplimiento» del contrato al arbitrio de una de las partes, la esposa. Considera no aplicable dicha norma en el entendido de que el pacto fue fijado en caso de separación sin importar quien tuviere la iniciativa de la misma y que la obligación unilateral se cumpliría entonces sin arbitrio de una de las partes; lo que da pie al Supremo para casar la sentencia y declarar la validez del contrato<sup>33</sup>.

Otro supuesto es la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 junio de 2015<sup>34</sup>. Las partes contrajeron matrimonio civil en Sanlúcar de Barrameda el 8 de agosto de 2003, haciéndolo en régimen de separación absoluta de bienes, en virtud de escritura pública autorizada días antes, el 4 de agosto ante notario. El mismo día de las capitulaciones matrimoniales, 4 de agosto de 2003, y ante el mismo fedatario, comparecen manifestando: «PRIMERO.- Que tienen previsto contraer matrimonio el próximo día ocho del mes de agosto del presente año bajo el régimen legal de separación de bienes. SEGUNDO.- Que en el supuesto hipotético, de que su relación se deteriorara, y esto les llevara a solicitar la separación matrimonial, y con objeto de evitar entre ellos mutuas reclamaciones y contenciosos judiciales, acuerdan en este acto que el Sr. Cecilio abonará a la Sra. Tomasa, por todos los conceptos, y como renta mensual vitalicia la cantidad de mil doscientos (1.200) euros. TERCERO.- En el supuesto de producirse dicha separación la cantidad mensual antes mencionada se actualizará anualmente por aplicación del IPC». Después de una separación y reconciliación llegaron a la separación definitiva.

En primera instancia se estimó la demanda considerando nulidad de pleno derecho del pacto de pensión vitalicia por considerarlo violatorio del derecho de igualdad entre los cónyuges. Descartaron la naturaleza de pensión compensatoria o alimenticia dadas las buenas condiciones económicas de la demandante<sup>35</sup>. En la sentencia de la Audiencia Pro-

---

la obligación establecida. En este sentido el contrato generó únicamente obligaciones para el marido, lo cual no es indicio de ninguna anomalía contractual».

<sup>32</sup> «La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes».

<sup>33</sup> «La aplicación del art. 1256 CC en este caso, es claramente contraria a las disposiciones reguladoras del contrato, porque tiene su origen en una interpretación que llega a resultados absurdos, de acuerdo con la literalidad del propio contrato. Según se ha reproducido en el FJ primero de esta sentencia, los cónyuges pactaron que “En el supuesto de que se produzca de nuevo la separación de los comparecientes, D. Claudio vendrá obligado a lo siguiente[...]”; por tanto, la obligación de D. Claudio surgía fuera quien fuera quien iniciara la nueva separación y es por ello que interpretar esta cláusula en el sentido de que se dejaba a la iniciativa de la recurrente la eficacia del pacto, lleva a un resultado no admisible de acuerdo con las reglas de la interpretación que pueden ser revisadas por esta Sala en aquellos casos en que esto se produzca (STS de 14 febrero 2010)».

<sup>34</sup> RJ 2015, 2657.

<sup>35</sup> En la sentencia del Juzgado de Primera Instancia se estimó la demanda de separación y se declaró la nulidad de pleno derecho de los acuerdos prematrimoniales, en base a los que la demandante solicitaba la cantidad de 1.412,21 euros, revisable según el IPC, desde la presentación de la demanda y con carácter vitalicio. En la sentencia del Juzgado se entendía violado el principio de igualdad entre los cónyuges (artículos. 32.1 y 2 de la Constitución). Declaró el Juzgado que los pactos analizados limitarían el derecho a la separación matrimonial y colocaría a uno de ellos en desigualdad con respecto al otro, infringiendo el art. 1328 CCE, que considera nulas las estipulaciones que limiten la igualdad de derechos de cada cónyuge. Continúa el Juzgado

vincial «se estimó parcialmente el recurso de apelación, declarando que no se apreciaban vicios en el consentimiento y ni se alegaron. Que no constituía anomalía contractual, que se pactase el pago de una renta vitalicia mensual, solo por el esposo, para el caso de separación conyugal. Añade la sentencia que se deben proscribir los pactos que afecten a la igualdad de los cónyuges, pero no aquellos que solo muestren el ejercicio de la libre disposición en materia patrimonial. En la sentencia de apelación se argumenta que, en este caso, los pactos no generan una situación de inferioridad en el esposo ni provocan “supremacía o autoridad y correlativa sumisión o dependencia”».

La casación fue interpuesta por un único motivo al amparo del art. 477.2.3.º, en relación con el 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Por infracción de los artículos 6.2, 1255, 1256, 1328 y el párrafo tercero del artículo 90, todos ellos del CCE y la constancia notoria de la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales sobre el problema planteado, sin que existiera jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre dicha cuestión. El Tribunal Supremo desestimó el recurso.

En lo que nos concierne, llama la atención que en este caso el recurrente si alegó que se debía dilucidar si estamos ante una renuncia a la aplicación de la ley (art. 6.2 CCE) o a una renuncia a un derecho futuro (art. 1328 CCE), que también debería revisarse si los pactos son contrarios a la ley, moral u orden público. Además, se debía revisar si supone dejar al arbitrio de uno de los cónyuges la validez de dichos pactos y si los pactos son contrarios a la leyes o buenas costumbres o limitan la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge (art. 32.1 de la Constitución). También se alega si debía revisarse que si una vez declarada la validez, en su caso, es posible obviar los pactos por haber cambiado las circunstancias que se tuvieron en cuenta a la hora de suscribir los mismos o, por el contrario, es necesario examinar si concurren los requisitos para la procedencia o no de algún tipo de pensión.

El Tribunal Supremo destaca que «el fenómeno pactos prematrimoniales tiene la denominación de capitulaciones matrimoniales en nuestro ordenamiento, si bien sujetas a restrictivos criterios formales, al deber formalizarse en escritura pública con inscripción posterior (arts. 1327 y 1333 CCE). En cualquier caso, las capitulaciones no solo afectan al régimen económico matrimonial sino también con criterio más flexible, a “cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo” (art. 1325 CCE). Por otro lado, el art. 1328 del CCE considera nulas las estipulaciones que sean contrarias a las leyes, buenas costumbres o limitativas de la igualdad de derechos de los cónyuges».

---

descartando que se trate de una pensión alimenticia o pensión compensatoria dado que la demandante carece de necesidad y la separación no ha producido desequilibrio alguno, dado que incluso ha mejorado su situación económica. La demandante percibía una pensión de 2.000 euros, es administradora de una sociedad familiar que ostenta la nuda propiedad, junto con sus hermanos de varios inmuebles (de los que su madre es usufructuaria) y disfrutaba además de un inmueble adquirido a nombre de ella por liberalidad del demandado. Vid. STS de 24 de junio de 2015 (RJ 2015, 2657).

Así mismo, sostiene que «en el profundo cambio del modelo social y matrimonial que se viene experimentando (art. 3.1 del CCE) la sociedad demanda un sistema menos encorsetado y con mayor margen de autonomía dentro del derecho de familia, compatible con la libertad de pacto entre cónyuges que proclama el art. 1323 CCE, a través del cual debe potenciarse la facultad de autorregulación de los cónyuges ( art. 1255 CCE) que ya tiene una regulación expresa en lo que se refiere a los pactos prematrimoniales, previsores de la crisis conyugal, en los arts. 231-19 del Código Civil Catalán y en el art. 25 del ley 10/2007 de 20 de marzo de la Comunidad Valenciana».

Para concluir que tales pactos son válidos y que no son ilimitados; que los límites se encuentran en la protección de la igualdad de los cónyuges y de los hijos menores de edad, si los hubiere, aplica por analogía el artículo 90.2 inciso primero del CCE acorde con el artículo 39 de la CE. El Supremo nuevamente califica el pacto como atípico, al tratarse de una renta mensual vitalicia que encuadra en el art. 1323 del CCE. Descarta que se trate de pactos contrarios a la ley, moral u orden público, alegando que se limitan a pactar un acuerdo económico para el caso de separación conyugal. Trae a colación que tales pactos ya tienen cabida en los ordenamientos autonómicos, en otros Estados de la Unión Europea y con un refrendo normativo en los arts. 1323 y 1325 CCE. También cita que no queda el cumplimiento del pacto al arbitrio de uno de los cónyuges, dado que como acuerdo fue negociado, como se deduce su posterior modificación y concreción, en cuanto a la fecha de cómputo de la renta, quedando fijada con claridad la condición que provocaría la obligación de pago de la renta vitalicia. Y concluye, finalmente, que este tipo de pactos no supone promoción de la crisis, pues ninguno de los contratantes se encontraba en situación económica comprometida, como se deduce de lo declarado probado por la Audiencia Provincial<sup>36</sup>.

En cuanto a la aplicación de la doctrina sobre la cláusula *rebus sic stantibus*, el Tribunal Supremo, revisando la jurisprudencia respectiva que le precede, termina afirmando que en este caso «no se provoca una especial onerosidad en las prestaciones, ni la situación actual de los contratantes era difícilmente previsible, dado que ambos mantienen una desahogada situación financiera igual que la existente al momento de los pactos, por lo que ninguna variación se ha producido, razón que nos lleva a la aplicación del art. 1258 del CCE que determina algo tan elemental como que los contratos han de ser cumplidos»<sup>37</sup>.

Esta doctrina jurisprudencial ha sido nuevamente puesta a discusión en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 315/2018 de 30 mayo<sup>38</sup>, en la que los hechos probados de la

<sup>36</sup> Al respecto, vid. QUICIOS MOLINA M. S., «Comentario a la STS 24.6.2015. El pacto prematrimonial de constitución de renta vitalicia a favor de la esposa», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 101, 2016, pp. 191 y ss.

<sup>37</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, ob. cit., p. 97, nota 119, señala que: «La doctrina de esta sentencia ha influido ya en algunas sentencias posteriores de las Audiencias Provinciales, que la citan expresamente: Véase SSAP A Coruña 11.1.2017 (JUR 2017, 24649), Zaragoza 23.12.2016 (JUR 2017, 15363), Ciudad Real 11.10.2016 (JUR 2016, 251807), Cádiz 20.1.2016 (JUR 2016, 48589), León 24.11.2015 (JUR 2016, 7425) y Cádiz 9.11.2015 (JUR 2016, 8011)».

<sup>38</sup> RJ 2018/2358.

sentencia de la Audiencia Provincial son transcritos por el Supremo en los siguientes términos: «Debe tenerse en cuenta para resolver los presentes autos que 1.º se trata de personas nacidas en 1950 y 1971, es decir, cuentan actualmente, con 67 y 46 años, 2.º se casaron el 18-12-2009, es decir, hace casi 8 años, 3.º al casarse tenían, respectivamente, 59 y 38 años de edad, 4.º ambos eran divorciados de matrimonio anterior, 5.º el esposo es abogado y la esposa trabajaba en el Ministerio de Hacienda en Rusia, según manifiesta la misma, 6.º la esposa vino a España tras contactar a través de las redes sociales, en el año 2006, trayendo asimismo a su hija e iniciando una convivencia con el demandado en diciembre del año 2006, 7.º el 18-6-2009 comparecieron ambos ante el notario realizando las manifestaciones que se contienen en el documento núm. 13 obrante en autos, 8.º posteriormente, unos seis meses más tarde, el 18-12-2009 contrajeron matrimonio, 9.º el día 21-12-2011 otorgó testamento en los términos que constan en el mismo en el documento núm. 3 obrante en autos».

Dentro de las manifestaciones realizadas ante notario son relevantes, a nuestros efectos, la renuncia mutua a pensión compensatoria en caso de separación o divorcio. La esposa, parte demandante, solicita el divorcio y la pensión compensatoria. En primera instancia se estima parcialmente la demanda, se declara la disolución del vínculo matrimonial, se atribuye pensión compensatoria de 400 euros mensuales durante dos años a su favor y un importe por *litis* expensas. En segunda instancia, la sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Valencia dictó sentencia, con fecha 6 de abril de 2017, revocando la sentencia de primera instancia y denegando la pensión compensatoria y la *litis* expensas en favor de la esposa. Por todo ello, la demandante interpone recurso de casación, por considerar infringida la doctrina ya citada de la sentencia del Tribunal Supremo de la Sala 1.ª de lo Civil, STS 392/2015, de 24 de junio, alegando a su favor la aplicación de dicha doctrina conforme a la cual los pactos prematrimoniales no pueden resultar contrarios a la ley, la moral o al orden público ni causar perjuicio a terceros, entendiéndose que, en determinadas circunstancias, la renuncia a la pensión compensatoria contenida en los mismos puede resultar nula. Solicita por ello que su renuncia a la pensión compensatoria, que realizó ante notario, ha de considerarse nula por ser contraria a la ley, a la moral y al orden público. El Supremo desestima el recurso por considerar que la demandante conocía lo que firmó y la trascendencia de lo declarado, por su conocimiento del idioma, por su experiencia en una crisis matrimonial previa, y por la posibilidad de obtener explicaciones del notario. Declara el Supremo que el suficiente conocimiento del idioma es un hecho probado, que no puede cuestionarse en casación. También se considera que no se infringe el orden público dada la formación, edad, escasa duración del matrimonio, ausencia de descendencia común, que no permiten deducir tal infracción. Asimismo, se deniega la existencia de violación al principio de igualdad entre cónyuges, considerándose que no puede deducirse atentado alguno a la igualdad, libertad o dignidad de la demandante, por el hecho de firmar pactos prematrimoniales, dado que, lejos de percibirse un sometimiento al esposo o predominio del marido, lo que se evidencia es una relación de confianza en el que la esposa resulta beneficiaria de prestaciones, del acogimiento que se hace de su hija, se considera que los pactos se firmaron con suficiente

anticipación al matrimonio, por lo que tampoco pueden considerarse sorprendidos y que la relación matrimonial no fue extremadamente corta.

Todo lo anterior permite deducir, planteando esta doctrina en sentido contrario, que el Tribunal Supremo Español corrobora el hecho de que sería procedente la nulidad de los pactos de pre-ruptura cuando falte la formación cualificada de la persona o su manejo del idioma castellano —consideramos extensible a otros idiomas en los temas transnacionales—, o falte asesoría por parte del notario, todo ello constitutivo de ausencia de consentimiento debidamente informado. También podemos afirmar que, de lo señalado por el Supremo, puede decirse que se parte de que los pactos no son nulos *per se*, ni violatorios del orden público, por el hecho de que no haya las mismas condiciones económicas entre las partes y que en ciertos casos, como el analizado, lo que hay que considerar son las ventajas o desventajas que puedan presentarse en favor de los contrayentes<sup>39</sup>.

### B. Derecho catalán

En cuanto a la normativa foral, nos detendremos en el caso de Cataluña, por ser la legislación que ha desarrollado en mayor medida y de forma expresa asuntos relativos a la autonomía de la voluntad de los cónyuges y parejas estables en régimen de capitulaciones y otros pactos. La Ley 25/2010, de 29 de julio, consagra el libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (en adelante CCCat). Sea lo primero anotar que en Cataluña el régimen principal de las relaciones económicas conyugales es el convenido en capítulos (CCCat, artículo 231-10.1) y a falta de pactos o si los capítulos matrimoniales son ineficaces, el régimen económico es el de separación de bienes (CCCat, artículo 231-10.2). También es explícita la libertad de contratación entre cónyuges al prescribirse que estos «...pueden transmitirse bienes y derechos por cualquier título y hacer entre ellos todo tipo de negocios jurídicos...» (CCCat, artículo 231-11).

Las posibilidades de acuerdos entre cónyuges en capitulaciones matrimoniales son amplias y pueden reflejar decisiones para ser ejecutadas en vida o por causa de muerte. Es así como se permite «...determinar el régimen económico matrimonial, convenir pactos sucesorios, hacer donaciones y establecer las estipulaciones y los pactos lícitos que se consideren convenientes, incluso en previsión de una ruptura matrimonial» (CCCat, artículo 231-19.1).

En Cataluña existe la mutabilidad del régimen, pudiéndose celebrar las capitulaciones «antes o después de la celebración del matrimonio...» (CCCat, artículo 231-19.2). Como contrato accesorio al principal, sus efectos están supeditados a la celebración del matrimonio: «... Los otorgados antes solo producen efectos a partir de la celebración del matrimonio

<sup>39</sup> Vid. RODRÍGUEZ GUITIÁN A.M., «Los pactos en previsión de crisis y los límites de su validez», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 109, 2019, pp. 7 y ss.

y caducan si el matrimonio no llega a celebrarse en el plazo de un año» (CCCat, artículo 231-19.2).

Quizás el aporte más innovador resulta la consagración de los pactos en previsión de una ruptura matrimonial (CCCat, artículo 231-20). Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial pueden otorgarse en capítulos matrimoniales, pero también se permite que se celebren fuera de tales en escritura pública. Al igual que en otros regímenes del *common law*, se optó por someter su validez cuando estos sean prematrimoniales a los celebrados como mínimo en los treinta días anteriores a la fecha de celebración del matrimonio (CCCat, artículo 231-20.1)<sup>40</sup>.

La normativa impone un control de legalidad previo al notario ante quien se celebren las capitulaciones, quien «...debe informar por separado a cada uno de los otorgantes sobre el alcance de los cambios que pretenden introducirse con los pactos respecto al régimen legal supletorio...» (CCCat, artículo 231-20.2). Se permiten los pactos de exclusión o limitación de derechos siempre y cuando sean recíprocos. También se exige que haya claridad sobre los derechos que limitan o a los que se renuncia (CCCat, artículo 231-20.3). En cuanto a estos últimos, se somete la carga de la prueba del deber de información suficiente al cónyuge que pretenda hacer valer dichos pactos. Así el artículo 231-20.4 CCCat señala: «El cónyuge que pretenda hacer valer un pacto en previsión de una ruptura matrimonial tiene la carga de acreditar que la otra parte disponía, en el momento de firmarlo, de información suficiente sobre su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas, siempre y cuando esta información fuese relevante con relación al contenido del pacto».

Finalmente, la normativa catalana es explícita en la consagración de la cláusula *rebus sic stantibus*, declarando la ineficacia de dichos pactos cuando, en el momento en que se pretende el cumplimiento, uno de los cónyuges alegue grave perjuicio «...si este acredita que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron ni podían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron» (CCCat, artículo 231-20.5)<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> En la STSJ de Catalunya de 12 de julio de 2012 (RJ 2012/10025), encontramos un supuesto en el que se decanta el Tribunal a favor de la nulidad del pacto de renuncia a la compensación por trabajo o pensión compensatoria, por falta de los requisitos formales que, conforme al momento normativo aplicable, requería de escritura pública. Al respecto, vid. ALLUEVA AZNAR, L., «Los requisitos para la validez de los pactos en previsión de ruptura matrimonial», *InDret*, 1/2013.

<sup>41</sup> En concordancia con esta normativa, encontramos el reconocimiento de este tipo de pactos en otros derechos forales. Para el Derecho civil vasco en la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares, artículo 4; la Ley Valenciana 10/2007, de 20 de marzo, del régimen económico matrimonial, artículo 25. También pueden considerarse aplicables en el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Código del Derecho Foral de Aragón, artículo 195; igualmente en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, artículos 172 y 174; y las Leyes 61, 76, 78 y 80 del Fuero de Navarra. Vid. RODRÍGUEZ GUTIÁN A. M., *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, ob. cit., pp. 73-83.



## 2. Dos ejemplos del Derecho anglosajón. Estados Unidos e Inglaterra (*common law*)

### A. Derecho norteamericano

En Estados Unidos, a pesar de que no puede considerarse que la tradición histórica en materia de pactos matrimoniales se remonte a tiempos tan lejanos como en la Europa continental, sí es cierto que su desarrollo ha alcanzado un avance contundente en la autonomía de la voluntad de los contrayentes y se perfila el robustecimiento de pactos con libertad de consagración. Dos son los períodos que podríamos destacar en este proceso estadounidense, que va acompañado de la intención de unificación de la normativa en todo el territorio de Estados Unidos: el periodo comprendido entre 1972 y 2012, y del 2012 hasta la actualidad. En 1972 se da el paradigmático caso *Posner v. Posner*<sup>42</sup>, en el que se discutía la validez de los pactos de ruptura de pareja, por la confrontación entre dos esposos que pactaron que a su ruptura él le reconocería a ella una suma de dinero mensualmente por concepto de alimentos, así como también daría una suma equivalente en el caso de que tuviesen hijos y para cada uno de ellos.

Este caso se resuelve con el precedente del caso *Veccio v. Veccio* en el que los futuros cónyuges, con una marcada diferencia de edad (él tenía 68 y ella tenía 35), pactaron la renuncia de la mujer a cualquier derecho hereditario que la ley le concediese en la herencia de él, y que declaraban que el único heredero sería el hijo de aquel. En este caso se declaró la validez de cuestiones aplicables a casos de muerte de uno de los contrayentes, porque la mujer tuvo acceso a la información adecuada acerca de la fortuna de su futuro marido y sabía a cuánto renunciaba<sup>43</sup>.

<sup>42</sup> District Court of Appeal of Florida, Third District, *Posner v. Posner*; 206 So. 2d 416 (Fla. Dist. Ct. App. 1968), Decided Feb 20, 1968. En ANGUITA VILLANUEVA L. A., «Acuerdos prematrimoniales: del modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española», en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Madrid (Dykinson), 2010, p. 12., puede leerse: «...el famoso litigio *Posner v. Posner* resuelto por el Tribunal Supremo de Florida para que los acuerdos prematrimoniales cobraran un nuevo enfoque y se produjera un cambio radical en la forma de pensar de los tribunales estadounidenses de los Estados más relevantes, al reconocer la validez de los mismos incluso previendo un futuro divorcio que es el que se enjuiciaba en el caso».

<sup>43</sup> «La resolución de este caso vino a confirmar la doctrina que el mismo Tribunal había declarado ocho años antes en un *antenuptial agreement* pero que surtía efecto tras la muerte de uno de los dos contratantes. Me refiero al caso *Del Vecchio v. Del Vecchio*, que consagró la validez de estos acuerdos estableciendo unos estándares de legitimación para que el acuerdo fuera válido, basándose no solo en los requisitos del Derecho de los contratos sino, y, sobre todo, en el conocimiento “aproximado” por parte de la mujer del patrimonio del marido para dotar de validez a la voluntad expresada en el mismo y a las renunciaciones que se establecieran sobre los derechos derivados de tal relación. El control de la legitimidad del caso *Del Vecchio v. Del Vecchio* fue el que se aplicó por el Tribunal Supremo de Florida en el caso de *Posner v. Posner* y en el que se admitió la validez de los acuerdos prematrimoniales destinados a surtir efectos con el divorcio de la pareja. La sentencia pone de manifiesto que los acuerdos prematrimoniales reguladores de la futura ruptura no son por sí inválidos por ir en contra del orden público familiar, como habían venido reiterando los tribunales estadounidenses que alegaban que estos pactos animaban a las parejas a la ruptura de su vínculo matrimonial. Utilizando para ello

Este caso sirve de antecedente en el de *Posner v. Posner*, en el que finalmente denegaron la invalidez pretendida en dichos pactos por la supuesta transgresión del orden público familiar, y se admitieron entonces los acuerdos prematrimoniales tendientes a producir efectos en el divorcio. Se sostiene entonces que, si se estiman válidos y eficaces los pactos en previsión de fallecimiento, también debe darse idéntico tratamiento a los que contemplan una posible y futura crisis matrimonial, en especial, dada la frecuencia e incremento del número de divorcios en el estado de Florida en aquel momento<sup>44</sup>.

A partir del reconocimiento de este tipo de pactos se presentan cada vez con mayor regularidad en distintos estados de Estados Unidos, lo que abre paso a que se produzcan los *Uniform Premarital Agreement Act (UPPA)* de 1983<sup>45</sup>. Este tipo de propuestas tienen como fin dar unos lineamientos de los asuntos, para que sirvan de elemento unificador en la materia y con ello se disminuyan los inconvenientes que se presentan en la práctica por la movilidad de las parejas en el territorio; cuanta mayor diversidad de tratamiento, mayores dificultades en la solución de los conflictos familiares. Esta propuesta no arrojó los resultados esperados, pues de los 27 estados que legislaron en la materia solo 13 acogieron la propuesta sin modificaciones<sup>46</sup>. Básicamente, la propuesta era débil porque permitía una amplia aplicación de la autonomía de la voluntad privada, sin prever situaciones específicas que pudieran replantear la viabilidad de los pactos en aras de la protección de la persona más

una interpretación de las normas más acorde con la realidad social imperante en el momento. El divorcio en Florida se había convertido ya en los años 70 en un supuesto muy frecuente de disolución de los matrimonios. El Tribunal Supremo de Florida entendió que, si se admiten estos pactos para el caso de fallecimiento, nada impide que se pudieran admitir para el divorcio, dada la regularidad social con la que se producen y siendo una causa disolución de los matrimonios sumamente relevante, sin que ese temor a admitirlos contribuya a incrementar la tasa de divorcios, sino a regular los perniciosos efectos patrimoniales de la disolución. Por tanto, declaró el Tribunal que el divorcio sí es un extremo sobre el que pueden negociar los futuros esposos, pudiendo establecer fórmulas para la distribución de sus patrimonios una vez aconteciera la disolución en vida de los cónyuges. Concluyendo con una de las frases más repetidas por las sentencias de todo el país a la hora de alegar la validez jurídica de los acuerdos prematrimoniales: “No conocemos ninguna comunidad o sociedad en la que el orden público condenó a un esposo y una esposa a toda una vida de miseria como una alternativa al oprobio del divorcio. Y la tendencia a reconocer este cambio en el concepto de orden público, otorgando efectos a los contratos antenuptiales de las partes relativos al divorcio, es claramente perceptible”» ANGUITA VILLANUEVA LA., «Acuerdos prematrimoniales: del modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española», ob. cit., pp. 12-13.

<sup>44</sup> CERVILLA GARZÓN M.D., «Acuerdos prematrimoniales y matrimoniales en el actual derecho de los Estados Unidos: the uniform premarital and marital agreement act (2012)», *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 2, 2017, p. 11, nota 4, comenta: «Esta es la primera sentencia en la que un Tribunal de los EE.UU que reconoce la validez de un acuerdo prematrimonial con previsión de ruptura. Hasta entonces los Tribunales habían, sistemáticamente, rechazado su validez con el argumento de que, dichos contratos, contravenían el orden público en la medida que el matrimonio era una institución con vocación de permanencia (lo que no suponía que fuera, necesariamente, indisoluble)».

<sup>45</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN A.M., *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, ob. cit., p. 65.

<sup>46</sup> ATWOOD, B. A. y BIX, B.H., «A new Uniform Law for premarital and marital agreements», *Family Law Quarterly*, vol. 46, núm. 3, 2012, pp. 313-344. Los autores remiten a Thomas Oldham, «With All My Worldly Goods I Thee Endow, or Maybe Not: A Révaluation of the Uniform Premarital Agreement Act After Three Decades», 19 *Duke J. Gender L. & Pol'y* 83, 2011.

vulnerable<sup>47</sup>. Asimismo, tampoco fue de mucha acogida el hecho de que solo se refiriera a aquellos pactos que pudieran celebrar los futuros esposos, dejando de lado la posibilidad de un régimen mutable, es decir, permitiendo la celebración de los mismos durante la vigencia del matrimonio. También se le critica haber dejado por fuera los pactos previos a las relaciones de convivencia de hecho<sup>48</sup>.

Mención aparte merece el caso *Simeone v. Simeone* definido por el Tribunal Supremo de Pennsylvania de 25 de septiembre de 1990, en el que se lleva el escenario de pactos de pareja a lo netamente contractual, en el que se decide la validez de un acuerdo prenupcial firmado entre la parte recurrente, Catherine E. Walsh Simeone, y el apelado, Frederick A. Simeone. En el momento de su matrimonio, en 1975, la parte demandante era una enfermera de veintitrés años de edad y el demandado era un neurocirujano de treinta y nueve años de edad. El demandado tenía un ingreso de aproximadamente 90.000 dólares por año, y la demandante estaba en paro. El demandado también tenía activos por valor de aproximadamente 300.000 dólares. En la víspera de la boda de las partes, el abogado del demandado presenta a la demandante un acuerdo prenupcial para ser firmado. La demandante, sin la asesoría de un abogado, firmó el acuerdo. El abogado del demandado nunca asesoró a la demandante con respecto al contenido del acuerdo. No estaba claro si las partes habían discutido el acuerdo previo a su firma. La demandante niega haber tenido conocimiento del mismo y alega su nulidad por falta de asesoramiento legal adecuado. El acuerdo consistía en el pago de 200 dólares semanales en caso de separación o divorcio, hasta un pago máximo total de 25.000 dólares. La pareja se separa en 1982 y, en 1984 iniciaron el proceso de divorcio. Entre 1982 y 1984 se realizaron pagos por parte del demandado que alcanzaron el monto máximo límite de 25.000 dólares. En 1985, la demandante presentó una demanda de *alimony pendente lite* (pensión de alimento), a lo que había renunciado en el acuerdo prenupcial<sup>49</sup>.

La Corte se separa de la presunción implícita que se traía desde el caso *Geyer v. Geyer*<sup>50</sup> y las decisiones anteriores similares. La Corte afirma que tales decisiones se basaban en la creencia de que los cónyuges son de condición desigual y que las mujeres no tienen el conocimiento suficiente para comprender la naturaleza de los contratos que realizan. Afirman que la sociedad ha avanzado, hasta el punto en que las mujeres ya no son consi-

<sup>47</sup> FIGUEROA TORRES M., *Autonomía de la voluntad, capitulaciones matrimoniales y pactos en previsión de ruptura*. En *España, Estados Unidos y Puerto Rico*, Madrid (Dykinson), 2016, p. 266, señala que las modificaciones significativas están relacionadas principalmente con los requisitos de validez y eficacia.

<sup>48</sup> Un estudio completo sobre las UPAA en ANGUITA VILLANUEVA LA., «Acuerdos prematrimoniales: del modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española», ob. cit., pp. 14 y ss.

<sup>49</sup> Cf. Supreme Court of Pennsylvania, *Simeone v. Simeone*, 525 Pa. 392 (Pa. 1990) - 581 A.2d 162, Decided Sep 25, 1990.

<sup>50</sup> En el caso *Geyer v. Geyer* se falla a favor de la mujer por desequilibrios económicos presentados al momento de la ruptura por haberse ella dedicado a las labores del hogar. Se fija una pensión alimenticia complementaria a favor de la señora Geyer a pesar de su reparto equitativo en ganancias, pues las condiciones de trabajo que tuvo el señor Geyer durante la larga vida del matrimonio permitieron que él realizara una carrera profesional exitosa, apalancado en que la mujer asumía las labores del hogar.

deradas como la parte «más débil» en el matrimonio o en la sociedad en general. Hacen referencia a que el estereotipo de que las mujeres sirven como amas de casa, mientras que los hombres trabajan como sostén de la familia ya no es viable; a que muy a menudo, hoy en día ambos cónyuges son perceptores de ingresos. Afirman que tampoco hoy hay viabilidad en la presunción de que las mujeres no están informadas o no tienen educación, y que son fácilmente sometidas a una ventaja injusta en los acuerdos matrimoniales. Concluyen que, de hecho, hoy en día las mujeres a menudo tienen la educación sustancial, conciencia financiera, ingresos y activos.

A continuación, señalan que la ley ha avanzado para reconocer la condición de igualdad de hombres y mujeres en nuestra sociedad. Citan como ejemplo la prohibición constitucional de discriminación legal por razón de sexo. Enfatizan en que las presunciones y protecciones paternalistas que se dieron a las mujeres como refugio de la inferioridad e incapacidades en la que fueron percibidas en épocas anteriores han sido apropiadamente descartadas. En últimas sostienen que sería incoherente, por lo tanto, perpetuar las normas que rigen los acuerdos prenupciales que se describen en Geyer v. Geyer y decisiones similares, ya que estos reflejan un enfoque paternalista que es ahora *insoportable*<sup>51</sup>. Este tratamiento más radical creemos que, si bien es interesante por mostrar rotundidad al estudiar la igualdad, permitiría en ocasiones desconocer las protecciones mínimas de personas en estado de vulnerabilidad. Esta radical contractualización no ha sido preponderante.

En el panorama nacional en Estados Unidos, las fuertes críticas a que fueron sometidos los UPAA, provocaron que en el año 2000 se elaboraran los *Principles of the Law of Family Dissolution (ALI Principles)* emitidos por la *The American Law Institute (ALI)*, que fueron publicados en el año 2002. Esta guía presentó unas variaciones importantes con relación a los UPAA, consistentes principalmente en que contenía la posibilidad de pactos de ruptura de pareja antes de contraer matrimonio y durante la vida matrimonial, pero también incluían la posibilidad de pactos en las parejas de convivientes. Quizás el aporte clave para su buena acogida consistió en encontrar un equilibrio entre la libertad de pacto en uso de la autonomía de los miembros de la pareja y la protección de la persona más débil en la relación<sup>52</sup>. Este último asunto se considera clave para la subsistencia de este tipo de pactos por que la excesiva libertad podía traer injusticias al interior de la familia. Básicamente se pueden resumir las protecciones de la siguiente forma:

*En el momento de la celebración:* control de legalidad para la validez del pacto. Se requiere consentimiento informado. Debe ser un consentimiento íntegro para que en el pacto se reputa tal y se dé por existente. Dicho consentimiento goza de presunción *juris*

<sup>51</sup> Al respecto, vid. COLAO MARÍN F.J., *Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho Civil español*, Madrid (Dykinson), 2018, pp. 49-50. También ANTÓN JUÁREZ I., «Acuerdos prematrimoniales: Ley aplicable y derecho comparado», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, núm. 1, 2015, p. 11.

<sup>52</sup> Cf. RODRÍGUEZ GUITIÁN A.M., *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, ob. cit., p. 73. La autora reconoce tal característica al documento posterior UPMAA, que en esencia respeta lo propuesto por los *ALI Principles*.

*tantum* cuando los pactos se celebran treinta días antes del matrimonio, las partes tuvieron asesoramiento jurídico por separado y en caso tal de que este no se haya dado, las partes han debido tener tal posibilidad (ellas pudieron haberla rechazado). Aún sin asesoramiento, se considerará la presunción si el acuerdo fue redactado de una manera simple, apreciable por cualquiera. Por consiguiente, la parte que alegue la inaplicabilidad de lo pactado deberá entrar a desvirtuar todas estas prerrogativas<sup>53</sup>.

*En el momento de la ejecución:* se propone la consideración de la aplicación de la alteración sobrevenida de las circunstancias, o cláusula *rebus sic stantibus*. Se sugiere la revisión judicial del acuerdo precisamente porque al no poder ser previsibles tales alteraciones deben entrar a tenerse en cuenta la protección del cónyuge desfavorecido o los hijos comunes<sup>54</sup>.

En el año 2012 se aprueba la *Uniform Premarital and Marital Agreements Act (UPMAA)*, que sustituyen a los *UPPA* de 1983, emitida por la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL)*. Esta propuesta responde en su esencia a los *ALI Principles* y reproduce sus principales aportes, ya mencionados. Esta propuesta de unificación se propone extensiva tanto a los matrimonios como a las uniones convivenciales<sup>55</sup>. Se aplica también a pactos premaritales o durante el matrimonio, que son los llamados matrimoniales o maritales. Sin embargo, se mira con reserva estos últimos pactos porque se señala que durante el matrimonio la confianza de la pareja puede hacer debilitar la libertad en el consentimiento contractual<sup>56</sup>.

Rodríguez Guitián, resalta el análisis que se hace en Estados Unidos acerca de la conveniencia o inconveniencia de estos pactos «así, riesgos de injusticia basados en un cambio posterior de circunstancias a su celebración en los acuerdos premaritales, y riesgos de *duress e undue influence* en los acuerdos maritales». Explica cómo se decantan por permitir dichos acuerdos en atención a que los remedios legales previstos en la *UPMAA* y los principios del *common law* «son suficientes para tratar los posibles problemas que surjan en relación con cada tipo de acuerdo»<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> *ALI Principles* numeral 7.04.

<sup>54</sup> *ALI Principles* numeral 7.05.

<sup>55</sup> «Legislative Note: If your state recognizes nonmarital relationships, such as civil unions and domestic partnerships, consider whether these definitions need to be amended» (p. 2).

<sup>56</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN A.M., *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, ob. cit., p. 72. ATWOOD, B. A. y BIX, B. H., «A new Uniform Law for premarital and marital agreements», ob. cit., p. 10, destacan que se distinguen los acuerdos matrimoniales de los acuerdos negociados y ejecutados entre los cónyuges en el momento de la separación disolución, a menudo llamados «acuerdos de separación» o «acuerdos de solución matrimonial» y afirma que este tipo de acuerdos, por lo general, no involucran el optimismo ciego problemático y otros impedimentos para la toma racional de decisiones que rodean los contratos prematrimoniales y matrimoniales.

<sup>57</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN A.M., *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, ob. cit., p. 72.

## B. Derecho inglés

En Inglaterra, dos fueron los instrumentos jurídicos que se manejaron inicialmente, la *Matrimonial Causes Act 1857*<sup>58</sup> y la *Matrimonial Causes Act 1866*<sup>59</sup>. Debido a la concepción del matrimonio como indisoluble, en dichas normas se consideraban los pactos prematrimoniales y postmatrimoniales como contrarios al orden público, por inducir a la inmoralidad. La siguiente norma que se encuentra históricamente es la *Maintenance Agreement Act 1957*, relativa a la admisión de pactos de separación, considerando nulos aquellos en los que se renuncien a aquellas prerrogativas que la ley otorgue a los esposos en consideración a tal calidad<sup>60</sup>.

Luego están el *Divorce Reform Act 1969*, relativo al divorcio sin causa y la *Matrimonial Proceedings and Property Act 1970*, sobre procedimientos en casos de divorcio y facultades de los tribunales. En materia de régimen económico del matrimonio, Inglaterra no tiene una ley supletoria a los acuerdos, más allá de las leyes que facultan a los tribunales a establecer las condiciones de una separación justa desde el punto de vista económico, lo que ha introducido una forma de distribución del patrimonio bajo lo que se ha denominado la doctrina de la comunidad de propiedad<sup>61</sup>.

Dichas facultades históricamente permitieron interpretar que los tribunales no tenían que reconocer validez a los pactos prematrimoniales ni postmatrimoniales y se vieron reflejadas en la *Matrimonial Causes Act 1973*<sup>62</sup>. Esta ley se produce por un intento fallido en 1996 y en ella se consagran cinco causas para ser declarado el divorcio porque el matrimonio se ha roto irremediabilmente, entre las que se encuentran adulterio, imposibilidad razonable de convivencia por comportamiento de uno de ellos, abandono por más de dos años, por separación de al menos dos años y aceptación del demandado y por la separación de cinco o más años. Los poderes otorgados a los tribunales han permitido a estos regular los divorcios reajustando los patrimonios individuales y concediendo pensiones compensatorias, sumas de dinero o incluso propiedades al cónyuge menos pudiente<sup>63</sup>.

<sup>58</sup> Esta ley introduce por primera vez en Inglaterra las causas de divorcio, pero restringido a los casos de adulterio de la mujer. Para el caso del hombre adúltero solo se admite adulterio más conductas graves como incesto, bigamia o tratos crueles.

<sup>59</sup> La ley de causas matrimoniales de 1866 otorgó a la Corte el poder de ordenar al marido pagar el mantenimiento no garantizado a la esposa. Se constituye en un punto de partida de las *ancillary relief*. Radmacher v. Granatino, [2010] UKSC 42, numeral 17, p. 6.

<sup>60</sup> Cf. RODRÍGUEZ GUITIÁN A.M., *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, ob. cit., p. 102.

<sup>61</sup> Vid. LOWE, N., «Prenuptial agreements: the English position», *InDret*, 1/2008, p. 3. También ANTÓN JUÁREZ, I., «Acuerdos prematrimoniales: Ley aplicable y derecho comparado», ob. cit., p. 20.

<sup>62</sup> En los numerales 25 y 25a se concretan las facultades de los jueces. Vid. SCHERPE, J.M. y SLOAN, B., «Contractualisation of family law - England and Wales: Autonomy vs. Judicial discretion», *Contractualisation of family law: Global perspectives*, Viena (Springer), 2015, pp. 181-182; RODRÍGUEZ GUITIÁN A. M., *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, ob. cit., p. 109.

<sup>63</sup> En este sentido ANTÓN JUÁREZ, I., «Acuerdos prematrimoniales: Ley aplicable y derecho comparado», ob. cit., p. 20.

A esta norma le sigue la *Matrimonial Proceedings Act 2003*, que señala los nuevos procedimientos, reiterándose las facultades de los tribunales para variar cualquier decisión económica adoptada por pactos o acuerdos entre los cónyuges, tenga o no hijos la pareja.

Desde el año 2008, la *Law Commission* preparaba la consulta a la ciudadanía acerca de las necesidades de modificación de la Ley de Divorcio. Sin embargo, se dio espera para revisar el pronunciamiento del caso *Radmacher vs Granatino*, que anunciaba modificaciones en la materia. Detengámonos en este caso brevemente para contextualizar los cambios introducidos por la jurisprudencia, y que fueron tenidos en cuenta para la consulta liderada por la *Law Commission*.

El caso giraba en torno a la pareja formada por Radmacher y Granatino. Ella de nacionalidad alemana y él de nacionalidad francesa. La pareja realizó un acuerdo prenupcial en el que definió que la ley aplicable fuera la alemana. Con un gran patrimonio privativo y familiar Radmacher propuso que se acogieran al régimen de separación de bienes alemán. Él estuvo de acuerdo y firmaron el pacto en el que renunciaban a cualquier tipo de reclamación en el patrimonio privativo del otro en caso de divorcio o muerte. Así las cosas, la pareja fijó su residencia en Londres y tuvieron dos hijos. El matrimonio duró 8 años al final de los cuales Granatino demandó la *ancillary relief*, consistente en la fijación de las medidas económicas derivadas del divorcio<sup>64</sup>, pasando por alto el acuerdo. En primera instancia recibió el beneplácito del juez en sus derechos como esposo y padre. En segunda instancia, la corte de apelación restringió sus derechos solo a los derechos como padre que no habían sido pactados en el acuerdo<sup>65</sup>.

<sup>64</sup> «Es importante aclarar qué entiende el Derecho inglés por “ancillary relief” y “maintenance”. “Ancillary relief” se refiere a todas las consecuencias financieras que derivan de una separación o divorcio, sin cubrir los aspectos relativos a los menores. “Maintenance” hace referencia a las pensiones a favor del cónyuge más necesitado, con el objetivo de que este último pueda mantenerse. Cabe la posibilidad de que dichas pensiones se limiten en el tiempo» (SCHERPE J.M., «Los acuerdos matrimoniales en Inglaterra y Gales tras Radmacher v. Granatino», *InDret*, 2/2012, p. 2).

<sup>65</sup> «15. Despite the terms of the ante-nuptial agreement the husband brought a claim for ancillary relief, seeking an order against the wife both for periodical payments and for a lump sum. The hearing of his claim began before Baron J on 23 June 2008 and she handed down her judgment on 28 July 2008: [2008] EWHC 1532 (Fam) [2009] 1 FCR 35. The issue that lay at the heart of the proceedings was the weight that should be given to the ante-nuptial agreement. Baron J held that the circumstances surrounding the conclusion of the agreement fell afoul of a number of the safeguards set out in para 4.23 of the Home Office consultation document (see para 5 above), and for that reason, the weight to be attached to it fell to be reduced. None the less, she held that his award should be circumscribed to a degree to reflect the fact that he had signed the agreement. Her award also had to make provision for the two children, whose arrival had not been anticipated in the agreement. In the event she awarded the husband a total of £5,560,000, on the basis that this would provide him with an annual income of £100,000 for life and enable him to buy a home in London, where the two children could visit him. awarded him periodical payments of £35,000 a year for each child until they ceased full time education. In addition, she awarded a sum to enable him to buy a home in Germany (which would remain owned by the wife) where the two children could stay with him. 16. The wife appealed successfully to the Court of Appeal against Baron J’s order. The Court held that Baron J had been wrong to find that the circumstances in which the ante-nuptial agreement had been reached reduced the weight to be attached to the agreement. It was not evident that the fact of the agreement had had any significant impact on her award. In the circumstances of the

La *Supreme Court* modifica la jurisprudencia, alterando la regla que venimos mencionando en los diferentes textos normativos, según la cual los tribunales tenían plena autonomía para regular las consecuencias económicas de un divorcio, incluso modificando, o no aplicando el acuerdo previsto por las partes al efecto. En este fallo se modifican reglas previas señaladas en precedentes. Concretamente se señala que la regla derivada de *White v. White* y *Miller v. Miller* establece que el criterio primordial para ser aplicado en *ancillary relief* es el de imparcialidad y la identificación de tres aspectos: necesidad, compensación y distribución del patrimonio; aspectos que son relevantes para la pregunta de qué es justo. Se reflexiona que, si un acuerdo ante-nupcial se ocupa de esos asuntos de manera tal que el tribunal podría adoptarlo igualmente en ausencia de tal acuerdo, no hay ningún problema en dar efecto al acuerdo. El problema surge cuando el acuerdo establece disposiciones que entran en conflicto con lo que el tribunal consideraría de otra manera para los requisitos de justicia. El hecho de que el acuerdo sea capaz de alterar lo que es justo es un factor determinante de sopesar<sup>66</sup>.

Scherpe explica así el test de la *Supreme Court* en *Radmacher vs Granatino*, señalando que «el análisis de los acuerdos matrimoniales debe llevarse a cabo en dos fases. La primera de ellas (que podría llamarse “fase de equidad procesal”) tiene lugar en el momento en que el acuerdo matrimonial se concluye, como se desprende de la referencia al acuerdo que ha sido “acordado libremente por las partes con pleno conocimiento de sus implicaciones”. La segunda fase se materializa en las palabras que siguen inmediatamente después, es decir, “excepto que, en las circunstancias actuales, en el momento de su consideración, las partes se encontraran en una situación de injusticia”. Esta segunda fase es de “equidad sustantiva”, y el examen se centra en el contenido real del acuerdo»<sup>67</sup>.

De esta manera, la *Supreme Court* concluye que el pacto prematrimonial no deviene en injusto. Señalan la cuestión de la imparcialidad del acuerdo, que a menudo puede verse comprometida en que se produzcan injusticias en las circunstancias que rodeen la ruptura

---

case she should have given the agreement decisive weight. The award should make provision for the husband's role as the father of the two children, but should not otherwise make provision for his own long-term needs. The case was remitted to Baron J.»

<sup>66</sup> «75. *White v. White* and *Miller v. Miller* establish that the overriding criterion to be applied in ancillary relief proceedings is that of fairness and identify the three strands of need, compensation and sharing that are relevant to the question of what is fair. If an ante-nuptial agreement deals with those matters in a way that the court might adopt absent such an agreement, there is no problem about giving effect to the agreement. The problem arises where the agreement makes provisions that conflict with what the court would otherwise consider to be the requirements of fairness. The fact of the agreement is capable of altering what is fair. It is an important factor to be weighed in the balance. We would advance the following proposition, to be applied in the case of both ante- and post-nuptial agreements, in preference to that suggested by the Board in *MacLeod*: “The court should give effect to a nuptial agreement that is freely entered into by each party with a full appreciation of its implications unless in the circumstances prevailing it would not be fair to hold the parties to their agreement”» (*Radmacher v. Granatino*). Al respecto Vid. GASPAS LERA S., «Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho inglés. Validez, eficacia y discrecionalidad judicial», *InDret*, 3/2012, p. 16.

<sup>67</sup> SCHERPE J. M., «Los acuerdos matrimoniales en Inglaterra y Gales tras *Radmacher v. Granatino*», ob. cit. p. 8.



del matrimonio, lo cual se alega en este caso. Si el esposo hubiera estado incapacitado en el curso del matrimonio, de modo que no fuera capaz de ganarse la vida, esto bien podría haber justificado, en interés de la imparcialidad, no sujetarlo a todos los rigores del acuerdo antenuptial. Pero encuentran que esto estaba lejos del caso, que, por el contrario, había evidencia de que el esposo es extremadamente capaz, y ha agregado a sus cualificaciones el perseguir un doctorado en biotecnología. Además, la concesión de *ancillary relief* para satisfacer las necesidades de las dos hijas proporcionará indirectamente en gran medida para las necesidades del marido, hasta que la hija menor alcance la edad de 22 años. Finalmente, sostienen que el Tribunal de Apelación no alteró la orden del juez de que la esposa debe financiar el pago de las deudas de 700.000 libras adeudadas por el marido, solo fue reducida una pequeña parte de lo que ella había objetado. Tampoco ve procedente la compensación porque no hubo pérdida de oportunidad laboral, ni concede una distribución equitativa del patrimonio, pues él había renunciado a ello a pesar de conocer de la cuantiosa fortuna de su futura esposa. Hubo voto particular por *Lady Hale*, quien consideró que deberían ser competencia del legislador todos estos asuntos, preocupándose por la defensa de la posición del cónyuge más débil y destacando los problemas de discriminación de género, aunque se discute si deben o no ser tenidos en cuenta para la validez de los pactos ante-nupciales.

Este fallo fue muy esperado. Con él se abrió paso a la consulta de la *Law Commission*, con miras a realizar recomendaciones y a elaborar una propuesta de reforma. Todo ello se hizo para consultar el *Marital Property Agreements* que contenía tres tipos de pactos: los prematrimoniales o pactos de pre-convivencia (*civil partnership*), tendientes a regular las relaciones durante la vida de pareja o prever las condiciones de ruptura; los pactos postnupciales (*postnuptial agreements*) realizados durante la vida de la pareja, tendientes a regular los aspectos económicos en convivencia o de cara a una separación o divorcio); y los pactos de separación (*separation agreements*) durante la vida de pareja, porque desean separarse, o después de separados, para regular las condiciones en que quedarán<sup>68</sup>.

Los resultados de la consulta de la *Law Commission* se condensan en el informe final de 2014, *Matrimonial Property Needs and Agreements*<sup>69</sup>. De ellos puede destacarse que se trata de acuerdos prenupciales, postnupciales y de separación; se pueden realizar por parejas casadas o por *civil partnerships*; deben considerarse vinculantes entre las partes, bajo determinadas condiciones (*qualifying nuptial agreements*); se presumirá *undue influence* en caso de que no se cumplan las condiciones; será solemne por escritura pública, con expresión del consentimiento informado sobre el alcance de la fuerza vinculante y de la poca discrecionalidad que dará a los jueces, quedando estas limitadas a evitar que el acuerdo deje de cubrir las *financial needs*; el límite mínimo de 28 días antes de la boda o de la constitución de la *civil partnership*; debe haber información financiera suficiente y recíproca entre las partes y de manera irrenunciable; se requiere el asesoramiento legal de

<sup>68</sup> The Law Commission, *Marital Property Agreements 2011*. Consultation Paper No. 198, numeral 1.9.

<sup>69</sup> The Law Commission, *Matrimonial Property, Needs and Agreement 2014*. Para las recomendaciones vid. pp. 118-123.

ambas partes en cuanto a que es vinculante entre ellos e inmodificable por los tribunales, lo que quiere decir que no habrá *orders* que contradigan el acuerdo; también deberán ser asesorados en cuanto al efecto sobre los derechos legales de las partes, dicha asesoría se hará constar y en tal caso se presumirá. Asimismo, deben ser distintos abogados para cada parte; no proceden pactos que contraríen las necesidades económicas de sostenimiento de cada uno tras la ruptura, si se pactan, serán revisables por los tribunales; no podrán pactar para evadir o disminuir sus responsabilidades legales respecto de los hijos comunes, en estos casos serán revisables por los tribunales; se recomiendan en caso de fortuna familiar o actividades empresariales; no se da una definición de *financial needs*, pero permanece el concepto de que existen obligaciones entre los exesposos de acuerdo a las necesidades económicas al momento de la ruptura; no se pronuncian en las recomendaciones, medidas contra la afectación de los *non-matrimonial property*, que de esta manera quedan aún al descubierto para que los tribunales puedan continuar aplicando la ya concebida doctrina de la comunidad de propiedad<sup>70</sup>.

El informe *Matrimonial Property Needs and Agreements* contiene además una propuesta de reforma que termina siendo tenida en cuenta para el Proyecto de Ley de Divorcio (Provisión Financiera)<sup>71</sup>. Este es un proyecto de ley privado presentado por la Baroness Deech (Crossbench). El proyecto de ley recibió su primera lectura en la Cámara de los Lores el 3 de julio de 2017 y completó las etapas de la Cámara de los Lores el 19 de diciembre de 2018. Se presentó a la Cámara de los Comunes el 19 de diciembre de 2018. Esto se conoce como primera lectura y no hubo debate sobre el proyecto de ley en esta etapa. Se espera que este proyecto de ley tenga su debate en segunda lectura en una fecha próxima<sup>72</sup>.

#### IV. ALCANCE ACTUAL DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PRIVADA EN EL MATRIMONIO Y EN LA UNIÓN MARITAL EN COLOMBIA

##### 1. Antecedentes

Nuestra historia legislativa ha marcado un predominio del hombre sobre la mujer durante muchos años, lo que produjo que tal discusión careciera de contenido. Si el hombre

<sup>70</sup> GUITIÁN A.M., *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, ob. cit., pp. 185-186 analiza los aspectos más relevantes de las recomendaciones.

<sup>71</sup> El proyecto de ley propone reemplazar el artículo 25 (2) de la Ley de Causas Matrimoniales de 1973, que trata las órdenes de provisión financiera después del divorcio. La Sección 25 (2) enumera los elementos que un tribunal debe tener en cuenta al emitir órdenes para la división de las finanzas cuando una pareja se divorcia, incluidos los recursos financieros y las obligaciones que cada parte tiene o es probable que tenga en el futuro, el nivel de vida que disfruta la familia, y la contribución de cada una de las partes al bienestar de la familia. Sobre el proceso en el Derecho inglés puede verse FAIRBAIRN C., «Pre-nuptial agreements» Briefing Paper núm. 03752, 21 June 2017.

<sup>72</sup> Hay una tendencia doctrinaria que propugna que en Derecho Inglés se debe dar un giro hacia considerar con mayor peso la buena fe contractual en pactos en Derecho de Familia. Vid al respecto MATO PACÍN, N., «El papel de la buena fe en el Derecho contractual inglés», *InDret*, 2/2018.

está al frente del hogar y la mujer solo le acompaña desde las relaciones domésticas y de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes<sup>73</sup>, no existe una discusión real sobre hasta dónde llega la autonomía de cada uno. La respuesta frente a ese panorama es clara: el hombre tiene todo el poder y por tanto sus decisiones económicas serán aplicadas en todo su alcance pues como director del hogar no tiene límites en su autonomía. No está obligado a rendir cuentas<sup>74</sup> y su responsabilidad es absoluta frente a terceros que no ven más allá de un deudor con dominio absoluto del patrimonio familiar y con la fuerza para responsabilizarse frente a ellos gozando del patrimonio familiar como garantía<sup>75</sup>.

La mujer en cambio tiene en este tipo de régimen limitaciones absolutas en el ejercicio del manejo económico, no puede disponer de bienes inmuebles si está sometida a potestad marital y mucho menos tendrá entonces incidencia en la toma de decisiones negociales<sup>76</sup>. Por consideración a su humanidad antiguas leyes le concedían la titularidad de sus objetos personales más íntimos y poco a poco su presencia al frente de los temas domésticos le fueron atribuyendo una *potestad, por estar en el hogar*, frente a cierto tipo de negocios que tratándose de asuntos cotidianos de la familia no podían ser asumidos por el hombre al estar este ocupado de asuntos de mayor relevancia en temas profesionales, negociales o societarios que lo elevaban en su carácter de ser productivo<sup>77</sup>.

Muy tempranamente para nuestra cultura jurídica e idiosincrasia social se expide la Ley 28 de 1932 en la que se predica una igualdad entre hombre y mujer al interior de la sociedad conyugal. Extraño a lo que podía considerarse costumbre en Colombia, la mujer empezaba a predicarse como titular de bienes propios y administradora libre de los mismos<sup>78</sup>. Quedaba, así, en igualdad de condiciones frente al hombre, en una declaración legal que anticipaba un cambio social, pero que aun en la práctica para la época era de muy difícil aplicación dado el poco poder adquisitivo que manejaban las mujeres, pues al estar bajo potestad marital generalmente no ejercían profesión u oficio, ni estaban siendo consideradas por sus padres para ser las continuadoras de los negocios familiares<sup>79</sup>.

En Colombia, a pesar de que durante muchos años el matrimonio fue la forma ideal de pareja, poco a poco, la unión marital de hecho se abrió paso para constituirse en un

<sup>73</sup> Un estudio completo sobre la potestad doméstica puede verse en ALARCÓN PALACIO Y.E., «Potestad doméstica y responsabilidad patrimonial en la sociedad conyugal», en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, Tomo IV. Derecho privado, vol. 2, Bogotá (Temis), 2010, pp. 749-780.

<sup>74</sup> LATORRE, L.F., *Régimen patrimonial en el Matrimonio*, Bogotá (Imprenta Nacional), 1932, pp. 205 a 206.

<sup>75</sup> ALARCÓN PALACIO Y.E., *El patrimonio común como objeto de responsabilidad de los casados en sociedad de gananciales*, ob. cit., pp. 365 y 425.

<sup>76</sup> Cf. JARAMILLO SIERRA I.C., *Derecho y Familia en Colombia: Historias de Raza, Género y Propiedad (1540-1980)*, Bogotá (Ediciones Uniandes), 2013, pp. 261-262.

<sup>77</sup> Cf. ALARCÓN PALACIO Y.E., «Potestad doméstica y responsabilidad patrimonial en la sociedad conyugal», ob. cit., pp. 750-751.

<sup>78</sup> Cf. VALENCIA ZEA, A., *Derecho Civil*, Tomo V, 5.ª ed., Bogotá (Temis), 1985, p. 290.

<sup>79</sup> Cf. JARAMILLO SIERRA, C.I., *Derecho y Familia en Colombia: Historias de Raza, Género y Propiedad (1540-1980)*, ob. cit., p. 273.

modelo de reconocido uso y de importancia jurídica. Superada la negativa del derecho al reconocimiento del concubinato, en 1990 se expide la Ley 54, de 28 de diciembre<sup>80</sup> que regula las uniones de hecho y que reglamenta lo concerniente a los efectos patrimoniales de las mismas.

En ese momento histórico la imposibilidad de disolver los efectos civiles de los matrimonios católicos, siendo estos los que practicaba la gran mayoría de colombianos dio paso a un fenómeno poco común en el derecho porque altera los presupuestos básicos del estado civil, cual es la concurrencia de condiciones de pareja. En aplicación de la Ley 54 de 1990, una persona casada que se encuentre separada, sea por las vías de hecho o sea judicialmente, puede tener una unión marital y hasta conseguir efectos patrimoniales derivados de su convivencia<sup>81</sup>. Ello en atención a que el régimen de gananciales ha sido interpretado como una protección a la parte más débil en la pareja, generalmente la mujer.

La necesidad de protección de las mujeres al interior de la familia, dada la antigua tradición de la ya mencionada potestad marital, ha extendido sus efectos hasta nuestros días permitiendo como régimen supletorio a la manifestación expresa de cónyuges o compañeros permanentes, el régimen de sociedad de gananciales, en el primer caso, y de sociedad patrimonial de hecho, en el segundo. Con diferencias que pueden ser consideradas importantes, los regímenes económicos que se consagran como supletorios tienen en común varias cosas. Destaca la existencia de comunidad de bienes expresada en gananciales, y la aplicación de las normas de sociedad conyugal por vía de remisión explícita del legislador a los vacíos que presente el régimen de la sociedad patrimonial de hecho en las uniones de pareja<sup>82</sup>. Pero poco es lo que se ha debatido sobre autonomía en las relaciones de pareja en Colombia a nivel jurídico.

## **2. Manifestaciones claras actuales del ámbito de aplicación de la autonomía de la voluntad en las parejas por fuera de las capitulaciones matrimoniales**

Lograda la anhelada igualdad entre hombres y mujeres al interior de la vida familiar<sup>83</sup> se reflejan ámbitos de manifestación de la autonomía en los siguientes aspectos:

*La escogencia del vínculo.* En Colombia a partir de la Constitución Política de 1991 (en adelante CPC), se admiten con este rango diversos modelos familiares; si bien, en prin-

<sup>80</sup> Diario Oficial No. 39.615 del 31 de diciembre de 1990.

<sup>81</sup> Cf. ALARCÓN PALACIO Y.E., «El constitucionalismo en el presente y futuro del derecho familiar», en *XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar. Disertaciones y Ponencias*, Mar del Plata (La Ley-Abeledo Perrot), 2012, p. 7.

<sup>82</sup> El artículo 7 de la Ley 54 de 1990 remite a las normas sobre disolución y liquidación de la sociedad conyugal contenida en el Libro 4º, Título XXII, Capítulos I al VI del Código Civil colombiano (artículos 1771 a 1780).

<sup>83</sup> Cf. Decreto 2820 de 1974, Diario Oficial No 34.249, de 4 de febrero de 1975, y Constitución Política de Colombia, artículo 42.

cipio, el artículo 42 CPC no especificaba qué tipos de familia contemplaba, pues al tenor del mismo solo se identificaban la familia constituida por «vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla»<sup>84</sup>.

La evolución jurisprudencial da cuenta del reconocimiento de diversos modelos. Así, hoy día puede hablarse de la familia matrimonial entre parejas del mismo sexo<sup>85</sup> o diferente sexo, la familia de la unión marital entre parejas del mismo sexo<sup>86</sup> o diferente sexo, la familia de crianza, la familia monoparental y la familia reconstituida<sup>87</sup>.

*La escogencia del régimen económico.* Esta es otra de las claras manifestaciones de la autonomía de la voluntad privada en la pareja. Los debates se han centrado en el alcance de la potestad discrecional y sus límites. En ello nos detendremos en el siguiente acápite, pero baste adelantar que históricamente se ha tratado de establecer si el alcance va hasta la exclusión total del régimen de la sociedad de gananciales o si la ley solo permite su modificación. A partir del reconocimiento de la unión marital de hecho también se ha sumado a la discusión la aplicación de régimen económico matrimonial incluyendo la potestad de capitulaciones y su oportunidad en caso de vacíos normativos.

*La separación de cuerpos y el divorcio.* Desde hace muchos años es tradición en Colombia permitir el mutuo acuerdo como causal de separación<sup>88</sup> y de divorcio<sup>89</sup>. Estos trámites se han desarrollado tanto judicial como notarialmente. El acuerdo de los cónyuges sobre la separación legal (divorcio no vincular) o el divorcio (vincular) va acompañado de una serie de acuerdos que la pareja realiza en el ámbito personal y patrimonial.

---

<sup>84</sup> Al respecto sosteníamos la superación de las diferencias históricas entre la familia heterosexual solemnemente constituida y la familia heterosexual de hecho, ambas con arraigo en la realidad colombiana. Vid. ALARCÓN PALACIO Y.E., «El constitucionalismo en el presente y futuro del derecho familiar», ob. cit., p. 9.

<sup>85</sup> Cf. Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU-214 de 2016, Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos. Al respecto, vid. HOYOS ROJAS, L.M., «El método neoconstitucional de la dignidad en el derecho privado: una aproximación a la igualdad de género en el ámbito de las relaciones familiares homoparentales», *Revista de Derecho Privado*, núm. 47, 2012, p. 24.

<sup>86</sup> El reconocimiento de este tipo de modelo se desarrolla en una amplia línea jurisprudencial, de entre las cuales podemos destacar las sentencias C-075 de 2007, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil; C-029 de 2009, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil; C-283 de 2011, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; y C-238 de 2012, Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Para un estudio detallado Vid. ALARCÓN PALACIO Y.E., «El constitucionalismo en el presente y futuro del derecho familiar», ob. cit., pp. 10-17.

<sup>87</sup> Cf. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-577 de 2011, Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

<sup>88</sup> Código Civil de Colombia, artículo 165.2, modificado por la Ley 1ª. de 1976, artículo 15: «Mutuo consentimiento de los cónyuges, manifestado ante el juez competente».

<sup>89</sup> La causal de mutuo consentimiento fue introducida por la Ley 25 de 1992 que regula las causales de divorcio, Esta ley señala en su artículo 6º: «El artículo 154 del Código Civil, modificado por la Ley Primera de 1976, quedará así: “9. El consentimiento de ambos cónyuges manifestando ante el juez competente y reconocido por este mediante sentencia”».

Así, en los *casos de separación legal de cuerpos*, se ha exigido que los cónyuges se pronuncien sobre el estado en que queda la sociedad conyugal y si la separación es indefinida o temporal (en este caso la duración de la misma que no puede exceder de un año), el cuidado personal de los hijos comunes, el régimen de visitas y la cuota alimentaria con la que contribuirá el cónyuge no titular de la custodia y cuidado de los hijos, la cuota alimentaria a favor del esposo o esposa necesitados cuando haya capacidad del otro cónyuge. Cuando sea judicialmente, el juez podrá objetar el acuerdo de los cónyuges en interés de los hijos, previo concepto del Ministerio Público<sup>90</sup>.

Por la Ley 25 de 1992 se derogan los Decretos que facultaban a los notarios para adelantar separaciones de cuerpo de mutuo acuerdo<sup>91</sup>. Actualmente se considera que dada la competencia de los mismos para ser conciliadores en derecho<sup>92</sup>, bajo solicitud de ambos cónyuges de mutuo acuerdo es posible que el notario conozca como conciliador y por tanto el asunto haga tránsito a cosa juzgada y preste mérito ejecutivo<sup>93</sup>. Respecto del *divorcio de mutuo acuerdo* este puede realizarse ante notario por la Ley 962 de 2005, artículo 34<sup>94</sup>. En cuanto a la *existencia de hijos menores, el control de legalidad del acuerdo y la protección de los derechos de los niños y niñas* se otorgan al Defensor de Familia como máxima autoridad garante de sus derechos<sup>95</sup>. Así el párrafo del mismo artículo 34 reza que «el Defensor de Familia intervendrá únicamente cuando existan hijos menores; para este efecto se le notificará el acuerdo al que han llegado los cónyuges con el objeto de que rinda su concepto en lo que tiene que ver con la protección de los hijos menores de edad».

Este artículo fue reglamentado por el Decreto 4436 de 2005 de noviembre 28. En él se establece con detalle el procedimiento para el mismo y se especifica el contenido de la solicitud de divorcio, que deberá ir acompañada del acuerdo suscrito por los cónyuges con la manifestación de voluntad de divorciarse o de que cesen los efectos civiles del matrimonio

<sup>90</sup> Código Civil de Colombia, artículo 166, modificado por la ley 1.ª de 1976, artículo 16.

<sup>91</sup> Decreto 2458 de 1988, Diario Oficial No. 38.591, de 28 noviembre de 1988. Decreto 1900 de 1989, Diario Oficial No. 38.951, de 24 de agosto de 1989.

<sup>92</sup> La Ley 640 de 2001 consagró la conciliación ante notario de los asuntos extrajudiciales en materia de familia. Es además requisito de procedibilidad, pues según el artículo 40.7 deberá intentarse previamente a la iniciación del proceso judicial en la separación de bienes y de cuerpos. Ley 640 de 2001, Diario Oficial No. 44.303 de 24 de enero de 2001. Sobre la conciliación en asuntos de familia, vid. MORENO PINEDA, M.C., «Conciliación en materia de familia», Working Paper del proyecto «Análisis de las nuevas tendencias del derecho de familia en el marco del Estado Constitucional de Derecho» (Convocatoria Interna ID 00005765), Bogotá (Pontificia Universidad Javeriana), 2017, p 12. En el año de 2001, el legislador expidió la ley 640 de 2001, en la cual hace una regulación amplia de la conciliación en todas las áreas del Derecho.

<sup>93</sup> Un estudio completo sobre las actuaciones notariales en asuntos de familia, puede verse en GARCÍA-HERREROS CASTAÑEDA, M., *Procedimientos y actuaciones notariales en el derecho de familia*, 2.ª ed., Bogotá (Fondo de Publicaciones Universidad Sergio Arboleda), 2015, p. 197.

<sup>94</sup> Ley 962 de 2005, Diario Oficial No. 46.023 de 6 de septiembre de 2005.

<sup>95</sup> JIMÉNEZ BARROS, R., «Naturaleza del defensor de familia como institución garante de la eficacia de los derechos de la niñez y la adolescencia. ¿Conciliador o juez?», *Revista Universitas* núm. 124, 2012, pp. 169-199.

religioso<sup>96</sup>. Además, contendrá disposiciones sobre el cumplimiento de las obligaciones alimentarias entre ellos, si es el caso, y el estado en que se encuentra la sociedad conyugal.

Cuando existan hijos menores de edad deberá informarse tal situación. Al respecto se dispone en el artículo 2: «c) Si hubiere hijos menores de edad, el acuerdo también comprenderá los siguientes aspectos: la forma en que contribuirán los padres a la crianza, educación y establecimiento de los mismos, precisando la cuantía de la obligación alimentaria, conforme al artículo 133 del Código del Menor, indicando lugar y forma de su cumplimiento y demás aspectos que se estimen necesarios; custodia y cuidado personal de los menores; y régimen de visitas con la periodicidad de las mismas»<sup>97</sup>.

El artículo 37 de la Ley 962 de 2005, también da competencia a los notarios para la constitución del patrimonio de familia inembargable; las capitulaciones matrimoniales, la constitución, disolución y liquidación de la sociedad patrimonial de compañeros permanentes y el matrimonio civil e inventario de bienes de menores que se encuentren bajo patria potestad cuando los padres estén administrándolos y quieran contraer matrimonio.

*La disolución de la sociedad conyugal.* La Ley 1.<sup>a</sup> de 1976 de enero 19, estableció en su artículo 25, la modificación del artículo 1820 del Código Civil colombiano (en adelante CCC) sobre las formas de disolución de la sociedad conyugal. Por tanto, en Colombia es posible disolver y liquidar la sociedad conyugal ante notario por mutuo acuerdo, así como también se puede realizar judicialmente mediante el trámite de separación de bienes de mutuo acuerdo<sup>98</sup>.

*Otras manifestaciones de autonomía de la voluntad.* En el Decreto 1.664 de 2015 de agosto 20, se consagran varios aspectos que reflejan la tendencia hacia una mayor autonomía de los cónyuges en las relaciones familiares<sup>99</sup>. Es así como se permite el *acuerdo sobre la custodia del hijo menor o del mayor discapacitado y la regulación de visitas* (artículo 2.2.6.15.2.4.1.). Se señala que debe elevarse a escritura pública, la cual contendrá una síntesis de la solicitud y de lo actuado, el acuerdo sobre la custodia y la regulación de visitas, según el caso (artículo 2.2.6.15.2.4.4.). También se permiten las declaraciones de constitución, disolución y liquidación de la sociedad patrimonial de hecho y de la existencia

<sup>96</sup> Decreto 4436 de 2005, Diario Oficial No. 46.108 de 30 de noviembre de 2005, artículo 2, literal b).

<sup>97</sup> Debe entenderse aplicado el artículo 24 de Ley 1098 de 2006, actual Código de la Infancia y la Adolescencia. El Código del Menor, Decreto 2737 de 1989 fue derogado por el artículo 217 de la Ley 1098 de 2006, a excepción de los artículos 320 a 325 y los relativos al juicio especial de alimentos los cuales quedaron vigentes, para posteriormente ser derogados en su totalidad mediante la Ley 1564 de 2012 «por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones» publicada en el Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012.

<sup>98</sup> Ley 1.<sup>a</sup> de 18 de febrero de 1976, Diario Oficial No. 34.492, por la cual se establece el divorcio en el matrimonio civil, se regulan la separación de cuerpos y de bienes en el matrimonio civil y en el canónico, y se modifican algunas disposiciones de los Códigos Civil y de Procedimiento Civil en materia de Derecho de Familia, artículo 25, modificadorio del artículo 1820, numeral 5.

<sup>99</sup> Decreto 1664 de 20 de agosto de 2015, Diario Oficial No. 49.610, por el cual se autoriza la liquidación de herencias y sociedades conyugales vinculadas a ellas ante notario público y se dictan otras disposiciones.

y cesación de efectos civiles de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes, de común acuerdo (artículo 2.2.6.15.2.5.1.).

La norma abre paso a la *declaración de cesación de los efectos civiles de la unión marital de hecho* (artículo 2.2.6.15.2.5.3.). La solicitud deberá formularse en forma conjunta por los interesados, mediante apoderado, e indicará el acuerdo suscrito por los compañeros permanentes con la manifestación de voluntad de que cesen los efectos civiles de la unión marital de hecho. Además, contendrá disposiciones sobre el cumplimiento de las obligaciones alimentarias entre ellos, si es el caso. Ésta última expresión, al tratarse de un mutuo acuerdo permite el reconocimiento de alimentos voluntarios que zanjarían la discusión sobre la viabilidad de los alimentos entre compañeros permanentes después de su separación<sup>100</sup>. Asimismo, si se hubiere constituido, deberá expresarse el estado en que se encuentra la sociedad patrimonial.

Si hubiere hijos menores de edad se informará sobre su existencia. El acuerdo también comprenderá los siguientes aspectos: la forma en que contribuirán los padres a la crianza, educación y establecimiento de los mismos, precisando la cuantía de la obligación alimentaria, indicando lugar y forma de su cumplimiento y demás aspectos que se estimen necesarios; custodia y cuidado personal de los menores; y régimen de visitas con la periodicidad de las mismas.

En este trámite el garante de los derechos de los niños y niñas es el Defensor de Familia. Por tanto, a la solicitud se anexará el concepto de este funcionario, en el caso de que haya hijos menores de edad, si por cualquier circunstancia legal ya se cuenta con dicho concepto (artículo 2.2.6.15.2.5.4.). En caso de que con la solicitud no se anexe, concepto previo del Defensor de Familia, habiendo hijos menores de edad, el notario le notificará al Defensor de Familia del lugar de residencia de aquellos, mediante escrito, el acuerdo al que han llegado los compañeros permanentes. El Defensor de Familia deberá emitir su concepto en los quince días siguientes a la notificación. Si en dicho plazo el Defensor de Familia no ha allegado su concepto, el notario dejará constancia de tal circunstancia, autorizará la Escritura y le enviará una copia a costa de los interesados (artículo 2.2.6.15.2.5.5.).

En cuanto a la fuerza vinculante, es importante destacar que las observaciones legalmente sustentadas que hiciere el Defensor de Familia referidas a la protección de los hijos menores de edad se incorporarán al acuerdo, de ser aceptadas por los compañeros

---

<sup>100</sup> La sentencia C-1033 de 2001 (Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño) de la Corte Constitucional de Colombia permitió la reclamación de alimentos en favor del compañero permanente. Muchos juzgados han entendido que la obligación de alimentos en los procesos en que se reclaman con uniones declaradas legalmente, subsiste mientras no sea anotada la disolución de la misma. Tal concepto dista de la condición de situación de hecho de la unión marital en Colombia. Sin embargo, en pronunciamiento reciente, mediante sentencia de tutela STC6975 de 2019 (Magistrado Ponente Luis Armando Tolosa Villabona), la Corte Suprema de Justicia falló a favor de la compañera permanente que reclamaba alimentos con posterioridad al cese de la convivencia y lo hizo con perspectiva de género en protección de lo que denominó una violencia económica. El falló contó dos salvamentos de voto y una aclaración.



permanentes. En caso contrario se entenderá que existe controversia y el notario remitirá las actuaciones al juez competente (artículo 2.2.6.15.2.5.5.).

La normativa permite la declaración de constitución de sociedad patrimonial de hecho, con una manifestación de la existencia de la unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años, así como la manifestación sobre la existencia o no de impedimentos para contraer matrimonio (artículo 2.2.6.15.2.5.6). A la solicitud se anexan el inventario y avalúo de los bienes, y relación del pasivo de la sociedad patrimonial o manifestación de su inexistencia (artículo 2.2.6.15.2.5.7.).

Este decreto repite la remisión existente, en el artículo 7 de la Ley 54 de 1990, sobre la aplicación de las normas sobre *disolución y liquidación de la sociedad conyugal* contenida en el Libro 4º, Título XXII, Capítulos I al VI CCc, a la disolución y liquidación de la sociedad *patrimonial de hecho* entre compañeros permanentes.

Por último, hay que destacar que los compañeros que pretendan contraer matrimonio también podrán hacer declaración de bienes de la sociedad patrimonial que ingresan a la sociedad conyugal, pues la norma sostiene: «Quienes tengan entre sí unión marital de hecho y sociedad patrimonial no declarada ni liquidada y pretendan celebrar matrimonio, podrán declarar, por escritura pública, que han tenido unión marital de hecho y sociedad patrimonial entre ellos y que es su voluntad que los bienes integrantes de esta sociedad ingresen a la sociedad conyugal que surge por el hecho del matrimonio. Los declarantes relacionarán e identificarán todos los bienes habidos en la sociedad patrimonial para que hagan parte de la sociedad conyugal» (artículo 2.2.6.15.2.6.1.).

### 3. Las actuales capitulaciones matrimoniales y de la unión marital de hecho

#### A. Concepto y aplicación al matrimonio y a la unión marital de hecho

El artículo 1771 del CCc define las Capitulaciones Matrimoniales en los siguientes términos: «Se conocen con el nombre de capitulaciones matrimoniales las convenciones que celebran los esposos antes de contraer matrimonio, relativas a los bienes que aportan a él, y a las donaciones y concesiones que se quieran hacer el uno al otro, de presente o futuro».

El alcance de esta definición ha sido analizado por la doctrina colombiana de manera puntual. Suárez Franco comenta que «se trata de convenciones, por cuanto nacen del acuerdo real de voluntades de los dos desposados sobre un objeto de interés jurídico, cuál es la modificación del sistema de la sociedad conyugal, en lo relativo al aporte de bienes, particularmente inmuebles, o la sustracción de muebles de la comunidad social, o a las donaciones y demás concesiones que se quieran hacer de presente o de futuro»<sup>101</sup>, de esta manera muestra el alcance que reconoce a las capitulaciones matrimoniales como conven-

<sup>101</sup> SUÁREZ FRANCO, R., *Derecho de Familia*, Tomo I, 7.ª ed., Bogotá (Temis), 1998, p. 306.

ciones que celebran los futuros cónyuges sobre la modificación de la sociedad conyugal. Mucho después el autor reconocería que tales capitulaciones pueden contemplar la propia exclusión del régimen, a través del pacto de separación de bienes<sup>102</sup>. Hoy en día la doctrina mayoritaria colombiana<sup>103</sup> y también la jurisprudencia<sup>104</sup> reconocen la posibilidad de que las capitulaciones se celebren tanto frente a la futura unión matrimonial, como frente a la pareja de hecho<sup>105</sup>.

En este sentido Quiroz Monsalvo fija el objeto de las capitulaciones matrimoniales en «regular el régimen patrimonial que los futuros esposos o compañeros permanentes imprimirán a su relación, anticipando el tipo de bienes que aportarán o sustraerán de su comunidad». En cuanto al alcance de la exclusión del régimen de sociedad conyugal o patrimonial de hecho, el autor va más allá precaviendo que no solo puede excluirse lo contenido en la norma, sino que podría la pareja escoger cualquier régimen que prefieran<sup>106</sup>.

Parra Benítez también se pronuncia a favor de la posibilidad de pactar capitulaciones en ambas instituciones, el matrimonio y la unión marital de hecho y la de exclusión total del régimen pactando una separación de bienes. Parra Benítez, encuentra que, pese a que no se consagró en la Ley 54 de 1990 en forma expresa la posibilidad de otorgar capitulaciones antes de la constitución de la unión marital para impedir la formación de la sociedad patrimonial o someter esta a un régimen diverso, la misma puede derivarse de la remisión normativa a las reglas de la sociedad conyugal. De esta forma señala: «En el artículo 7° la

---

<sup>102</sup> SUÁREZ FRANCO, R., «Desarrollo actual de los regímenes económicos de la pareja. Sociedad conyugal y sociedad patrimonial de hecho», en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, Tomo IV. Derecho privado, vol. 2, Bogotá (Temis), 2010, pp. 701-702, detalla las razones de la reconsideración de su postura en el análisis de las profundas modificaciones sufridas por el ordenamiento jurídico en materia de sociedad conyugal con relación al modelo patriarcal que se consagró inicialmente en el Código Civil, Ley 153 de 1887.

<sup>103</sup> Aún hay autores que siguen sosteniendo que no es posible la exclusión total del régimen de sociedad conyugal por su carácter de orden público. Vid. TORRADO H.A., *Matrimonio y divorcio*, Bogotá (Universidad Sergio Arboleda), 2015, p. 51.

<sup>104</sup> Desde 1979, con la sentencia de 1 de agosto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia viene sosteniendo que: «A la libre y espontánea voluntad de los esposos queda, pues, pactar el régimen de bienes durante el matrimonio. Ellos tienen la opción de otorgar capitulaciones matrimoniales o de someterse, en caso contrario al régimen legal de sociedad conyugal. Entre uno y otro camino, son los futuros cónyuges quienes pueden hacer la elección». Esta doctrina jurisprudencial se ha mantenido a lo largo de los años sin grandes modificaciones y se ha manifestado incluso en acciones de tutela conocida por la misma sala civil de la Corte Suprema de Justicia, tal es el caso de la STC15153-2014, 06 noviembre de 2014, Exp. T 1100102030002014-02462-00, Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez. En sede de casación la Sala Civil de la Corte Suprema también ha sido reiterativa como en la sentencia Exp. No. 25286-3184-001-2007-00152-01, 29 de julio de 2011, Magistrado Ponente: Edgardo Villamil Portilla.

<sup>105</sup> Vid. BLANCO RODRÍGUEZ, J., «Capitulaciones matrimoniales: ¿modificación, sustitución y eliminación del régimen económico del matrimonio?», *Ambiente Jurídico*, vol. 13, 2011, pp. 240-255.

<sup>106</sup> QUIROZ MONSALVO, A., *Manual Civil*, Tomo V. Matrimonio Civil y Religioso. Unión Marital de Hecho. Nuevo Régimen de Guardas, 3.ª ed. Bogotá (Ediciones Doctrina y Ley), 2014, p. 179.

ley dispuso aplicar, a la liquidación, los capítulos I a VI del título XII del libro 4° del Código Civil. Y el capítulo I trata de las capitulaciones matrimoniales»<sup>107</sup>.

*B. El contenido. Los pactos patrimoniales como contenido «típico» en las capitulaciones matrimoniales*

En Colombia, la interpretación que se le ha dado a las capitulaciones matrimoniales ha sido de un alcance netamente patrimonial. El artículo 1771 del CCc contempla la posibilidad de celebrar convenciones: «...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», De la literalidad del precepto pueden deducirse las posibilidades de pacto en estos tres extremos: Por una parte, acuerdos relativos al aporte o exclusión de bienes; en segundo lugar, donaciones realizadas entre cónyuges o por terceros que tienen por causa o se realizan con ocasión del matrimonio; y por último, las concesiones que quieran hacerse los futuros cónyuges ya de presente ya de futuro<sup>108</sup>.

Vélez Barrientos afirma que «las capitulaciones solo pueden ser relativas a los bienes, porque las relaciones de los cónyuges entre sí, esto es, los derechos y obligaciones del marido y de la mujer como tales, prescindiendo de sus intereses, los determina la ley íntegramente»<sup>109</sup>.

Por su parte, Quiroz Monsalvo, reconoce el ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes pero les da el mismo alcance, netamente patrimonial, apelando a la condición de normas de orden público de las normas relativas a los efectos de carácter personal en el matrimonio y restándoles cualquier tipo de eficacia jurídica. Así, señala que «es de reiterar que si bien en este aspecto el legislador deja a la autonomía de las partes las decisiones que correspondan, ello no acontece con el régimen aplicable a los efectos personales del matrimonio o unión marital de hecho, pues en este ámbito el legislador, por cuanto estas relaciones constituyen el núcleo fundamental de la sociedad, se ha reservado su regulación, siendo estas normas de orden público y por ello mismo está vedado a las partes convenir estipulaciones diversas a las ya establecidas en la Constitución Política y la ley; y si así lo convienen, tales regulaciones privadas se tendrán por no pactadas y no se les reconocerá

<sup>107</sup> PARRA BENÍTEZ, J., *Derecho de Familia*, 2.ª ed., Bogotá (Temis), 2018, p. 379. La postura de este autor data de hace más de 20 años, pues ya afirmaba tal alcance de la posibilidad de aplicación de las capitulaciones matrimoniales a las uniones maritales de hecho en 1998. Cf. PARRA BENÍTEZ J. y MONTOYA PÉREZ G., «Sociedad conyugal y sociedad patrimonial», conferencia pronunciada en el marco del Encuentro Iberoamericano de Derecho de Familia comparado, Universidad Pontificia Bolivariana, 6 de agosto 6 de 1998.

<sup>108</sup> TORRADO, H.A., *Matrimonio y divorcio*, ob.cit., p. 47, añade las facultades de gestión, menciona la posibilidad de acordar las facultades que se otorgan los futuros contrayentes para el manejo o administración de sus bienes.

<sup>109</sup> VÉLEZ BARRIENTOS, F., *Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano*, Tomo VII, Medellín (Imprenta París-América), 1983, p. 45.

efecto jurídico alguno»<sup>110</sup>. Sin embargo, el autor propone la posibilidad de un acuerdo de convivencia familiar de cara a la ruptura de pareja. Sobre ello volveremos más adelante.

En el mismo sentido García Sarmiento había señalado que «capitulación es el *concierto, convenio o pacto entre dos o más personas sobre algún negocio, por lo general importante*. Calificadas en plural como matrimoniales es obvio que el convenio o pacto tiene como materia el matrimonio: este es el negocio importante. Mas como los efectos del matrimonio de naturaleza personal se estima de ordinario de orden público, no susceptibles de ser manejados por la autonomía de la voluntad privada, no pueden referirse más que a los efectos económicos o patrimoniales»<sup>111</sup>. Volveremos sobre este tema del orden público como excluyente de la posibilidad de pactos de carácter personal.

Pero siguiendo el camino de que el contenido que se reconoce es netamente patrimonial, miremos a qué se reducen las observaciones de la doctrina en torno a cuáles son esos pactos que señalamos como extremos:

*Acuerdos relativos al aporte o exclusión de bienes.* Dentro de una visión clásica de la sociedad conyugal la doctrina interpreta los aportes a la sociedad conyugal o la exclusión de los bienes, de acuerdo con la naturaleza de muebles y gananciales de la misma<sup>112</sup>. Siendo el régimen de la sociedad conyugal originalmente consagrado en el CCc y luego modificado por Ley 28 de 1932 de muebles y ganancias, la característica principal del régimen legal es la del ingreso como aporte de los bienes muebles con derecho a una recompensa o reembolso, por el valor al tiempo del aporte; y, la exclusión de los bienes inmuebles propios o privativos que se quedaban al margen de la ganancialidad, en cuanto a la nuda propiedad pero derivaban los frutos al haber común como contraprestación a que la sociedad asume como pasivo los gastos relativos al mantenimiento de los mismos<sup>113</sup>. La capacidad capitular entonces consistía y se considera así hasta hoy, que los futuros cónyuges podrán modificar estas reglas de dos formas: 1. aportando bienes inmuebles propios o privativos; 2. reservando bienes muebles, para subrogar el valor de los mismos en la adquisición de bienes inmuebles durante la vigencia de la sociedad conyugal<sup>114</sup>. Poco o nada se ha dicho sobre la posibilidad de conservar como propios todos los bienes muebles, modificando así la característica

<sup>110</sup> QUIROZ MONSALVO A., *Manual Civil*, ob. cit., p.179.

<sup>111</sup> GARCÍA SARMIENTO E., *Elementos de Derecho de Familia con Comentarios y Jurisprudencias de la Corte Constitucional y Tribunales*, Bogotá (Ediciones Doctrina y Ley), 1999, p. 877. También MORALES ACACIO A., «Capitulaciones Matrimoniales», *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, vol.1, núm. 2, 2009, p. 88.

<sup>112</sup> ALARCÓN PALACIO Y.E., *La sociedad conyugal en Colombia. Pasado, presente y futuro*, Bogotá (Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez), 2013, pp. 153-154.

<sup>113</sup> GÓMEZ R. J.J., *El nuevo Régimen de Bienes en el Matrimonio*, 2.ª ed., Bogotá (Editorial Librería Voluntad), 1942, p. 79.

<sup>114</sup> El artículo 1783.2 CCc, excluye del haber social «Las cosas compradas con valores propios de uno de los cónyuges, destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales o en una donación por causa de matrimonio». Y, de conformidad con ello, el artículo 1789, inciso 2, permite y condiciona la subrogación de valores reservados a inmuebles.

esencial del régimen muebles y gananciales en Colombia, pues una mixtura así daría lugar a confusión, y a un debate probatorio para establecer qué bienes se adquirieron con el fruto de la venta de los bienes muebles propios<sup>115</sup>. Así que solo se suele estipular la reserva de bienes muebles de cara a una futura subrogación legal de mueble a inmueble.

*Donaciones realizadas entre cónyuges o por terceros que tiene por causa o se realizan con ocasión del matrimonio.* El artículo 1842 CCc establece como donaciones por causa de matrimonio las que un esposo hace a otro antes de celebrarse el matrimonio y en consideración a él, y las donaciones que un tercero hace a cualquiera de los esposos antes o después de celebrarse el matrimonio, y en consideración a él. La promesa de donación, sea entre los futuros cónyuges o de terceros hacia estos, se maneja como donación de presente y debe elevarse a escritura pública (artículo 1843 CCc). La restricción en materia cuantitativa era acorde con la libertad de disposición que se predicaba en presencia de descendientes legitimarios. Así el artículo 1844 CCc establece que ninguno de los esposos podrá hacer donación al otro por causa de matrimonio, sino hasta el valor de la cuarta parte de los bienes de su propiedad que aportare. Hoy día ha desaparecido en el Derecho colombiano la cuarta de mejoras, por lo cual habría que plantearse si las donaciones entre cónyuges, extensivas a los compañeros permanentes, han aumentado la cuantía a la mitad de los bienes del futuro causante<sup>116</sup>. Estas donaciones, cualquiera que sea su denominación, podrán ser sometidas a plazos, condiciones y cualesquiera otras estipulaciones y están sujetas a las reglas generales sobre las donaciones (artículo 1845 CCc). En todas ellas se entiende la condición de celebrarse o haberse celebrado el matrimonio. Son revocables por nulidad del matrimonio (artículo 1846 CCc).

*La renuncia a los gananciales.* Desde época anterior a la declaratoria de igualdad entre los cónyuges, ya se consagraba en el CCc la posibilidad de que la mujer renunciara a su derecho a los gananciales que resultare de la administración del marido (texto original del artículo 1775 CCc). Dicha renuncia podía realizarse antes del matrimonio o después de la disolución de la sociedad. Esta normativa fue modificada cuando se logra la igualdad al interior de las relaciones de pareja, mediante el Decreto 2820 de 1974, que en su artículo 61 dispone: «Cualquiera de los cónyuges siempre que sea capaz, podrá renunciar a los gananciales que resulten a la disolución de la sociedad conyugal, sin perjuicio de terceros». Es entonces la renuncia a los gananciales un pacto tradicional en el Derecho matrimonial colombiano, lo cual llama la atención porque no fue interpretado como una vulneración a los derechos de la mujer, en la medida en que se trataba de aspectos patrimoniales de carácter dispositivo. Se interpretaba que se le concedía esa posibilidad «para que se pudiera liberar de responsabilidad por la administración del marido. Al cesar su incapacidad, con la Ley

<sup>115</sup> Dificultades a las que se ve abocada la sociedad patrimonial de hecho, en la que conforme a la Ley 54 de 1990, artículo 3.º se conservan como propios, tanto bienes muebles como inmuebles, sometiendo a ganancialidad exclusivamente los bienes adquiridos durante la convivencia. Al respecto, cf. SUÁREZ FRANCO, R., «Desarrollo actual de los regímenes económicos de la pareja. Sociedad conyugal y sociedad patrimonial de hecho», ob. cit., p. 703.

<sup>116</sup> Ley 1934 de 2018.

28 de 1932 y autorizada para administrar ella igualmente, el derecho a la renuncia no tiene ese propósito y, además, existe para ambos cónyuges»<sup>117</sup>. La renuncia a gananciales podrá realizarse en dos momentos, el primero, en capitulaciones matrimoniales y, por tanto, antes de la celebración del matrimonio y, el segundo, a la disolución del mismo<sup>118</sup>. Se considera un acto jurídico dispositivo unilateral, que no requiere la aquiescencia del otro cónyuge, por tanto, su validez está limitada a que no perjudique los derechos de terceros. Debe protegerse la autonomía de la voluntad privada solo hasta donde empiece a causar daño, y se considera que ese es el verdadero espíritu de las disposiciones legales<sup>119</sup>.

### C. La oportunidad. Inmutabilidad del régimen

En Colombia conforme al artículo 1771 CCc rige el principio de inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales. Este consiste en que las mismas solo podrán celebrarse antes de contraer matrimonio, quedarán sujetas a su aplicación por la celebración del mismo y no podrán alterarse o modificarse durante su vigencia. Se consagra un régimen rígido que señala, en el artículo 1778 CCc, la irrevocabilidad de las mismas desde el día de la celebración y la imposibilidad de su alteración, aun con el consentimiento de todas las personas que intervinieron en ella.

El artículo 1779 CCc, en su primera parte, rige las alteraciones o adiciones a las capitulaciones y, en este sentido, señala que «no se admitirán en juicio escrituras que alteren o adicionen las capitulaciones matrimoniales, a no ser que se hayan otorgado antes del matrimonio y con las mismas solemnidades que las capitulaciones primitivas...»<sup>120</sup>.

La sociedad conyugal conforme al artículo 1774 CCc se consagra como régimen supletorio. El menor de edad puede realizar capitulaciones matrimoniales, siempre que no se trate de actos dispositivos, tales como la renuncia a gananciales, la enajenación de

<sup>117</sup> PARRA BENÍTEZ J., *Derecho de Familia*, ob. cit., p. 245.

<sup>118</sup> En contra PARRA BENÍTEZ J., *Derecho de Familia*, ob. cit., p. 246.

<sup>119</sup> La jurisprudencia ha entendido que, dentro del concepto tercero, se encuadran los herederos, quienes, una vez fallecido el cónyuge progenitor, quedarán legitimados para atacar la validez de los pactos de renuncia a gananciales que produzcan perjuicios a sus intereses como legitimarios. Para la Corte, los herederos no son terceros, literalmente hablando, respecto de las cosas que vienen en el patrimonio dejado por el causante, pero sí lo son, cuando se trata de los derechos que protegen su condición de legitimarios «porque hay derechos que surgen de la condición misma de heredero y que, por ende, el causante no ha podido transmitirle. Tal el derecho que él tiene a ciertas asignaciones forzosas. Si un contrato celebrado por su causante —por caso el de donación— hiere su derecho, velando por su interés propio estará tentado a hostigar la eficacia y el alcance de convención semejante. En tal caso no habla en el puesto del causante; habla para sí propio». Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Exp. 1995-29402-02, 30 de enero de 2006, Magistrado Ponente: Manuel Isidro Ardila Velásquez.

<sup>120</sup> GARCÍA SARMIENTO E., *Elementos de Derecho de Familia con Comentarios y Jurisprudencias de la Corte Constitucional y Tribunales*, ob. cit., p. 237, sostiene que, respecto de los derechos económicos de los cónyuges, se puede disponer según la ley vigente y, si fueren objeto de las capitulaciones, pueden modificarlas dentro del matrimonio.

bienes raíces o la afectación de los mismos con hipotecas o servidumbres, para los cuales necesitará autorización judicial o notarial (artículo 1777 CCc)<sup>121</sup>. La norma también apunta a señalar que «no se podrá pactar que la sociedad conyugal tenga principio antes o después de contraerse el matrimonio; toda estipulación en contrario es nula». El escrito está sometido a la solemnidad de la escritura pública, pues se consideran inválidas las realizadas sin este requisito<sup>122</sup>.

En la unión marital de hecho<sup>123</sup> no es claro el momento en el que se predica la posibilidad de las capituciones entre compañeros permanentes. Se discute su viabilidad en el tiempo, debido a que la norma consagra la presunción de la misma y la posibilidad de su declaración cuando han transcurridos dos años desde que se inició la convivencia o dos años desde que se disolvió la sociedad conyugal o sociedades conyugales si uno o ambos compañeros mantenían un vínculo matrimonial anterior. Este plazo marca una diferencia en cuanto a los regímenes de pareja en Colombia. Para el matrimonio la inmutabilidad de las capituciones matrimoniales y su rigidez sometiéndola exclusivamente a su realización antes de contraer el matrimonio nos muestra una estricta rigidez que solo admite como variación el tránsito a una separación de bienes judicialmente decretada o una disolución de la sociedad conyugal ante notario, como hemos apuntado<sup>124</sup>. Pero la falta de consagración

<sup>121</sup> Decreto 1664 de 2015, Artículo 2.2.6.15.2.1.1 «Solicitud de autorización para enajenar bienes de incapaces». Parte de la doctrina admite la posibilidad de la existencia de uniones maritales entre menores de edad por aplicación de la remisión del artículo 7 de la Ley 54 de 1990, modificada por la Ley 979 de 2005, lo que llevaría a concluir que también podrían realizar capituciones maritales los menores de edad que tenga convivencias de hecho. BLANCO RODRÍGUEZ J. y CHAUX ROJAS D.F., «La celebración de capituciones en la unión marital de hecho», *Revista Vniversitas*, vol. 126, 2013, p. 76. El Consejo de Estado en Colombia, en aplicación del numeral 2 del artículo 142 CCc, estableció que los «menores adultos» pueden tener uniones maritales llamadas a producir efectos patrimoniales y, por tanto, concedió la indemnización pro muerte de la compañera permanente del menor adulto fallecido. Vid. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/civil/administrativo-y-contratacion/union-marital-de-hecho-entre-menores-adultos-produce>. [Consultado el 27/05/2019].

<sup>122</sup> Todo ello conforme al artículo 1772 que dispone «Las capituciones matrimoniales se otorgarán por escritura pública... De otra manera no valdrán». La norma antes señalaba, además que «...pero cuando no ascienden a más de mil pesos los bienes aportados al matrimonio por ambos esposos juntamente, y en las capituciones matrimoniales no se constituyen derechos sobre bienes raíces, bastará que consten en escritura privada, firmada por las partes y por tres testigos domiciliados en el territorio». Este monto, que quedó obsoleto en términos de cuantía, nunca fue actualizado y se considera hoy en día que todas las capituciones matrimoniales deben hacerse por escritura pública. Vid. GARCÍA SARMIENTO E., *Elementos de Derecho de Familia con Comentarios y Jurisprudencias de la Corte Constitucional y Tribunales*, ob. cit., p. 234. Este requisito se reclama como el contenido *ad substantiam actus* que debe verificarse en las capituciones matrimoniales, ya sean suscritas entre nacionales, ora entre un nacional y un extranjero, cuyo contenido pretendan hacer valer en territorio colombiano. Vid. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Exp. T 7300122130002016-00598-02, sentencia STC2795-2017, 02 de marzo de 2017, Magistrado Ponente: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

<sup>123</sup> Sobre el alcance de la institución, vid. SARMIENTO GUTIÉRREZ C. E., «La unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales», *Revista de Derecho Privado*, vol. 7, 2001, pp. 147-166.

<sup>124</sup> ALARCÓN PALACIO Y.E., *La sociedad conyugal en Colombia. Pasado, presente y futuro*, ob. cit., p. 137.

en la ley o de alusión a las capitulaciones o convenciones entre compañeros permanentes dejó en duda la oportunidad de su realización.

Ha venido aceptándose casi sin tensiones la aplicabilidad de las capitulaciones maritales a las parejas de hecho<sup>125</sup>. Sin embargo, siendo por aplicación de la remisión al régimen matrimonial, debe entonces seguirse su aplicación, en lo que sea posible, sin desconocer que se tratan de modelos familiares diferentes<sup>126</sup>. Es por ello que el momento de las capitulaciones matrimoniales y su inmutabilidad serían de directa aplicación a la unión marital de hecho. Y si ello es así, las preguntas serían ¿cuál es el momento en la unión marital de hecho que debe equipararse a la celebración del matrimonio a efectos de que puedan antes de él celebrarse las capitulaciones maritales? ¿A partir de cuándo se predica la inmutabilidad del régimen económico en la unión marital? ¿Cómo se aplica la remisión normativa respecto del artículo 1771 CCc, que consagra que las capitulaciones se celebran antes de contraer matrimonio?

La respuesta no es fácil. Pero un intento de coordinación entre la naturaleza material de la unión marital, como una situación fáctica y la aplicación del régimen de la sociedad conyugal, propio del matrimonio, nos puede llevar a reconocer que parte de las posibilidades que tienen los cónyuges después de casados es disolver de mutuo acuerdo su sociedad conyugal. Los cónyuges no están forzados a mantenerse en la sociedad conyugal contraída. Tal y como ya se explicó, pueden, de mutuo acuerdo conforme a la ley, disolver la sociedad conyugal ante notario o mediante un proceso de separación de bienes judicial.

Esta posibilidad de haber iniciado la sociedad conyugal y de poder disolverla, sin disolver el vínculo matrimonial, podría aplicarse a la unión marital de hecho en el entendido de que lo que regula el artículo segundo de la Ley 54 de 1990 es una «presunción legal» que admite prueba en contrario. La norma señala: «Se presumen la sociedad patrimonial de hecho y hay lugar a declararla cuando...» (artículo 2)<sup>127</sup>. Solo después de dos años se

<sup>125</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Exp. 7819 [SC-219-2005], 02 de septiembre de 2005, Magistrado Ponente: Pedro Octavio Munar Cadena.

<sup>126</sup> Ya hemos señalado como el artículo 7 de la Ley 54 de 1990 remite a las normas sobre disolución y liquidación de la sociedad conyugal contenida en el Libro 4.º, Título XXII, Capítulos I al VI CCc.

<sup>127</sup> Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 979 de 2005. El nuevo texto es el siguiente: «Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos: a) Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio; b) Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho. Los compañeros permanentes que se encuentren en alguno de los casos anteriores podrán declarar la existencia de la sociedad patrimonial acudiendo a los siguientes medios: 1. Por mutuo consentimiento declarado mediante escritura pública ante Notario donde dé fe de la existencia de dicha sociedad y acrediten la unión marital de hecho y los demás presupuestos que se prevén en los literales a) y b) del presente artículo. 2. Por manifestación expresa mediante acta suscrita en un centro de conciliación legalmente reconocido demostrando la existencia de los requisitos previstos en los literales a) y b) de este artículo».



debe presumir su existencia, pero podría entrar a declararse y disolverse antes de dos años por mutuo acuerdo de los compañeros<sup>128</sup>. Ello parece acorde con la normativa ya estudiada respecto a las facultades que la ley otorga a los compañeros permanentes de declarar de mutuo acuerdo tanto la existencia de la unión como los bienes que integran la sociedad patrimonial de hecho, en los que basta la simple afirmación de que han convivido dos años, sin requerir mayor prueba<sup>129</sup>. Si los compañeros permanentes desean reconocerse esa existencia de comunidad de bienes, con antelación a los dos años, no encontramos la razón del límite de tiempo, ni que se viole el orden público familiar constitucional cuando medien los requisitos generales de validez de los contratos al celebrar dicho pacto, máxime si se tiene en cuenta que los efectos del reconocimiento de la unión marital son declarativos y no constitutivos.

Pero si, por el contrario, se predica que tal norma es fijadora de un requisito de existencia, que tal término va unido a la intención de permanencia y de comunidad de vida, que, por ser precisamente una situación de hecho, requiere que se manifieste en un mínimo tiempo, entonces estamos hablando de la inexistencia de la sociedad patrimonial antes de ese plazo mínimo<sup>130</sup>. Insistimos en que es difícil que tal punto sea sostenible, frente a lo que las normas sobre competencias notariales indican y es que *prima ante todo la autonomía de la voluntad privada cuando se trata de común acuerdo*.

Si defendemos el requisito de existencia de la sociedad patrimonial de hecho solo cuando han transcurrido dos años, estaremos frente al supuesto en el que no es posible unir los momentos de inicio del matrimonio y de inicio de la unión marital como indicativos del inicio de su régimen económico, sino que no es aplicable, en este sentido, el régimen de la sociedad conyugal por la naturaleza disímil de ambas figuras. Y al no serlo, quedaría al intérprete de la institución darle el alcance en el caso concreto al momento oportuno para la celebración de las capitulaciones maritales, que podría entonces entenderse que se prolonga hasta el momento en que se cumple el requisito de tiempo mínimo, insisto, para considerar su existencia.

En todo caso, la decisión debe ser fijar el momento a partir del cual surge la sociedad patrimonial y no el plazo a partir del cual *se presume y hay lugar a declararla*, porque la

<sup>128</sup> En este sentido Cf. PARRA BENÍTEZ J. y MONTOYA PÉREZ G., «Sociedad conyugal y sociedad patrimonial», ob. cit., p. 93.

<sup>129</sup> Véase lo dicho respecto del artículo 2.2.6.15.2.5.6 del Decreto 1664 del 20 de agosto 2015.

<sup>130</sup> Señalando que los dos años son requisitos de existencia, vid. las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Exp. 5830, 30 de octubre de 2000, Magistrado Ponente: Manuel Isidro Ardila Velásquez; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Exp. 7600131100082004-00003-01, 19 de diciembre de 2012, Magistrado Ponente: Fernando Giraldo Gutiérrez; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Exp. 23001-3110-002-2001-00011-01, 11 de septiembre 09 de 2013, Magistrado Ponente: Arturo Solarte Rodríguez; y de la Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-098 de 1996, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz; C-985 de 2005, Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra; C-278 de 2014, Magistrado ponente: Mauricio González Cuervo; y, principalmente, C-257 de 2015, Magistrada sustanciadora: Gloria Stella Ortiz Delgado.

norma remisoría fija un momento a partir del cual la sociedad conyugal existe, que *no es retroactivo*<sup>131</sup>. Es decir, fijado el momento, a partir de allí los bienes y deudas adquiridas se entenderán comunes<sup>132</sup>.

Varios argumentos pueden observarse a favor de que puede capitularse en ese periodo de tiempo de los dos años, antes de que pueda siquiera presumirse que existe. Entre ellos podríamos mencionar la diferencia entre las dos instituciones como fuentes distintas de la familia, pero ambas con imperativo constitucional de protección<sup>133</sup>. También, como hemos señalado, el no ser una aplicación analógica sino remisoría, daría juego al intérprete para aplicar una remisión inexacta por diferencia de naturaleza, que en todo caso tendría que ser capaz de soportar un juicio de constitucionalidad; y, por último, y a los efectos que aquí más nos interesan, una lectura forzada de la afectación de la autonomía al restringirse por vía interpretativa la posibilidad de capitulaciones durante más tiempo.

Pese a que defendemos el lugar de la autonomía de la voluntad privada, esta va en las relaciones de pareja a encontrar su expresión en los acuerdos entre sus miembros. Nosotros consideramos que el enfoque que se ha planteado pierde de vista la causa que da origen a la unión marital de hecho y que es la que también provoca la consecuencia de que, atada a dicha unión, se genere un régimen subsidiario económico entre los compañeros permanentes, nos referimos a la convivencia como hecho generador de los derechos en la unión marital de hecho<sup>134</sup>. Si no estuviéramos frente a una remisión normativa, sino frente a un vacío legal y una necesaria aplicación analógica, nos veríamos abocados a la interpretación más restrictiva. Pero aun en la *remisión* creemos que no puede aplicarse de manera exacta, pero que obliga a tener en cuenta *cuándo surge el negocio principal al que accede la aplicación de unas capitulaciones*, todo ello frente a la remisión de un régimen basado en la inmutabilidad.

Una interpretación flexible violaría el principio de inmutabilidad del régimen económico matrimonial en Colombia, en el que se asienta la posibilidad de capitular entre compañeros permanentes. La ley 54 de 1990 no estableció más que un régimen económico legal subsidiario a las capitulaciones, entendidas conforme al régimen de la sociedad conyugal, el de la sociedad patrimonial de hecho. Pero la unión marital solo está basada en la convivencia permanente y singular y no en su solemnidad como el matrimonio. Y, por tanto, a partir de la fecha de la situación material de la que deriva es que puede, después de dos años, considerarse que existió la sociedad patrimonial de hecho. Los resultados

<sup>131</sup> Cf. CCc, artículo 1771 en concordancia con el artículo 1778.

<sup>132</sup> Sobre los bienes que ingresan, vid. artículo 3 de la Ley 54 de 1990, ya citado.

<sup>133</sup> El respeto a la dignidad humana se contempla en el artículo 1 CPC. El artículo 5 reza: «El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad».

<sup>134</sup> Por vía excepcional se ha predicado que puede haber unión marital sin convivencia, como en los casos de avanzada edad y separaciones por razón de salud. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Exp. 05001-31-10-008-2011-00069-01, sentencia SC15173-2016, 24 de octubre de 2016, Magistrado Ponente: Luis Armando Tolosa Villabona.

de la práctica judicial, en casos de uniones maritales, dan cuenta de que coincide la fecha del inicio de la convivencia con la fecha del inicio de la sociedad patrimonial<sup>135</sup>. Es decir, se marca la primera como detonante de la segunda, tal y como ocurre en el matrimonio. Salvo el caso de que exista una sociedad conyugal anterior, por la consideración de casado de uno de los compañeros permanentes sin vínculo anterior disuelto ni disolución de su sociedad conyugal, solo en este caso la ley expresamente señala la excepción<sup>136</sup>. Lo cual nos lleva a concluir que la excepción en la cual se diferencian los momentos de surgimiento de la sociedad patrimonial, de la convivencia, requiere una norma explícita. A falta de ella, necesariamente debe haber correlación entre el inicio de la convivencia y de la sociedad patrimonial de hecho, lo que deja por fuera la posibilidad de realizar capitulaciones *maritales* después de dicho momento, sin faltar al principio de inmutabilidad del régimen que se impone por la *remisión normativa*. Si se pretende romper la inmutabilidad del régimen, la cual consideramos una mejora del sistema, sería necesario una reforma legislativa.

Por último, ello coincide con la necesidad de protección del cónyuge más vulnerable, pues como hemos visto en el derecho comparado, se considera que las relaciones existentes de carácter material permiten una mayor influencia que cuestiona la libertad de consentimiento, dando paso al cuestionamiento de su validez. Un acuerdo puede ser impugnado si el consentimiento de una parte fue involuntario o resultado de *duress* o *undue influence* en los acuerdos maritales, perjudicando los derechos que la ley otorga conforme a un régimen patrimonial que además surgió para reconocer desigualdades con fuertes orígenes patriarcales que todavía son una constante desafortunada en Colombia.

<sup>135</sup> La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 12 de febrero así lo confirma cuando analiza la aplicación de la retrospectividad del reconocimiento constitucional de las uniones maritales de hecho entre personas del mismo sexo. «Reliévese que la Corte consideró que la providencia de constitucionalidad debía aplicarse de forma retrospectiva, como previamente se había hecho con la ley 54 de 1990, por lo que sus consecuencias irradian a las uniones homosexuales que discurrían al 7 de febrero de 2007, las cuales podrían dar lugar a una sociedad patrimonial, siempre que alcanzaran el término de dos (2) años contados a partir de la fecha de iniciación de la unión» Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Exp. 11001-31-10-018-2008-00331-01, sentencia SC128-2018, 12 de febrero de 2018, Magistrado Ponente: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

<sup>136</sup> La excepción consiste en que la presunción de existencia de la sociedad patrimonial de hecho, cuando uno o ambos compañeros tenían sociedad conyugal anterior, se dará después de dos años de disuelto dicho régimen. Vid. Ley 54 de 1990, artículo 2, literal b): «Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos: ...b) Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho» (aportes tachados declarados inexequibles conforme a las sentencias C-700-13 de 16 de octubre de 2013 y C-193-16 de 20 de abril de 2016).

## V. UNA NUEVA MIRADA A LOS LÍMITES DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y DE UNIONES MARITALES EN COLOMBIA

El artículo 1771 del CCc al definir las capitulaciones matrimoniales las señala como aquellas «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*» (cursiva fuera del texto). Este último aspecto de la norma es el menos estudiado por la doctrina nacional. Poco o nada se ha dicho sobre cuáles serían esas concesiones que pudieran hacerse. Con una mirada teleológica del alcance de tales concesiones plantearemos la posibilidad de realizar otro tipo de pactos en uso de esta atribución que la ley colombiana otorga a los futuros contrayentes de manera expresa.

Como anotábamos, la doctrina ha entendido que las capitulaciones matrimoniales son de orden netamente patrimonial, y restringidas a definir del régimen económico, en escogencia entre la exclusión del régimen de gananciales para permanecer en un régimen de separación de bienes o en la introducción de modificaciones al mismo aportando bienes o reservando los que la ley determinaría su ingreso. Se excluyen por la doctrina los pactos relativos a las relaciones de carácter personal por considerarse de orden público, y por tanto de competencia exclusiva del legislador.

Pero veamos concretamente cómo el texto del artículo 1773 CCc establece las limitaciones a las capitulaciones matrimoniales, señalando que: «...no contendrán estipulaciones contrarias a las buenas costumbres ni a las leyes. No serán, pues, en detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge respecto del otro o de los descendientes comunes».

La sola lectura literal del citado artículo 1773 CCc, nos indica la restricción al ámbito especificado en la norma, es decir que el límite estaría impuesto exclusivamente por la proscripción de pactos que van en detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge respecto de ellos o de sus hijos. Veamos concretamente cómo sería tal delimitación.

### 1. Límites derivados del orden público familiar

Consideramos ineficaces los pactos contrarios al orden público familiar constitucional. Como ya se ha visto el orden público familiar está enmarcado en los preceptos constitucionales de protección de derechos individuales para el desarrollo de la persona en el ámbito familiar. Los acuerdos que realicen las parejas no pueden ir en contra de los asuntos estrictamente constitucionales, ni siquiera en el evento en que la persona afectada

participe voluntariamente en ellos. Es decir que, realizado el acuerdo en dichos términos, las cláusulas de afectación de derechos protegidos constitucionalmente devienen inválidas<sup>137</sup>.

Señalábamos como la evolución del derecho de familia y de su adecuación al panorama constitucional muestran la necesidad del ajuste a los imperativos legales que obedecían a otras lógicas tradicionales que generaban desigualdades injustificadas. Por tanto, hoy en día, deben reinterpretarse las normas adecuándolas a una lógica constitucional<sup>138</sup>.

Sin embargo, anotábamos que se trata de un escenario constitucional de confrontación de derechos fundamentales<sup>139</sup>. Por un lado, en el artículo 16 de CPC se consagra el principio de la autonomía de la voluntad privada: «Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico». Y, por otro, está la protección constitucional de otros derechos fundamentales que pueden verse afectados por pactos entre miembros de una pareja. Entre ellos podemos mencionar en Colombia: el artículo 13 sobre igualdad, el artículo 44 sobre los derechos de las niñas y los niños y la prevalencia de sus derechos, el artículo 42 sobre los derechos de familia propiamente dichos, el reconocimiento de ser el núcleo fundamental de la sociedad, las fuentes de la familia, la igualdad de la pareja y de los hijos, la proscripción de la violencia, el estado civil, entre otros; el artículo 45 sobre los derechos de los adolescentes; el artículo 46 sobre la protección de las personas de la tercera edad<sup>140</sup>.

Otros principios constitucionales dan juego al establecimiento de los límites de la autonomía de la voluntad privada en las relaciones de pareja, el principio de la dignidad humana, el principio de solidaridad, el principio de la seguridad jurídica, son ejemplos de consideraciones en torno a la validez de los pactos capitulares.

Un ejemplo claro de tales principios en la toma de decisiones frente a la validez de pactos de pareja es la sentencia de tutela T-467 de 2015 en la que se interpone la acción de amparo por perjuicio irremediable para ex cónyuge de 83 años.

En el caso se acordó en la sentencia de divorcio cuota de alimentos pero no se reconoció por la Caja de Retiro de las Fuerzas, ni por la compañera que recibió sustitución pensional. La señora Melida María Celedón de González argumentaba tener derecho a sustitución del 38.5% de la asignación de retiro que recibía el señor Avelino González Mendoza, porque en el acuerdo conciliatorio por medio del cual estipularon la terminación del vínculo conyugal, este se comprometió a suministrarle alimentos incluso después de que falleciera. Esta obligación fue consignada en la sentencia del 19 de agosto de 2008 que aprobó dicho acuerdo. Así mismo, fue reiterada en el testamento del alimentante, el señor

<sup>137</sup> Vid. lo dicho sobre orden público y orden público constitucional.

<sup>138</sup> Vid. Lo dicho acerca de los valores en el sistema constitucional.

<sup>139</sup> Vid. nota sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales.

<sup>140</sup> Para el Derecho español Vid. RODRÍGUEZ GUTIÁN A. M., *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, Editorial Aranzadi, 2018, pp. 185-186.

González, obligación que la compañera permanente aceptó de manera unilateral subrogar desde ese entonces<sup>141</sup>.

La jurisprudencia de esta Corporación sienta doctrina respecto de que la obligación de alimentos subsiste a cargo del patrimonio del alimentante cuando fallece. Así mismo, se llega a que la obligación de pagar una cuota alimentaria por parte de un ex cónyuge puede ser trasladada al compañero permanente o nuevo cónyuge del alimentante que es reconocido como beneficiario de la pensión cuando dicha obligación existe previo a la formación de un patrimonio común con el causante.

Se ve claramente como se le da fuerza vinculante al acuerdo llegado entre el causante y su ex cónyuge, con conocimiento y refrendación de su compañera permanente. Todo ello basado en la autonomía de la voluntad privada y el deber de solidaridad entre ex cónyuges, máxime tratándose de persona de tercera edad.

Es así como podemos afirmar que, si entendemos que corresponde al orden constitucional actual y al conjunto de principios y valores de nuestra sociedad de hoy un mayor margen de autonomía de la voluntad privada en las relaciones familiares, debemos considerar que las normas o regulaciones que limiten tal autonomía son las que deben ajustarse a ese margen interpretativo. La autonomía en las relaciones de pareja vincula a las partes en lo acordado y debe ser respetado en la medida en que no se vulnere el orden público familiar, es más en aras de atender su imperatividad deben prevalecer los pactos que protegen a las personas vulnerables como en este caso. No queremos decir que no existen límites, lo que sostenemos es que los límites que se planteaban bajo una sociedad que no predicaba principios constitucionales como la igualdad de los miembros de la pareja en sus relaciones personales y en sus relaciones con los demás miembros de la familia, al ser interpretados hoy día en una aplicación teleológica deben ceder en el margen limitativo para respetar los principios y valores sociales que se han construido.

---

<sup>141</sup> Tanto así, que lo manifestó el 7 de noviembre de 2002 en la declaración que realizó ante la Notaría Segunda (2) del Círculo de Sogamoso, donde expresó «De común acuerdo hemos resuelto que una vez se produzca la muerte de mi compañero permanente Avelino González M., de ceder a favor de la señora Melida María Celedón de González portadora de la cédula de ciudadanía N° 26.999.123 de San Juan del Cesar (Guajira), para que a partir de ese momento, ella siga disfrutando de los beneficios de la Pensión de Retiro del Ejército como hasta ahora lo ha venido haciendo». Así las cosas, la Sala observó que la accionada tenía conocimiento de la situación de debilidad manifiesta de la agenciada y de la existencia de la orden judicial que reconoce el derecho de la cuota de alimentos que la agenciada reclama. De lo anterior, concluyen que la Caja de Retiros de las Fuerzas Militares y la señora Rosalba Acosta Granados desconocieron la orden judicial que decretó el derecho de la señora Melida María Celedón al pago de la cuota de alimentos con cargo a la pensión de asignación de retiro sustituida a la señora Acosta por el equivalente al 38.5% y cesaron el pago sin que se hubiera extinguido el derecho de alimentos de la agenciada. Afirman que lo anterior, derivó en la vulneración del mínimo vital de la agenciada, ya que despojaron de manera injustificada a la señora Melida María Celedón del único ingreso con el que cuenta y percibe desde julio de 2008 destinado a costear sus necesidades básicas. Cf. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-467 de 2015, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

## 2. Límites derivados de la ley y las buenas costumbres o moral social

Decíamos respecto de las *buenas costumbres* como límites a la autonomía de la voluntad privada que debe entenderse hoy día como *moral social*, como conjunto de código de conductas, los contenidos que deben inspirar la aplicación judicial de la limitación a la autonomía de la voluntad en un caso determinado<sup>142</sup>.

De todo lo visto, podemos reflexionar que no existe una clara distinción entre la invalidez derivada de la violación al orden público familiar, y las violaciones por pactos contrarios a la *moral social*. Sin embargo, en los análisis sobre la indeterminación del concepto de *buenas costumbres*, se ha establecido que dicho concepto no puede ser utilizado para restringir las libertades de manera arbitraria. La Corte Constitucional remite al test de proporcionalidad para resolver los asuntos de conceptos indeterminados como la *moral social* en su aplicación al caso concreto. Así sostiene que «la definición de la sujeción o no al ordenamiento superior del uso de dicho término con tal objeto, es un asunto que debe abordarse de cara al verdadero grado de indeterminación, y frente a los intereses que se encuentran de por medio. Con este último objeto, acudir a una herramienta metodológica como el test de proporcionalidad ayuda en el objetivo de conferir racionalidad al análisis judicial»<sup>143</sup>.

Como hemos visto la doctrina colombiana es mayoritariamente proclive a considerar que los límites de la «ley y buenas costumbre» señalados en el artículo 1773 CCc, giran en torno a impedir la posibilidad de que los cónyuges pacten asuntos de orden personal o de orden patrimonial más allá de los dispuesto en el régimen económico del matrimonio.

Pero esa interpretación es restrictiva de la libertad y del desarrollo del personalidad que encuentra su límite exclusivamente en aquello que contrarié la ley o al orden social (artículo 16). Si los pactos de pareja no violan la *moral social* no pueden ser restringidos a aspectos netamente tradicionales en el entendido de que toda estipulación más allá del régimen económico viola *per se* el orden público.

## 3. Los pactos atípicos de previsión de una ruptura como contenido de las capitulaciones matrimoniales y de uniones maritales en Colombia

### A. Eficacia de los pactos atípicos

Además de los *pactos típicos* ya estudiados para el Derecho colombiano, consideramos que podemos encontrar un amplio escenario para la realización de *pactos atípicos*. Mucho

<sup>142</sup> Cf. ALARCÓN PALACIO Y.E., «El constitucionalismo en el presente y futuro del derecho familiar», ob. cit., p. 11.

<sup>143</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-113 de 2017, Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

hemos señalado ya acerca de la posibilidad de los pactos de previsión de ruptura en los Derechos estudiados. Buscan reforzar la autonomía de la voluntad privada en tiempos en que se presentan con mayor frecuencia las crisis y que muchas de ellas terminan en rupturas. Es por ello que consideramos que debe entenderse que las lecturas rígidas de generalizar la consideración de su invalidez por ser pactos que no consagra expresamente el legislador colombiano en sede de capitulaciones matrimoniales atenta contra el artículo 16 CPC, sobre la autonomía de la voluntad privada, rebosa el alcance de la dimensión normativa relativa a las *buenas costumbres* y contradice el espíritu del legislador colombiano que se ha esforzado en los últimos años por afianzar los mecanismos alternos de solución de conflictos y los procesos de descongestión judicial y desarrollo notarial.

*B. Validez de los pactos de orden personal y otros asuntos por fuera del régimen económico*

Las capitulaciones matrimoniales y maritales, al tratarse de convenciones entre los futuros miembros de la pareja, están sometidas a la regla general de la validez de los contratos<sup>144</sup>. Al margen de estos requisitos generales de validez en torno a la exigencia de requisitos de forma, consentimiento exento de vicios, capacidad y causa lícita, consideramos viable que los futuros cónyuges o compañeros permanentes, puedan llegar a acuerdos vinculantes entre ellos en aspectos de orden personal y de orden patrimonial que no son típicos en el Derecho colombiano y respecto de los cuales no procedería un juicio de validez de su objeto.

Tal y como se señalaba para el Derecho español, en donde el Tribunal Supremo ha delimitado los mismos por lo viable en los convenios reguladores en caso de separación o divorcio<sup>145</sup>, es posible plantear que, en Colombia, se puede llegar a realizar capitulaciones matrimoniales o maritales en uso de esa autonomía, en el marco de los asuntos relativos a lo conciliable o de mutuo acuerdo en derecho de familia, tanto respecto de los cónyuges o

<sup>144</sup> Sobre la validez y la interpretación de los contratos en del Derecho actual, vid. JARAMILLO SIERRA, C.I., *Principios rectores y reglas de interpretación de los contratos*, Bogotá (Grupo Editorial Ibáñez), 2016, p. 793.

<sup>145</sup> Vid. Lo dicho en el apartado sobre Derecho español en el comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 junio de 2015. Más recientemente, se puede traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 569/2018 de 15 de octubre, en la que la cuestión jurídica que se plantea es la naturaleza jurídica, validez y eficacia del convenio regulador, en situaciones de crisis matrimonial, que no ha sido sometido a la aprobación judicial. En este caso el convenio entre las partes que fija alimentos en favor de hijos menores es para la parte recurrente contrario al orden público y al *ius cogens* al afectar directamente a un menor de edad y no haber tenido acceso al órgano judicial para su aprobación u homologación. La Sala considera que no es correcta tal posición y al respecto lo da por válido en los siguientes términos: «Los acuerdos sobre medidas relativas a hijos comunes, menores de edad, serán válidos siempre y cuando no sean contrarios al interés del menor, y con la limitación impuesta en el art. 1814 CC, esto es, que no cabe renunciar ni disponer del derecho del menor a la pensión de alimentos, ni puede compensarse con una deuda entre los progenitores, ni someterse condicionalmente en beneficio de los menores». Vid. CERVILLA GARZÓN M.D., «Acuerdos prematrimoniales y ruptura conyugal. Algunas consideraciones al hilo de las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2018 y de 15 de octubre 2018», *Diario La Ley*, núm. 9301, 2018.



compañeros permanentes, como respecto de los hijos comunes. Y es que, en tales asuntos, existen las protecciones para el adecuado respeto de los principios constitucionales y estas se encuentran lideradas por la garantía del control de legalidad de los notarios, quienes son los autorizados por ley para que en su presencia se adelanten las capitulaciones y mal podría predicarse que son contrarios al orden público cuando han sido precisamente regulados con la intencionalidad de prever los escenarios de conflicto familiar solo que dentro de la vida de pareja o posnupcial o posmarital.

En concreto planteamos cuales de tales acuerdos pueden ser pactados en capitulaciones matrimoniales o *maritales* que prevén una ruptura:

- En previsión de tener hijos comunes o si ya los hubiere, mientras sean estos menores de edad, podrían pactarse el cuidado personal, el régimen de visitas con la periodicidad de las mismas, la posibilidad de pernoctar en casa del otro progenitor aun cuando este conviva con tercera persona o sea en casa de familiares y todos los detalles relativos a su ejecución. También pueden plantearse pactos de custodia compartida.
- Acuerdo sobre la patria potestad prorrogada del hijo o hija mayor en situación de discapacidad, en el eventual caso de que los tuviesen, y la regulación de visitas. Los acuerdos relativos a los asuntos de hijos menores deben considerarse aplicables a los hijos que presente situaciones de discapacidad<sup>146</sup>.
- La cuota alimentaria con la que contribuirán los cónyuges a favor de los hijos comunes, en caso de separación y divorcio. La forma en que contribuirán como padres a la crianza, educación y establecimiento de los mismos, indicando lugar y forma de su cumplimiento y demás aspectos que se estimen necesarios<sup>147</sup>.
- La cuota alimentaria a favor del esposo o esposa o los compañeros permanentes necesitados cuando haya capacidad del otro cónyuge. Podría llegarse a fijar un porcentaje del salario o una cuota fija actualizada por el IPC por un tiempo determinado, que puede consistir en todo el periodo de separación o incluso un periodo determinado y fijo después del divorcio<sup>148</sup>.
- También podría consistir la cuota alimentaria en favor de uno de los esposos o compañeros permanentes en una renta mensual vitalicia<sup>149</sup>.

Estos acuerdos no tienen que someterse al control previo de los Defensores de Familia, ya que su aplicación se da de cara a una nulidad, separación de cuerpos, separación

<sup>146</sup> Vid. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Exp. 11001-02-03-000-2014-01125-00, sentencia SC17248-2015, 15 de diciembre de 2015, Magistrada Ponente: Margarita Cabello Blanco.

<sup>147</sup> Vid., como ejemplo, el caso citado de la sentencia del Tribunal Supremo del 31 de marzo de 2011.

<sup>148</sup> Vid. como ejemplo el caso *Posner v. Posner*.

<sup>149</sup> Vid. como ejemplo el caso citado de la sentencia del Tribunal Supremo Derecho Español de 24 de junio de 2015.

de bienes o divorcio. En estos casos la parte interesada deberá poner en conocimiento del acuerdo a la autoridad competente, la que podrá tenerlos en cuenta, sin que en modo alguno pueda considerarse de obligatorio acatamiento, pues a ellos corresponde velar por los principios de *protección a la familia*, como núcleo fundamental de la sociedad, y a los menores de edad, en virtud de su *interés superior*. En este sentido se pronuncia Quiroz Monsalvo quien sugiere que tales acuerdos se realicen por fuera de las capitulaciones matrimoniales o maritales<sup>150</sup>, en lo que el autor denomina *convenio familiar*, sobre ellos aclara que no buscan motivar la ruptura conyugal, sino por el contrario prever futuras consecuencias de crisis matrimonial<sup>151</sup>.

### C. Validez de otros pactos de orden patrimonial

- La regla general sería, al modo que se consagra en Cataluña, la validez de pactos en los que puedan transmitirse bienes y derechos por cualquier título y hacer entre ellos todo tipo de negocios jurídicos.
- Dichos pactos pueden tener alcance de carácter sucesorio, como los llamados pactos sucesorios<sup>152</sup>, que, así como acontece en el Derecho español, se realicen por ejemplo en donaciones de bienes futuros, realizadas antes del matrimonio (o de la unión marital) en capitulaciones solo para el caso de muerte<sup>153</sup>.
- Establecimiento de una pensión compensatoria o compensación económica. Este tipo de pactos se constituyen en un remedio contra los desequilibrios económicos generados por la dedicación exclusiva al hogar de muchas mujeres en Colombia. Los casos que hemos estudiado tienen en cuenta la posibilidad de negociación sobre la llamada prestación compensatoria<sup>154</sup>. Esta la consagra explícitamente el artículo 97 CCE. Asimismo, recuérdese que, respecto del Derecho inglés, ha sido una herramienta judicial que, a falta de régimen, se ha podido aplicar para equilibrar las condiciones económicas en casos de ruptura<sup>155</sup>. Los pactos de renuncia a la pensión compensatoria en los regímenes en que se reconocen son muy controvertidos. La tendencia en España es que la doctrina los considera renunciabiles

<sup>150</sup> Recuérdese que en Derecho catalán se permiten los pactos en previsión de ruptura por fuera de las capitulaciones pero en escritura pública. Vid. lo dicho sobre el artículo 231-20.

<sup>151</sup> QUIROZ MONSALVO A., *Manual Civil Tomo V. Matrimonio Civil y Religioso. Unión Marital de Hecho. Nuevo Régimen de Guardas*, ob. cit., p. 185.

<sup>152</sup> Sobre pactos sucesorios, vid. BELLO JANEIRO, D., «Los pactos sucesorios», en *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. 1, Valencia (Tirant lo Blanch), 2006, pp. 299-310.

<sup>153</sup> Vid. lo dicho respecto del Derecho común español en lo relativo al 1.341 CCE.

<sup>154</sup> Sobre el alcance de esta prestación, vid. SANTOS MORÓN M.J., «Prestación compensatoria y compensación por trabajo doméstico. ¿Dos caras de una misma moneda?», *InDret*, 1/2015, p. 50.

<sup>155</sup> Vid. lo que hemos señalado sobre el *Matrimonial Causes Act 1973* del Derecho Inglés.

como regla general<sup>156</sup>, entre otras cosas, porque la misma normativa civil en el artículo 101 consagra su extinción cuando el acreedor contraiga nuevo matrimonio o mantenga convivencia marital con una persona<sup>157</sup>. En todo caso, se considera que, pactada dicha renuncia, queda sometida a la cláusula *rebus sic stantibus*, que generaría su inaplicabilidad en caso de alteración de las circunstancias en las que fue planteada<sup>158</sup>.

- El deber de confidencialidad y la indemnización por incumplimiento. En atención al incremento de la protección de los datos personales<sup>159</sup>, es viable considerar que este tipo de pactos pueden producir efectos jurídicos preventivos ante una violación al derecho a la intimidad<sup>160</sup>.
- En general debe entenderse válidos todos aquellos pactos que pretendan la mejora de las condiciones de vida del cónyuge más desfavorecido. En esta medida han sido considerados viables los pactos cuyo objeto es el reforzamiento de los derechos económicos de los miembros de la pareja, tal sería por ejemplo la fijación de una cuota alimentaria por fuera del análisis de necesidad, es decir en todo eventual caso de ruptura. Recuérdese que los alimentos voluntarios están regulados en el artículo 427 CCc<sup>161</sup>.

#### D. Casos que requieren un mayor control de legalidad y cautela

Comentario aparte nos merecen algunos casos que requieren una vigilancia mayor por parte de la autoridad ante la que se reconocen las capitulaciones matrimoniales. Se trata de

<sup>156</sup> Cf. GARCÍA RUBIO M.P., «Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código civil», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 56, núm. 4, 2003, pp. 1653-1674.

<sup>157</sup> RODRÍGUEZ GUTIÁN A.M., *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, ob. cit., p. 252.

<sup>158</sup> Vid. GARCÍA RUBIO M.P., «Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código civil», ob. cit. Un estudio completo sobre la viabilidad o inviabilidad de este tipo de pactos en RODRÍGUEZ GUTIÁN A.M., *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, ob. cit., pp. 273 a 299.

<sup>159</sup> En atención al artículo 15 CPC, se ha desarrollado el tema de protección de datos personales en Colombia. Vid. ROJAS BEJARANO M., «Evolución del derecho de protección de Datos personales en Colombia respecto a estándares internacionales», *Novum Jus*, vol. 8, núm. 1, 2014, pp. 107-139; CALLE D'ALEMAN S.B., «Apuntes jurídicos sobre la protección de datos personales a la luz de la actual norma de habeas data en Colombia», *Colombia Precedente*, vol. 1, 2009, pp. 219-238.; y CALLE D'ALEMAN S.B., «Objetos conectados y los riesgos de intrusión en la privacidad», en *Les objets connectés*, Paris (IRJS Editions), 2018, pp. 321-332.

<sup>160</sup> En el Derecho español la doctrina admite los pactos relativos «a no revelar, en caso de ruptura, cuestiones privadas o íntimas de la vida del otro cónyuge relativas a su vida matrimonial o a su personalidad y a indemnizar en caso de quebrantar tal compromiso». Con más dudas acerca de pactos relativos a la no divulgación de «trabajo desarrollado por el cónyuge o sus negocios, la entidad bancaria en la que tienen productos financieros, el lugar de ubicación de sus diferentes bienes inmuebles o su lugar usual de vacaciones». Vid. RODRÍGUEZ GUTIÁN A. M., *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, ob. cit., p. 264.

<sup>161</sup> «Las disposiciones de este título no rigen respecto de las asignaciones alimenticias hechas voluntariamente en testamento o por donación entre vivos; acerca de las cuales deberá estarse a la voluntad del testador o donante, en cuanto haya podido disponer libremente de lo suyo».

los casos de renuncia, exclusión o limitación de derechos consagrados a favor de los cónyuges, pero sometidos a ciertas condiciones legales para su declaración. En Derecho catalán se permiten siempre y cuando sean recíprocos y que haya claridad sobre los derechos que limitan o a los que se renuncia<sup>162</sup>. En Derecho inglés no proceden pactos que contraríen las necesidades económicas de sostenimiento de cada uno tras la ruptura. Serán revisables por los tribunales<sup>163</sup>. Veamos cuáles pueden ser:

*Renuncia a la demanda de cuota alimentaria*, en cualquier caso, incluyendo los casos de divorcio por culpa. Si bien el divorcio en Colombia no ha superado el sistema causalista, y por tanto solo el mutuo acuerdo, los dos años de separación judicial o de hecho y la grave enfermedad, pueden excluir directamente el análisis de culpa, también es cierto que es una prerrogativa económica a favor de uno de los cónyuges, en esta medida puede considerarse renunciante. Pero como se trata de obligación alimentaria basada en estados de necesidad, encontramos mayor dificultad para la renuncia a este tipo de prerrogativas. En el evento de que las partes renuncien, se deberá revisar el nivel patrimonial de los futuros miembros de la pareja y su solvencia económica, caso en el cual si ésta es amplia vemos difícil que no pueda aprobarse dicho acuerdo. En todo caso se trata de una obligación alimentaria que quedaría sujeta a la cláusula *rebus sic stantibus* por lo cual podría considerarse inaplicable por alteración de las circunstancias<sup>164</sup>.

*Renuncia de derechos hereditarios*. Al no ser considerado para el Derecho colombiano un heredero forzoso<sup>165</sup> y tratándose de derechos netamente patrimoniales, es posible considerar viables los pactos de renuncia a la porción conyugal o marital que reconoce la ley<sup>166</sup>. Incluso podría considerarse viable la renuncia al derecho de heredero establecida en

<sup>162</sup> Vid. III.1.B artículo 231-20.4.

<sup>163</sup> Vid. III.2.B.

<sup>164</sup> Sin que compartamos el extremo de Simeone v. Simeone, sí es importante reconocer la autonomía de la voluntad y la responsabilidad frente al cumplimiento de lo pactado en aplicación de la teoría de los actos propios. Para un estudio completo sobre la regla *venire contra factum proprium* en el ámbito contractual, Vid. JARAMILLO SIERRA, C.I., *La doctrina de los actos propios: significado y proyección de la regla venire contra factum proprium en el ámbito contractual*, Madrid (La Ley), 2014, p. 637.

<sup>165</sup> Para el Derecho español, la cuestión es controvertida. Así GARCÍA RUBIO M.P., «Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el derecho de familia», ponencia presentada en las XIII Jornadas de Derecho Catalán de Tossa, 2004, par. 11, señala: «El primero —de nuevo apelo a una situación de familia recompuesta o reconstituida— sería el pacto por el que los cónyuges o futuros cónyuges renuncian en el acuerdo prematrimonial a los derechos legitimarios u otros similares que pudieran corresponderles en la herencia del otro. Sabido es que tal pacto está prohibido por el art. 816 del CC, mientras que es admisible en otros ordenamientos como el gallego, el balear o el navarro, o en los casos del art. 377 del Código de sucesiones catalán. En esta situación tiene gran importancia el cambio de vecindad civil del causante de la sucesión entre el momento de suscribir el acuerdo prematrimonial y el momento de su muerte, pues tal cambio puede significar que un pacto válido en el momento de hacerse resulte ineficaz al tiempo de su ejecución en virtud de lo previsto en el art. 9.8 del CC, precepto que a mi entender privilegia injustificadamente el rígido sistema legitimario del Código civil y es, por ello, inconstitucional».

<sup>166</sup> Sobre los derechos hereditarios, tanto del cónyuge como del compañero permanente en Colombia, vid. ALARCÓN PALACIO Y.E., «Reconocimiento por vía de interpretación constitucional de los derechos sucesorios del conviviente “supérstite” en Colombia», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, vol. 1, Cizur Menor (Aranzadi), 2014, pp. 125-168.

el segundo orden sucesoral. Recordemos que tal renuncia dio paso al reconocimiento de este tipo de pactos en el derecho norteamericano<sup>167</sup>.

*Regulación previa de la disolución de la sociedad conyugal.* Es posible plantear pactos relativos a acuerdos previos sobre la forma de liquidar la sociedad conyugal, por ejemplo, estableciendo que, en el evento en que haya varios inmuebles, los cónyuges acuerdan atribuir al menos un inmueble como atribuciones de vivienda y titularidades específicas. Donde parece presentar menos inconvenientes este tipo de pactos es el Derecho catalán.

*Pactos sobre el compromiso de mantener la empresa familiar.* Sería el compromiso de mantener la empresa familiar surgida en régimen de gananciales, a pesar de que se produzca el divorcio de los cónyuges<sup>168</sup>. Resulta de mucho interés este tipo de pactos por la cantidad de empresas familiares que existen y las dificultades que estas presentan por daños colaterales a la ruptura de pareja. En todo caso, es muy interesante en este tipo de pactos la correlación entre empresa familiar y derechos patrimoniales derivados del régimen económico o de la sucesión por causa de muerte<sup>169</sup>.

#### *E. Pactos contrarios al orden público familiar*

Consideramos que existen pactos que serían nulos de pleno derecho por ser contrarios al orden público familiar. Estos son aquellos que restringen la libertad de residencia<sup>170</sup>, la prohibición de contraer matrimonio o de no iniciar una convivencia de hecho con otra persona tras la ruptura, o de no hacerlo durante un tiempo determinado. O el someter la pérdida de la custodia de los hijos al incurrir en este tipo de nuevas relaciones de pareja<sup>171</sup>. Este tipo de pactos atentan contra el libre desarrollo de la personalidad (artículo 16 CPC) y el principio de dignidad humana (artículo 2 CPC). Lo mismo puede decirse de los pactos limitativos del uso de vivienda familiar<sup>172</sup>. También aquellos cuya violación a los intereses superiores de los niños y niñas sean evidentes.

<sup>167</sup> Vid. lo analizado en el derecho norteamericano, especialmente en *Veccio v. Veccio*, apartado III.2.A.

<sup>168</sup> GARCÍA RUBIO M.P., «Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el derecho de familia», ob. cit., par. 17, contempla ese tipo de pactos y los analiza como viables, señalando que, como regla general, en los acuerdos puramente patrimoniales ha de estarse por la validez de los mismos.

<sup>169</sup> Cf. TRIGO GARCÍA, M.B., «Pactos sucesorios y empresa ¿familiar?», en *El nou dret successori del codi civil de Catalunya: materials de les Quinzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Tossa de Mar (Documenta Universitaria), 2009, pp. 499-512.

<sup>170</sup> Artículo 19 de la Constitución Española y su paralelo artículo 24 CPC.

<sup>171</sup> Cf. RODRÍGUEZ GUITIÁN A. M., *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, ob. cit., pp. 250 -251.

<sup>172</sup> Para el Derecho catalán se admiten la atribución o distribución de la vivienda y las modalidades de uso. (artículo 233-21.3), vid. RODRÍGUEZ GUITIÁN A. M., *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, ob. cit., pp. 252-253.

Consideramos que debe aplicarse nulidad absoluta en casos de evidencia de violencia de género o amenaza de violencia doméstica, en todo aquello que beneficie al agresor<sup>173</sup>. Se presumirá *undue influence* en estos casos y en aquellos en los que los desequilibrios económicos sean evidentes.

Otro tipo de pactos que pueden ser considerados contrarios al orden público constitucional son los pactos de renuncia a la separación de bienes expresamente prohibidos por ley<sup>174</sup>. En el mismo sentido serían nulos absolutamente los pactos relativos a renunciar a la posibilidad de solicitar el divorcio o la simple separación de cuerpos. Por esa misma razón se cuestiona que sean viables los pactos que contemplan el pago de indemnización de perjuicios en casos de infidelidad o en caso de ruptura por cualquier causa<sup>175</sup>.

## VI. CONCLUSIONES

1. Para abordar una mirada nueva al alcance de la autonomía privada en las relaciones de pareja y sus límites en Colombia, fue menester aproximarnos a su concepto como principio del derecho privado, de las relaciones entre particulares y de las relaciones familiares. Nos detuvimos en el análisis de los límites generales a la autonomía de la voluntad privada: orden público y buenas costumbres; entendiendo por orden público el conjunto de normas que delimitan el ejercicio de los derechos fundamentales en el marco de un Estado Social de Derecho, la igualdad de los cónyuges, el interés superior de los niños y niñas, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la proscripción de la violencia, son asuntos de rango constitucional que integran el orden público familiar.
2. Sobre las buenas costumbres concluimos que a pesar de ser un concepto jurídico indeterminado no es indeterminable. Que se traduce en la moral social como código de conductas de una sociedad, sin que quede al arbitrio de las autoridades al aplicarlo, la posibilidad de aplicaciones de consideración subjetivas que puedan derivar en discriminaciones de cualquier orden.

<sup>173</sup> «La audiencia de conciliación para los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria perdió vigencia, pues, desde la expedición de la ley 1542 de 2012, estos delitos son de conocimiento de oficio por las autoridades del Estado, no son desistibles y en caso de que las partes lleguen a un acuerdo el proceso no termina, pueden solicitar al Fiscal la aplicación del principio de oportunidad...» MORENO PINEDA, M.C., «Conciliación en materia de familia», ob. cit., p. 12.

<sup>174</sup> Artículo 198 CCc, modificado por el artículo 19 de la Ley 1a. de 1976: «Ninguno de los cónyuges podrá renunciar en las capitulaciones matrimoniales o fuera de ellas la facultad de pedir la separación de bienes a que le dan derecho las leyes».

<sup>175</sup> RODRÍGUEZ GUTIÁN A. M., *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, ob. cit., pp. 258-264. Una completa reflexión sobre la conveniencia o inconveniencia de plantear los daños en Derecho de Familia en MARTÍN-CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J., «Daños en Derecho de la familia: un paso adelante, dos atrás», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 64, núm. 2, 2011, pp. 503-561.

3. La revisión de la autonomía de la voluntad en las relaciones de pareja en el Derecho común español nos muestra una amplia solidez histórica en el uso de las capitulaciones matrimoniales antes de la celebración del matrimonio aún dentro del mismo, lo que quizás explica la presencia de dos escenarios de reconocimiento de los pactos de pre-ruptura de pareja de orden patrimonial ajenos al régimen económico. Se rescata la consideración de la validez de pactos que no generan una situación de inferioridad en el esposo deudor ni provocan «supremacía o autoridad y correlativa sumisión o dependencia». El reconocimiento jurisprudencial de los denominados contratos atípicos se percibe en un claro escenario de ampliación de la autonomía de la voluntad en las relaciones de pareja, al punto de considerarse ley entre las partes dichos acuerdos, teniendo como límites la igualdad de los esposos, pero no la limitación a la libertad de disposición patrimonial.
4. El Derecho catalán es claro ejemplo de la primacía de autonomía de la voluntad en las relaciones de pareja. Su régimen supletorio deja a los miembros por fuera de la ganancialidad. Es explícita la libertad de contratación entre cónyuges al prescribirse que «...pueden transmitirse bienes y derechos por cualquier título y hacer entre ellos todo tipo de negocios jurídicos...». Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial pueden otorgarse en capítulos matrimoniales, pero también se permite que se celebren fuera de tales, en escritura pública. Deben ser celebrados mínimo treinta días anteriores a la fecha de celebración del matrimonio. Se permiten los pactos de exclusión o limitación de derechos siempre y cuando sean recíprocos. Se exige el deber de información y se somete la carga de la prueba al cónyuge que pretenda hacer valer dichos pactos. La aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* permite la declaración de ineficacia de dichos pactos cuando, en el momento en que se pretende el cumplimiento, uno de los cónyuges alegue grave perjuicio, si se prueba que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron ni podían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron.
5. La historia del Derecho norteamericano muestra los extremos en el tema analizado. Del tratamiento de los acuerdos de pareja casi como contratos comerciales, en los que un manejo proteccionista choca con los actuales alcances de igualdad entre los cónyuges y con la superada idea de que las mujeres no tienen el conocimiento suficiente para comprender la naturaleza de los contratos que realizan; de ello se pasa a la implementación de unos principios más equilibrados que protegen a la persona en posición débil en la pareja. Los pactos de pre-ruptura cobijan asuntos que prevén la ruptura por causa de muerte (renuncia a derechos hereditarios) y luego asuntos en las relaciones en vida postnupciales.
6. Se centran los esfuerzos de protección en dos momentos, en el momento de la celebración con el control de legalidad para la validez del pacto, exigiéndose consentimiento informado. Goza de presunción *juris tantum* cuando los pactos

se celebran treinta días antes del matrimonio, las partes tuvieron asesoramiento jurídico por separado o han tenido tal posibilidad (ellas pudieron haberla rechazado).

7. Un segundo momento es el de la ejecución, en el que se tiene en cuenta la alteración sobrevenida de las circunstancias, o cláusula *rebus sic stantibus*. Se sugiere la revisión judicial del acuerdo precisamente porque, al no poder ser previsibles tales alteraciones, debe entrar a tenerse en cuenta la protección del cónyuge desfavorecido o los hijos comunes. La doctrina advierte que debe haber nulidad en casos de evidencia de violencia o amenaza de violencia doméstica. Habrá nulidad si, por renuncia a la pensión compensatoria, se pone a la parte vulnerable en la necesidad de recurrir a las ayudas de los programas de asistencia pública para su sustento. Se excluyen los pactos, que afecten el derecho de alimentos de un menor, el cambio en las causas de solicitud del divorcio al amparo de otra ley y la inclusión de penalización por iniciar el divorcio o separación. En cuanto a las cláusulas permitidas se señalan derechos y deberes de los padres sobre los menores como la custodia de los hijos, pero no son vinculantes al juez, dado que se trata de la renuncia de derechos de terceras partes que serían los hijos.
8. En Derecho Inglés se destaca la inexistencia del régimen económico matrimonial. La historia da cuenta de una evolución más conservadora basada fundamentalmente en los poderes otorgados a los tribunales que han permitido a estos regular los divorcios reajustando los patrimonios individuales y concediendo pensiones compensatorias, sumas de dinero o incluso propiedades al cónyuge menos pudiente. Las facultades de los tribunales alcanzan a variar cualquier decisión económica adoptada por pactos o acuerdos entre los cónyuges, tenga o no hijos la pareja.
9. El giro se presenta en el test de la *Supreme Court* en *Radmacher vs Granatino*, que obliga al análisis de los acuerdos matrimoniales en dos fases. La primera tiene lugar en el momento de la celebración, en que se revisa si el acuerdo se hizo libremente por las partes con pleno conocimiento de sus implicaciones. Y la segunda fase, en la que se mira si las circunstancias actuales en el momento de su aplicación ponen a las partes en una situación de injusticia.
10. La propuesta del *Matrimonial Property Needs and Agreements* intenta regular los acuerdos prenupciales, postnupciales y de separación. Se pueden realizar por parejas casadas o por *civil partnerships*. Deben considerarse vinculantes entre las partes, bajo determinadas condiciones (*qualifying nuptial agreements*). Se presumirá *undue influence* en caso de que no se cumplan las condiciones. Con extremos que intentan frenar la participación de los tribunales consagrando que, cuando haya asesoramiento legal de ambas partes en cuanto a que es vinculante entre ellos e inmodificable por los tribunales, lo que quiere decir que no habrá *orders* que contradigan el acuerdo; también deberán ser asesorados en cuanto al



efecto sobre los derechos legales de las partes, asesoría que se hará constar y en tal caso se presumirá. Asimismo, deben ser distintos abogados para cada parte. Lo límites se fijan en que los pactos no contraríen las necesidades económicas de sostenimiento de cada uno tras la ruptura. No podrán pactar para evadir o disminuir sus responsabilidades legales respecto de los hijos comunes. No se pronuncian en las recomendaciones medidas contra la afectación de los *non-matrimonial property*, que de esta manera quedan aún al descubierto para que los tribunales puedan continuar aplicando la doctrina de la comunidad de propiedad.

11. En Derecho colombiano, la autonomía en las relaciones de pareja se refleja en diversos ámbitos. Por fuera del régimen económico, en aspectos como la definición de la escogencia del vínculo, en la separación de cuerpos y en el divorcio, en la declaración de cesación de efectos civiles de la unión marital de hecho y en la declaración de bienes de la sociedad patrimonial que ingresan a la sociedad conyugal, en caso de matrimonio de los compañeros permanentes.
12. En Colombia se aplica el régimen de capitulaciones matrimoniales a la unión marital de hecho. Es posible pactar la exclusión total del régimen de gananciales en ambas instituciones. El contenido típico de los pactos capitulares son los acuerdos relativos al aporte o exclusión de bienes, en un régimen restringido por las causales de subrogación de los mismos, establecidos en la ley, las donaciones realizadas entre cónyuges o por terceros que tiene por causa u ocasión el matrimonio y que se encuentran limitadas por las facultades dispositivas de carácter hereditario y la renuncia a los gananciales sin perjuicio de terceros entre los cuales se cuentan los futuros herederos.
13. El régimen de las capitulaciones matrimoniales es inmutable, lo que significa que solo pueden realizarse antes de contraer matrimonio y durante el mismo no pueden ser alteradas, salvo la disolución de la sociedad conyugal que implica pasar al régimen de separación de bienes. Se debate sobre la aplicación remisoria de estas normas al régimen de la sociedad patrimonial de hecho, por la indeterminación legal y la diferencia entre la situación material y la solemne, con el agregado del sometimiento de la presunción legal y posibilidad de declaración en la unión marital, solo dos años después de su existencia. Se concluye que la posición más razonable y coherente con la inmutabilidad es que solo pueden hacerse capitulaciones maritales antes de iniciar la convivencia que es el hecho generador de los derechos en la unión marital de hecho.
14. Encontramos como límites a la autonomía de la voluntad en las relaciones de pareja en Colombia los principios y las normas constitucionales que componen el orden público familiar, estos deberán prevalecer en el juicio de validez de una capitulación matrimonial o *marital*. Se trata de principios como la dignidad humana, solidaridad, seguridad jurídica y las normas constitucionales de protección a la

familia, igualdad de la pareja, derechos de los niños, niñas y adolescentes, entre otros. El reconocimiento de la validez de los acuerdos de pareja en protección del adulto mayor ya tiene precedente en Colombia.

15. Los límites de la «ley y buenas costumbre» señalados en el artículo 1773 CCc, se han interpretado como impedimentos para la posibilidad de que los cónyuges pacten asuntos de orden personal o de orden patrimonial más allá de los dispuesto en el régimen económico del matrimonio. Ello en nuestra opinión es restrictivo de la libertad y del desarrollo de la personalidad que encuentra su límite exclusivamente en aquello que contraría la ley o al orden social (artículo 16 CPC). Se afirma que, si los pactos de pareja no violan la moral social, no pueden ser restringidos a aspectos netamente tradicionales en el entendido de que toda estipulación más allá del régimen económico viola *per se* el orden público.
16. Consideramos viables la celebración de pactos atípicos de previsión de una ruptura de pareja como contenido de las capitulaciones matrimoniales y de uniones maritales en Colombia. Su eficacia debe ser considerada como refuerzo a la autonomía de la voluntad privada en tiempos en que se presentan con mayor frecuencia las crisis y que muchas de ellas terminan en rupturas. Los asuntos que pueden ser objeto de pacto de previsión de ruptura de pareja están directamente relacionados con los asuntos definibles de mutuo acuerdo o por conciliación en asuntos de familia. Al someterse las capitulaciones a la solemnidad de la escritura pública, los notarios tienen un deber de control previo de legalidad de dichos pactos de previsión de ruptura, lo que garantiza que los que se realicen no excedan las facultades que otras normas les dan a los cónyuges para acordar o conciliar asuntos de familia.
17. Los pactos de previsión de ruptura de pareja de orden económico pueden servir de remedio de desequilibrios finales entre los miembros de la misma, derivados de los roles tradicionales de corte patriarcal que aún subsisten con Colombia. Así como también pueden prevenir conflictos judiciales de orden sucesorio. Pueden alcanzar en este punto la posibilidad de futuros derechos hereditarios. Ello puede ser un elemento de armonía frente a la desconfianza de los herederos forzosos frente a segundas nupcias o segundas uniones maritales.
18. Pensar en pactos en torno al deber de confidencialidad y la indemnización por incumplimiento en la era de la implementación de la protección de los datos personales no resulta nada descabellado. Los *sexting* pueden generar situaciones de violación al derecho a la intimidad que encuentran en este tipo de pactos una herramienta preventiva.
19. Resaltamos algunos casos que requieren mayor control de legalidad como la renuncia a la demanda de cuota alimentaria en casos de divorcio, renuncia de derechos hereditarios, regulación previa de la disolución de la sociedad conyugal, compromisos de mantener la empresa familiar. Todos estos ejemplos pueden, en

un momento determinado, prevenir conflictos de orden familiar que se presentan muy frecuentemente. Los consideramos válidos siempre que se aplique en su ejecución la cláusula *rebus sic stantibus*, es decir, sean revisables acorde con la alteración sobrevenida de las circunstancias.

20. Consideramos pactos nulos de pleno derecho, por ser contrarios al orden público familiar, aquellos que atenten contra la libertad de los cónyuges, su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad, así como aquellos que violen los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes. Muy especialmente señalamos que deben considerarse nulos los pactos cuyo cumplimiento se pretenda luego de la existencia de violencia de género, en todo aquello que favorezca al agresor e imponer su cumplimiento en favor de la víctima.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN PALACIO Y.E., «Régimen patrimonial del matrimonio desde Roma hasta la novísima recopilación», *Revista de Derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, núm. 24, 2005.
- *El patrimonio común como objeto de responsabilidad de los casados en sociedad de gananciales*, Madrid (Universidad Autónoma de Madrid), 2008.
- «Potestad doméstica y responsabilidad patrimonial en la sociedad conyugal», en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, Tomo IV. Derecho privado, vol. 2, Bogotá (Temis), 2010.
- «El constitucionalismo en el presente y futuro del derecho familiar», en *XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar. Disertaciones y Ponencias*, Mar del Plata (La Ley-Abeledo Perrot), 2012.
- *La sociedad conyugal en Colombia. Pasado, presente y futuro*, Bogotá (Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez), 2013.
- «Reconocimiento por vía de interpretación constitucional de los derechos sucesorios del conviviente “supérstite” en Colombia», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, vol. 1, Aranzadi Thomson Reuters, 2014 pp. 125-168.
- ALLUEVA AZNAR, L., «Los requisitos para la validez de los pactos en previsión de ruptura matrimonial», *InDret*, 1/2013.
- ANGUITA VILLANUEVA L. A., «Acuerdos prematrimoniales: del modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española», en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Madrid (Dykinson), 2010.

- ANTÓN JUÁREZ I., «Acuerdos prematrimoniales: Ley aplicable y derecho comparado», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, núm. 1, 2015.
- ARANA DE LA FUENTE I., «Concepto y función social del matrimonio. Los sistemas matrimoniales. La promesa del matrimonio», en *Derecho de familia*, Madrid (Civitas), 2012
- ATWOOD, B. A. y BIX, B. H., «A new Uniform Law for premarital and marital agreements», *Family Law Quarterly*, vol. 46, núm. 3, 2012 pp. 313-344.
- BELLO JANEIRO, D., «Los pactos sucesorios», en *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. 1, Valencia (Tirant lo Blanch), 2006, pp. 299-310.
- BENAVENTE MOREDA, P., «Capítulo IV. La sociedad legal de gananciales», en *Derecho de familia*, Madrid (Civitas) 2012, pp. 849-1098.
- BILBAO UBILLOS, J.M., *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid (CEPC-BOE), 1997.
- BLANCO RODRÍGUEZ J., «Capitulaciones matrimoniales: ¿modificación, sustitución y eliminación del régimen económico del matrimonio?», *Ambiente Jurídico*, vol. 13, 2011, pp. 240-255.
- y CHAUX ROJAS D.F., «La celebración de capitulaciones en la unión marital de hecho», *Revista Vniversitas*, vol. 126, 2013.
- CALLE D'ALEMAN S.B., «Apuntes jurídicos sobre la protección de datos personales a la luz de la actual norma de habeas data en Colombia», *Colombia Precedente*, vol. 1, 2009.
- «Objetos conectados y los riesgos de intrusión en la privacidad», en *Les objets connectés*, Paris (IRJS Editions), 2018, pp. 321-332.
- CASANOVA C.A., «Guillermo De Ockham y el origen de la concepción nominalista de los derechos subjetivos», *Cauriensia*, vol. 11, 2016.
- CERVILLA GARZÓN M.D., «Acuerdos prematrimoniales y matrimoniales en el actual derecho de los Estados Unidos: the uniform premarital and marital agreement act (2012)», *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 2, 2017.
- «Acuerdos prematrimoniales y ruptura conyugal. Algunas consideraciones al hilo de las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2018 y de 15 de octubre 2018», *Diario La Ley*, núm. 9301, 2018.
- COLAO MARÍN F.J., *Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho Civil español*, Madrid (Dykinson), 2018.

- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ C., «La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes», en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Madrid (Dikynson), 2009.
- DE CASTRO Y BRAVO F. «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 35, núm. 4, 1982.
- DE LOS MOZOS, J.L. «Comentarios a los artículos 1344 al 1410 del C.C.», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Madrid (Tecnos), 1982
- DÍEZ-PICAZO L., «Comentario al artículo 1255 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid (Ministerio de Justicia), 1993.
- «Altibajos de la autonomía de la voluntad», en *Glosas sobre Federico de Castro*, Madrid (Civitas), 2015.
- ESPÍN CANOVAS D., «Los límites de la autonomía de la voluntad en el Derecho privado», *Anales de la Universidad de Murcia*, vol. 13, 1954.
- FAIRBAIRN C., «Pre-nuptial agreements» Briefing Paper núm. 03752, 21 June 2017.
- FIGUEROA TORRES M., *Autonomía de la voluntad, capitulaciones matrimoniales y pactos en previsión de ruptura. En España, Estados Unidos y Puerto Rico*, Madrid (Dykinson), 2016.
- GARCÍA CANTERO G., revisión y puesta al día del Tomo V (Derecho de familia), vol. 1.<sup>o</sup> (Relaciones conyugales) de CASTÁN TOBEÑAS J., *Derecho civil español, común y foral*, 11.<sup>a</sup> ed., Madrid (Reus), 1987.
- GARCÍA-HERREROS CASTAÑEDA M., *Procedimientos y actuaciones notariales en el derecho de familia*, 2.<sup>a</sup> ed., Bogotá (Fondo de Publicaciones Universidad Sergio Arboleda), 2015.
- GARCÍA RUBIO M.P., «Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código civil», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 56, núm. 4, 2003.
- «Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el derecho de familia», ponencia presentada en las XIII Jornadas de Derecho Catalán de Tossa, 2004.
- GARCÍA SARMIENTO E., *Elementos de Derecho de Familia con Comentarios y Jurisprudencias de la Corte Constitucional y Tribunales*, Bogotá (Ediciones Doctrina y Ley), 1999.
- GASPAR LERA S., «Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho inglés. Validez, eficacia y discrecionalidad judicial», *InDret*, 3/2012.

- GÓMEZ R. J.J., *El nuevo Régimen de Bienes en el Matrimonio*, 2.<sup>a</sup> ed., Bogotá (Editorial Librería Voluntad), 1942.
- HOYOS ROJAS, L.M., «El método neoconstitucional de la dignidad en el derecho privado: una aproximación a la igualdad de género en el ámbito de las relaciones familiares homoparentales», *Revista de Derecho Privado*, núm. 47, 2012.
- JARAMILLO SIERRA, C.I., *Derecho y Familia en Colombia: Historias de Raza, Género y Propiedad (1540-1980)*, Bogotá (Ediciones Uniandes), 2013.
- *La doctrina de los actos propios: significado y proyección de la regla venire contra factum proprium en el ámbito contractual*, Madrid (La Ley), 2014.
- *Principios rectores y reglas de interpretación de los contratos*, Bogotá (Grupo Editorial Ibáñez), 2016.
- JIMÉNEZ BARROS R., «Naturaleza del defensor de familia como institución garante de la eficacia de los derechos de la niñez y la adolescencia. ¿Conciliador o juez?», *Revista Vniversitas*, núm. 124, 2012.
- LOWE N., «Prenuptial agreements: the English position», *InDret*, 1/2008.
- MATO PACÍN, N., «El papel de la buena fe en el Derecho contractual inglés», *InDret*, 2/2018.
- MARTÍN-CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J., «Daños en Derecho de la familia: un paso adelante, dos atrás», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 64, núm. 2, 2011, pp. 503-561.
- MIQUEL GONZÁLEZ J. M., «Cláusulas generales y desarrollo judicial del derecho», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1997.
- MORALES ACACIO A., «Capitulaciones Matrimoniales», *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, vol.1, núm. 2, 2009.
- MORENO PINEDA, M.C., «Conciliación en materia de familia», Working Paper del proyecto «Análisis de las nuevas tendencias del derecho de familia en el marco del Estado Constitucional de Derecho» (Convocatoria Interna ID 00005765), Bogotá (Pontificia Universidad Javeriana) 2017.
- OSPINA FERNÁNDEZ E. y OSPINA ACOSTA G., *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, 7.<sup>a</sup> ed., Bogotá (Temis), 2018.
- PAREJO ALFONSO, L.J., «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3, 1981.

- PARRA BENÍTEZ J., *Derecho de Familia*, 2.<sup>a</sup> ed., Bogotá (Temis), 2018.
- PARRA LUCÁN, M.A., «Autonomía de la voluntad y Derecho de Familia», en *Autonomía de la voluntad en el derecho privado*, Tomo I, Madrid (Consejo General del Notariado), 2012.
- PAZ-ARES, C., «Comentarios a los artículos 1665 a 1708» en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid (Ministerio de Justicia), 1993.
- QUICIOS MOLINA M. S., «Comentario a la STS 24.6.2015. El pacto prematrimonial de constitución de renta vitalicia a favor de la esposa», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 101, 2016.
- QUIROZ MONSALVO A., *Manual Civil*, Tomo V. Matrimonio Civil y Religioso. Unión Marital de Hecho. Nuevo Régimen de Guardas, 3.<sup>a</sup> ed. Bogotá (Ediciones Doctrina y Ley), 2014.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN A. M., *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, Cizur Menor (Aranzadi), 2018.
- «Los pactos en previsión de crisis y los límites de su validez», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 109, 2019.
- ROJAS BEJARANO M., «Evolución del derecho de protección de Datos personales en Colombia respecto a estándares internacionales», *Novum Jus*, vol. 8, núm. 1, 2014, pp. 107-139.
- SÁNCHEZ ROMÁN F., *Estudios de Derecho civil. Derecho Civil Español, común y foral*, tomo V, vol., 1, 2.<sup>a</sup> ed., Navarra (Analecta), 2008.
- SANTOS MORÓN M.J., «Prestación compensatoria y compensación por trabajo doméstico. ¿Dos caras de una misma moneda?», *InDret*, 1/2015.
- SARMIENTO GUTIÉRREZ C. E., «La unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales», *Revista de Derecho Privado*, vol. 7, 2001.
- SCHERPE J. M., «Los acuerdos matrimoniales en Inglaterra y Gales tras Radmacher v. Granatino», *InDret*, 2/2012.
- y SLOAN, B., «Contractualisation of family law - England and Wales: Autonomy vs. Judicial discretion», *Contractualisation of family law: Global perspectives*, Viena (Springer), 2015.
- SUÁREZ FRANCO, R., *Derecho de Familia*, Tomo I, 7.<sup>a</sup> ed., Bogotá (Temis), 1998.
- «Desarrollo actual de los regímenes económicos de la pareja. Sociedad conyugal y sociedad patrimonial de hecho», en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, Tomo IV. Derecho privado, vol. 2, Bogotá (Temis), 2010

TORRADO H.A., *Matrimonio y divorcio*, Bogotá (Universidad Sergio Arboleda), 2015.

TRIGO GARCÍA, M.B., «Pactos sucesorios y empresa ¿familiar?», en *El nou dret successori del codi civil de Catalunya: materials de les Quinzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Tossa de Mar (Documenta Universitaria), 2009, pp. 499-512.

VALENCIA ZEA, A., *Derecho Civil*, Tomo V, 5.<sup>a</sup> ed., Bogotá (Temis), 1985.

VÉLEZ BARRIENTOS, F., *Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano*, Tomo VII, Medellín (Imprenta París-América), 1983.