



REGIMEN PATRIMONIAL DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

ASTRID PATERNINA MARQUEZ
//

Trabajo de grado presentado como
requisito parcial para optar el
título de: Abogado

Asesor : RAFAEL H. DE LA VALLE

S C I B

00008370

46502

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DE DERECHO

CARTAGENA, 1987

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO

RECTOR: DOCTOR LUIS H. ARRAUT ESQUIVEL

DECANO: DOCTOR ALCIDES ANGULO PASOS

SECRETARIO GENERAL: DOCTOR MIGUEL SIERRA NAVARRO

SECRETARIO ACADEMICO: DOCTOR PEDRO MACIA HERNANDEZ

PRESIDENTE DE TESIS : RAFAEL H. DE LA VALLE

PRIMER EXAMINADOR: CARLOTA VERBEL ARIZA

SEGUNDO EXAMINADOR: DOCTOR ALCIDES MORALES ACACIO

DEDICATORIA

A mis padres : dos seres hermosos

A Gaspar Del Río, quien habitó mi tiempo haciéndolo nuevo y verde.



BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
Don Fernando
Fernández de Madrid
Universidad de Cartagena

TABLA DE CONTENIDO

	Pág
INTRODUCCION	1
1. DELIMITACION DEL TEMA	3
1.1 PRECISIONES NECESARIAS	4
1.1.1 Régimen de Bienes en el Matrimonio	6
1.1.2 Régimenes Legales	8
1.1.2.1 Régimen de separación de bienes	<u>10</u>
1.1.2.2 Régimen de Sociedad Conyugal	12
1.1.2.2.1 Sociedad Conyugal Universal	13
1.1.2.2.2 Sociedad de Muebles y Ganacias	13
1.1.2.2.3 Sociedad reducida a las Ganacias	15
2. NOCIONES SOBRE EL REGIMEN PATRIMONIAL	16
2.1 ANTECEDENTES	16
2.2 REGLAMENTACION	16
2.2.1 Concepto	18
2.2.2 Naturaleza Jurídica	20
2.2.3 Carácter Forzoso del Régimen	22
→ 2.2.4 El Haber de la Sociedad Conyugal	24

	Pág	5
2.2.4.1 El Haber Absoluto	27	
2.2.4.2 El Haber Relativo	27	
2.2.5 Pasivo de la Sociedad Conyugal	27	
2.2.5.1 Pasivo Absoluto	29	
2.2.5.2 El Pasivo Relativo	29	
2.2.6 Bienes Propios de los Cónyuges	30	
2.2.7 Administración	31	
2.2.7.1 La Administración Ordinaria	32	
2.2.7.2 Administración Extraordinaria	32	
3. REGIMEN ACTUAL SOBRE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES	33	
3.1 CONCEPTO Y CONTENIDO DE LAS CAPITULACIONES	33	
3.1.1 Concepto y Libertad de Estipulaciones	34	
3.1.1.2 Limitaciones Legales	34	
3.1.2 Requisitos para el otorgamiento de Capitulaciones	35	
3.1.2.1 Epoca y forma de celebración	36	
3.1.2.2 Capacidad de los otorgantes	36	
3.1.3 Alteración de las Estipulaciones	36	
3.1.3.1 Modificaciones	36	
3.1.3.2 Efectos con relación a Terceros	37	
3.1.4 Ineficacia de las capitulaciones Matrimoniales	37	
3.1.4.1 Ambito de la ineficacia	38	

	Pág	6
3.1.4.2 La Caducidad	39	
3.1.4.3 Inexistencia	39	
3.1.4.4 De la Nulidad de las Capitulaciones	40	
3.1.5 Inmutabilidad de las Capitulaciones	40	
3.1.5.1 Alcance de la Inmutabilidad	41	
3.1.5.2 Libertad para escoger un régimen económico matrimonial	41	
→ 4. DONACION POR RAZON DE MATRIMONIO ENTRE CONYUGES	43	
4.1 CONCEPTO	43	
4.1.1 Régimen Legal	43	
4.1.2 Especie de donaciones por causa del matrimonio	44	
4.1.3 Donaciones Modales	46	
4.1.4 Revocación de las DONaciones	47	
4.1.5 Acción de Revocatoria frente a la no consumación del Matrimonio	48	
5. LA SUBROGACION	49	
5.1 SUBROGACION EN GENERAL	49	
5.1.1 Clasificación	51	
5.1.2 Subrogación de Inmueble a Inmueble	53	
5.1.3 Subrogación de Inmueble a Valores	56	
6. DE LAS RECOMPENSAS	63	
6.1 GENERALIDADES	63	

	Pág
6.1.1 Noción	63
6.1.2 Clasificación	64
6.1.2.1 Recompensas que debe la sociedad a los cónyuges	65
6.1.2.2 Recompensas que deben los cónyuges a la sociedad	65
6.1.2.3 Recompensas que se deben los cónyuges entre sí	72
7. DISOLUCION	79
7.1 MATRIMONIO CIVIL	79
7.1.1 Por muerte real	79
7.1.2 Por muerte presunta	80
7.1.3 Por sentencia de divorcio judicialmente declarada	81
7.2 DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL	85
7.2.1 Disolución del Matrimonio	89
7.2.2 Sentencia de separación de bienes	89
7.2.3 Por la declaración de Nulidad del Matrimonio	91
7.2.4 Mutuo acuerdo de los cónyuges que conste en Escritura Pública	91
8. CONCLUSIONES	93
8.1 BASES PARA UNA REFORMA	93
8.1.2 Capitulaciones Matrimoniales	93
8.1.3 Régimen de una sociedad conyugal	94
8.1.3.1 Haber y cargas Sôciales	94
8.1.3.1.2 Son Bienes S0ciales	95

	Pág	8
8.1.3.1.3 Son Bienes Propios	96	
8.1.3.1.4 Son Pasivos de la Sociedad	97	
8.1.3.1.5 Son pasivos de los Cónyuges	97	
8.1.4 Recompensas	97	
8.1.5 Administración de la sociedad y de los Bienes Propios	98	
8.1.6 Disolución y Liquidación	98	
8.1.6.1 Causales	99	
8.1.6.2 Efectos	99	
8.1.6.3 Régimen de Separación de Bienes	100	
8.1.6.4 Acciones tendientes a conservar las ganancias	103	
BIBLIOGRAFIA	104	

INTRODUCCION

Del matrimonio como acto jurídico, se derivan consecuencias o efectos capaces de crear, extinguir o modificar determinada situación jurídica.

Los efectos jurídicos del matrimonio han sido clasificados por la doctrina en dos grupos: de un lado se encuentran aquellos que hacen referencia a la persona misma de los cónyuges; de otro lado se encuentran los efectos del matrimonio, relacionados ya no con la persona física de los contrayentes, considerados como tales, sino con sus bienes, para estructurar así el llamado estatuto patrimonial, o régimen patrimonial de la sociedad conyugal.

Se puede decir, que el régimen patrimonial de la sociedad conyugal, es el conjunto de reglas que delimitan los intereses pecuniarios que se derivan del matrimonio, ya en las relaciones de los cónyuges entre sí, ya sea en las relaciones con terceros. Dentro de esta materia existe un amplio campo de soluciones que van desde la comunidad total, hasta la absoluta libertad de disposición de bienes adquiridos durante la vigencia del matrimonio y anterior a este.

10

Por considerar de importancia dentro del régimen patrimonial de la sociedad conyugal, en éste trabajo he hecho un amplio análisis de los bienes propios de los cónyuges, es decir de aquellos bienes adquiridos con anterioridad y posterioridad a la celebración del matrimonio.

Espero en esta forma haber aportado mi granito de arena en la clarificación de esta materia de tanta importancia y actualidad en nuestro diario discurrir jurídico y social.



11

1. DELIMITACION DEL TEMA

El matrimonio: contrato solemne, por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y auxiliarse mutuamente, genera relaciones particulares a nivel personal y patrimonial.

Pero esa unión importa al derecho no sólo en el momento de perfeccionamiento, sino también durante todo el período en que ella permanece y cuando se disuelve, siempre en consideración a su finalidad tripartita de: vida en común, procreación y auxilio mutuo, y a los efectos sobrevivientes al cumplimiento de tal finalidad.

Distingue así el derecho tres momentos con relación al matrimonio para efectos de regular jurídicamente su existencia, no sólo como una institución jurídica fuente de la familia legítima:

1. Antes de su celebración, momento este en el cual el ordenamiento jurídico atribuye a los futuros cónyuges la facultad de determinar en ciertos aspectos el régimen de algunos bienes aportados al matrimonio, o adquiridos a especiales títulos durante su vigencia, todo ello mediante el contrato de capitulacio

nes matrimoniales; en lo personal, la institución de los esponsales, la responsabilidad civil del enriquecimiento sin causa, las ritualidades y efectos de ciertos contratos celebrados por causa de matrimonio.

2. Durante su vigencia. Preceptúa el régimen jurídico a que están sometidos los derechos patrimoniales aportados o adquiridos por los cónyuges, estableciendo uno de los siguientes sistemas:

a) De sociedad conyugal, en cualquiera de sus modalidades.

b) De separación, autonomía e independencia patrimoniales.

c) En lo personal, regula igualmente las relaciones de dirección del hogar, autoridad sobre los hijos (potestad parental); de los cónyuges entre sí, igualdad de derechos y obligaciones recíprocas de padres e hijos, pues ha entendido la ley que son los cónyuges los más idóneos para establecer al menor, en ejercicio de la potestad parental eliminando el predominio del hombre como marido y como único padre, por consideraciones legales derivadas del Decreto 2820/74 por eso ya es inapropiado hablar de potestad marital y patria potestad.

3. Después de su vigencia. Son igualmente objeto de normación jurídica las causas, los mecanismos y los efectos de la disolución del vínculo matrimonial, tanto en lo personal como en lo patri

monial: cuidado de la prole, destino de los bienes, sucesión por causa de muerte, etc.

1.1 PRECISIONES NECESARIAS

Con el fin de precisar el contenido de algunas expresiones jurídicas de uso frecuente en esta tésis, se da de ellas una breve noción:

1.1.1 Régimen de Bienes en el Matrimonio

Puede afirmarse que en todas las naciones, independientemente de su idiosincracia, existen normaciones de la institución familiar y con ellas el capítulo relativo a los bienes. La orientación sociopolítica determina los caracteres del respectivo ordenamiento y, por ello, se distinguen diversos regímenes, todos los cuales, sin embargo, pueden clasificarse en:

1. Convencionales. En estos se deja a libre voluntad de los cónyuges la determinación del modo de organización de los bienes que aporten al matrimonio o adquieren durante él.

2. Legales. Estos ordenamientos señalan en forma imperativa las normas a las cuales deben sujetarse los bienes vinculados, ya sea por aportación o adquisición al matrimonio.

3. Mixtos. Son aquellos sistemas que ordenando imperativamente un régimen determinado de bienes, sin embargo, permiten pactar especialmente mediante contrato previo a la celebración del matrimonio, sobre algunos bienes o aspectos sin perjuicio del régimen establecido.

1.1.2 Régimenes Legales

Dentro de estos, se pueden mencionar los siguientes :

1.1.2.1 Régimen de Separación de Bienes

Consiste este régimen en que los bienes de los que son titulares los contrayentes al momento del matrimonio, lo mismo que los adquiridos por los cónyuges durante él, pertenecen individual y separadamente a cada uno, existiendo una total autonomía patrimonial, la cual tampoco se afecta con la disolución del vínculo matrimonial.

1.1.2.2 Régimen de Sociedad Conyugal

En este régimen, el matrimonio no es solamente una unión de cuerpos, sino también una comunidad de vida, de la cual no puede excluirse el elemento patrimonial y, por tanto, los bienes deben incorporarse a esa comunidad y someterse a un tratamiento jurídico especial que se ha llamado de sociedad conyugal, uno de cuyos efectos es el reparto de bienes al momento de su disolu

ción o por sobrevivir otra causa legal.

Los bienes incorporados a la sociedad conyugal, determinan diversas modalidades del sistema, así :

1.1.2.2.1 Sociedad Conyugal Universal

En esta modalidad, la totalidad de los bienes, así los muebles como los inmuebles, adquiridos antes del matrimonio o durante su vigencia, entran a formar parte de la sociedad conyugal. No existen por definición, los llamados bienes propios de cada uno de los cónyuges, y de las obligaciones contraídas por ellos conjunta o separadamente responde a la sociedad. Ella es la titular de los derechos y obligaciones patrimoniales del matrimonio.

1.1.2.2.2 Sociedad de Muebles y Ganancias

Este tipo de sociedad conyugal incorpora como sociales todos los bienes muebles (pertenezcan estos a los contrayentes al tiempo de la celebración del matrimonio, o sean adquiridos a título oneroso por cualquiera de los cónyuges durante la subsistencia del matrimonio), bienes estos que toman la denominación de gananciales. Se excluyen, en consecuencia, de la masa social, y son bienes propios, los inmuebles adquiridos durante el matrimonio a título gratuito y no oneroso. Es el régimen del Código Napoleónico.

16

1.1.2.2.3 Sociedad reducida a las ganancias

Solamente son bienes sociales los adquiridos durante el matrimonio a cualquier título, sean muebles o inmuebles. En consecuencia, son bienes propios y están excluidos del reparto por no pertenecer a la masa social, tanto los muebles como los inmuebles de que cada contrayente era titular en el momento del matrimonio, y los que adquiriera durante el matrimonio o a título gratuito y no oneroso. Sólo el producto del esfuerzo común está sometido al régimen de sociedad.

12

2. NOCIONES SOBRE EL REGIMEN PATRIMONIAL

2.1 ANTECEDENTES

El régimen patrimonial del matrimonio en Colombia fué adoptado del Código Civil Chileno elaborado por don Andrés Bello, cuyo trabajo presentado al Congreso en 1852 fué aprobado como ley nacional de Chile en 1855, y, luego adoptado como Código Civil definitivo en 1857.

Como se sabe, en nuestra patria la Constitución de 1858 creó la Confederación Granadina constituida por ocho estados los cuales quedaron con facultades para dictar leyes en materia penal y civil. En desarrollo de estas facultades el Estado de Cundinamarca adoptó como Código Civil de Bello, con algunas modificaciones. Posteriormente hicieron lo mismo otros estados confederados, hasta que el 26 de Mayo de 1873 se expidió el Código de la Unión, el cual debía regir en todos los estados. Para este Código se tomó como modelo el del Estado de Santander, el cual era una transcripción del de Cundinamarca y, este, a su vez, en lo sustancial el mismo de Bello. Reconstituída Colombia como República Unitaria mediante la Constitución de 1886, la Ley 57 de



1887 ratifica la vigencia del Código de 1873.

Así resulta evidente que las fuentes próximas de nuestro Derecho Civil se radica en el Código Civil Chileno. Pero el señor Bello no se limitó, como algunos han legado a sugerirlo, a traducir el Código Francés de 1804, sino que fue directamente al Derecho Romano (Corpus Juris Civilis), al derecho Germano (Códigos de Austria y Prusia y como fuente doctrinaria la obra de Savigny), y al viejo Derecho Español (Siete partidas y novísima recopilación), además de consultar la doctrina francesa especialmente la de Pothier, legislaciones y doctrinas éstas que constituyen las fuentes remotas de nuestra legislación civil.

2.2 REGLAMENTACION

2.2.1 Concepto

Todos los doctinates de la materia se han devanado inútilmente los sesos tratando de hallar, cuando no de inventar, semejanzas y diferencias entre la sociedad de derecho civil y la llamada sociedad conyugal. Algunos ejemplos: 1) Somarriva y Fuego (citados por el profesor Edgar Alvarez en su obra Régimen de bienes en el Matrimonio, sostiene que la sociedad conyugal "es la sociedad de bienes que se forma entre los cónyuges por el hecho del matrimonio",¹ definición por demás tautológica,

¹ ALVAREZ R, Edgar. Regimen de bienes en el Matrimonio. Bogotá, Edit. Temis, 1978
Pág. 30

pues decir que una sociedad es una sociedad, es lo mismo que afirmar que un objeto es idéntico así mismo, sin que esta afirmación constituya un juicio de identidad por falta de un término en la ecuación judicial. Sin embargo, esto no es un error sino una actitud deliberada que los lleva a concluir que la "sociedad conyugal es la sociedad conyugal", esto es, una categoría jurídica autónoma sin parentesco con los demás tipos de sociedad (en el mismo sentido Edgar Alvarez en Op. cit. pg 30) 2) Lo mismo hace el jurista Castán Tobeñas, al decir, según cita de Alvarez idem, que "la sociedad de gananciales es la sociedad, que la ley declara existente entre los cónyuges y en virtud de la cual se hacen comunes y divisibles por mitas, a la disolución del matrimonio las ganancias y beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos durante el matrimonio". Este autor, además de definir con el concepto que se quiere definir (tautología), habla de los efectos de la sociedad conyugal, pero no expresa nada en cuanto a su naturaleza y esencia, incurriendo en otro error al considerar que los bienes "se hacen comunes y divisibles", a la disolución de la sociedad conyugal y subsistencia del vínculo matrimonial. Por lo demás ésta surge con el hecho del matrimonio, lo cual significa que aún en el evento de la declaratoria de nulidad del mismo (salvo por bigamia) surge la sociedad conyugal, pero no se "hace" con su disolución.

3) Otros, por un escamoteo del concepto de sociedad, llegan mediante un rodeo, a la idea de la comunidad, para, estableciendo un parangón, terminar diciendo que tampoco es comunidad. 4)

Finalmente, los menos, pretenden atribuir a la "sociedad conyugal" una personería propia (Sui generis), de modo tal que tendría existencia autónoma e independiente de los cónyuges, sería la persona engendrada por los cónyuges, como su primogénito. Esta supuesta personalidad ha sido desvirtuada por todas las legislaciones que consagran el régimen de sociedad conyugal.

2.2.2 Naturaleza Jurídica

Comparto la tesis de Somarriva, según la cita de Alvarez, de acuerdo con la cual, la sociedad conyugal es una categoría jurídica autónoma, propia del derecho de familia y sin posibilidad de ser encasillada como especie de una más general, y que el único elemento que tiene carácter determinante para que se pueda hablar de un régimen de sociedad conyugal, es la posibilidad que se integre o la integración actual, por el hecho del matrimonio, de una masa o conjunto de bienes, destinados a ser posteriormente repartidos entre los cónyuges o sus herederos, en unión con los adquiridos durante la vigencia del régimen y que deban ingresar a ese acervo. La voluntad abstracta, general e impersonal de la ley, que no rige para su validez que el matrimonio Sánchez y Rodríguez, por ejemplo, tenga efectivamente bienes, así como el "derecho natural a la propiedad privada" no implica que Juan Sánchez, por ejemplo, sea propietario privado. Es el deber ser, independiente de su cumplimiento.

Del exámen que se ha hecho se concluye que la "Sociedad Conyugal" es una simple nominación jurídica que designa una especial organización de las relaciones patrimoniales resultantes del matrimonio, organización que se caracteriza por la formación de una masa de bienes sometidos a reparto entre los cónyuges al sobrevenir las causas establecidas en la ley para tal fin.

2.3.3 Carácter forzoso del Régimen

El Código Civil Colombiano preceptuaba: "Artículo 180. Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, y toma el marido la administración de los de la mujer, según las reglas que se expondrán en el Título XXII Libro IV, de las Capitulaciones Matrimoniales y de la sociedad conyugal".

A su vez, en el Libro IV, Título XXII se encuentra el Artículo 1774, cuyo texto dice: "Art. 1774. A falta de pacto escrito se entenderá, por el mero hecho del matrimonio, contraída la sociedad conyugal con arreglo a las disposiciones de este título".

Se ha querido ver en la redacción de las normas transcritas el establecimiento de un régimen de sociedad conyugal supletorio de la voluntad de los contrayentes expresada por escrito (mediante capitulaciones matrimoniales), y, en modo alguno, de un régimen forzoso. Sin embargo, el exámen del Artículo 1776 ibidem, nos enseña que mediante capitulaciones matrimoniales sólo podrán ha

cerse algunas modificaciones al régimen de sociedad, sin sustituirlo; en ellos podía pactarse separación parcial de bienes o inclusión de inmuebles de la mujer en el haber social. Los proyectos de Bello, de los cuales emergió el Código Chileno y el Colombiano, son muy claros al respecto, al perceptuar que la simple separación (parcial) de bienes no disuelve la sociedad conyugal pero la modifica en los términos que en ellos se expresan. Por lo demás no podrá pactarse separación total de bienes, esta sí, modo de disolución de la sociedad.²

2.2.4 El haber de la Sociedad Conyugal

Trilogía indispensable de bienes. Para los efectos de su administración, goce y disposición, y conforme al sistema de adquisiciones de la sociedad conyugal, los bienes se clasificaban en tres categorías:

- a) Bienes de la sociedad conyugal, o bienes sociales, mal llamados ganaciales.
- b) Bienes propios de la esposa.
- c) Bienes propios del marido.

Sin embargo, los bienes destinados a formar el haber social podían ingresar a él de manera definitiva sin lugar a restituir

ción, o bien obligándose la sociedad a restituir la especie a su valor al tiempo de la disolución. Los primeros constituían el haber absoluto; los segundos el haber relativo.

2.2.4.1 El Haber Absoluto

1) De los salarios y emolumentos de todo género de empleos y oficios devengados durante el matrimonio.

2) De todos los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros de cualquiera naturaleza que provenga, sea de los bienes sociales, sea de los bienes propio de cada uno de los cónyuges y que se devenguen durante el matrimonio.

3) Del dinero que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante el adquiriere, obligándose la sociedad a la restitución de igual suma.

4) De las cosas fungibles y especies muebles que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante él adquiriere (sic) quedando obligada la sociedad a restituir su valor según el que tuvieron al tiempo del aporte de adquisición.

Pero podrán los cónyuges eximir de la comunión cualquier parte de sus especies muebles, designándoles en las capitulaciones o en una lista firmada por ambos y por tres testigos domici

liados en el territorio.

5) De todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio a título oneroso.

6) De los bienes raíces que la mujer aporta al matrimonio, apreciados para que la sociedad le restituya su valor en dinero.

Se expresará así en las capitulaciones matrimoniales o en otro instrumento público otorgado al tiempo del aporte, designándose el valor, y se procederá en los demás como en el contrato de venta de bienes raíces.

" Si se estipula que el cuerpo cierto que la mujer aporta, puede restituirse en dinero a elección de la misma mujer o del marido, se seguirán las reglas de las obligaciones alternativas."

No obstante, el artículo 1783 excluye expresamente de la comunidad social los bienes en el enumerados. Asimismo, los Artículos 1784 y 1785 contemplan situaciones específicas sobre integración del haber social.

2.2.4.2 Del Haber Relativo

Según lo establecido en el Artículo 1781, Numerales 3º, 4º y 6º, los bienes que integran este haber, están señalados así:

1) El dinero que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante el adquiriere.

Se trata del dinero que los cónyuges poseyerán antes del matrimonio y del que adquirieran a título no oneroso durante la vigencia de la sociedad, pues el adquirido a título oneroso está incorporado en el numeral primero, ibidem.

2) Las cosas fungibles y especies muebles que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, durante la vigencia de la sociedad conyugal adquiriere.

Sin embargo, los cónyuges podían eximir de la comunión cualquier parte de sus especies muebles, designándolas en las capitulaciones o en la lista formada por ellos y por tres testigos residentes en el territorio.

3) Los bienes raíces que la mujer aporta al matrimonio, apreciados para que la sociedad le restituya su valor en dinero.

Finalmente los artículos 1792 y 1793 establecían dos reglas generales: los bienes adquiridos durante la vigencia de la sociedad no ingresaban al haber social de que trataba el Artículo 1781, cuando la causa o título de adquisición precediera a la existencia de la sociedad, con excepción de los muebles. Aplicando el mismo principio, se reputaban como adquiridos durante la socie

dad los bienes que debieron adquirirse durante ella, pero que se adquirieron después de disuelta la sociedad.

2.2.5 Pasivo de la sociedad conyugal

Como resultado de que la mayoría de los bienes pertenecían al haber social, entre ellos el dinero, tanto adquirido durante la sociedad como el poseído antes de ella, la casi totalidad de deudas eran de cargo de la sociedad. Solo de manera excepcional, podían los acreedores perseguir bienes propios de la mujer.

Sin embargo, cuando la sociedad pagaba deudas contraídas por uno de los cónyuges en beneficio personal exclusivo, causaba en favor de la sociedad una recompensa, dando lugar a la misma distinción que se trató respecto del haber: el pasivo social podía ser igualmente absoluto o relativo.

2.2.5.1 Pasivo Absoluto

Estaba constituido por las deudas que por ser de cargo de la sociedad, su pago no generaba recompensa, afectaba al haber social; las consagra el Artículo 1796 del Código Civil, así:

- 1) Todas las pensiones e intereses que corran, sea contra la sociedad, sea contra cualquiera de los cónyuges y que devenguen durante la sociedad.



Es lógico, si la sociedad se beneficia de los frutos producidos por los bienes propios de cada cónyuge, debe soportar las pensiones que corran contra ellos.

2) Las deudas y obligaciones contraídas durante la sociedad por el marido, o por la mujer con autorización de aquel o del juez en subsidio, siempre que no fueren personales de cada uno de ellos.

3) El gasto de toda fianza, hipoteca o prenda constituida por el marido, siempre que no fueren constituidas en beneficio personal.

4) Todas las cargas y reparaciones usufructuarias de los bienes sociales y de los de cada cónyuge, es consecuencia del ingreso de los frutos al haber de la sociedad.

Las cargas y reparaciones del cargo del usufructuario son los impuestos de toda índole, las pensiones y cánones, y las refacciones menores necesarias para la conservación de la cosa. Las refacciones mayores y las cargas causadas antes del matrimonio, generaban, en cambio recompensa.

5) El mantenimiento de los cónyuges; el mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes y toda otra carga de familia.

6) La suma de dinero que la mujer se reservaba, mediante capitulaciones matrimoniales. Sin embargo, si se había impuesto expresamente al marido éste debía recompensa a la sociedad por los dineros desembolsados por ella.

2.2.5.2 El Pasivo Relativo

Estaba constituido por las deudas personales que si bien eran pagadas con dinero del haber social, al tiempo de la disolución de la sociedad, el cónyuge por cuya cuenta se había pagado debía recompensar a ella. La consagraba el Artículo 1796 numeral 3 del Código: "todas las deudas personales de cada uno de los cónyuges, quedando el deudor obligado a compensar a la sociedad lo que está invertida en ello". Entre estas deudas el Código cita como ejemplo: 1.) El establecimiento de hijos de matrimonio anterior; 2.) Las deudas causadas antes del matrimonio y, en general, los precios, saldos, costas judiciales y expensas de toda clase que se hicieren en la adquisición o cobro de los bienes, derechos o créditos que pertenezcan a cualquiera de los cónyuges, salvo prueba de que se hicieron con bienes propios, o con los mismos bienes heredados cuando en ello se hubiere invertido el gasto; 3.) Igualmente entraban en este rubro los gastos de reparaciones mayores; 4.) Los gastos de crianza y educación de los hijos, cuando los cónyuges los hubieren asumido como personales, expresamente; 5.) Los alimentos que se pagaron a personas distintas de los ascendientes y descendientes; 6.) Debían igualmente, recompensa a la sociedad los cónyuges por los perjuicios que le hubieren causado con dolo o culpa grave, y por el pago de que ella

hiciera de las multas y reparaciones pecuniarias a que fueren condenadas por algún delito.³

2.2.6 Bienes Propios de los Cónyuges

Las normas de los Artículos 1805 y 1806 del Código Civil señalan dentro del régimen patrimonial del matrimonio establecido por el se debe distinguir, tres categorías de bienes (trilogía indispensable de bienes); los sociales o de la sociedad conyugal, los bienes propios del matrimonio.

Las reglas sobre ingreso de bienes al patrimonio propio de cada cónyuge son iguales para marido y mujer, si bien, difiere su administración, la cual correspondía por regla general al marido, cuyos bienes propios, frente a terceros se confundirán con los de la sociedad. La simple separación de bienes y la separación parcial fueron excepcionales a la regla sobre administración de los bienes propios de la mujer por el marido.

Los bienes que tenían el carácter de propios eran :

- a) Los inmuebles de cuyo dominio fuera titular cualquiera de los contrayentes a la fecha del matrimonio. Tal regla se deduce de la necesidad de pactar capitulaciones o de otorgar otro instrumento público (según el momento del aporte), para aportar bienes



raíces por parte de la mujer, apreciados para que la sociedad le restituyera su valor en dinero. Es decir que era excepcional el que los inmuebles poseídos antes del matrimonio entraran al haber social, en este caso siempre había lugar a restitución.

b) Los inmuebles adquiridos durante la existencia de la sociedad a título oneroso, por causa o título anterior al matrimonio, según lo dispuesto por el Artículo 1792 del Código Civil cuyo texto es el siguiente:

" La especie adquirida durante la sociedad no pertenece a ella aunque se haya adquirido a título oneroso, cuando la causa o título de la adquisición ha precedido a ella.

Por consiguiente:

1). No pertenecerán a la sociedad las especies que uno de los cónyuges poseía a título de señor antes de ella, aunque la prescripción o transacción con las que haya hecho verdaderamente suyas se complete o verifique durante ella.

2). Ni los bienes que se poseían antes de ella por un título vicioso, pero cuyo vicio se ha purgado durante ella por la ratificación, o por otro remedio legal.

3) Ni los bienes que vuelvan a uno de los cónyuges por la nulidad o resolución de un contrato, o por haberse revocado una donación,

4) Ni los bienes litigiosos y de que durante la sociedad ha adquirido uno de los cónyuges la posesión pacífica.

5) Tampoco pertenecerá a la sociedad el derecho de usufructo, que se consolida con la propiedad que pertenece al mismo cónyuge: Los frutos sólo pertenecerán a la sociedad.

6) Lo que se paga a cualquiera de los cónyuges por capitales de crédito constituídos antes del matrimonio, pertenecerán al cónyuge acreedor.

Lo mismo se aplicará a los intereses devengados por uno de los cónyuges antes del matrimonio, y pagados después.

c) De acuerdo con los Artículos 1782 y 1788 los bienes adquiridos separada o conjuntamente por los cónyuges durante la vigencia de la sociedad a título gratuito. Las reglas que hacen que todos los muebles ingresen a la sociedad, han llevado a la doctrina y la jurisprudencia a la conclusión de que los artículos citados se refieren únicamente a los bienes inmuebles.

d) Los muebles, que acogiendo la facultad conferida a los cónyuges

ges por el inciso segundo del numeral 4 del Artículo 1781, se hubieren excluído expresamente (mediante capitulaciones matrimoniales o lista firmada por ellos y por tres testigos) de la sociedad.

e) El inmueble subrogado a otro inmueble o a valores propios (Código Civil Artículo 1783) las reglas para la existencia y válidez de esta subrogación las contiene el Artículo 1789 del Código Civil.

f) Los aumentos materiales de bienes propios. Aquí cabe distinguir si el aumento se produce por causas naturales (Artículo 1827 en concordancia con el Artículo 1783 del Código Civil) , no hay lugar a recompensar a la sociedad; pero si se deben a expensas hechas en el bien, se adeuda a la sociedad el valor de ellas.⁴

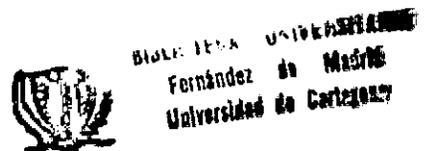
g) Los vestidos y muebles de uso personal necesario .⁵

2.2.7 Administración

El las reglas de la sociedad conyugal se pueden distinguir dos clases alternativas de administración.

⁴ Artículo 1802 del Código Civil

⁵ Artículo 1975 Incs, final



2.2.7.1 La Administración Ordinaria

Corresponde al marido, ya que así lo dispone el Artículo 1805 del Código Civil el cual reza así:

" El marido es el jefe de la sociedad conyugal, y como tal administra libremente los bienes sociales y los de su mujer; sujeto, empero, a las obligaciones , que por el presente título se le imponen y a las que haya contraído por las capitulaciones matrimoniales".

Este sistema de administración de la sociedad fué concebido por Bello desde los primeros proyectos (Artículo 21 y s.s. del proyecto de 1842; 259 y s.s. del Proyecto de 1847; 1908 y s.s. de los Proyectos de 1853 e inédito.)

Las facultades del marido eran ampliar (administrar libremente dicen los textos citados) en materia de administración y sólo estaban limitadas por las capitulaciones matrimoniales y por las disposiciones del Código tendientes a proteger los intereses de la mujer. Dichas limitaciones que no se extendían al manejo de sus bienes propios se contraían a la obtención del consentimiento de la mujer o de la autorización subsidiaria del juez, para gravar enajenar o dar en arrendamiento ciertos bienes⁶, para ejercitar

⁶ Artículo 1810 Código Civil

ciertas acciones y solicitar medidas en casos en los cuales tuviera interés la mujer (como pedir partición, nombrar partidor en sucesión, repudiar asignaciones, etc)

2.2.7.2 Administración Extraordinaria

" La mujer que en el caso de interdicción del marido, por larga ausencia de este sin comunicación con su familia, hubiere sido nombrada curadora del marido, o curadora de sus bienes, tendrá por el mismo hecho la administración de la sociedad conyugal." ⁷

Los antecedentes de esta norma diferían sustancialmente de la redacción final, por cuanto en los proyectos el señor Bello había concebido que la mujer, para administrar la sociedad conyugal en los casos de impedimento permanente del marido, no requería ser designada curadora de éste, sino que el derecho de administración le era diferido directamente por la ley; previo decreto del juez, y sólo cuando por falta de edad o por otro impedimento físico o moral no fuera idónea para la administración, podía el juez nombrar curador a la sociedad." ⁸

En los Artículos 1923 y s.s. del proyecto de 1853, se introdu

⁷ Artículo 1814 Código Civil

⁸ Proyecto de 1842 Artículo 35 y 45; Proyecto de 1847 Art. 272 y 277.



ce el requisito de " Haber sido nombrada curadora del marido o de sus bienes" para administrar la sociedad, pero siempre que, el marido tuviera apoderado para administración general de sus negocios, o fuere nombrado curador un tercero, apoderado o curador en su caso, administraría la sociedad.

3. REGIMEN ACTUAL SOBRE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

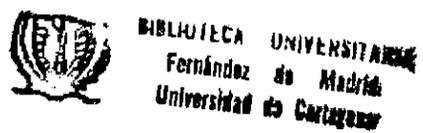
3.1 CONCEPTO Y CONTENIDO DE LAS CAPITULACIONES

3.1.1 Concepto y Libertad de Estipulaciones

" Se conocen con el nombre de capitulaciones matrimoniales las convenciones que celebran los esposos antes de contraer matrimonio, relativas a los bienes que aportan a él, y a las donaciones y concesiones que se quieran hacer el uno al otro, de presente o futuro"⁹.

Se dice que son convenciones, por cuanto nacen del acuerdo real de voluntades de los esposos (antes de contraer matrimonio) sobre un objeto de interés jurídico, cual es el de la modificación del sistema de la sociedad conyugal en lo relativo a los bienes que aportan a él, y a las donaciones y concesiones que se quieran hacer el uno al otro, de presente o de futuro..

⁹ Artículo 1771 Código Civil



Su celebración es un acto jurídico intuita personae, por lo tanto no se puede delegar.

Las capitulaciones matrimoniales pueden definirse, con Castan¹⁰, como un contrato celebrado entre los futuros cónyuges, antes del matrimonio, con el fin casi exclusivo de fijar el régimen a que debe sujetarse los bienes del mismo.

El contrato de capitulaciones matrimoniales se otorga por las personas que van a unirse en matrimonio, de manera que, se otorga una vez casados, no existen verdaderas capitulaciones.

Su finalidad no solamente son los esposos los que quedan ligados por el contrato matrimonial son relación a sus bienes sino lo son también los terceros.

3.1.1.2 Limitaciones Legales

" Las capitulaciones matrimoniales no contendrán estipulaciones contrarias a las buenas costumbres ni a las leyes. No serán, pues en detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge respecto del otro o de los descendientes comunes."¹¹

¹⁰ Derecho Civil Español, Común y Foral. T.V.V. 1 pág.77

¹¹ Artículo 1773 Código Civil

Se tienen como pactos prohibidos los contrarios a la naturaleza y fines del matrimonio, a la libertad de los derechos del individuo, o en general a la moral y buenas costumbres, entre los que podemos citar el que revela a uno de los conyuges de sus deberes morales para con el otro o para con la prole; el que priva a los conyuges del derecho de pedir la separación en caso de adulterio; el que prohíbe al cónyuge sobreviviente contraer segundas nupcias; serán de prohibición absoluta las estipulaciones referentes a que el contrato surta efectos aunque no se realice el matrimonio; establecer que todas las ganancias hayan de adjudicarse a uno sólo de los cónyuges, etc.

En consecuencia, las capitulaciones matrimoniales sólo pueden versar sobre tres aspectos jurídicos muy definidos :

1º Sobre aportaciones de bienes

2º Sobre donaciones

3º Sobre ciertas concesiones que quieran hacer los conyuges entre sí de presente o de futuro.

Sobre aportación de bienes. Las convenciones previas al matrimonio podrán acordar el no incluir dentro de la comunidad social ciertos bienes muebles, que estos permanezcan en cabeza o patrimonio individual del favorecido, pero con la consiguiente recompensa que

deberá tenerse en cuenta en la liquidación. Cuando se conviniere en prescindir de la recompensa, nos hallaríamos no ante una capitulación sino ante una verdadera donación.

3.1.2 Requisitos para el otorgamiento de Capitulaciones

3.1.2.1 Epoca y forma de celebración

Epoca de celebración

" No se podrá pactar que la sociedad conyugal tenga principio antes o después de contraerse el matrimonio; toda estipulación en contrario es nula".¹²

Las capitulaciones matrimoniales las celebran los esposos "antes de contraer matrimonio", según se consagra por definición, y en su contexto no podrá incluirse acuerdo donde conste que la sociedad conyugal puede tener principios antes o después de contraerse matrimonio, so pena de nulidad, según Inc. Art. 1777 (anteriormente citado).

Formalidades

" Las capitulaciones matrimoniales se otorgarán por

¹² Código Civil Inc. 20. Artículo 1777

escritura pública; pero cuando no ascienden a más de mil pesos los bienes aportados al matrimonio por ambos esposos; juntamente y en las capitulaciones matrimoniales no se constituyen derechos sobre bienes raíces, bastará que consten en escritura privada, firmada por las partes y por tres testigos domiciliados en el territorio."¹³

Normalmente las capitulaciones matrimoniales deben otorgarse en escritura pública ante Notario. Los autores jurídicos entienden que se trata de un requisito esencial, de modo que su falta produce la nulidad del acto.

Excepcionalmente y siempre que los bienes aportados sean muebles y cuyo valor no ascienda a más de mil pesos, bastará que consten en escritura privada, firmada por las partes y por tres testigos domiciliados en el territorio.

3.1.2.2 Capacidad de los Otorgantes

De acuerdo con el Artículo 1502 del Código Civil, para que toda manifestación de la voluntad produzca los efectos que la ley señala

¹³ Código Civil Artículo 1772

la, debe reunir cuatro requisitos: la capacidad, que es la aptitud de los futuros cónyuges para poderse obligar; consentimiento que es la exteriorización de la voluntad recíproca con el fin de obtener los efectos jurídicos deseados; el objeto lícito, o sea, el móvil o motivo determinante de quienes comparecen a celebrarlos.

El Artículo 1777 del Código Civil, establece " que el menos hábil para contraer podrá hacer capitulaciones matrimoniales, con la aprobación de la persona o personas cuyo consentimiento le haya sido necesario para el matrimonio".

Se establece en este artículo una protección al menor de edad para que en el momento de otorgar sus capitulaciones se encuentre asistido de personas que sepan guiarle y defender sus intereses. Y por ser algo tan ligado al matrimonio se considera que quienes deben asistirle no son sus representantes legales sino los que deben dar su consentimiento para el matrimonio.

Por disposición de la Ley 27 de 1977 la habilitación de edad ha desaparecido, al reducirse la mayoría de edad a los 18 años. Según lo anterior, corresponde a los padres otorgar el permiso, a falta de estos los ascendentes y, en última al curador general.

A falta de las personas que según el Artículo 1777 del Código Civil deben prestar el consentimiento para la celebración de las

capitulaciones matrimoniales, se tiene que recurrir al juez competente para que nombre un curador especial que otorgue o niegue el permiso respectivo.

En todo caso, para la celebración de capitulaciones matrimoniales es requisito imprescindible la intervención de la voluntad afirmativa del menor adulto por cuanto, lo sostiene Fueyo, se descarta la actuación exclusiva del representante legal.¹⁴

Caso del sordomudo. El Artículo 1504 del Código Civil, establece que el sordomudo que no pueda darse a entender por escrito, se le considera como absolutamente incapaz, a pesar de esto el Art 140 numeral 3 del Código Civil lo autoriza para que contraiga matrimonio válidamente, siempre que exprese con claridad su consentimiento. Sin embargo, esta excepción establecida para el matrimonio, debe tomarse estrictamente en razón de naturaleza, y no permite su extensión por vía analógica o interpretativa al otorgamiento de capitulaciones; en consecuencia, no se debe permitir al sordomudo celebrar capitulaciones matrimoniales.

3.1.3 Alteración de las capitulaciones

3.1.3.1 Modificaciones

¹⁴ FUEYO, Laneri Fernando. Derecho Civil. T. VI. Vol.II. Derecho de Familia. Valparaíso (Chile). Imprenta y Litografía Universo.pág 11

43

" No se admitirán en juicio de escrituras que alteren o adicionen las capitulaciones matrimoniales, a no ser que se hayan otorgado antes del matrimonio y con las mismas solemnidades que las capitulaciones"¹⁵

La Ley autoriza que se alteren las capitulaciones, siempre y cuando que se haga antes de contraer matrimonio y con las mismas solemnidades que las capitulaciones. La alteración puede entenderse en el sentido más amplio posible, por muy importante que sea, pues la ley exige, en realidad, las mismas condiciones que para su otorgamiento.

En primer lugar es imprescindible la anterioridad al matrimonio. De tal modo que todo lo efectuado posteriormente a su celebración es inexistente.

3.1.3.2 Efectos con relación a terceros

" Ni valdrán contra terceros las adiciones o alteraciones que se haga de ellas, aún cuando se hayan otorgado en el tiempo y con los requisitos debidos; a menos que se ponga un extracto o minuta de las

¹⁵ Código Civil. Inc. 1o. Artículo 1179

escrituras posteriores, al margen del protocolo de la
primera escritura.¹⁶

44

Si bien es cierto que el hecho de constar las alteraciones en escritura pública, tiene validez para los cónyuges, no ocurre lo mismo con respecto a terceros para quienes la ley impone unas condiciones, como las que ponga un extracto o minuta de las escrituras posteriores, al margen del protocolo de la primera escritura, condiciones sin las cuales no les perjudican las modificaciones efectuadas.

3.1.4 Ineficacia de las capitulaciones matrimoniales

3.1.4.1 Ambito de la ineficacia

Siendo las capitulaciones matrimoniales, convenciones, originan por lo tanto derechos y obligaciones sometidos a condición suspensiva, de lo cual se infiere que mientras no se celebre el matrimonio no surge el derecho o la exigibilidad de la obligación.

Del estudio de la ineficacia se desprenden tres instituciones:

a) La caducidad

¹⁶ Código Civil Inc. 20. Artículo 1779



b) La inexistencia

c) La nulidad

3.1.4.2 La caducidad

Las capitulaciones matrimoniales condicionan su nacimiento a la celebración del matrimonio.

La caducidad se efectúa, cuando otorgadas las capitulaciones no es posible celebrar el matrimonio, por ejemplo la muerte real o presunta de uno de los otorgantes.

Como la ley no establece un plazo fijado para su cumplimiento en el supuesto de transcurrir un tiempo prolongado entre la época de la celebración de las capitulaciones y la del matrimonio, la caducidad ha de someterse a las reglas generales de la prescripción extintiva, es decir que ellas tienen vigencia mientras no transcurra el plazo fijado por la ley para que prescriba su ejercicio. "Quien se aproveche de la prescripción debe alegarla , pues el juez no puede declararla de oficio."¹⁷

3.1.4.3 Inexistencia

¹⁷ Código Civil. Artículo 2513

Nuestra legislación civil no ha sistematizado la teoría de la inexistencia de los actos jurídicos como constitución nominada; esto ha sido obrado la doctrina y la jurisprudencia ; reciente mente con la vigencia del Código de Comercio, se ha reglamenta do, más para el ámbito puramente comercial.

Si partimos del supuesto real de que la inexistencia se configu ra tanto en el derecho matrimonial como en el común de los actos jurídicos, ya que el Código Civil no distingue en su articulado entre inexistencia y nulidad. Se afirma que el acto jurídico es inexistente cuando en su celebración se omite un elemnto de hecho que supone su naturaleza u objeto y en cuya ausencia es imposible concebirlo.¹⁸; de esto nacen estas características:

- a) La inexistencia no se declara, simplemente se verifica.
- b) Cualquier interesado puede solicitar esta verificación.
- c) El acto inexistente no puede ser susceptible de ratificación.

Comúnmente se ha considerado en la doctrina como caso de ine xistencia la falta total de consentimiento, la celebración del ac to por parte de personas ligadas con vínculo de matrimonio o por

¹⁸ SURES, Franco Roberto. Derecho de Familia. T.1. Bogotá, Editorial Temis. pág.149

47

personas distintas de los contrayentes. Sobre agregar que la suscripción de capitulaciones por personas del mismo sexo es por demás inexistente; por último, son inexistentes las capitulaciones en cuya celebración se omiten las formalidades de ley, como sería, la falta de escritura pública.

3.1.4.4 De la nulidad de las capitulaciones

Como todos los actos jurídicos, las capitulaciones matrimoniales pueden nacer con vicios de fondo o de forma que conduzcan a su nulidad, la cual obviamente variará en sus efectos, según sea la naturaleza del vicio, su origen o extensión. La nulidad puede ser absoluta o relativa.

Absoluta. Cuando las capitulaciones encierran un objeto o causa ilícitos, o cuando al celebrarse se omite un requisito que la ley considera indispensable; cuando fueren celebradas por incapaces; cuando se hayan celebrado por mujer menor de doce años u hombre menor de catorce años, etc.

Relativa. Esta llega a configurarse en los casos de incapacidad relativa en cabeza de cualquiera que, en el momento de ejecutar se el acto, adolezca de un vicio del consentimiento, error, fuerza o dolo. Sería el caso, v.gr, en que uno de los cónyuges, al aportar a la sociedad un bien inmueble para que se restituya, en dinero a la disolución, enajena otro; o como cuando, mediante presión física o moral ejercida sobre uno de los desposados,

se le obliga a renunciar a los gananciales; o cuando mediante maniobras o artificios fraudulentos se convence de la cesión de un bien en favor del otro cónyuge , y ello lo hace inclinar su voluntad de esta manera, puesto que si hubiese conocido la realidad no habría procedido así.

La naturaleza jurídica de las capitulaciones es la de ser accesorio del matrimonio, y las estipulaciones del contrato son condicionales por naturaleza. Por esto, la inexistencia o nulidad del matrimonio lleva consigo la nulidad de aquellas, ya que sin lo principal no puede existir lo accesorio. Ahora bien una vez contraído y válido el matrimonio, los efectos de la convención matrimonial se retrotraen, generalmente, al momento de su constitución.

3.1.5 Inmutabilidad de las Capitulaciones

3.1.5.1 Alcance de la Inmutabilidad

Después de haberse celebrado las capitulaciones matrimoniales, se entenderán irrevocablemente otorgadas y no podrán alterarse, ni aún con el consentimiento de la persona que intervino en ellas.¹⁹

El señor Bello fiel a la tesis de la inmutabilidad, acogida en

¹⁹ Código Civil. Artículo 1778

todo rigor por nuestro legislador, la fundamentó en el hecho de que el régimen patrimonial del matrimonio es de carácter accesorio y que, consecuentemente, participa de la naturaleza del régimen principal que es el matrimonio, el cual se mantiene bajo régimen integral hasta su disolución. Considera asimismo que con la inmutabilidad se protegen intereses de terceros, quienes desde los comienzos de la sociedad conyugal hasta su terminación conocen el régimen contractual a que están sometidos los esposos, sin temores de que varíe su estructura. Si bien es cierto que este criterio mereció aprobación, y hoy día parece exclusivamente riguroso, convendría modificarlo, permitiendo la celebración de capitulaciones dentro del matrimonio, pero, desde luego, sometidas a un régimen jurídico de garantía para los terceros.

3.1.5.2 Libertad para escoger un régimen económico matrimonial

" Las capitulaciones matrimoniales no contendrán estipulaciones contrarias a las buenas costumbres ni a las leyes. No serán, pues, en detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge respecto del otro o de los descendientes comunes".²⁰

Por lo tanto, se tendrían como estipulaciones prohibidas, aque

20

Código Civil. Artículo 1773



llas que socaben los principios del orden público, las de prescindir de la sociedad conyugal, las que menoscabe los derechos que se adquirieran por el matrimonio, y en cuanto al régimen personal de los cónyuges, v.gr., renunciar al derecho de intentar el divorcio o la deparación de bienes, acordar modificaciones al régimen de la patria potestad, sobre los hijos, etc., convenir estipulaciones en perjuicio de terceros, como sería una sociedad de bienes en perjuicio de los intereses de los hijos futuros; someter a condición o plazo el nacimiento de la sociedad, o prescindir íntegramente de su régimen, etc.

4. DONACION POR RAZON DE MATRIMONIO Y ENTRE CONYUGES

4.1 CONCEPTO

Según lo estatuye el Artículo 1842 del Código Civil, las donaciones por causa del matrimonio son actos por los cuales un esposo transfiere gratuitamente al otro, antes de contraer matrimonio y en consideración a este, una parte de sus bienes; así mismo, se comprenden dentro de esta especie de donación las que un tercero hace a cualquiera de los esposos antes o después de celebrarse el matrimonio, pero también en consideración a éste.

4.1.1 Régimen Legal

Según expresa disposición del Artículo 1843 del Código, las donaciones por causa de matrimonio se sujetarán a las mismas normas que reglan las donaciones entre vivos o de presente, pero deberán constar además por escritura pública, o por confesión de un tercero.

Ello quiere decir que el Artículo 1843 reafirma que las donaciones por causa del matrimonio reciben el mismo tratamiento que las

donaciones entre vivos reglamentadas por el título XII del libro 3o. del Código Civil, salvo aquellas normas específicas que se refieren directamente a ellas.

Por lo demás, la norma del Artículo comentado impone como formalidad de aprobación el que consten en escritura pública, cuyo registro debe cumplirse si se hacen recaer sobre derechos relacionados con bienes inmuebles (Artículo 1457) o cuando provengan de terceros; si se refieren a bienes muebles, bastará con la sola confesión del donante.

La norma general prevista en el Artículo 1458, consiste en que toda donación entre vivos debe insinuarse, no es aplicable el caso de las donaciones entre cónyuges por causa del matrimonio por expresa disposición del Artículo 1463, que reza: "Las donaciones que con los requisitos debidos se hagan los esposos uno a otro en capitulaciones matrimoniales, no requieren insinuación ni otra escritura pública que las mismas capitulaciones, cualquiera que sea la clase o el valor de las cosas donadas". Según esto, cuando el objeto de la donación es un bien inmueble, ingresa al patrimonio propio del cónyuges; pero si se trata de bienes muebles o simplemente dinero, ingresarán al haber relativo, tal como lo dispone en los numerales 3o. y 4o. del Artículo 1781 y en el 1788, del Código Civil.

4.1.2 Especies de donaciones con causa del Matrimonio

Del conocimiento del Artículo 1842 del Código, surgen dos categorías de donaciones con causa u ocasión del matrimonio:

a) Las donaciones que un esposo hace a otro antes de la celebración del matrimonio y en consideración a él. Estas donaciones pueden constar en capitulaciones matrimoniales, tal como lo prevé en forma expresa el Artículo 1771 del Código Civil, o simplemente en documento diferente, pero en uno y otro caso se presume la condición de celebrar matrimonio. Las donaciones irrevocables entre cónyuges hallándose vigente el matrimonio, son un imposible legal.

Las donaciones entre cónyuges están exentas del requisito de la insinuación están limitadas en su cuantía a la cuarta parte de los bienes de propiedad del donante (artículo 1844), con lo cual el legislador parece haber tenido en cuenta la forma de disponibilidad de todo causante en la sucesión de sus bienes.

De esta limitación sostiene don Fernando Vélez.

" Es consecuencia que el exceso sobre ella sea nulo Artículo 1458, nulidad que puede declararse, disuelta la sociedad conyugal, en el juicio de liquidación de ésta. Antes de disolverse podría quizá ser admisible la declaración de nulidad en controversia entre el marido y la mujer (Artículo 181)

Mientras subsista la sociedad, no parece aceptable prescripción ninguna contra la acción correspondiente, porque aquella debe estar suspendida (Artículo 2530)" 21

b) Las donaciones que un tercero hace a cualquiera de los esposos antes o después de celebrar el matrimonio, y en consideración a él. Este tipo de donación con causa del matrimonio le permite al tercero donar bienes a los cónyuges antes de celebrarse el matrimonio o con posterioridad a él; pero, en consideración a su validez misma, el legislador no somete esta especie de donación a limitación alguna en su cuantía. Dicha donación debe insinuarse y en la escritura respectiva deberá expresarse la causa del matrimonio; de lo contrario, esto no se presume salvo en confesión del tercero. (artículo 1843)

4.1.3 Donaciones Modales

El Código Civil en su Artículo 1845 dispone que las donaciones por causa del matrimonio pueden someterse a plazo, condición o carga. Por principio toda donación con causa de matrimonio es condicional, por cuanto en todas ellas se entiende la condición de celebrarse o haberse celebrado el matrimonio; sin embargo, la norma se refiere a que las donaciones de este tipo pueden someterse, a condición o plazo suspensivo o resolutorio, o a una carga específica; en este aspecto les serían aplicables los artículos co

rrespondientes al Título XIII del libro 3 del Código Civil y de más disposiciones que lo complementan o adicionan.

4.1.4 Revocación de las Donaciones

Según lo dispuesto en el Artículo 1846, una vez declarada la nulidad del matrimonio, podrán revocarse todas las donaciones que por causa de él se hayan hecho al que lo contrajo de mala fé, con tal que de la donación y de su causa haya constancia en escritura pública.

Esta norma concede al donante el derecho a la revocatoria de su donación cuando la causa de que fuere objeto (el matrimonio) se declara nula; por lo demás, como ya se dijo anteriormente, el aspecto probatorio de la causa difiere de la donación entre cónyuges y la donación proveniente de un tercero. Mientras que en las primeras la donación se presume por causa del matrimonio, aunque no se exprese, en las segundas se exige, además de la escritura pública, que se exprese su causa.

La acción de revocatoria está reservada al donante, cónyuge o tercero, contra el que obra de mala fé, mal podrá alegar en su causa; por el contrario, el tercero que pretenda la renovación solo podrá hacerla valer contra el cónyuge que ha actuado de mala fé.

²⁰ VELEZ, Fernando. Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano. T.VII Imprenta París-América 1973, pág. 151.



4.1.5. Acción de Revocatoria frente a la no consumación del Matrimonio

" Si por el hecho de uno de los cónyuges se disuelve el matrimonio antes de consumarse, podrán revocarse las donaciones que por causa del matrimonio se les hayan hecho en los términos del Artículo 1846".

" Carece de esta acción revocatoria el cónyuge por cuyo hecho se disuelve el matrimonio."²²

En relación con la norma transcrita, me permito traer a colación el concepto de don Fernando Vélez, quien sostiene:

" Es extraño que en nuestro Código que no reconoce, tal como se le sancionó, otro matrimonio que el civil, se hubiese consignado el Artículo 1848 el cual puede tener hoy aplicación respecto de los matrimonios católicos, porque estos en cuanto a la manera de celebrarse, de anularse y de divorciar a los cónyuges, están sometidos a las disposiciones canónicas. Este artículo no sería aplicable a los matrimonios civiles, que no se disuelven según el artículo 152, sino por la muerte de uno de los cónyuges."²³

²² Código Civil Artículo 1848

²³ Ibidem pág 263

5. LA SUBROGACION

5.1 SUBROGACION EN GENERAL

La subrogación, es el reemplazo de un bien por otro o de una persona por otra relación jurídica, su efecto inmediato radica en que la persona o bien que se quiere reemplazar, queden amparados por el mismo régimen jurídico a que estaban sometidos.

Ejemplo: Carlos es deudor de Antonio por \$50.000.00
Pedro amigo de Carlos, paga a Antonio los \$50.000.00
En consecuencia:
Carlos pasa a ser deudor de Pedro por \$50.000.00

En este caso la subrogación es de persona a persona.

Ejemplo: Carlos, casado, con sociedad conyugal vigente, vende un bien de su propiedad.

Con el producto de esta venta compra otro bien, con el lleno de los requisitos y formalidades propios de la subrogación.



De lo anterior concluimos, que el bien que Carlos compró, vino a ocupar el bien que había vendido.

En este caso nos encontramos frente a una subrogación real, es decir el reemplazo de un bien por otro bien.

De lo anterior podemos concluir que existen dos clases de subrogación: personal y real.

Subrogación Personal: Es la sustitución de una persona por otra, manteniendo siempre la misma situación o relación jurídica "La subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero, que le paga."²⁵

Subrogación Real: Según lo anota Pothier, es:

"Una ficción del derecho por la cual una cosa que yo he adquirido en lugar de otra que he enajenado, toma el lugar de la cosa enajenada, en cuyo lugar ha sido adquirida y a la cual ha quedado subrogada."²⁶

²⁵ Código Civil. Artículo 1666

²⁶ POTHIER Joseph. Tomado de Louis Josserand. Derecho Civil. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América. Bosch, 1961 Pág 155

La subrogación real es el reemplazo de un bien por otro bien, dentro del patrimonio dividido en varias categorías, como en el caso de los cónyuges donde existen bienes propios y los bienes sociales".

Entendemos por bienes sociales todos aquellos que se hayan adquirido a título oneroso durante el matrimonio, sin embargo el Artículo 1783 estipula que, no obstante, no entrarán a formar parte del haber social los inmuebles que queden debidamente subrogadas a otros propios de algunos de los cónyuges, ni las cosas compradas con valores propios de cada uno de estos, destinados a ellos en estipulaciones matrimoniales o en una donación por causa de matrimonio.

5.1.1 Clasificación

Del análisis de los Artículos 1783, 1789 y 1790 se infiere que la subrogación real respecto a los bienes de los cónyuges, en relación con la sociedad conyugal, puede ser de dos clases:

- a) Subrogación de inmueble a inmueble.
- b) Subrogación de inmueble a valores.

5.1.2 Subrogación de Inmueble a Inmueble

Esta situación se presenta cuando un inmueble propio de uno de los cónyuges, se sustituye o subroga por otro inmueble; ello puede hacerse por venta o permuta.

" En tratándose del contrato de compraventa o de permuta de bienes raíces, para que se verifique el fenómeno de la subrogación (Artículo 1789), es necesario que con el precio de la venta de un inmueble propio de uno de los cónyuges, se haya comprado otro bien raíz o que permute el bien de uno de ellos por otro, y que por tanto en la escritura de venta, como en la de compra o permuta, se exprese el ánimo de subrogar. Es evidente que lo importante es la expresión de tal ánimo, sin que sea necesario el empleo de los términos especiales.

" Cuando el inmueble propio de uno de los cónyuges se enajena con las solemnidades legales, el precio obtenido como mueble que es, pasa a ser propiedad de la sociedad conyugal, con cargo de restitución al respectivo cónyuge (Artículo 1781 Ord. 2o.); pero, si no quiere llegar a ese resultado, se puede verificar la operación de nominada subrogación, en virtud de la cual puede adquirirse otro inmueble que reemplace al enajenado en el patrimonio exclusivo del cónyuge enajenante.

" Para que esta operación se efectúe, es necesario:

- a) Que un inmueble se haya permutado por el otro.
- b) O que, vendido el uno durante la sociedad conyugal, se haya comprado con su precio el otro, y
- c) Que en la escritura de permuta, en el primer caso, o en las ventas y compra, en el segundo, se exprese el ánimo de subrogar (Artículos 1781, Ord 1 y 1789)

" La subrogación, en el fondo, no es sino el cambio de una propiedad por otra"²⁷

Para que ocurra la subrogación, es menester que se cumplan los siguientes requisitos:

1o. Que el bien vendido o permutado sea de propiedad de uno de los cónyuges.. Esta condición, del todo evidente en sí misma, es consecuencia del fin que se persigue con la subrogación. Sin embargo, cabe preguntar: Existiría subrogación en el caso de que primero se compre el bien que se va a subrogar al otro, y luego se venda al que pretenda subrogarse?

A este respecto ha sostenido la corte:



" Puede comprarse para la sociedad conyugal un inmueble con el ánimo de subrogarlo a otro que sea propiedad de uno de los cónyuges y que pretenda vender, sin que ese ánimo implique subrogación, hasta tanto que no se realiza la venta proyectada, expresando también en la escritura el ánimo de hacer la subrogación, y efectuándose, por consiguiente, la compensación de valores y la sustitución de un inmueble por otro, sin que sufra en lo mínimo el patrimonio de la sociedad conyugal. Y aquí cabe expresar que por el hecho de manifestar en la compra del inmueble que hace la sociedad conyugal el ánimo de subrogar, no por ello hay subrogación, pues ésta no se verifica sino cuando se realiza la venta del bien que va subrogarse al comprado anteriormente, expresándolo así en las escrituras, con lo cual desaparece el argumento de peligro de que hubiera dos inmuebles, que pertenecieron a un mismo tiempo exclusivamente, a uno de los cónyuges: el propio y el que comprará para subrogar a aque. El Artículo 1789 del Código Civil contempla el caso de que, vendido un inmueble perteneciente a uno de los cónyuges, durante el matrimonio., se compre con su precio otro para subrogarlo al primero. Y esa prescripción se cumple siempre que se lleve a cabo la inversión, sin para mientes en que la

27

Cas. 29 de Agosto de 1949. G.J. T, LXVI, pág. 382

63
venta del inmueble propio se verifique antes o después de la compra del que ha de reemplazarlo."²⁸

Como la subrogación tiene por finalidad la protección del patrimonio propio de cada cónyuge llevado al matrimonio, será jurídicamente posible que se configure la subrogación siempre y cuando que se cumplan los demás requisitos que ella exige para su validez, nada más natural que un cónyuge, obligado por las circunstancias del momento, tenga que realizar la compra del bien antes de la venta del de su propiedad, y se entienda que ha cumplido con la subrogación, pues en realidad, lo que se ha pretendido es conservar la intangibilidad de su patrimonio sin menoscabo del patrimonio del otro cónyuge o del de la sociedad.

2o. Que se exprese el ánimo de subrogar.

"En la subrogación real por permuta es indispensable que el ánimo de subrogar se exprese en la misma escritura; no podría, por tanto, manifestarse en una escritura posterior, ni deducirse de antecedentes por explícitos que fueses. El texto del Artículo 1789 del Código Civil es claro en el particular y no admite interpretación distinta."²⁹

²⁸ Cas. 13 Abril de 1932 XXXIX, pág. 587

²⁹ Cas. 4 Dic. 1972, CXLIII, pág. 263

En todo caso, es condición indispensable que el ánimo de subrogar aparezca establecido sin lugar a dudas en los instrumentos que protocolizan la subrogación. Es un imposible legal manifestar la voluntad de subrogar en instrumento público posterior el acto de permuta o a los de compra venta.

3o. Que exista proporcionalidad entre el valor del bien enajenado y el valor del bien adquirido.

La igualdad matemática en el valor de los bienes que son materia de la subrogación solo ocurre excepcionalmente. Si la Ley exigiera esa igualdad, la subrogación no llegaría a ocurrir jamás. Atendiendo a esta circunstancia, la ley permite la subrogación aún cuando haya diferencia de valores entre los inmuebles, acudiendo al sistema de las recompensas para evitar los enriquecimientos injustos.

Ejemplo: Juan y Cristina son casados.

Juan tiene una casa de su propiedad cuyo valor es de	\$400.000.00 y
quiere cambiarla por otra de	<u>500.000.00</u>
Mayor valor de la finca que compra	\$100.000.00 =====

En las dos escrituras manifiesta, el deseo de subrogar, pero como Juan tuvo que tomar \$100.000.00 de la sociedad, quedará debiéndole a la sociedad este valor. Si la operación hubiera sido al con

trario, sería la sociedad la que le quedaba debiendo a Juan.

Sin embargo, la diferencia de valores entre los bienes materia de la subrogación tiene un límite.

"Si se subroga una finca a otra, y el precio de venta de la antigua finca excediere al precio de compra de la nueva, la sociedad deberá este exceso al cónyuge subrogante; y sí, por el contrario, el precio de compra de la nueva finca excediere al precio de venta de la antigua, el cónyuge subrogante deberá este exceso a la sociedad.

"Si permutándose dos fincas, se recibe un saldo en dinero, la sociedad deberá este saldo al cónyuge subrogante; y si, por el contrario, se pagare un saldo, lo deberá, dicho cónyuge a la sociedad.

"La misma regla se aplicará al caso de subrogarse un inmueble a valores.

"Pero no se entenderá haber subrogación, cuando el saldo en favor o en contra de la sociedad excediere a la mitad del precio de la finca que se recibe, la cual pertenecerá entonces al haber social, quedando la sociedad, obligada al cónyuge por el precio de la finca enajena

66

da o por los valores invertidos, y conservando este el derecho de llevar a efecto la subrogación comprando otra finca"³⁰

Como se puede observar, el último inciso transcrito es el que fija el límite en cuanto al valor de los inmuebles, para determinar la proporcionalidad de tal manera, que si se excede tal límite, se entenderá que no hay subrogación, para mayor comprensión expongo, a continuación unos ejemplos:

Ejemplo N° 1, caso en el cual el cónyuge le queda debiendo a la sociedad conyugal.

Valor del inmueble propio del cónyuge	\$100.000.00
Valor del inmueble adquirido	110.000.00
Mitad del inmueble del bien adquirido	55.000.00
Préstamo que la sociedad le hace al cónyuge	10.000.00

Como podemos observar el préstamo que la sociedad hace al cónyuge es de \$10.000.00, valor éste que no excede a la mitad del precio de la finca que se recibe \$55.000.00, por lo tanto la subrogación tiene lugar. Como se supone que el cónyuge los \$10.000.00 de más que pagó por el bien adquirido los tomó de la sociedad, en consecuencia le queda debiendo este valor a la sociedad.

³⁰

Código Civil. Artículo 1790



67

Ejemplo No. 2, caso en el cual la sociedad queda deudora del cónyuge.

Valor del inmueble propio del cónyuge	\$100.000.00
Valor del inmueble adquirido	90.000.00
Mitad del valor del inmueble adquirido	45.000.00
Valor que la sociedad queda debiendo al cónyuge	10.000.00

Este caso es lo contrario del ejemplo anterior, ya que la sociedad es la que le queda debiendo al cónyuge \$10.000.00

Casos en los cuales no hay subrogación, ya que el saldo a favor o en contra de la sociedad excede a la mitad del precio de la finca que se recibe.

Ejemplo No. 1, Saldo a favor de la sociedad

Valor del inmueble propio del cónyuge	\$100.000.00
Valor del inmueble adquirido	300.000.00
Mitad de este valor	150.000.00
Saldo a favor de la sociedad	200.000.00

Ejemplo No. 2, Saldo en contra de la sociedad.

Valor del inmueble del cónyuge	\$300.000.00
Valor del inmueble adquirido	100.000.00

Saldo contra la sociedad

200.000.00

68

Como se puede apreciar en estos dos casos se ha expuesto el a favor (Ejemplo No. 1) y el saldo en contra (Ejemplo No. 2) de la sociedad excede en la mitad del inmueble adquirido, en estos casos no existe subrogación, en consecuencia el nuevo bien adquirido entra a la sociedad conyugal, quedando en el primer caso el cónyuge con una deuda a favor de la sociedad por \$200.000.00; y en el segundo la sociedad le queda debiendo al cónyuge \$200.000.00.

5.1.3 Subrogación de Inmuebles a Valores

" No obstante lo dispuesto en el artículo precedente no entrarán a componer el haber social.....

"2) Las cosas compradas con valores propios de uno de los cónyuges, destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales o en una donación por causa de matrimonio."³¹

De acuerdo con la norma transcrita, deben cumplirse los siguientes requisitos:

1o) Que se compre un inmueble con valores propios de los cónyuges

³¹ Código Civil. Inc. 2o. Artículo 1783

ge , destinados para ellos en capitulaciones matrimoniales o en una donación por causa de muerte. Como ya se vió anteriormente, los cónyuge pueden mediante capitulaciones matrimoniales, excluir de la sociedad ciertos bienes muebles para efectos de que permanezca en su patrimonio personal, una vez celebrado el matrimonio. A estos bienes es a los que se refiere precisamente la disposición comentada.

2o) Es necesario que en la escritura de compra se deje constancia , que la adquisición se hace con los citados valores y con el ánimo de subrogar. La subrogación por tratarse de una institución de excepción, debe quedar perfectamente establecida en los instrumentos en que ella se consagre.

3o) Que exista cierta proporcionalidad entre los valores y el inmueble que se adquiere. Son aplicables en este caso todos los principios acerca de la proporcionalidad que debe existir en la subrogación de inmueble a inmueble.

La subrogación de mueble a mueble no es legalmente posible, ello se colige claramente del estudio de las normas que reglamentan la subrogación que se está estudiando.

Consecuencias que se pueden originar en caso de que no haya subrogación al enajenar un inmueble, de acuerdo con el Artículo 1790.

1o) El inmueble adquirido entra a formar parte del haber social.

Si por cualquier causa no se cumple con uno de los requisitos, exigidos por la ley para la subrogación, v.gr., la falta de constancia en las escrituras mediante las cuales se realizan los actos jurídicos propios de la subrogación, o no se da la proporcionalidad exigida por la ley, el bien adquirido entra a formar parte del haber social.

2o) La sociedad queda obligada, para con el cónyuge por el precio de la finca enajenada o por el valor de los bienes invertidos.

Esta es una clara consecuencia, ya que tiene por finalidad evitar un enriquecimiento injusto favorable a la sociedad y perjudicial para el cónyuge enajenante. Así lo ha previsto el legislador en el Inc. 4o. del artículo 1790, según el cual cuando la subrogación no llega a efectuarse, respecto al bien adquirido con los dineros de resultantes de la venta de un bien propio del cónyuge la sociedad para con el cónyuge "Por el precio de la finca enajenada o por los valores invertidos".

El cónyuge conserva el derecho de llevar a cabo la subrogación comprando otra finca.

³² Código Civil. Inc. 4o. Artículo 1790

71

Si el cónyuge propietario ha enajenado el bien, pero por cualquier causa legal no es posible efectuar la subrogación, y en la escritura de venta se ha estipulado el ánimo de subrogar el cónyuge conserva la facultad de exigir que se le permita adquirir otro bien con el fin de que se reconozcan sus derechos.

6. DE LA RECOMPENSA

6.1 GENERALIDADES

6.1.1 Noción

" La recompensa, son el conjunto de créditos o indemnizaciones en dinero, que se hacen valer en el momento de liquidar la sociedad conyugal, a fin de que cada cónyuge aproveche los aumentos y soporte en definitiva, las cargas que legalmente le corresponden. Más corto , recompensas son los créditos que marido, mujer y sociedad pueden reclamarse recíprocamente."³³

6.1.2 Clasificación

De la definición anterior podemos colegir que las recompensas se clasifican en:

- 1) Recompensas que debe la sociedad a los cónyuges

³³ SOMARRIVA undurruga, Manuel. Derecho de Familia. Santiago de Chile, Editorial Nacimiento, 1946, pág. 234

2) Recompensas que deben los cónyuges a la sociedad conyugal.

3) Recompensas que deben los cónyuges entre sí.

6.1.2.1 Recompensas que debe la sociedad a los cónyuges

a) Aporte de bienes muebles

"3o) Del dinero que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante él adquiriere, obligándose la sociedad a la restitución de igual suma;

"4o) De las cosas fungibles y especies muebles que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante el adquiriere (sic); quedando obligada la sociedad a restituir su valor según el que tuvieron al tiempo del aporte o de la adquisición."³⁴

De acuerdo con los Artículos que ha transcrito, la sociedad conyugal está en la obligación de restituir a los cónyuges y por su valor al momento de constituirse la sociedad, los dineros, las cosas fungibles y las especies muebles que estos aportaron a la celebración del matrimonio. Ya que estos fueron aportados por los esposos a la sociedad de manera provisional y con destino a incrementar el haber relativo

³⁴ Código Civil. Artículo 1781

de ella, pero con la condición por parte de la sociedad, de devolver los por el valor equivalente.

En el momento que el cónyuge aporta los bienes a la sociedad, se da origen a un crédito en donde: el acreedor es el cónyuge y el deudor la sociedad conyugal, y el valor del crédito será el que tenga el bien en este momento. El derecho a exigir la restitución nace en el momento de la disolución de la sociedad conyugal.

Es necesario observar que cuando un bien mueble de propiedad de uno de los cónyuges al momento de la celebración del matrimonio, continúa en cabeza de su titular aunque con el carácter de bien social si este bien dentro del devenir de la sociedad se llega a valorizar esta valorización le corresponde a la sociedad; si por el contrario, el bien se desvaloriza esta pérdida la soporta la sociedad.

Ejemplo:

Juan en el momento del matrimonio tiene acciones de Acerrias Paz del Río S.A. por un valor de.....\$150.000.00

Diez años después y con motivo de la liquidación de la sociedad conyugal estas acciones tienen un valor de..... 300.000.00

Valorización de las acciones..... \$150.000.00

La valorización de las acciones es decir los \$150.000.00 corresponden a ganancias de la sociedad y por lo tanto acrecerá por partes iguales el patrimonio personal de cada cónyuge.

b) Venta de algún bien del marido o de la mujer

" Vendida alguna cosa del marido o de la mujer, la sociedad deberá el precio al cónyuge vendedor, salvo en cuanto dicho precio se haya invertido en la subrogación de que habla el artículo 1789, o en otro negocio personal del cónyuge de quien era la cosa vendida, como en el pago de sus deudas personales, o en el establecimiento de sus descendientes de una matrimonio anterior.³⁵

Este Artículo se refiere a los casos en que se enajena un bien inmueble propio de uno de los cónyuges, pero que no ha sido subrogado por otro, porque no se cumplió la proporcionalidad reglada en el Artículo 1789 o porque no se dejó constancia del ánimo de subrogar en las escrituras de venta y compra.

Cuando se presenten estos casos, la sociedad se convierte en deudora del cónyuge, por un valor equivalente a la cosa vendida, deuda

³⁵ Código Civil. Artículo 1797



ésta que podrá hacerse efectiva después de la disolución.

Sin embargo, la norma transcrita estipula que si los dineros provenientes de los cónyuges, tal como ocurre con el pago de sus deudas personales, o el establecimiento de sus descendientes habidos fuera del matrimonio, en este caso, la recompensa no es posible.

c) El bien raíz que aporta la mujer para que se le restituya en dinero.

"6o) De los bienes raíces que la mujer aporta al matrimonio, apreciados para que la sociedad le restituya su valor en dinero."³⁶

Como se puede observar según lo dispuesto en la norma transcrita, la sociedad conyugal está en la obligación de pagar los bienes raíces que la cónyuge aportó al matrimonio, valor éste que le será restituído en dinero.

d) En caso de subrogación cuando el valor de la cosa vendida excede el valor de la adquirida.

Se dan con frecuencia los casos en que el valor del inmueble que vende el cónyuge propietario es mayor su valor al del bien adqui

³⁶ Código Civil. NUm. 6o. Artículo 1781

rido, originando en esta forma un remanente en dinero que entra a en
grosaar el haber social y que por lo tanto da nacimiento a la re
compensa respectiva en favor del cónyuge enajenante.

Ejemplo:

El esposo vende un apartamento de su propiedad
por un valor de \$3'000.000.00

Con el producto de esta venta, compra otro apar
tamento por un valor de 2'500.000.00

Menos valor del nuevo bien adquirido \$ 500.000.00

Tanto en la escritura de venta como en la de compra, se dejó cons
tancia expresa del ánimo de subrogar.

Como se puede observar el nuevo bien costó \$500.000.00 menos que
el bien adquirido, por lo tanto el cónyuge enajenante se empobreció
en esta cantidad la cual fué a parar a la sociedad conyugal sin em
bargo, aquí nace el derecho a la recompensa, la cual unicamente,
se puede exigir después de la disolución.

e) Cuando con el dinero perteneciente a uno de los cónyuges, se
satisfacen deudas comunes.

Todas las erogaciones o expensas que ocasionen por gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, deben imputarse a gananciales. Si por cualquier circunstancia estas expensas se cubrieron con dineros propios de uno de los cónyuges, ha de entenderse que el pago de tales gastos se hace a cargo de la sociedad conyugal, salvo que el cónyuge perjudicado renuncie a este derecho. Para que surja esta recompensa se supone la reserva de dinero en capitulaciones matrimoniales.

Se puede dar el caso de que el esposo se reserva por medio de capitulaciones matrimoniales la titularidad y administración de unos dineros, los cuales destina para cancelar la educación de uno de los hijos comunes, al momento de la disolución de la sociedad conyugal puede solicitar que le cancelen estos valores con cargo a gananciales.

6.1.2. Recompensas que deben los cónyuges a la sociedad

a) Por pago de las deudas que la sociedad haya cubierto

" La sociedad es obligada al pago de:

3o) De todas las deudas personales de cada uno de los cónyuges, quedando el deudor obligado a compensar a la sociedad lo que ésta invierta en ello".³⁷

³⁷ Código Civil. Num. 3o. Artículo 1796

Si al momento de contraer matrimonio uno de los cónyuge adeuda a un tercero una suma de dinero y ésta se ha hecho constar en un título valor, que vende después de celebrado el matrimonio y por consiguiente estando en vigencia la sociedad conyugal; la sociedad está en la obligación de responder por el monto de la deuda; realizando el pago, se ocasiona simultáneamente un crédito en contra del cónyuge beneficiado con la cancelación y en favor de la sociedad, el cual implica la correspondiente recompensa una vez disuelta la sociedad y hallándose aún en estado de liquidación.

b) En caso de subrogación, cuando el precio de la compra es mayor que el de la venta.

En este caso, cuando uno de los cónyuges se enriquece a costa de la sociedad por el mayor del bien que adquiere, y en cuya cuantía la sociedad se empobrece, nace el derecho de exigir ese mayor valor por parte de la sociedad en el momento de la disolución.

c) Por toda donación que se hiciera cualquiera de los cónyuges de bienes pertenecientes al haber social.

" El marido o la mujer deberá a la sociedad el valor de toda donación que hiciera de cualquier parte del haber social, a menos que sea de poca monta, atendidas las fuerzas del haber social o que se haga para un objeto de eminente piedad o beneficencia sin cau

sar un grave menoscabo a dicho haber".³⁸

80

d) Por toda erogación que hiciera la sociedad estando vigente, por gastos que redunden en beneficio exclusivo de los cónyuges.

"En general, los precios, costos judiciales y expensas de toda clase que se hicieren en la adquisición o cobro de los bienes, derechos o créditos que pertenezcan a cualquiera de los cónyuges, se presumirán erogados por la sociedad, a menos de prueba contraria, y se le deberán abonar."³⁹

"Se le debe así mismo recompensar por las expensas de toda clase que se hayan hecho a los bienes de cualquiera, de los cónyuges en cuanto dichas expensas hayan aumentado el valor de los bienes, y en cuanto subsistiere este valor a la fecha de la disolución de la sociedad; a menos que este aumento de valor exceda al de las expensas, pues en tal caso se deberá solo el importe de éstas."⁴⁰

Como se puede apreciar en los artículos antes transcritos, el primero se refiere a precios, saldos, costos judiciales y a las expensas

38 Código Civil. Artículo 1798

39 Código Civil. Artículo 1802

40 Código Civil. Artículo 1825

46502



BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
Fernández de Madrid
Universidad de La Laguna

que se hicieren en beneficio de uno de los cónyuges y el segundo nos habla de las mejoras o expensas que se introdujeran a los bienes propios de los cónyuges, por lo tanto los pagos que se hagan con ocasión de estos dos conceptos, causa recompensa en favor de la sociedad y en contra de los cónyuges.

6.1.2.3 Recompensas que se deben los cónyuges entre sí

Dentro del desarrollo de la vida social suelen ocurrir los siguientes casos:

1) El daño grave o culposo que uno de los cónyuges cause a los bienes propios del otro cónyuge.

Cuando por resultado de esta acción ya sea grave o culposa uno, de los cónyuges menoscabe el patrimonio propio del cónyuge el cónyuge culpable está en la obligación de resarcir ese menoscabo o daño.

2) Si con los dineros propios de uno de los cónyuges, se pagan mejoras de los bienes del otro, el primero tiene derecho a solicitar que se le cancele ese valor mediante la respectiva recompensa.

3) Si uno de los cónyuges con sus dineros propios, reservados, capitulaciones, paga la deuda puede solicitar que se le devuelvan los dineros pagados por vía de recompensa.

4) Liquidación de recompensas

Para efectos de la liquidación de recompensas se consideran dos casos:

- a) Los cónyuges resultan deudores de la sociedad.
- b) La sociedad resulta deudora de los cónyuges.

Primer caso: Los cónyuges resultan deudores de la sociedad

" Se acumulará imaginariamente al haber social todo aquello de que los cónyuges sean respectivamente deudores a la sociedad por vía de recompensa o indemnización, según las reglas arriba dadas"⁴¹

Quando uno de los cónyuges, según la norma transcrita, resulta favorecido con el pago de una obligación personal, v.gr., una deuda anterior al matrimonio, o cuando al recurrir a la subrogación adquiere un bien de mayor valor que el enajenado, al concretarse la situación jurídica surge un crédito a favor de la sociedad y en contra del cónyuge favorecido, cuya exigibilidad nace desde el momento de la liquidación.

Ejemplo:

⁴¹ Código Civil. Artículo 1825

La esposa antes del matrimonio debe \$200.000.00, los cuales se pagan después de haberse celebrado el matrimonio, es decir estando ya en vigencia el matrimonio.

La sociedad después de 10 años, se disuelve por cualquiera de las causas contempladas en el Artículo 25 de la Ley la. de 1976.

Del proceso de liquidación, es decir después de haber restado a activo bruto el pasivo social, nos arroja un total de \$600.000.00.

En este caso se procede de la siguiente manera:

Valor del activo líquido de la sociedad	\$600.000.00
Valor de las recompensas de la esposa a favor de la sociedad	<u>200.000.00</u>
Suma total de gananciales	<u>=\$800.000.00</u>

En seguida pasamos a dividir los gananciales entre los socios, para lo cual procedemos así:

Valor de los gananciales	\$800.000.00
Mitad para cada uno de los cónyuges	
Para el esposo	\$400.000.00
Para la esposa	\$400.000.00

Menos el valor pagado por recompensas	<u>-200.000.00</u>	
	<u>\$200.000.00</u>	<u>\$200.000.00</u>
TOTAL ACTIVO LIQUIDO A DISTRIBUIR		<u>\$600.000.00</u>

Explicación:

Al momento de contraer matrimonio, la esposa tenía una deuda personal de \$200.000.00, después de celebrado el matrimonio, es decir cuando ya estaba en vigencia la sociedad conyugal, ésta pagó la deuda de la esposa, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 1796 Ord 3o del Código Civil en el momento de efectuarse el pago la sociedad se empobrecía en \$200.000.00 mientras que la esposa se enriquecía en esta misma cantidad. En este momento nace un crédito a favor de la sociedad y en contra de la esposa, crédito éste que se hace exigible desde la disolución de la sociedad y que debe cancelarse dentro del trámite de la liquidación.

Segundo caso: La sociedad resulta deudora de los cónyuges .

" Cada cónyuge", por sí o por sus herederos, tendrá derecho a sacar de la masa las especies o cuerpos ciertos que le pertenezcan y los precios, saldos y recompensas que constituyan el resto de su haber.

" La restitución de las especies o cuerpos ciertos de
derá hacerse tan pronto como fuere posible, después de
la terminación del inventario y avalúo; y el pago del res
to del haber, dentro de un año contando desde dicha ter
minación, podrá el juez o prefecto, sin embargo, ampliar
o restringir este plazo a petición de los interesados
previo conocimiento de causa."⁴²

" Para que el cónyuge pueda hacer uso del derecho que
le concede el Artículo 1826 del Código Civil, consis
tente en poder sacar de la masa partible las especies
o cuerpos ciertos que le pertenezcan, es necesario que
el inventario conste el respectivo crédito (Código Ci
vil. Artículo 1821 y 1822) ⁴³

Cada uno de los cónyuges aporta bienes muebles o pierde dineros en
favor de la sociedad por virtud de la subrogación en el momento
de perfeccionarse el aporte o el acto o contrato con que culmina la
subrogación, surge un crédito en favor del cónyuge empobrecido y en
contra de la sociedad enriquecida, cuya efectividad solo es posi
ble a partir de la disolución de la sociedad, dentro del período de
la liquidación.

Ejemplo:

⁴² Código Civil Inc. lo. Artículo 1826

⁴³ Cas. 20 Febrero 1912 XXI

86

El esposo al momento de contraer matrimonio tiene un saldo en su cuenta corriente bancaria por \$150.000.00.

El activo líquido de la sociedad, una vez descontados todos los pasivos, asciende a un valor de \$1.000.000.00.

Liquidación:

Valor del activo líquido de la sociedad	\$1.000.000.00
Menos recompensa a favor del cónyuge por el aporte a la sociedad	<u>- 150.000.00</u>
Total de los gananciales a distribuir	<u>\$ 850.000.00</u> =====

Distribución de los gananciales:

50% de los gananciales a favor de la esposa	\$ 425.000.00
50% de los gananciales a favor del esposo	\$425.000.00
Por efectos de la recompensa	
	<u>150.000.00</u>
TOTAL DEL ACTIVO LIQUIDO SOCIAL DISTRIBUIDO	<u>575.000.00</u> \$1.000.000.00 =====

7. DISOLUCION

7.1 MATRIMONIO CIVIL

De conformidad con el Artículo 10. de la Ley primera de 1976, la cual modifica el Artículo 152 del Código Civil " El matrimonio civil se disuelve por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges, o por divorcio judicialmente declarado."

7.1.1 Por muerte real

Se debe entender por muerte real aquel hecho que termina o pone fin a la existencia de las personas, (artículo 9o. de la Ley 57 de 1887) "O sea, cuando las funciones biológicas u orgánicas dejan de operar dándose la extinción de la vida en el ser humano".⁴⁴

7.1.2 Por muerte presunta

La muerte presunta, es aquella que surge como consecuencia del

⁴⁴

ANGARITA Gómez, Jorge. Derecho Civil Personas. Ediciones Rosaristas

desaparecimiento de una persona del lugar de su domicilio, ignorándose su paradero, por un término no inferior a dos años y previo los trámites legales establecidos en los Artículos 656 y 657 del C. de P.C.

El Artículo 97 del Código Civil enumera las condiciones para que pueda presumirse haber muerto una persona, si pasaren dos años sin haberse tenido noticias del ausente.

El Artículo 657 del C.de P.C. consagra las reglas procedimentales a seguir para la declaración de muerte presuntiva de una persona. En lo referente al matrimonio, es de suma importancia este punto de la muerte presunta, por cuanto acabó con la controversia que se presentaba antes de la expedición de la Ley Primera de 1976, Artículo 1o. ya que en el Artículo 152 del Código Civil unicamente se mencionaba como causa para disolver el matrimonio la muerte de uno de los cónyuges sin determinar que clase de muerte; a la luz de la Ley 1 de 1976 Artículo 1o., todo matrimonio que se celebre con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia que declara la muerte es válido, por cuanto la sentencia que declara la muerte presunta se ha consagrado como causal de disolución del matrimonio anterior.

En consecuencia los matrimonios celebrados "inter mora litis" no son válidos, porque es la sentencia de declaratoria de muerte presunta la que disuelve el vínculo matrimonial.

7.1.3 Por sentencia de divorcio judicialmente declarada

89

El divorcio, es otra de las causales de disolución del matrimonio civil. Hasta la expedición de la ley la. de 1976, el divorcio apenas significaba la "suspensión de la vida común de los casados"⁴⁵, sin que se implicara la disolución del matrimonio. Con la expedición de esta ley se dieron alcances disolutorios a esta institución.

Según el Artículo 4o. de la ley la. de 1976, las causales de divorcio son:

1) Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges, salvo que el demandante las haya consentido, facilitando o perdonando.

Se presume las relaciones sexuales extramatrimoniales por la celebración de un nuevo matrimonio, por uno de los cónyuges, cualquiera que sea su forma y eficacia.

2) El grave e injustificado incumplimiento por parte de los cónyuges de sus deberes de marido o de padre y de esposa o de madre.

3) Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra, si con ello pelagra la salud, la integridad corporal o la vida de los cónyuges, o de sus descendientes o se hace imposible la paz y el sosiego domésticos:

⁴⁵ Artículo 6 de la ley la. de 1976

- 4) La embriaguez habitual de uno de los cónyuges.

- 5) El uso habitual y compulsivo de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica.

- 6) Toda enfermedad o anomalía grave e incurable, física o síquica de uno de los cónyuges, que ponga en peligro la salud moral o física del otro cónyuge e imposibilite la comunidad matrimonial;

- 7) Toda conducta de uno de los cónyuges tendiente a corromper o pervertir al otro, o a un descendiente, o a personas que estén a su cuidado o convivan bajo el mismo techo.

- 8) La separación de cuerpos decretada judicialmente que perdure más de dos años, y

- 9) La condena privativa de la libertad personal, superior a cuatro años por delito común, de uno de los cónyuges, que el juez que conozca el divorcio califique como atroz o infamante.

" El divorcio solo podrá ser demandado por el cónyuge que no haya dado lugar a los hechos que lo motivan y dentro del término de un año, contado desde cuando tuvo conocimiento de ellos respecto a las causas 1 y 7, o desde cuando sucedieron, en tratándose de las

causas 2a. 3a. 4a. y 5a. En todo caso, las causales 1a. y 7a., sólo podrán alegarse dentro de los dos años siguientes a su ocurrencia.

" Las causas de divorcio no podrán probarse con la sola confesión de los cónyuges".⁴⁶

El término de un año para presentar la demanda de divorcio, se amplía a dos años, contados a partir de la ocurrencia del hecho cuando se trata de relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges o cuando el cónyuge adopte una conducta tendiente a corromper o pervertir al otro, o a uno de los descendientes o a personas que estén a su cuidado.

En caso de que los cónyuges sean menores, podrán también intervenir sus padres, según lo dispuesto por el Artículo 7 de la Ley 1a. de 1976.

El juez competente para conocer el proceso de divorcio es el juez del circuito del domicilio común de los cónyuges.

El juez solo procederá a decretar el divorcio cuando encuentre, probados los hechos de la causal que se invoca, sin embargo, antes el juez debe tratar de conciliar a los cónyuges. Así mismo podrá negar el divorcio cuando lo considere moralmente no justificado, en atención al interés de los hijos menores."⁴⁷

En este proceso se puede solicitar por parte del cónyuge inocente, la práctica de las medidas cautelares, autorizadas por la ley sobre bienes que pueden ser objeto de gananciales y que se encuentren en cabeza del otro cónyuge".⁴⁸

Sin embargo, este proceso se puede terminar por la muerte de uno de los cónyuges o por la reconciliación mientras transcurre este".⁴⁹

El Artículo 10 de la ley la. de 1976 dispone que la ejecutoria de la sentencia de divorcio pone fin al vínculo matrimonial civil, así como también disuelve la sociedad conyugal, sin que por ello dejen de subsistir derechos y deberes de los divorciados respecto de los hijos comunes.

Otro efecto importante que surge como consecuencia de la sentencia de divorcio es la posibilidad que se establece para el cónyuge inocente, de revocar las donaciones que haya hecho al cónyuge culpable, sin que este pueda invocar derechos o consecuencias estipulados exclusivamente en su favor en capitulaciones matrimoniales.⁵⁰

46 Artículo 6 Ley la. de 1976
47 Artículo 5 Ley la. de 1976
48 Artículo 8 Ley la. de 1976
49 Ibidem
50 Artículo 12 Ley la. de 1976

En cuanto a las normas que rigen el divorcio del matrimonio civil celebrado en el extranjero, el Artículo 13 de la Ley 1a. de 1976, determina claramente que es la ley del domicilio conyugal, entendiéndose por domicilio conyugal, el lugar donde los cónyuges viven de consumo y a falta de éste, se reputará como tal el del cónyuge demandado. Para que el divorcio decretado en el exterior de matrimonio civil celebrado en Colombia tenga efectos en el país, se requiere que la causal invocada en el exterior se tenga como causal de divorcio en Colombia de lo contrario producirá efecto de simple separación de cuerpos.⁵¹

7.2 DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Hasta el momento se ha estudiado las causales de disolución del matrimonio civil, las cuales conllevan por consiguiente la disolución de la sociedad conyugal; sin embargo, hay otras causales que sin disolver el vínculo matrimonial si disuelven la sociedad conyugal.

Antes de continuar con las causales de disolución de la sociedad conyugal, necesario es determinar el concepto que de ésta se tiene a partir de la expedición de la Ley 28 de 1932. Con la expedición de esta ley hubo diversidad de criterios por parte de los distintos tratadistas sobre si continuaba o no el régimen de sociedad conyugal en los mismos términos en que lo consagra el Código.

94

Por considerarlo más ajustado a la realidad del sistema que nos rige voy a transcribir el concepto expuesto por el tratadista Rodríguez Fonnegra en los siguientes términos:

" El prescribirse en el Artículo 10. de la propia Ley en todo evento en que según el Código Civil procede a liquidar la sociedad conyugal se considera que entre los cónyuges, ha habido sociedad conyugal desde la celebración del matrimonio, ello, digo, contiene la declaración terminante de que, respecto del tiempo intermedio solamente se reputa haber habido, y esto lleva consigo que la sociedad conyugal no se cree con el matrimonio, sino que para liquidarla se parta de la suposición de haber sido ella entonces formada. Esa prescripción, que se ajusta al establecimiento de que los cónyuges sean mirados en el entretanto como separados transitoriamente de bienes y a cabalidad lo declara, se parece a la consignada en el Artículo 1401 del Código Civil, en la cual por razones de orden práctico, se estatuye que todo adjudicatario se reputa haber sido propietario o acreedor único, durante la indivisión, respecto a lo que por efecto de la partición le ha tocado, solo que a diferencia de lo que pasa con la partición y por causa de haber habido tal separación

⁵¹ Artículo 14 Ley 1a. de 1976

transitoria de bienes, aquella prescripción no perjudica la firmeza de ninguno de los actos ejecutados por marido o mujer en el tiempo intermedio.

" Y puesto que en dicha ley no especifican las circunstancias características de la sociedad conyugal que desde cierto momento se considera o se reputa formada por el matrimonio a virtud de su artículo 1o., y respecto de la cual ahí se perceptua que debe liquidarse, tenemos que tal sociedad conyugal es aquella cuya liquidación regula el Código Civil. Por esto, el el Artículo 4o. de la propia Ley se expresa o, por hablar más claro, se reitera que el monto del activo líquido final se fija previas las compensaciones y deducciones de que habla el mismo código."⁵²

" La sociedad Conyugal se disuelve :

" 1o) Por la disolución del matrimonio.

"2o) Por la separación judicial de cuerpos, salvo que fundándose en el mutuo consentimiento de los cónyuges

⁵² RODRIGUEZ, Fonnegra Jaime. De la sociedad Conyugal de los Determinados por el Matrimonio, Tomo II, Editorial Lerner, Bogotá, 1963 , pág. 64



y siendo temporal, ellos manifiestan su voluntad de man tenerla.

" 3o) Por la sentencia de separación de bienes.

"4o) Por la declaración de nulidad del matrimonio, salvo en el caso que la nulidad haya sido declarada con fundamento en lo dispuesto por el numeral 12 del Artículo 140 de este código. En este evento, no se forma sociedad conyugal, y

"5o) Por mutuo acuerdo de los cónyuges capaces, elevado a escritura pública, en cuyo cuerpo se incorporará el inventario de bienes y deudas sociales y su liquidación.

" No obstante, los cónyuges responderán solidariamente ante los acreedores con título anterior al registro de la escritura de disolución y liquidación de la sociedad conyugal.

" Para ser oponible a terceros, la escritura en mención deberá registrarse conforme a la ley.

" Lo dispuesto en este numeral es aplicable a la liquidación de la sociedad conyugal disuelta por divorcio o separación de cuerpos judicialmente decretados.⁵³

⁵³ Artículo 25. Ley 1a. de 1975

7.2.1 Disolución del Matrimonio

Como ya se había anotado anteriormente, el matrimonio civil se disuelve por :

- 1) La muerte real o presunta de uno de los cónyuges.
- 2) Por divorcio judicialmente declarado.

El Artículo 16 de la Ley 1a. de 1976 reitera que, "Los cónyuges al expresar su mutuo acuerdo en la separación indicarán en que queda la sociedad conyugal" y afirma que " en cuanto a los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, responderán solidariamente ante terceros, y entre sí en la forma acordada por ellos "

En caso de que la separación se .permanete, no existe la opción para los cónyuges de decidir si procede o no la liquidación de la sociedad conyugal, pues la ley dispone que siempre deben hacerlo.

7.2.2 Sentencia de Separación de Bienes

" Cualquiera de los cónyuges podrá demandar la separación de bienes en los siguientes casos:

- 1o) Por las mismas causas que autorizan la separa

ción de cuerpos, y

98

2o) Por haber incurrido el otro cónyuge en cesación de pagos, oferta de cesión de bienes, insolvencia, o concurso de acreedores, disipación o juego habitual administración fraudulenta o notoria descuidada de su patrimonio en forma que menoscabe gravemente, los intereses del demandante en la sociedad conyugal."⁵⁴

En cuanto a las causales de separación de bienes contenidas en el ordinal primero del texto transcrito, se debe anotar que son las mismas que dan lugar a la separación de cuerpos. En la actualidad las normas de separación de cuerpos y de bienes del matrimonio civil se aplican al matrimonio católico en virtud de lo dispuesto en el Artículo 29 de la Ley 1a. de 1976.

Sin embargo no hay que olvidar que la competencia para conocer de los procesos de separación de cuerpos de los matrimonios católicos corresponde, en primera instancia, al Tribunal Superior y en Segunda a la Corte Suprema de Justicia (Ley 20 de 1976, Artículo 9o). De esta manera, si una pareja casada por el rito católico tiene problemas en sus relaciones personales, y ellas hacen imposible la convivencia, puede solicitar la separación de cuerpos y, una vez formalizada ésta, proceda a liquidar sus relaciones de contenido económico.

⁵⁴ ALVAREZ Rodríguez Edgard. Régimen de Bienes en el Matrimonio. Editorial Temis, Bogotá, 1978. pág. 169

7.2.3 Por la Declaración de Nulidad del Matrimonio

De la transcripción que hicimos de esta norma, cuando enumeramos, las causales de disolución de la sociedad conyugal (Ver numeral 4 pág 75), se puede deducir que no puede haber dos sociedades conyugales al mismo tiempo, ya que el numeral 12 del Artículo 140 del Código Civil, consagra como causal de nulidad del matrimonio la subsistencia de un vínculo matrimonial anterior, y aunque este segundo matrimonio sea declarado nulo no quiere decir durante el tiempo de su vigencia antes de la declaratoria de nulidad, se ha ya conformado otra sociedad conyugal.

7.2.4 Mutuo acuerdo de los cónyuges que conste en Escritura Pública

" El establecimiento de esta posibilidad para liquidar los gananciales habidos por los cónyuges, hará que en la práctica la separación de bienes por mutuo acuerdo no tenga mayor importancia, pues indudablemente resulta más fácil para los cónyuges concurrir a otorgar la escritura pública respectiva, que acudir al procedimiento judicial."⁵⁵

55

ALVAREZ Rodríguez Edgard. Régimen de Bienes en el Matrimonio. Editorial Temis, Bogotá, 1978. pág. 169

100

Para protección de los terceros, el NÚmeral 5o. del Artículo 25 de la Ley 1ª de 1976, dispone la solidaridad entre los cónyuges para responder por las obligaciones que uno y otro hayan contraído antes del otorgamiento o de la escritura pública de liquidación de la sociedad.

Es importante recordar que, además del registro que la Ley obliga para todo acto relativo a bienes inmuebles, ésta escritura debe ser inscrita también en el registro civil para dar cumplimiento al Artículo 5o. del Decreto 1260 de 1970. Los efectos de la escritura sólo son disponibles a terceros a partir del cumplimiento de la formalidad del registro de que se ha hablado; en cuanto a las partes los efectos se producen desde el momento mismo en que se otorga la escritura.

Este procedimiento de disolución de la sociedad conyugal por mutuo acuerdo de los cónyuges mediante el otorgamiento de escritura pública, pretende facilitar el trámite, pues en vez de adelantar las diligencias respectivas ante el juez competente, los cónyuges pueden por sí mismos, siempre que sean capaces, como lo advierte el encabezamiento del numeral 1, acudir ante el notario para hacer el reparto de acuerdo a su criterio. El acto de liquidación realizado de consumo por los cónyuges, se somete a las reglas de validez de los actos jurídicos, por lo cual es anulable en los mismos casos y por los mismos motivos que ellos.

101

8. CONCLUSIONES

8.1 BASES PARA UNA REFORMA

Proyecto de Código de Derecho Privado, del Doctor Arturo Valencia Zea y mis conclusiones.

El Doctor Arturo Valencia Zea, en su proyecto de Código de Derecho Privado que fué publicado en el año 1980 Por la Superintendencia de Notariado y Registro, dentro de su colección TEXTOS JURIDICOS, propone bajo el título II del libro VII, Derecho de Familia Régimen de bienes en el Matrimonio (objeto de mi tesis) las siguientes disposiciones:

8.1.2 Capitulaciones Matrimoniales

a) Mediante ellas los cónyuges pueden regular las relaciones patrimoniales a que da lugar el matrimonio, pactando régimen de separación de bienes o excluyendo del régimen de sociedad conyugal determinados bienes (artículo 1434 del proyecto). Esta última posibilidad la llama el auto régimen de la separación de bienes.

b) Deberán celebrarse en todo caso por escritura pública, la cual deberá inscribirse en el registro del estado civil y, si alguno de los contrayentes fuere comerciante, en el registro mercantil (Ib. 1435).

c) Podrán acordarse en cualquier tiempo o después del matrimonio y modificarse o revocarse (Ib. 1434)

d) Adolecerán de nulidad cuando violaren normas de orden público o contravinieren las buenas costumbres y por declaración de nulidad del matrimonio (Ib. 1436).

e) Caducirán las celebradas antes del matrimonio, si éste no se celebrare o si llegare a ser cierto que no puede celebrarse (Ib. 1437).

f) Podrán Pactar Capitulaciones los cónyuges capaces.

g) A falta de capitulaciones, los cónyuges quedarán gobernados por el régimen de sociedad conyugal de gananciales.

8.1.3 Régimen de Sociedad Conyugal.

8.1.3.1 Haber y cargas Sociales

8.1.3.1.1 Son Bienes Sociales

- a) Los demás salarios y demás ingresos provenientes del trabajo de cada uno de los cónyuges.

- b) Los frutos provenientes de todos los bienes (sean estos sociales o propios).

- c) Los bienes que conjunta o separadamente adquirieran los cónyuges a título oneroso durante la existencia de la sociedad.

- d) Los bienes adquiridos después de la sociedad, por causa onerosa anterior a la disolución.

- e) Las indemnizaciones por daños que supriman o disminuyan temporal o permanentemente la capacidad de trabajo de uno de los cónyuges durante la sociedad. Si la indemnización se traduce en el pago de una renta vitalicia, a la sociedad sólo pertenecerán las rentas devengadas durante su existencia.

- f) Con carga de restitución del valor que tuvieren al tiempo de la disolución, los bienes muebles que los cónyuges tengan al casarse y que acrecienten el activo social o se utilicen para cancelar sus cargas, lo mismo que los muebles adquiridos durante la sociedad a título gratuito.

8.1.3.1.2 Son Bienes Propios

104

- a) Los bienes de toda clase pertenecientes a cada cónyuge en el momento de contraer matrimonio o los que se adquirieran o constituyan a partir del día de la disolución de la sociedad, siempre que la causa onerosa no se haya realizado durante la sociedad.
- b) Los adquiridos durante la sociedad, pero en donde lo oneroso del título de adquisición se realizó antes de la formación de aquella.
- c) Los adquiridos por cada cónyuge a título gratuito durante la sociedad.
- d) Los vestidos, las ropas y objetos de uso personal, las condecoraciones, diplomas, papeles de familia y correspondencia de cada uno de los cónyuges.
- e) Los adquiridos mediante subrogación a los bienes no gananciales de los cónyuges.
- f) De los adquiridos por donación remuneratoria por servicios que no den derecho al cónyuge para cobrarlos.

8.1.3.1.3 Son Pasivos de la Sociedad

Todos los créditos y obligaciones contraídos por los cónyuges y que en forma definitiva o transitoria debe pagar la sociedad conyu

gal;

105

El pasivo puede ser asumido por cualquiera de los cónyuges, ya que la mujer por el hecho del matrimonio no se hace incapaz, goza de la libre administración de bienes y en general se halla en un plano de igualdad al de su esposo.

8.1.3.1.4 Son Pasivos de los Cónyuges

El pasivo de los cónyuges está integrado por: los gastos hechos para la adquisición de bienes propios; las reparaciones extraordinarias de los bienes propios; las deudas anteriores al matrimonio y las contraídas durante la sociedad con finalidad distinta del mejoramiento del haber social o pago de deudas sociales; las contraídas después de la presentación de la demanda de divorcio separación de cuerpos o de bienes.

Las deudas de los cónyuges se presumen por la sociedad (juris tantum) si fueron canceladas durante su existencia.

8.1.4 Recompensas

La sociedad les debe a los cónyuges: fuera de los casos con signados anteriormente, por el valor de la enajenación de bienes propios que acrecienten su activo o cancelen sus cargas, y en todo caso de enriquecimiento social a expensas de bienes propios.

106

Los cónyuges le deben a la sociedad: por el valor de toda do-
nación que se hicieren de los bienes sociales, a menos que sea de
poca monta, atendidos los patrimonios de aquellos; por el pago de
cualquier deuda exclusiva de los cónyuges; por el enriquecimiento,
de los cónyuges a costa de la sociedad y en cuanto subsistie-
ren a la fecha de la disolución; y, por los perjuicios que cual-
quiera de los cónyuges causare a la sociedad mediante dolo o culpa
grave.

8.1.5 Administración de la Sociedad y de los Bienes Propios

Cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y dispo-
sición tanto de los bienes propios como de los sociales que él
haya adquirido o adquiriera; y es, respecto de terceros, dueño de
unos y otros, como si formasen un solo patrimonio, sin perjuicio de
compensaciones que a consecuencia de ellas deba el cónyuge a la so-
ciedad o ésta a aquel.

Cada cónyuge es responsable de las deudas que personalmente contrai-
ga salvo las concernientes a satisfacer las ordinarias necesida-
des domésticas y las de crianza y educación de los hijos co-
munes, respecto de las cuales responderán solidariamente ante ter-
ceros y proporcionalmente entre sí.

8.1.6 Disolución y Liquidación

8.1.6.1 Causales

107

El proyecto sigue en general las normas vigentes sobre causales de disolución, agregando una: La separación de hecho por dos o más años, sin participación de los cónyuges en los gananciales adquiridos por el otro durante el tiempo de la separación.

8.1.6.2 Efectos

Disuelta la sociedad se procederá así:

- a) Se hará el inventario y avalúo de los bienes sociales que cada cónyuge hubiere administrado (Ib. 1464). Si hubiere incapaces entre los partícipes de los bienes sociales, o no se ponen de acuerdo, el inventario y avalúo será judicial, y su pretermisión hará responsable de los perjuicios causados al incapaz, a quien le fuere imputable la omisión de la vía judicial. No habiendo incapaces, y siempre que no se trate de disolución por causa de muerte, el inventario y avalúo se hará por escritura pública o documento privado.
- b) El cónyuge (o sus hermanos) que hubiere ocultado bienes sociales, será obligado a restituirlos y perderá en ellos su porción.
- c) Se acumularán imaginariamente al haber social todo lo que los cónyuges deban a la sociedad, por vía de recompensa, donaciones

108

e indemnizaciones.

d) Se deducirán del patrimonio de cada cónyuge las deudas que lo afectan al disolver la sociedad.

e) Los activos líquidos se sumarán y distribuirán entre los cónyuges o sus causahabientes, previas las compensaciones, recompensas e indemnizaciones a favor o a cargo de la sociedad.

f) Ejecutadas las antedichas agregaciones y deducciones, el residuo pertenecerá por partes iguales a cada uno de los cónyuges o a sus respectivos herederos.

Se pierde el derecho a participar en los gananciales resultantes de la administración del otro cónyuge:

1) Por haber abandonado injustificadamente el hogar durante un año antes de la disolución, siempre que en el momento de la misma no hagan los cónyuges vida común.

2) Por haber faltado a la obligación de fidelidad, hecho debidamente comprobado.

3) Por haber cometido atentado grave contra la vida o la integridad del otro cónyuge.

109
4) Respecto de los adquiridos durante el tiempo de la separación de hecho.

g) Si ambos cónyuges tuvieran bienes sociales, se le adjudicarán sus gananciales de preferencia sobre los que administran.

h) Disuelta la sociedad, cualquiera de los cónyuges puede aceptar (incluso con beneficio de inventario) o renunciar a los gananciales que resulten de la administración del otro (sin que esto implique renunciar de la porción conyugal).

8.1.6.3 Régimen de Separación de Bienes

Como quiera que el régimen de sociedad conyugal propuesto en el proyecto del Doctor Valencia Zea, rige solamente a falta de capitulaciones matrimoniales, su opuesto, el de separación de bienes debe ser reglado, para cuando los cónyuges decidan (antes o después del matrimonio) acogerse a él. Tal reglamentación está contenida en el capítulo V del mismo libro así:

a) Concepto

Se denomina separación de bienes el régimen patrimonial en virtud del cual no existe sociedad conyugal, siendo todos los bienes de propiedad exclusiva de aquel de los cónyuges que los adquiriera (Ib Artículo 1475).

b) Existencia

110

Este régimen existe en los siguientes casos:

- 1) Cuando se acuerda por capitulaciones (antes o después del matrimonio).
- 2) En virtud de sentencia de separación de cuerpos o de bienes.
- 3) Por mutuo consenso.
- 4) Por la separación de hecho que dure dos o más años.

Observese que el proyecto quiso decir, aunque no pudo, que dicho régimen rige por disolución de la sociedad conyugal (numerales 2 y 3 y 4), pues el mutuo consenso es causal de disolución de la sociedad. Otra vez da a la expresión separación de bienes dos excepciones a saber: como régimen opuesto al de la sociedad conyugal, según la definición que se dió atrás (Artículo 1475), y, como medio de disolución de la sociedad.

c) Causales

A renglón seguido agrava el proyecto la confusión al proponer las causales para demandar judicialmente la separación de bienes.

MM

Lo correcto es establecer causales de disolución de la sociedad, las que pueden ser: a) Las que afectan el vínculo matrimonial (divorcio, nulidad); b) Las que afectan la vida común (separación de cuerpos) y, c) Las que afectan los intereses del otro cónyuge en la sociedad (juego Habitual , dilapidación, quiebra, administración fraudulenta o notoriamente descuidada, etc) y, disponer que disuelta la sociedad conyugal, los cónyuges quedan gobernados por el régimen de separación de bienes. En suma, insisto en la inutilidad del concepto -separación de bienes- para designar la disolución de la sociedad.

8.1.6.4 Acciones tendientes a conservar los gananciales

Establece el proyecto (Artículos 1483 y s.s) que:

- a) Cualquiera de los cónyuges puede ejercer la acción de simulación a fin de que reintegre a la masa social aquellos bienes que de ella han salido en virtud de contratos ficticios realizados por el otro cónyuge, presumiéndose tales actos de disposición celebrados por el cónyuge de consaguinidad o segundo de afinidad.

- b) Cualquiera de los cónyuges podrá ejercer contra terceros los derechos que le correspondan al otro y éste no haya ejercido, con perjuicio del haber social.

112

BIBLIOGRAFIA

- ALVAREZ RODRIGUEZ, Edgard. Régimen de Bienes en el Matrimonio. Editorial Temis. Bogotá, 1978.
- ANGARITA GOMEZ, Jorge. Derecho Civil Personas. Ediciones Rosaristas . Bogotá.
- COMAPOSADA FORTUNY, Francisco. Régimen de Bienes en el Matrimonio, Colección Nereo, Barcelona.
- FUEYO LANERI, Fernando. Derecho Civil. T.VI. Vol.II. Derecho de Familia. Valparaíso (Chile). Imprenta y Litografía Universos S.A.1959
- GOMEZ, José J. Régimen de Bienes en el Matrimonio. Editorial Temis. Bogotá. 1961.
- LOUIS JOSSEERAND. Derecho Civil. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas. Europa-América, Bosch. 1951.
- ORTEGA TORRES, Jorge. Código de Derecho Civil, Editorial Temis. Bogotá 1977.

ORTEGA TORRES, Jorge. Código de Procedimiento Civil. Editorial Temis, MB
Bogotá. 1979.

RODRIGUEZ FONNEGRA, Jaime. De la Sociedad Conyugal de los Bienes Determinados por el Matrimonio. Tomo II, Editorial Lerner. Bogotá. 1964.

SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Derecho de Familia. Santiago de Chile, Editorial Nascimento. 1946

SUAREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. Tomos I y II, Editorial Temis, Bogotá. 1981.

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho de Familia. Tomo V. Editorial Temis. Bogotá. 1983

VALENCIA ZEA, Arturo. Proyecto de Código de Derecho Privado. Colección Textos Jurídicos.

VELEZ, Fernando. Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano. T.VII. Imprenta París-América. 1973.