

UNIVERSIDAD HERMANOS SAÍZ MONTES DE OCA
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANÍSTICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO



*TESIS EN OPCIÓN AL GRADO DE ABOGADO
DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA
REPÚBLICA DEL ECUADOR*

*Título: "La autonomía de la voluntad de los cónyuges en la
disposición del régimen económico de su matrimonio, a
la luz del Derecho de Familia ecuatoriano".*

Autores: Edmundo Xavier Parra Canchignia

Nelson Mesías Tigmasa Padilla

Tutora: Lic. Nileidys Torga Hernández

Pinar del Río, Febrero 2011

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios por esta vida, siempre llenándome de salud, virtudes, felicidad y dicha.

El pilar fundamental en la formación de un hombre es la enseñanza y educación de los padres y de la familia entera. Por lo que agradezco a mi familia en especial a mis padres Edmundo y Rosa, a mi esposa bella Dolores Alexandra, al pueblo cubano que me brindó su perdurable cariño para cumplir un objetivo más de vida.

De manera especial a mi tutora Nileidys Torga Hernández, por dedicar parte de su tiempo a inculcarme en realizar este trabajo, puesto que sin su apoyo incondicional no hubiera sido posible llevarlo en buena culminación y a todas aquellas personas que sin esperar nada a cambio compartieron e invirtieron su tiempo y conocimiento para ayudarme a culminar este trabajo, a todas aquellas que durante el tiempo que duró este sueño lograron convertirlo en una realidad.

A mis compañeros de lucha Gering Fernando, Darío Xavier, Nelson Mesías, por el apoyo incondicional y ayuda primordial para la culminación de mi trabajo de tesis.

EDMUNDO XAVIER PARRA CANCHIGNIA

Agradezco a Dios por permitirme llegar hasta este momento tan importante de mi vida por llevarme a su lado siempre llenándome de alegría y gozo.

A mis padres quienes me infundaron la ética y el rigor que guían mi transitar por la vida, que me enseñaron todo el valor y toda la fuerza en un solo abrazo y que dentro de sus preocupaciones me dieron la oportunidad de brillar.

Mi sincero agradecimiento está dirigido hacia mi tutora Nileidys Torga Hernández, por dedicar parte de su tiempo a revisar y corregir este trabajo alcanzando la culminación del mismo, ya que sin su apoyo incondicional no hubiera sido posible llevarlo en buen término.

A todas aquellas personas que sin esperar nada a cambio compartieron e invirtieron su tiempo y conocimiento para ayudarme a culminar este trabajo, a todas aquellas que durante el tiempo que duró este sueño lograron convertirlo en una realidad.

A mis compañeros de lucha Gering Fernando, Darío Javier, Edmundo Xavier, por el apoyo incondicional y ayuda primordial por compartir alegrías y tristezas, por hacer que cada pedazo de tiempo fuera ameno. No voy a olvidar sus consejos y ayuda durante el lapso de la culminación de mí de tesis.

NELSON MESÍAS TIGMASA PADILLA

DEDICATORIA

Este trabajo quiero dedicarlo a mi familia y a mi esposa, que son el ejemplo de amor y sacrificio, ya que ellos se merecen más que nadie todas mis superaciones en la vida.

Mencionar a todos los que han contribuido a transitar y allanar el camino hasta aquí, sería incurrir en olvidos imperdonables; por ello preferimos no correr riesgos y sencillamente, agradecer a los amigos buenos y malos... cada uno de ellos sabe quiénes son.

Agradezco a todo el que me ayudó a crear las ideas y me inspiró a profundizar en ellas para la realización de este trabajo.

EDMUNDO XAVIER

La concepción de este proyecto está dedicada a mis padres, a mi madre Rosa Alba ejemplo de amor y sacrificio, y por ello se merece más que nadie todos mis logros en la vida, a mi padre José Arturo por el esfuerzo y apoyo incondicional para la culminación de mi carrera y por ser los pilares fundamentales en mi vida, sin ellos jamás hubiese podido conseguir lo que hasta ahora, Su tenacidad y lucha insaciable han hecho de ellos el gran ejemplo a seguir y destacar, no solo para mí, sino para mis hermanos y familia en general.

NELSON MESÍAS

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Nosotros **EDMUNDO XAVIER PARRA CANCHIGNIA** con cédula de ciudadanía No. **050222180-7** y **NELSON MESÍAS TIGMASA PADILLA** con cédula de ciudadanía No. **050271665-7**, de nacionalidad ecuatoriana, actuando en nombre propio, en calidad de autores de la tesis denominada: **La autonomía de la voluntad de los cónyuges en la disposición del régimen económico de su matrimonio, a la luz del Derecho de Familia Ecuatoriano**; autorizamos a las Universidades Técnica de Cotopaxi y Hermanos Saiz Montes de Oca, para que utilicen y usen en todas sus formas el presente trabajo.

Los autores declaramos que la obra objeto de la presente autorización es de nuestra exclusiva autoría y detentamos la titularidad sobre la misma.

Edmundo Xavier Parra Canchignia

Nelson Mesías Tigmasa Padilla

Lic. Nileidys Torga Hernández

“... el régimen de las voluntades no puede existir allí donde las voluntades no existen”.¹

José Martí

¹ Reflexiones, mayo 1878, tomo 7, p. 164.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN / 8

CAPÍTULO I: Apuntes doctrinales sobre el principio de autonomía de la voluntad y el régimen económico del matrimonio. / 15

1. El principio de autonomía de la voluntad. / 15

1.1 Dimensiones. / 18

1.1.1 Dimensión positiva. /19

1.1.2 Dimensión negativa. /19

1.2 Límites a la autonomía de la voluntad. /21

2. Régimen económico del matrimonio. / 24

2.1 Concepto. / 24

2.2 Clasificaciones. / 26

2.2.1 Por su origen. / 26

2.2.2 Por sus efectos. / 27

2.2.2.1 Régimen económico de comunidad. / 27

2.2.2.2 Régimen económico de separación. / 29

2.2.2.3 Régimen económico de participación. / 30

3. Autonomía de la voluntad y capitulaciones matrimoniales. /31

CAPÍTULO II: La autonomía de la voluntad en el régimen económico del matrimonio según el Derecho de Familia comparado. Análisis del caso ecuatoriano. /38

1. Régimen económico del matrimonio en el Derecho comparado. /38

1.1 España. /38

1.2 Chile. /41

1.3 Cuba. /44

2. Regulación del régimen económico del matrimonio en Ecuador. /46

2.1 Antecedentes. /46

2.2 Características. /49

2.3 Principios. /52

3. La autonomía de la voluntad en el régimen económico del matrimonio en Ecuador. /54

3.1 Las capitulaciones matrimoniales. /57

3.2 Las donaciones por causa de matrimonio. /59

CONCLUSIONES /61

RECOMENDACIONES /62

BIBLIOGRAFÍA /63

ANEXOS /66

INTRODUCCIÓN

La familia es la organización social primaria de toda comunidad. Su aparición coincide con la presencia misma del hombre en la tierra y ello se debe a que está considerada como parte indispensable de la base social; de modo que también en las formas históricas preclasistas existía una familia, aunque lo fuera de manera primitiva. Toda formación económica social tuvo una familia característica. “A cada estructura social, corresponde un tipo de familia determinada, es decir la estructura familiar está condicionada por la estructura social”.²

Por su parte el Derecho de Familia, como cualquier otra rama del Derecho, surge en el momento histórico en que aparece el Estado, que es lo mismo que decir que emerge cuando aflora la propiedad privada sobre los medios de producción que divide a la sociedad en clases antagónicas. Por tanto, no es desatinado decir que en el Derecho de Familia la institución que sirve de sustrato (la familia) a esa superestructura jurídica, aparece antes de que surgiera su derecho regulador.

Al decir de la doctora MESA CASTILLO, el Derecho de Familia podemos definirlo como “el conjunto de normas jurídicas que regulan el complejo de relaciones jurídicas familiares.”³ Si estas relaciones jurídicas llegaran a involucrar a terceras personas ajenas al ámbito familiar, se produce una mezcla con las normas de Derecho Civil, al tratarse de situaciones generales asociadas al desenvolvimiento de las personas en la sociedad. Ello reforzado con el carácter supletorio que se le reconoce al Derecho Civil como tronco común desde el Derecho Romano.

Uno de los temas que más debate ha provocado en la doctrina está relacionado con la naturaleza jurídica del Derecho de Familia y su consideración como Derecho público o privado. Estas disquisiciones interesan sumamente a nuestra investigación y merecen ser tenidas en cuenta como punto de partida, pues las contradicciones versan esencialmente sobre el valor de las declaraciones de

² MESA CASTILLO, Olga: Derecho de Familia, Módulo 1. Editorial Félix Varela, La Habana, 2004. p. 5.

³ *Idem*, p. 22.

voluntad en los actos familiares. En este sentido se alude que al momento de formalizar matrimonio la autonomía de la voluntad de los contrayentes se limita a declarar si persisten o no en su interés de legalizar el vínculo, pero no pueden alterar el modo y forma que se debe seguir para su celebración; en relación con esto se exige un apego estricto a lo establecido en la ley. También queda cercenada la voluntad de los cónyuges al definir el contenido personal del matrimonio y las vías por las que se puede acceder a la extinción del vínculo. Los derechos que la norma reconoce a los padres no tienen su basamento en el interés individual de ellos, ni en primera instancia de sus hijos; sino en los intereses de toda la sociedad y el Estado, si bien estos pueden coincidir con los de uno u otros. Otros elementos como el carácter eminentemente ético y educativo del Derecho de Familia; la preponderancia de las relaciones personales por sobre las patrimoniales; la reciprocidad absoluta con la que se regulan los derechos y deberes familiares y el carácter personalísimo de la mayoría de sus actos, a los que les es ajena la representación voluntaria, sirven para distinguir esta rama del Derecho del Derecho Civil. De esta forma se ubica el Derecho de Familia en un estadio intermedio entre el Derecho público y el Derecho privado, siendo considerado como un Derecho político y social.⁴

Sin embargo, ¿significa que la aceptación mayoritaria de estos análisis en la teoría moderna del Derecho de Familia destierra completamente la admisión de la autonomía de la voluntad en sede familiar? Las posiciones al respecto no deben ser extremas. Las cuestiones patrimoniales del Derecho de Familia siguen siendo en su esencia iguales a las instituciones del Derecho privado, solo que se refuerza en este sentido la subordinación a los intereses sociales y estatales. Junto a la obligación de dar alimentos, el régimen económico del matrimonio es de las materias patrimoniales familiares que más atención ocupa en la doctrinal y la legislación.

⁴ En este sentido constituye vanguardia el tratadista italiano Antonio Cicu, el que formuló una teoría independiente de la clásica bipartita, que expresa que el Derecho de Familia debe ubicarse en un ámbito independiente cercano al Derecho Público, teniendo en cuenta sus características singulares. *Ibidem*. p. 30.

El régimen económico del matrimonio, derecho matrimonial patrimonial o régimen matrimonial pecuniario constituye el estatuto que regula los intereses pecuniarios entre los esposos y en sus relaciones con terceras personas. Su disciplinamiento jurídico ha sido histórico, al ser la organización económica de una institución eminentemente pública como lo es el matrimonio. Y aunque la amplitud de su incidencia varía de un estado a otro, es uno de los temas en los que se considera que la autonomía de la voluntad puede ser una expresión *ius privatista* dentro del Derecho de Familia. El régimen de bienes del matrimonio es, dentro del Derecho de Familia, uno de los temas que más dificultades ofrece para su comprensión y aplicación⁵; e incluso para concebirlo en su regulación.

En nuestra legislación las materias civiles y familiares aparecen reguladas en un único cuerpo jurídico que es el Código Civil. Tal situación pudiera significar que el legislador ecuatoriano no admite la separación moderna de los Derechos Civil y Familiar y por consiguiente tolera completa autonomía de la voluntad de los sujetos en sede de familia. De tal suerte el régimen económico del matrimonio sería una cuestión completamente patrimonial con la única peculiaridad que los sujetos implicados tienen la condición de cónyuges. Ante esta situación se impone realizar un estudio más detallado y minucioso sobre el particular que permita deslindar cuál es realmente la amplitud de la autonomía de la voluntad de los cónyuges para disponer asuntos relativos al régimen económico del matrimonio.

El tema que se abordará ha sido tratado por la doctrina de varios países y su reconocimiento legislativo, aunque diverso, siempre se hace notar en los códigos civiles o de familia de los diversos Estados. La teoría acerca del régimen económico del matrimonio, que incluye esencialmente concepto y clasificaciones es bastante homogénea, pero existen variaciones en cuanto a su consagración normativa. En este sentido se pueden citar bloques de países en dos niveles, según la magnitud con la que se adhieran al criterio vigente en el Derecho comparado, respetuoso de la autonomía de la voluntad en relación con la

⁵ <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/regimen-economico-matrimonial/regimen-economico-matrimonial.htm> consultado el 26 octubre de 2010.

disposición del régimen económico del matrimonio por los cónyuges. Así podemos ejemplificar los casos de Brasil, España, Paraguay y Uruguay que son sistemas que responden a la tendencia mayoritaria de fijar la libertad de pactar, distinguiendo cuestiones que reciben un tratamiento diferenciado. En cambio, países como Cuba y Argentina, este último de reconocido prestigio en doctrina jurídica, exhiben una posición solitaria y conservan la vigencia de un régimen legal imperativo, que limita el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los contrayentes en extremo.

A nuestro juicio es de gran importancia analizar el tema que nos ocupa teniendo en cuenta la amplia repercusión socio-jurídica que puede tener, al vincularse a una institución tan delicada como el matrimonio. Su contenido es de actualidad mundial y nacional y su incursión en la legislación y la doctrina patria debe profundizarse y atemperarse a las tendencias más modernas sobre el tema.

Para dar cauce a los extremos anteriormente presentados, al tema de investigación propuesto y a la necesidad de reconocer la autonomía de la voluntad de los cónyuges en las disposiciones sobre el régimen económico del matrimonio hemos considerado que sería atinado incursionar en el siguiente problema científico:

¿Cuál es el alcance de la autonomía de la voluntad de los cónyuges en la disposición del régimen económico de su matrimonio, a la luz del ordenamiento jurídico familiar ecuatoriano?

En correlación con ello deducimos que el objeto de investigación lo constituye **la autonomía de la voluntad de los cónyuges en la disposición del régimen económico del matrimonio en Ecuador.**

En atención al problema de investigación anteriormente señalada y para guiar la realización de esta investigación hemos considerado definir como objetivos los siguientes:

OBJETIVO GENERAL

- Valorar el alcance de la autonomía de la voluntad de los cónyuges en la disposición del régimen económico de su matrimonio, a la luz del ordenamiento jurídico familiar ecuatoriano.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- ❖ Caracterizar teóricamente la autonomía de la voluntad, como principio general del Derecho y el régimen económico del matrimonio como, contenido patrimonial de la relación conyugal.
- ❖ Sistematizar los preceptos legales que explican el alcance de la autonomía de la voluntad de los cónyuges en la disposición del régimen económico del matrimonio desde el ordenamiento jurídico familiar ecuatoriano y en el Derecho comparado.

En consonancia con la coherencia que debe existir entre el problema científico, los objetivos de la investigación y los resultados que se pretenden obtener a partir de ella, proponemos las siguientes preguntas científicas:

- ¿Qué elementos caracterizan desde la doctrina el principio general del Derecho de autonomía de la voluntad y el régimen económico del matrimonio?
- ¿Cuáles son los preceptos jurídicos que explican el alcance de la autonomía de la voluntad de los cónyuges para disponer sobre el régimen económico de su matrimonio, a la luz del ordenamiento jurídico familiar ecuatoriano y el Derecho comparado?

Los métodos empleados en la investigación son esencialmente cuatro, reconocidos todos ellos por la Metodología de la Investigación socio-jurídica. Entre todos existe una relación dialéctica que sirve para lograr eficazmente los resultados de este material científico:

- **Método teórico jurídico:** Este método será utilizado en el desarrollo de la presente investigación para conocer las variables y categorías jurídicas que exigen ser definidas y explicadas en toda su complejidad, en tanto; serán de constante alusión a lo largo de la investigación. Supone generalizar la diversidad de información y criterios consultados, para obtener los principales fundamentos teóricos de las figuras abordadas y su integración en la investigación; particularmente la autonomía de la voluntad y el régimen económico del matrimonio.
- **Método de análisis histórico:** se empleará para tratar la amplitud que se le ha conferido a la autonomía de la voluntad de los cónyuges para definir el régimen económico de su matrimonio a lo largo de la historia del Derecho de Familia y las tendencias más modernas al respecto. Persigue enfocar y analizar el tema con una visión histórica, encontrando su génesis y proyectándolo en la actualidad con base en el proceso evolutivo característico de las instituciones jurídicas.
- **Método jurídico comparado:** facilitará el estudio de instituciones, principios y reglas en varios sistemas de Derecho. En el caso concreto se concentrará en el análisis de la amplitud de la autonomía de la voluntad de los cónyuges en la disposición del régimen económico del matrimonio en España, Chile y Cuba como Estados que difieren sustancialmente en este sentido. Con ello se persigue propiciar una valoración de nuestra legislación al respecto, que la convierta en instrumento cada vez más eficaz.
- **Exegético:** permitirá el análisis de la eficiencia y eficacia de la norma, así como estudiar su calidad gramatical y si se logra lo que con ella se persigue. Permite al investigador comprobar la correspondencia existente entre la norma jurídica analizada y la realidad socio-económica existente.

La **técnica de investigación** utilizada fue el **análisis de documentos**, que supone desde las Ciencias Jurídicas analizar materiales en soporte papel que se conservan en documentos actuales e históricos referenciales de gran utilidad. La

bibliografía que nos proyectamos utilizar es numerosa, sobre todo aquella que se encuentra a disposición nuestra en digital.

En el desarrollo de la investigación se identifican tres etapas esenciales: la primera corresponde a la búsqueda, recopilación y levantamiento bibliográfico respecto al tema en cuestión; la segunda está relacionada con la confección del diseño de investigación que ha sido fundamento de ésta, con el protagonismo de los autores y su revisión por parte de la tutora y por último la redacción del cuerpo de la tesis.

En cuanto a la estructura: el trabajo consta de un primer capítulo eminentemente teórico denominado: **“Apuntes doctrinales sobre el principio de autonomía de la voluntad y el régimen económico del matrimonio”**. En él se estudia, desde la doctrina y el Derecho comparado, la autonomía de la voluntad y el régimen económico del matrimonio.

El segundo capítulo se ha denominado: **“La autonomía de la voluntad en el régimen económico del matrimonio según el Derecho de Familia comparado. Análisis del caso ecuatoriano”**. En él se analizan los institutos jurídicos que fueron sistematizados en el capítulo I vinculado a la legislación.

Consecuentemente con el problema científico planteado y los objetivos que persigue esta investigación, se obtienen los resultados siguientes:

- ❖ Un material didáctico de estudio y consulta en el que se expone de manera clara, el alcance de la autonomía de la voluntad de los cónyuges en la disposición del régimen económico del matrimonio, a la luz del derecho de familia ecuatoriano. Se incluye doctrina, estudios de Derecho Comparado y reflexiones sobre las limitaciones de orden legal de las que adolece el ordenamiento civil ecuatoriano actual en sede de estos institutos jurídicos, así como análisis aportados por los autores, con la intención de que puedan ser observados por profesionales, estudiantes de Derecho y aquellas personas interesadas en el tema de investigación.

CAPÍTULO I: Apuntes doctrinales sobre el principio de autonomía de la voluntad y el régimen económico del matrimonio.

1. El principio de autonomía de la voluntad.

La idea de libertad individual tiene, en los predios jurídicos, un carácter más restringido y preciso bajo el nombre de principio de la autonomía de la voluntad.⁶ Este postulado, de cuya existencia como institución natural y común de todos los pueblos nos rinde testimonio la historia universal, es el resultado de las elaboraciones de la doctrina civilista francesa de los siglos XVIII y XIX. Desde la promulgación del Código Civil francés que, como una conquista de la revolución, lo consagró implícitamente, este principio ha sido considerado como el que ha alcanzado, en las ramas de Derecho privado, una importancia más marcada que en las otras partes del derecho y que encierra las consecuencias más extensas. En la doctrina Italiana SANCTI ROMANO ha asumido la autonomía como poder de darse un ordenamiento jurídico (noción subjetiva) y como carácter propio de un ordenamiento jurídico que individuos o entidades constituyen ellos mismos.⁷

La autonomía, en términos genéricos, significa autorregulación o autorreglamentación, es decir, es la capacidad que se le reconoce a alguien para autodictarse sus propias normas, con independencia de otra persona.⁸ En un sentido semántico el vocablo autonomía proviene de las voces griegas **nomos** que significa *ley* y **autos**, que es una partícula de términos que se refieren a algo

⁶Autonomía de la voluntad y libertad no son conceptos idénticos. La libertad consiste en la actuación en términos soberanos que una persona tiene reconocida por el ordenamiento; la autonomía adiciona a dicha libertad, un reconocimiento absoluto al acto emanado en ejercicio de dicha libertad. Es decir, es hacer y que esto sea reconocido y eficaz ante los otros, esto es autonomía.

⁷ LACRUZ VERDEJO, José Luis, et. al.: Elementos del Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones, volumen 1, Parte general, Teoría General del Contrato, 3ra. edición, José María Bosch editor S.A., Barcelona, 1994, p. 349.

⁸ DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN: Sistema de Derecho Civil, volumen 1 -Introducción-Derecho de la persona, Autonomía privada. Persona jurídica, 8va. Edición, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1993.

propio o por uno mismo; por lo que puede entenderse que hace referencia etimológicamente a la facultad de las personas de determinarse para sí mismas su propia ley. Si ello alude al poder de dictarse la propia conducta individual estamos hablando de "autonomía de la voluntad", "autonomía privada" o "autonomía de la persona". La autonomía verdaderamente implica la libertad del particular de regir sus asuntos e intereses, de ejercitar los derechos subjetivos que le son reconocidos, de negociar o no en el ámbito jurídico. La autonomía privada no se limita a la inmunidad del particular, sino que incluye el poder del individuo de autodeterminarse, incidiendo sobre la realidad física, económica y jurídica, lo que significa la creación de derechos y obligaciones garantizados y sancionados *ex lege*.⁹

La doctrina mayoritaria coincide en que la autonomía de la voluntad es expresión de un principio más amplio: el de la autonomía de las personas. Este principio tiene un claro carácter metajurídico, y pasa por valoraciones de tipo moral y se refiere, fundamentalmente, a la libertad que, dentro de sus posibilidades, tienen las personas para elegir por sí mismas, aunque las opciones que escojan sean, objetivamente, erróneas.¹⁰

DIEZ-PICAZO y GULLÓN¹¹ la identifican con el nombre de autonomía privada cuando se refiere a la persona, y la conceptúan como el poder de dictarse uno así mismo la ley o el precepto, el poder de gobierno de la propia esfera jurídica, un poder de la persona como realidad eminente. La autonomía privada constituye la posibilidad de autorregularse, la cual se ejercita "estableciendo, disponiendo, gobernando, es un poder de ordenación de la esfera de la vida privada de la persona."¹² Por su parte DE CASTRO¹³ la califica como "el poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de la libertad que le

⁹ RESCIGNO *cit. pos.* ALPA, Guido: Istituzioni di Diritto Privato s. ed., UTET, Torino, 1994, p. 42.

¹⁰ CHARLESWORTH, citado por ANDRADE, Raiza. Ética de la Vida-Ética de la Responsabilidad. En Biotecnología y Propiedad Intelectual. Editorial Livrosca. Caracas. 1999, p. 1.

¹¹ DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN: *Op. Cit.* p. 371.

¹² *Ídem.* nota 104, p. 369.

¹³ DE CASTRO Y BRAVO, Federico: El negocio jurídico. Reimpresión de la segunda tirada de la edición original publicada en 1971, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1991, p. 12.

pertenece como sujeto de derecho, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto a actuación en la vida social". En opinión de GARCÍA MÁYNEZ, la autonomía "es la capacidad de una persona (individual o colectiva), de darse las leyes que han de regir sus actos."¹⁴

Para HERNÁNDEZ GIL, la autonomía de la voluntad puede manifestarse en tres formas: autodecisión, autorregulación y auto-obligación. La libre conclusión o celebración del contrato se refiere a la autodecisión; la posibilidad de las partes de fijar el contenido concreto de cada contrato implica la autorregulación y la fuerza vinculante del contrato equivale a la auto-obligación.¹⁵

La autonomía privada en sentido amplio abarca dos vertientes: el poder atribuido a la voluntad respecto de la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas y el poder de esa voluntad referido al uso, goce, y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos. Ambas fases se han concretado en torno a las figuras más típicas. La primera, entendida también como autonomía privada en sentido estricto (autonomía de la voluntad), referida al negocio jurídico. La segunda, concretada en el ámbito del ejercicio de los derechos subjetivos. El atributo de la voluntad autónoma es la libertad. La autonomía supone, pues, fundamentalmente libertad.¹⁶

El tema de la autonomía privada en sentido amplio o libertad, en contraposición con la heteronomía o subordinación, ofrece puntos comunes, tanto del lado de las personas como desde el de las reglas imperativas que limitan sus poderes.

La autonomía de la voluntad como eje central del derecho privado se ha erigido principio general del Derecho. Ha de tenerse en cuenta que "(...) los principios

¹⁴GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, "Dos temas universitarios", Revista de la Facultad de Derecho de México, México, UNAM, t. XXIX, núm. 114, septiembre-diciembre de 1979, p. 798.

¹⁵ HERNÁNDEZ GIL, Antonio: Obras completas, Madrid, Espasa-Calpe, 1988, t. III, p. 11.

¹⁶La libertad significa libertad natural de obrar de una manera u otra o de no obrar, por lo que será responsable de sus actos. Es precisamente la autonomía de la voluntad la manifestación más clara y rotunda del término libertad.

generales no son normas propiamente dichas, sino ideas capaces de inspirar todo un conjunto normativo y, en tal sentido, su función es completamente distinta de la que desempeña las normas propiamente dichas. Estas ideas, estos principios, deben ser tenidos en cuenta por el juez, no solo cuando pretenden llenar una laguna de la ley, sino también cuando desenvuelven una labor meramente interpretativa, porque las normas concretas únicamente son capaces de manifestar su verdadero sentido a la luz de los principios generales que los inspiraron.”¹⁷

La autonomía de la voluntad responde a un modelo jurídico-normativo, en el que la decisión humana puede liberarse sin ningún tipo de condicionamiento, salvo limitaciones legales. Es imprescindible valorar el alcance de la autonomía de la voluntad en relación con un determinado sistema de relaciones sociales y económicas y no como un principio ideal de libertad concebido *a priori*. El fenómeno sirve solo para ilustrar cómo el ordenamiento jurídico atribuye a los sujetos que concertan negocios una libertad de determinación contenida dentro de límites históricamente cambiantes.

1.1 Dimensiones.

Las dimensiones de la autonomía de la voluntad están determinadas por aquellos espacios donde ella está vinculada a la realidad de la relación jurídica, donde está presente inherentemente en la institución, no ya como un principio general informador del derecho privado, sino manifestándose en el caso concreto. Así se puede ver en un doble aspecto: aquel en que la autonomía se puede ejercitar actuar, proyectar (dimensión positiva) y aquello que limita la autonomía, le pone cotos, restricciones o modificaciones (dimensión negativa).¹⁸

¹⁷ DE CASTRO, Alfonso: Instituciones de Derecho Civil I, 1ra. Edición, Alianza Universidad, Textos, Madrid, 1977, p. 52.

¹⁸ La denominación de dimensión negativa es sólo con fines metodológicos, porque tanto los límites como las limitaciones, en tanto responden a necesidades económicas, ontológicas, éticas y sociales, son también una proyección positiva del interés social.

Este es el par al que se debe hacer referencia cuando se quieran analizar las dimensiones de la autonomía de la voluntad: de un lado es preciso examinar los canales de exteriorización de la autonomía de la voluntad y los supuestos donde se ven concretados los preceptos autónomos de las partes y de otro hay que atender a los límites y las limitaciones que de algún modo afecten o modifiquen lo que por autonomía privada se entiende.

1.1.1 Dimensión positiva.

Los causes de exteriorización de la autonomía privada son aquellos instrumentos o instituciones por medio de los cuales la autonomía de la voluntad se manifiesta, a saber: el patrimonio (incluye la totalidad de los poderes jurídicos otorgados al individuo sobre bienes y relaciones jurídicas de naturaleza económica), el derecho subjetivo (significa la concesión de un poder jurídico sobre bienes de todo tipo y una garantía de libre goce de los mismos) y el negocio jurídico (es el acto por virtud del cual se dicta una reglamentación autónoma para las relaciones jurídicas, o se crean, modifican, o extinguen estas).

El ejercicio *in concreto* de la autonomía de la voluntad se vincula a muchos derechos, entre ellos destacan: los derechos de la personalidad, la autoprotección de las personas, la libertad de testar y asociado al tema que nos ocupa, la redacción de capitulaciones matrimoniales.

1.1.2 Dimensión negativa.

Todo poder, entraña una elemental cuestión de límites, como toda libertad, limita con la libertad de los demás. Implica así la autonomía de la voluntad la cuestión de determinar el rango en que la voluntad puede expresarse y regir a los demás, su esfera de influencia, su marco de actuación, el ámbito en que es autónoma esa voluntad individual.

A priori es dable conceptuar y distinguir los límites y limitaciones a la autonomía de la voluntad. El primero incluye la configuración del poder autónomo, su

demarcación como poder, el espacio dentro del cual tendrá potestades autónomas la voluntad. Las limitaciones provienen del entorno, son extrínsecas al poder autónomo al sujeto.

Los límites son respuestas históricas al omnímoto poder que detentó el individualismo, y a las extralimitaciones que trajo consigo la implementación excesiva de la autonomía de la voluntad. Son puntos de partida mantenidos, cimientos que sintetizan en sí el tracto histórico y que se van aderezando con las peculiaridades de cada tiempo.

Las limitaciones son eventualidades, no siempre efímeras, sino que responden a la reconversión de un determinado estado de cosas. Las limitaciones son más dinámicas y cambiantes, sufren variaciones o mutaciones, pueden desaparecer o renovarse, crecer y hacerse de un perfil definitivo incluso, pero sin llegar a ser parte del negocio, es la impronta de la circunstancia o política en la producción normativa, que incide en el tipo contractual histórico concreto.

Considerando los límites como intrínsecos al negocio han sido sistematizados por la doctrina con las categorías generales de la ley, la moral y el orden público. Formulación bicentenaria que, como todos los casos sujeta al devenir social, no es esencia preestablecida y ha venido transformándose históricamente bajo el hábito de una misma denominación. Estos son límites de carácter negativo, topes, barreras infranqueables. Reflejan el fenómeno de la autonomía privada desde su aspecto de limitación o autolimitación de la ordenación estatal.

Las limitaciones a la autonomía volitiva se derivan de la dinámica económica. Son manifestaciones de la llamada "crisis" o "decadencia" de la autonomía de la voluntad en su sentido individualista. Son determinaciones económicas que prueban las realizaciones normativas de una época dada, afloran como imperativos extrínsecos al negocio contractual, imponiéndole un acomodo propio a designios.

Podemos decir entonces que el término "limitaciones" se toma como un elemento definidor del marco de la libertad negocial en la concreta circunstancia histórica en que nos encontramos.¹⁹

Las limitaciones impuestas al principio de la autonomía de la voluntad han surgido como una respuesta imperiosa a la necesidad de poner cortapisas a las desigualdades, sobre todo patrimoniales, que puedan existir entre los sujetos intervinientes en un acto. Los límites a la autonomía de la voluntad se han dejado de concebir como expresión de una indeseable intervención del Estado para ser entendidos como manifestación positiva de un mismo bien común.

1.2 Límites a la autonomía de la voluntad.

La posibilidad de los sujetos de establecer las relaciones jurídicas que estimen y darles el alcance que deseen no es ilimitada, puesto que ello significaría reconocer sin restricciones el arbitrio humano, lo que impediría el ejercicio conjunto de todos los poderes individuales. Hay que reconocer que la cuestión es bastante confusa, no hay límites claros, precisos y determinados, sino que nos encontramos ante límites difusos que actúan con mayor o menor amplitud dependiendo de cada caso. El Código de Napoleón estableció muy claramente estos límites, que la mayoría de las legislaciones actuales aun preservan: "no se pueden derogar por convenios particulares, las leyes que interesen al orden público y a las buenas costumbres."²⁰

Las partes no pueden alterar la esencia de aquello que pactan, pues de hacerlo no produciría efecto alguno o degeneraría en otro. No pueden tampoco estipular nada que vaya en contra de las prohibiciones legales, el orden público y la moral, tales estipulaciones serían nulas absolutamente por ilicitud de objeto o causa. Estos últimos son límites de la autonomía de la voluntad, pero se aprecian como

¹⁹ PÉREZ GALLARDO, Leonardo B: De la autonomía de la voluntad y sus límites en PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. y otros: Lecturas de Derecho de Obligaciones y Contratos, Editorial Félix Varela, La Habana, 2000. p. 262.

²⁰ DUGUIT, León: Las transformaciones del derecho, Buenos Aires, Heliasta, 1975, p. 194.

verdaderas excepciones y siempre tiene carácter legal. Cuando se admite el uso de este principio, a las leyes se les reconoce un carácter verdaderamente supletorio; por su parte la moral y el orden público son conceptos elásticos que permiten a los tribunales equilibrar el exceso del uso de la libertad.

La ley constituye sin duda el límite más importante a la autonomía de los particulares. Hacemos alusión a las leyes imperativas, aquellas cuya aplicación es obligada, y no admiten ser sustituidas por la voluntad de las partes. En efecto, a tenor de la función constitutiva de relaciones jurídicas, la ley puede prohibir determinados negocios jurídicos o imponer un determinado negocio jurídico. También la ley puede limitar la función reguladora del negocio jurídico, es decir, ya no solo si podemos o no podemos celebrar determinado tipo de negocio, sino también pudiendo establecer directamente las cláusulas que no debe contener o las que debe contener.

En relación con la ley, la autonomía solo es tal en el campo de las leyes dispositivas. La ley prohibitiva es un mandato de abstención.

La moral es también un límite a la autonomía privada, en el sentido de reputar ineficaces los acuerdos que contradigan la moral socialmente aceptada en una comunidad. También se trata en la doctrina como apego a las buenas costumbres entendidas como esos actos reiterados en el tiempo, constantes, uniformes, acatados por todo un medio social, porque son considerados buenos y conformes a la ley.

En tanto la moral que refleja el Derecho es la de la sociedad que lo engendra, este se torna un criterio contingente, por lo que variará de sociedad en sociedad y le corresponderá a cada una definirla. Son evidentes los vínculos de concatenación que tiene la moral con las llamadas buenas costumbres. Estas aparecen en los Códigos como limitantes de la autonomía de la voluntad. En principio las buenas costumbres no son sino una manifestación interna de una moralidad aceptada. Pero aún cuando aparezcan indistintamente consideradas como límites la moral y las buenas costumbres, debe considerarse a la primera como conjunto de

convicciones, en tanto la segunda supone una serie de prácticas o de actos que en aquellas convicciones se positivizan.

Nos encontramos en este caso ante un concepto jurídico indeterminado, al no ser definido generalmente por los ordenamientos jurídicos, por lo que deberá ser llenado por el juez en caso de disputa judicial.

Orden público significa en este ámbito, el conjunto de principios e ideas que inspiran el ordenamiento; las distintas leyes que lo forman, responden a una determinada concepción del orden público; es el diseño de la convivencia social que se desprende del conjunto de las leyes. El orden público es en el derecho moderno "una categoría delimitadora de la autonomía privada."²¹ Se vulnera el orden público cuando, sin quebrantar una norma positiva concreta, sin embargo se contradice algún principio que el ordenamiento contiene. El orden público debe ser entendido como un conjunto flexible de principios religiosos, morales, políticos y económicos, imperantes en determinado medio social y que se consideran indispensables para la conservación de este. En buena lid, es también con frecuencia un concepto jurídico indeterminado que queda a discrecionalidad del juez.

El orden público como limitante a la autonomía volitiva ofrece contornos imprecisos. Es un concepto mediado por el relativismo de la dinámica social y por la multivariedad de propósitos que están implicados en esta noción. Estas mediaciones son tratadas de acorralar mediante la referencia a contenidos concretos o determinados.

El carácter difuso y cambiante de los límites de la autonomía de la voluntad radica en que, tanto el concepto de orden público como el de moral, son variables dependientes de las coordenadas históricas vigentes. De ahí la importancia que asume la judicatura como intérprete o portavoz de las corrientes sociales, políticas o económicas de la época, y de ahí también la inseguridad que reportan estas

²¹ Enciclopedia jurídica básica, t III: Ind-Pro, Madrid, Civitas, 1995, p. 4635.

normas de hechos tan abiertos, expuestos a los no siempre favorables criterios del juzgador.

La autonomía de la voluntad, tanto en las relaciones personales de familia como en cualquier otra rama del derecho (...) es necesariamente la contracara de la noción de orden público, puesto que como es sabido todo aquello que se considera de orden público constituye el límite infranqueable que el derecho opone a lo que las partes decidan voluntariamente en orden a sus particulares intereses (...).²²

2. Régimen económico del matrimonio.

Este tema está vinculado a la necesidad que tiene el Derecho de brindar a quienes se casan una base mínima del ordenamiento económico del hogar por el que se puedan definir las contribuciones del marido y de la mujer para satisfacer las cargas y necesidades de la familia, la incidencia de la unión matrimonial conyugal sobre la propiedad, la administración y la disposición de los bienes integrantes de aquéllos, así como el especial y concreto vínculo de los bienes a las distintas situaciones de responsabilidad.

2.1 Concepto.

Al hacer referencia al régimen económico del matrimonio, aludimos al disciplinamiento que la doctrina y las distintas legislaciones prevén para el régimen de los bienes por razón del casamiento, que algunos autores denominan como “el derecho matrimonial patrimonial” o “régimen matrimonial pecuniario”. Entendidos así hay que decir que los regímenes económicos matrimoniales “forman el

²² MARÍA ASEFF: Lucía. Profesora Titular Ordinaria. Introducción al Derecho e Introducción a la Filosofía y las Ciencias Sociales. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Jueza de Distrito de 1ra. Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral de la ciudad de San Lorenzo. Provincia de Santa Fe. <http://www.dudalegal.cl/autonomia-voluntad-derecho-familia.html> consultado el lunes 6 de diciembre de 2010.

estatuto que regula los intereses pecuniarios de los esposos entre sí y en sus relaciones con los terceros”.²³

Al decir de Carlos LASARTE, “al conjunto de reglas que pretenden afrontar, favoreciendo su resolución, los problemas de índole patrimonial que origine la convivencia matrimonial, o la disolución del matrimonio se le conoce técnicamente con el nombre de régimen económico del matrimonio o régimen económico-matrimonial con independencia de que sean estatuidas por los propios cónyuges - si, como es deseable, se admite legalmente- o de que respondan a un régimen económico-matrimonial pre configurado por el propio legislador”.²⁴

El régimen matrimonial, régimen económico matrimonial o régimen patrimonial del matrimonio es el estatuto jurídico que regula la relación económica en un matrimonio de los cónyuges entre sí y de éstos respecto de terceros.²⁵

La sociedad conyugal está integrada por el conjunto de todos los bienes que sirven de base a la vida económica del matrimonio. La sociedad conyugal puede estar sujeta a diferentes regímenes económicos.²⁶

De este disciplinamiento se tiene conocimiento que la primera manifestación (que subsiste todavía en algunas regiones del planeta) fue la compra de la mujer. Para el Derecho Romano el régimen económico matrimonial no podía ser dispuesto convencionalmente por los cónyuges, sino que estaba previsto por la ley asociado al matrimonio *cum manu* y más tarde relacionado con la institución de la dote.²⁷ Esta institución de la dote se perfecciona técnicamente por la naturaleza del matrimonio *cum manu* (y su pleno desarrollo se produce cuando se extiende el matrimonio *sine manu*) y constituye el símbolo del régimen económico del

²³ PUIG PEÑA, Federico: Tratado de Derecho Civil Español, Tomo II, Vol. 1, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953, p. 262.

²⁴ LASARTE, Carlos: Principios de Derecho Civil I. Parte general y Derecho de la Persona. Tomo I, Oncena Edición, Editorial Marcial Pons, Madrid 2005. p. 160.

²⁵ http://es.wikipedia.org/wiki/Régimen_matrimonial consultado el día 26 de noviembre de 2010.

²⁶ MESA CASTILLO, Olga: *Op. Cit.* p. 16.

²⁷ La dote es la aportación gratuita que la mujer u otra persona en su nombre hacía a su esposo por razón del matrimonio, con el fin de que este lo administrara y con sus frutos ayudarle a subvenir las cargas matrimoniales (*ad sustinenda-onera matrimonii*).

matrimonio romano, que surgió como una reacción al sistema de absorción por el marido, en plena propiedad, de todos los bienes de la mujer.

De este concepto surge como primer principio fundamental, el necesario y adecuado equilibrio de dos categorías de intereses: los de los cónyuges en contraposición a los de los terceros.

En segundo lugar, todo régimen económico del matrimonio debe garantizar como principio rector ineludible, la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, considerando a la vez, que el matrimonio constituye una comunidad de intereses.

2.2 Clasificaciones.

Se ha establecido²⁸ que atendiendo a su origen se pueden encontrar regímenes de carácter convencional o contractual y regímenes de carácter legal o predeterminado. Para ello se toma en consideración si fueron pactados por los esposos o cónyuges o si por el contrario, fueron predeterminados por el legislador.

Atendiendo a sus efectos, los regímenes económicos matrimoniales se dividen en: regímenes de comunidad, regímenes de separación y regímenes de participación.

2.2.1 Por su origen.

Los regímenes de carácter convencional, como su nombre lo indica, son aquellos en los que prima la voluntad de los contrayentes en el momento de la constitución. Ello se concreta a través de la celebración de pactos que se denominan comúnmente capitulaciones matrimoniales, pero que también han sido tratados por la doctrina bajo la denominación de contratos sobre bienes con ocasión del matrimonio o pactos nupciales.

²⁸ CARBAJO GONZÁLEZ, Julio *et. al.*: Régimen Económico Matrimonial, Lección 7, Universidad de Oviedo, Facultad de Derecho. Curso 1984-1985. p. 6 y ss.

Los sistemas convencionales pueden ser: de libertad absoluta o de libertad limitada, relativa o restringida. Esta distinción se hace atendiendo a la mayor o menor libertad de conclusión y de estipulación que se les reconozca a los esposos o cónyuges en su caso.

En cambio, se entiende que un régimen tiene carácter de legal, cuando es la propia ley la que decide qué régimen se aplicara a determinado matrimonio.

Los sistemas legales o predeterminados pueden ser: obligatorios o supletorios; según si el legislador los imponga perentoriamente o determine su aplicación, a falta de pacto en contrario.

2.2.2 Por sus efectos.

En atención a sus efectos, los sistemas económicos matrimoniales se clasifican en: regímenes comunitarios, regímenes separatistas y regímenes de participación.

2.2.2.1 Régimen económico de comunidad.

Sin temor a equivocarnos el régimen económico del matrimonio más generalizado es el denominado sistema de comunidad. Su nota distintiva es que, junto a los bienes propios del marido y de la mujer, existe una masa de bienes gananciales²⁹ formada por todos los bienes adquiridos constante matrimonio a título oneroso o en virtud del trabajo de los cónyuges, así como de las rentas e intereses tanto de los bienes comunes o gananciales como de los bienes propios de cualquiera de ambos cónyuges.

Los regímenes de comunidad, se caracterizan por la existencia de un patrimonio común a ambos cónyuges, patrimonio que no tiene que ser excluyente de posibles patrimonios propios.

²⁹ El término ganancial hace alusión al bien cuya cualidad de propio no puede acreditarse. Mientras que el concepto de ganancia es de matiz económico y resulta de comprar el activo con el pasivo de la comunidad; por tanto solo hay ganancias cuando el activo supera al pasivo y tal resultado solo es posible conocerlo cuando se procede a la liquidación de la sociedad.

La comunidad de los bienes puede organizarse de manera universal si todos los bienes, con independencia de que hayan sido adquiridos antes o después de la celebración del matrimonio y hayan ingresado en el patrimonio de cualquiera de los cónyuges a título oneroso o gratuito, son comunes o puede constituirse de modo parcial o limitada en los casos en que comprende únicamente a concretas categorías de bienes. En este último caso coexisten tres patrimonios distintos: el común, el del marido y el de la esposa, es decir, hay al mismo tiempo bienes que pertenecen al matrimonio y otros que son propiedad exclusiva de cada esposo.

Este tipo de comunidad puede a su vez adoptar múltiples formas:

- Comunidad de bienes muebles: se hacen comunes los bienes muebles, adquiridos tanto onerosa como lucrativamente. Los bienes inmuebles solo son de propiedad particular de cada cónyuge.
- Comunidad de muebles y adquisiciones: se distingue entre los bienes muebles que son comunes tanto al pactar la comunidad como los que se adquieren posteriormente, ya sea la adquisición onerosa o gratuita. Los bienes inmuebles solo son comunes cuando hayan sido adquiridos durante el matrimonio.
- Comunidad de bienes futuros: solo se convierten en bienes comunes los que el matrimonio adquiere a partir de la vigencia del sistema, ya sea la adquisición onerosa o gratuita y sin que la naturaleza mueble o inmueble del bien tenga relevancia. Los bienes anteriores a la vigencia son propios de cada esposo.
- Comunidad de adquisiciones onerosas: los cónyuges tienen la propiedad de los bienes que les pertenecían con anterioridad al matrimonio y la de las adquisiciones que se realicen a título gratuito durante el matrimonio; por lo tanto, solo son comunes las adquisiciones onerosas realizadas por cualquiera de ellos durante la vigencia del régimen. Se consideran también

como adquisiciones onerosas los productos del trabajo y las rentas de los bienes privativos.

2.2.2.2 Régimen económico de separación.

Los regímenes de separación se caracterizan por la ausencia de un patrimonio común a los cónyuges. Existen solo dos patrimonios que son los propios de cada uno de los miembros de la pareja. En este régimen económico impera la regla de que los bienes de los cónyuges no se confunden en una masa común, sino que siguen perteneciendo por separado a aquel de los cónyuges que ya era su titular con anterioridad a la celebración del matrimonio o que lo adquirió constante matrimonio.

Si cada miembro de la pareja conserva las facultades propias de administración y disposición de sus bienes, la separación es absoluta. En otros casos, pese a mantenerse la distinción de la titularidad de los bienes relativa a cada cónyuge, se atribuye la administración al marido.³⁰ Éste es el único miembro de la pareja que cuenta con facultad de administrar, tanto sus bienes como los de la mujer y por ello se suele calificar dicho modelo legal como sistema de separación con administración común (o expresiones equivalentes). Si el marido es quien administra, disfruta u obtiene la propiedad de los bienes de su mujer, todos o parte, y sus propios bienes, para con ellos contribuir al levantamiento de las cargas matrimoniales, se trata entonces del sistema dotal.

En estos sistemas cada cónyuge se reserva para sí el dominio y la gestión de todos sus bienes, por lo cual, los modelos de separación no atienden a profundidad el principio de la unidad de intereses que implica la vida matrimonial y por ello, puede afirmarse que debilitan la conformación de una estructura económica matrimonial. Es así, como la separación de bienes perjudica enormemente al cónyuge que no realiza un trabajo remunerado, generalmente a la mujer.

³⁰ En este caso están países como Suiza.

Al decir de PUIG PEÑA³¹ al realizar precisiones conceptuales en relación al régimen dotal y de separación de bienes, “se objeta, sin embargo, que el régimen dotal no es de necesidad articularlo siempre en un régimen de separación, pues puede perfectamente coincidir con un régimen de comunidad, aparte de que la típica escisión del patrimonio femenino (bienes dotales, bienes parafernales³²) puede no darse si la mujer entrega en dote todos sus bienes careciendo por ende de parafernales.”

Algunos autores, entre ellos el propio PUIG PEÑA, opinan que en su forma pura, el régimen dotal se caracteriza por la segregación del patrimonio de la mujer en dos masas articuladas en un sistema de separación de bienes: los dotales, que la mujer entrega al marido, quién los administra solo como compensación a las cargas, y los parafernales, que son los que la mujer no ha constituido en dote, y a la que corresponde el goce y consiguiente administración.

2.2.2.3 Régimen económico de participación.

El sistema de participación en las ganancias es un sistema mixto entre el de comunidad y el de separación, pues durante la vida de matrimonio funciona como si fuera de separación, pero una vez que se procede a su liquidación, se comporta como un régimen de comunidad en el que los cónyuges tienen derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte. Es una solución ecléctica que consagra hábilmente la comunidad de intereses que implica la vida matrimonial y el respeto a la dignidad e individualidad de cada cónyuge.

Durante la vigencia del régimen de participación, cada cónyuge tiene su patrimonio, conservando el dominio y la gestión de sus bienes. Sin embargo, como este sistema se liquida como un régimen comunitario, se consagran algunas limitaciones en la gestión de bienes durante su vigencia, especialmente,

³¹ *Ob. Cit*, p. 280.

³² Parafernales: *Para*, fuera o al lado de y *pherna*, dote; o sea, bienes propios de la mujer, no incluidos en la dote.

tratándose de aquellos actos de mayor trascendencia económica o de interés familiar.

Es conveniente resaltar muy especialmente que, atendiendo a la forma como se liquidan los sistemas de participación de bienes, se distinguen claramente dos tipos: participación con comunidad diferida³³ y participación con compensación de beneficios o en su modalidad crediticia, denominada también, separación de bienes con compensación de beneficios, régimen de comunidad en valor y participación crediticia.³⁴

3. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y CAPITULACIONES MATRIMONIALES.

Las capitulaciones son un acto o convenio perfeccionado por los futuros contrayentes, con la finalidad de determinar el régimen patrimonial del matrimonio, es decir, es una relación contractual donde la pareja antes de formalizar su relación, fija la forma mediante la cual se regirá la comunidad de bienes durante la unión conyugal.³⁵

Como expusimos *supra*, al definir el régimen económico del matrimonio el legislador puede asumir diversas posiciones que van desde un mandato legal que impone un determinado régimen a los esposos y que está expresamente previsto en la norma sin intervención de la voluntad de los contrayentes, hasta la libertad para elección de los consortes; incluyendo todas las variantes intermedias

³³ Al cesar el régimen, nace una comunidad efímera, limitada en el tiempo, para el sólo efecto de ser dividida entre los cónyuges o entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del cónyuge fallecido.

³⁴ En este caso, no se forma una comunidad al cesar el régimen y en consecuencia, no se dividen los bienes entre los cónyuges o entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del difunto, sino que se procede a un ajuste de cuentas, proceso puramente contable, cuyo resultado dependerá de la extensión de la participación, la cual puede ser universal o limitada.

Efectuado este ajuste de cuentas a través de la comparación de los patrimonios originarios y finales de cada cónyuge, si se genera una diferencia positiva a favor de uno o de ambos cónyuges, procediendo en este último evento una compensación de valores hasta los de menor cuantía, nace un derecho personal o crédito de participación para aquel de los cónyuges que presente una diferencia a su favor.

³⁵ http://es.wikipedia.org/wiki/Régimen_matrimonial consultado el día 26 de noviembre de 2010.

posibles. Este es el punto que define la clasificación de los regímenes económicos atendiendo a su origen.

En el primero de los supuestos la utilidad y necesidad de las capitulaciones matrimoniales quedan casi opacadas y si existieran estas carecen de convenciones o pactos en materia de régimen económico, por lo que su contenido se ve bastante restringido a la hora de regular las relaciones patrimoniales entre los cónyuges; aquí el protagonismo es exclusivo del legislador. Las disposiciones capitulares de los contrayentes se limitan exclusivamente en estos casos a listar las aportaciones en bienes y donaciones que realizan entre sí, al extremo de que cualquier otra manifestación volitiva que hubiera carece de efectos jurídicos teniéndose por no puesta.

Este es un ejemplo palpable de limitación inexorable al principio de autonomía de la voluntad en Derecho de Familia que se manifiesta en la libertad capitular. Además se desconoce el objetivo supremo que históricamente ha caracterizado las capitulaciones, cuyo contenido se minimiza a la fijación de cláusulas de menor alcance para el desenvolvimiento económico del matrimonio. No obstante vale acotar la posición de varios autores cuando exponen la conveniencia de que la ley aniquile la voluntad de los cónyuges e imponga un único sistema a los esposos, para ello arguyen que el legislador es técnicamente más competente que estos, situación que se agudiza mucho más en los casos de inexperiencia marcada por la juventud de los intervinientes.³⁶

De esta manera el legislador, visualizando de manera abstracta la situación y generalizando a todos un régimen previamente estudiado, dispone la organización de los patrimonios de los cónyuges de la forma que le parece más equitativa y práctica. Pero lo cierto es que estos puntos de vista pertenecen al legislador y son convenientes para él, pero no tienen por qué serlo también para gran parte de las parejas que pretenden contraer matrimonio y que encontrarán mutilada la

³⁶ Cfr. PÉREZ GALLARDO, Leonardo B: *Ob. Cit.* p. 235.

posibilidad de disponer de modo distinto el particular en atención a su propia conveniencia.

Tampoco puede considerarse enteramente acertada la elección ecléctica o intermedia que amplía un poco más la autonomía de la voluntad de los cónyuges pero al final la ata a optar entre los regímenes previamente formulados ex lege; o sea que en apariencia existe libertad para los cónyuges pero esta se limita a escoger entre los varios tipos o modelos de regímenes económicos legales. Incluso en los casos que se admita la posibilidad de transformar, modificar y mezclar cada uno de ellos; las capitulaciones matrimoniales seguirían subutilizadas y relegadas a ser una alternativa más y no una solución a los diversos, complejos y controvertidos intereses individuales de la pareja en consonancia con las notas distintivas de su unión. No es posible que en estos casos los cónyuges establezcan un régimen económico distinto concebido por ellos mismos para que sea ese el que rija sus relaciones patrimoniales. El número de sistemas que la ley regula como formulas-tipos son siempre *números cláusus* y no tienen por qué satisfacer en toda su magnitud las demandas económicas de los interesados, ya que los regímenes que estos podrían idear amparados en la iniciativa privada son incalculables e imposibles de agotar por ley. Constreñir a las partes a la elección únicamente dentro de los marcos de los sistemas regulados por ley constituye, evidentemente, una atenuación al principio de autonomía de la voluntad capitular.

Lo anterior no significa que el ordenamiento jurídico no “sugiera” a los que se casan la alternativa de asirse a alguno de los varios sistemas regulados³⁷, los cuales muestran una visión holística del asunto a los cónyuges en cierta manera ignorantes de estos temas, al menos en su sentido técnico. Pero debe quedar claro que en todo caso estaríamos hablando de posibilidades despojadas de toda obligatoriedad. Ello disminuiría los riesgos de que un engendro absurdo y contradictorio de los contrayentes pudiera redundar en su propio perjuicio.

³⁷ Estos sistemas podrían llamarse típicos o nominados y en algunos casos puede que coincidan con los intereses de los cónyuges.

Del otro lado también se esgrime una posición completamente opuesta y radical. A tenor de ella se sostiene que el matrimonio únicamente debe surtir con respecto a los bienes aquellos efectos pactados por los esposos en capitulaciones, de esta manera se propugna la libertad absoluta para escoger cualquier forma del contrato de sociedad, sin regulación legal de sistemas de bienes matrimoniales, lo cual constituye una desestatización exagerada del tema tratado. A juicio nuestro la regulación de los efectos económicos de la sociedad conyugal no puede bajo ningún concepto ignorar lo querido por las partes, sino que debe ser el resultado del consenso entre la voluntad contractual y la *voluntas legislatoris*, por lo que la supremacía sobre cualquiera de los dos extremos debe ser criticada. Lo correcto sería prever la libertad de los cónyuges para disponer el régimen económico de su matrimonio con la consagración de ciertos preceptos legales que se aplican imperativamente sea cual sea el régimen que los rija. Por tanto, ninguno de los dos sistemas (de imposición o libertad irrestricta) de los que hemos hablado se sustenta en una interpretación consecuente con lo que realmente es el principio de autonomía de la voluntad y el modo en que opera en las cuestiones patrimoniales del Derecho de Familia.

Según nuestro criterio, debe reconocerse la libertad de los cónyuges en la disposición de las cuestiones relativas al régimen económico de su matrimonio con una limitante en las estipulaciones imperativas o prohibitivas del Derecho de Familia y el orden público. Al decir de PÉREZ GALLARDO “el sistema que proclama la libertad de pacto nupcial, con la sola limitante del respeto a los principios generales de la contratación, a las normas imperativas del Derecho de Familia y al orden público, es el que verdaderamente defiende, en puridad y con plena justeza, el principio de la autonomía privada y los valores medulares de la familia”.³⁸

En la actualidad es criterio homogéneo en la doctrina que las partes deben ser enteramente libres para determinar sus relaciones patrimoniales en ocasión del matrimonio, y para someterse al régimen que estimen se asemeja más a sus

³⁸ PÉREZ GALLARDO, Leonardo B: Ob. Cit. p. 237.

propios intereses individuales y situaciones particulares, y esta fijación puede ocurrir lo mismo antes que después del vínculo matrimonial y con la posibilidad de modificarlo o sustituirlo siendo novios o ya casados.³⁹

Siguiendo la corriente anteriormente expuesta, no pocos han pensado en la estipulación de la obligatoriedad del otorgamiento de capitulaciones matrimoniales para los contrayentes. Tampoco nos parece que sea esta la manera de concebir el asunto. La obligatoriedad de las capitulaciones atentaría contra la propia naturaleza jurídica de la institución, mutilaría la voluntad primera de las partes de decidir si pactan la manera de organizar patrimonialmente su matrimonio o si sencillamente se acogen al régimen establecido en la norma. Es por ella que esta opción nos parece, ya que al ser convencional supone *prima facie* la libertad de ser concretada o no.

En este tema lo idóneo nos parece que es que las normas otorguen amplia libertad a los capitulantes para que acojan uno de los regímenes tal y como la ley lo admite o con las modificaciones y combinaciones que estimen pertinentes, configurando un régimen patrimonial que podrían denominarse atípico o innominado, sin más limitaciones que las contenidas en el propio Código. El principio de libertad capitular incluye la libertad de concertar el contrato lo mismo antes que después de la constitución del matrimonio, y la posibilidad de modificarlo durante la vigencia del mismo.

³⁹ Al principio las capitulaciones matrimoniales tenían como una de sus principales características la inmutabilidad, que consiste en la imposibilidad de los contrayentes de que el régimen escogido por ellos, o en todo caso, el supletorio legal en ausencia de manifestación de voluntad, pueda ser modificado o sustituido luego de su adopción. La aceptación o no de este principio es lo mismo que la admisión o prohibición de variar el contrato de capitulaciones matrimoniales.

El término mutabilidad en relación con la alternativa de los cónyuges de variar el régimen escogido al momento de celebrar las capitulaciones, es de relativamente reciente utilización y coincide la doctrina en que su configuración es bastante general.

La doctrina clásica ha sustentado la inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales en la garantía del consentimiento libre de los interesados y la oponibilidad frente a terceros que del contrato se deriva y que supone seguridad jurídica; incluso se ha enarbolado el principio de orden público, irrenunciable por naturaleza. Pero estas y otras razones no han resistido la presión de la realidad socio-familiar actual.

Hoy día la respuesta legislativa afianza el criterio de la mutabilidad del régimen económico del matrimonial.

En todo caso la ley debe instituir un régimen económico que actúe para suplir la ausencia total o las deficiencias de un régimen convencional, pactado en capitulaciones, que no prevea en su normativa determinadas situaciones. “Lo cierto es que a todo matrimonio le es inherente una regulación convencional o, en su defecto legal, de sus consecuencias pecuniarias.”⁴⁰

Muy atinado resulta DE LOS MOZOS cuando plantea que: “(...) la regulación patrimonial del matrimonio, tiene que ser autónoma, no puede ser heterónoma, pues ello iría contra la libertad y la libertad (...) se halla en el fundamento de la igualdad. La igualdad jurídica supone en última instancia, la sumisión a unas mismas leyes, para el marido y la mujer y la posibilidad de que los cónyuges establezcan sus propias reglas (...). A partir de ahí debe desarrollarse todo el sistema: libertad del pacto para establecer el régimen, libertad para modificarle, libertad para contratar entre cónyuges, igualdad de derecho y facultades que configuran una idéntica capacidad y, además una misma legitimación actual en general y en relación con el ejercicio de las potestades domésticas, pero igualmente, como contrapunto una misma responsabilidad y una serie de garantías en relación con los terceros.”⁴¹

No obstante la libertad capitular de los esposos, pre y posnupcial no contradice la presencia de limitaciones que en su mayoría se dirigen hacia la licitud del objeto de las capitulaciones; sin obstruir el hecho de que el contrato capitular no se limita a regular el régimen económico del matrimonio, si bien este constituye su fin principal. Aprovechando la oportunidad es común incluir otras disposiciones asociadas al matrimonio que se relacionan con el ámbito familiar de los cónyuges.⁴²

⁴⁰ *Ídem* p. 239.

⁴¹ DE LOS MOZOS, José Luis, cit. pos. María Margarita HELUANI: “Igualdad y equidad entre los sexos y las relaciones económicas en el matrimonio”, p.110-111 en Publicación extraordinaria en adhesión al IX Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de Cuyo, Mendoza, Argentina, 1996.

⁴² Entiéndase pactos sucesorios, acotaciones sobre disolución del matrimonio, divorcio, separación, nulidad, muerte, donaciones de bienes futuros para caso de muerte, mejoras hereditarias, donaciones por razón del matrimonio entre los esposos o liberalidades por los padres, parientes, o

De esto se colige que el contrato capitular comprende un contenido amplísimo y esencialmente patrimonial que puede ser tan abarcador como puede serlo la voluntad de los contrayentes para ordenar sus complejas relaciones económico-familiares.

En lo que concierne a las limitaciones propiamente dichas, las de carácter general se refieren a la prohibición en las capitulaciones de los pactos, cláusulas y condiciones contrarias a la ley, la moral y el orden público. En cuanto a las limitaciones especiales, estas devienen de la propia naturaleza del contrato capitular, incluye las prohibiciones a los pactos contrarios a la naturaleza y fines del matrimonio, como sería el que limitase o suprimiese los derechos u obligaciones de los cónyuges entre sí y para con los hijos. La adopción del régimen dotal entraría también en colisión con el principio de igualdad conyugal, limitando concretamente la capacidad de la mujer. En cuanto a las llamadas limitaciones especialísimas. Estas están denominadas por concepciones histórico-sociales de un país o región en específico, en relación con la forma en que el matrimonio y sus efectos económicos deben ser regulados.

terceros a estos; la enumeración de las aportaciones de bienes hechas por cada cónyuge; así como la realización de otros negocios jurídicos entre estos, todos de carácter patrimonial, y otras disposiciones no patrimoniales como la determinación de la religión en que han de ser educados los hijos cuando los esposos pertenezcan a cultos diferentes

CAPÍTULO II: La autonomía de la voluntad en el régimen económico del matrimonio según el Derecho de Familia comparado. Análisis del caso ecuatoriano.

1. Régimen económico del matrimonio en el Derecho comparado.

El Derecho comparado actual demuestra que han sido sometidos a revisión tanto los puros sistemas de comunidad en sus versiones tradicionales y conservadoras, como los de separación. Se habla del fenómeno de “interpenetración de ambos sistemas” que consiste en sumar la separación necesaria para la efectiva independencia económica de cada cónyuge sobre una base de igualdad de posición jurídica y la comunidad de los productos del trabajo y esfuerzo respectivos, con la consiguiente participación de ambos consortes en los resultados económico-matrimoniales. Un régimen que confiera a éstos un grado de independencia para gobernar sus asuntos y conjugue sus intereses individuales con el familiar, armonizando las prestaciones y aportaciones de cada cónyuge realizadas o por realizar.

1.1 España.

Luego de la reforma del año 1981 al Código Civil español, se recogieron bajo el título de “Disposiciones generales”, en el capítulo primero del Título dedicado al régimen económico matrimonial⁴³, un conjunto de normas imperativas, de las cuales algunas son aplicables en cualquier caso, con independencia del régimen económico matrimonial que disciplina el matrimonio y que garantizan el principio de igualdad conyugal consagrado en el artículo 32.1 de la Constitución española. Tales normas son las básicas e inspiradoras, tanto de los modelos o tipos regulados en el Código, como de cualquier otro sistema patrimonial que, separándose de tales modelos, los cónyuges pueden instituir. A tal conjunto

⁴³ Artículos 1315 al 1324.

normativo se le ha denominado régimen matrimonial primario, expresión procedente de la doctrina francesa y generalizada en España por el profesor LACRUZ BERDEJO.⁴⁴

Según el Código Civil español los matrimonios pueden someter el disciplinamiento de su régimen económico a tres modelos tipos, a saber: régimen de participación, régimen de separación de bienes y régimen de gananciales. El régimen de gananciales es el que se aplica por defecto en los matrimonios salvo que los contrayentes acuerden optar por cualquiera de los otros dos regímenes. En ese caso, es preciso acudir a la notaría para otorgar capitulaciones matrimoniales mediante escrituras.

La tradición y la literatura jurídica española denominan capitulaciones matrimoniales a las escrituras públicas o al documento en que los cónyuges o los futuros cónyuges establecen las normas de carácter patrimonial aplicables al matrimonio; así mismo lo sigue haciendo el artículo 1325 del Código Civil actual. El objeto de las capitulaciones matrimoniales puede ser de manera directa y precisa relativas al régimen económico del matrimonio; pero de forma complementaria puede referirse también a cualesquiera otras disposiciones por razón del matrimonio (regalos o donaciones *propter nuptias*, etc.).

Como puede apreciarse en España es un principio esencial y básico del ordenamiento jurídico, la libertad de elección, determinación y configuración del régimen económico matrimonial por parte de los cónyuges. De tal suerte se reconoce, una vez más, el alcance y lugar de la autonomía de la voluntad para el derecho español. Las normas de regulación patrimonial del matrimonio son cuestiones *inter privatos* y por ello, con mucho acierto, el legislador limita sus disposiciones a declarar que es facultativo de cada pareja adoptar al respecto las medidas que considere oportunas y más adecuadas a sus propios intereses o a su

⁴⁴ Según refiere LASARTE, Carlos: *Op. Cit.* p. 163.

situación patrimonial, a través del otorgamiento de las correspondientes capitulaciones matrimoniales.⁴⁵

Los redactores del mentado Código fueron perfectamente conscientes de que estas regulaciones permisivas de la libertad de estipulación respecto del régimen económico del matrimonio representaba la ruptura de la tradición castellana, que históricamente había impuesto como régimen legal de carácter imperativo la sociedad de gananciales. No obstante asumieron los riesgos y optaron por lo que resultó ser el producto final, sacrificando la tradición castellana al acercamiento a los territorios de Derecho foral en que imperaba la libertad de pacto sobre el régimen económico del matrimonio.

A falta del otorgamiento de capitulaciones matrimoniales y consiguiente silencio de los cónyuges acerca del régimen económico al que someterán su matrimonio, la ley establece que regirá la sociedad de gananciales⁴⁶, en las zonas de aplicación del derecho común; es decir aquellos territorios en los que no hay implantado ningún derecho foral o tradicional especial en la materia.

Solo la compilación vigente en Cataluña⁴⁷ y Baleares establece un régimen por defecto diferente del de gananciales, de modo que los matrimonios contraídos en estas comunidades quedan sometidos por defecto a la aplicación del sistema de separación de bienes. Por su parte en Aragón el régimen por defecto es el que establezcan libremente los cónyuges con apego al principio *standum est chartae*, y ante la ausencia también de este será el de consorciales.

⁴⁵Artículo 1315 del Código Civil español: El régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código.

⁴⁶Artículo 1316 del Código Civil español: A falta de capitulaciones o cuando estas sean ineficaces, el régimen será el de la sociedad de gananciales.

⁴⁷La Compilación de Cataluña prevé el «agermanament» o pacto de «mig per mig», la asociación a compras y mejoras y la «convinença o mitja guanyeria» aplicables en determinadas localidades y territorios por vía convencional capitular.

Como regla general los cónyuges pueden optar a través de las capitulaciones matrimoniales por cambiar el régimen en cualquier momento, tanto de forma previa al matrimonio como a posteriori, optando entre los distintos regímenes.

El motivo para elegir uno u otro régimen económico matrimonial puede variar en dependencia de los sujetos implicados y su entorno. Entre otros pudieran aludirse:

1. La diferencia entre la riqueza e ingresos de los cónyuges en el momento del matrimonio.
2. La existencia de riesgo patrimonial en la profesión de alguno de los cónyuges.
3. La existencia de hijos previos al matrimonio que procedan de relaciones anteriores.

1.2 Chile.

En Chile, de los temas que regula el Código Civil, la materia de la sociedad conyugal ha sido la que más reformas ha sufrido. Dichas reformas han provocado inconsistencias prácticas insalvables al pretender, por un lado, ampliar la participación y capacidad de la mujer y por otro, conservar el principio de una sociedad de bienes administrada por el marido.

De acuerdo a la legislación chilena, en la actualidad es posible encontrar tres regímenes patrimoniales del matrimonio, a saber:

- Sociedad conyugal.
- Separación total de bienes.
- Participación en los gananciales.

Para orientar sobre el tema a las parejas que contraen matrimonio, en las oficinas del Servicio de Registro Civil se entregan cartillas informativas en las que se describen las principales características de estos tres regímenes. La sociedad

conyugal, que es el sistema más comúnmente elegido por los matrimonios chilenos, es el sistema supletorio que prevé la legislación, es decir, si los contrayentes nada dicen en el acto del matrimonio, se entenderá que optan por la sociedad conyugal. De esta forma si lo que se busca es la separación de bienes o la participación en los gananciales, deberán pactarlo expresamente, señalándose al funcionario competente que oficie la ceremonia civil.

El régimen de participación en los gananciales teóricamente se podría considerar como el mejor concebido ya que recoge el principio de igualdad ante la ley, por lo que el bajo número de matrimonios que se casa por esta modalidad respondería al desconocimiento que existe desde su entrada en vigencia desde 1994.

La característica fundamental de la sociedad conyugal que concibe la legislación chilena está dada por el hecho de que es el marido el que normalmente administra tanto sus bienes propios, como los bienes sociales e incluso los bienes propios de la mujer. El marido los administra con una amplísima libertad, sin tener que rendir cuenta de su gestión. Tan solo ve limitada su capacidad de administración por el hecho de exigirle la ley contar con la autorización de la mujer, o de la justicia en subsidio, para poder gravar, enajenar, prometer gravar o enajenar bienes raíces sociales o de la mujer, arrendarlos por lapsos largos, ceder los derechos hereditarios de la mujer, entre otras.

Como consecuencia de ser el marido el que administra los bienes sociales y los de la mujer, la Ley prohíbe, con algunas excepciones, la contratación entre los cónyuges. De esta forma los esposos no podrán celebrar sociedades civiles o comerciales entre ellos, no podrán celebrar compraventas, permutas, arrendamientos, donaciones y una gran gama de actos y contratos.

No obstante, la mujer que trabaja independientemente de su cónyuge, administrará con plenas facultades y sin ninguna injerencia del marido los bienes que sean fruto de su trabajo (remuneraciones, sueldos, etc.) y los que con este dinero adquiera; los puede enajenar, gravar, etc. Cuando actúa dentro de este patrimonio (comúnmente llamado patrimonio del artículo 150) no obliga los bienes

sociales ni los del marido, salvo cuando éste se haya constituido en fiador o codeudor solidario. Tal como dice el Código Civil, se le considera separada de bienes respecto del ejercicio de este empleo o profesión.

El régimen de separación de bienes constituye la antítesis de la sociedad conyugal. De esta forma cada cónyuge responde de sus propias obligaciones. En todo caso, los cónyuges casados bajo este régimen deberán proveer a las necesidades de la familia común en proporción a sus facultades.

Como expresamos supra, la ley estima que los contrayentes optan por la sociedad conyugal, a menos que pacten expresamente la separación de bienes o la participación en los gananciales. La separación total de bienes puede acordarse tanto antes como en el acto mismo del matrimonio. Además si los cónyuges han pactado la sociedad conyugal o la participación en los gananciales, pueden en cualquier momento ponerle término acordando la separación de bienes. La separación de bienes puede también decretarse por sentencia judicial, en los casos que señala la ley, como por ejemplo, en caso de separación de hecho de los cónyuges, en caso de insolvencia o administración fraudulenta del marido, etc.

El régimen de participación en los gananciales fue creado por la Ley 19.335 de septiembre de 1994. Este régimen beneficia al cónyuge que perciba menos ingresos durante su vigencia o que no los reciba en absoluto, haciendo nacer en su favor un crédito por la mitad de los excedentes de gananciales del cónyuge más favorecido. En este régimen cada cónyuge administra libre e independientemente sus bienes, con una excepción. En consideración a que eventualmente se originará un crédito de gananciales a favor del otro cónyuge, ninguno podrá otorgar garantías personales, como ser fiador, aval o codeudor solidario, respecto de obligaciones de terceros sin el consentimiento del otro cónyuge.

Al igual que en la separación total de bienes, en este régimen ambos cónyuges deben concurrir a los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos, en proporción a sus facultades.

La participación en los gananciales se puede pactar tanto antes del matrimonio como en el acto mismo. Además los cónyuges pueden, voluntariamente, durante la vigencia del matrimonio, sustituir la sociedad conyugal o la separación total de bienes (cuando esta ha sido pactada antes o en el acto mismo del matrimonio) por la participación en los gananciales.

1.3 Cuba.

Cuba es uno de los pocos países latinoamericanos que cuenta con un Código de Familia, vigente desde 1975. Antes de esa fecha las relaciones familiares eran reguladas por el Código Civil español de 1888, que se había hecho extensivo a la Isla en 1889, cuando esta era colonia de España. Por ello antes de la promulgación del Código de Familia de 1975, las regulaciones del régimen económico del matrimonio en Cuba coincidían con las establecidas en el Código Civil español, pero sin las sucesivas actualizaciones que hacía este país a su norma civil.

El Código de Familia cubano autoriza un único régimen económico para el matrimonio⁴⁸, al que denomina comunidad matrimonial de bienes, que existe desde el momento en que se declare judicialmente que inició la unión matrimonial no formalizada o se formalice el matrimonio ante notario público o registrador del estado civil. Las disposiciones relativas al régimen económico matrimonial se encuentran en el mentado cuerpo legal en los artículos del 29 al 42, refiriendo las cargas, obligaciones y administración de la comunidad matrimonial de bienes, así como a la disolución y liquidación de esta.

Atendiendo a los criterios de clasificación expuestos *supra*⁴⁹, hay que decir que estamos ante un régimen matrimonial legal y obligatorio, ya que la ley no da la posibilidad a los cónyuges de pactar o determinar libremente la constitución del régimen al que quieren someter las relaciones patrimoniales de su matrimonio.

⁴⁸ Artículo 29 del Código Civil cubano.

⁴⁹ *Vid.* Capítulo I. Epígrafe 2.2.

Según sus efectos nos encontramos ante una comunidad parcial o limitada de adquisiciones onerosas.

Lo anterior no significa que todos los bienes adquiridos antes, durante o después del matrimonio son considerados bienes comunes. Para ello el Código de Familia define en sus artículos 30 y 32 cuales serán los bienes comunes y los bienes propios. Así recoge en el artículo 31 el principio de presunción de comunidad al establecer que se reputarán comunes los bienes de los cónyuges mientras no se prueba que son propios de uno solo de ellos.

Al explicar la naturaleza jurídica de la comunidad matrimonial de bienes, la doctrina familista cubana, encabezada por la Dra. MESA CASTILLO ha concluido que estamos ante una comunidad sin cuotas o en mano común, comunidad que constituye un patrimonio independiente del de los propios cónyuges pero que no tiene personalidad jurídica propia y que solo puede constituirse entre marido y mujer.⁵⁰

La administración de la comunidad corresponde a ambos cónyuges indistintamente, cualquiera de ellos podrá realizar los actos de administración y adquirir los bienes que por su naturaleza estén destinados al uso o al consumo ordinario de la familia. Los actos de dominio sobre los bienes comunes requieren el consentimiento de la mujer y del marido, ninguno de los cónyuges podrá hacer actos de dominio en relación con los bienes de la comunidad sin el previo consentimiento del otro.

Prevé además el Código de Familia que la comunidad matrimonial de bienes termina por la extinción de matrimonio y los bienes comunes se dividirán por mitad entre los cónyuges o entre el sobreviviente y los herederos en caso de muerte de uno de los esposos, si el vínculo matrimonial se extingue por nulidad, el cónyuge que obró de mala fe no tendrá participación en los bienes de la comunidad. La liquidación de la comunidad puede hacerse de común acuerdo o por sentencia

⁵⁰ Cfr. MESA CASTILLO, Olga: *Op. Cit.* p. 35.

judicial. En este último caso, puede disponerse que determinados bienes domésticos necesarios para la educación y desarrollo de los hijos sean adjudicados al cónyuge que tendrá su guarda y cuidado, lo que tiene efectos similares a la institución del patrimonio familiar.

Al abordar temas legales de familia en Cuba, se ha hecho obligado hacer referencia al proyecto de Código de Familia en el que se viene trabajando desde la década de los noventa del pasado siglo. Esto convierte a la normativa en la de más largo *iter* legislativo de la historia cubana. En relación con el tema tratado hay que decir que las modificaciones no son alarmantes, en la Exposición de Motivos no se hace referencia a cambio alguno al respecto y se ratifica un único régimen matrimonial de bienes, el Comunitario; o sea, se obvia nuevamente la voluntad de los cónyuges, siendo impuesto un único y forzoso régimen legal obligatorio

De modo que el artículo 29 del Código de Familia cubano al reconocer un único régimen económico matrimonial, obvia la posibilidad de que los cónyuges puedan elegir otros regímenes como el separatista o de participación, lo que se contradice con lo planteado en el artículo 2 del propio Código al conceptuarse el matrimonio como la unión voluntariamente concertada entre un hombre y una mujer con aptitud legal para ello, a fin de hacer vida en común.

2. Regulación del régimen económico del matrimonio en Ecuador.

2.1 Antecedentes.

Antes del año 1936 y las reformas civiles que con él vinieron, la mujer casada necesitaba de decreto judicial, con conocimiento de causa, que la autorizara para proceder a la enajenación de bienes raíces de la sociedad conyugal. En ese año es reformado el Código Civil mediante DS # 279, dictado por el General Federico Páez, y pasa a ser requisito necesario para la enajenación o hipoteca de los bienes que el marido tenga que restituir en especies, si son raíces, la comparecencia conjunta de los cónyuges. No perdamos de vista que en Ecuador,

como en muchos otros países, la mujer en aquellos años era una persona sometida a la potestad marital⁵¹, cuando era casado, como vía para suplir la relativa incapacidad que le era atribuida.

Luego en 1970, la Comisión Legislativa Permanente, realiza también algunas reformas al Código Civil, que fueron publicadas en el Registro Oficial # 446 del 4 de junio de 1970. Resultado de estas modificaciones lo fue, entre otras cosas, la eliminación de la obsoleta potestad marital a través de la supresión del artículo 156. Así se instituye que el marido debe contar expresamente con la intervención o el consentimiento de la mujer, no solo para la enajenación o hipoteca de bienes raíces, sino para constituir cualquier gravamen real o derecho real sobre bienes inmuebles pertenecientes a la sociedad conyugal, entendiéndose usufructos, usos, derechos de habitación o servidumbre. Además se establece la prohibición al marido de arrendar los predios urbanos y rústicos sin la autorización de su mujer, por más de cinco años los primeros y más de ocho años los segundos. Se incluye también en este grupo de reformas la que suprime al marido las facultades para administrar los bienes propios de la mujer.

Sin embargo se conservó cierto señorío y sujeción de la mujer a su marido y así lo demuestra el artículo 157 que disponía que el marido tenía el derecho para obligar a la mujer a vivir con él y a seguirle donde quiera que trasladase su residencia. Esta disposición fue recientemente reformulada el 18 de agosto de 1989.

Antes de 1970 y según el artículo 160 se constreñía a la mujer casada a llevar la autorización del marido para comparecer en juicio, tanto en la posición de actora como en la de demandada y por regulación del artículo 161, tampoco podía, sin autorización de su cónyuge celebrar contrato alguno, ni desistir de un contrato anterior, ni remitir una deuda, ni aceptar o repudiar una donación, herencia o legado, ni adquirir a título alguno oneroso o lucrativo, ni enajenar, hipotecar o

⁵¹ Conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de la mujer. Se recogía en el artículo 156 del Código Civil, codificado el 2 de diciembre de 1959.

empeñar. Por su parte el artículo 175 establecía *numerus clausus* reglas de excepción a este régimen en cuatro casos: si la mujer ejercía una profesión, industria u oficio; si existía separación conyugal judicialmente autorizada, o en el caso de separación parcial de bienes o de exclusión de bienes.

Con las reformas del 4 de junio de 1970 las limitaciones de los artículos 160 y 161 fueron suprimidas y se confiere al marido potestad para que, no obstante tener la administración ordinaria de la sociedad conyugal, autorice a la mujer para realizar actos relativos a tal administración y se deja sin efecto también la separación de bienes y la exclusión de bienes, al suprimirse lo establecido en el artículo 175.

Ciertamente las reformas introducidas en el Código Civil en el año 70, mejoran la situación jurídica de las féminas; pues es válido reconocer que antes de esa fecha en el ámbito legal no gozaban de autonomía alguna, para no llegar a consideraciones extremas de su posición.

No conforme todavía con las conquistas alcanzadas para su sexo, a partir del año 1970 comienza en el Ecuador una ardua lucha por parte de la mujer para obtener una igualdad de derechos con respecto al hombre y, concretamente, para equiparlos en cuanto a la administración y disposición de los bienes de la sociedad conyugal.

Finalmente, el Congreso Nacional dicta la Ley 43, reformatoria del Código Civil, publicada en el suplemento del Registro Oficial # 256, el 18 de agosto 1989. Entre las múltiples modificaciones introducidas figuran aquellas relativas a la administración ordinaria y extraordinaria de la sociedad conyugal y a la disposición y gravámenes de los bienes de ésta. Posteriormente, el 2 de agosto de 1990 se publicó la Ley 88, reformatoria de la mencionada Ley 43. Es a partir de esta fecha que la mujer se considera perfectamente capaz para contratar por sí sola y por tanto no tiene sentido discutir sobre la administración y disposición de los bienes propios de la mujer. De otro lado, en la legislación ecuatoriana, según la Ley N° 115, publicada en diciembre de 1982, y en concordancia con el artículo 23 de la Constitución Política del Estado, se creó la unión de hecho, por la cual un hombre

y una mujer, ambos solteros, unidos por más de dos años, contraen una sociedad de bienes, que se regula por las mismas disposiciones establecidas para el régimen de la sociedad conyugal. No obstante, esta figura presenta una serie de peculiaridades en sede de régimen patrimonial del matrimonio, que serán objeto de análisis más adelante.

2.2 Características.

En Ecuador la forma de legalizar la unión de las parejas que se juntan con el propósito de emprender una vida común y de procrear hijos, es mediante la celebración de un contrato denominado matrimonio.⁵²

Según el artículo 137 si el matrimonio se contrajo con apego a las leyes ecuatorianas se da origen a una sociedad de bienes o de gananciales. Si el vínculo se formaliza en el extranjero solo se reputará que existe sociedad de bienes si esta existía en las leyes bajo las que se casaron. Para el Derecho ecuatoriano la sociedad conyugal no es una persona jurídica, sino más bien una institución de tipo *sui-generis*, cuya administración corresponde al marido, o a la mujer, o a ambos, según los casos.

Se considerarán parte de la sociedad conyugal: los salarios y emolumentos provenientes de cualquier empleo y oficio, devengados durante el matrimonio; los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucro de cualquiera naturaleza, que provengan de los bienes sociales o de los bienes propios de cada uno de los cónyuges, y que se devenguen durante el matrimonio; el dinero que cualquiera

⁵² Para el legislador ecuatoriano, el matrimonio es un contrato o convención, si bien que, en la doctrina, hay muchos que afirman que es un contrato solo en la forma, y en el fondo una institución: otros, como Planiol y Ripert, sostienen que es un contrato y una institución; y, otros, avanzan a una teoría ecléctica, como Bonnacasse, para quien "Con el término matrimonio se distinguen dos cosas muy diferentes: a) La institución del matrimonio, esto es, el conjunto de reglas que presiden en el derecho positivo la organización social de la unión de los sexos; b) El acto jurídico de futuros esposos a la institución del matrimonio." MURRLETA, Katia: El régimen patrimonial de la sociedad conyugal en Ecuador. Consultado el lunes 6 de diciembre de 2010 en http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=323&Itemid=63

de los cónyuges aportare a la sociedad, o durante ella adquiriere, obligándose la sociedad a la restitución de igual suma; las cosas fungibles y especies muebles que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante él adquiriere, quedando obligada la sociedad a restituir el valor que tuvieron al tiempo del aporte o de la adquisición; y todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio, a título oneroso.

No son parte del haber social: el inmueble que fuere debidamente subrogado a otro inmueble propio de alguno de los cónyuges; las cosas compradas con valores propios de uno de los cónyuges, destinadas a ello en las capitulaciones matrimoniales o en una donación por causa de matrimonio; y todos los aumentos materiales que acrecen a cualquiera especie de uno de los cónyuges, formando un mismo cuerpo con ella, por aluvión, edificación, plantación o cualquiera otra causa.

Se presumirá que pertenecen a la sociedad conyugal toda cantidad de dinero y de cosas fungibles, todas las especies, créditos, derechos y acciones que existieren en poder de cualquiera de los cónyuges al tiempo de disolverse la sociedad. Esta presunción no se destruye por la declaración de uno de los cónyuges, ni la confesión de la otra parte, ni ambas juntas, aunque se hagan con juramento. Sin embargo, se mirarán como pertenecientes a cada cónyuge, sus vestidos, y todos los muebles de su uso personal necesario.

La administración de la sociedad conyugal puede ser ordinaria o extraordinaria. En el primer caso y a tenor del artículo 180 cualquiera de los cónyuges tendrá la administración de la sociedad conyugal, por acuerdo establecido en el acta matrimonial o en las capitulaciones matrimoniales, presumiéndose que, en caso de que no hubiere tal acuerdo, el administrador es el marido. Este artículo se complementa con el 138 que permite la autorización del cónyuge que tiene la administración al otro para que realice actos de tal administración. Dicha autorización requiere la forma escrita si recae sobre bienes raíces.

En cuanto a la disposición, sí es un requisito para realizar tales actos el consentimiento de ambos cónyuges, que adopta la forma de autorización del que no tiene la administración al que si la tiene, so pena de nulidad relativa del acto que se realiza. En este caso también se encuentran los actos que consistan en limitación, constitución de gravámenes de los bienes inmuebles, de vehículos a motor y de las acciones y participaciones mercantiles que pertenezcan a la sociedad conyugal (ver artículo 181 del Código Civil ecuatoriano). No obstante, la imposibilidad del cónyuge que debe aportar su autorización para realizar los actos anteriormente mencionados, puede ser suplida por la autorización judicial.

En cuanto a la administración extraordinaria, se da en el caso de ausencia de uno de los cónyuges por más de tres años sin comunicación con su familia. En estos casos el otro cónyuge tendrá la administración de los bienes, pudiendo ejecutar por sí solo los actos inherentes a la administración, los cuales obligan a los bienes de la sociedad conyugal. En este caso se confía, no solo la administración, sino también la disposición de los mismos, y todos aquellos actos para los cuales se necesita la autorización del otro cónyuge. Naturalmente que, para los efectos prácticos, no basta la sola afirmación de una persona. Es necesaria que dicha afirmación sea ratificada ante un juez de lo civil, mediante la respectiva información sumaria.

La sociedad conyugal puede disolverse en cualquier momento y a petición de cualquiera de los cónyuges o de ambos presentada ante un juez de lo civil.⁵³ Su trámite es sumarísimo (ver anexo 2). Cabe recalcar que el matrimonio puede subsistir aunque se haya realizado la disolución de la sociedad conyugal, es decir que este proceso puede darse durante el matrimonio (ver artículos 189.3 y 221 del Código Civil ecuatoriano). Para poder efectuar la disolución de la sociedad conyugal es necesario que se realice un inventario y tasación de los bienes que formaron parte de dicha sociedad conyugal, para realizar la liquidación de los mismos.

⁵³ Artículos 194 numeral 4 y 236 del Código Civil y 829 del Código de Procedimiento Civil.

En cuanto a las uniones de hecho, la ley civil les reconoce los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio, inclusive en lo relativo a la sociedad conyugal. Tienen derecho a gananciales. En Ecuador ser miembro de una unión de hecho legalmente reconocida, es gozar de un status similar al matrimonio.

En el caso de que la pareja quiera estipular otro régimen económico distinto al de la sociedad de bienes deberá constar en escritura pública. Si los convivientes se casan la sociedad de bienes seguirá como sociedad conyugal.

2.3 Principios.

Los principios que informan la sociedad de bienes en Ecuador son muy parecidos a los que rigen la sociedad de gananciales en el Derecho español; teniendo en cuenta que, en su esencia, ambos regímenes son similares. Una lectura de los preceptos del Código Civil ecuatoriano permite enumerar algunos de estos principios que tienen, por lo general, un reconocimiento normativo. Dentro de ellos podemos citar:

- Principio de onerosidad: partiendo de que la sociedad de bienes es una comunidad matrimonial parcial de adquisiciones onerosas, la misma la integran los bienes que por ese título se adquieren constante matrimonio, así como frutos y rentas derivados de los mismos. Este principio se hace evidente en todo lo dispuesto en el artículo 157 del Código Civil ecuatoriano y de manera muy especial en el numeral 5. *A contrario sensu* se pueden mencionar entonces los artículos 158 y 164 que refieren la naturaleza jurídica de las adquisiciones que se hagan a título lucrativo.
- Principio de subrogación real: este principio tiende a conservar íntegro un patrimonio a través de los actos consecutivos de disposición que lo afectan (*res succedit in locum pretii et pretium in locum rei*). Quiere decir que el cambio o sustitución de un bien por otro implica que el nuevo conserve la misma naturaleza del bien por el que fue sustituido o cambiado. La

expresión normativa de este principio lo encontramos en el Código Civil ecuatoriano en los artículos 159 numerales 1 y 2, 165 y en el artículo 166; los cuales describen cuestiones de forma y procedimiento para proceder a la subrogación.

- Principio del reconocimiento del derecho al reembolso: en virtud de este principio se plantea que corresponde deducir el importe de lo que es propio de cada cónyuge y por tanto corre a su cargo y lo que es soportado por el caudal común. A juicio nuestro, este es uno de los principios que más se hace notar a lo largo de la normativa civil ecuatoriana; por lo que solo es posible ejemplificar con algunos artículos, pero no pretendemos citar todos aquellos preceptos que de alguna manera lo enuncian. Esto pasa por ser un cuerpo legal que protege a ultranza el patrimonio individual de las personas. Así, podemos encontrarlo en el artículo 157 numerales 3 y 4 cuando se impone a la sociedad conyugal el deber de restituir el valor de los bienes que en esos casos se aportan. También es muy marcada su presencia en el artículo 166 que dispone el deber recíproco de la sociedad conyugal o el cónyuge subrogado, en dependencia del caso en cuestión, de pagar el exceso del precio de venta del bien que se subrogó. Otros artículos que se apegan a este principio lo son el 171, 172, 147, etc.
- Principio de igualdad relativa de administración: los cónyuges son los administradores de los bienes de la sociedad conyugal que han conformado y en virtud del artículo 140 del Código Civil ecuatoriano cualquiera de ellos puede administrar, de manera ordinaria el patrimonio común, previo acuerdo entre las partes. *A priori* pudiera pensarse que se recoge sin escollos el principio de igualdad de administración, en tanto es igualitaria la posibilidad de constituirse administrador por consentimiento mutuo. Sin embargo, el artículo 180 relativiza esta igualdad primaria al disponer que ante la falta de pronunciamiento de las partes acerca de quién será el administrador, la presunción favorece al marido. Quiere esto decir que el legislador evidencia parcialidad por el sexo masculino, sin que

esto signifique que la posición opuesta fuese la correcta; pero al menos debió defenderse una administración conjunta ante la falta de designación del administrador, en cuyo caso si estaríamos realmente ante una igualdad de disposición absoluta.

En cuanto a la disposición de los bienes, hay que reconocer que en este caso el legislador del Código Civil ecuatoriano si asumió una posición más consecuente y equilibrada; por cuanto exige la autorización del cónyuge que no tiene la administración al que si la tiene para que realice tales actos, so pena de nulidad relativa. Cuando tal autorización es imposible de obtener, se acude a la vía jurisdiccional, pero no se refuerza la decisión de un solo cónyuge.

- Principio de presunción de comunidad: el carácter de común de los bienes se presume mientras que no se pruebe que son propios, es decir, el *onus probandi* corresponda a quién pretenda adjudicar el carácter de propio a algún bien. En el artículo 170 encontramos la consagración normativa a tal principio de manera bastante restrictiva, pues ni siquiera la manifestación de voluntad de los cónyuges, justificando el carácter de propio de los bienes, es prueba suficiente para concederle tal carácter. Esto evidencia el carácter *erga omnes* y prohibitivo de las normas de Derecho de Familia.

3. La autonomía de la voluntad en el régimen económico del matrimonio en Ecuador.

Como analizamos en el Capítulo I, el principio de autonomía de la voluntad toma ciertos matices en sede de Derecho de Familia. Particularmente en el régimen económico del matrimonio su incidencia primera está en la posibilidad que tienen los cónyuges de decidir qué régimen jurídico disciplinará el contenido patrimonial de su relación conyugal. Estas disposiciones se realizan en las ya tratadas capitulaciones patrimoniales. En relación con este tema es sabido que en Ecuador, existe la posibilidad de que los cónyuges pacten capitulaciones

matrimoniales, pero estas parecen operar de manera diferente a como lo hacen en las legislaciones foráneas.

En la mayoría de los países donde existe autonomía de la voluntad para pactar el régimen económico del matrimonio mediante capitulaciones matrimoniales, y de los que escogimos como modelo a España, se parte de lo querido y expresado por los cónyuges o futuros cónyuges en tal documento. De ahí, el legislador realiza una serie de regulaciones vinculadas a los diferentes regímenes económicos tradicionalmente existentes y que con más frecuencia escogen las partes, para suplir aquellas deficiencias o lagunas no previstas en capitulaciones cuando fuera uno de esos el régimen escogido. Además se establece un régimen primario o régimen legal supletorio que operará en lo no capitulado o frente a la ineficacia de estas.

En este sentido, el Código Civil ecuatoriano parece partir de la idea de la constitución de la sociedad de bienes entre los cónyuges una vez que se contrae matrimonio. De modo que el artículo 139, uno de los primeros en el Título "Obligaciones y Derechos entre los cónyuges", induce a pensar que existe un régimen legal al que se deben acoger todos los matrimonios en Ecuador. Más adelante el artículo 153 flexibiliza tal consideración, estableciendo que la sociedad conyugal tal y como la concibe el Título V del Libro I, solo operara a falta de pacto escrito. Quiere esto decir que pudiera existir pacto escrito que mantenga el régimen económico de comunidad pero variando las regulaciones legalmente establecidas.

No obstante, la norma exige una interpretación integradora, lógica y sistémica para definir su alcance. Así, seguimos con el artículo 152 del Código Civil, que establece el contenido de las capitulaciones matrimoniales. La lectura de este precepto sugiere la existencia de una sociedad de bienes a la que se le hacen "arreglos" o variaciones. Nótese con qué claridad los numerales 1, 3, 4 y 5 de manera expresa o tácita aluden a la existencia de una sociedad de bienes.

Por otra parte, el artículo 216 alude a la manera en que se procederá a la administración de los bienes que fueron separados por capitulaciones matrimoniales. Como puede apreciarse y así se demuestra en la letra del artículo, lo que ha dejado de ser común, como resultado de la separación, es la administración misma del bien pero no su condición o naturaleza jurídica. Además esto parece ser una situación excepcional, que se reflejará expresamente y que solo implicará a “alguna parte de los bienes”, existiendo siempre otra parte que continuará siendo común a ambos cónyuges.

Continuando con este análisis hermenéutico, véase que la normativa civil no cuenta con regulación alguna de otro régimen económico del matrimonio, ni siquiera el de separación de bienes o participación en las ganancias que son los más comunes. Escasamente se hacen algunas referencias al régimen de separación de bienes, sobre todo en los artículos 215 y 216. Dicha cuestión dota de total atipicidad a cualquier otro régimen económico del matrimonio que pretendan acoger los cónyuges diferente al de sociedad de bienes, comunidad matrimonial de bienes, sociedad de gananciales (o como se decida llamar) y refuerza el criterio de que, en Ecuador, la sociedad de bienes es un punto de partida que puede ser variado por capitulaciones matrimoniales, pero que siempre conservará alguna esfera de actuación en las cuestiones patrimoniales del matrimonio.

El régimen económico del matrimonio, cuando es comunitario es, sobre todo, consecuencia legal de un estado civil, el de casado. De tal suerte, queda invertido el orden tradicional que debe existir entre las capitulaciones matrimoniales y el régimen económico del matrimonio establecido por ley. Comúnmente las primeras anteceden al segundo, pero en el caso de Ecuador se dispone como régimen patrimonial del matrimonio el de sociedad de bienes, quedando las capitulaciones matrimoniales relegadas a un segundo plano y simplificándose su función exclusivamente a realizar variaciones a partir de lo reconocido por la normativa civil.

Muy peculiar es esta misma situación en los casos de uniones de hecho. Aquí se otorga a los cónyuges el derecho de acogerse también a la sociedad conyugal (artículo 22 del Código Civil ecuatoriano); incluso si se decidiese constituir un patrimonio familiar, se aclara que los bienes que queden excluidos seguirán bajo el régimen de sociedad (artículo 226 del Código Civil ecuatoriano). Otros artículos como el 227, 229 y 230 se pronuncian acerca del funcionamiento de la sociedad de bienes en las uniones de hecho. Pero, a diferencia de lo establecido para los casos de matrimonio, aquí encontramos un artículo 224 que establece la posibilidad de pactar un régimen económico alternativo. En virtud de este precepto basta con hacer constar en escritura pública el deseo de acogerse a otro régimen económico para que sea posible. De modo que lo que tan complejamente se regula para el caso del matrimonio, con las deficiencias señaladas *supra*, queda completamente simplificado en las uniones de hecho.

Además de la posibilidad para escoger el régimen económico al que someterán su matrimonio, otros espacios donde se evidencia la autonomía de la voluntad de los cónyuges es en la redacción misma de las capitulaciones y al otorgarse donaciones en ocasión del matrimonio. Dada la autonomía de tales figuras, las trataremos a continuación de manera independiente.

3.1 Las capitulaciones matrimoniales.

Las capitulaciones matrimoniales son acuerdos que adoptan los cónyuges o los futuros cónyuges acerca de cuestiones patrimoniales de su matrimonio. La doctrina mayoritaria defiende el carácter contractual de las capitulaciones matrimoniales, tesis que, a nuestro juicio, nos parece muy acertada a tenor de lo que establece el artículo 150 del Código Civil ecuatoriano en relación con el artículo 1454. El primero le confiere la condición de convención y el segundo utiliza indistintamente este término y el de contrato.

El artículo 150 fue el resultado de la modificación del artículo 149 por la Ley 43 publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 256, del 18 de Agosto de 1989. De esta manera nuestra legislación contiene un precepto que se dedica

exclusivamente a definir qué entender por capitulaciones matrimoniales. En virtud de este artículo se puede capitular en cualquier momento: antes, en el momento o después de la celebración del matrimonio. Por otra parte, estas capitulaciones podrán ser revocadas y modificadas, en cualquier tiempo, por acuerdo de ambas partes (ver artículo 155 del Código Civil ecuatoriano). Antes de las reformas éstas eran irrevocables y solo podían otorgarse antes del matrimonio o al momento de su celebración.

Para que las capitulaciones matrimoniales sean válidas, deben otorgarse por escritura pública o deben hacerse constar en el acta matrimonial. Se anotarán al margen de la partida de matrimonio, y en el Registro de la Propiedad correspondiente si hubiere bienes inmuebles (artículo 151 del Código Civil ecuatoriano).

En las capitulaciones matrimoniales se puede acordar el ingreso a la sociedad conyugal de ciertos bienes que, conforme a las reglas generales, no ingresarían; o la determinación, por parte de cualquiera de los esposos o cónyuges, de que permanezcan en su patrimonio separado, ciertos bienes que, conforme a las reglas generales, ingresarían al patrimonio de la sociedad conyugal; además se deben enumerar los bienes que se aportan al matrimonio y las deudas de cada cónyuge. En general, en este contrato pueden modificarse las reglas sobre la administración de la sociedad siempre que no perjudiquen a terceros (ver artículo 152 del Código Civil ecuatoriano). Por tanto, no son válidas las adiciones o alteraciones que se hagan en las capitulaciones matrimoniales, aun cuando estas cumplan con los requisitos establecidos, a menos que se realice la pertinente anotación al margen del protocolo de la primera escritura o de la partida de matrimonio, en su caso. Tampoco es lícito que mediante las alteraciones o modificaciones que se realicen a las capitulaciones inicialmente constituidas se puedan afectar los derechos de los acreedores constituidos con anterioridad a dichas alteraciones o adiciones, de perseguir sus créditos en los bienes cuyo régimen se modificó (ver artículo 156

del Código Civil ecuatoriano). Se aprecia en este sentido el principio de no abuso de derechos.

3.2 Las donaciones por causa de matrimonio.

En la mayoría de los países constituye una práctica habitual o tradición facilitar y festejar la celebración del matrimonio con mayor o menor amplitud, en dependencia de la holgura económica de los contrayentes. En este marco se realizan regalos y obsequios a los futuros cónyuges por parte de amigos y parientes, así como por los propios esposos. Con independencia de su valor, todas las donaciones que reciben los futuros esposos se consideran jurídicamente como donaciones en ocasión del matrimonio o donaciones por causa (razón) del matrimonio (ver artículo 208 del Código Civil ecuatoriano). A continuación nos detendremos a analizar las que se hacen entre cónyuges, por ser las que están vinculadas con el tema en cuestión que investigamos.

En el Código Civil ecuatoriano a esta institución se le dedican los artículos del 208 al 214. Inicialmente pudiera pensarse que la admisión de esta figura contradice la letra del artículo 218 que prohíbe o restringe la contratación entre cónyuges a unos pocos supuestos, pero varios argumentos ayudan a refutar esta tesis. El primero es que para el legislador ecuatoriano la donación no es un contrato, sino una forma de sucesión inter vivos. Por ellos los cónyuges pueden realizarse donaciones antes o después del matrimonio sin que haya prohibición alguna que se lo impida. "Se prohíben los contratos onerosos entre cónyuges. No se prohíben las donaciones por no ser contratos; se permiten los capítulos post nupciales, pero se prohíben los contratos onerosos entre cónyuges."⁵⁴ En segundo lugar las donaciones por causa de matrimonio deben realizarse necesariamente antes de formalizar matrimonio. La antenuptialidad es una característica propia de la institución, conocida desde antiguo.⁵⁵

⁵⁴ <http://www.notariosyregistradores.com/LEYESEXTRANJERAS/ecuador.htm> consultado el martes 7 de diciembre de 2010.

⁵⁵ LASARTE, Carlos: *Op. Cit.* p. 190.

Otro de los requisitos para que se estime que ha operado una donación por causa de matrimonio es que se realice en consideración de un futuro matrimonio o de un matrimonio anunciado, de cuya celebración se hace depender la eficacia de la donación realizada. Opera así la incorporación de una *conditio iuris* al acto realizado (artículo 211 del Código Civil ecuatoriano). Incluso dichas donaciones pueden ser revocadas si se produce la nulidad del matrimonio (artículo 212 del Código Civil ecuatoriano) o este no se consuma (artículo 214 del Código Civil ecuatoriano).

Quiere decir que puede tener en esta figura una vía de realización la autonomía de la voluntad de los cónyuges, por cuanto podrán libremente realizar las donaciones que deseen y estos bienes tendrán la cualidad de propios. Sin embargo. Tampoco es que sea tan desmedida tal facultad, pues el artículo 210 del Código Civil ecuatoriano establece una limitación de la donación a la cuarta parte del valor de los bienes propios aportados. Esto persigue preservar la cuantía y el valor de los bienes que el futuro cónyuge debe aportar a la sociedad de bienes que quedará constituida por razón del matrimonio.

CONCLUSIONES

- La clasificación del régimen económico del matrimonio por su origen atiende a la intervención de la autonomía de la voluntad de los cónyuges, como manifestación de este principio general del Derecho en sede familiar, en la disposición del régimen jurídico que disciplinará los vínculos económicos entre ellos y para con terceros; pudiendo ser legal o convencional, incluso en este último caso se admiten subclasificaciones según sea la amplitud de tal autonomía.
- La autonomía de la voluntad de los cónyuges en la disposición del régimen económico de su matrimonio es un tema que se maneja con diferentes alcances en el Derecho comparado, siendo mayoritaria su admisión en correspondencia con la libertad capitular de los cónyuges con limitaciones en las estipulaciones imperativas o prohibitivas del Derecho de Familia, la moral y el orden público.
- En Ecuador se dispone como régimen patrimonial del matrimonio el de sociedad de bienes, quedando las capitulaciones matrimoniales relegadas a un segundo plano y simplificándose su función exclusivamente a realizar variaciones a partir de lo reconocido por la normativa civil.

RECOMENDACIONES

1. A la Asamblea Nacional:

Que en venideras modificaciones al Código Civil se amplíe el alcance del principio general del Derecho de autonomía de la voluntad en relación con la posibilidad de los cónyuges de disponer el régimen económico de su matrimonio; a tono con las corrientes más actuales de la doctrina y el Derecho comparado.

BIBLIOGRAFÍA

FUENTES DOCTRINALES:

- ALPA, Guido: Istituzioni di Diritto Privato s. ed., UTET, Torino, 1994.
- ANDRADE, Raiza. Ética de la Vida-Ética de la Responsabilidad. En Biotecnología y Propiedad Intelectual. Editorial Livrosca. Caracas. 1999.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo: Diccionario Jurídico Elemental. Actualizado, corregido y aumentado por Guillermo CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Editorial Heliasta, Argentina, 2008.
- CARBAJO GONZÁLEZ, Julio *et. al.*: Régimen Económico Matrimonial, Lección 7, Universidad de Oviedo, Facultad de Derecho. Curso 1984-1985.
- DE CASTRO, Alfonso: Instituciones de Derecho Civil I, 1ra. Edición, Alianza Universidad, Textos, Madrid, 1977.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: El negocio jurídico. Reimpresión de la segunda tirada de la edición original publicada en 1971, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1991.
- DIEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN: Sistema de Derecho Civil, volumen 1 - Introducción-Derecho de la persona, Autonomía privada. Persona jurídica, 8va. Edición, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1993.
- DUGUIT, León: Las transformaciones del derecho, Buenos Aires, Heliasta, 1975.
- Enciclopedia jurídica básica, t III: Ind-Pro, Madrid, Civitas, 1995.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, "Dos temas universitarios", Revista de la Facultad de Derecho de México, México, UNAM, t. XXIX, núm. 114, septiembre-diciembre de 1979.

- HELUANI, María Margarita: "Igualdad y equidad entre los sexos y las relaciones económicas en el matrimonio", Publicación extraordinaria en adhesión al IX Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de Cuyo, Mendoza, Argentina, 1996.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio: Obras completas, Madrid, Espasa-Calpe, 1988, t. III.
- LACRUZ VERDEJO, José Luis, et. al.: Elementos del Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones, volumen 1, Parte general, Teoría General del Contrato, 3ra. edición, José María Bosch editor S.A., Barcelona, 1994.
- LAROUSSE: Diccionario Ilustrado de la lengua española, Decimocuarta edición, Ediciones Larousse S.A. de C.V, 2008.
- LASARTE, Carlos: Principios de Derecho Civil I. Parte general y Derecho de la Persona. Tomo I, Oncena Edición, Editorial Marcial Pons, Madrid 2005.
- MESA CASTILLO, Olga: Derecho de Familia, Módulo 1, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.
- MESA CASTILLO, Olga: Orientaciones para el estudio del Derecho de Familia, Universidad de La Habana, La Habana, 1987.
- MESA CASTILLO, Olga: Orientaciones para el estudio del Derecho de Familia II, Universidad de La Habana, Facultad de Educación a Distancia, La Habana, 1998.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B: De la autonomía de la voluntad y sus límites en PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. y otros: Lecturas de Derecho de Obligaciones y Contratos, Editorial Félix Varela, La Habana, 2000.
- PUIG PEÑA, Federico: Tratado de Derecho Civil Español, Tomo II, Vol. 1, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953.

FUENTES LEGALES:

- Constitución de la República del Ecuador 2008, Codificación RO-S 449: 20 de octubre de 2008, editado por Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008.
- Código Civil de la República de Ecuador, Séptima Edición, Codificación RO-S 104: 20 de noviembre
- Ley número 59/1987, de 16 de julio; Código Civil de la República de Cuba, en Gaceta Oficial de la República, Edición Extraordinaria, Año LXXXV, número 9, página 39, La Habana, 15 de octubre de 1987.
- Código Civil de la República de Chile de 14 de diciembre de 1855, edición oficial al 31 de agosto de 1976, aprobada por Decreto No. 1937, de 29 de noviembre de 1976 del Ministerio de Justicia, Editorial Jurídica de Chile.
- Código Civil del Reino de España de 6 de octubre de 1988, 16ta ed., Editorial Civitas, Madrid, 1993.

INTERNET

- <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/regimen-economico-matrimonial/regimen-economico-matrimonial.htm387442149>
- <http://www.dudalegal.cl/autonomia-voluntad-derecho-familia.html>
- http://es.wikipedia.org/wiki/Régimen_matrimonial
- http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=323&Itemid=63
- <http://www.notariosyregistradores.com/LEYESEXTRANJERAS/ecuador.htm>

ANEXOS

ANEXO 1: Cuadro resumen sobre los regímenes económicos del matrimonio en España.

Régimen económico	Características	Qué bienes implica	Qué pasa en caso de divorcio	Ventajas
Gananciales	<p>Son bienes comunes del matrimonio las ganancias o beneficios obtenidos durante el matrimonio indistintamente por cualquiera de los cónyuges.</p> <p>La sociedad de gananciales comienza con la celebración del matrimonio o cuando se pacta de forma expresa su aplicación mediante capitulaciones matrimoniales.</p>	<p>Los obtenidos por el trabajo o rendimientos empresariales, rentas y dividendos, frutos, de los bienes gananciales y de los privativos.</p> <p>Los adquiridos a título oneroso a costa del dinero común.</p> <p>Las empresas y establecimientos fundados durante el matrimonio por cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. Las ganancias obtenidas por el juego.</p>	<p>Se dividen entre dos todos los bienes de la sociedad matrimonial.</p> <p>Para ello es necesario realizar un inventario de todos los bienes y se distribuyen de forma igualitaria entre los dos cónyuges.</p>	<p>Es el sistema que se considera más justo porque respeta el principio de solidaridad del matrimonio.</p>
Separación de bienes	<p>Cada miembro del matrimonio es propietario de sus bienes y puede actuar con total</p>	<p>En las capitulaciones matrimoniales se puede pactar la forma en que cada uno contribuirá a las</p>	<p>Cada cónyuge dispone de sus bienes. Solo los bienes que han sido comunes</p>	<p>Permite mayor independencia a los cónyuges y ofrece más ventajas algún cónyuge realiza una actividad profesional que conlleve riesgos. Plantea menos problemas en caso</p>

	<p>independencia, administrándolos y disponiendo de ellos con total libertad. La única obligación es contribuir a los gastos comunes del matrimonio en proporción a su poder adquisitivo.</p>	<p>cargas del matrimonio, por ejemplo, señalando porcentajes. Por defecto los cónyuges contribuyen proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos.</p>	<p>se deben repartir entre ambos.</p>	<p>de separación. Pero si no se toman precauciones, una de las partes puede salir perjudicada.</p>
Participación	<p>Muy poco utilizado en España. Cada cónyuge tiene derecho a participar en las ganancias que el otro obtiene, pero a cada uno le corresponde la administración y disfrute de sus propios bienes.</p>	<p>Durante el matrimonio, cada bien o recurso pertenece de forma privativa a cada uno de los cónyuges, y solo los beneficios de esos bienes pueden aportarse a la sociedad matrimonial.</p>	<p>Como sucede con el régimen de gananciales, el cónyuge que más beneficios haya obtenido durante el matrimonio debe compensar al otro cónyuge.</p>	<p>Presenta las mismas ventajas que el régimen de separación, pero, además, garantiza una mayor igualdad al prever la participación del cónyuge que menos beneficios ha obtenido en las ganancias del otro.</p>

ANEXO 2: Modelo de demanda de la disolución de la sociedad conyugal en Ecuador.

SEÑOR JUEZ DE LO CIVIL DE PICHINCHA

MARIA CARMEN FLORES CARRASCO, de 30 años de edad de estado civil casada, de profesión Maestra en Belleza, con domicilio en la parroquia de Zámbara, cantón Quito, Provincia Pichincha ante usted comparezco y presento la siguiente demanda de **DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL** en contra del señor: **LUIS ANTONIO COLON SULCA** de conformidad con los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

Conforme consta el acta de matrimonio que en una foja útil acompaño, pongo en su conocimiento, que contraí matrimonio con el señor **LUIS ANTONIO COLON SULCA** en la parroquia Esperanza, cantón Pedro Moncayo, Provincia de Pichincha, el 22 de octubre de 1993, vínculo matrimonial que aún subsiste y con él **LA SOCIEDAD CONYUGAL**, la misma que solicito que mediante sentencia sirva disolverla por ser esta mi voluntad, aclarando que la compareciente y el demandado desde que celebramos nuestro matrimonio siempre tuvimos como domicilio la parroquia de Zámbara.

Con los antecedentes antes expuestos acudo ante usted, y amparada en lo que dispone: los Arts. 189 numeral 3 del Código Civil y 613 y siguientes del Código de Procedimiento Civil demando la **DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL**, a mi cónyuge **LUIS ANTONIO COLON SULCA** para que mediante sentencia se sirva declarar y disponer su inscripción en el Registro Civil de esta provincia.

La cuantía de este asunto es indeterminada.

Su trámite es el especial.

Al señor **LUIS ANTONIO COLON SULCA**, se le citara en su domicilio ubicado en el barrio Las Rosas , sector de la piscina pública de Zámbara, parroquia Zámbara, Cantón Quito, Provincia Pichincha: o en lugar que oportunamente indicaré a la

autoridad que concurra a citarlo. Por cuanto al domicilio se encuentra en la parroquia de Zámiza, se enviar comisión al señor Teniente Político de dicha jurisdicción.

Las notificaciones que me correspondan las recibiré en el casillero judicial 2345, y designo como mi abogado defensor a la Doctora María Fernanda Puyo Loja, a quien faculto la suscripción de todo escrito en la presente causa.

Firmo con mi defensor.

Dra. María Fernanda Puyo Loja

Sra. María Carmen Flores Carrasco

**UNIVERSIDAD DE PINAR DEL RÍO
"HERMANOS SAÍZ MONTES DE OCA"
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANÍSTICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO**

INFORME DE EVALUACIÓN DE PASANTÍA DE INVESTIGACIÓN.

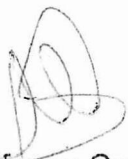
A LA UNIVERSIDAD TÉCNICA DE COTOPAXI.

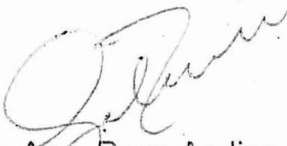
REFERENCIA: EVALUACIÓN DE LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN DEL ESTUDIANTE EDMUNDO XAVIER PARRA CANCHIGNIA

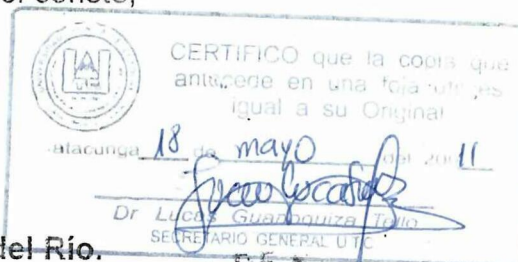
El estudiante de referencia ha cursado satisfactoriamente la Pasantía de Investigación en el Departamento Carrera de Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas, de la Universidad Hermanos Saiz Montes de Oca, en la ciudad de Pinar del Río, durante la etapa que se evalúa ha demostrado aptitudes de formación en la investigación, con su creatividad e independencia logró los resultados que se pusieron a la luz una vez que discutió su informe final de Tesis, la cual versó sobre: **La autonomía de la voluntad de los cónyuges en la disposición del régimen económico de su matrimonio, a la luz del Derecho de Familia ecuatoriano**, por ello somos de criterio que durante el tiempo que trascurió dicha pasantía lograron incrementar su preparación en la investigación como futuros profesionales del derecho y estamos convencidos que podrán prestar servicios como abogados con la mejor y mayor profesionalidad y con la calidad requerida.

Una vez concluida la investigación y presentado al Tribunal competente la Tesis en opción del grado de Licenciado en Derecho se obtuvo la calificación de **5 puntos** en este ejercicio de culminación de estudios.

Certificamos lo antes expresado, para que así conste,


Lic. Duniesky Alfonso Caveda
Jefe del Departamento Carrera Derecho
FCSH. Universidad Hermanos Saiz, Pinar del Río.


Vto. Bno. Lic. Ana Rosa Andino Ruibal
Decana de FCSH
Universidad Hermanos Saiz, Pinar del Río.



**UNIVERSIDAD DE PINAR DEL RÍO
"HERMANOS SAÍZ MONTES DE OCA"
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANÍSTICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO**

INFORME DE EVALUACIÓN DE PASANTÍA DE INVESTIGACIÓN.


A LA UNIVERSIDAD TÉCNICA DE COTOPAXI.

REFERENCIA: EVALUACIÓN DE LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN DEL ESTUDIANTE NELSON MESÍAS TIGMASA PADILLA

El estudiante de referencia ha cursado satisfactoriamente la Pasantía de Investigación en el Departamento Carrera de Derecho de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas, de la Universidad Hermanos Saiz Montes de Oca, en la ciudad de Pinar del Río, durante la etapa que se evalúa ha demostrado aptitudes de formación en la investigación, con su creatividad e independencia logró los resultados que se pusieron a la luz una vez que discutió su informe final de Tesis, la cual versó sobre: **La autonomía de la voluntad de los cónyuges en la disposición del régimen económico de su matrimonio, a la luz del Derecho de Familia ecuatoriano**, por ello somos de criterio que durante el tiempo que trascurrió dicha pasantía lograron incrementar su preparación en la investigación como futuros profesionales del derecho y estamos convencidos que podrán prestar servicios como abogados con la mejor y mayor profesionalidad y con la calidad requerida.

Una vez concluida la investigación y presentado al Tribunal competente la Tesis en opción del grado de Licenciado en Derecho se obtuvo la calificación de 5 puntos en este ejercicio de culminación de estudios.

Certificamos lo antes expresado, para que así conste,


Lic. Duniesky Alfonso Caveda
Jefe del Departamento Carrera Derecho
FCSH. Universidad Hermanos Saiz, Pinar del Río.


Vto. Bno. Lic. Ana Rosa Andino Ruibal
Decana de FCSH
Universidad Hermanos Saiz, Pinar del Río.



**UNIVERSIDAD DE PINAR DEL RÍO
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANÍSTICAS**

ACTA DE EVALUACIÓN DE LOS TRABAJOS DE DIPLOMAS

El Tribunal No. _____ de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas de la Universidad de Pinar del Río

Ha evaluado el trabajo de diploma titulado: "La autonomía de la voluntad de los cónyuges en la disposición del régimen económico de su matrimonio a la luz del Decreto de Familia ecuatoriano"
De los alumnos (el)

Edmundo Xavier Barra Candigua FIRMA: [Firma]
Nelson Mesías Tigmaza Padilla FIRMA: [Firma]

Para emitir la calificación del trabajo el tribunal tuvo en cuenta lo siguiente:

a) Método científico de análisis y resolución del problema, actualización científica técnica.

Excelente X Bien _____ Regular _____ Mal _____

b) Capacidad creadora, originalidad e independencia en el trabajo

Excelente X Bien _____ Regular _____ Mal _____

c) Calidad de la exposición y la defensa

Excelente X Bien _____ Regular _____ Mal _____

d) Opinión del Tutor: Demuestran dominio de las habilidades investigativas

e) Opinión del Oponente: El trabajo goza de rigor científico, actualidad y pertinencia.

f) Análisis de cómo el estudiante fue capaz de demostrar el logro de los objetivos propuestos.

Excelente X Bien _____ Regular _____ Mal _____

g) Valoración de los resultados: Es una investigación de actualidad y que demuestra una suficiente actualidad en el trabajo metodológico

h) Atendiendo a la calidad del trabajo se recomienda:

Ser publicado Si X No _____

Ser presentado en eventos científicos estudiantiles

Si X No _____

El tribunal decide otorgar al estudiante la calificación de 5 puntos como evaluación de su Trabajo de Diploma.

Pase a la Secretaría General de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas de la Universidad de Pinar del Río para ser incluido en el Expediente Académico del estudiante.

Dada en Pinar del Río a los 20 días del mes Enero de 2011

Presidente Lic. Aníbal Hernández Aguilera Firma: [Firma]
Secretario Lic. Lissy Sandy Quevedo Firma: [Firma]
Vocal Lic. Aníbal T. Costa Cardoso Firma: [Firma]



Universidad Hermanos Saíz Montes de Oca
Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas
Departamento de Derecho

INFORME DEL TUTOR

Tesis en opción al grado de Abogado de los Juzgados y Tribunales del Ecuador.

Título: La autonomía de la voluntad de los cónyuges en la disposición del régimen económico de su matrimonio, a la luz del Derecho de Familia ecuatoriano.

Autores: Edmundo Xavier Parra Canchignia
Nelson Mesías Tigmasa Padilla


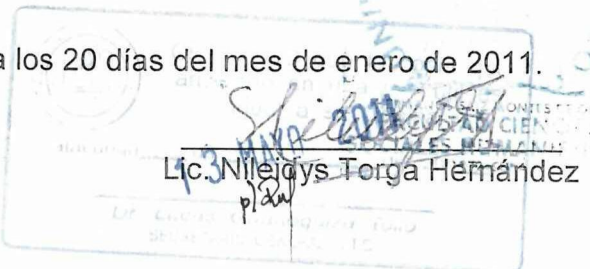
Tutora: Lic. Nileidys Torga Hernández

La investigación cuyas generales han quedado referidas anteriormente aborda una de las aristas de uno de los temas más polémicos y novedosos que actualmente propone el Derecho de Familia, relativo al alcance de la autonomía de la voluntad en esta rama del Derecho. Es mayoritariamente aceptada la naturaleza social del Derecho de Familia, por lo que lo querido por los sujetos intervinientes en las relaciones familiares está limitado por los intereses de la colectividad; sin embargo cuestiones meramente patrimoniales que se tratan en Derecho de Familia no deben ser ignoradas. Precisamente es a eso a lo que convocan los ponentes, a reconsiderar la participación de los cónyuges en la posibilidad de disponer sobre el régimen económico de su matrimonio en Ecuador. A nuestro juicio el tema tratado se enmarca totalmente en la actualidad ecuatoriana y en el contexto jurídico internacional en el que los intereses privados se refuerzan cada vez más. Los ponentes han concluido un trabajo investigativo que analiza con profundidad instituciones jurídicas complejas en consonancia con los requerimientos de su especialidad.

En el transcurso de los meses en que se desarrolló la investigación que hoy se presenta, los aspirantes lograron demostrar dominio de las habilidades investigativas y profundos conocimientos de las instituciones básicas del Derecho, en especial aquellas tocantes al Derecho de Familia. Realizaron una exhaustiva búsqueda bibliográfica que les permitió profundizar teóricamente en la temática abordada y la utilización recurrente de materiales en soporte digital manifestó el amplio dominio en el uso de las nuevas tecnologías. Los datos que se manejan son de los más recientes que pueden hallarse, lo que impregna a la tesis de utilidad, actualidad y confiabilidad. En todo momento cumplieron a cabalidad las indicaciones dadas en las consultas de tutoría para perfeccionar y guiar el trabajo en la tesis; sin que ello significara mutilar su razonamiento y criterios personales que se ventilaron en discusiones puramente académicas. Una marcada claridad en sus propósitos al viajar a Cuba distinguió durante estos meses de trabajo las acciones de las ponentes y para todos ha constituido un crecimiento personal, cultural y profesional el período que hoy concluye.

En resumen, considero que los ponentes han cumplido en este ejercicio los objetivos que el mismo se propone y lo han hecho de manera excelente, por lo solicito a este tribunal, tenga a bien conferirles la calificación de **5 puntos**.

Para que así conste, firmo la presente en Pinar del Río, a los 20 días del mes de enero de 2011.


Lic. Nileidys Torga Hernández


UNIVERSIDAD DE PINAR DEL RÍO
“HERMANOS SAÍZ MONTES DE OCA”
DEPARTAMENTO DE DERECHO

INFORME DE OPONENCIA

Tesis en opción al grado de Licenciado en Derecho.

Título: “La autonomía de la voluntad de los cónyuges en la disposición del régimen económico de su matrimonio, a la luz del Derecho de Familia ecuatoriano.”

Autores: Edmundo Xavier Parra Canchignia

Nelson Mesías Tigmasa Padilla

Tutora: Lic. Nileidys Torga Hernández

Oponente: Lic. Ana María Pereda Mirabal

En las ciencias jurídicas ha sido ampliamente tratado el principio de autonomía de la voluntad, no resultan pocos los debates por demás polémicos que se han suscitado en torno al tema, cuestión que ha sido más o menos entroncada en dependencia de cual sea la institución jurídica a la cual se encuentre asociada.

En sede de Derecho de Familia las declaraciones de voluntad relacionadas con los actos familiares encuentra restricciones que han hecho surgir la polémica en torno a si estamos ante un derecho de naturaleza privada o pública, no obstante y sin pretender adentrarse en un debate teórico doctrinal sobre este particular, el criterio de la mayor parte de los autores es coincidente en aceptar que las cuestiones patrimoniales en el Derecho de Familia, en su esencia, siguen los mismos postulados que las instituciones de Derecho Privado, aún cuando exista una subordinación real a intereses de tipo sociopolíticos; siendo un típico ejemplo de los planteamientos anteriores el régimen económico del matrimonio.



El Trabajo Diploma que hoy se discute, de forma acertada trata el tema de la autonomía de la voluntad de los cónyuges en las disposiciones del régimen económico de su matrimonio en el caso específico de la legislación civil ecuatoriana, ajustando lógicamente la investigación a los conocimientos limitados del pregrado.

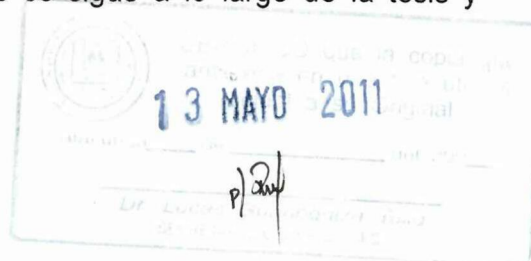
Reconocido es que el tema ha sido objeto de análisis por diferentes autores y especialistas del Derecho Civil, no obstante la novedad del mismo es innegable y siempre se agradecen las investigaciones que contribuyan a lograr la aplicación del principio de autonomía de la voluntad, máxime si se trata de cuestiones relacionadas con el contenido económico del matrimonio, a la que se le reconoce su esencia netamente patrimonial con la única peculiaridad de que los sujetos intervinientes lo hacen desde su condición de cónyuges.

Este trabajo investigativo presenta una adecuada estructura y desarrollo desde el punto de vista científico y metodológico, pues en el mismo se distingue con claridad y depurada técnica la introducción, dos capítulos, conclusiones, recomendaciones, bibliografía y anexos, todo lo cual permitió a sus autores lograr la imbricación lógica entre problema de investigación científica y objetivo general propuesto, elementos que se amparan en un adecuado diseño teórico-metodológico que se erige como columna vertebral de la investigación.

En el primero de los dos Capítulos, los autores establecen acertadamente precisiones conceptuales y distinciones categoriales imprescindibles para el desarrollo del tema en cuestión, lo cual les permite caracterizar teóricamente la autonomía de la voluntad, como principio general del Derecho y el régimen económico del matrimonio como contenido patrimonial de la relación conyugal.

En el segundo Capítulo por su parte, se sistematizan con un adecuado rigor científico los presupuestos legales que explican el alcance de la autonomía de la voluntad de los cónyuges en la disposición del régimen económico del matrimonio desde el ordenamiento jurídico ecuatoriano y en el Derecho comparado.

De igual forma las Conclusiones y Recomendaciones expuestas aparecen en correcta concordancia con el discurso que se sigue a lo largo de la tesis y



responden al diseño metodológico concebido, lo cual encuentra un adecuado complemento en los Anexos que ilustran en mayor o menor medida los datos que se exponen.

No obstante lo anteriormente expuesto, se debe señalar que la bibliografía empleada, es en su mayoría de hace más de 5 años, todo lo cual va en detrimento de la actualidad de los criterios que se manejan en algunos casos.

De forma general el trabajo de ambos diplomantes, goza de rigor científico, actualidad y pertinencia, quedando demostrado una y otra vez en todo el cuerpo de la tesis.

Preguntas de la oponente:

1. ¿Cuál es el fundamento de tratar las donaciones en ocasión del matrimonio si estas no forman parte del Régimen Económico del Matrimonio?
2. Teniendo en cuenta el vacío legislativo que presenta la legislación ecuatoriana en materia de régimen económico del matrimonio, diga qué solución sería viable conforme a derecho en caso de que los cónyuges pactaran mediante capitulaciones matrimoniales un régimen de separación o de participación en las ganancias.

Lic. Ana María Pereda Mirabal



