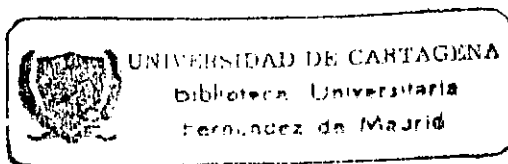


T
346.2
A639

1

SOCIEDAD CONYUGAL



MARIA EUGENIA APARICIO SOTO
//
INGRID HELENA IBÁÑEZ SALGADO

S C I B

Trabajo de Grado presentado como
requisito parcial para optar al
Título de Abogado.

101252

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
CARTAGENA OCTUBRE DE 1987



BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
Fernández de Madrid
Universidad de Cartagena

SOCIEDAD CONYUGAL

MARIA EUGENIA APARICIO SOTO

INGRID HELENA IBAÑEZ SALGADO

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
CARTAGENA OCTUBRE DE 1987

SOCIEDAD CONYUGAL

RECTOR : Dr. LUIS H. ARRAUT E.
SECRETARIO : Dr. MANUEL SIERRA N.
DECANO FACULTAD DERECHO : Dr. ALCIDES ANGULO P.
SECRETARIO ACADEMICO : Dr. PEDRO MACIA H.
PRESIDENTE HONORARIO : Dr. RODOLFO NIEVES G.
PRESIDENTE DE TESIS : Dr. ANTENOR BARBOZA A.
PRIMER EXAMINADOR : Dr. CARLOTA VERBEL A.
SEGUNDO EXAMINADOR :

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

CARTAGENA OCTUBRE DE 1987



BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
Fernández de Madrid
Universidad de Cartagena

LA FACULTAD NO APRUEBA NI DESAPRUEBA
LAS OPINIONES EMITIDAS EN ESTA TESIS
TALES OPINIONES SON CONSIDERACIONES
PROPIAS DE SUS AUTORES

ART.83 DEL REGLAMENTO



BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
Fernández de Madrid,
Universidad de Castilla-La Mancha

DEDICATORIA

A mis Padres LUIS FELIPE y EYRA MARIA, pilares invaluable de sabiduría, apoyo y fortaleza. Ejemplos de tesón y organización en la consecución de un logro.

A mis Hermanos LUIS ALEJANDRO y CLAUDIA PATRICIA, quienes con la misma decisión, lucha y entusiasmo alcanzarán sus metas.

A RODRIGO una realidad. Por mil cosas y un sin número de razones, pero con una claridad concreta.

A la memoria de mis ABUELOS, donde quiera que se encuentren.

MARIA EUGENIA

DEDICATORIA

A DIOS por su permanente apoyo y bendición

A mis padres NOHOPA SALGADO y GILBERTO IBAÑEZ que con su trabajo, amor y desvelos me dieron su apoyo sin medida.

A mis Hermanos ROCIO y GERMAN EDUARDO, con su filial fraternidad en el hogar fueron un permanente estímulo para ser útil a la familia.

A mi amigo MIGUEL FUENTES por sus consejos que me animaron siempre para salir adelante

A mis compañeras por los buenos momentos de convivencia.

INGRID HELENA

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	1
1. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA SOCIEDAD CONYUGAL	4
1.1 NATURALEZA DEL VINCULO MATRIMONIAL	4
1.2 REGIMEN PATRIMONIAL CONYUGAL	7
1.3 INFLUENCIA DEL PRINCIPIO DE LA MONOGAMIA EN LA FORMACION DEL SISTEMA DOTAL Y DEL REGIMEN DE COMUNIDAD DE BIENES ENTRE CONYUGES	9
1.4 DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONYUGES QUE RE VISTEN UN CARACTER PREFERENTEMENTE PATRIMO NIAL DEL REGIMEN ECONOMICO DEL MATRIMONIO EN LA LEGISLACION COMPARADA	17
2. DEL CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA DE LA SO CIEDAD CONYUGAL	21
3. ANALISIS DEL ARTICULO 180 DEL CODIGO CIVIL CO LOMBIANO	33
3.1 JURISPRUDENCIA SOCIEDAD CONYUGAL CORTE SUPRE MA DE JUSTICIA SALA DE CASACION CIVIL SENTEN CIA DE SEPTIEMBRE 6/56	34
3.2 JURISPRUDENCIA SOCIEDAD DE BIENES Y MATRIMO	

NIO CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION
CIVIL SENTENCIA ABRIL 30/70

	36
4. CAPITULACIONES MATRIMONIALES	38
4.1 DEFINICION Y NATURALEZA JURIDICA	38
4.2 CUALIDADES O CARACTERISTICAS	39
4.3 CONSENTIMIENTO Y CAPACIDAD PARA CELEBRARLAS	40
4.4 SOLEMNIDADES	42
4.5 REVOCABILIDAD O MODIFICACION DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES ANTES DEL MATRIMONIO	43
4.6 ESTIPULACIONES QUE ES PERMITIDO HACER EN LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES	44
4.7 ESTIPULACIONES QUE NO ES LICITO HACER EN LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES	45
5. EL PATRIMONIO EN LA SOCIEDAD CONYUGAL	46
5.1 BIENES QUE HACEN PARTE DE LA SOCIEDAD CONYUGAL	46
5.1.1 Diferenciación	46
5.1.2 Bienes que hacen parte del haber absoluto de la Sociedad Conyugal	46
5.1.3 Bienes que hacen parte del haber relativo de la Sociedad Conyugal	53
5.1.4 Bienes que no hacen parte de la Sociedad Conyugal son propios de cada uno de los cónyuges	58
5.1.5 Bienes muebles que los cónyuges excluyen de la sociedad conyugal en las Capitulaciones Matrimoniales	61
5.2 CASOS EXCEPCIONALES QUE SE SUSCITAN EN EL PATRIMONIO SOCIAL EN CUANTO A DONACIONES	61

	Pág.
5.2.1 En cuanto a donaciones	61
5.2.2 En cuanto a presunciones	63
5.2.3 Caso del artículo 1794 del Código Civil Colombiano	64
5.2.4 Caso del Artículo 1785 del Código Civil Colombiano	65
5.2.5 Se equiparán a los inmuebles que los cónyuges tienen al casarse aquellos que si bien se adquieren durante el matrimonio, el título de adquisición es anterior a éste	66
5.3 PASIVO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL	68
5.3.1 Deudas comunes o Propias de la Sociedad Conyugal	68
5.3.2 Deudas Personales o Propias de los Cónyuges	73
5.4 ANALISIS DEL PATRIMONIO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL CON RELACION AL TITULO DE ADQUISICION Y A LA NATURALEZA DE LOS BIENES	75
5.4.1 Las Adquisiciones a título oneroso aumentan por regla general el haber social	75
5.4.2 Las adquisiciones a título gratuito no aumentan por regla general el haber social	75
5.4.3 Los bienes muebles ingresan por Regla General al haber social	75
5.4.4 Los bienes inmuebles por regla general no ingresan al haber social	76
5.5 SUBROGACION EN LA SOCIEDAD CONYUGAL	76
5.5.1 Importancia de la subrogación	77
5.5.2 Subrogación de inmueble a inmueble	78
5.5.3 Subrogación de inmuebles a valores	79
6. ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL	81

	Pág.
6.1 CLASES DE ADMINISTRACION	81
6.1.1 Administración Ordinaria	81
6.1.2 Administración Extraordinaria	84
6.2 SITUACION FACTICA Y DE DERECHO DESPUES DEL 1 DE ENERO DE 1933	86
7. SITUACIONES EXCEPCIONALES QUE SE PUEDEN PRESEN TAR DENTRO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL	88
7.1 CONTRATOS ENTRE MARIDO Y MUJER	88
7.1.1 Donaciones entre Cónyuges	88
7.1.2 Otros contratos entre cónyuges	91
8. DISOLUCION Y LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD CONYU GAL	96
8.1 CAUSALES DE DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL	96
8.1.1 Disolución del Matrimonio	97
8.1.2 Separación Judicial de Cuerpos	98
8.1.3 Sentencia de Separación de Bienes	99
8.1.4 Declaración de Nulidad de Matrimonio	100
8.1.5 Mutuo acuerdo de los Cónyuges que conste en Escritura Pública	100
8.1.6 Solo al disolverse la sociedad conyugal puede alegarse la simulación	102
8.2 OPERACIONES DE LIQUIDACION	106
8.2.1 Las recompensas	106
8.2.2 Liquidación	114
8.2.3 Sociedad Conyugal	121
CONCLUSIONES	123
BIBLIOGRAFIA	127

INTRODUCCION

Reconocida la familia como la célula principal de la sociedad, como la base del desarrollo integral de cada uno de sus miembros; se hizo necesidad ineludible que el mundo de las leyes, generador a su vez de la estabilidad jurídico-social de todos los coasociados legislara sobre la debida formación, organización, desarrollo y proyección de una realidad de convivencia social cual es la unión en matrimonio de un hombre y una mujer; tomando entonces la denominación de sociedad conyugal, institución que como era de esperarse despertó entre los intérpretes y doctrinantes del Derecho, las más variadas y sabias controversias jurídicas

Es un deber social de los promotores de la familia, los conyuges, mantener una estabilidad familiar en pro de un porvenir óptimo y pfospero para con sus hijos, de ahí, que se necesite regular sus obligaciones y derechos como conyuges, padres y representantes de sus hijos en la sociedad

La sociedad conyugal crea una estabilidad familiar y patrimonial para lograr establecer un verdadero fin social. Es

ta institución que tiene un caracter moral, social y familiar también enmarca un carácter jurídico que es el que nos interesa y analizamos en este trabajo, como fuente de muchas situaciones jurídicas que se pueden presentar dentro de la misma y es que la regulación de la sociedad conyugal asume un papel preponderante puesto que regula el régimen patrimonial de manera imperativa pero con profundo acierto legislativo cuando aprueba que la voluntad de los futuros cónyuges determine al margen de la regulación específica para la materia, el modo, manera y manejo de este aspecto patrimonial dentro de su vida matrimonial, sin atentar contra el derecho y las buenas costumbres. Como veremos, el tema mencionado se inicia analizando y haciendo un comentario global histórico del surgimiento de esta institución y de la manera como se fuera caracterizando y tomando auge en las diversas legislaciones los dos sistemas de sociedad conyugal, como son el sistema de comunidad de bienes y el sistema dotal que ha imperado en los últimos tiempos.

Luego analizamos en que consiste la sociedad conyugal como institución jurídica, su regulación dentro de la legislación colombiana, sus elementos, características, contenido y por supuesto situaciones que en forma taxativa dan lugar a su forzosa extinción.

El propósito de nuestro estudio investigativo, es dar a co



nocer la importancia y transcendencia que surge de un vínculo matrimonial, debido al gran número de hombres y mujeres de esta sociedad que sin importar a que esfera social pertenezcan en forma inexplicable se encuentran sumidos en el desconocimiento de lo que realmente encierra la institución de la sociedad conyugal.

Tratamos de hacer un aporte didáctico y concreto del tema aludido, con el fin de llegar a una mejor ilustración jurídica y una mejor interpretación social.

1. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA
SOCIEDAD CONYUGAL

1.1 NATURALEZA DEL VINCULO MATRIMONIAL

El matrimonio desde la antigüedad se ha considerado como el medio idóneo para la perpetuidad de la familia y la conservación de la sacra-privata. La palabra potestas, es conocida por los romanistas con el vocablo Manus, y consiste en la facultad absoluta sobre el conjunto de la familia. Pero en verdad este vocablo hace referencia a la autoridad sobre la mujer casada, existiendo otras denominaciones tales como :

Patria Potestas, consiste en el poder sobre la descendencia por la línea masculina, potestas Dominica, y consiste en el imperio que se tenía sobre los esclavos. Y Dominica, son los derechos sobre las cosas. La palabra familia, proviene de la voz latina Famulus o Servus, que consistía en el conjunto de esclavos y sirvientes que trabajan para el pater familia.

15

Romacón una sociedad preponderante clasista, tenfa a las justas nupcias por un concierto de hombre y mujer para toda la vida en igualdad de condiciones y comunidad de derechos divnos y hymanos. Con la ley de las doce tablas vino a ser compatible dentro del Derecho civil las uniones de la plebe con los patricios elevandolos a la categoria de matrimonios legftimos. Proferido por la Ley Canuleia y en tiempos del gobierno de Augusto con las leyes Iulia y Papia Poppaea, admitieron el matrimonio entre ingenuos y libertos a excepci3n de los senadores y su descendencia.

Por obra del ius civitatis se extendió a los latinos y a las colonias romanas el derecho de desposarse o ius conubi; in loco filiae mariti la mujer entraba a formar parte de la familia del esposo por adquirir éste sobre ella una potestad semejante a la asignada al padre sobre sus hijos, haciendose propietario de todos sus bienes. Existfan dos formas de uniones, las justas nupcias y manus.

El matrimonio se formaba por la sola voluntad del jefe de la domus porque de ser este quien se casaba la mujer debfa seguir obedeciendole; si era uno de sus descendientes la obediencia le era debida por ambos contrayentes y a falta de manus un pacto entre los cónyuges. Sin embargo la costumbre de que los padres consertaran el compromiso matrimonial no impedfa el que los mismos esponsales pudieran convenir con el asentimiento de ellos.

Existieron otras uniones que veremos a continuación :

El Connubium, que podía ser Conniugium y era el mero apareamiento físico y el Concubinatus que era la unión duradera o de carácter estable entre varón y mujer de orden inferior a las justas nupcias, pero marcadamente diferenciadas de los ayuntamientos pasajeros y capaz por su licitud o aceptación dentro de las normas de la decencia que lo propiciaban como una especie de apareamiento que mitigaba las inhibitorias discriminaciones sociales.

Los hijos concebidos en concubinato, eran legalmente extraños al padre pero cognados de sus parientes maternos quienes se les concedía su legitimación cuando se daba el matrimonio subsiguiente de los padres, reservándoles Justiniano el nombre de Liberi naturalis, reconociéndoseles su filiación natural, la obligación de alimentos, la legalización por contrato dotal y algunos derechos sucesorios.

Matrimonium sine connubium, consentido entre personas que adolecían de ius connubi por cuya razón revistiendo apariencia de validez no alcanzaba a tener los efectos de las justas nupcias.

Se diferenciaba del concubinato en que podía asumir carácter legal de volver los contrayentes al lugar de origen y pudo transformarse en justas nupcias con efecto retroactivo.

Contubernium, que es la unión entre esclavos o entre uno de éstos y una persona libre sin consecuencias inmediatas para el Derecho civil. Se admitió al hijo disfrutar del estado de libertad si la madre tuvo aquella condición en algún momento durante el embarazo.

1.2 REGIMEN PATRIMONIAL CONYUGAL

En la regularidad de las instituciones jurídicas se comprobaba la existencia de convenios económicos entre los esposos para la concurrencia por parte de la mujer con un caudal, dote o dos, tendiente a hacer más llevaderos las cargas pecuniarias impuestos por el nuevo estado civil, o quizás con miras a mitigar las omisiones del Derecho de herencia, tanto en el matrimonio cum manu, en el cual era considerada como hija, como en el sine manu, en donde nada del marido o de sus ascendientes le correspondía, y se denominaba profecticia si era constituida por el pater familia y adventicia en otra circunstancia, pasando a ser propiedad del marido y a formar parte del patrimonio común administrado por el jefe de familia, abarcando todo el haber de la mujer sui iuris. En el matrimonio cum manu, de no reservarse ésta parte de su fortuna, constituyéndose así los bienes parafernales cabalmente, por no hallarse involucrados en la dote.

Cuando una mujer llevaba consigo considerable dote, podía

retener alguna cantidad que no ponfa a disposición de su marido, limitándose a prestársela, por lo que, más tarde, podía encargarse a uno de sus esclavos a que persiguiera al marido y lo reclamara el dinero prestado.

Existieron varios métodos de constituir la dote y fueron :

a. La datio dotis, o transferencia inmediata del patrimonio dotal al marido.

b. La dictio dotis, estipulación o promesa verbal solemne, hecha por la mujer sui iuris, su deudor acatando órdenes o sus ascendientes paternos.

c. La promissio dotis, era la oferta verbal formalizada por cualquier persona a manera de póliza.

A través de la condictio sine causa, si no se llevaba a cabo la ceremonia de matrimonio, el donante podía repetir contra el beneficiario; sin embargo la dote podía ser aumentada antes o después de la ceremonia.

Con todo, las implicaciones económicas de la dote, y aún de las donaciones nupciales, que contribuían a afirmar la noción de separación de bienes aminoraron la necesidad de la moderna sociedad conyugal por efecto de los auxilios pecuniarios entre los cónyuges, incluso, haciendo que cuando la se

paración matrimonial se producía por divorcio, durante el imperio de la manus mariti la disolución del vínculo no fuera automática, puesto que de haber tenido lugar la unión por coemptio precisaba una remanciatio y en caso de confarreatio exigía el requisito de la difarreatio, en tanto que determinaba que las acciones para la restitución de la dote fueran simultáneas y múltiples, ya que además de la actio ex stipulatio era otorgada un actio rei uxoriae como de buena fé, que conllevaba la facultad de retención y daba lugar a un beneficio competentiae, para no ser obligado más allá de las capacidades, reemplazada por la condictio o actio doti, fortalecida en el derecho Justiniano, que la amplió de actio in personam a hipoteca generalis sobre todos los bienes del marido.

1.3 INFLUENCIA DEL PRINCIPIO DE LA MONOGAMIA EN LA FORMACION DEL SISTEMA DOTAL Y DEL REGIMEN DE COMUNIDAD DE BIENES ENTRE CONYUGES

La monogamia es legítima e indispensable en el matrimonio, porque solo con ella puede comprenderse y explicarse el carácter verdadero de la sociedad conyugal, que une al varón y a la mujer para todos los fines de la vida, y porque solo con ella, puede existir la reciprocidad de los derechos y deberes legales conyugales.

Consecuencia a su vez de la monogamia debe considerarse todos los sistemas nupciales conocidos por las diversas legislaciones que han regido a las sociedades.

A diferencia de la poligamia, donde la mujer es comprada por el marido, donde éste no la tutela ni la curatela de la mujer, sino el violento derecho de dominio sobre ella, por lo tanto régimen nupcial resulta imposible. Mientras que en en la monogamia ambos tendrán por consiguiente el derecho de propiedad, haciendo existente un régimen nupcial que regule sus mutos derechos y deberes en cuanto a la propiedad y a la administración de los bienes.

En Roma en principio existió el sistema nupcial de la manus, muy parecido al de la comunidad, posteriormente con el acaecimiento de la corrupción y la inmoralidad surgió la poligamia con el abuso del divorcio e inmediatamente apareció el sistema dotal que separa los bienes de ambos cónyuges como desconfiando del marido, lo que parece indicar que la unión entre esposos no es absoluta y perpetua. Luego se proclamó con toda su fuerza el principio de la monogamia, estableciéndose el matrimonio como indivisible y perpetuo, surgiendo de nuevo el sistema de la comunidad.

Se puede decir que existen o han existido dos sistemas nupciales a saber :



El sistema dotal y el sistema de la comunidad. En algunos países rigen uno y otro al mismo tiempo, se podría hablar de una mezcla y consiste exactamente en que se unen los bienes del marido y de la mujer para formar un capital común administrado por el marido, pero dentro de esa comunidad, cada uno conserva la propiedad de sus bienes que pertenecen a sus dueños respectivamente, o sea que aquí solo existe comunidad para las ganancias.

En otras legislaciones esas ganancias se prorratena, existiendo verdaderamente una sociedad mercantil entre los cónyuges.

Históricamente en las sociedades orientales existió la tiranía y el despotismo dando lugar así a que la familia apareciera constituida sobre la única base del principio de autoridad. La mujer se ve restringida o esclavizada con la poligamia, y los hijos sometidos a los caprichos del padre autoritario, tirano y déspota. Por lo tanto es inútil encontrar en éstas sociedades un verdadero sistema nupcial. En la India por ejemplo y en otros países Asiáticos, la mujer al casarse entrega al marido todos los bienes que son de su propiedad, pero no podemos hablar de un sistema dotal, porque lo que caracteriza a este régimen nupcial es el hecho de que el marido no va a aparecer como dueño absoluto de los bienes de su mujer, sino tiene el deber jurídico de conservarlos y restituirlos en el evento de que se produzca la

disolución del matrimonio.

Es por eso que la mujer de oriente le fue destruida su personalidad soportando los dogmas de la poligamia y no pudo tener bienes propios. En el Occidente específicamente en Grecia se rechazó la poligamia de Oriente, por lo tanto la mujer adquiere mayor dignidad, creándose así la institución verdadera y sacrosanta de la monogamia, pero sin recobrar todos sus derechos que le corresponden en el seno del hogar; pasó la unión conyugal constituida en las sociedades orientales de la absorción del débil por el más fuerte, a la unión conyugal constituida por un débil y otro fuerte, ya que se reconoce en cierto modo la personalidad de la mujer, separada e independientemente de la personalidad de su marido. Cada uno de los cónyuges posee sus bienes propios y contribuye a soportar las cargas del matrimonio.

Al surgir el cristianismo entre los hombres, se destierra el divorcio como último vestigio de la poligamia y junto al matrimonio verdadero crece espontáneamente el régimen de comunidad de bienes entre esposos. La madre se une al padre en los derechos y debres de la paternidad.

El régimen dotal debe considerarse como consecuencias de la constitución de la familia pagana. El sistema nupcial que en un principio tuviera las familias romanas fue el de la comunidad, posteriormente surgió el sistema de la do

te que brotó espontánea e insensiblemente de las costumbres y de las necesidades sociales de aquel pueblo.

La convetio in manu , ocasionaban para la mujer una capitis diminutio, ya que esta salía de la patria potestad de su padre, para entrar a la del marido, la cual convertía a la mujer en hija verdadera de la nueva familia.

En cuanto a los bienes de la mujer, la convetio in manu ocasionaba un verdadero régimen de comunidad, los bienes del padre, de la mujer madre y de los hijos, formaban un patrimonio común del que disponía libremente el marido, tanto es, que cuando éste fallecía los miembros de la familia se distribuían entre sí los bienes y la madre hija verdadera por lo convetio in manu, recibía una parte igual a la de los demás hijos, y en defecto de éstos, ella era la única heredera del patrimonio de la sociedad doméstica.

Con la aparición del divorcio como un abuso diario y consiguiente por la corrupción e inmoralidad, no podía ya subsistir el régimen de la comunidad, y fue cuando surgió el sistema dotal como garantía para la seguridad de los bienes de la cónyuge. Es por eso que surgieron las llamadas arras, la dote y la hipoteca dotal.

El sistema dotal no apareció inmediatamente como una institución perpetua y perfecta, fue un proceso legislativo de

24

varios siglos, en principio se obligó al marido a prometer solemnemente en el momento de la celebración del matrimonio que restituirá a la mujer parte de sus bienes sin con ella se divorciaba, y aunque no se formulara esta promesa, también era obligado a restituir.

Posteriormente se hizo necesario proteger la dote de la mala fe o prodigabilidad del marido y fue cuando surgió la hipoteca dotal a favor de la esposa, se prohibieron las donaciones entre cónyuges, y también se le prohibió a la mujer renunciar a sus derechos totales, como protección para evitar que el marido tratara de persuadir a su compañera para que consintiera en dicha renuncia.

Con la ley Julia se declaró inalienable los bienes inmuebles que constitufan la dote, y el senado Valleyano y la auténtica si qua mulier declararon a la mujer incapaz de interceder por su marido, de salir por el fiador y de obligarse con el en cualquier contrato. Existen diferencias muy marcadas entre el sistema nupcial de la dote y el de la comunidad a saber :

1. En el sistema de la comunidad, la sociedad conyugal existiendo a un mismo tiempo la distinta individualidad de la personalidad de ambos cónyuges y su misteriosa unidad.

En el sistema dotal se representa las personalidades aisla

das del marido y de la mujer.

2. En el sistema de la comunidad los cónyuges se consideran como una sola persona moral, como un ser ideal formado por dos distintos individualidades, que dándose el abrazo nupcial mutuamente se completaron.

El sistema dotal considera a los cónyuges como dos personas distintas.

3. El sistema de la comunidad es el ideal cristiano que por medio del amor crea la igualdad entre esposos, y confundiendo eternamente los cuerpos, la voluntad y la existencia de los cónyuges, devuelve a la mujer su dignidad antes envilecida y despreciada.

El sistema dotal es el ideal pagano, que para remediar las consecuencias funestas del divorcio, tiende constantemente a emancipar a la mujer haciendola independiente de la voluntad del marido.

El regimen de la comunidad no excluye sin embargo la existencia de una autoridad sin la cual sería imposible la sociedad conyugal. Así es que, en el régimen nupcial aludido, ha surgido realmente la potestad marital como institución jurídica, y esta autoridad corresponde al marido, protector de su mujer y amparo de su compañera. Por el derecho

26

concedido por naturaleza al marido sobre los bienes de su esposa, surge a su vez otro derecho concedido a la mujer sobre los bienes de su marido; porque si el marido ha de administrar los bienes de su mujer, si como autoridad de la sociedad conyugal ha de intervenir forzosamente en su administración, indispensable resulta el que la mujer tenga también un derecho cualquiera sobre los bienes de su esposo, de otro modo la sociedad conyugal sería una sociedad injusta en la cual, saldrían sobremanera favorecidos los intereses del marido. Por eso en el régimen de comunidad existió siempre este derecho en favor de la mujer ya con el nombre y la forma de viudedad, o bien estableciéndose se reciprocidad entre los cónyuges y declarando que si para enajenar sus propios bienes necesita la mujer el consentimiento de su esposa para poder enajenar lo suyo.

Las arras de los Germanos no son meras expresiones distintas, aspectos varios de l derecho que tiene la mujer sobre los bienes del marido como compensación del poder de autoridad marital que tiene el varón para administrar los bienes de la comunidad.

En síntesis, del régimen de la comunidad, nace la autoridad marital. Del sistema dotal nacen los privilegios legales y las incapacidades jurídicas de la mujer casada.

Cuando la comunidad de bienes se convierte en una comunidad

de gananciales, como consecuencias de la hipoteca legal que se constituye a favor de la mujer sobre los bienes del marido. Como derecho de compensación que a ésta le corresponde debe considerarse como una combinación jurídica en la cual se armoniza el régimen dotal y el régimen de comunidad.

1.4 DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONYUGES QUE REVISTEN UN CARACTER PREFERENTEMENTE PATRIMONIAL DEL REGIMEN ECONOMICO DEL MATRIMONIO EN LA LEGISLACION COMPARADA

El hecho de habersele atribuido al matrimonio, un concepto puramente contractual, a conllevado a errores notorios, es por eso que el código Francés, el español y los que le siguen enseñan que los pactos o convenios sobre el régimen económico matrimonial son un contrato como otro cualquiera, desvertebrando el todo institucional que es el matrimonio, remitiendolo a la parte de aquellos códigos que trata de las obligaciones y contratos.

Procedimiento que sin lugar a dudas dió origen a grandes e insolubles controversias en muchos casos porque de esta forma se dispersaron materias que trataban una misma Institución.

Los Códigos modernos con algún acierto han tratado de rec

tificar ese error notorio, y por tanto el suizo como el alemán, el brasileño, el soviético y el mexicano para el Distrito y territorios federales, regulan el regimen económico o patrimonial del matrimonio como parte integrante de éste; cualquiera que sea el concepto con el que se identifiquen, el código suizo está próximo al de la Institución, el mexicano se identifica con el contrato.

Comencemos por decir que el conjunto de disposiciones, pactos o estipulaciones que establecen los cónyuges por sí o por medio de su representantes, para regular el regimen económico del matrimonio, suele designarsele, sobre todo en las legislaciones de tipo latino, con el nombre de capitulaciones matrimoniales.

Hay legislaciones en las cuales les es permitido a los cónyuges el regimen y las disposiciones que ha bien tengan y de esta forma regular la naturaleza jurídica, constancia, disfrute, administración y disposición de sus bienes pero limitados por el respeto a condiciones fundamentales, otras que imponen a los contrayentes un regimen patrimonial de terminado o solo les permiten elegir entre ciertos regimenes preestablecidos en la ley.

Debemos distinguir además, entre las legislaciones que contienen establecer y modificar los pactos o convenios sobre regimen económico patrimonial, en cualquier tiempo ;



mientras subsista el matrimonio, ya sea en el momento de la celebración, antes, o después de celebrarlo, y los que prohíben que una vez concluido o celebrado este se otorgue ningún contrato de esa especie, y aunque se modifique en lo más mínimo el regimen ya adoptado expresamente o establecido por la ley, como supletorio de la voluntad expresa, en el momento de la celebración.

El Código Suizo, por ejemplo, se ha apartado totalmente del principio de pura libertad contractual que inspiró al Código Francés de 1804 y a sus derivados, y, entre ellos, el español y gran parte de los americanos.

Para regular económicamente su matrimonio, permite a los cónyuges elegir entre, tres sistemas : el de unión de bienes, el de separación absoluta y el de comunidad absoluta.

El sistema de unión de bienes es el señalado como legal, o supletorio en defecto de expresión manifiesta de la voluntad de los cónyuges. Se definen entonces como características principales del Derecho Suizo en esta materia:

A. Limitación de la voluntad, que solo puede optar entre los regimenes establecidos en la ley.

B. Regulación de los sistemas de comunidad absoluta, separación absoluta y unión de bienes en combinación con el dotal

en determinados casos, y con pacto posible de comunidad de ganancias en el supuesto de disolución por muerte, y dentro del régimen de unión.

C. Posibilidad de variar después del matrimonio el sistema adoptado, con autorización, en este caso, de la autoridad tutelar, la cual habrá de constar auténticamente.

Analicemos ahora las características del Derecho Civil Alemán dentro del cual se contemplan los siguientes sistemas patrimoniales para el matrimonio :

A. Régimen de administración y disfrute por parte del marido.

B. Régimen de separación

C. Régimen de comunidad Universal

D. Regimen de comunidad de adquisiciones y ganancias

E. Regimen de comunidad de muebles y ganancias

- Regimen de Administración y disfrute por parte del marido

Se tiene como regla general, caracter legal como supletorio de la voluntad, en caso de que no se celebre contrato expre

so sobre bienes del matrimonio.

- Regimen de Separación

Puede ser también en casos excepcionales regimen legal su pletorio, como ocurre cuando uno de los casados tiene restringida su capacidad legal para contratar, y no ha obtenido la asistencia de su representante legal. Se advierte dentro de este regimen que el marido debe soportar las cargas del hogar, pero añade que la mujer, para subvenir a las mismas, debe entregar del marido una contribución proporcional de las ventas de sus bienes y de los productos de su trabajo o de la profesión lucrativa que ejerza.

- Regimen de Comunidad Universal de Bienes

Es menester advertir que los que integran la comunidad pueden señalarse por pacto, y no llegan una copropiedad de tipo latino, o sea, por partes alícuotas en cada cosa sino una propiedad de las llamadas de mano en común, típicamente germana, y donde cada cosa pertenece a su dueño sin designación de partes, durante la comunidad, y, por tanto, para cualquier acto de enajenación o disposición se requiere el consentimiento del marido y de la mujer. No obstante, ocurre la particularidad de que el administrador de los bienes comunes ha de ser siempre el marido, sin que pueda pactarse con caracter general que lo sea la mujer.

Al fallecimiento de uno de los cónyuges, y si hay descendientes comunes la comunidad continua entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del premuerto, a menos que aquél la rechace. Esto se llama, en el Derecho Alemán "La comunidad continuada", y tiene su correspondencia en una institución análoga del Derecho Aragonés.

- Regimen de Comunidad de Adquisiciones y Ganancias

Se hace común lo que los cónyuges adquieren durante el matrimonio, pero no se comprenden los bienes que se hayan declarado excluidos, en el contrato, ni aquellos que procedan de adquisiciones por donación, herencia o legado, siempre que según la voluntad del testador, hayan de pertenecer exclusivamente al patrimonio del donatario heredero o legatario. También son comunes, en este regimen, las ganancias obtenidas por los cónyuges durante el matrimonio.

- Regimen de Comunidad de Muebles y Adquisiciones

Es el regimen legal adoptado para Francia por el Código de Napoleón y uno de los expresamente regulados por el Alemán, consiste en que se hacen comunes todos los bienes muebles de los consortes existentes antes del matrimonio, y los que adquieren después, sean muebles e inmuebles, con iguales condiciones que las establecidas en el regimen llamado de comunidad de adquisiciones.

Tanto la legislación alemana como la suiza se distinguen por que no admiten la inmutabilidad del regimen económico durante el matrimonio, y permiten que, en cualquier tiempo, después de celebrado aquél, se alteren, modifiquen y sustituyan los pactos establecidos en el contrato referente a los bienes del matrimonio.

Analicemos ahora los sistemas de libertad absoluta e inmutabilidad del regimen económico matrimonial comenzando por la legislación francesa. Sigue vigente en Francia, aunque con múltiples variaciones el Código llamado de Napoleón, el cual acoge el sistema de absoluta libertad de contratación para fijar el regimen económico del matrimonio, permitiendo a los cónyuges establecer los sistemas, condiciones y pactos que estimen más adecuados para regular económicamente su vida conyugal. Imponiendo como condición única de que los pactos o convenios acordados no atenten a la moral, a las buenas costumbres, a los verdaderos fines del matrimonio, al querer de los cónyuges, ni impliquen sumisión a los preceptos de una legislación extranjera.

Paralelamente a estas disposiciones, y para prevenir el caso de que no se realice ningún convenio económico, declara regimen legal subsidiario, el de comunidad de muebles y ganancias, bajo administración del marido, semejante al desarrollado por el Derecho Alemán, y que fue importado a dicha legislación, precisamente del Derecho Francés.

Después de haber establecido el código de Napoleón principios tan flexibles, sienta uno de absoluta rigidez : el de la inmutabilidad absoluta del regimen adoptado antes de celebrar el matrimonio o legalmente establecido, en efecto de declaración de voluntad al celebrarse aquél. Tiene asidero este criterio, en la desconfianza que inspira la influencia recíproca que cada uno de los esposos ejerce sobre el otro, y también en la conveniencia de resguardar los patrimonios respectivos y preservados de dicha influencia, con un fin protector de los intereses de herederos forzosos sobre todo si existe descendencia de matrimonios anteriores de los propios cónyuges.

Esta misma consideración da lugar, al principio prohibitivo de las donaciones entre esposos y de la celebración también entre ellos, de determinados contratos.

En análogo sistema se inspiran los códigos de Bélgica y Luxemburgo, y, con ciertas variantes, los de Portugal y España. Estos dos últimos difieren del tipo Francés en el regimen legal, que en Portugal es el de comunidad universal de bienes, y en España, el de sociedad legal de gananciales, característica del Derecho Castellano.

El Código Español preside también los de Argentina, Chile, Perú y Brasil, que adoptan como regimen legal, el de Sociedad Conyugal de ganancias y consagran los principios de li



bertad e inmutabilidad a que nos hemos venido refiriendo.

En Rusia, existe naturalmente, un regimen de amplia libertad, pero se conoce sin embargo cierta clase de bienes familiares necesariamente comunes, sobre los cuales ambos cónyuges tienen derechos iguales que no pueden disminuirse. Sobre este punto se ha establecido en Rusia una especie de sociedad conyugal de tipo forzoso. En ella, y dado el principio de igualdad de los sexos establecido fundamentalmente en Rusia no preponderarán ni el parecer ni la decisión de ninguno de los cónyuges y, en caso de discrepancia, es al Juez quien resuelve lo que estima más conveniente para los intereses familiares.

Hasta ahora hemos examinado el regimen económico matrimonial en relación tan sólo con los consortes y con el interés de la familia pero hay un aspecto importante, que es el relacionado con los intereses de terceros.

No es indiferente para el interés de terceros el régimen económico que cada matrimonio adopte. Por eso, casi todas las legislaciones establecen el principio de la inscripción de estos contratos en un registro público mediante el cual pueden ser reconocidos por todos.

2. DEL CONCEPTO Y NATURALEZA JURIDICA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

El Legislador Colombiano no define en el Código Civil nuestro que es la Sociedad Conyugal, pero los autores acostumbran definirla como la Sociedad de Bienes que se forma entre los cónyuges por el hecho del matrimonio. En Sana lógica jurídica sería un exabrupto tratar de equiparar la Sociedad Conyugal a la Sociedad civil contemplada en el Código Civil Colombiano en el título libro artículo y más aún con las variadas formas de Sociedad Comercial. Sin embargo en los artículos del C.C.C. referentes a la sociedad civil se plantea una situación concreta, en el artículo 2.082 cuando a la letra dice : "Se prohíbe, así mismo, toda sociedad de ganancias, a título universal, excepto entre cónyuges". Lo anterior no obsta para que reconozcamos que la sociedad conyugal como tal debe entenderse como una institución sui-generis que tiene reglamentación propia con el fin de salvaguardar los intereses económicos de cada uno de los cónyuges por separado y entre sí indudablemente respecto de terceros. Se hace necesario entonces puntualizar las marcadas diferencias existentes entre la sociedad

conyugal y el contrato de sociedad:

a. El contrato de sociedad establece de manera obligatoria que los socios realicen un aporte o en su defecto adquieran el compromiso de hacerlos; por el contrario la sociedad conyugal por el mero hecho del matrimonio existe, o surge a la vida jurídica aunque algunos autores hablan de que solo se puede hablar de sociedad conyugal como tal únicamente al momento de presentarse una causal de disolución y como consecuencia su liquidación es en ese momento y no en otro, opinan estos cuando se materializa el concepto de sociedad conyugal, sin embargo no es requisito esencial de la misma que los cónyuges o alguno de ellos realicen un aporte.

b. En el contrato de sociedad las ganancias de la misma se dividirán a pro de los aportes de cada socio; en la sociedad conyugal caso que el conyuge opte por gananciales se distribuye por mitad sin tener en cuenta el monto de los bienes que cada cónyuge haya llevado al matrimonio que en nada se asemeja al concepto de utilidad de las sociedades ordinarias.

c. La sociedad conyugal según el legislador ha establecido tiene un inicio o principio determinado, lo propio para el fin, mientras que el contrato de sociedad se puede pactar por un tiempo determinado.

d. Las sociedades de tipo ordinario obedecen al concepto de contrato; no puede aceptarse que la sociedad conyugal nazca de un contrato, sino del imperio de la ley, al establecer que ella es efecto propio del matrimonio.

e. Las sociedades forman una persona jurídica, diferente de cada uno de los socios, contrariamente la sociedad conyugal no posee tal personería. Esta afirmación ha traído discusiones entre los doctrinantes, lo que ha originado dos tendencias diametralmente opuestas, una que afirma que la sociedad conyugal si posee personería jurídica y otra que niega o no acepta tal afirmación.

f. En cuanto a la administración de la sociedad conyugal antes de entrar a regir la Ley 28 de 1932 existía lo que se conoció como administración ordinaria y administración extraordinaria de la sociedad conyugal. Por lo que una de las características de la misma era la administración de los bienes por parte del marido. Y, en forma extraordinaria administraba la mujer. En la actualidad la sociedad conyugal es de libre administración cada uno de los cónyuges de manera indiscriminada lo puede hacer pudiendo disponer de sus bienes o sea de los de cada quien sin cortapizas. Para las sociedades ordinarias la manera de manejo de lo que ellos denominan capital social y la gestión de negocios para el cometido contenido en el objeto de las mismas se permite realizar dicha forma de manejo a cualquier persona, se

gún la voluntad de las personas asociadas.

g. En el contrato de sociedad se presenta la abierta posibilidad de poder hacer, antes de dar por terminado el mismo, repartos parciales de utilidades, lo que se hace en forma única es un reparto de final de ganancias que como se dijo no responden al concepto de utilidad entendido para los contratos de sociedades ordinarias.

Se hace también necesario puntualizar las diferencias existentes en la sociedad conyugal y la comunidad ya que algunos autores han planteado que la naturaleza jurídica de la sociedad conyugal esta en la comunidad.

a. En la sociedad conyugal no se puede hablar de que cada uno de los cónyuges posee una cuota parte, puesto que para la misma se representa esa titularidad, mientras que en la comunidad cada una de las personas que la integran se denomina condueño y es a la vez titular de una cuota parte del bien que posee en común.

b. Al quedar establecido que cada condueño posee o es titular de una cuota parte del bien que poseen en común fácilmente se puede afirmar entonces que cada copropietario tiene derechos verdaderos sobre esa cuota parte pudiendo de esta manera amparado en esos derechos a proceder a hipotecarla o venderla; para la sociedad conyugal se deduce que

40

no existiendo esa titularidad de cuotas partes, ello entonces no ocurre.

c. En la sociedad conyugal el reparto de bienes procede cuando no se han dado una cualquiera de las causales o motivos establecidos por el legislador para la disolución de las causales o motivos establecidos por el legislador para la disolución y la consecuente liquidación de ella; en la comunidad cada condueño tiene derecho a pedir en cualquier momento, que se divida el bien común.

Otros autores argumentan teorías diferentes a las planteadas y fundamente desvirtuadas como lo son que la sociedad conyugal es un contrato de sociedad o que la sociedad conyugal encuentra las bases de su naturaleza jurídica en el fenómeno de la comunidad.

Puig, por ejemplo, asimila la sociedad conyugal a lo que el denomina "comunidad de tipo germano", respondiendo a las características siguientes :

1. Las cosas pertenecen a un patrimonio autónomo, separado y común;
2. La administración se atribuye a un órgano especial de dirección que obra a nombre de los partícipes:

3. No existe la "Actio Communi Dividundo" para dar realidad inmediata a las participaciones de los socios, considerándose de esta manera que la comunidad de tipo germano en forma categórica exige la existencia de ciertos bienes sobre los cuales, ella recae, no pudiéndose entonces explicar a través de esta teoría la existencia de la sociedad conyugal sin bienes.

A su vez, otro autor llamado Castan, asimila la sociedad conyugal a la "propiedad de mano en común" explicando su teoría palabras más palabras menos de la siguiente manera: una comunidad de bienes, ya sea universal o limitada y una sociedad de gananciales, no pasa de ser una propiedad en mano común o colectivista, porque el marido como la mujer son en forma indistinta, titulares de un patrimonio, con la salvedad de que ninguno de ellos podrá tener derecho a enajenar ni incoar la acción de división, sin que se pueda, determinar de manera concreta cual es la participación de los cónyuges en dicho patrimonio, sin realizarse la previa liquidación. También es necesario tener en cuenta en el desarrollo de esta teoría de que es posible el hecho de que al contraer matrimonio ninguno de los esposos posea algún bien, no siendo obstáculo para el nacimiento de la sociedad conyugal.

Ante la realidad inminente de la imposibilidad de determinar en forma terminante cual es el concepto y naturaleza ju

jurídica de la sociedad conyugal debemos reafirmar en forma casi que irrefutable (decimos casi por la evolución diaria del derecho) que es una institución sui-generis, que tiene por lo mismo características propias que le confieren suficiente autonomía para diferenciarla de las demás figuras jurídicas. Sin embargo nos permitimos agregar conceptos de autores muy respetados dentro de la esfera del derecho como Somarriva¹ que afirma, aunque parezca redundante, la sociedad conyugal es la sociedad conyugal. Valencia Zea² no obstante los diversos matices puede revestir, el régimen de sociedad conyugal consiste esencialmente en una masa común de bienes, existente entre los cónyuges y provenientes de ambos o de uno de ellos, que está destinada a servir los intereses de la familia y especialmente a liquidarse y distribuirse entre los únicos socios posibles de una sociedad conyugal, o sean los cónyuges.

En este sentido Fueyo, plantea que la sociedad conyugal no tiene en verdad, más de sociedad que la idea general de asociación como la contiene de igual modo el matrimonio. Es simplemente una institución con caracteres propios, que ni es sociedad, ni comunidad, ni persona jurídica en general.

¹ Alvarez Rodriguez, Edgar. Regimen de bienes en el matrimonio, Bogotá, Editorial Temis, 1978, pag.30

² Ibid, p.31

3. ANALISIS DEL ARTICULO 180 DEL CODIGO CIVIL COLOMBIANO

Artículo 180, MÓdificado. Decreto 2820 de 1974, Art.13.

Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, según las reglas del título 22, libro IV, del Código Civil.

Los que se hayan casado en país extranjero y se domicilia ren en Colombia, se presumierán separados de bienes, a me nos que de conformidad a las leyes bajo cuyo imperio se ca saron se hallen sometidos a un régimen patrimonial diferen te.

Tomando en consideración la sociedad conyugal de nuestra legislación el artículo 180 del Código Civil Colombiano , no sigue principios generales para la sociedad conyugal de los matrimonios celebrados en Colombia, porque establece que todas aquellas personas casadas en el extranjero y do miciliadas en Colombia quedad sometidas a la presunción de que por el hecho del matrimonio no se ha contraído la so ciedad de bienes, es decir se presumirán separados de bie

nes, a menos que con las leyes imperantes se hallan sometidos a un regimen patrimonial diferente, de modo que quien se haya casado en el extranjero para poder pedir o proceder a la separación de bienes o a la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, necesita demostrar que por el hecho de su matrimonio se constituyó la sociedad conyugal, de lo contrario el juez o el notario según el caso no le admitirán la disolución de una sociedad que no se les ha demostrado que existe.

3.1 JURISPRUDENCIA SOCIEDAD CONYUGAL CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION CIVIL SENTENCIA DE SEPTIEMBRE 6/56

JURISPRUDENCIA : Sociedad Conyugal. Sobre el primer inciso de artículo 180 del Código Civil cabe observar que, conforme a los propios términos del artículo 1o. de la Ley 28 de 1932, se considera que los cónyuges han tenido la sociedad conyugal desde la celebración del matrimonio, aunque con las modalidades que esta misma ley establezca respecto de la administración y libre disposición que cada cónyuge tiene sobre los bienes que aporte a matrimonio y los que adquiera a cualquier título mientras no se produzca ninguna de las causales de liquidación de esa sociedad. El inciso que se comenta solamente ha sido modificado por la Ley 28 de 1932.



El segundo, tocante con el régimen patrimonial que nace por efecto del matrimonio válidamente celebrado fuera del territorio colombiano por personas que pasan luego a domiciliarse en él, dispone que se mirarán como separados de bienes siempre que en conformidad con las leyes bajo imperio se casaron no haya habido entre ellos sociedad de bienes.

Sobre el contenido de esta norma se observa :

En primer lugar, comprende tanto el matrimonio colombiano domiciliados en otro país como el de extranjeros y el de colombianos y extranjero, pues en los términos "los que se casen fuera de un territorio", no hay limitación alguna, y sabido es que el intérprete no puede hacer distinciones donde la ley no las hace. Y como se trata del imperio de la ley nacional, ya está visto que en lo atinente al matrimonio, los colombianos deben celebrarlo de conformidad con las normas que regulan el estado civil, ya que el artículo 19 del Código Civil dispone que los colombianos "residentes o domiciliados" en país extranjero permanecerán a este código en lo relativo al estado de las personas. El inciso citado exige, en segundo término que los contrayentes pasen a domiciliarse en Colombia; requisito que se determinará de conformidad con las disposiciones pertinentes del Código Civil (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de septiembre 6%56).

3.2 JURISPRUDENCIA SOCIEDAD DE BIENES Y MATRIMONIO CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION CIVIL, SENTENCIA ABRIL 30/70

JURISPRUDENCIA - SOCIEDAD DE BIENES Y MATRIMONIO. La Sociedad Conyugal o sociedad de bienes entre cónyuges, nace simultáneamente con el vínculo indisoluble del matrimonio. Este y aquella se forman en un mismo instante. La sociedad de bienes no puede existir sin matrimonio. En el caso de muerte de uno de los cónyuges que no estaban separados de bienes, matrimonio y sociedad conyugal se disuelve en el mismo y preciso momento.

Esta sociedad tiene vida subordinada solo puede existir donde existe un matrimonio no tiene vida propia ni independiente, siempre está sometida a la existencia de un vínculo matrimonial. Por ello, puede tener duración menor que la del matrimonio o igualara a la de este, pero en ningún evento puede perdurar más allá del momento en que el matrimonio que se disuelve. En cambio el contrato matrimonial por tener vida propia, o autónoma no necesita de la existencia de la sociedad conyugal para subsistir y por ello no lo afecta la disolución de ésta.

Respecto a la sociedad de bienes entre cónyuges la regla común es la siguiente : probada la existencia de un matrimo

nio celebrado en Colombia, automáticamente queda demostrada la existencia de la sociedad de bienes entre cónyuges que alega encontrarse en estado de separación de bienes por ser excepcional este estado debe comprobar la causa que lo ha producido".

4. CAPITULACIONES MATRIMONIALES

4.1 DEFINICION Y NATURALEZA JURIDICA

El artículo 1771 del Código Civil Colombiano en forma expresa dice : "Se conoce con el nombre de Capitluaciones Matrimoniales las convenciones que celebran los esposos antes de contaer matrimonio, relativas a los bienes que aportan a él, y a las donaciones y conseciones que requieran hacer el uno al otro, de presente o de futuro". En forma común se suele definir las capitulaciones matrimoniales como convenciones estipuladas entre los futuros cónyuges que tienen como finalidad modificar el regimen legal matrimonial; este acuerdo convencional necesariamente se da antes de realizar el vínculo matrimonial porque de no existir e se pacto escrito anterior, por el mero hecho del matrimonio, se entenderá contraída la sociedad conyugal.

En nuestro medio no es usual que los futuros cónyuges realicen este tipo de convenciones y nos inclinamos a pensar que la influencia de la idiosincracia propia es baluarte defi

nitivo para que la regla general sea un rechazo social ca si que absoluto a dicho fenómeno jurídico que dicho sea de paso ofrece a las personas que lo deseen estipular un regi men económico único válido entre ellos es decir pactado y escogido por el libre albedrío de las person-s que así lo deseen.

4.2 CUALIDADES O CARACTERISTICAS

En cuanto a la obligatoriedad de las mismas, se tiene que no solo obligan unicamente a los cónyuges, sino a los ter ceros que contraten con estos, por lo que se hace necesario saber si el pacto o convención realizado por los futuros cónyuges abarca la separación total de bienes, lo que hace pensar de manera inmediata y manera inequívoca que los ter ceros que contraten con cónyuges cuyo régimen económico ten ga pautas definidas por este tipo de convención en esa an terior capitulación matrimonial tendrán que atenerse a la misma para así establecer sobre que bienes pueden hacerse efectivos sus créditos.

En cuanto a la duración de las capitulaciones matrimoniales se tiene que son indefinidas, ellas regirán mientras subsis te el matrimonio y aún recibirán aplicación una vez disuel to éste.

Se puede llegar a pensar que por el hecho de que para que las capitulaciones matrimoniales produzcan efectos requieran de la celebración del matrimonio, estas se les atribuye como características de que son condicionales; aquí el vínculo matrimonial es un requisito de esencia, lo que indica que sin él, las capitulaciones matrimoniales no surgirán a la vida jurídica, aún más se demuestra que no son condicionales porque al quedar sentado que es requisito de la esencia no ofrece la disyuntiva de que pueda faltar o no que si es característica esencial pero de la condición.

Por último las capitulaciones matrimoniales no podrán contener estipulaciones contrarias a las buenas costumbres ni a las leyes y además no irán en detrimento de los derechos y las obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge respecto del otro o de los descendientes comunes.

4.3 CONSENTIMIENTO Y CAPACIDAD PARA CELEBRARLAS

El consentimiento para celebrar las capitulaciones matrimoniales, de manera genérica en principio, sigue la regla de los actos jurídicos, lo que hace colegir que se puede realizar mediante mandatarios. Pero se debe en cuenta en el caso de menores y de otros incapaces, para los mismos no

cabe la representación legal.

La capacidad para estipular o pactar capitulaciones matrimoniales es idéntica a la que se necesita para contraer matrimonio; 12 años en la mujer y 14 en el hombre.

El artículo 1777 del Código Civil colombiano dice : "El menor hábil para contraer matrimonio podrá hacer en las capitulaciones matrimoniales, con aprobación de la persona o personas cuyo consentimiento le haya sido necesario para el matrimonio, todas las capitulaciones de que sería capaz si fuese mayor; menos los que tengan por objeto renunciar los gananciales, o enajenar bienes raíces, o gravarlos con hipotecas o servidumbres. Para las estipulaciones de estas clases será siempre necesario que la justicia autorice al menor. El que se halla bajo curaduría por otra causa que la menor edad, necesitará de la autorización de su curador para las capitulaciones matrimoniales, y en lo demás estará sujeto a las mismas reglas que el menor"

Puede suceder que el menor esté bajo curaduría de lo que se habla en el artículo 1777 debiendo entonces tener en cuenta si el curador es una persona distinta de las personas llamadas por la ley a darse ese consentimiento porque entonces necesita la aprobación de éstas y no de curador. En el evento de que la causa de la curaduría sea distinta de la menor edad, como serían las incapacidades absolutas de los

dementes, interdictos por disipación y sordomudez que no pueden darse a entender por escrito. Se presenta entonces la siguiente situación fáctica, el demente y el sordomudo que no puede darse a entender por escrito no pueden contraer matrimonio luego entonces no podrán bajo ningún respaldo jurídico pactar capitulaciones matrimoniales, fenómeno contrario ocurre con el disipador interdicto.

4.4 SOLEMNIDADES

Sigue el artículo 1772 del Código Civil Colombiano : " Las capitulaciones matrimoniales se otorgarán por escritura pública; pero cuando no asciendan a más de mil pesos los bienes aportados al matrimonio por ambos esposos juntamente, y en las capitulaciones matrimoniales no se constituyan derechos sobre los bienes raíces, bastará que conste en escritura privada, firmada por las partes y por tres testigos domiciliados en el territorio. De otra manera no valdrán". De la interpretación del mismo se desprende lo siguiente : que las capitulaciones matrimoniales requieren de una solemnidad imperativa como es que se otorgaran por Escritura Pública, esto como regla general, como excepción se dice que podrán constar por escritura privada, debidamente firmada por las partes y por tres testigos domiciliados en el territorio, cuando al pactarse las capitulaciones matrimoniales no ascienden a mas de mil pesos los bienes a

portados al matrimonio por ambos esposos juntamente y en las capitulaciones matrimoniales no se constituyen derecho sobre bienes raíces.

4.5 REVOCABILIDAD O MODIFICACION DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES ANTES DEL MATRIMONIO

El Legislador Colombiano consignó en el artículo 1778 lo referente a la modificación de las capitulaciones matrimoniales antes del matrimonio de la siguiente manera : "Las capitulaciones matrimoniales no se entenderán irrevocablemente otorgadas, sino desde el día de la celebración del matrimonio", esto en la primera parte del artículo porque en la segunda parte contempla lo referente a la irrevocabilidad de las mismas cuando dice : "celebrado, podrán alterarse, aún con el consentimiento de todas las personas que intervinieron en ellas".

Es exigencia del Legislador que no se admitan en juicio escrituras que alteren o adicionen las capitulaciones matrimoniales, a no ser que le hayan otorgado antes del matrimonio y con las mismas solemnidades que las capitulaciones primitivas lo que sigue la regla generalizada de que las cosas en derecho se deshacen como se hacen, sigue diciendo el Legislador, que no valdrán contra terceros las adiciones

o alteraciones que se hagan en 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 escrituras posteriores, al margen del protocolo de la primera escritura.

4.6 ESTIPULACIONES QUE ES PERMITIDO HACER EN LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

Si los cónyuges en las capitulaciones matrimoniales no han pactado separación total se puede designar en ella los bienes que los esposos aportan al matrimonio, con expresión de su valor y una razón circunstanciada de las deudas de cada uno. La finalidad perseguida es establecer una prueba de las llamadas preconstituidas, de los bienes que cada cónyuge aporta al matrimonio para de esta forma facilitar la liquidación de la sociedad conyugal.

Dado el caso de que se incurra en omisiones o inexactitudes de los bienes y deudas por este hecho no se anularán las capitulaciones; pero el notario ante quien se otorgaren hará saber a las partes dicha situación y estará en la obligación de mencionarlo en la escritura, bajo la pena que por su negligencia le impongan las leyes.

4.7 ESTIPULACIONES QUE NO ES LICITO HACER EN LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

El Legislador en el artículo 1773 del Código Civil Colombia no siguiendo la línea de fomentar, defender la moral y las buenas costumbres consagró que las capitulaciones matrimoniales no contendrán estipulaciones contrarias a las buenas costumbres ni a las leyes, y no serán entonces en detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge respecto del otro o de los descendientes comunes.

Por tanto no se pueden aceptar como lícitos capitulaciones matrimoniales como : los cónyuges no se deberán respeto y socorro mutuo; o que se renuncia a la acción de nulidad del matrimonio etc.

Ninguno de los cónyuges podrá renunciar en las capitulaciones matrimoniales o fuera de ellas la facultad de pedir la separación de bienes a que dan derecho las leyes.

5. EL PATRIMONIO EN LA SOCIEDAD CONYUGAL

5.1 BIENES QUE HACEN PARTE DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

5.1.1 Diferenciación

En nuestra legislación colombiana, no se ha hecho una distinción exacta acerca de los bienes que entran a constituir en forma absoluta el activo social, y los bienes que vienen a ser parte relativa o aparente de la misma; el artículo 1781 del Código Civil colombiano tan solo los enumera sin hacer la respectiva distinción. De todas formas el haber de la sociedad conyugal lo componen todos aquellos bienes que integran su activo social, diferenciando el haber absoluto y el haber relativo de la respectiva sociedad conyugal.

5.1.2 Bienes que hacen parte del haber absoluto de la Sociedad Conyugal

Está constituido por todos los bienes que entran a la sociedad de una manera absoluta e irrevocable.

A tenor del artículo 1781 del Código Civil Colombiano los bienes que integran éste haber son los siguientes :

a. De los salarios y emolumentos de todo género de empleo y oficios devengados durante el matrimonio.

b. De todos los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros de cualquiera naturaleza que provengan, de los bienes sociales, sea de los bienes propios de cada cónyuge y que se devenguen durante el matrimonio.

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

d. De la parte del tesoro que se encuentre en terrenos de la sociedad

e. De las minas denunciados por uno o por ambos cónyuges.

5.1.2.1 Salarios y Emolumentos de todo género de empleo y oficios devengados durante el matrimonio

Esta es la base del haber de la sociedad conyugal. Dentro de la designación de sueldos y emolumentos que menciona el referido artículo, entran a la sociedad los siguientes :

Salarios, sueldos, gratificaciones legales, fondos de reti

ro, indemnizaciones por desahucio o por años de servicios, jubilaciones que se acuerden en virtud de leyes permanentes, honorarios profesinales, producto de la actividad comercial, industrial, artesanal o artística de los cónyuges.

Hay que analizar y cuestionar una circunstancia que se podría presentar, en el evento de que se trata de un trabajo ejercido por uno de los cónyuges antes del matrimonio, pero que su terminación o conclusión se verifica después de celebrado éste; es preciso verificar en cuanto a los emolumentos recibidos como quedaría esta situación debidamente regulada.

Según la doctrina es necesario hacer una distinción acerca de si el trabajo realizado es susceptible de ser divisible su ejecución y por supuesto su forma de pago, caso en el cual la remuneración que corresponde al trabajo que se realizó durante el matrimonio, entra al haber absoluto de la sociedad, la remuneración correspondiente al trabajo anterior al matrimonio entra al haber relativo de la sociedad conyugal como recompensa contra la sociedad por el monto de lo pagado.

Si el trabajo realizado por alguno de los cónyuges es indivisible, se atiende al momento de la terminación de la obra, es decir que la remuneración pagada por dicho trabajo entra en forma plena al haber de la sociedad conyugal.

Para ilustrar lo anteriormente dicho, podemos distinguir dos formas de trabajo, a manera de ejemplos que sean susceptible de división o no; en el primer caso podríamos mencionar el de un abogado que tiene un negocio que antes del matrimonio se encontraba fallado en primera instancia, y posteriormente a este fue fallado. Cabe distinguir entonces que lo devengado durante esta primera etapa entra al haber relativo de la sociedad, y lo devengado en la segunda etapa entra al haber absoluto de la sociedad, dada la facilidad de división del trabajo realizado.

Para el segundo caso, estaría por ejemplo el trabajo de un pintor, como se vé, es un oficio que no es susceptible de división, porque solo al terminar la obra es que verdaderamente tiene un valor definitivo, es por eso que la doctrina ha regulado esta clase de trabajo en la medida en que se señala, que la remuneración respectiva entra en forma plena al haber absoluto de la sociedad, dada la circunstancia de que fue terminada la obra durante el matrimonio y sólo en este tiempo fue cuando realmente adquirió un valor definitivo.

En cuanto a las ganancias obtenidas en juegos, ya sean de azar y de inteligencia como verdaderos contratos onerosos que son y los de destreza física o corporal, también entran al haber absoluto de la sociedad conyugal.



Los productos del trabajo de la mujer separado del de su marido, también son bienes sociales, y por supuesto entran al haber de la sociedad conyugal.

5.1.2.2 Frutos de los bienes sociales y de los bienes propios de cada cónyuge

El legislador no distingue que clase de frutos, lo que quiere decir que serán tanto frutos civiles como frutos naturales.

La ley hace ingresar a la sociedad los frutos de los bienes de los cónyuges en el deseo de establecer una compensación porque hace gravitar sobre la comunidad los gastos de alimentación de los cónyuges y de la familia común.

Cuando los frutos se adquieren de los bienes sociales, ésta los obtiene por accesión, pero si se trata de bienes producidos por los bienes propios de cada cónyuge, se adquirirán a título de usufructo siendo la sociedad usufructuaria o titular de un derecho de goce sobre éstos bienes.

Como consecuencia de esta distinción, vemos que los frutos pendientes al momento de contraerse el matrimonio, pertenecen a la sociedad y los frutos pendientes a la disolución del mismo, pertenecen a los cónyuges.

5.1.2.3 Bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio a título oneroso

Esta disposición tiene su fundamento en el hecho de que se presume que todos los bienes sean muebles o inmueble adquiridos durante el matrimonio a título oneroso se efectúan con dineros de la sociedad.

Como vemos se hace necesario que concurren dos requisitos esenciales para confirmar que verdaderamente los bienes adquiridos a título oneroso pertenecen a la sociedad conyugal y no al haber propio de los cónyuges y son :

a. Adquisición a título oneroso

b. Título adquisitivo debe producirse durante la existencia de la sociedad conyugal.

Es importante atender el momento en que se produce el título que origina la adquisición del bien y no la época en que la adquisición se consuma. Ilustremos con un ejemplo : si el marido compra un bien inmueble durante la sociedad pero la compra-venta se inscribe en la oficina de registro de instrumentos públicos (para efectos de la tradición), una vez disuelta ésta entra al haber de la sociedad conyugal en forma absoluta. Pero si el marido celebra un contrato de permuta de un bien inmueble antes del matrimonio y su efec

tiva tradición, o sea su respectiva inscripción en la oficina de registro de instrumentos públicos se realiza una vez efectuado el matrimonio, en éste caso el inmueble es propiedad del marido y no de la sociedad.

5.1.2.4 Parte del Tesoro que se encuentre en terrenos de la Sociedad Conyugal

De conformidad con el artículo 1787 del Código Civil Colombiano establece en su contenido que la parte del tesoro que según la ley, pertenece al dueño del terreno en que se encuentra, se agregarán al haber de la sociedad, si el terreno perteneciere a ésta.

5.1.2.5 Las Minas denunciadas por ambos o por uno de los cónyuges

El artículo 1786 del Código Civil Colombiano lo establece cuando a su tenor dice : "Las minas denunciadas por uno de los cónyuges o por ambos se agragarán al haber social".

El fundamento de ésta norma estriba en que cuando se hace la denuncia de una mina, hay trabajo previo, o sea es como consecuencia del fruto de una actividad.

5.1.3 Bienes que hacen parte del haber relativo de la Sociedad Conyugal

5.1.3.1 En qué consiste y relación de los bienes que lo componen

El haber relativo de la sociedad conyugal lo comprenden bienes que si bien entran a la comunidad, lo es en forma aparente, porque el cónyuge dueño de ellos adquiere un crédito contra la sociedad por el valor que tuvieron los bienes al momento de celebrarse el matrimonio o de la adquisición, según el caso, créditos que se hacen efectivos como recompensa al disolverse la sociedad conyugal.

Dentro de este haber se encuentran los siguientes bienes :

- a. Dineros y bienes muebles que los cónyuges tengan al momento de contraer matrimonio, o que adquirieren durante la sociedad a título gratuito.
- b. La parte del tesoro que le corresponda a uno de los cónyuges en su calidad de descubridor.
- c. Los bienes raíces que la mujer aporta al matrimonio apreciados para que la sociedad la restituya su valor en dinero.

5.1.3.2 Dineros y Bienes muebles que los cónyuges tengan al momento de contraer matrimonio o que durante él adquieran a título gratuito

Estos dos casos son los contemplados en los numerales 3 y 4 del artículo 1781 del Código Civil Colombiano.

Es necesario determinar el momento en que se genera el título de adquisición del bien mueble y no la época de la adquisición misma, porque si el marido por ejemplo, compra un automóvil antes de contraer matrimonio, pero la entrega se efectúa después de celebrado éste, ese bien mueble entra al haber de la sociedad, pero a su haber relativo y no al haber absoluto, no obstante que su adquisición haya sido a título oneroso, ya que es importante tener en cuenta el momento que el cónyuge respectivo se hizo propietario del bien mueble.

El cónyuge dueño tiene derecho a ejercer en contra de la sociedad una vez disuelta ésta; el valor que debe reembolsarse esta al cónyuge es distinto según que se trate de dinero o de bienes muebles.

Para el primer caso debe restituirla igual suma; tal es el caso del cónyuge que tiene su cuenta bancaria con un determinado saldo de unos doscientos mil pesos a manera de ejem

plo, al momento de contraer matrimonio, la sociedad al momento de disolverse debe restituirle igual suma de dinero sin tener en cuenta el valor adquisitivo de la moneda, que lo puede perjudicar o favorecer.

Si se trata de bienes muebles adquiridos a título gratuito durante el matrimonio, se le restituirá su valor al disolverse la sociedad conyugal, pero teniendo presente que no será su valor comercial correspondiente al momento de la disolución de ésta, sino el valor que tenía o hubiere tenido los bienes muebles al tiempo del aporte o al de la adquisición.

El valor de los bienes muebles aportados al matrimonio será fácil de determinar si los esposos han pactado capitulaciones matrimoniales y han tenido la precaución de relacionar en ellas los bienes aportados con expresión de su valor, sino se hará necesario recurrir a las pruebas.

Si el bien mueble lo adquiere el cónyuge por sucesión por causa de muerte y por habersele adjudicado en la participación del casante, será el valor de la adjudicación lo que la sociedad le debe restituir.

Como vemos la ley no contempla expresamente que los bienes muebles sean adquiridos a título gratuito, pero la lógica nos enseña que si la ley determina que toda adquisición o

nerosa se hace con fondos sociales, entonces no ha razón para que se originen las recompensas por la entrada de éstos bienes a la sociedad. Además, el legislador en su numeral cinco del artículo 1781 del Código Civil Colombiano ya se había referido a los bienes adquiridos a título oneroso, pues, es más que lógico pensar que estas adquisiciones contempladas en el numeral cuatro sean a título gratuito.

5.1.3.3 Bienes raíces que la mujer aporta al matrimonio para que la sociedad le restituya su valor en dinero

Según el numeral seis del artículo 1781 del Código Civil Colombiano, se establece lo siguiente "...De los bienes raíces que la mujer aporta al matrimonio, apreciados en dinero 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, de signándose el valor, y se procederá en lo demás como el contrato 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".

Para que el bien inmueble ingrese a la sociedad conyugal , será necesario designar su valor en las capitulaciones matrimoniales y expresar en ellas la voluntad de la mujer que el inmueble ingrese a la sociedad; inmediatamente la escritura pública de capitulaciones matrimoniales debe inscribirse en la oficina de registros de instrumentos públicos. Esta inscripción representa la tradición del dominio que pasa de la mujer a la sociedad conyugal.

El inmueble aportado puede estipularse que se restituirá en dinero o en especie a elección de la mujer.

Cuando se estipula que se restituirá solamente el dinero, el inmueble pasa a la sociedad conyugal definitivamente, a él aprovecharán los aumentos como también los deterioros que el bien pueda sufrir.

Si se acuerda que la restitución será en especie o en dinero será necesario esperar la disolución de la sociedad para ver la suerte del bien. Si la mujer opta por el bien, saldrá éste de la sociedad y volverá al dominio de la mujer, siendo entonces necesario volverlo a inscribir en la oficina de registros de instrumentos públicos. Si por el contrario la mujer elige por el valor del bien, ésta solo tendrá derecho al valor en dinero en que el inmueble fue aportado.

5.1.3.4 Parte del Tesoro que le corresponda a uno de los Cónyuges en su calidad de descubridor

Según la primera parte del artículo 1787 del Código Civil colombiano, dice : "La parte del tesoro que según la ley pertenece al que lo encuentra, se agregará al haber del cónyuge que lo encuentre...." Como vemos, la sociedad tendrá que pagarle al cónyuge descubridor una vez que se disuelva ésta, porque se considera que éste entra al haber relativo de la sociedad conyugal por ser el tesoro un bien mueble cuya adquisición se hizo a título gratuito.

5.1.4 Bienes que no hacen parte de la sociedad conyugal son propios de cada uno de los cónyuges

5.1.4.1 Enumeración de los bienes que componen este haber propio de los cónyuges

Al no existir una comunidad de bienes universal, es menester que los cónyuges tengan también su patrimonio independiente del haber social, constituido por lo siguientes bienes :

a. Inmuebles que los cónyuges tuvieron al tiempo de contraer matrimonio.



- b. Inmuebles adquiridos por los cónyuges a título gratuito
- c. Muebles adquiridos por los cónyuges que en la capitulaciones matrimoniales han excluido de la sociedad conyugal.
- d. Los vestidos y demás bienes muebles de uso personal necesario de los cónyuges.
- e. Los aumentos que los bienes propios de los cónyuges experimentan.
- f. Del conjunto de créditos y recompensas que los cónyuges pueden haber caler contra la sociedad conyugal a la época de la disolución.
- g. Los inmuebles subrogados por los inmuebles propios de los cónyuges.
- h. Las cosas compradas con valores propios de uno de los cónyuges destinado a ello en las capitulaciones o en una donación por causa de muerte.

5.1.4.2 Inmuebles que los cónyuges tuvieron al tiempo de contraer matrimonio.

Existen muchas razones para confirmar que éstos bienes inmuebles no forman parte de la sociedad conyugal, una de e

llas sería que el mismo legislador no habla de ellos al referirse a los bienes que hacen parte de la sociedad conyugal sea absoluto o relativo; otra razón, sería en que a diferencia de los bienes muebles, son más fácil su distinción o identificación, tanto para los cónyuges al momento de disolverse la sociedad, como para los terceros que contratan con ellos. Además, como ya lo dijimos anteriormente se necesita estipulación expresa para que un inmueble entre a la sociedad, como es el caso cuando se aporta a la sociedad para que ésta le restituya su valor o el bien mismo.

En términos generales, vemos que por regla general los bienes inmuebles no entran al haber de la sociedad conyugal, éstos permanecen en el haber propio de cada cónyuge.

5.1.4.3 Inmuebles adquiridos por los cónyuges durante el matrimonio a título gratuito

Las adquisiciones hechas por cualquiera de los cónyuges a título de donación, herencia o legado, se agragarán a los bienes del cónyuge donatario, heredero o legatario, y en el evento de que éstas adquisiciones sean hechas a ambos cónyuges simultáneamente a cualquiera de éstos títulos y a mencionados no aumentarán el haber de la sociedad conyugal, éstos se agregarán al patrimonio de cada uno de los cónyuges

aunque dicha asignación haya sido hecha a uno de los cónyuges en consideración al otro.

5.1.5 Bienes muebles que los cónyuges excluyen de la sociedad conyugal en las Capitulaciones Matrimoniales

Los cónyuges previamente a la celebración del matrimonio pueden pactar capitulaciones matrimoniales y dentro de ellas acordar que los bienes muebles no entren al haber de la sociedad conyugal, sino que siga dentro del patrimonio propio de cada uno de los cónyuges.

5.1.5.1 Aumentos que experimenten los bienes propios de los cónyuges

La verdadera razón del anterior enunciado su fundamento en el principio universal en derecho que establece que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

5.2 CASOS EXCEPCIONALES QUE SE SUSCITAN EN EL PATRIMONIO SOCIAL EN CUANTO A DONACIONES

Según el artículo 1782 del Código Civil Colombiano, las adquisiciones hechas por cualquiera de los cónyuges, a título de donación, herencia o legado, se agregarán a los bienes del cónyuge donatario, heredero o legatario, y las adquisiciones hechas por ambos cónyuges simultáneamente, a cualquiera de éstos títulos, no aumentarán el haber social sino el cada cónyuge.

Las cosas donadas o asignadas a cualquier otro título gratuito, se entenderán pertenecer exclusivamente al cónyuge donatario o asignatario; y no se atenderá a si las donaciones u otros actos gratuitos, a favor de un cónyuge, han sido hechos por consideración al otro. Este lo establece el artículo 1778 del Código Civil Colombiano.

Las donaciones remuneratorias, hechas a uno de los cónyuges o a ambos, por servicios que no deben acción contra la persona servida, no aumentan el haber social; pero las que se hicieren por servicios que hubieran dado acción contra dicha persona, aumenten el haber social, hasta concurrencia de lo que hubiera habido acción a pedir por ellos y no más; salvo que dichos servicios se hayan prestado antes de la sociedad, pues en tal caso no se adjudicarán a la sociedad dichas donaciones en parte alguna. Esto lo consagra el artículo 1794 del Código Civil Colombiano.

5.2.2 En Cuanto a Presunciones

El artículo 1793 establece en su contenido que se reputan adquiridos durante la sociedad los bienes que durante ella debieron adquirirse por uno de los cónyuges, y que de hecho no se adquirieron sino después de disuelta la sociedad, por no haberse tenido noticia de ellos o por haberse embarazado injustamente su adquisición o goce.

Los frutos que sin esta ignorancia, o sin este embarazo hubieran debido percibirse por la sociedad, y que después de ella se hubieren restituido a dicho cónyuge o a sus herederos, se mirarán como pertenecientes a la sociedad.

Toda cantidad de dinero y de cosas fungibles, todas las especies, créditos, derechos y acciones que existieren en poder de cualquiera de los cónyuges al tiempo de disolverse la sociedad, se presumirán pertenecer a ella a menos que a parezca o se pruebe lo contrario.

Ni la declaración de uno de los cónyuges que afirme ser suya o debersele una cosa, ni la confesión del otro, ni ambas juntas, se estimarán suficiente prueba, aunque se hagan bajo juramento.

La confesión, no obstante, se mirará como una donación revocable, que confirmada por la muerte de donante, se ejecu

tará, en su parte de gananciales en sus bienes propios, en lo que hubiere lugar. Esto lo consigna el artículo 1795 del Código Civil Colombiano.

5.2.3 Caso del Artículo 1794 del Código Civil Colombiano

Este artículo establece : "el terreno contiguo a una finca propia de uno de los cónyuges y adquirido por el durante el matrimonio, a cualquier título que lo haga comunicable, según el artículo 1781, se entenderá pertenecer a la sociedad; a menos que con él y la antigua finca se haya formado una heredad o edificio de que el terreno ultimamente adquirido no pueda desmembrarse sin daño; pues entonces la sociedad y el dicho cónyuge serán condueños del todo a prorrata de los respectivos valores al tiempo de la incorporación".

Cuando la ley habla de que la adquisición fue hecha por el cónyuge a cualquier título, esto quiere decir que la adquisición se hizo a título oneroso.

Sin el terreno adquirido constituya con el anterior edificio o heredad que no pueda desprenderse sin ocasionar daño, crea una comunidad comrendida entre el dueño del terreno y la sociedad, a prorrata de la respectivos valores al



tiempo de la incorporación, o sea el valor que ambos terrenos al momento en que se forma la heredad o el edificio indivisible. Si por el contrario el terreno que se adquirió no forma un todo con el terreno que es propiedad del cónyuge dueño; el primero pasa a ser de la sociedad conforme al artículo 1781 No.5 del Código Civil Colombiano.

5.2.4 Caso del Artículo 1785 del Código Civil Colombiano

Con relación a la situación contemplada en el mencionado artículo, podemos considerar que en el evento de que uno de los cónyuges posea comunidad pro-indiviso con un tercero y el cónyuge le compre la cuota respectiva a éste último; para éste caso la comunidad no desaparece, simplemente el tercero ha sido reemplazado por la sociedad conyugal, porque la adquisición que hizo el cónyuge de la cuota del tercero comunero, fue durante el matrimonio a título oneroso caso en el cual pertenece al haber absoluto de la sociedad conyugal. Solo le pertenece la cuota anterior preestablecida y propia del cónyuge, por lo tanto solo ésta parte pertenece al haber propio del cónyuge.

Hay que tener en cuenta, que no puede tenerse como proporcional el valor que las cuotas tienen al momento de disolverse la sociedad conyugal, de ésta manera no se miraría la

proporción de los derechos de los comuneros, sino el que las cuotas tenían al momento en que fueron adquiridas, tanto la adquisición antes del matrimonio, que es la que pertenece al haber propio del cónyuge dueño, como la adquirida durante el matrimonio que es la que hace parte del haber absoluto de la sociedad conyugal.

En el supuesto caso que el cónyuge antes de contraer matrimonio fuera comunero de un bien inmueble y durante el matrimonio se llevara a cabo la participación, adjudicándosele el inmueble en su totalidad por un valor mayor a su derecho hereditario, es preciso considerar, que como ésta adquisición no fue a título oneroso, el inmueble le pertenece al cónyuge adjudicatario, pero le quedará debiendo a la sociedad el remanente sobre su cuota hereditaria, pagada por ésta con el fin de llevarse a cabo la respectiva adjudicación.

5.2.5 Se equiparán a los inmuebles que los cónyuges tienen al casarse aquellos que si bien se adquieren durante el matrimonio, el título de adquisición es anterior a éste

Es menester entrar a contemplar varias situaciones consignadas en el artículo 1792 del Código Civil Colombiano, dada las circunstancias y atendiendo el momento en el cual se consolidó el título de adquisición y no tener presente el

momento en que se consumó el mismo.

Si uno de los cónyuges poseía un bien antes del matrimonio por un título vicioso, pero dicho vicio se purga durante el mismo por el mecanismo de la ratificación u otro medio legal; no hay razón jurídica para pensar que hacer parte de la sociedad conyugal, porque aquí se está verificando un efecto retroactivo, que conlleva a concluir que es como si el vicio nunca hubiera existido y por lo tanto el bien pertenece al cónyuge desde antes de consolidarse el matrimonio.

La misma situación se da para aquellos bienes que vuelven a uno de los cónyuges ya sea por nulidad de un contrato o resolución del mismo, como consecuencia del efecto retroactivo, el bien vuelve a su propietario como si nunca hubiese salido de su patrimonio, pero si ya se ha consolidado el matrimonio, esto no significa que el bien pertenezca a la sociedad conyugal, ya que es de absoluta propiedad del cónyuge.

Así como estos dos casos anteriores, también se puede verificar cuando se trata del pago de créditos constituidos a favor de uno de los cónyuges por capitales de créditos constituidos antes del matrimonio, pertenecerá al cónyuge acreedor al igual que los intereses devengados por uno de los cónyuges antes del matrimonio y pagados después aunque se trate del pago con bienes muebles.

Otra situación sería cuando opera el fenómeno de la prescripción adquisitiva de dominio, cuando uno de los cónyuges está poseyendo un inmueble y el lapso de posesión se completa durante el matrimonio, el bien raíz ya estaba en el patrimonio del cónyuge al momento de casarse, dado que la prescripción una vez declarada opera con efecto retroactivo, porque se entiende que el prescribiente es dueño del bien desde el momento que comenzó a poseer.

Cuando se trata de derechos litigiosos que durante la sociedad ha contraído uno de los cónyuges, la posesión pacífica por una sentencia judicial solo se limita a reconocer los derechos existentes, pero no son fuente de ellos, luego entonces si el derecho sobre el bien existía con anterioridad al matrimonio, este bien no entra a la sociedad, sino que permanece en el haber propio del cónyuge a pesar de dictarse el fallo durante la vigencia de la sociedad.

Tampoco pertenecerá a la sociedad, el derecho de usufructo que se consolida con la propiedad que pertenece al mismo cónyuge; los frutos solo pertenecen a la sociedad.

5.3 PASIVO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

5.3.1 Deudas comunes o Propias de la Sociedad Conyugal

Este como su nombre lo indica, lo constituye las deudas comunes que la comunidad está obligada a soportar sin que tenga derecho a recompensa contra los cónyuges :

El pasivo absoluto de la sociedad guarda estrecha correlación con el haber absoluto de la sociedad conyugal, porque esta lo componen los bienes que ingresan a ella de un modo definitivo, y al pasivo absoluto le corresponden las deudas comunes que la sociedad soporta definitivamente.

Dentro de las deudas comunes podríamos enumerar las siguientes :

- a. Las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por alguno de los cónyuges y que no fueren personal de alguno de ellos.
- b. Las pensiones e intereses que corran sea contra la sociedad, sea contra cualquiera de los cónyuges y que se devenguen durante la sociedad.
- c. El lasto de toda fianza, hipoteca o prenda constituida por cualquiera de los cónyuges.
- d. Las cargas y relaciones usufructuarias de los bienes sociales y de cada cónyuge.
- e. Los gastos de manutención de los cónyuges y de la fami

lia común.

f. Los gastos de crianza, educación y establecimiento de los descendientes comunes.

g. El pago que la cantidad que la mujer se reserva en la capitulaciones matrimoniales y de que puede disponer a su arbitrio.

h. Otras cargas de familia.

Con respecto a las pensiones e intereses, basta con que se devengue durante la sociedad como por ejemplo los intereses derivados de un mutuo, o de una compraventa, de una adjudicación, o de un anticipo de dinero que se le haya hecho a un cónyuge de una partición son deudas comunes no importa que los contratos se hayan realizados antes de celebrarse el matrimonio.

En cuanto al pago de deudas hipotecarias a largo plazo, la parte que corresponde a intereses constituye una deuda común y es de cargo de la sociedad sin derecho a recompensa; para la parte que corresponda a amortización de capital constituye una deuda personal.

Cuando hablamos de lasto de toda fianza, hipoteca, prenda constituida, hay que distinguir que tipo de obligación es

tán garantizando, si se trata de una deuda social; o si por el contrario se refiere a una deuda personal, o a una deuda de un tercero.

Para el primer caso, o sea cuando se está garantizando una deuda social, lo que sepague por ella entra al pasivo absoluto de la sociedad, porque si la obligación que se garantizaba debió pagarse por la sociedad, lógico es que sea del cargo de ésta lo que se invierta en cancelar la caución. Hay en esto no más que un principio de derecho referente a que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Si se trata de una obligación que está garantizando una deuda personal o propio de alguno de los cónyuges, esta carga ya no entraría al pasivo absoluto de la sociedad, sino a su pasivo relativo, lo que quiere decir que el cónyuge deudor deberá pagar o reintegrar a la sociedad lo que ésta pague por la mencionada deuda. Aquí, frente a esta situación es también claramente el principio de derecho anteriormente mencionado.

Cuando se trata de una obligación a cargo de un tercero garantizado por alguno de los cónyuges, ésta entra dentro del pasivo absoluto de la sociedad, porque se trata de una obligación social o común, aunque haya sido garantizada por uno de los cónyuges y por tanto la sociedad debe soportar di



cha carga sin derecho a recompensa alguna. La razón más equitativa que puede darse cuando dentro de las obligaciones que hacen parte del pasivo absoluto de la sociedad, se enuncia la que hace referencia a las cargas y reparaciones usufructuarias de los bienes sociales o de cada cónyuge, no es más que si son bienes sociales se justifica que la sociedad precisamente dueña de ellos corra con ésta carga, y para el segundo caso, es porque, aunque la sociedad no es dueña de ellos, si tienen un derecho de goce de los mismos, razón más que suficiente para considerar las reparaciones usufructuarias de cargo de la sociedad

Para comprender cuales serían aquellas reparaciones o cargas usufructuarias, podemos enunciar tales como los gastos de conservación y cultivo de los bienes, el pago de impuesto fiscales y municipales, el pago de pensiones, cánones y en general las cargas periódicas con que de antemano han sido gravados y los gastos judiciales hechos para defender la posesión de los bienes de los cónyuges.

Si se trata de gastos judiciales para defender el dominio de los bienes de los cónyuges, éstos harían parte del pasivo relativo de la sociedad, porque ellos no dicen relación únicamente con el goce, por lo tanto la sociedad tendría derecho a ejercitar acción contra el cónyuge propietario para que reembolse lo pagado por concepto de gastos. Cuando se trata de gastos necesarios para la conservación de los bie

nes, o sea aquellos ocurridos por largos intervalos de tiempo, no se toman como cargas de la sociedad, si se realizan con dineros de la sociedad, el cónyuge dueño tiene la obligación de reembolsarlos al patrimonio social.

Por último en cuanto a los gastos de manutención de los cónyuges, y a los de crianza y establecimiento de los descendientes comunes, es lógico, por cuanto para lo primero la sociedad se aprovecha del trabajo de los cónyuges y es preciso que ésta recompense dicho trabajo, y para lo segundo es más que lógico porque la descendencia común de los cónyuges necesita alimentación, habitación, vestidos, curación de enfermedades, educación y una colocación estable que le permita satisfacer sus propias necesidades.

5.3.2 Deudas Personales o Propias de los Cónyuges

Está constituido por el pasivo de ambos cónyuges, o sea la deuda personal de éstos, que si bien la sociedad por la obligación que tiene con respecto a ellos con su extinción de una manera definitiva, porque adquiere una recompensa contra el cónyuge que es el verdadero deudor, la que se hace efectiva una vez disuelta la sociedad. Estas deudas en cuanto a las obligaciones son sociales, porque acreedores pueden perseguirlas en el patrimonio de la sociedad o en el de los cónyuges.

Dentro de las deudas personales, se podrían enunciar tales como las obligaciones contraídas por los cónyuges antes de celebrado el matrimonio, aquellas que ceden en utilidad provecho o interés de los cónyuges y que son contraídas durante la sociedad y las obligaciones derivadas de un delito o responsabilidad civil extracontractual cometido por alguno de los cónyuges durante la sociedad.

En cuanto a las primeras, estas obligaciones seguirán siendo personales no importando su origen o monto.

Además de estas obligaciones también hacer parte de las personales aquellas que se contrajeron para el establecimiento de los hijos de un matrimonio anterior y las deudas hereditarias o testamentarias de que sea responsable el cónyuge heredero.

También como ya vimos anteriormente, la parte que corresponde a la amortización del capital en las deudas hipotecarias y los gastos judiciales que se procuren para defender el dominio de los bienes de alguno de los cónyuges.

También hacen parte del pasivo relativo o aparente de la sociedad, todas las deudas personales de cada uno de los cónyuges, quedando el deudor obligado a compensar a la sociedad lo que ésta invierte en ello.

5.4 ANALISIS DEL PATRIMONIO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL CON RELACION AL TITULO DE ADQUISICION Y A LA NATURALEZA DE LOS BIENES

5.4.1 Las Adquisiciones a título oneroso aumentan por regla general el haber social

Opera tanto para los bienes muebles, como para los inmuebles, pero para éstos últimos existe una excepción y es cuando el bien inmueble viene a subrogar a valores o inmuebles propios de los cónyuges. Para los bienes muebles esta regla si es absoluta.

5.4.2 Las Adquisiciones a título gratuito no aumentan por regla general el haber social

Para los bienes inmuebles no hay dificultad, porque en ningún momento entran a la sociedad si es a título gratuito, pero cuando se trata de bienes muebles entrarían al haber, pero relativo, o sea al aparente, ya que la sociedad debe restituir su valor al cónyuge al momento de la disolución.

5.4.3 Los Bienes Muebles ingresan por Regla General al haber social

Cuando los muebles son aportados al matrimonio, o adquiri

dos durante éste, sea a título gratuito o a título oneroso, entran al haber, pero al relativo de la sociedad, porque el cónyuge adquiere una recompensa, contra ésta por el dinero o valor de los muebles al tiempo del matrimonio o de la adquisición, la que hará efectiva al momento en que se disuelva la sociedad conyugal.

Se excluirían de este caso los bienes muebles pactados en las capitulaciones matrimoniales que no entrarán al haber de la sociedad.

5.4.4 Los bienes inmuebles por regla general no ingresan al haber social

La excepción prima, cuando se adquiere bienes inmuebles durante el matrimonio a título oneroso por cualquiera de los cónyuges y los que se aportan a la sociedad avaluados para que ésta les restituya su valor; en éste caso ingresan al haber relativo de la sociedad.

5.5 SUBROGACION EN LA SOCIEDAD CONYUGAL

La subrogación de manera general se entiende como una institución jurídica por medio de la cual los derechos de una persona llamada acreedor se transmiten con sus accesorios a un tercero que ha pagado, la obligación subsiste en favor

de ese tercero. Dicho en otros términos, hay mudanza de acreedor sin que se extinga la deuda.

La legislación colombiana habla de subrogación legal, en los casos señalados expresamente por la ley, aún cuando en contra de la voluntad del acreedor; y convencional en virtud de una convención del acreedor.

5.5.1 Importancia de la subrogación

La subrogación dentro de la sociedad conyugal tiene como finalidad evitar que entren a ésta inmuebles que hayan sido adquiridos por los cónyuges a título oneroso durante el matrimonio.

En el caso de que uno de los cónyuges venda un bien inmueble que tenía al tiempo de casarse, con el dinero que obtenga en dicha venta compre un nuevo bien inmueble, que por ser adquirido a título oneroso, entraría al haber absoluto de la sociedad. Se observa en forma amplia que en virtud de la Institución jurídica de la subrogación se evita el ingreso del inmueble a la sociedad ya que el bien raíz comprado pasa a tener la misma situación jurídica del que se vende; queda en el haber propio del cónyuge tal como acontecía con el que reemplazan.

5.5.2 Subrogación de Inmueble a Inmueble

El artículo 1789 del CCC establecía cuales eran los requisitos exigidos para que procediera la subrogación de inmueble a inmueble "Para que un inmueble se entienda subrogado a otro inmueble de uno de los cónyuges, es necesario que el segundo se haya permutado por el primero, o que, vendiendo el segundo durante el matrimonio, se haya comprado con su precio el primero; y que en la escritura de permuta o en las escrituras de venta y de compra se exprese el ánimo de subrogar".

Se colige de la interpretación del texto de este artículo que operaba la subrogación solo por dos medios bien fuera mediante un contrato de permuta o un contrato de venta seguido de una nueva compra.

En forma indistinta para los dos casos era indispensable que en los escritos respectivos se dejara constancia expresa del ánimo de subrogar. Si no se hacía a través de un contrato de permuta, la constancia de dicha voluntad debía quedar en la escritura de venta de bien propio y en la de compra del nuevo inmueble. Si por cualquier circunstancia se omitía este requisito en forma instantánea el bien adquirido se regía por las normas generales, ingresando de esta manera al haber social, a cuyo cargo quedaba la recompensa en favor del cónyuge por el valor respectivo o sea que

una vez se hubiere vendido algún cosa del marido o de la mujer, la sociedad debía el precio al cónyuge que vendiera, a menos a menos que el precio se hubiere invertido en la subrogación de inmueble a inmueble.

No era indispensable que el valor del bien propio que salía del patrimonio del cónyuge, y del que entraba en él, presentaran una igualdad absoluta; se permitía un margen de diferencia que hacía que operaba la subrogación. El desequilibrio entre los precios de los bienes que intervenían en la subrogación no podía ser muy grande porque se trataba de mantener invariable la situación patrimonial de los cónyuges al momento de contraer matrimonio, en relación con los inmuebles que para tal fecha y porque patrocinarse que se causarían elevadas recompensas abriría el paso a que los cónyuges enriquecieran su propio patrimonio a expensas de los fondos sociales.

5.5.3 Subrogación de inmuebles a valores

En el artículo 1783 del CCC se excluían del haber social "las cosas compradas con valores propios de uno de los cónyuges, destinados a ello en las capitulaciones patrimoniales o en una donación por causa de matrimonio". Podría interpretarse que se permitía la subrogación de inmueble a valores, puesto que se habla de "las cosas compradas con valores propios". No es dable hacer la anterior interpreta

ción puesto que el artículo 1789 en su inciso 2 decía : "Puede también subrogarse un inmueble a valores propios de uno de los cónyuges, y que no consistan en bienes raíces; más que valga la subrogación, será necesario que los valores hayan sido destinados a ello, en conformidad al número 2 del artículo 1783, y que en la escritura de compra del inmueble aparezca la inversión de dichos valores y el ánimo de subrogar.

Se concluye de la interpretación del art.1790 que las reglas que regulan la subrogación de inmueble a inmueble, relacionadas con la limitación de las recompensas que por su conducto se generan, eran igualmente aplicables al caso de la subrogación de inmueble a valores.

6. ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

6.1 CLASES DE ADMINISTRACION

Contemplaba el Código Civil Colombiano dos maneras de administración como eran : la administración ordinaria y la administración extraordinaria con el agravante de la negativa de coexistencia simultánea entre dichas clases de administración. Debía entenderse la administración ordinaria como aquella ejercida por el marido en virtud de reconocerle su calidad de "jefe de la sociedad", de otro lado la administración extraordinaria podía ejercerla la mujer o un tercero, siempre que el marido no disfrutara de las condiciones requeridas para poder desempeñarse como administrador ordinario.

6.1.1 Administración Ordinaria

Dentro de este tipo de administración como ya se explicó el manejo amplio y total de los bienes de la sociedad conyugal le correspondía al marido y tenía como justificante el he

cho de que frente a terceros, se producía entre los bienes sociales y los bienes propios del mismo una perfecta identidad. Conservando en forma total e incuestionable en cualquier circunstancia el manejo de sus bienes propios, ya que mantenía las mismas preorrogativas respecto a ésta, como si se tratase de un hombre soltero. Todo lo planteado tiene su asentamiento imperativo cuando el mismo legislador en el artículo 1805 del Código Civil Colombiano reconocía al marido como "jefe de la sociedad conyugal". Aunque esta norma contemplaba la libertad en el desempeño de sus funciones no desconocía que estaba subordinado a las demás obligaciones que le imponía la ley, sino a las que el en forma liberal contrajera en las capitulaciones matrimoniales.

De manera genérica enunciaremos algunas de las limitaciones que la ley le imponía a la administración realizada por el marido :

a. Para poder enajenar o constituir gravamen hipotecario sobre los bienes inmuebles que el marido debiera o pudiera estar obligado a la restitución en especie se requería la ausencia de la mujer, la autorización judicial requerida previo conocimiento de causa. Si la mujer no podía manifestar su consentimiento, esta falta era suplida por la autorización del juez.

b. No podía el marido, arrendar los predios rústicos de la

mujer por más de ocho años, ni los urbanos por más de cinco años, a no ser que en el respectivo contrato intervinieran ambos cónyuges con el objeto de pactar una duración superior a aquellos límites, o que en reemplazo de la mujer, interviniera el juez con el mismo fin.

c. El inciso 2 del artículo 1379 del código civil colombiano no disponía que el marido no requería de autorización judicial para provocar la partición de bienes en que tuviera parte su mujer, porque solo necesitaba del consentimiento de ella, en subsidio el de la justicia.

d. Para el nombramiento del partidor, que hacía el marido en el proceso de sucesión en que su mujer tuviera interés, debía existir el consentimiento de ésta, en subsidio el de la justicia.

e. No podía el marido repudiar, una asignación deferida a su mujer sin el consentimiento de ella siempre que fuera capaz, en subsidio el de la justicia, so pena de nulidad.

Este tipo de limitaciones enunciadas de manera genérica de la gestión administrativa del referente a los bienes de la mujer, son opuestas a la libertad concedida al marido o el manejo y disposición de los bienes sociales.

Como quiera que los bienes propios del marido se refundían

con los bienes sociales formando un solo patrimonio, esos bienes estaban afectos a la satisfacción de las obligaciones que contrajera individualmente el marido por lo que los acreedores podían hacer efectivos sus derechos persiguiendo indistamente los bienes propios del marido ora los bienes sociales. Pero debe entenderse que en el evento de que la mujer prestara el concurso de su voluntad mediante autorización expresa o tácita o bien por medio de mandato conferido por este se comprometía en igual forma siempre que se demostrara el beneficio recibido por el contrato y los terceros podían perseguir los bienes de la mujer pero solo hasta el monto del beneficio obtenido. Lo mismo cuando quedara demostrado que el negocio realizado por el marido, la utilidad recaudada era en forma exclusiva de la mujer.

Pero debemos dejar claro que la mujer por ella misma no tenía derecho sobre los bienes sociales durante la sociedad.

6.1.2 Administración Extraordinaria

Encontrándose el marido incurso en alguno de los motivos que configuran la incapacidad, se hacía necesario el hecho de nombrarlo un curador, quien era la persona que pasaba a administrar en forma extraordinaria la sociedad conyugal.

Quien desempeñaba en primera instancia la curaduría del ma

rido, era su cónyuge siempre que la incapacidad surgiera de demencia, sordomudez, ausencia.

Pero ocurría un fenómeno curioso, al cual le encontramos sus bases en los argumentos sociales de la época donde la mujer era considerada incapaz no solocivilmente ya que si la incapacidad provenía de la prodigalidad del marido se prohibía expresamente que la mujer fuese nombrada curadora suya por lo cual se encargaba a un tercero; tampoco podía ser la mujer curadora de su marido incapaz por razón de la edad, por cuanto la incapacidad de la mujer se hacía extensiva al ejercicio de cualquier tutela o curatela a menos que fuera en los casos de guarda de hijos legítimos, naturales o adoptivos.

Se podían presentar situaciones como :

a. Cuando la mujer se negaba a ejercer la administración de la sociedad no estaba de acuerdo en someterse a la dirección de un curador tenía como salida la petición de separación de bienes, que conllevaba la disolución y liquidación de la sociedad conyugal.

b. Si mostraba una aptitud contraria, y ejercía en forma directa la administración, era lógico deducir que gozaba de las mismas facultades que su marido hubiera ejercido en la administración ordinaria.

Desapareciendo la causa de la incapacidad el marido recobra
ba sus facultades de administrador mediante decreto judicial.

**6.2 SITUACION FACTICA Y DE DERECHO DESPUES DEL 1 DE ENERO
DE 1933**

La Ley 28 de 1932 en su artículo 1 dice : "Durante el matri
monio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración
y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al mo
mento de contraerse el matrimonio o que hubiera aportado a
él, como de los demás que por cualquier causa hubiera ad
quirido o adquiriera; pero a la disolución del matrimonio o
en cualquier otro evento en que conforme al código civil de
ba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los
cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del
matrimonio, y en consecuencia se procederá a su liquidación;
de la interpretación de su texto se deduce que se opera un
gran cambio en la administración de la sociedad conyugal ;
en primer término cada uno de los cónyuges, después del ma
trimonio, conserva su capacidad de disposición y administra
ción sobre los bienes que le pertenecen en forma unilateral.

Por tanto no es dable una vez verificado el matrimonio que
el marido sea quien administre y maneje los bienes de su
cónyuge y los bienes del haber social, porque a partir de

la mencionada ley no es procedente la ingarción de este a cervo.

Gran adelanto legislativo y con unos argumentos sociales casi que revolucionarios frente a lo que venfa sucediendo la capacidad de la mujer es reconocida y aceptada en el artículo 5 de la ley 28 de 1932 expresando : "para la administración y disposición de sus bienes no necesita autorización marital ni licencia del juez", y es que de esta administración separada cada uno de los cónyuges precede a la formación de una masa de bienes sobre la cual se harán en etapa posterior las operaciones del caso para que se efectue la liquidación, con el consiguiente reparto de gananciales.

Muy a pesar de esta independencia de administración, a partir del 1 de enero de 1933, la protección de los intereses de terceros hace exigible que el legislador imponga limitaciones a las posibilidades de celebrar contratos entre cónyuges, por lo que en el artículo 3 de la misma ley dice que son "nulos absolutamente entre cónyuges las donaciones irrevocables y los contratos relativos a inmuebles, salvo el de mandato general o especial".

7. SITUACIONES EXCEPCIONALES QUE SE PUEDEN PRESENTAR DENTRO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

7.1 CONTRATOS ENTRE MARIDO Y MUJER

7.1.1 Donaciones entre Cónyuges

Es preciso distinguir las dos modalidades existentes de donaciones establecidas en nuestro código civil a saber :

Las donaciones irrevocables que consagra el artículo 1443 del Código Civil, a cuyo tenor establece : "La donación entre vivos es un acto por el cual, una persona transfiere gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que lo acepta".

Y las donaciones revocables consagrada en el artículo 1194 del código civil que establece : "son aquellas que el donante puede revocar a su arbitrio, por lo cual unicamente se confirman y dan la propiedad del objeto donado, por el mero hecho de morir el donante sin haberlas revocado, y sin que

haya sobrevivido en el donatario alguna causal de incapacidad o indignidad suficiente para impedirle suceder al donante.

Es por eso que las donaciones revocables son también llamadas donaciones por causa de muerte y donaciones irrevocables son llamadas donaciones entre vivos.

Para que se cumpla la verdadera eficacia de la donación revocable, es indispensable que el donatario sobreviva al donante, según lo establece el artículo 1202 del Código Civil, pero tiene una excepción y es, cuando se refiere a donaciones que se hacen por causa de matrimonio según lo establece el artículo 1847 del código civil.

Anteriormente a la vigencia de la ley 28 de 1932, las donaciones entre cónyuges valían siempre como revocables, tal como lo consignaba los artículos 1196 y la parte final del artículo 1195.

De esta forma si en esa época uno de los cónyuges hacía al otro una donación entre vivos, es decir, una donación irrevocable, ella valía como revocable, esto se hacía con el propósito de evitar maniobras dolosas de los cónyuges en perjuicio de los acreedores.

Pero, ante la imperatividad del artículo 3 de la ley 28 de

100

1932 que sanciona con nulidad absoluta las donaciones irrevocables entre cónyuges, es necesario diferenciar dos situaciones para precisar la medida que en el texto de esta ley modificó los artículos precedentes :

a. Cuando se hace una donación entre cónyuges, sin expresarse que ella es irrevocable, el contrato es válido, aunque no se le da la forma de testamento exigida en el artículo 1056, por cuanto esta misma preceptó en su parte final dispone que se exceptúan de tal requisito "las donaciones o promesas entre marido y mujer", las cuales aunque revocables podrán hacerse bajo la forma de contratos entre vivos. Por lo tanto se tratará de una donación revocable, respecto de la cual no es aplicable el artículo 3 de la ley 28 de 1932.

b. Si en el acto de la donación los cónyuges contratantes expresan que se trata de una donación irrevocable, tienen plena aplicación el artículo 3 de la ley 28, por lo cual se está en presencia de un negocio absolutamente nulo, a diferencia de lo que sucedía antes cuando ese acto valía como donación revocable.

En la práctica es difícil que se presente esta situación, porque la donación entre vivos requiere autorización judicial y ella no debe concederse cuando la donación contravenga algún precepto legal. Además, si ella requiere escritura pública, no debe ser autorizada por el notario, según lo



dispuesto en el artículo 35 del decreto 2163 de 1970.

101

7.1.2 Otros Contratos entre cónyuges

Como lo dispone también el artículo 3 de la ley 28 de 1932, son también absolutamente nulos los contratos que relativamente a inmuebles, celebren los cónyuges a excepción del contrato de mandato general o especial.

Los autores comentan antes de que se expidiera la ley 1. de 1976, que este artículo de la ley 28 había sido más enérgico en dicha prohibición, cuando ni siquiera permitía que se realizara esta clase de contratos entre cónyuges divorciados.

Mientras se encuentre existente el vínculo matrimonial, esta prohibición es válida, pero cuando esta se disuelva y por supuesto marido y mujer dejan de tener la calidad de cónyuges entre sí, es preciso determinar que con respecto a ello desaparece la posibilidad de aplicación de la norma comentada.

Existe razón suficiente para que opere tal prohibición en nuestra legislación, por cuanto lo que el legislador pretende tutelar con la limitación de las facultades que tienen los cónyuges para la celebración de determinados contratos entre sí, no es otra cosa que el interés de los terceros acreedores de uno y otro, los cuales podrían verse burlados

102

por las maniobras fraudulentas que los consortes ejecutaran entre sí, con el propósito de sustraer los bienes de alguno de ellos a la persecución de sus acreedoras.

Sin embargo entre los cónyuges se presentan situaciones conernientes a la celebración de contratos que en ningún momento están afectando la situación de los terceros y por su puesto violando la disposición prohibida que consagra el artículo 3 de la ley 28 de 1932, solo por el hecho de tratarse de contratos relacionados con inmuebles, manera de ejemplo, supongamos que se celebre un contrato de comodato en virtud del cual el marido le concede a la mujer la tenencia de un local de su propiedad, con el fin de que ella atendiera un negocio allí determinado, y hasta podría pensarse que se estableció un comodato precario, donde el marido se reserva la facultad de reclamar el bien en cualquier momento, para extremar el ejemplo propuesto. Analizando este ejemplo, cómo se podría pensar de que forma este contrato estaría perjudicando los intereses de terceros acreedores, y es más acaso se estaría estorbando con ese contrato el derecho de los acreedores a perseguir el inmueble que fue dado a la mujer en comodato precario por su marido? como vemos no existe una causa lógica que de a pensar que se estaría violando la aplicación del artículo 3 de la ley 28 de 1932.

Es por eso que muchos autores consideran que es preciso recortar el alcance de dicha norma, consagrando tan solo la

prohibición para los contratos de inmuebles entre cónyuges que tengan como finalidad la enajenación de los mismos, no solo como traslado de titularidad del dominio, sino también cuando se constituyen gravámenes o derechos reales.

Como ya lo dijimos anteriormente, cuando se trata de contratos de mandatos generales o especiales, no cabe la prohibición del referido artículo. Ahora, con relación a la posibilidad de constitución de sociedades celebrados entre cónyuges con aportes de inmuebles, hubo muchas divergencias de opiniones entre los doctrinantes, porque algunos consideraron que sí se estaba violando el referido artículo, otros consideraron que no, porque el aporte no era entre los cónyuges, sino que este era para la sociedad como ente distinto a las personas que lo constituyen, sin embargo se consideró que sí entraba dentro de la prohibición del artículo en mención, porque este fuera de la excepción del contrato de mandato, no comenta o establece otra, y por lo tanto, todo negocio relacionado con bienes inmuebles, celebrado entre cónyuges, eran totalmente viciado de nulidad absoluta y dentro de estos, se consagra el del contrato de sociedad con aportes de bienes raíces.

Este problema quedó resuelto cuando se expidió el nuevo código de comercio que empezó a regir el primero de enero de 1972, el cual en su artículo 102 consagró que "Será válida la sociedad entre padres e hijos o entre cónyuges aunque u

nos y otros sean los únicos asociados. Los cónyuges con junta o separadamente podrán aportar toda clase de bienes a la sociedad que formen entre sí o con otras personas".

Esta disposición es aplicable tanto a las sociedades comerciales, como a las sociedades civiles, tal como lo establece el inciso 2 del artículo 100 del Código de Comercio.

Cuando el contrato entre cónyuges no se trata de bienes inmuebles, sino de bienes muebles, el artículo 1852 del Código Civil dispone : "Es nulo el contrato de venta entre cónyuge no divorciados y entre el padre y el hijo de familia".

En opinión de algunos autores, el texto de este mencionado artículo ha sido modificado por la ley 28 de 1932 en su artículo 3, por cuanto esta última su prohibición solo alude a los bienes inmuebles.

Otros autores consideran que por tratarse el artículo 1852 del Código Civil de una disposición de carácter especial para la compraventa, ella no fue modificada por el texto de la ley 28 de 1932 en su artículo 3. Si examinamos el artículo 906 del Código de comercio dice : "No podrán comprar directamente, ni por interpuesta persona, ni aún en pública subasta, las siguientes personas : Los cónyuges no divorciados, ni el padre y el hijo de familia entre si...."

Como vemos este texto legal no hace distinción, si se trata de bienes inmuebles o bienes muebles, por lo tanto los cobija a ambos. Es por eso analizar que si existe una prohibición en compraventas comerciales, cuando se celebran entre esposos, porque no habría de existir ésta misma prohibición en compraventas civiles. Por consiguiente, la norma del artículo 1852 del Código Civil ha de entenderse vigente en toda su extensión, pues así lo exigen una interpretación armónica de los textos vigentes y la protección de los intereses que de no existir aquel precepto, podrían verse fácilmente defraudados.

Finalmente cabe advertir que el artículo 1957 del Código Civil establece que lo dicho para el contrato de compraventa, se entiende aplicable igualmente al contrato de permuta.

8. DISOLUCION Y LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

8.1 CAUSALES DE DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

El artículo 1820 modificado por la ley de 1976 en su artículo 25 contempla causales expresas de disolución a saber:

1. Por la disolución del matrimonio.
2. Por la separación judicial de cuerpos, salvo que fundándose en el mutuo consentimiento de los cónyuges y siendo temporal, ellos manifiesten su voluntad de mantenerla.
3. Por sentencia de separación de bienes.
4. Por la declaración de nulidad del matrimonio, salvo en el caso de 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,

107

5. por mutuo acuerdo de los cónyuges capaces, elevado a escritura pública en cuyo cuerpo se incorpora el inventario de bienes y deudas sociales y su liquidación.

Estas deben tenerse en cuenta como verdaderos motivos que han dado lugar para reconocer que los cónyuges han tenido sociedad conyugal.

8.1.1 Disolución del Matrimonio

Es necesario tener presente lo que preceptua el Código Civil colombiano en su artículo 152 : "el matrimonio civil se disuelve por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges o por divorcio judicialmente declarado"; analicemos, pues, lo que nos quiere decir el legislador : entendida la muerte real, como un fenómeno biológico que involucra el fallecimiento de uno cualquiera de los cónyuges es fácil deducir que a la ocurrencia de éste, terminen cualquier tipo de relaciones patrimoniales que existiera entre el cónyuge fallecido y el cónyuge supérstite; en cuanto a la muerte presunta, esta debe ser declarada por sentencia judicial , es decir, emanada de autoridad competente con el cumplimiento de las formalidades procedimentales, por eso una vez transcurridos por lo menos cuatro meses después de concluido el término de pruebas y hechas las publicaciones que manda la ley, el juez debe dictar la sentencia en donde se fija la fecha de la muerte del desaparecido. Cuando esta sentencia

sea publicada, puede el interesado promover en procesos separados el proceso de sucesión del causante y la liquidación de la sociedad conyugal; por último tenemos el divorcio judicialmente declarado, situación que varía a partir de la ley de 1976 cuando incluye el divorcio dentro de los motivos de disolución del matrimonio. La sentencia de divorcio se tiene como presupuesto de la existencia de la sociedad conyugal y antes de que ella se produzca de todas maneras los cónyuges podrán solicitar las medidas cautelares que estimen necesarias para así evitar la desviación de los bienes que puedan ser objeto de un ulterior reparto.

8.1.2 Separación Judicial de Cuerpos

Según el artículo 17 de la ley de 1976 : "la separación de cuerpos judiciales disuelve la sociedad conyugal, salvo que fundándose en el mutuo consentimiento de los cónyuges y siendo temporal, ellos manifiesten su deseo de mantenerla vigente". Siempre que sea por el mutuo consentimiento de los cónyuges, deberán ellos hacer su manifestación al juez por escrito puntualizando sus directrices en cuanto a si la separación es indefinida o no, haciéndoles la salvedad que cuando se trate de acuerdo temporal no podrán exceder de un año, y que pactando esta temporalidad deberán expresar si se mantiene vigente o no su estatuto patrimonial; pero en tratándose de una separación judicial de cuerpos definitiva es obligatorio para los cónyuges siempre que hubiere existi

do sociedad conyugal entre ellos proceder a la liquidación de la masa que conformará el haber social.

8.1.3 Sentencia de Separación de Bienes

La Ley de 1976 en su artículo 21 preceptúa : "Cualquiera de los cónyuges podrá demandar la separación de bienes en los siguientes casos :

1. Por las mismas causas que autorizan la separación de cuerpos; y

2. Por haber incurrido el otro cónyuge en cesación de pagos quiebra, oferta de cesión de bienes, insolvencia o concurso de acreedores disipación o juego habitual, administración fraudulenta o notoriamente descuidada de supatrimonio en forma que menos cabe gravemente los intereses del demandante en la sociedad conyugal". Este punto debido a los análisis anteriores, es de fácil comprensión, anotando de suma importancia, por ejemplo : A y B, hombre y mujer, contraen vínculo matrimonial católico; pero entre ellos surgen problemas de tipo personal que en forma indefectible ocasiona que ellos soliciten la separación de cuerpos, cuando ellos han obtenido, la mencionada sentencia de separación y debidamente formalizada pueden proceder a la liquidación de sus relaciones de índole patrimonial.

8.1. 4 Declaración de Nulidad de Matrimonio

110

Cuando un matrimonio es declarado nulo genera efectos de orden patrimonial iguales a los de un matrimonio válido, lo que hace necesario que se profiera una sentencia en donde se declare dicha nulidad para así finalizar todo ese estado de cosas.

En el evento de que un matrimonio sea anulado por bigamia no es correcto hablar de la disolución de la sociedad conyugal, puesto que esta no se ha formado, porque esto implicaría que se tomarán en cuenta unos mismos bienes o sea los del bigamo, como parte integrante de dos masas de bienes sujetos a la liquidación, una con cada cónyuge.

Si se demuestra la mala fé, solo emanada de la voluntad del bigamo, su segundo consorte tendrá derecho a pedir indemnización, la cual tomará por vía de interpretación como equivalente a la suma que debía recibir por gananciales.

8.1.5 Mutuo acuerdo de los Cónyuges que conste en Escritura Pública

Esta causal le resta grande importancia a la separación de bienes por mutuo acuerdo, porque de esta manera se omite un procedimiento judicial, lo grande la misma finalidad me

diante una escritura pública como lo es que se liquiden los gananciales habidos entre los cónyuges. AAA

Es lógico que en aras de salvaguardar los intereses de terceros los cónyuges antes de que sea otorgada la escritura de que se viene hablando, respondan de manera solidaria por las obligaciones contraídas conjunta o individualmente.

Siempre que se disponga de bienes inmuebles se hace necesario se cumpla con la formalidad del registro en la oficina de instrumentos públicos, haciéndose indispensable que se inscriba además, en el registro civil según el precepto con signado en el artículo 5 del Decreto 1260 de 1970.

En cuanto a los efectos que produce frente a terceros, solo se tendrá como oponible a dichos terceros, una vez se ha cumplido con la formalidad del registro.

Cuando la sociedad conyugal se ha disuelto en razón de divorcio o de separación de cuerpos judicialmente reconocidos, se puede proceder a la liquidación de la misma por medio de escritura pública.

En sana lógica jurídica se comprende que este procedimiento está sujeto a las reglas generales de validez de los actos jurídicos.

8.1.6 Solo al disolverse la sociedad conyugal puede alegarse la simulación 112

El periodista y comentarista judicial, don Ismael Enrique Arenas, hizo una afortunada síntesis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre la oportunidad para atacar la simulación de uno de los esposos, en la siguiente forma :

Los cónyuges que hagan fraude al patrimonio común mediante ventas simuladas para beneficiarse en caso de una liquidación de bienes no están en capacidad legal de acusarse mutuamente, aunque se hallen separados de hecho, mientras la sociedad no haya sido liquidada.

Así lo consigna la Corte Suprema de Justicia en sentencia elaborada por el magistrado Alberto Ospina Botero, en la que se reafirma una muy antigua doctrina que con asidero en el Código Civil abandonó el viejo criterio romano de que "la justicia cierra los ojos y niega su protección cuando quien lo requiere no llega hasta ella con sus manos limpias".

Ahora las esposas de los falsarios o viceversa, que sus traen bienes de la sociedad conyugal mediante contratos fingidos pueden acudir a la justicia y ser oídas con éxito pe

113

ro siempre y cuando adicionen la demanda de venta simulada con la de separación de bienes y medidas cautelares.

No se trata, en el fondo, de una innovación doctrinaria pero la providencia tiene el grán merito jurídico de recapitular oportuna y metódicamente toda la historia jurisprudencial colombiana y extranjera sobre la materia.

LOS HECHOS

Un matrimonio residente en Líbano, Tolima, registró contra tiempos de convivencia y los cónyuges se separaron de hecho. El marido procedió entonces a vender en forma disimulada una hacienda que era el fuerte patrimonial de la sociedad, y la sacó así de esta en el caso de que la esposa pidiera la separación de bienes. La cónyuge acudió ante el juez civil y solicitó a este que declarara la simulación del contrato y regresara el bien a la sociedad formada por ella y su demandado. El Juez accedió pero el Tribunal de Ibagué negó las peticiones, por lo que la actora recurrió en casación a la Corte Suprema de Justicia.

Correspondió conducir el negocio en la Corte Suprema el Magistrado Alberto Ospina Botero, cuyo estudio se convirtió en unánime sentencia de la Sala Civil y mediante esta se niega la casación impetrada y se sostiene la negativa a las pretensiones de la esposa burlada económicamente por

su marido.

114

FUNDAMENTOS

La decisión dice que "inicialmente la jurisprudencia de la Corte fue del parecer de exigir, para la procedencia de la acción de simulación por parte de uno de los cónyuges, la disolución de la sociedad conyugal, pues solo en tal evento aparece para él el interés jurídico con las calidades de actual y real".

Lo anterior quería decir que sólo al disolverse la sociedad podía la persona perjudicada intentar la acción contra los actos simulados con los cuales el otro cónyuge lo había defraudado en su patrimonio común.

Pero, agrega, "posteriormente la Corte consideró al cónyuge con suficiente interés jurídico para atacar un acto de simulación con solo haber demandado la separación de bienes y algunas medidas preventivas".

Y más adelante la Corte hace una recapitulación doctrinaria así : "Hasta el 31 de diciembre de 1932 el marido administraba libremente tanto los bienes propios de los conyuges como los bienes de la sociedad conyugal y podía disponer con absoluta libertad de lo que pertenecía a él o a la misma sociedad. La mujer estaba incapacitada para ejercer esos ac

115

tos administrativos y si se pretendía vender un bien raíz propio de la mujer, se imponía la necesidad de obtener licencia del juez que autorizara la venta".

Después del 1o. de Enero de 1933 las cosas cambiaron pues la ley 28 de 1932 reconoció a la mujer casada en plena capacidad y le dió la facultad de administrar y de disponer libremente de los bienes que le pertenezcan al momento de contraer matrimonio, que hubiera aportado a él, o los que por cualquier causa haya adquirido o adquiriera, y equiparar e igualar las facultades de la mujer y las del marido. Pero la ley no puede entenderse en el sentido de que esa libertad de administración y de disposición otorgada a cada uno de los cónyuges sea tan absoluta que excluya todo recurso o acción defensiva contra una mala administración.

Y luego hace la síntesis de la doctrina y dice : "Si cada cónyuge administra y dispone libremente de los bienes que adquiere durante el matrimonio y si solo cuando se disuelve la sociedad conyugal se considera que esta ha existido desde la celebración de aquel, síguese que por regla general mientras no se disuelva dicha sociedad ninguno de los cónyuges puede atacar los actos celebrados por el otro, pues si le fuera permitido hacerlo antes esto conduciría en el fondo a anular la facultad que la misma ley concede a cada uno de ellos para disponer libremente de los bienes que adquiere durante la unión matrimonial".



8.2 OPERACIONES DE LIQUIDACION

8.2.1 Las recompensas

Tal como lo prescribe la ley 28 de 1932 en su artículo 4, las compensaciones deberán hacerse cuando deba liquidarse la sociedad conyugal, que se reputa haber existido entre los cónyuges.

Llamense recompensas, a las indemnizaciones pecuniarias a que los patrimonios del marido, de la mujer y de la sociedad están obligados entre sí.

Son varias las razones que hacen necesaria la existencia de las recompensas a saber :

- a. Las recompensas son un mecanismo de protección que en los regímenes de comunidad favorece a la mujer y, en sistema como en el nuestro las ventajas son benéficas para ambos cónyuges.
- b. Evitar el enriquecimiento sin causa de alguno de los haberes a expensas de otro.
- c. Evitar con recursos que pertenezcan los cónyuges, lo que lograrían realizando con recursos que pertenezcan a un haber, pagos que corresponden hace con cargo a otro.

117

d. Mantener la inmutabilidad del régimen económico aplicable al matrimonio, lo cual no se obtendrían sino se restablecen los desequilibrios que se hayan producido sin causa suficiente.

En nuestra legislación existen tres clases de recompensas las cuales entraremos a analizar inmediatamente.

8.2.1.1 Recompensas causadas en favor de uno de los conyuges y a cargo de la sociedad

Existen varias situaciones que analizaremos como eran en el código anterior y como están reguladas actualmente con base en la ley 28 de 1932, la primera situación hace referencia a que la sociedad debía recompensar por el valor que tuvieran las especies fungibles que se aportaren a ella por los cónyuges al momento del matrimonio, o que fueren adquiridas más adelante a título gratuito, pero que igualmente formaban parte del haber relativo de la sociedad. En la legislación actual no ha cambiado esta situación.

Otro caso sería cuando la sociedad debía recompensa a los cónyuges por el dinero que hubieren aportado al matrimonio o que durante este, lo obtuvieran a título lucrativo.

Estas sumas entraban en el haber absoluto de la sociedad, y esto implica la existencia correlativa de una recompensa

que se hacía efectiva por igual valor al momento de la disolución de la sociedad. Bajo el régimen actual ninguna de las cantidades ingresan al haber absoluto, sino que hacen parte de los bienes propios de cada uno de los cónyuges; por lo tanto, la sociedad no está obligada al pago de recompensas sobre estos bienes, ya que la aplicación de esta carece de actualidad. Pero cuando se trataba de bienes que hacía parte del haber relativo de la sociedad conyugal, para evitar un enriquecimiento sin causa, se hace efectiva la aplicación de esta recompensa. Por lo tanto, al momento de la liquidación se hace necesario incluir en el activo ciertas partidas, para luego deducirlos a título de recompensas, lo que complica aún más las operaciones de liquidación, es por eso que se recomienda no incluir dentro del acervo dichas partidas, sino dejar que sigan formando parte del haber propio del cónyuge respectivo.

Otro caso se presentaba, cuando se vendía un bien propio de uno de los cónyuges, y los fondos conseguidos con dicha enajenación, no se destinaban a realizar una subrogación o al pago de deudas personales del dueño de la cosa vendida, la sociedad quedaba debiendo a este el valor del precio respectivo. Ahora conforme al régimen actual, esta forma de recompensa se causará cuando con el valor de la venta de un bien propio se atiende a la realización de erogaciones que al momento de considerarse existente la sociedad conyugal, deben reputarse haber sido sociales.

Para mejor comprensión, lo ilustraremos con un ejemplo : si uno de los cónyuges, enajena un bien inmueble adquirido antes del matrimonio, y con el producto de la venta cancela un crédito hipotecario que estaba constituido sobre la vivienda conyugal, la cual había sido adquirida con el valor de las prestaciones sociales devengadas por ambos conyugues en virtud del trabajo realizado después del matrimonio. Pero, en el evento, en que el producto de la venta de un bien propio se destina a mejorar otros bienes de igual calidad, la recompensa de que se trata no tendrá lugar.

Cuando se refiere a la subrogación, concretamente el caso en que el valor del bien propio vendido era superior al que tenía el nuevo inmueble, y la diferencia no es suficiente para excluir la realización de la subrogación, la sociedad conyugal queda debiendo al cónyuge el valor de esa diferencia de precios, porque los fondos sociales se han aumentado con dichas sumas, razón por la cual deben restituirla a su dueño al momento de disolverse la sociedad.

Esta misma circunstancia se presenta cuando es el caso de la subrogación a través de la permuta, y se recibiera un saldo en dinero.

En el caso de que uno de los cónyuges realizadores de la respectiva subrogación recibiendo un exceso en dinero, in

vierte dicha suma en negocios propios o personales, no ha
brá lugar a que la sociedad le recompense el dinero, porque
se entraría más el proceso de liquidación, ya que además
de reconocerse al cónyuge el valor de su recompensa, sería
necesario hacer efectiva contra el otra por el mismo valor
ya que este se había destinado a un bien propio.

La última situación que se presenta, para el caso en que la
sociedad conyugal debe recompensar a los cónyuges, se pre
senta cuando se destinan bienes propios de los cónyuges al
pago de deudas sociales, lógicamente se engendra una recom
pensa en favor del cónyuge dueño del bien, que fue tomado
para saldar dichas deudas.

En cuanto al monto de la recompensa no hay problema, si el
valor del crédito es igual al valor del bien, destinado al
pago de las deudas sociales; pero si existe diferencia en
tre los dos valores, y para evitar enriquecimiento y empob
recimientos injustos, es conveniente advertir que el valor
de la recompensa sea el que tenía el bien al momento de sa
lir del patrimonio del cónyuge respectivo.

8.2.1.2 Recompensas causadas a favor de la sociedad y a car go de los cónyuges

También operan varias situaciones, que examinaremos a conti

121

nuación :

Los cónyuges deben recompensas a la sociedad, siempre que realicen una erogación gratuita o donación que haga parte del haber social, con las excepciones contempladas en el artículo 1803, o sea, cuando se trata de tales erogaciones no menoscaben el haber social por ser ellos de poca monta atendiendo la magnitud de tal haber.

Es preciso hacer una aclaración con respecto a los hijos adoptivos para el caso contemplado, y es que, si ambos cónyuges adoptan conjuntamente, valdrá excepción consignada en el artículo precedente, pero si se trata de la adopción por parte de uno de los cónyuges, o sea que se realice la donación a un hijo adoptivo suyo, adeudará la recompensa e equivalente al igual que si el donatario hubiera sido un hijo natural o legítimo pero habido en matrimonio anterior.

Si los cónyuges realizan una subrogación mediante la venta o permuta de un bien inmueble propio, y el valor del nuevo inmueble es superior, es necesario que paguen el excedente, y si este se toma de los ingresos que en el ejercicio de su profesión o actividad haya logrado el subrogante después del matrimonio, habrá lugar a hacer efectiva la respectiva recompensa en su contra, porque se considera que dichas sumas han tenido la calidad de sociales.

También opera la recompensa en favor de la sociedad por par



te de los cónyuges, en el evento de que estos paguen deudas personales con bienes o dinero de l haber social; cuando se pagan los créditos personales de los cónyuges con bienes sociales, hay que tener en cuenta que el valor de la recompensa, no será el valor del crédito, sino el valor del bien con el cual se hizo el pago.

Es preciso considerar que se tiene como deudas personales o propias, de los cónyuges aquellas que se hayan contraído en beneficio exclusivo de uno de los cónyuges, las anteriores al matrimonio, las que expresamente hayan sido asumidas con cargo al patrimonio propio y las relacionadas con sanciones pecuniarias impuestas a uno de los cónyuges por los daños ocasionados con culpa grave o hechos delictivos.

Cuando se realicen gastos para la mejora de los bienes propios de los cónyuges, con fodos sociales, opera la recompensa referida, porque se considera que el valor los bienes aumenta y dicho aumento se conserva en el momento de disolverse la sociedad.

Los gastos que se hicieran para la adquisición o para el cobro de bienes o derechos propios de alguno de los cónyuges, se presumen hechos por la sociedad cnyugal y generan por supuesto una recompensa en su favor, a menos que se desvirtue dicha presunción tal como lo consagra el artículo 1801.

8.2.1.3 Recompensas causadas entre los cónyuges

Los casos más frecuentes son :

a. Cuando con bienes propios de uno de los cónyuges se hicieran inversiones destinadas a la adquisición o mejora de los propios del otro, este último debe recompensa al primero.

b. Cuando uno de los cónyuges ha ocasionado con culpa grave o dolo daños en los bienes de propiedad del otro, debe resarcir tales deterioros conforme al artículo 1827 del código civil.

c. Cuando con bienes de uno de los cónyuges se paguen deudas personales del otro.

d. En el evento en que uno de los cónyuges corra con los gastos de manutención y educación de los hijos comunes y que también a atendido a las necesidades domésticas ordinarias, caso que se presenta con frecuencia, cuando se da una separación de hecho entre los cónyuges, en tales casos, cuando se liquide la sociedad, es necesario tener en cuenta las circunstancias expuestas para efectos de cobrar por la vía de las recompensas, la suma que adeude el cónyuge irresponsable al que conservó el cuidado del hogar.

8.2.2 Liquidación

El artículo 4 de la Ley 28 de 1932 establece que : "En el caso de liquidación de que trata el artículo primero de esta ley, se deducirá de la masa social o de lo que cada cónyuge administre separadamente el pasivo respectivo. Los activos liquidados restantes se sumarán y dividirán conforme al Código Civil, previas las compensaciones y deducciones de que habla el mismo código".

La interpretación de esta norma dió lugar a la exposición de dos teorías, y ambas partían de la base de que la primera operación que debía hacerse para liquidar la sociedad que se reputa haber existido entre los cónyuges, era la deducción que indica el encabezamiento del artículo mencionado, o sea el total de bienes radicados en cabeza de cada cónyuge, se le sustrae el monto de las deudas para con terceros que pesarán sobre sus respectivos patrimonios, hecho esto se obtienen los activos liquidados uno para cada cónyuge.

A partir de este paso, las dos teorías se separan, para una de ellas sostiene que una vez calculados los valores de los activos liquidados de cónyuge, es preciso hacer sobre cada uno de ellos en forma independiente las compensaciones y deducciones previstas en el Código Civil, con miras a obtener así los resultados finales, que deben sumarse para in

125

tegrar la masa que se distribuye por iguales partes entre los esposos.

La otra teoría dispone que el paso inmediatamente siguiente es sumar aquellos resultados a fin de obtener lo que podría denominarse activo líquido total producto de la administración de ambos cónyuges. Sobre esta masa así integrada, deben hacerse las compensaciones y deducciones del Código Civil, para llegar finalmente al saldo repartido entre los cónyuges.

Como vemos, la diferencia de fondo de estas dos teorías consiste en determinar los bienes sobre los cuales se deben hacer efectivas las recompensas.

Según el artículo 600 No.6 del Código de Procedimiento Civil se terminó el problema planteado con respecto a la forma de hacerse efectivas las recompensas cuando establece que : "Cuando en el proceso de sucesión haya de liquidarse la sociedad conyugal, en el inventario se relacionarán los correspondientes activos y pasivos, para lo cual se procederá conforme a lo previsto en el artículo 4 de la Ley 28 de 1932, con observancia de lo dispuesto en los dos numerales anteriores, en lo pertinente.

En el activo de la sociedad conyugal se incluirán las compensaciones debidas a la masa social por el cónyuge sobrevi

126

viente o por el difunto, siempre que se denunciare por la parte obligada o que esta acepte expresamente las que denuncie la otra...".

Con relación al pasivo, el inciso 3 del mismo artículo y numeral establece que "en el pasivo de la sociedad conyugal se incluirán las compensaciones debidas por la masa social al cónyuge sobreviviente o por el causante, para lo cual se aplicará lo dispuesto en el inciso anterior."

Por lo tanto las compensaciones actúan sobre la masa total y no aisladamente sobre el haber de cada cónyuge, para incrementar el activo o formar parte del pasivo.

Lo que no es claro es que en el pasivo social deban incluirse las deudas que tenía el causante con el cónyuge sobreviviente por concepto de la recompensas, ya que lo lógico es que estas sumas se paguen con cargo a la parte de gananciales que han de corresponderle al causante representado por sus herederos, o con cargo a los que fueron sus bienes propios. De acuerdo con el número 8 del mismo artículo 600 "no se incluirán en el inventario los bienes que conforme a los títulos fueren propios del cónyuge sobreviviente". Solo hace referencia a los bienes del cónyuge sobreviviente, por cuanto es lógico que los del causante deben incluirse en el inventario pues sobre ellos ha de recaer además los gananciales respectivos, el reparto que se haga entre

los herederos del cónyuge fallecido.

127

Por lo tanto deben entenderse, que cuando la liquidación ha de hacerse por motivos diferentes de la muerte de uno de los cónyuges, en el inventario no deben incluirse los bienes propios de ninguno de ellos.

8.2.2.1 En cuanto a Deudas

Si uno de los cónyuges ha contraído una obligación antes del acaecimiento de algunas de las causales de disolución del matrimonio consignadas en el artículo 1820 del Código Civil y por lo cual responde independientemente de su cónyuge, continuará su responsabilidad por la deuda después que se haya efectuado la liquidación. Hay que tener en cuenta que si se trata de aquellas deudas que se reputan haber sido sociales pueden los acreedores accionar contra el cónyuge de su deudor, el cual puede ser obligado a responder por tales obligaciones, hasta el monto de lo que le haya correspondido por gananciales provenientes de la administración del deudor.

8.2.2.2 Renuncia de Gananciales

Cuando se expidió la ley 28 de 1932, hubo varios criterios encontrados con relación a si esta había acabado con la facultad de renunciar a los gananciales, o si por el contrario había considerado esta circunstancia como posible para am

bos cónyuges.

Algunos autores consideraron lo primero fundamentado sus o piniones en que existían razones de orden práctico como e ra de que si por el nuevo régimen se reducía el pasivo so cial, no se veía la conveniencia de la renuncia de los ga nanciales, y porque la renuncia, con la consecuencia de pa gar las deudas sociales, implica por parte del marido el interés de administrar el haber de la mujer, cuyos benefi cios representan los gananciales materia de la renuncia in terés incompatible con las facultades de administración y disposición que le da la ley 28.

Otros autores consideraron que la renuncia a gananciales si seguía operando y aún más no solo con respecto a la mu jer, sino también con relación al marido, porque de la ad ministración de cada uno pueden resultar bienes sociales, y además, porque es el derecho a percibir gananciales un derecho como cualquier otro, cuya renuncia no está prohibi da expresamente ni daña a terceros, lo cual la sujeta al derecho común.

La tesis de extender los beneficios de la renuncia de gananciales a ambos cónyuges representa una mejor adaptación al nuevo régimen implantado por la ley 28, y a la vez, consti tuye una garantía para los cónyuges en el sentido de que ninguno de ellos va a quedar ilimitadamente comprometido

129
por las deudas contraídas por el otro, salvo los casos de
solidaridad legalmente consagrados.

Con la expedición del código de Procedimiento civil de 1970 se solucionó la dicotomía existentes entre los autores referente a la subsistencia o no de la renuncia de gananciales, porque en el artículo 594 se establece que : "opción entre porción cónyugal y gananciales : cuando el cónyuge sobreviviente pueda optar entre porción conyugal y gananciales, deberá hacer la elección antes de la diligencia de inventario y avaluos...."

Como vemos aunque no se expresó concretamente los casos en que hubiera lugar a renuncia de gananciales, si se admitió por lo menos su posibilidad.

El Decreto 2820 de 1974 al disponer en sus artículos 61 y 64 estableció definitivamente cual es la situación actual. El artículo 61 consigna : "el artículo 1775 del código civil quedará así : cualquiera de los cónyuges, siempre que sea capaz podrá renunciar a los gananciales que resulten a la disolución de la sociedad conyugal, sin perjuicio de terceros".

El artículo 64 consagra : "El artículo 1837 del Código Civil quedará así : Los conyuges incapaces y sus herederos en el mismo caso, solo podrán renunciar a los gananciales con

130
autorización judicial. Lo dicho en los artículos 1838, 1840 y 1841 se aplicará tanto al marido como a la mujer".

Como vemos actualmente es posible hacer la renuncia de gananciales en cualquier momento, antes del matrimonio en capitulaciones matrimoniales, durante el régimen de separación con comunidad diferida y, cuando deba liquidarse la sociedad conyugal que se considera haber existido entre los cónyuges desde la fecha del matrimonio.

Cuando se pacta separación de bienes en capitulaciones matrimoniales, no quiere esto decir que ha habido renuncia de gananciales, porque cuando se hace esto ello no impide, ni tiene porque hacerlo, que al presentarse alguno de los casos previstos en el artículo 1820 del código civil, deba procederse a integrar una universalidad jurídica, de acuerdo con las reglas generales ya vistas, para el solo efecto de hacer sobre ella las operaciones tendientes a realizar las recompensas que se hayan causado hasta la fecha, sea en favor o a cargo de cada uno de los cónyuges, ya como lo vimos que consagra el decreto 2820 de 1974.

Mientras que en un régimen de separación de bienes, es obvio que no haya lugar a realizar tal clase de operaciones, ni otras similares.

En síntesis, podemos decir, que los gananciales que pueden

ser renunciadas son solamente los generados por la administración del consorte, pero los propios no, ya que generaría una donación; por lo tanto solo son renunciables los gananciales que no provienen de la gestión personal de quien los repudia.

8.2.3 Sociedad Conyugal

Liquidación : no puede intentarse a continuación de la sentencia de separación de cuerpos dictada por el tribunal, con la cual se agota la competencia de éste. Las normas sobre competencia deben interpretarse con criterio restrictivo por ser de orden público.

Magistrado ponente : Dr. Alberto Ospina Botero.

1. Pronunciada la sentencia de separación de cuerpos mediante la cual se despacharon favorablemente las súplicas de la demanda, solicitó la parte demandante ante el juzgador de primer grado, con fundamento en el art.626 del Código de Procedimiento Civil, que se procediera a la liquidación de la Sociedad Conyugal, pretensión que rechazó el tribunal por no ser competente, con apoyo en el numeral 4o. del art. 16 del Código de Procedimiento civil.

2. El hecho de que la ley disponga que la actuación de li

132

liquidación de la sociedad de bienes se surte a continuación del proceso en que se dicte la sentencia de separación, no dice ni implica que los tribunales en primera instancia y la Corte en segunda tenga que conocer de aquellos procesos pues cuando estos juzgadores deciden con sentencia la causa de separación de cuerpos de matrimonios católicos, agotan su competencia. Por tanto, de la actuación de liquidación, según las reglas generales de competencia, conocerán los jueces de circuito en primera instancia y los tribunales superiores en segunda (arts. 16 y 26 del Código de Procedimiento Civil).

3. Por otra parte, las normas sobre competencia no pueden interpretarse en forma amplia y generosa, sino con criterio restrictivo, como quiera que son de orden público, según lo tiene definido la ley (art. 60. del Código de Procedimiento Civil) y reiterado la jurisprudencia de la Corte.

CONCLUSIONES

1. Podemos analizar como la institución jurídica de la Sociedad conyugal ha marcado grandes consecuencias desde el inicio de los primeros tiempos, cuando se organizó la familia como tal y se institucionalizaron los diversos sistemas normativos que enmarcaron a cada una de las sociedades imperantes. Es por eso que en la sociedad Romana hubo un gran proceso o seguimiento de varias etapas para establecer el regimen más adecuado a las circunstancias y situaciones que se vivieron, de ahí que antes de que la Sociedad Romana conociera la corrupción, regía en su legislación el sistema dotal, con el cual la mujer se sentía amparada, pero cuando se empezaron a generar las infidelidades conyugales fue necesario establecer un regimen de comunidad, con el cual la mujer podía solicitar la separación de bienes y consecuentemente el divorcio. Mientras que en las sociedades orientales, la mujer ha sido siempre sometida a la autoridad del marido y por supuesto se implantó un régimen de sistema dotal.

En la actualidad, cada país o Estado ha impuesto el régimen

134

más adecuado tanto a las situaciones y circunstancias actuales , como a las diversas etapas de transición por las que ha pasado históricamente.

2. El patrimonio que integra una verdadera Sociedad Conyugal, es en realidad un complejo acervo patrimonial, dado los lineamientos jurídicos que hay que cumplir, pero que en verdad también importa en gran manera la voluntad de los cónyuges como únicos interesados en que sus patrimonios no sufran ninguna mengua, y es por eso que ellos potestativamente antes de contraer su vínculo legal, acuerdan lo que en nuestra legislación Colombiana se conoce con el nombre de capitulaciones matrimoniales. Dentro del patrimonio social ya constituido, se observa que toda adquisición gratuita se excluye de tal acervo, pero es lo que podríamos consignar como regla general, porque se dan sus casos excepcionales ya previamente analizados y sustentados .

En síntesis los cónyuges están comprometidos y obligados a respetar y cumplir los lineamientos que la misma Sociedad Conyugal les impone, y procurar obtener el mejor provecho y bienestar de la misma; porque no es posible ignorar que existen obligaciones sociales que son prioritariamente atendibles, en el evento de que se llegue a una disolución y liquidación de la mencionada sociedad conyugal.

La sociedad conyugal es una institución sui-géneris que como tal presenta características propias que le otorgan autonomía suficiente, que a la vez la distinguen de las demás figuras jurídicas. Por tanto no se puede afirmar que es un contrato de sociedad, o que es una forma de comunidad, o que es una comunidad de tipo germano o una propiedad de mano en común.

Antes de entrar a regir la Ley 28 de 1932, el Código Civil Colombiano, contemplaba dos formas de administración, la ordinaria que era ejercida por el marido y la administración extraordinaria ejercida por la mujer.

Pero la situación cambia después del 1 de enero de 1933, cuando la ley 28 de 1932 en su artículo 1 habla de que "durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición..." por lo que queda claro que en la actualidad opera la libre administración, cada quien administra lo suyo; lo que constituyó un gran adelanto legislativo y con unos argumentos sociales casi que revolucionarios frente a lo que venía sucediendo y que es reconocida y aceptada la capacidad de la mujer.

Las capitulaciones matrimoniales, son un mecanismo que está al alcance de cada uno de los hombres y mujeres que planean unirse en matrimonio, donde pueden hacer manifiesta su voluntad libre para el manejo de su patrimonio con el imperativo

lógico de su auto regulación no atente contra el orden y
las buenas costumbres.

136

BIBLIOGRAFIA

ALVAREZ RODRIGUEZ, Edgar. Regimen de Bienes en el Matrimonio. Editorial Temis, Bogotá, 1978.

CODIGO CIVIL COLOMBIANO. Edición Legis

FERNANDEZ CLERIGO, Luis. El Derecho de Familia en la Legislación Comparada. Editorial Hispanoamericana-México

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho de Familia. Editorial Wilches 1982

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

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil, Tomo IV, Editorial Temis, Bogotá, 1980.