

REGIMEN DE BIENES EN EL MATRIMONIO

LUISA PINTO OCHOA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA, 1984

4034293

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR	
BIBLIOTECA	
BARRANQUILLA	
No INVENTARIO	4034293
PRECIO	
FECHA	21 FEB. 2008
CANJE	DONACION

DR
#0350



REGIMEN DE BIENES EN EL MATRIMONIO

LUISA PINTO OCHOA

Tesis de Grado presentada como requisito para optar el título de Abogada.

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA, 1984

PERSONAL DIRECTIVO

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

RECTOR	:	DR. JOSE CONSUEGRA HIGGINS
SECRETARIO GENERAL	:	RAFAEL BOLAÑO MOVILLA
DECANO	:	DR. ERNESTO ARIZA MUÑOZ
SECRETARIO ACADEMICO	:	DR. CARLOS LLANOS SANCHEZ
DIRECTOR DE TESIS	:	DR. HUGO PEREZ TORRES

Hecha la deliberación del Jurado, -
resolvió conferirle la calificación
de :

DIRECTOR DE LA TESIS

JURADO

JURADO

Barranquilla, Diciembre de 1984

DEDICATORIA

A la memoria de mi padre y tía

A mi madre y hermanos

A mis queridas y adoradas hijas, Viviana María y Luisa Fernanda
que con su ternura me hicieron seguir adelante.

LUISA

Barranquilla, diciembre 6 de 1.984

DOCTOR
ERNESTO R. ARIZA MUÑOZ
DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO
CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO "SIMON BOLIVAR"
La ciudad.-

La Decanatura de esa Facultad me ha designado DIRECTOR DE TESIS DE GRADO de la egresada LUISA G. PINTO OCHOA, quien presentó el trabajo denominado " REGIMEN DE BIENES EN EL MATRIMONIO", con la finalidad de obtener el título de ABOGADA.-
Después de haber revisado cuidadosamente el contenido del desarrollo del tema escogido, he observado que en sus aspectos jurídicos y metodológicos se ajusta a las exigencias preestablecidas por la Facultad, dando mérito para aprobar este trabajo.-

Atentamente,



JUAN PABLO ARRIETA GUERRA
C.C. No. 6.573.982 de Montería.-

TABLA DE CONTENIDO

	Pag.
INTRODUCCION.....	1
1. REGIMEN DE BIENES DEL MATRIMONIO.....	3
1.1 ASPECTOS GENERALES, DETERMINACION E IMPORTANCIA DEL - TEMA.....	3
1.2 CONCEPTOS DE SOCIEDAD CONYUGAL.....	5
1.2.1 José J. Gómez.....	5
1.2.2 Bonnecase.....	5
1.2.3 Edgar Alvarez Rodríguez.....	6
1.2.4 Valencia Zea.....	6
1.3 DIFERENCIA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL CON LAS SOCIEDADES ORDINARIAS.....	7
1.4 NATURALEZA JURIDICA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL....	7
1.4.1 LA Sociedad Ordinaria.....	9
1.4.2 Comunidad de bienes o Copropiedad.....	9
1.4.3 Un ente autónomo dotado de personalidad jurídica.....	10
1.5 Conclusión doctrinaria.....	11
1.6 Estatutos imperantes que regulan la materia.....	12

	Pag.
1.6.1	Características de la Sociedad Conyugal del Código de Bello.....
12	
1.7	Ley 28 de 1932 - Antecedentes.....
15	
2.	LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES.....
19	
2.1	DEFINICION DEL CODIGO CIVIL.....
19	
2.2	COMENTARIOS DE LA DOCTRINA.....
19	
2.2.1	Edgard Alvarez Rodríguez.....
19	
2.2.2	Somarriva.....
20	
2.2.3	María H. Colmenares y M.M. Gómez.....
20	
2.2.4	Conclusión.....
20	
2.3	Características de las Capitulaciones Matrimoniales.....
22	
2.4	REQUISITOS PARA CELEBRAR CAPITULACIONES MATRIMONIALES.....
24	
2.4.1	Del Consentimiento.....
24	
2.4.2	Capacidad.....
24	
2.4.3	Solemnidad.....
26	
2.5	CAUSALES DE INEFICACIA DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES.....
28	
2.5.1	La Caducidad.....
28	
2.5.2	Inexistencia.....
28	
2.5.3	Nulidad.....
28	
2.6	LIBERTAD PARA CELEBRAR PACTOS MATRIMONIALES.....
29	
2.7	LIMITACIONES A LA LIBERTAD CONVENCIONAL DE LOS CONYUGES.....
30	
2.7.1	En cuanto a la plena capacidad de la mujer.....
30	

2.7.2	Limitaciones basados en las reglas del Derecho de Familia.....	30
2.8	PRINCIPALES TIPOS DE CONVENCIONES MATRIMONIALES...	31
2.8.1	El de comunidad o Sociedad Conyugal.....	31
2.8.1.1	Sociedad Universal de Bienes gerenciada por el marido.....	31
2.8.1.2	Sociedad de Gananciales con administración particular de cada conyuge.....	32
3.	REGIMEN ECONOMICO PATRIMONIAL.....	32
3.1	APLICACION.....	35
3.2	PATRIMONIO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.....	35
3.3	HABER ABSOLUTO Y HABER RELATIVO.....	41
3.4	MODIFICACION INTRODUCIDA POR LA LEY 28 DE 1932....	43
3.5	BIENES PROPIOS DE LOS CONYUGES.....	45
3.5.1	Los bienes que poseen los conyuges al casarse.....	45
3.5.2	Bienes adquiridos durante la sociedad, pero cuyo título de adquisición fue anterior al matrimonio..	45
3.5.3	Bienes adquiridos en la sociedad a título gratuito	46
3.5.4	Bienes adquiridos durante la sociedad subrogados a bienes exclusivamente propios.....	48
3.5.5	Bienes adquirido en parte a título oneroso y en parte a título gratuito.....	48
3.5.6	Bienes adquirido una vez disuelta la sociedad.....	49
3.6	DE LA VALORIZACION O DESVALORIZACION DE LOS BIENES PROPIOS DURANTE LA SOCIEDAD.....	50
3.7	CONSERVACION DE LOS BIENES PROPIOS Y GANANCIALES..	52
3.8	MEDIDAS TENDIENTES A LA CONSERVACION DE LOS BIENES PROPIOS.....	53

	Pag.
3.9 MEDIDAS TENDIENTES A LA CONSERVACION DE LOS BIENES GANANCIALES.....	54
3.9.1 Primera Presunción.....	54
3.9.2 Segunda Presunción.....	54
3.9.3 Tercera Presunción.....	56
4. DEL PASIVO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.....	58
4.1 CONCEPTO.....	58
4.1.1 Pasivo Absoluto.....	58
4.1.2 Pasivo Relativo.....	58
4.2 EL PASIVO SEGUN EL CODIGO CIVIL.....	60
4.2.1 De todos los bienes e intereses que corran, sea - contra la sociedad, sea contra cualquiera de los - cónyuges y que se devenguen durante la existencia - de la sociedad.....	60
4.2.2 De las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido o la mujer.....	60
4.2.3 De todas las deudas personales de cada uno de los cónyuges.....	61
4.2.4 De todas las cargas y reparaciones frutuarías de - los bienes sociales de cada cónyuge.....	61
4.2.5 Del mantenimiento de los cónyuges.....	62
4.3 REGULACION DEL PASIVO SEGUN LEY 28/32.....	64
4.3.1 Luis Felipe Latorre.....	64
4.3.2 José J. Gómez.....	65
4.3.3 Carlos Holguín.....	66
4.3.4 Eder Alvarez Rodríguez.....	66
4.3.5 Valencia Zea.....	67
4.4 LA OPINION DE LA CORTE.....	72

	Pag.
5. TEORIA DE LAS RECOMPENSAS.....	74
5.1 CONCEPTO.....	74
5.2 NATURALEZA JURIDICA DE LA RECOMPENSA.....	75
5.3 REQUISITOS QUE DEBE REUNIR UNA RECOMPENSA.....	75
5.4 PRINCIPALES RECOMPENSAS CAUSADAS A FAVOR DE LA SOCIEDAD Y A CARGO DE LOS CONYUGES.....	77
5.5 RECOMPENSAS CAUSADAS EN FAVOR DE UNO DE LOS CONYUGES Y A CARGO DE LA SOCIEDAD.....	79
5.6 RECOMPENSAS CAUSADAS ENTRE LOS CONYUGES.....	80
5.7 LA SUBROGACION EN LA SOCIEDAD CONYUGAL.....	81
5.8 IMPORTANCIA Y CLASES.....	82
5.8.1 Subrogación de Inmueble a Inmueble.....	82
5.8.2 Subrogación de Inmueble a valores.....	84
6. ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.....	87
6.1 ADMINISTRACION EN EL CODIGO CIVIL COLOMBIANO.....	87
6.1.1 Administración Ordinaria.....	87
6.1.2 Administración Extraordinaria.....	90
6.2 MODIFICACION INTRODUCIDA POR LA LEY 28 de 1932.....	91
6.3 LIBRE ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL A PARTIR DEL 1o. DE ENERO DE 1933.....	93
6.4 LIMITACION DE LA LIBRE ADMINISTRACION DE LOS CONYUGES	93
6.5 DONACIONES ENTRE CONYUGES.....	94
6.5.1 Donación Irrevocable.....	94
6.5.2 Donación Revocable.....	94
6.6. DONACIONES PROVENIENTES DE TERCEROS.....	95

	Pag.
6.7 DONACIONES PROVENIENTES DE LOS CONYUGES.....	95
6.8 DONACIONES PROVENIENTES DE LOS PADRES.....	96
6.9 MODALIDAD DE LAS DONACIONES POR CAUSA DE MATRIMONIO	96
6.10 RENOVACION DE LAS DONACIONES EN CASO DE NULIDAD DE MATRIMONIO.....	98
6.11 REVOCACION TENIENDO EN CUENTA LA MALA O BUENA FE - de LOS CONTRAYENTES.....	98
6.12 CONTRATO DE MANDATO.....	99
6.13 CONTRATOS RELATIVOS A INMUEBLES.....	99
6.14 CONTRATO DE SOCIEDAD CON APORTA DE INMUEBLES.....	101
6.15 SITUACION DE LOS MUEBLES.....	102
7. DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.....	104
7.1 POR DISOLUCION DEL MATRIMONIO.....	104
7.2 POR MOTIVOS DE SEPARACION QUE NO IMPLICAN DISOLU- CION DEL MATRIMONIO.....	105
7.2.1 Por la separación judicial del cuerpo.....	105
7.3 POR SENTENCIA DE SEPARACION DE BIENES.....	106
7.4 POR LA DECLARACION DE NULIDAD DEL MATRIMONIO.....	108
7.5 POR MUTUO ACUERDO DE LOS CONYUGES.....	109
7.6 ACEPTACION Y RENUNCIA DE GANANCIALES.....	110
7.7 MEDIDAS CAUTELARES QUE PUEDEN TOMARSE ANTES DE LA DISOLUCION.....	111
8. LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.....	112
8.1 CONCEPTO.....	112
8.2 ETAPAS DE LA LIQUIDACION.....	113

	Pag.
8.3 DEL INVENTARIO.....	113
8.4 PERSONAS QUE INTERVIENEN EN LA PRACTICA DEL INVENTARIO.....	114
8.5 SOLEMNIDAD.....	114
8.6 EXACTITUD Y BUENA FE EN LA PRACTICA DEL INVENTARIO.....	114
8.7 PARTICION Y ADJUDICACION.....	115
8.8 DISTRIBUCION DE LAS HIJUELAS.....	116
8.9 LIQUIDACION DE SOCIEDAD CONYUGALES EXISTENTES DEL PRIMER DE AÑO DE 1933.....	118
9. CONCLUSIONES.....	121
BIBLIOGRAFIA.....	122

INTRODUCCION

Escogí este tema de la Sociedad Conyugal como Tesis de Grado para optar el título de Abogado por considerarlo de mucha importancia para el matrimonio y por ende para la familia la existencia de un regimen especial que regule la vida de los casados, lo he hecho con una terminología jurídica clara al alcance de todos.

Para iniciar el estudio de la Sociedad Conyugal conviene ante todo anotar que ésta se forma por el hecho del matrimonio, o sea la forma de asociación por excelencia del hombre y la mujer determina una serie de efectos regulados en el ámbito del Derecho, tanto con respecto a las personas de los casados como respecto a sus bienes; respecto al aspecto personal tenemos que los esposos se deben cohabitación, fidelidad, respeto, ayuda mutua; y en cuanto al aspecto patrimonial, es necesario establecer :

- a) Las relaciones pecuniarias de los esposos durante el matrimonio.
- b) Los derechos de los terceros que por razón alguna asumen la calidad de acreedores de ambos o de uno de los conyuges.

- c) Los derechos recíprocos patrimoniales de los esposos al momento en que finalice la comunidad económica entre ellos, y
- d) Los derechos sucesorales que el cónyuge superviviente ejerce al fallecimiento del premuerto.

De ahí que como dice Roberto Suárez Franco : "El régimen de los bienes de los esposos no puede recibir el mismo tratamiento que el de los particulares".

En resumen, son serios imperativos de justicia para determinar que existe un régimen patrimonial para los casados y que trataré en este trabajo.

1. REGIMEN DE BIENES EN EL MATRIMONIO

1.1 ASPECTOS GENERALES Y DETERMINACION E IMPORTANCIA DEL TEMA.

Teniendo en cuenta que los bienes aportados o adquiridos en el matrimonio les da un tratamiento distinto a los bienes de las demás personas, para perseguir así el bienestar familiar. Es así como la ley deja los futuros esposos en libertad para esoger el régimen que ha de regir sus bienes durante la existencia del matrimonio celebrando capitulaciones matrimoniales, de las cuales hablaré posteriormente; si no las celebran se acogen al sistema establecido por el legislador.

De aquí la importancia que el hombre y la mujer se casen. Por el hecho del matrimonio se genera sociedad conyugal o sociedad de derecho, a diferencia de la sociedad de hecho que se genera entre concubinos.

Los cónyuges en el momento de contraer matrimonio, pueden poseer bienes o adquirirlos cuando ya éste se encuentre en vigor, o simplemente enajenarlos o gravarlos; pueden contraer obligaciones que graben a uno de ellos o a ambos, y en fin, pueden resultar responsables ante terceros por hecho o culpa causantes de una responsabilidad civil. Todas estas situaciones las ha tenido que contemplar el legislador, y ello lo hace

mediante el establecimiento de un régimen matrimonial de bienes.

Para destacar la importancia de este tema basta citar a Ripert y Boulanger, cuando dicen : "Se podría concebir que el matrimonio no entrañara ninguna modificación en el régimen de los bienes pertenecientes a los esposos y que se mantuviese una separación completa de intereses pecunarios. Pero esto supondría una visión puramente teórica de las cosas. Basta la historia para probarlo : en todas las épocas y en todas partes se ha conocido reglas elementales relativas a la condición de los cónyuges. La vida común engendra necesariamente una cierta confusión de intereses : los bienes resultan mezclados. Se adquieren nuevos elementos patrimoniales y se realizan gastos en interés del hogar. Aún en el caso de que los esposos hayan decidido establecer entre ellos una separación de bienes, habrá que resolver cuestiones de prueba, o de contribución a las cargas del matrimonio. Será el régimen más o menos complejo, pero se impone siempre como una inevitable necesidad". (1)

(1) COLMENARES FACCINI, MARIA HORTENSIA Y GOENAGA ORTEGA, MARIA M. Régimen Patrimonial de la Sociedad Conyugal. Editorial Wilches. Bogotá 1981. Siguiendo a Hugo E. Gatti. P 18

1.2 CONCEPTOS DE SOCIEDAD CONYUGAL.

Entre las definiciones de naturaleza descriptiva vale la pena destacar la de José J. Gómez Bonnacase.⁽²⁾

1.2.1 José J. Gómez.

La define como el conjunto de normas a las cuales deben someterse los cónyuges en materia de adquisición, administración, goce y disposición de sus bienes. Se observa que el autor presinde de las capitulaciones matrimoniales y afirma que los esposos han de someterse sin tener en cuenta que en algunas legislaciones se permite la elección del régimen que ha de regir sus bienes.

1.2.2 Bonnacase.

Institución Jurídica, complemento ineludible del matrimonio, susceptible de revestir diversas formas, ya sea que se deriven de la voluntad de las partes dentro de los límites establecidos por la ley, y cuyas normas tienen por objeto fijar la condición jurídica de los bienes de los esposos, ya sea en sus relaciones entre sí como respecto a terceros, y esto en principio de una manera inmutable, ya sea durante el matrimonio o a la época de su disolución.⁽³⁾

(2) GÓMEZ, JOSÉ J. Régimen de Bienes en el Matrimonio. Editorial Temis. 3a. Ed. Bogotá, 1961. P 1

(3) COLMENARES, MARIA H. Op. Cit. P 18

1.2.3 Edgar Alvarez Rodríguez.

Afirma que el Código de Bello dice de la sociedad conyugal, que es la "sociedad de bienes que se forma entre los cónyuges por el hecho del matrimonio."⁽⁴⁾ Si bien es cierto que el Código Civil en su Art. 180, dice "por el hecho del matrimonio, se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges y toma el marido la administración de los de la mujer", no es menos cierto que ésta última parte se encuentra reformada por la ley 28 de 1932. Esta reconoce a ambos cónyuges absoluta independencia en el manejo de sus bienes.

1.2.4 Valencia Zea.

Afirma que el régimen de sociedad conyugal consiste esencialmente en "una masa de bienes común, existente entre los cónyuges y provenientes de ambos, masa 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 sea los cónyuges."⁽⁵⁾

Concepto Personal : La sociedad conyugal, es la que se desprende legalmente y forzosamente por el hecho del matrimonio sin perjuicio de las capitulaciones matrimoniales.

(4) RODRIGUEZ, EDGAR. Régimen de Bienes en el Matrimonio. Editorial Temis. Bogotá, 1978. P 4

(5) VALENCIA ZEA, A. Derecho Civil. Tomo V. Derecho de Familia. Editorial Temis. Bogotá, 1976

1.3 DIFERENCIA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL CON LAS SOCIEDADES ORDINARIAS.

Las sociedades ordinarias nacen de un contrato o acuerdo de voluntades de quienes deciden asociarse con un fin netamente económico. En cambio, la sociedad conyugal, no es fruto de un contrato, nace por imposición de la ley que determina que ella es consecuencia o efecto propio del matrimonio.

En las sociedades ordinarias pueden asociarse cualquier persona, reuniendo las cualidades para hacerlo; en la sociedad conyugal, sólo pueden asociarse dos personas : los cónyuges.

Las sociedades ordinarias forman una persona jurídica distinta a cada uno de los socios individualmente considerados; por el contrario, la sociedad conyugal, no posee tal personaría.

Para formar sociedad ordinaria es necesario que los futuros socios hagan sus aportes o se obliguen a hacerlo; en cambio, en la sociedad conyugal se forma aunque ninguno de los cónyuges posea bienes que ingresen a ella.

En cuanto a la administración de las sociedades ordinarias corresponde a un administrador sin necesidad de que sea socio; en la sociedad conyugal de conformidad con la Ley 28 de 1932, se reconoce a ambos cónyuges absoluta e independientemente en el manejo de sus bienes.

En los estatutos de las sociedades ordinarias se prevé tanto la fecha

su iniciación como la de su terminación; en cambio, la vida de la sociedad conyugal está subordinada a los preceptos que sobre su nacimiento y expiración fije el legislador.

Vistas las diferencias anteriores, podemos anotar que a pesar de existir denominación homónima entre la sociedad conyugal y las sociedades ordinarias, la denominación que se le ha dado a la primera es impropia, para ésto analicemos su naturaleza jurídica.

1.4 NATURALEZA JURIDICA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

Existen algunas teorías acerca de la naturaleza jurídica de la sociedad conyugal de las cuales expondré las más importantes.

1.4.1 La Sociedad Ordinaria.

Juristas franceses e italianos sostienen ésta teoría, así como el tratadista chileno SOMARRIVA⁽⁶⁾, todos los cuales ameritan los caracteres - que asemejan la sociedad conyugal a la sociedad ordinaria, con prescindencia de los rasgos que la separan y que como se pudo observar en el - aparte anterior son muchos y variados.

1.4.2 Comunidad de Bienes o Copropiedad.

Estiman los defensores de ésta tesis que la sociedad entre cónyuges ofrece dos variantes a saber : PUIG, llama comunidad de tipo germano y CASTAN, propiedad de mano común; de acuerdo con el primero, los rasgos fundamentales es una comunidad por fracciones entre los esposos derivada de la teoría romana de la "societas", en la cual haya determinación de cuotas pero en donde no es posible ejercitar la Actio Comuni Dividendi.

(6) ALVAREZ RODRIGUEZ, E. Op. Cit. P 14

Castan : que no hay división por fracciones, ni natural ni idealmente, sino que los bienes conforman un patrimonio autónomo separado y común - cuya titularidad corresponde independientemente a los cónyuges.

La anterior teoría, puede presentar resultados satisfactorios, cuando se trata de sociedades conyugales, formadas por el matrimonio y a las - cuales haya ingresado desde principio algunos bienes; que ello no es - obstáculo para el nacimiento de la sociedad conyugal; resultaría ésta - teoría insuficiente para explicar la existencia de sociedades conyuga - les sin bienes.

1.4.3 Un ente autónomo dotado de Personalidad Jurídica.

Esta teoría cuenta con pocos defensores; los que la comparten le atribuyen cierta personalidad o ven en ella un verdadero sujeto de derecho.

1.5 CONCLUSION DOCTRINARIA

Ante la evidencia de que resulta imposible encuadrar el concepto de sociedad conyugal, un importante sector de la doctrina ha concluido que tal tarea es inoficiosa, que al hablar de sociedad, se alude a una institución Sui Generis, con características propias que le otorgan suficiente autonomía para diferenciarlas de las demás figuras jurídicas.

Es simplemente, una institución con características propias, que ni es sociedad, ni comunidad, ni persona jurídica en general.

Somariva, tratadista chileno, afirma que aunque parezca redundante "la sociedad conyugal es la sociedad conyugal".⁽⁷⁾

(7) SOMARRIVA UNDURRAGA, M. --Derecho de Familia. Santiago de Chile, - 1963. p 184

1.6 ESTATUTOS IMPERANTES QUE REGULAN LA MATERIA

La regulación de los aspectos económicos derivados del matrimonio se halla contenido en dos estatutos legales : el Código Civil y la Ley 28 de 1932, que lo modificó.

1.6.1 Características de la Sociedad Conyugal del Código de Belle.

El régimen adoptado en Colombia hasta el 31 de Diciembre de 1932, podrían sufrir ciertas modificaciones, por los futuros contrayentes en las capitulaciones. Las notas esenciales de lo que podría llamarse la sociedad-conyugal del Código Civil, son las siguientes :

- a) Dentro del régimen de sociedad conyugal era posible distinguir tres categorías de bienes : los propios del marido, los propios de la mujer y los sociales.
- b) En las relaciones con terceros, los propios del marido y los sociales, se confundían para integrar un sólo patrimonio.
- c) En principio, todo el pasivo aún el formado por las obligaciones personales de cada cónyuge, sin perjuicio de que por el pago de éstas últimas se generara una recompensa en favor de la sociedad.
- d) La administración ordinaria de la sociedad correspondía al marido y sólo en circunstancias excepcionales podía ser ejercida por la mujer.

- e) La regla general en cuanto a la integración del haber social, era - que de él formaban parte los bienes muebles, de los cónyuges, y los inmuebles adquiridos, a título oneroso después del matrimonio.
- f) Mediante capitulaciones matrimoniales celebradas antes del matrimonio de los esposos podían introducir ciertas modificaciones al régimen legal, pero sin eludir la formación de la sociedad conyugal ni su dirección y administración por el marido.
- g) Al momento de liquidar la sociedad conyugal la mujer retiraba antes que el marido sus bienes, así como las recompensas a que tuviera derecho.
- h) El marido era el responsable de las deudas de la sociedad, después de su liquidación, sin perjuicio de que pudiera repetir contra su mujer pero ésta solamente era obligada a contribuir al pago de tales deudas hasta concurrencia de su mitad de gananciales.
- i) La mujer podía librarse completamente al pago de deudas sociales, renunciando a los gananciales, bien antes del matrimonio o bien después de disuelta la sociedad conyugal.
- j) La separación de bienes estaba consagrada únicamente en favor de la mujer, y con motivos estrictamente relacionados con la protección de sus intereses pecuniarios.

- k) La mujer no podía disponer de sus bienes propios, ni celebrar contrato alguno sin autorización del marido o del juez en subsidio, como consecuencia de la incapacidad que la afectaba.

1.7 LEY 28 DE 1932. ANTECEDENTES

En las campañas para la presidencia de la República del Dr. Enrique Olaya Herrera, en 1930, destacó como uno de sus programas de gobierno, el mejoramiento legal de la mujer casada. Se pretendía con esto, responder a la urgente necesidad de establecer en favor de la mujer casada mecanismos que garantizaran más eficazmente la defensa de sus intereses pecuniarios frente al poder casi absoluto que el marido se atribuía en el manejo económico constante matrimonio; su ministro de Gobierno, Dr. Carlos E. Restrepo, encomendó al jurista Eduardo Rodríguez Pifferes, la elaboración de un proyecto de ley, para que se enmendaran las injusticias que el Código Civil cometía con la mujer casada. Este lo elabora, se discute y se aprueba en el Senado, en las sesiones de 1931, pero naufragó en la Cámara de Representante. En la siguiente legislatura, el entonces abogado de la Presidencia de la República, Luis Felipe Latorre, en asociación de Feliz Cortes, fueron designados por el gobierno para elaborar otro proyecto de ley. Surtido el trámite de rigor en las Cámaras, fue aprobado y se convirtió en Ley 28 de 1932, cuyo texto transcriptivo es el siguiente :

TEXTO TRANSCRIPTIVO :

Artículo 10. : Durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración de sus bienes que le pertenezcan - al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado el, como de los demás, que por cualquier causa-

hubiere adquirido o adquiriera, pero a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil deba 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.

Artículo 2o. Cada uno de los cónyuges será responsable de las deudas que personalmente contraiga, salvo las concernientes a satisfacer las ordinarias necesidades domésticas o de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, respecto de los cuales responderán solidariamente ante terceros, y proporcionalmente entre sí, conforme al Código Civil.

Artículo 3o. Son nulos absolutamente entre cónyuges las donaciones y los contratos relativos a inmuebles, salvo el de mandato general o especial.

Artículo 4o. En el caso de liquidación de que trata el artículo 1o. de esta ley, se deducirá de la masa social o de lo que cada cónyuge administre separadamente, el pasivo respectivo. Los activos líquidos restantes, se sumarán y dividirán conforme al Código Civil, previa las compensaciones y deducciones de que habla el mismo Código.

Artículo 5o. : La mujer casada, mayor de edad, como tal, puede comparecer libremente en juicio, y para la administración y disposición de sus bienes no necesita autorización marital ni licencia de juez, ni tampoco el marido será su representante legal.

Artículo 6o. : La guarda de la mujer casada no divorciada, en los casos en que aquella debe proveerse, se deferirá en primer término al marido, y en segundo término, a aquellas personas llamadas por ley a ejercerla.

Artículo 7o. : Respecto a las sociedades conyugales existentes, los conyuges tendrán capacidad para definir extra judicialmente, y sin perjuicio de terceros, la cuestión relativa a la distribución de los bienes que deban corresponder a cada uno de ellos, conforme a esta ley, y si se distribuyeren gananciales se imputarán a buena cuenta de los que hubiere de corresponderle en la liquidación definitiva. De los perjuicios que se causen a terceros, en virtud de estos arreglos, que deberían formalizarse por escritura pública, responderán solidariamente los conyuges, sin perjuicio de que puedan hacerse efectivos sobre los bienes sociales que se distribuyan.

Artículo 8o. : Las cuestiones que se susciten entre los conyuges o sus sucesores con motivo de la aplicación de ésta ley, serán desatadas mediante el procedimiento breve y sumario

de que trata el artículo 1203 del Código Judicial.

Si la cuestión se suscitare durante la liquidación de la sociedad, será el juez competente el mismo que conozca o ha de conocer la liquidación.

Las sentencias que se dicten en casos como estos, pueden ser revisables en juicio ordinario, sin perjuicio de que se ejecuten mientras no se verifique revisión por sentencia ejecutoriada.

Artículo 9o. : Quedarán derogadas las disposiciones contrarias a la presente Ley.

Artículo 10o : Esta Ley entrará a regir el 1o. de Enero de 1933

Dado en Bogotá, a los 12 de Noviembre de 1932.

Publicada en el Diario Oficial, número 22139, del 17 de Noviembre de 1933.

2. LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

2.1 DEFINICION DEL CODIGO CIVIL

El Código Civil Colombiano define las capitulaciones matrimoniales como "las convenciones que celebran los esposos antes de contraer matrimonio relativas a los bienes que aportan a el, y a las donaciones y concesiones que se quieran hacer el uno al otro, de presente o futuro".(8)

Vemos que se descarta la posibilidad de celebrar capitulaciones matrimoniales personas diferentes a los esposos, requiere de la celebración del matrimonio para que produzca todos sus efectos.

2.2 COMENTARIOS DE LA DOCTRINA

2.2.1 Edgard Alvarez Rodríguez,

Comenta éste tratadista, "la expresión capitulaciones matrimoniales se refiere a las convenciones que se celebran con el objeto de precisar -

(8) Código Civil. Artículo 1771

las reglas a que han de someterse patrimoniales que surjan entre quienes contraen matrimonio.⁽⁹⁾

2.2.2 Somarriva.

Tratadista chileno dice, "son las convenciones que tienen por objeto modificar el régimen legal patrimonial".⁽¹⁰⁾

2.2.3 Maria Hortensia Colmenares y María M. Gómez.

Las capitulaciones matrimoniales constituyen el medio a través del cual la ley permite determinar las reglas por las que habrían de regirse en todo o en parte, las relaciones pecunarias constante matrimonio y a su disolución.⁽¹¹⁾

2.2.4 Conclusión

La gran mayoría de los autores coinciden en negar el carácter contractual de las capitulaciones matrimoniales, habida cuenta de que el objeto del contrato consiste en la creación de obligaciones en tanto que si bien aquellas pueden generarlas, su verdadera naturaleza es la de una convención cuya finalidad específica es la de determinar el estatuto patrimonial de los esposos.

(9) RODRIGUEZ A., EDGAR. Op. Cit. P 19

(10) SOMARRIVA. Op. Cit. P 10

(11) COLMENARES, M.H., Y GOMEZ, M.M. Op. Cit. P 79

De todas formas, la finalidad de los que celebran capitulaciones matrimoniales es apartarse en todo o en parte del derecho común, porque al celebrárlas consagran las que han de determinar su estatuto patrimonial.

2.3 CARACTERISTICAS DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

- a) Es un acto solemne, puesto que deben constar en escritura pública - cuando el valor de los bienes aportados al matrimonio por los cónyuges exceda de mil pesos, o cuando siendo dicho valor inferior, en ella se constituyan derechos sobre bienes raíces. En los demás casos, basta un simple documento privado firmados por los esposos y por tres testigos domiciliados en la República, sino se hace así carecerían de validez.
- b) Deben celebrarse antes del matrimonio, el Artículo 1771 CC, lo pone de manifiesto, también pueden ser resueltas, adicionadas o corregidas antes del matrimonio pero para que estas adiciones o alteraciones tengan valor se requiere que se hagan en la misma forma que las capitulaciones, es decir, mediante escritura pública, y que se ponga un extracto o minuta de las alteraciones al margen del protocolo de la primera escritura, sino se hace así, las alteraciones solo obligan a las partes.
- c) Son inmutables, una vez celebrado el matrimonio, el Artículo 1778 - del CC. dice que no pueden alterarse aún con el consentimiento de todos los que intervienen. Este principio de la inmutabilidad alcanzó su apogeo durante el siglo pasado; era el más beneficioso para la mujer puesto que estaba sujeto a la autoridad del marido, y éste podía coaccionarla para modificar las capitulaciones y pactar cambios desfavorables para sus intereses. Los códigos modernos han -

omitido éste principio para permitir su celebración y modificación en cualquier tiempo. En nuestro medio la ley 1a. de 1976 ha proporcionado una solución parcial al proporcionar que mediante escritura pública los cónyuges pueden poner fin al sistema que los cubre. Si han pactado el sistema de separación de patrimonios no pueden derogarlos para cambiarlo por uno de sociedad conyugal; aquí rige la inmutabilidad.

Pero si pactan capitulaciones, pueden disolver el regimen de sociedad conyugal a que quedaron sometidos mediante escritura pública y cambiarlo por el de separación de bienes.

2.4 REQUISITOS PARA CELEBRAR CAPITULACIONES MATRIMONIALES

2.4.1 Del Consentimiento.

Para celebrar válidamente capitulaciones, el consentimiento debe estar exento de error, dolo o violencia; los vicios no son los mismos que en el matrimonio puesto que, en el matrimonio no se admite dolo como causal de nulidad, sea que provenga de los cónyuges o de terceros; mientras que en las capitulaciones, sí constituye causal de nulidad.

2.4.2 Capacidad.

La doctrina ha anunciado el siguiente principio : "habilidad nuptias, - habilis ad pactas nuplialia", según el cual quien es hábil para contraer matrimonio lo es igualmente, para celebrar pactos que acompañan a éste.

En nuestro ordenamiento éste principio tiene aplicación relativa. Veámosla :

- a) El Menor de Edad : El Código Civil, exige como mínima edad para contraer matrimonio, el varón de 14 y la mujer mayor de 12. Esto no quiere decir, que puedan contraer matrimonio libremente si superan ésta edad; si la superan y se hayan por debajo de los 18, deben obtener para tal fin la autorización de que trata el Artículo 117 del Código Civil.

En consecuencia, pueden celebrar válidamente matrimonio y capitulaciones, los mayores de 18 años; y la mujer mayor de 12 y el varón de 14, con la autorización de su representante.

- b) Mayores de Edad Incapaces : La incapacidad para celebrar matrimonio no es exactamente igual a la que se establece para celebrar contrato; así, un sordomudo que no puede darse a entender por escrito no puede contratar pero puede contraer matrimonio si puede expresar con claridad su consentimiento por signos manifiestos. Si no puede darse a entender por escrito, debe observarse lo dispuesto en el Artículo 17777 entendiéndose que es el representante legal quien debe concurrir al acto. Así mismo, el disipador interdicto necesita autorización de su curador, y de la justicia en los mismos casos que los menores. En cuanto a los dementes interdicto es absolutamente incapaz, existe una presunción de derecho, "sus actos no producen ni aún obligaciones naturales y no admiten caución",⁽¹²⁾ de consiguiente, el matrimonio que celebren nunca podrá considerarse válido-fundamentalmente, porque el tenore del Artículo 553 del Código "el decreto de interdicción excluye la posibilidad de que el interdicto pueda aún lúcido, realizar actos válidos."⁽¹³⁾ No habiendo decreto de interdicción, la presunción de falta de consentimiento es legal, siendo desvirtuable mediante la demostración de que el incapaz al casarse se hallaba en un intervalo lúcido.

(12) CODIGO CIVIL. 1504 Inc. 2

(13) SUAREZ FRANCO, ROBERTO. Derecho de Familia, del régimen de las personas. Tomo 2. Editorial Temis, 1981. P 89

2.4.3 Solemnidad

Deben celebrarse por escritura pública, esto es, ante notario con la presencia de los cónyuges o su representante.

2.5 CAUSALES DE INEFICACIA DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

2.5.1 La Caducidad.

La falta de celebración del matrimonio conduce a la caducidad de las capitulaciones, en algunos casos puede saberse con precisión si han caducado, pero en otros es dudoso. Caducan sin lugar a dudas, cuando alguno de los futuros contrayentes deshace su compromiso y se casa con otro, o también cuando muere o cae en incapacidad matrimonial. Es dudosa cuando los futuros esposos no contraen matrimonio y dejan trascurrir varios años y luego deciden casarse. Al respecto la Jurisprudencia Francesa dice que es un asunto de hecho que deberían resolver los jueces teniendo en cuenta varias circunstancias o motivos que se tuvieron en cuenta en un principio no han desaparecido, si han variado, las causas, hay caducidad.

2.5.2 Inexistencia.

Si los contrayentes las celebran una vez casados carecen de eficacia jurídica, es decir, no nacen a la vida jurídica. También nos hallamos ante un acto inexistente cuando dichas capitulaciones no constan en escritura pública.

2.5.3 Nulidad.

Hay nulidad en las capitulaciones cuando falta uno de los requisitos que

señala la ley para su validez. Hay nulidad relativa por vicios del consentimiento o falta de capacidad en los menores adultos. Y nulidad absoluta, cuando hay estipulaciones cuyo objeto es ilícito por ser contrario a las buenas costumbres y al orden público. La nulidad relativa es ratificable el acto por voluntad de las partes.

Es de anotar, que la nulidad en las capitulaciones puede tener su origen como consecuencia de la nulidad del matrimonio.

2.6 LIBERTAD PARA CELEBRAR PACTOS MATRIMONIALES

Los cónyuges tienen amplias facultades para pactar antes del matrimonio el régimen conyugal que ha de gobernar sus bienes antes del matrimonio sin perjuicio del artículo 16 del Código Civil. Esto es que el orden público y las buenas costumbres fijan importantes limitaciones a la libertad.

2.7 LIMITACIONES A LA LIBERTAD CONVENCIONAL DE LOS CONYUGES

2.7.1 En cuanto a la plena capacidad de la mujer.

El régimen establecido por el código, según el cual la administración de los bienes de la sociedad conyugal le corresponde al marido, esto por la incapacidad civil de la mujer casado, y la jefatura de la sociedad conyugal a cargo del marido. La ley 28 de 1932, varió la situación, por lo tanto, no pueden estipularse un régimen de sociedad conyugal universal, con administración exclusiva del marido, ni tampoco un régimen de sociedad de gananciales sin injerencia de la mujer. En consecuencia, no puede derogarse la regla general según la cual en el momento del matrimonio y los que adquiriera durante la sociedad a cualquier título.

2.7.2 Limitación basado en las reglas del Derecho de Familia.

Estas relaciones las rigen normas dictadas por motivos de orden público que los cónyuges no pueden desconocer. En consecuencia, los cónyuges no pueden pactar estipulaciones que afecten la cohabitación, fidelidad y ayuda mutua que se deban entre sí. O que la mujer ejerza la patria potestad sobre unos hijos y el marido sobre otros, ya que la patria potestad debe ejercerse conjuntamente por ambos cónyuges, excepto los casos indicados por la Ley.

2.8 PRINCIPALES TIPOS DE CONVENCIONES MATRIMONIALES.

El Profesor Arturo Valencia Zea, los reduce a dos principales: (14)

2.8.1 El de Comunidad o Sociedad Conyugal.

Lo esencial para que exista este régimen es la masa común de bienes que pertenezca proindiviso a los dos cónyuges y que esté destinada a distribuirse entre ellos cuando la sociedad se disuelva. Este régimen el Profesor, a la vez los subdivide :

2.8.1.1 Sociedad Universal de Bienes gerenciada por el marido :

Todos los bienes presentes y futuros se convierten en comunes en este tipo de sociedad. Sólo había un patrimonio, el patrimonio social, y cualquiera de los bienes de los cónyuges pertenecía a la sociedad. La administración de la masa común pertenecía al marido, quien era su gerente y administrador absoluto y podía disponer y administrar libremente de todos los bienes; esa administración correspondía a la antigua idea de incapacidad de la mujer casada. Este tipo de sociedad se presentaba a numerosas críticas y por ello ha desaparecido de las legislaciones modernas.

En Colombia pactar este régimen por capitulaciones, equivale a suprimir

(14) VALENCIA ZEA, A. Op. Cit. P 86

la capacidad civil de la mujer casada, que le otorga la Ley 28 de 1932. Por motivos de orden público es fácil concluir que no puede pactarse este régimen. Puede pactarse que todos los bienes de los cónyuges formen parte de la comunidad conyugal especialmente cuando en el momento del matrimonio los cónyuges carecen de bienes o los que tengan cada uno sean equivalente o más o menos del mismo valor.

2.8.1.2 Sociedad de gananciales con administración particular de cada cónyuge.

Este régimen es el que mejor satisface la organización social de la familia en la mayor parte de los países y fue implantado en Colombia por la Ley 28 de 1932; se distinguen tres clases de bienes :

- a) Los propios de la mujer, formados por el patrimonio que tenga al contraer matrimonio, por los que reciba posteriormente a título de herencia legalo o donación o por un título anterior al matrimonio; y por los bienes que se subroguen a bienes exclusivamente propios - incluyendo por igual mueble o inmueble.
- b) Los bienes propios del marido, formados de la misma manera.
- c) Los bienes gananciales formados por todos los bienes que se acumulen en el curso del matrimonio por un título distinto de los que expresamente se consideran propios de l marido o la mujer. Estos gananciales, comprenden principalmente la renta de los bienes propios

las ganancias de la industria de los esposos, los azares de la fortuna, etc. (15)

En cualquier momento en que se divida la sociedad será necesario determinar la clase de bienes poseídos por los cónyuges, a fin de distribuir en dos partes iguales únicamente los bienes que tienen, la calidad jurídica de gananciales.

Este régimen lo expondré más adelante, por ser el de derecho común que rige todos aquellos matrimonios que no se pacta capitulaciones matrimoniales o que expresamente se acogen a él, o se limitan a introducirles modificaciones de detalles.

2.8.2 Separación de Bienes.

Si los cónyuges no están de acuerdo en adoptar un régimen de sociedad conyugal, pueden excluirlo por completo o sea pactar que cada cual es propietario exclusivo de los bienes que tenga en el momento del matrimonio, lo mismo que los que adquiriera a cualquier título durante el y de los futuros de todos los bienes. En este caso, no existe una masa común que tenga por finalidad esencial su reparto al disolverse el matrimonio pues especialmente la negación de todo régimen económico matrimonial; de ahí que se le denomine régimen de separación de bienes, para indicar

(15) DERECHO DE FAMILIA. Op. Cit. P 314

que no existe sociedad conyugal. Cuando se pacta, éste régimen, el matrimonio une sólo a la persona de los cónyuges y no a sus bienes. Este sistema se practica en Inglaterra desde 1935, en Escocia desde 1920, en Islanda del Norte desde 1937, en Estados Unidos de Norteamérica, - Japón, Australia, Bulgaria y Grecia. (16)

(16) DERECHO DE FAMILIA, MONROY CABRA. Op. Cit. P 312

3. REGIMEN ECONOMICO PATRIMONIAL DE DERECHO COMUN O SOCIEDAD DE GANANCIALES.

3.1 APLICACION

Este régimen de derecho común o de sociedad de gananciales se aplica a los cónyuges que no celebran capitulaciones matrimoniales. Conviene advertir que en muchas ocasiones es conveniente que los cónyuges celebren capitulaciones aunque no pretendan separarse del régimen legal. Esto, - para hacer un inventario preciso de los bienes que tienen y señalar más tarde cuáles forman parte de la sociedad conyugal.

También se aplica el régimen de derecho común en caso de que habiéndose celebrado capitulaciones éstas no producen efecto por ineficaz. Puede - afirmarse que son muy pocos los que celebran capitulaciones para derogar el derecho común.

3.2 PATRIMONIO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

El Código Civil en su artículo 1781 prescribe la integración del haber social, el cual analizaré detenidamente.

- a) Artículo 1781 # 1 : De los salarios y emolumentos de todo género de empleo y oficio devengados durante el matrimonio.

A pesar de que la norma dice devengados durante el matrimonio, debe entenderse durante la vigencia de la sociedad conyugal. No entran sueldos ganados antes del matrimonio así se paguen después, pero si fueren devengados durante la vigencia de la sociedad y pagados después de su disolución pertenecen a la masa divisible. La ley no hace distinción acerca de la clase de trabajo, ni de la forma de remuneración, por consiguiente, son gananciales al juego y la apuesta por cuanto suponen cierto cálculo, una actividad intelectual por mínima que sea.⁽¹⁷⁾ En el mismo sentido, las mismas ganancias debido a actividades ilícitas, como el contrabando, la explotación de una casa de honocinio. De acuerdo con el artículo 1786 del Código Civil las minas denunciadas por uno de los cónyuges o por ambos, pertenecen al haber social, pues el hecho de la denuncia es una actividad intelectual que sirve de fundamento principal a la adquisición.

Con el mismo criterio, pertenecen al haber social la mitad del tesoro que uno de los cónyuges descubriera en terreno ajeno.

- b) Artículo 1781 # 2 : de todos los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucro de cualquier naturaleza que provengan, sea de los bienes,

(17) VALENCIA ZEA, A. Op. Cit. Siguiendo el concepto de Plannol y Ripeth. P 301

sea de los bienes propios, de cada uno de los cónyuges y que se devengan durante el matrimonio.

En éste numeral, se comprenden todo lo que produzca tanto los bienes comunes como los bienes propios de los cónyuges. En materia de sociedad conyugal se rompe el principio de que los frutos de una cosa perecen a su propietario.

Ciertamente si un bien es de propiedad exclusiva de un cónyuge, debiera rentar para él, pero no es así, pues sus rentas tienen el carácter de gananciales.

Es de advertir que no se tiene en cuenta la calidad de los frutos, pues toda ventaja que produzca un bien es un fruto civil o natural y entra a la masa común.

Los frutos naturales son los que da la naturaleza ayudados o no por la industria humana. Si al celebrarse el matrimonio hay frutos pendientes, pertenecen a la sociedad, tratase de bien común o propio.

Si al disolverse el matrimonio, pertenecen a la masa social, si se trata de bienes comunes, o al dueño de la especie, si se trata de bienes propios. C.C. Art. 1828.

Los frutos civiles con los precios, pensiones, cánones de arrendamiento o censo, y los intereses de capitales exigibles, o impues -

tos a fondos perdidos.⁽¹⁸⁾ Todos los frutos civiles que se causen durante la sociedad pertenecen a ésta, no le pertenecen los que se causen antes del matrimonio y pagados durante la vigencia de la sociedad conyugal.

El dinero produce réditos e intereses :

Réditos : cuando no hay derecho a exigir el capital

Intereses: cuando hay derecho a exigir el capital.⁽¹⁹⁾

En cuanto a las pensiones, entran al haber social sean contractuales alimenticias o en razón de contrato o relación de trabajo.

- c) Artículo 1781 # 3 : del dinero que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante el, adquiere, obligandose la sociedad a la restitución de igual suma.

Los bienes entran a la sociedad pero ésta queda obligada a devolver su valor al momento del aporte, la restitución comprende las mismas sumas aportadas o adquiridas sin tener en cuenta intereses, ni la desvalorización de la moneda.

Este numeral únicamente alude al dinero que poseyeron los consortes desde antes del matrimonio, así como el adquirido por ellos durante

(18) CODIGO CIVIL. Artículo 717

(19) MONROY CABRA. Op. Cit., p 327

la existencia de la sociedad conyugal, siempre que lo fuera por virtud de título lucrativo. El código sentó el principio de que esas sumas, aunque ingresaban a formar el haber social, no lo hacían de manera absoluta y definitiva, sino que debían restituirse al cónyuge a quien se habían destinado al terminar la sociedad conyugal.

- d) Artículo 1781 # 4 : De las cosas fungibles y especies muebles que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante el adquirendolo quedando obligada la sociedad a restituir su valor según el que tuvieron al tiempo del aporte o de la adquisición.

Pero podían los cónyuges eximir de la comunidad cualquier parte de sus especies muebles, designándolas en las capitulaciones o en una lista firmada por ambos y por tres testigos domiciliados en el territorio.

Se permitía que los esposos eximieran de ingresos a la sociedad ciertos bienes muebles, siempre que los detallaran en capitulaciones matrimoniales. Esta regla no podía aplicarse al dinero que se poseyera en el momento del matrimonio.

- e) Artículo 1781 # 5 : de todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiere durante el matrimonio a título oneroso.

Esta disposición se basa en una presunción : generalmente lo adquirido a título oneroso (permuta, compra-venta, aporte a una sociedad, etc.) representa inversión de emolumentos debido al trabajo, indu-

tria o renta de capital de los bienes de los cónyuges. Lo lógico es que dicha adquisición tenga la calidad de ganancial. Esta presunción admite prueba en contrario, pues podrá suceder que el bien comprado durante la sociedad se hubiera pagado con dinero que el cónyuge tuviera al momento de casarse, o que fuera el resultado de la venta de un bien que tenía antes del matrimonio o que hubiera adquirido durante la sociedad por herencia. Si bien es verdad, que el bien comprado pertenece en toda forma a la sociedad, ésta se ha enriquecido con una causa no reconocida para tal fin. Para evitar semejante enriquecimiento la sociedad debe indemnizar al cónyuge por el valor invertido en la adquisición del bien.

- f) Artículo 1781 # 6 : de los bienes raíces que la mujer aportara al matrimonio, aparecidos para que la sociedad le restituya su valor en dinero.

Se expresará así en las capitulaciones matrimoniales o en otro instrumento en lo demás como en el contrato de venta de bienes raíces.

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

Los bienes raíces adquiridos antes del matrimonio son bienes propios y para quitarles ese valor se requiere que la mujer los aporte a la sociedad por medio de un acta jurídica.

3.3 HABER ABSOLUTO Y HABER RELATIVO

El tratadista Valencia Zea, siguiendo la doctrina de Somarriva Undugara distingue dos activos : uno absoluto y otro relativo.

El activo absoluto lo componen los bienes que entran a la sociedad de una manera absoluta e irrevocable, y el relativo lo forman los bienes que entran a la sociedad, pero con cargo de restituirlos al cónyuge que los aportó. (20)

Carlos Holguín como Enrique López de la Pava, también hacen la distinción entre haber absoluto y haber relativo, entendiendo por haber absoluto aquel en que los bienes adquiridos por uno de los cónyuges tiene la calidad de sociales, es el activo real de la sociedad de que trata el artículo 1781 del Código Civil, ord. 1, 2 y 5 y haber relativo, es el que está integrado por otros bienes que también se consideran sociales pero que la sociedad conyugal debe restituir en dinero al cónyuge aportante al disolverse la sociedad conyugal. A esto se refieren los ordenales 3, 4 y 6 del artículo 1781 del Código Civil.

El Código Civil, al reglamentar el actido de la sociedad conyugal dividía los bienes que lo integran en dos clases : bienes que no están sujetos a reparto, sino que deben restituirse por la sociedad al cónyuge que

(20) VALENCIA ZEA, A. Op. Cit., P 299

los adquirió y bienes gananciales, que si están destinados a ser repartidos entre los cónyuges por partes iguales, cuando la sociedad se disuelva.

Cuando el Código hacía esta distinción tenía su razón de ser:

- a) Dentro del mismo sistema sólo existía un sólo administrador que era el marido; la mujer no podía administrar debido a su incapacidad; como consecuencia lógica de ello el marido administraba los bienes de la mujer.
- b) Respecto a los bienes de propiedad de la mujer, había que distinguir entre los muebles e inmuebles, ya que en relación con los muebles el marido tenía facultad dispositiva plena a semejanza de los que tiene cualquier representante legal, pero no así, en cuanto a los inmuebles; de ahí que el marido podía disponer de los bienes muebles de la mujer que no eran gananciales con la única obligación de restituirle a la disolución de la sociedad su equivalente en dinero.

3.4 MODIFICACION INTRODUCIDA POR LA LEY 28 DE 1932.

CONCEPTO DEL DOCTOR VALENCIA ZEA.

Considera que los numerales 3o., 4o., y 6o. del artículo 1781 del Código Civil, están derogados y no tiene razón de ser en virtud de la ley 28 de 1932; al respecto dice : la ley modificó la estructura del activo de la sociedad conyugal al suprimir de este activo los bienes que entraban a la masa social para ser administrados por el marido y que debía-restituirle a la mujer en dinero cuando la sociedad se disolviera. Es -
 tos bienes, o sea los enumerados en los párrafos 3o., 4o., y 6o., de -
 acuerdo a la ley 28, no entran a formar parte del activo de la sociedad
 pues el marido ya no es jefe de ella, ni la mujer es incapaz; tanto la-
 mujer como el marido administraban libremente sus bienes.

Sostener que el artículo 1781 del Código Civil, no fue modificado por -
 la ley 28 de 1932, es defender un contra sentido como lo comprueba la -
 siguiente hipótesis :

En el momento de contraer matrimonio la mujer tiene cien mil pesos. Si-
 no se considera modificado el numeral 3o. de dicho artículo, esa suma -
 entrará a formar parte del activo de la sociedad, con la obligación pa-
 ra ésta de restituir la misma cantidad al cónyuge aportante.

Empero según el Artículo 1o. de la ley 28 de 1932 : "cada cónyuge tiene
 la libre administración y disposición tanto de los bienes que le perte-
 nezcan al momento de contraer matrimonio, como de los demás que por -

cualquier causa hubiere adquirido o adquiriera²⁰, que es como decir que la mujer dispone libremente de los cien mil pesos que tiene en el momento de casarse, y que si se supone que dicha suma hace parte del activo de la sociedad, entonces adquirirá un crédito contra ésta por tal suma, lo cual significa que la mujer sería acreedora y deudora de ella misma.

Como la interpretación más real y equitativa de una ley es la que evita los contra sentidos, debemos concluir que el concepto de activo fijado por el Artículo 1781 del Código Civil, fue modificado por la ley 28 de 1932, está integrada sólo por los bienes que corresponden rigurosamente al concepto de gananciales y que toda ganancia o rédito está destinado a ser repartido entre los cónyuges por partes iguales cuando se disuelva la sociedad. (21)

(21) VALENCIA ZEA, A. Op. Cit. P 299

3.5 BIENES PROPIOS DE LOS CONYUGES

Son los que pertenecen en forma exclusiva a uno y otro cónyuge, las pérdidas, destrucción o deterioro que sufran estos bienes corresponden a cargo del cónyuge propietario, pero si ello se debe a dolo o culpa grave del otro cónyuge éste resarsirlo.⁽²²⁾ A la disolución de la sociedad conyugal estos bienes no entran en la partición de los sociales, sino que cada cónyuge, por sí o por sus herederos, tiene derecho a retenerlos de la masa social partible de bienes. C.C. Art. 1826.

Son bienes propios de los cónyuges :

3.5.1 Los bienes que los cónyuges tengan en el momento de casarse.

A partir de la vigencia de la ley 28 de 1932, no entran al activo de la sociedad conyugal los bienes que los cónyuges tengan antes de casarse, sean muebles o inmuebles.

3.5.2 Bienes adquiridos durante la sociedad, pero cuyo título de adquisición fue anterior al matrimonio.

Según el artículo 1792 del código civil, los bienes adquiridos durante la sociedad no pertenecen a ésta aunque se hayan adquirido a título oneroso.

(22) CODIGO CIVIL ARTICULO 1827.

roso cuando la causa o título de adquisición ha precedido a ella. El artículo 1792 nos trae seis ejemplos de causas o títulos anteriores al matrimonio, pero esto no es taxativo, existen muchas más.

3.5.3 Bienes adquiridos durante la sociedad a título gratuito.

Estos no son gananciales sino del cónyuge que los adquiriera; estos son la herencia, legados y donaciones simples.

Anteriormente, solo podía referirse a adquisiciones de inmuebles, por cuanto las adquisiciones de muebles efectuada a título oneroso o a título gratuito entraban a la sociedad conyugal, artículo 1781 # 3 y 4, pero esta dificultad desapareció con la vigencia de la ley 28 de 1932, dice que no es necesario involucrar en la sociedad bienes por concepto de administración. El artículo 1788, lo repite : "las cosas donadas o asignadas a cualquier otro título gratuito, se entenderán pertenecer exclusivamente al cónyuge donatario o asignatario, y no se entenderá así si la donación y otros actos gratuitos a favor de un cónyuge, han sido hechos por consideración a otro", por consiguiente, todos los bienes muebles, como inmuebles adquiridos por herencia, legado o donación, no entran en la sociedad, y pertenecen al patrimonio exclusivo del heredero donatario o legatario.

3.5.4 Bienes adquiridos en parte a título oneroso y en parte a título gratuito.

Los bienes adquiridos en parte a título oneroso y en parte a título gra

tuito se rigen así :

La parte del bien adquirido a título oneroso pertenece a la sociedad y la parte adquirida a título gratuito pertenece en forma exclusiva al patrimonio del cónyuge adquirente. Como ejemplo de bienes adquiridos a ambos títulos tenemos :

- a) las donaciones remuneratorias
- b) las donaciones con carga
- c) las asignaciones modales.

DONACIONES REMUNERATORIAS .

El artículo 1794 del Código Civil dice : "las donaciones remuneratorias hechas a uno de los cónyuges o a ambos, por servicios que deban acción contra la persona servida, no aumentan el haber social, pero las que se hicieren por servicios que hubieren dado acción contra dicha persona aumentan el haber social hasta concurrencia de lo que hubieran dado acción a pedir por ella y no más, salvo que dichos servicios se hayan prestado antes de la sociedad, pues en tal caso no se adjudican a la sociedad dichas donaciones en parte alguna.

Donaciones remuneratorias son las que se hacen en remuneración de un servicio, siempre que esos servicios sean de los que suelen pagarse, pertenecerá a la sociedad hasta concurrencia del valor del servicio prestado, lo demás es adquirido a título gratuito y por lo tanto es bien propio.-

Se requiere que el cónyuge tenga acción contra el donante para que sea ganancial sino tiene acción es auténtica donación ejemplo el médico que atiende al enfermo en su enfermedad y no ha sido remunerado, éste al morir le deja una casa valiosa, como el médico tenía acción contra sus herederos hay que deducirle a la casa el valor de sus honorarios profesionales que son los que le pertenecen a la sociedad, lo demás es adquirido a título gratuito y será bien propio.

DONACIONES CON CARGA.

Son las que imponen al donatario un gravamen susceptible de ser apreciado por una suma de dinero. Aquí lo oneroso es el pago del gravamen. El resto constituye adquisición gratuita y aumenta el haber propio del respectivo cónyuge.

ASIGNACIONES MODALES.

Se hacen por causa de muerte, ejemplo, cuando el testador deja la suma de diez mil pesos a un escrito para que publique una obra, en éste caso el derecho de autor que resulta de la publicación pertenece a su haber propio y al social.

3.5.5 Bienes adquiridos durante la sociedad subrogados a bienes exclusivamente propios.

Para que un bien adquirido durante la sociedad con el precio de uno an-

terior, o permuta no entra al haber social, debe operar el fenómeno de la "subrogación real", éste debe constar en la escritura pública, sino se produce éste fenómeno, el bien permutado o comprado con el precio de uno adquirido a título gratuito cambia su carácter y pasa a ser de bien propio a bien ganancial.

3.5.6 Bienes adquiridos una vez disuelta la sociedad conyugal.

Estos bienes no entran al haber social, sino que son bienes propios del cónyuge adquirente aunque subsista el vínculo matrimonial. La razón de ello consiste en que cuando se disuelva la sociedad conyugal subsistiendo el vínculo matrimonial, los cónyuges quedan sometidos al régimen de separación total de bienes, régimen al cual es ajeno el concepto de gananciales; hay que aclarar en cuanto al título de adquisición.

Si el bien es adquirido después de la disolución de la sociedad conyugal, pero el título de adquisición se obtuvo onerosamente durante ella, pertenece al haber social.

Si el bien es adquirido durante la existencia de la sociedad, pero cuyo título de adquisición se había verificado antes de ella, es bien propio del cónyuge.

3.6 DE LA VALORIZACIÓN O DESVALORIZACIÓN DE LOS BIENES PROPIOS DURANTE LA SOCIEDAD.

El valor de los bienes no gananciales, pueda variar en el lapso que dure la sociedad. Si las valorizaciones del bien propio son debidas a causas naturales, las hace suyas el cónyuge propietario y nada tiene que ver la sociedad; pero si la desvalorización son debidas a mejoras o ampliaciones de trabajo, no capital invertido, pertenecen a la sociedad.

Los bienes propios de los cónyuges se encuentran al servicio de la sociedad sólo en cuanto a las rentas que produzcan, no al mayor valor que adquieran. Esto suele deberse a la desvalorización de la moneda o a causas favorables ajenas al trabajo, como la valorización de unos terrenos debido a la construcción de una carretera por los linderos. El párrafo 2o. del artículo 1587, dice "el aumento de valor de los bienes de exclusiva propiedad de los cónyuges, que provengan de causas naturales e independientes de la industria humana, nada se deberá a la sociedad. Esto por motivos de equidad, ya que también las desvalorizaciones, pérdidas o deterioro de estos bienes, debe sufrirlas el cónyuge respectivo.

Como si la valorización se debe a la invención de dinero o a la industria, o trabajos realizados durante la sociedad, pertenece ese aumento a la sociedad. Ejemplo : si el dueño de la finca la cerca, le pone riego artificial con bombas de desecación, con cañales de agua, etc. ha valorizado la finca, la diferencia entre el valor que tenía la finca antes y el actual es de la sociedad.

En cuanto a la desvalorización, debe sufrirla su propietario, aunque la desvalorización dependa de los frutos que de ese bien hizo suyo la sociedad.

3.7 CONSERVACION DE LOS BIENES PROPIOS Y GANANCIALES.

Existen tres categorías de bienes en el sistema del Código Civil.

- a) El de los bienes del marido que está compuesta por los que no participan del concepto de gananciales y los que participan de ese concepto.
- b) El de los bienes de la mujer que se integran de la misma forma que los del marido.
- c) El de los bienes gananciales que equivale a la suma de los bienes del marido y de la mujer que participan del concepto de gananciales.

Mientras exista la sociedad no cabe hacer la distinción de los bienes - ya que siempre aparecerán confundidos; pero el día en que se disuelva - la sociedad es necesario formar los tres patrimonios, de aquí que para - evitar confusiones en este momento, los cónyuges deben evitar medidas - tendiente a la conservación de los bienes propios y de los gananciales - para evitar así, enriquecimiento de un patrimonio a expensa de otro que - se empobrece y viceversa.

3.8 MEDIDAS TENDIENTES A LA CONSERVACION DE LOS BIENES PROPIOS.

Para ésto opera la subrogación real; es la medicina, por decirlo así, - para la conservación de estos bienes. Como va contra las buenas costumbres impedirle a los cónyuges que se abstengan de negociar sus bienes propios, y no solo va contra las buenas costumbres, sino que se le está ría impidiendo su libertad de disposición, va contra el artículo 37 de la C.N., dice : "no habrá en Colombia, bienes raíces que no sean de libre enajenación, ni obligaciones irredimibles".

El legislador, fue sabio y creó la figura jurídica de la subrogación, - de la cual me ocuparé más adelante.

3.9 MEDIDAS TENDIENTES A LA CONSERVACION DE LOS BIENES GANANCIALES.

Para la conservación de estos bienes, el legislador tiene medidas tendientes a proteger la masa de gananciales e impedir que esa masa disminuya sin justa causa. Estas medidas se han concretado en tres presunciones :

3.9.1 PRIMERA PRESUNCION :

"Son gananciales los bienes adquiridos a título oneroso".

Esto se explica porque generalmente esos bienes representan una capitalización de emolumentos del trabajo o la industria de los cónyuges o la inversión de rentas de su patrimonio. Aunque existen casos de adquisición de bienes a título oneroso pero con dinero propio, entonces habrá que probar que el bien no es ganancial para desvirtuar la presunción.

3.9.2 SEGUNDA PRESUNCION :

"Son gananciales los bienes poseídos por los cónyuges en el momento de la disolución de la sociedad".

Esta presunción resuelve también la duda cuando no se sabe con exactitud si determinado bien pertenece al haber social o al patrimonio exclusivo del cónyuge que lo posee, o si en el patrimonio dejado por una persona hay bienes adquiridos onerosamente durante la sociedad o bienes adquiridos

dos a título gratuito o que se tenían antes del matrimonio. El Artículo 1792 del C.C. dice : "toda especie, crédito, derechos y acciones que existen en poder de cualquiera de los cónyuges al disolverse la sociedad, se presumirán pertenecer a ella, a menos que aparezca o se pruebe lo contrario".

Ni la declaración de uno de los cónyuges que afirme ser suya o debersele una cosa, ni la confesión de otro, ni ambas juntas, se estimaron suficientes prueba aunque se haga bajo juramento.

La confesión no obstante, se mirará como una donación revocable, que confirmada por la muerte del donante, se ejecutará en su parte de gananciales o en sus bienes propios, en lo que hubiere lugar.

Sin embargo, se mirarán como pertenecientes a la mujer sus vestidos y todos sus muebles de uso personal necesario.

Esta presunción comprende tanto los muebles como los inmuebles, créditos con derechos inmateriales, pero tiene especial importancia para los muebles créditos y valores que se encuentran en poder de cualquiera de los cónyuges en el momento de desenvolverse la sociedad; en cuanto a los inmuebles, en casos no es necesario la presunción porque el título de adquisición dirá claramente a qué patrimonio pertenece.

Para destruir esta presunción hay que acreditar que el bien no es ganancial; esa debe ser clara y precisa, y no meros indicios o simples proba

bilidades, ni confesión de los cónyuges, pues el cónyuge poseedor tendrá intereses en que el bien le pertenezca y que no sea objeto de reparto.

Si quien confiesa, es el cónyuge que no posee el bien, dice el artículo 1795 del C.C., se tendrá como donación revocable y ésta ha de ser por testamento, porque no existe en nuestro derecho confesión revocable que puedan hacerse mediante instrumento distinto del testamento.

3.9.3 TERCERA PRESUNCION :

"Los gastos los hace la sociedad".

Según el artículo 1801 del Código Civil, en general los precios, saldos, costos judiciales y expensas de toda clase, que se hicieran en la adquisición o cobro de los bienes, derechos o créditos que pertenezcan a cualquiera de los cónyuges, se presumirán erogados por la sociedad, a menos de prueba en contrario y se le deberán abonar. Por consiguiente, el cónyuge que adquiera bienes a título de herencia, debe recompensar a la sociedad por todas las deudas y cargas hereditarias o testamentarias que él cobra, y por todos costos de la adquisición, salvo en cuanto pruebe haberlos cobrado con los mismos bienes hereditarios o con lo suyo.

Esta presunción generalmente corresponde a la realidad porque los gastos se hacen tomando dinero del haber social y por lo tanto se le deben a la sociedad.

En todos los casos donde no se sepa de donde han salido las herogaciones hechas, se presume que han tenido su origen en el haber social, a menos de probarse lo contrario.

4. DEL PASIVO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

4.1 CONCEPTO

En términos generales el pasivo de la sociedad conyugal se encuentra - constituido por todas las obligaciones y cargas que recaen sobre la sociedad conyugal.⁽²³⁾

Así como distinguimos el haber absoluto y el haber relativo, para continuar con la misma metodología, expongo el concepto partiendo de la misma base de lo que es el pasivo absoluto y el relativo.

4.1.1 Pasivo Absoluto

Integrado por todas aquellas deudas que al cancelar la sociedad disminuiría su activo social o sea que la sociedad cancelaba con fondos tomados de su haber, y que por ser de su propio, no daban lugar a determinación de recompensa alguna a cargo de uno de los cónyuges.

4.1.2 Pasivo Relativo

(23) VALENCIA ZEA, A. Op. Cit., P 114

son los que satisfacen la sociedad, pero ésta debía reembolsarlas al cónyuge al disolverse la sociedad, disminuyéndose así el haber propio del cónyuge, o sea que eran deudas que la sociedad pagaba con recursos tomados de sus fondos sociales, pero no se disminuía su haber por cuanto - al disolverse la sociedad, el cónyuge que se había beneficiado con tales pagos debía pagar la recompensa que se causaba a la sociedad.

4.2 EL PASIVO SEGUN EL CODIGO CIVIL

4.2.1 Se encuentra regulado en el artículo 1796 del C.C. inc. 1o. que dice :

"De todas las pensiones e intereses que corran, sea contra la sociedad, sea contra cualquiera de los cónyuge y que se devengan durante la existencia de la sociedad".

Se comprenderán todos los réditos e intereses que durante la vida de la sociedad se causaran contra cualquiera de los cónyuges independientemente de la calidad de social o personal de la deuda que los origina. De aquí que una acreencia contraída antes del matrimonio por uno de los cónyuges no formaba parte del pasivo absoluto pero los intereses que por tal concepto se causaran durante la sociedad, sí debía cubrirlos ella, sin derecho a recompensa alguna.

Esto tenía su razón de ser en el equilibrio que debe existir entre el activo y el pasivo, ya que si la sociedad se hace dueña de los frutos producidos por los bienes propios de los cónyuges, lo lógico era que ella corriera con los gastos de las pensiones que periódicamente corrían contra ellos.

4.2.2 "De las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido o la mujer, con autorización del marido, o de la justicia en subsidio, y que no fueran personales de aquel o ésta, como lo serán las que contrajesen para el establecimiento de los-

hijos de un matrimonio anterior⁶.

La sociedad por consiguiente, es obligada con la misma limitación, al gasto de toda fianza, hipoteca o prenda constituida por el marido.

La regla era de gran amplitud, comprendía cualquier obligación contraída por el marido en su carácter de jefe de la sociedad conyugal; la mujer podía actuar con autorización del juez cuando el marido se negaba a autorizarla.

4.2.3 ⁶De todas las deudas personales de cada uno de los cónyuges quedando el deudor obligado a compensar a la sociedad lo que ésta invierta en ello⁶.

Como la sociedad está obligada a responder por las obligaciones contraídas por el marido, que no tuvieran carácter de personales, era natural que corriera con el sostenimiento de los hijos de matrimonio anterior - pero el cónyuge quedaba obligado a compensarla de acuerdo con la ley.

4.2.4 ⁶De todas las cargas y reparaciones fructuarias de los bienes sociales de cada cónyuge⁶.

Para determinar el alcance de ésta norma es necesario observar la impropiedad que recoge la ley al establecer una confusión entre los bienes - propios de los cónyuges y los sociales, cuando en realidad se refieren a aquellos que se encuentran usufructados por la sociedad conyugal.

Por otro aspecto es por demás lógico el hecho de que quien disfruta un bien debe pagar los gastos del usufructo; así lo sostiene en términos generales los artículos 854 y 855 del C.C. en tanto que toda reparación considerada como mayor, será de cuenta del nudo propietario, que aquí será el cónyuge de conformidad con el artículo 856 del C.C. Todo esto al igual que las cargas usufructuarias que se hubieren causado antes del matrimonio y que se hagan exigibles en éste, constituirán deudas propias del cónyuge que en el evento de que fueran satisfechas por la sociedad el cónyuge deberá a ésta una recompensa.

4.2.5 "Del mantenimiento de los cónyuges, del mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes y de toda otra carga de familia".

Se mirarán como cargas de familia, los alimentos que uno de los cónyuges esté por ley obligado a dar a sus descendientes, aunque no lo sea de ambos cónyuges; pero podía el juez o prefecto, moderar este gasto; si le pareciera excesivo imputado el exceso al haber del cónyuge.

Si la mujer se reserva en las capitulaciones matrimoniales el derecho de que se le entregue por una vez o periódicamente una cantidad de dinero de que pueda disponer a su arbitrio, será de cargo de la sociedad este pago, siempre que en las capitulaciones matrimoniales no se haya impuesto personalmente al marido.

Al referirse este numeral a otras cargas de la familia, incluía dentro

ellas los alimentos uno de los cónyuges esté por ley obligado a dar a sus descendientes o ascendentes, aunque no lo sean de ambos cónyuges, pero se permitía que la justicia regulara las sumas gastadas por éste concepto, cuando ellas fueran excesivas, caso en el cual la diferencia se le imputaba al haber del respectivo cónyuge.

Como la mujer mediante capitulaciones podrá pactar que el marido se obligara a suministrar periódicamente una cierta suma de dinero, tal pago corre por evento de la sociedad, es decir, no daba derecho a recompensa en favor de la mujer y a cargo del marido.

4.3 REGULACION DEL PASIVO SEGUN LA LEY 28/32.

Los doctrinarios han controvertido respecto al alcance y significado de los artículos 2 y 4 de la ley 28/32.

4.3.1 LUIS FELIPE LATORRE, autor del proyecto expone⁽²⁴⁾:

- a) Como de conformidad con el sistema de la nueva ley y especialmente con lo dispuesto en la primera parte del artículo 2o. cada cónyuge responde únicamente por las deudas que personalmente contraiga antes de repartir ganaciales debe deducciones de la masa social que cada cónyuge haya manejado de sus bienes propios según el sistema del código, el pasivo respecto, o sea el de su cargo.
- b) Antes de adjudicar ganaciales deben hacerse las compensaciones y deducciones de habla el código, lo que quiere decir, que del haber manejado debe retirarse o deducírselos bienes que de acuerdo con el código le pertenezcan exclusivamente como los inmuebles que poseerá al casarse, los adquiridos a título gratuito durante el matrimonio, etc. y si habrá dispuesto de alguno de esos bienes, debe compensarse su valor. Para eso siguen sirviendo casi todas las disposiciones del título 22 libro 4 Código Civil. La más afectada (pero que no juega en la liquidación) son las del capítulo de dicho título.

(24) ALVAREZ RODRIGUEZ, E. Op. Cit. P 100

De conformidad con éste tratadista no hay pasivo social durante la vigencia de la sociedad conyugal, siendo el cónyuge deudor el único responsable de sus deudas, y el monto de las recompensas a que el marido o la mujer tengan derecho no se deduce de la masa común, sino del asignado a los bienes cuyo titular es el cónyuge acreedor.

4.3.2 JOSE I. GOMEZ

Estima que las deducciones deben hacerse de la masa de gananciales. Dice "consideramos que el pasivo de la sociedad nueva está reducida a dos renglones de las cinco que lo forman en la comunidad del código según el artículo 1796 :

- a) Las obligaciones que contraigan los casados para satisfacer las ordinarias necesidades domésticas o de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, de acuerdo con el ord. 2 de la ley.
- b) Los gastos usufructuarios a que haya lugar en la explotación de los bienes personales y sociales. Son estas las principales causas del pasivo social en la comunidad reducida de los gananciales.

Este tratadista acepta el pasivo social, pero solo en lo relativo a recompensa debidas a los cónyuges. Al terminar la sociedad conyugal, las obligaciones de los cónyuges no entran en el pasivo social y por lo tanto el marido o la mujer deudores, siguen siendo responsable de sus

deudas cualquiera que haya sido la causa de ello. (25)

4.3.3 CARLOS HOLGUIN

Este tratadista expresa⁽²⁶⁾ : El artículo 2o. de la ley 28 por su redacción se refiere únicamente al funcionamiento de la sociedad conyugal durante el matrimonio. Durante el matrimonio, a las deudas no hay necesidad de clasificarlas en deudas propias y deudas sociales, ya que cada cónyuge responde de las deudas que adquiere exclusivamente. Pero lo que sí debemos tener es que el contenido del código en lo referente a la clasificación de las deudas sociales no ha sido modificado.

De suerte que si el paga con dinero de su patrimonio deudas sociales o se conviene en que deudas del cónyuge sean pagadas con dineros sociales será injusto que en el momento de la liquidación de la sociedad no se compensaran esas sumas de acuerdo con lo establecido en el Código en sus artículo 1797 a 1804.

4.3.4 EDGAR ALVAREZ RODRIGUEZ

Dice : "de las lecturas del artículo 2o. de la ley 28 no puede inferirse cosa distinta de que la independencia con respecto a los pasivo que el consagra entre los cónyuges, solamente es aplicable antes que por -

(25) GOMEZ, J. Op. Cit. P 86

(26) RAMIREZ CAÑON, PEDRO ALEJO. Sociedad conyugal y concubinato. Derecho Civil, legislación, jurisprudencia y doctrina 1900-1982, siguiendo a Carlos Holguin.

mandamiento del artículo 10. de la misma ley deba considerarse que desde la fecha del matrimonio, ha existido entre los cónyuges una sociedad conyugal similar a la que se regulaba en el código civil. Llegado este momento, y como quiera que dicha sociedad estaba interesada no sólo por el activo, sino también por el pasivo correlativo, debe suponerse que ella ha existido en su integridad, con el objeto de analizar no sólo los ingresos y adquisiciones realizadas por los cónyuges a partir del matrimonio (para determinar si son susceptibles o no de ingresar al acervo que debe formarse), sino también todas las deudas a cargo de los cónyuges, es decir, para saber si tienen la calidad de personales, o si por el contrario, responden al criterio con que en el código se configuraban el pasivo absoluto de la sociedad más aún, debe examinarse también toda erogación hecha durante el lapso anterior de vida matrimonial por cualquiera de los consortes, para determinar si con ello se cobrará una deuda personal de quien hizo el pago. (27)

4.3.5 VALENCIA ZEA A.

Para este tratadista existen unas deudas que son sociales y otras que no presentan esa calidad. Dice así : "dado el régimen de la sociedad conyugal existente en Colombia a partir de la vigencia de la ley 28 de 1932, en que cada cónyuge administra separadamente sus bienes, resulta que mientras aquella exista no será necesario examinar qué bienes y qué

(27) ALVAREZ RODRIGUEZ, ED. Op. Cit., p 80

deudas son sociales o no en efecto : durante la sociedad los acreedores podrán perseguir para el pago, los bienes gananciales como los deudor; - pero a la disolución de la sociedad conyugal se hará necesario calificar, del conjunto de bienes que cada cónyuge administra, cuáles son gananciales, y cuáles no. La misma operación debe hacerse en relación con las deudas.

Luego bajo el epígrafe : "De las deudas Sociales", continúa dicho autor :

En general, las mismas causas que sirven para determinar, sirven para - garantizar qué deudas de los cónyuges son gananciales y cuáles no. Todo cuanto un cónyuge quede debiendo en la adquisición de un bien para la - sociedad, o las deudas contraídas para hacer más productiva los bienes, o los gastos hechos para el sostenimiento del hogar, constituyendo pasivo de los bienes gananciales. En cambio, las deudas por cualquiera de los cónyuges en la adquisición de un bien que no tienen la calidad de gananciales (pago de impuesto y demás gastos para obtener la adjudicación libre de bienes hereditarios), engendran pasivo de los bienes exclusivamente propios o bienes no gananciales.

Después agrega : El pasivo del haber social frente a tercero (o deudas sociales de los conyuges), lo señala el código, pero con referencia al antiguo sistema en que el marido administraba soberanamente tanto los - bienes sociales como los de la mujer. Pero ese motivo el ordinal 3o. del artículo 1796 advertía que la sociedad era obligada al pago de las deu-

das personales de los cónyuges, quedando el deudor obligado a compensar a la sociedad lo que invierta en ello. Hoy en día, en virtud de la separación de activos y deudas de los cónyuges, no existe esa obligación a cargo del haber social.

Luego enumera las siguientes deudas como sociales :

a) Todas las deudas contraídas para el sostenimiento del hogar, mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes y de todas las cargas de familia.

b) Todos los gastos hechos para la adquisición de un bien ganancial, - lo mismo que los precios o saldos que se queden debiendo en virtud de esa adquisición.

c) Todas las cargas y reparación de los bienes sociales, así como los bienes no sociales de cada cónyuge.

Y agrega, que la doctrina sostiene que las reparaciones y cargas de los bienes propios, constituyen deudas sociales por la sencilla razón de que esos bienes se encuentran al servicio de la sociedad y - producen para ella; luego la sociedad debe cargar con las reparaciones ordinarias para conservarlos en buen estado de producción.

d) La sociedad está obligada al pago de las pensiones e intereses que corran ya sea contra la sociedad o contra cualquiera de los cónyuges y que se devenguen durante la sociedad.

Agrega en el epígrafe "Deudas sociales Solidarias", mientras exista la sociedad, todas las deudas de los cónyuges (tanto las sociales como las no sociales) son estrictamente personales, en forma que el actor pueda perseguir para su satisfacción únicamente los bienes del cónyuge deudor. Pero ésta regla general, tiene una importante excepción que es la prevista en el Artículo 2o. de la ley 28 de 1932, el cual dice "cada cónyuge será responsable de las deudas que personalmente contraiga, salvo las concernientes a satisfacer las necesidades domésticas o de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, respecto de los cuales responderán solidariamente ante terceros, y proporcionalmente entre sí, conforme el Código Civil.

Finalmente, VALENCIA ZEA, afirma que las siguientes deudas NO SON SOCIALES :

- a) Los gastos hechos para la adquisición de un bien de su exclusiva propiedad, así como los precios o saldos que se queden debiendo por causa de esa adquisición.
- b) Las reparaciones extraordinarias de los bienes exclusivamente propios.
- c) Las cargas familiares distintas de las del sostenimiento del hogar, educación, crianza y sostenimiento de los hijos legítimos comunes.

- d) El pago de las multas y reparaciones pecuniarias a que fuere condenado uno de los cónyuges por algún delito o ilícito civil.
- e) Y todas las deudas de los cónyuges contraídas por cualquiera de ellos antes del matrimonio, así como las contraídas durante la sociedad que no hayan tenido por finalidad el mejoramiento del haber de la sociedad o el sostenimiento del hogar.

Como puede observarse para el autor citado, en la actualidad subsiste el pasivo social al lado del pasivo personal de cada cónyuge, identificándose el primero con lo que antes era el pasivo absoluto, y el segundo con el antiguo pasivo relativo de la sociedad conyugal.(28)

(28) VALENCIA ZEA, A. Op. Cit. P 206

4.4 LA OPINION DE LA CORTE.

A continuación haremos una enumeración de la tesis adoptada por la Corte Suprema de Justicia, sobre el particular.

En sentencia del 20 de Octubre de 1937, al realizar un cuidadoso análisis jurídico del sistema imperante a partir de la expedición de la ley 28 de 1932, se consideró :

De ésta manera la sociedad tiene desde 1933 dos administradores en vez de uno, pero dos administradores con autonomía propia y cada administrador responde ante terceros de las deudas que personalmente contraiga, - de manera que los acreedores sólo tienen acción contra los bienes del - cónyuge deudor, salvo la solidaridad establecida por el artículo 2o. en su caso.

Del texto transcrito, se deduce que la Corte pasó por alto, indicar respecto a la situación allí descrita, si ésta subsiste durante la administración autónoma por parte de los cónyuges, o por el contrario se presenta solamente cuando fenece.

Posteriormente, la Corte, aclaró éste punto de la siguiente manera (29)

(29) VALENCIA ZEA, A. Op. Cit. P 210

La ley 28 de 1932 introdujo sustanciales reformas al código, entre otros puntos en cuanto al régimen imperante en materia de deudas. Hoy conforme al artículo 2o. de dicha ley pueda decirse que domina la presunción contraria a la que antes se dijo, pues las deudas que contraiga el marido o la mujer durante el matrimonio son personales, y sólo por excepción sociales o comunes, que ocurre con las concernientes a satisfacer las necesidades domésticas o de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, y la responsabilidad de esas obligaciones también gravitan de distinto modo, porque de las deudas personales no es responsable sino el cónyuge que las hubiera contraído, y se hacen efectivas exclusivamente sobre los bienes que le pertenezcan cuando contrajo el matrimonio, o sobre los que hubiera adquirido a cualquier título durante el mismo. Con respecto a las deudas comunes o sociales, ya mencionadas, los cónyuges responden solidariamente ante terceros, con todos sus bienes, presentes y futuros y proporcionalmente entre sí, conforme al Código Civil (artículo 2o. y 4o. de la ley 28 de 1932).

5. TEORIA DE LAS RECOMPENSAS

5.1 CONCEPTO

Todos los créditos, las compensaciones e indemnizaciones, cuantificables en dinero, de los cuales los cónyuges resultan deudores o acreedores de la sociedad conyugal o de ésta respecto de aquella, integran las recompensas que tienen como objetivo fundamental el mantener la inmutabilidad del patrimonio social y la equidad respecto del patrimonio del marido, de la mujer y del mismo patrimonio social.(30)

Acogiendo la definición de Alessandri, puede decirse que las recompensas son las indemnizaciones pecunarias a que los patrimonios del marido, de la mujer y de la sociedad estan obligados entre sí.(31)

Valencia Zea, dice la teoría consiste, en afirmar que cada cónyuge tiene derecho a ser indemnizado de los valores con que hubiere enriquecido la comunidad, y ésta a su vez, tiene el mismo derecho cuando ha enriquecido los patrimonios particulares de los cónyuges.(32)

(30) RAMIREZ CAÑON, PEDRO A. Op. Cit. P 126

(31) MONROY CABRA, MARCO G. Op. Cit. P 89

(32) VALENCIA ZEA, A. Op. Cit. P 200

El artículo 1828 del C.C. advierte que se acumularán imaginariamente al haber social todo lo que los cónyuges deben a la sociedad por vía de recompensa e indemnización; y el 1826 otorga derecho a los cónyuges, para sacar del haber social los precios, saldos y recompensas que se hayan invertido en acrecentar la masa de gananciales.

5.2 NATURALEZA JURIDICA DE LA RECOMPENSA

La teoría de la recompensa puede aplicarse en cualquier régimen de sociedad conyugal en que sea necesario distinguir bienes de exclusiva propiedad de los cónyuges y que por lo tanto, no tienen la calidad de gananciales, y bienes de los cónyuges, que tienen la calidad de gananciales y que están destinados a formar una masa común sujeta a reparto el día que la sociedad se disuelva. Carece de toda aplicación en el régimen de total separación de bienes.

5.3 REQUISITOS QUE DEBE REUNIR UNA RECOMPENSA

- 1o.) Que haya habido un efectivo empobrecimiento de uno de los patrimonios.
- 2o.) Que ese empobrecimiento exista en el momento en que se disuelva la sociedad.

Las recompensas no son sino indemnizaciones, y sólo se indemniza cuando se haya causado un perjuicio, esto es, un empobrecimiento. Así una donación cuantiosa de bienes que tiene el carácter de gananciales, causa un

empobrecimiento en la masa que integran esos bienes, y ese empobrecimiento producirá una disminución de los gananciales que correspondan a cada cónyuge el día en que la sociedad se disuelva.

En cuanto a la recompensa que se explica por la moción de enriquecimiento sin causa, se exige que el empobrecimiento en uno de los patrimonios; produzca un enriquecimiento en otro patrimonio, en éste caso el valor de la recompensa se determina por el valor efectivo del enriquecimiento cuando el valor del empobrecimiento es superior. Por lo tanto, si se vende una finca de exclusiva propiedad de uno de los cónyuges por diez mil pesos y con éste precio se compra otra que vale quince mil, la recompensa de la masa de gananciales al patrimonio empobrecido no puede sobrepasar la suma de diez mil pesos.

La existencia de una recompensa y su cuantía, se determina el día de la disolución de la sociedad y no en un momento anterior. Es posible que la masa de gananciales se haya enriquecido durante la sociedad, pero que posteriormente haya desaparecido ese valor, como cuando el precio de venta de un inmueble de uno de los cónyuges se compra una maquinaria que pertenece al activo social; si la maquinaria se acaba y su valor social no aparece cuando se decreta la disolución de la sociedad, ésta no está obligada a recompensar al cónyuge. Esta regla del artículo 1802 del C.C. se extiende por analogía a los demás casos.

5.4 PRINCIPALES RECOMPENSAS CAUSADAS A FAVOR DE LA SOCIEDAD Y A CARGO DE LOS CONYUGES.

Dentro del normal movimiento de los bienes de los cónyuges puede resultar el patrimonio propio, con ventajas patrimoniales que hayan debido entrar al haber social; así mismo, pueden resultar disminuídos los bienes gananciales en virtud de adquisiciones a título gratuito o por daños que se hayan causado; en consecuencia tenemos las siguientes recompensas :

- a) Cuando deba operar una subrogación real, puesto que por compra-venta o permuta el valor del nuevo bien era superior al que tenía el que se permutaba o vendía; el cónyuge que realizaba tal operación debía la respectiva recompensa a la sociedad. Ejemplo : si uno de los cónyuges vende un inmueble por trescientos mil pesos para subrogarlo por otro cuyo valor es de cuatrocientos mil pesos, se causará la recompensa respectiva en cuanto a los cien mil, siempre que no pruebe en el momento de la liquidación que se cubrieron con dineros tomados de su haber propio; hay que aclarar que si los cubrió con dineros provenientes de honorarios en razón de su profesión u oficio, habrá lugar a hacer la recompensa.
- b) Si la sociedad paga deudas personales de los cónyuges en el momento de la liquidación, estos deben recompensar a la sociedad. Debe tenerse en cuenta, que la ley presume en general que la deuda exclusivamente de los cónyuges, pagadas durante la sociedad lo han sido -

con dineros sociales, pero podrá desvirtuarse ésta presunción.

Por lo tanto, si al momento de casarse uno de los esposos debe cierta suma y posteriormente la paga con dineros ganados como retribución por el trabajo realizado después del matrimonio, quedará adeudando una recompensa a la sociedad. Puede suceder que el valor de la deuda se cancele con un bien social, en este caso el valor de la recompensa debe ser no el del crédito extinguido, sino el del bien con el cual se hizo el pago.

- c) Las nuevas cosas que se adhieran a las fincas no gananciales de los cónyuges y que estos obtienen por accesión, como la construcción hecha en el solar que el cónyuge heredó o que tenía en el momento de casarse.
 - d) El valor de toda donación o erogación gratuita de cualquier parte del haber social. A menos, que sea de poca monta, atendiendo las fuerzas del haber social o que se hagan para un objeto de eminente piedad o beneficencia y sin causar grave menoscabo a dicho haber.
- C.C.Art.1798.

Si el donatario es hijo adoptivo, se precisa hacer una declaración: La excepción que contempla el artículo 1803 del C.C. se refería al caso de un descendiente común, razón por la cual ella sólo será aplicable cuando uno y otro cónyuge haya adoptado conjuntamente a quien se beneficiará con la erogación gratuita. Si por el contrario,

uno de los cónyuges dona bienes que deban reputarse sociales en favor de un hijo adoptivo suyo, adeudará la recompensa equivalente al igual que si el donatario hubiera sido hijo habido en matrimonio anterior.

5.5. RECOMPENSAS CAUSADAS EN FAVOR DE UNO DE LOS CONYUGES Y A CARGO DE LA SOCIEDAD.

- a) La sociedad debe a los cónyuges el valor de los bienes de propiedad exclusiva de ellos, que fueran enajenados durante la sociedad y que ingresaran a su activo enriqueciéndolo sin causa legítima. El artículo 1796, hace referencia a ventar de bienes propios del marido o la mujer cuyo precio ingresa al haber social, pero la regla tiene aplicación más general, pues puede tratarse de enajenación mediante permuta, aporte a una sociedad, remate judicial, etc. Para que se produzca la recompensa se requiere que no haya habido subrogación y si se ha verificado la subrogación y queda un saldo que ingresa al activo social, la sociedad debe recompensa al cónyuge empobrecido.
- b) La sociedad debe recompensa a los cónyuges cuando con los bienes de estos se atendía a la satisfacción de deudas sociales, pues de otro modo se habría producido un enriquecimiento social a causa de los intereses de los consortes. El valor de la recompensa es el que tenía el bien en el momento de salir del patrimonio del consorte respectivo.

5.6 RECOMPENSAS CAUSADAS ENTRE LOS CONYUGES.

Casos frecuentes :

- a) Cuando con bienes de uno de los cónyuges se pagan deudas personales del otro. Por ejemplo, uno de los cónyuges debe dar la finca que es propia en pago de las obligaciones contraídas por el otro antes del matrimonio.
- b) Cuando uno de los cónyuges con dolo o culpa grave hubiere ocasionado daño a los bienes de propiedad del otro, debe resarcir tales deterioros, de acuerdo con el artículo 1827 del C.C.
- c) En virtud del artículo 2o. de la ley 28 de 1932, existen ciertas - deudas por las cuales, los cónyuges responden solidariamente ante - terceros y proporcionalmente entre sí, de acuerdo con sus facultades. Al momento de hacer la liquidación puede resultar que esto no - se haya cumplido y que el pago solamente lo hacía uno de los cónyuges y ha corrido con los gastos de educación, mantenimiento de los - hijos comunes, y ha atendido las ordinarias necesidades domésticas.

En los matrimonios que se separan de hecho, se puede observar con frecuencia ésta situación : el cónyuge que no tiene a cargo los hijos no cumple con sus obligaciones, al liquidarse la sociedad debetenerse esto muy en cuenta para que el cónyuge responsable recompense al otro. El cónyuge que reclame el pago de una recompensa debe - probar que se le adeuda.

5.7 LA SUBROGACION EN LA SOCIEDAD CONYUGAL

NOCION : Subrogación implica la transmisión, el cambio o "sustitución de una persona o cosa por otra que pasa a ocupar el mismo lugar jurídico de la anterior.

La subrogación puede ser : personal y real.

SUBROGACION PERSONAL : es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero que le paga. Artículo 1666 del C.C.

SUBROGACION REAL : esta es la que nos interesa en el régimen de bienes con ocasión del matrimonio. Alessandry, la define como la sustitución de una cosa a otra, en término que la nueva pasa a ocupar jurídicamente el lugar de la antigua. (33)

El código no reglamenta la subrogación real de la misma manera que la personal, pero si hace aplicaciones especiales de ella. El objeto de la subrogación, es conservar determinada calidad o estado jurídico, pero de ninguna manera cambiar por una calidad diferente la que existe.

(33) VALENCIA ZEA, A. Op. Cit. P 201

5.8 IMPORTANCIA Y CLASES

Mediante la subrogación en la sociedad conyugal, la ley permite que el patrimonio de cada uno de los cónyuges no se altere ni se desplace, contra la voluntad del cónyuge propietario, al patrimonio de la sociedad conyugal.

La subrogación se da en dos casos : Subrogación de inmueble a inmueble, y subrogación de inmueble a valores.

5.8.1 Subrogación de Inmueble a Inmueble

Esta subrogación se da por compra-venta o permuta.

a) Subrogación por Compra-venta:

En la compra-venta, una de las partes se obliga y da a la otra una cosa y la otra en cambio se obliga a pagar su valor en dinero. En la sociedad conyugal, para que se de la subrogación por compra-venta exige de estos requisitos:

1o.- Que se venda un inmueble propio de uno de los cónyuges y con el precio de la venta se compre un nuevo bien raíz.

2o.- Que se exprese el ánimo de subrogar, tanto en la escritura de venta como en la de compra, la subrogación no obra de plano, esto es, que se diga que el nuevo bien, reemplaza al anterior.

3o.- Que exista proporcionalidad entre el valor del inmueble vendido y el del bien comprado, si quedare un saldo, como en el caso de que se venda el inmueble por cincuenta mil pesos y el comprado valga cuarenta mil, dicho saldo es dinero propio del cónyuge, y si hiciere falta un saldo, entonces el nuevo bien será de propiedad exclusiva del cónyuge, pero éste le quedará debiendo el saldo a la sociedad, excepto que se compruebe que salió de fondos exclusivos propios del cónyuge.

Cuando el saldo exceda de la mitad del valor del inmueble no hay subrogación y el nuevo bien pertenece a la sociedad, más ésta le deberá al cónyuge los dineros que dió por el bie. C. - C. Art. 1590. Ejemplo : se vende una finca de propiedad exclusiva por cien mil pesos, con eso se compra otra, por doscientos cincuenta mil, aquí no hay subrogación aunque así se especifique en las escrituras y el nuevo bien, es ganacial pero la sociedad le debe al cónyuge el valor de finca vendida. Es decir, los cien mil pesos.

b) Subrogación por Permuta :

Las permutas, son un contrato en que las partes se obligan mutuamente a dar una especie o cuerpo cierto por otra. Si la cosa o cosas que se cambian son raíces o derechos reales, la permuta sólo se perfecciona mediante el otorgamiento e inscripción de la correspondiente escritura pública.

Para que se dé la subrogación por permuta se requiere :

- 1o.- Que el bien permutado sea inmueble propio de uno de los cónyuges.
- 2o.- Que en la escritura de permuta se haga constar expresamente el ánimo de subrogar.
- 3o.- Que el bien por el cual se permuta sea también inmueble.
- 4o.- Que exista proporcionalidad en los valores de los bienes permutados.

Las mismas reglas que se aplican en la compra-venta, se aplican en la permuta.

5.8.2 Subrogación de Inmueble a Valores

El término valores, entendido en su sentido natural y obvio conforme a la regla del Artículo 28 del C.C. comprende tanto el dinero y los títulos valores como todo cuanto implique medio de pago.

Son requisitos para que opere esta subrogación:

- a) Que durante la sociedad conyugal uno de los cónyuges compre un inmueble con valores propios.

- b) Que éste sea el destino asignado en las capitulaciones matrimoniales o en una donación por causa de matrimonio o en una asignación testamentaria.
- c) Que en la escritura de compra se deje constancia de que el precio se paga o se ha de pagar con los valores dichos.
- d) Que haya también proporcionalidad entre los valores referidos y el precio de la compra.

Para concluir es necesario, hacer mención de las SUBROGACIONES SUCESIVAS que se presentan cuando en un inmueble que era propio, por haber sido subrogado a otro de igual calidad o a valores destinados a ello en capitulaciones o en donación por causa de matrimonio, se enajenaban con la intención de adquirir un tercer bien que le sustituyera. Estas operaciones que podían repetirse indefinidamente son lícitas y no ofrecen ninguna particularidad diferente de las relacionadas con las recompensas, las cuales deben acumularse o sustituirse sucesivamente a fin de obtener un saldo neto de ella, saldo comparable con la mitad del valor del inmueble últimamente adquirido, para determinar si es viable o no la subrogación; esto no lo dice el código porque la solución contraria habría inducido al desconocimiento de la intención del legislador, en el sentido de establecer tope a las deudas que se generarán al realizar operaciones de conservación propia de cada cónyuge.

CONCLUSION : El bien que se adquiría a título oneroso durante la so -

ciedad conyugal en virtud de la subrogación, no entra a ser ganancial, -
pues la subrogación deja sin efecto la regla del numeral 5o. Artículo -
1781 del C.C., sino existiera el fenómeno de la subrogación se produci-
rán frecuentes enriquecimientos ilegítimos en la sociedad conyugal y aún
existiendo la figura, si no se efectúa, se produce un enriquecimiento -
ilegítimo, en éste caso, en el día en que se disuelva la sociedad, le -
corresponde al cónyuge empobrecido una acción contra el patrimonio del -
enriquecido dirigida a obtener una indemnización. Estas acciones encami-
nadas a devolver al cónyuge empobrecido, el valor del enriquecimiento, -
se da en la teoría de las recompensas expuesta anteriormente.

6. ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

6.1 ADMINISTRACION EN EL CODIGO CIVIL COLOMBIANO

El Código Civil Colombiano, en sus artículos 1805 al 1819, contempla dos clases de administración : ordinaria y extraordinaria.

6.1.1 Administración Ordinaria

Esta correspondía, al marido como jefe de la sociedad, por virtud de la cual, tenía derecho a manejar además de los bienes propios los de su mujer, cuya administración tomaba por el hecho del matrimonio. Sin embargo, el código establecía algunas limitaciones § (34)

- a) Según el Artículo 1819 del C.C. no se podía enajenar, ni hipotecar los bienes de la mujer que el marido podía estar obligado a restituir en especie, sino con voluntad de la mujer y previo decreto del juez con conocimiento de causa. Las cosas que justificaban la enajenación o hipoteca eran dos :

(34) CODIGO CIVIL. Artículo 1810 SS.

1o. La facultad concedida para ello en las capitulaciones matrimoniales, y

2o. La necesidad o utilidad manifiesta de la mujer, la infracción de este artículo generaba según la Corte nulidad relativa. Si la mujer estaba en imposibilidad de prestar el consentimiento lo otorgaba el juez.

- b) Según el artículo 1811 del C.C. para enajenar otros bienes de la mujer, que el marido podía estar obligado a estituir en especie, bastaba el consentimiento de la mujer, que podía ser suplido por el juez, cuando ella estuviera imposibilitada de manifestar su voluntad. Esta disposición era aplicada a los bienes muebles a cuya restitución podía estar, por haberles eximido de ingresar a la sociedad conyugal mediante capitulaciones matrimoniales al tenor del artículo 1781 # 4.

El artículo 1812, disponía: "si la mujer o sus herederos probaren haberse enajenado, hipotecado o empeñado alguna parte de los bienes de aquella sin los requisitos prescritos podrá ejercer el derecho de rehin vindicación o pedir la restitución de la prenda o cancelación de hipoteca, en los casos en que por regla general se concedan estas acciones. Podrán así mismo, el derecho a ser indemnizado sobre los bienes del marido en los casos en que no puedan o no quieran ejercer dichas acciones contra terceros. Los terceros edictos tienen acción de saneamiento contra el marido, y si la indemnización se hi

ciere con bienes sociales, deberá el marido reintegrarlos⁸.

- c) No podía el marido dar en arrendamiento los predios rústicos de la mujer por más de 8 años, ni los urbanos por más de 5, a menos 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 objeto.
- d) El inciso 2o. del artículo 1379, decía que el marido no tenía necesidad de la autorización del juez para provocar la partición de los bienes en que tuviera parte su mujer; le bastaba el consentimiento de su mujer, y si ésta fuere mayor de edad y no estuviere imposibilitada de prestarlo y de la justicia en subsidio.
- e) El inciso 2o. del artículo 1383 del C.C., perceptuaba que para el nombramiento del partidor hecha por el marido en la sucesión en que tuviera interés su mujer debía existir el consentimiento de ésta, o de la justicia en subsidio. Este inciso fue igualmente derogado por el decreto 2820 de 1974.
- f) Los incisos 2o y 3o. del artículo 1293, disponía que el marido no podía repudiar una asignación deferida a su mujer sino con el consentimiento de ésta; si fuere capaz de prestarlo o con autorización de la justicia en subsidio. Agregaba que repudiando de otra manera la repudiación sería nula, y la mujer tendría derecho para ser indemnizada de todo perjuicio, por el marido, quedando a salvo el de-

recho que hubiere contra terceros.

6.1.2 Administración Extraordinaria.

Esta se presentaba cuando el marido incurría en algunos de los motivos determinantes de incapacidad, según las reglas generales, era preciso nombrarle un curador, quien ejercía entonces la administración extraordinaria de la sociedad conyugal. La persona llamada en primer término a desempeñar la curadería era su cónyuge.

Si la incapacidad del marido provenía de la prodigalidad, el artículo 539 C.C. prohibía expresamente, que la mujer fuese nombrada su curadora por lo cual, debía nombrarse un tercero. Una vez cesara la incapacidad que había dado lugar a la administración extraordinaria recobraba el marido, la incapacidad previo decreto judicial.

6.2 MODIFICACION INTRODUCIDA POR LA LEY 28 de 1932.

Este sistema del Código Civil, fue derogado por la ley 28 de 1932; se fundaba en estas dos bases : a) la incapacidad civil de la mujer casada, y b) la jefatura única de la sociedad conyugal por parte del marido. La ley 28 de 1932, eliminó estas dos bases, al otorgarle plena capacidad civil a la mujer casada mayor de 21 años, hoy de 18, y al suprimir la jefatura única de la sociedad conyugal por parte del marido.

Por virtud del artículo 10. de ésta ley, la mujer adquirió la administración y disposición de sus bienes. Resultaba obvio, que para hacer eficaz el ejercicio de sus derechos, se acabara definitivamente con el régimen que la hacía incapaz, por el solo hecho del matrimonio.

Con precisión y claridad, el artículo 50. de la ley 28 dijo : "La mujer casada mayor de edad, como tal, puede comparecer libremente en juicio, y para la administración y disposición de sus bienes no necesita autorización marital ni licencia del juez, ni tampoco el marido será su representante legal". Este artículo destruyó de plano todo vestigio de incapacidad relativa a que estaba sometida la mujer casada, por lo tanto a partir del 10. de Enero de 1933, el marido dejó de ser representante legal de su mujer, la cual desde ésta fecha ha podido actuar por sí misma en el mundo del derecho, sin tener necesidad de autorización de ninguna especie. Quedan derogados los artículos 181, 182, 183, y 185 a 189 del C.C.. Hoy en día las mujeres son tan capaces para ejercer judicial y extrajudicialmente sus derechos como los son los hombres, y no cabe ha-

cer distinción entre mujeres solteras, casadas o viudas, y se concedió plena capacidad, tanto en las mujeres que contrajeran matrimonio con posterioridad al 1.º de enero de 1933, como las mujeres casadas anteriormente.

La jefatura de la sociedad conyugal por parte del marido, fue derogada por el artículo 1.º de la citada ley, que a la letra dice : "durante el matrimonio, cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraer matrimonio o que hubiese aportada a el, como los demás que por cualquier causa hubiere adquirido adquiriera". Esto significa que cada uno de los cónyuges, conserva después del matrimonio las facultades de administración y disposición que tenía antes del matrimonio sobre los bienes de su pertenencia y puede administrar y disponer de los que adquiere con posterioridad al matrimonio.

Según la Corte, ningún cónyuge tiene ingerencia en la administración del otro, la sociedad tiene dualidad de administradores.

6.3 LIBRE ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL A PARTIR DEL 1o. DE ENERO DE 1933.

El artículo 1o. de la ley 28 de 1932, abolió el sistema de administración ordinaria y extraordinaria establecido por el Código Civil. Hoy existe administración separada de cada uno de los cónyuges; la sociedad conyugal tiene dos administradores con facultades legales e independientes, el marido administra sus bienes propios y los sociales que él adquiera, y lo mismo ocurre con la mujer y cada cónyuge tiene la libre disposición de los bienes de administra.

6.4 LIMITACION DE LA LIBRE ADMINISTRACION DE LOS CONYUGES ENTRE SI

No obstante la independencia de gestión que caracteriza la administración de los bienes de los cónyuges a partir del 1o. de Enero de 1933, el legislador atendió motivos para prohibir ciertos contratos entre cónyuges. Esto para evitar fraudes que puedan hacerse a terceros mediante traspado simulado, que el cónyuge deudor haga de sus bienes al otro cónyuge y por otra, se intenta evitar que un marido inescrupuloso obtenga a menos precio los bienes de su mujer o la compren en operaciones aventureras. El artículo 3o. de dicha ley dice : "son nulos absolutamente entre cónyuges las donaciones irrevocables y los contratos relativos a inmuebles, salvo el de mandato general y especial.

6.5 DONACIONES ENTRE CONYUGES

Tienen por objeto estimular o fomentar el matrimonio (C.C.Art.1842) sujetas a las reglas generales de las donaciones bajo la expresa condición de celebrarse o haberse celebrado el matrimonio.

NOTE : Conjunto de bienes que se donan los cónyuges con ocasión del matrimonio y los que le sean donados por terceros. C.C.ART.1842.

Hay que destacar que siempre ésta donación se hace es en consideración al matrimonio. Se distinguen dos criterios de donación :

6.5.1 Donación Irrevocable :

Esta es por causa de muerte. De acuerdo con el artículo 1194 del C.C. - "aquella que el donante puede revocar a su arbitrio" por lo cual, únicamente se confirman y dan la propiedad del objeto donado por el mero hecho de morir el donante sin haberlas revocado, y sin que haya sobrevenido en el donatario alguna causa de incapacidad o indignidad, suficiente para impedirle suceder al donantes. Es condición indispensable para la eficacia de la donación revocable, que el donatario sobreviva al donante según lo estatuye el artículo 1202 del C.C. cuya única excepción es la prevista en el artículo 1842 del C.C., referente a cuando dichas donaciones se hacen por causa de matrimonio.

6.5.2 Donaciones irrevocables :

Artículo 1443 del C.C. : "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 la acepta", se trata de un contrato unilateral, por virtud del cual se transfiere en forma gratuita un bien o conjunto de ellos, al patrimonio del donatario.

6.6 DONACIONES PROVENIENTES DE TERCEROS

Estas donaciones se pueden hacer antes o después del matrimonio si se hacen antes pueden hacerse constar en las respectivas capitulaciones matrimoniales, aunque esto no es necesario pero en todo caso deben hacerse consideración al matrimonio.

6.7 DONACIONES PROVENIENTES DE LOS CONYUGES

Estas donaciones sólo pueden hacerse antes del matrimonio y no después de él. La ley establece dos limitaciones a saber :

- a) En cuanto al tiempo (Art.1196 del C.C. y ley 28 de 1932 Art.3o.) :
Debe hacerse antes del matrimonio, esto para proteger los intereses de los terceros, la ley prohíbe las donaciones irrevocables entre cónyuge, de aquí que las únicas donaciones que puedan hacerse los cónyuges entre sí son las revocables, ésto por causa de muerte por lo cual debe constar en testamento y solo tienen efecto después del

fallecimiento del donante.

- b) Respecto a la cuantía de los bienes : un cónyuge podrá hacer donación al otro hasta por el valor de la cuarta parte de los bienes que tuviere en el momento de contraerlo. La finalidad principal de esta limitación, es proteger a los terceros.

6.8 DONACIONES PROVENIENTES DE LOS PADRES

Lo más frecuente es que las donaciones por causa de matrimonio provengan de los padres, y esto por el deseo de los padres de ayudar al establecimiento de sus hijos que contraen matrimonio y por anticiparles una parte de los bienes que le han de corresponder en la respectiva sucesión.

Como consecuencia de esto a la muerte del padre o madre, deben restársele de lo que le habría de corresponder, en el reparto de la sucesión (se tiene en cuenta el valor del bien en el momento en que se hizo la donación).

6.9 MODALIDAD DE LAS DONACIONES POR CAUSA DE MATRIMONIO

Estas donaciones pueden ser de presente o de futuro y estar sujetas a condición o plazo; siempre y cuando se hagan con ocasión del matrimonio.

- a) Son de Presente : cuando el donante promete y ejecuta la donación -

antes del matrimonio y en el momento de celebrarse.

- b) Serán de Futuro : cuando consisten promesa que un cónyuge hace al otro antes del matrimonio, pero cuyo cumplimiento se realiza en fecha posterior a su celebración en virtud de lo prescrito por el artículo 1843 del C.C. También pueden existir donaciones de futuro de parte de terceros para con los cónyuges, estas donaciones se regirán por las mismas reglas que las donaciones de presente y deberán constar por escritura pública o por confesión de terceros.
- c) Sujetas a Plazo o Condición : en virtud de lo prescrito en el artículo 1845 del C.C., pero las condiciones ilícitas se tendrán como no-escritas es decir, que la donación valdrá pura y simplemente.

6.10 RENOVACION DE LAS DONACIONES EN CASO DE NULIDAD DEL MATRIMONIO

Si se declara judicialmente la nulidad del matrimonio, para que se proceda a la renovación de las donaciones se requiere :

1o.- Que la donación conste en las capitulaciones o en escritura pública

2o.- Que en las capitulaciones o en escritura pública se haya expresado las causas de las donaciones.

6.11 REVOCACION TENIENDO EN CUENTA LA MALA O BUENA FE DE LOS CONTRAYENTES

Hay que tener en cuenta :

a) No pueden revocarse las donaciones hechas por un cónyuge al otro si éste contrajo matrimonio de buena fe; el cónyuge de buena fe así se declare nulo el matrimonio, tiene derecho a retener definitivamente las donaciones.

b) La acción revocatoria precede siempre contra el cónyuge que contrajo matrimonio de mala fe.

c) Si la donación procede de un tercero, éste podrá revocarla y la acción de revocatoria, podrá instaurarse inclusive contra el cónyuge de buena fe.

- d) Los cónyuges que contrajeron matrimonio de mala fe carecen de acción revocatoria.

6.12 CONTRATO DE MANDATO :

Este contrato está ampliamente permitido entre cónyuges, ya sea que se trate de mandato general o mandato especial. Como el mandato es esencialmente revocable, no existe el peligro de que mediante mandatos generales y amplios se trate de incapacitar a las mujeres casadas para que el marido pueda convertirse en jefe de la sociedad conyugal, porque en cualquier momento la mujer puede exigirle rendición de cuentas y revocarle el mandato.

Así pues, la mujer puede facultar a su marido bien sea mediante capitulaciones matrimoniales o escritura pública posterior a la celebración del matrimonio, para que le administre sus bienes y el marido sólo tiene las facultades de un mandatario.

6.13 CONTRATOS RELATIVOS A INMUEBLES

El artículo 1852 del C.C. prohibió toda clase de ventas entre cónyuges. En cambio, el artículo 3o. de la ley 28 de 1932, la limitó sólo a los inmuebles y los contratos relativos a inmuebles, salvo el mandato general y especial. Por la amplitud de éste artículo, ha originado una serie de problemas como lo que el legislador pretende tutelar es el interés de terceros, se presentan contratos entre cónyuges que no lesionan

intereses de terceros y sancionarlos con nulidad absoluta sería un despropósito que no trae beneficio alguno para nadie.

Edgar Alvarez Rodríguez, ⁽³⁵⁾ nos trae el siguiente ejemplo: lo absurdo que sería declarar la nulidad absoluta de un contrato de comodato, en virtud del cual, el marido hubiera concedido a su mujer la tenencia de un local de su propiedad, con el fin de que ella atiende allí determinado negocio. Teniendo en cuenta el ejemplo anterior, puede pensarse que se trata de un comodato precario por haberse reservado el marido la facultad de reclamar su local en cualquier tiempo.

¿Lesionaría un contrato así, los intereses de los acreedores del marido?

¿Se vería estorbado por ese contrato, el derecho de tales acreedores a perseguir el inmueble dado a su mujer en comodato precario por el marido deudor?

Las respuestas a estos interrogantes, son necesariamente negativas, por lo cual carecería de una causa justa y lógica la aplicación del artículo 3 de la ley 28 al caso propuesto.

(35) ALVAREZ RODRIGUEZ, E. Op. Cit. p 72

6.14 CONTRATO DE SOCIEDAD CON APOORTE DE INMUEBLES

La doctrina en cuanto a si los cónyuges pueden celebrar contrato de sociedad con aporte de inmueble, debatió largamente el asunto. Algunos dijeron, que como se trataba de bienes raíces se hallaba comprendido en la prohibición del numeral 3 de dicha ley. Otros opinaban que como el aporte se hacía a la sociedad, el contrato no se celebraba entre los cónyuges.

El problema quedó resuelto con la expedición del código de comercio, en artículo 102, que dice : "entre padres e hijos o entre cónyuges, sería válido la sociedad aunque unos y otros sean los asociados. Los cónyuges conjunta o separadamente, podrán aportar toda clase de bienes a la sociedad que formen entre sí o con otra persona"

Esta disposición se aplica a las sociedades civiles de responsabilidad limitada y por acciones (anónimas y encomanditas por acciones). En cuanto a las colectivas y encomanditas simples, necesariamente ha de concluirse que también pueda formarse entre cónyuges con aportes inmuebles, sin que adolezca de nulidad absoluta.

6.15 SITUACION DE LOS MUEBLES

Analizando el precepto del artículo 3 de la ley 28 de 1932, para concluir que son válidos los contratos celebrados entre cónyuges relativos a bienes muebles, a excepción de la compra venta, por cuanto el artículo 1852 del C.C. expresa : "es nulo el contrato entre cónyuge no divorciado, y entre el padre y el hijo de familia".

En opinión de algunos autores éste texto queda modificado en cuanto a - el se refiere tanto a bienes muebles como inmuebles. Pues la ley 28 de 1932, alude únicamente a estos últimos.

Otros tratadistas, consideran que por tratarse de una disposición de carácter especial para la compra-venta no fue alterada por la regla del artículo 3 de dicha ley.

El artículo 906 del Código de Comercio, se lee : "no podrán comprar directamente, ni aún en pública subasta las siguientes personas :

1o.- Los cónyuges no divorciados, ni el padre y el hijo de familia entre si.

Este precepto no hace distinción entre bienes muebles e inmuebles. De suerte que si las compra-venta comerciales relativas a muebles son absolutamente nulas cuando se celebran entre esposos, pues contravienen normas imperativas, no se ve razón alguna para sostener que el mismo con -

trato, cuando se rige por la legislación civil, no presenta igual vicio. Lo contrario entraría una distinción inadmisible, pues debe recordarse, que la finalidad de la prohibición que se convierte es la de proteger a terceros cuyos intereses dependerán en muchos casos de la calidad de civil o comercial de la compra-venta realizada por el deudor o su cónyuge, sobre todo, si se tiene en cuenta que los bienes muebles representan la mayor parte del patrimonio de un gran número de personas.

Por consiguiente, la norma del artículo 1852 del C.C. se encuentra vigente en toda su extensión.

Lo dicho para la compra-venta se entiende aplicable a la permuta. Artículo 1957 del C.C.

7. DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Las causales previstas por el legislador colombiano para la disolución de sociedad, las analizaré a continuación, teniendo en cuenta que la sociedad conyugal se disuelve en todos los casos en que se disuelve el matrimonio, pero que existen casos en que no se disuelve el vínculo matrimonial más sí la sociedad.

7.1 POR DISOLUCION DEL MATRIMONIO

El matrimonio civil según el artículo 152 modificado por el artículo 10. de la ley 1 de 1976, se disuelve por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges, o por divorcio judicial declarado.

El matrimonio canónico, se disuelve por la sentencia que declara la nulidad. El matrimonio sacramental, no consumado, se disuelve en virtud de la profesión religiosa solemne, o por dispensa de matrimonio rato. Igualmente, la declaración de nulidad de matrimonio católico, por existencia de un impedimento dirimente no dispensado o no dispensado por vicios del consentimiento o por defecto de forma.

Disuelto el matrimonio por muerte de uno de los cónyuge, se extingue de

derecho la sociedad conyugal, que es consecuencia de aquel. La sociedad conyugal, no puede seguir existiendo entre el cónyuge superstite y los herederos del difunto, en éste caso debe procederse a liquidar la sociedad conyugal y a adjudicar la herencia del cónyuge muerte, lo cual se hace en el mismo juicio de sucesión.

7.2 POR MOTIVOS QUE NO IMPLICAN DISOLUCION DEL MATRIMONIO

7.2.1 Por la separación judicial del cuerpo

Salvo que fundándose en el mutuo consentimiento de los cónyuges y siendo temporal, ellos manifiesten su voluntad de mantenerle vigente.

Los motivos por los cuales se puede solicitar la separación de cuerpo son los mismos que autorizan el divorcio, junto con el mutuo consentimiento de los cónyuges, según lo estatuye la nueva redacción del artículo 165 del C.C. y 15 de la ley 1a. de 1976.

La separación de cuerpos podrá ser temporal y transitoria teniendo en cuenta, que cuando sólo sea transitoria su duración no puede exceder de un año. Aquí la ley autoriza a los cónyuges para decidir si mantienen vigente o no su estatuto patrimonial mientras dura la separación temporal.

En caso de que la separación sea permanente no existe la opción para los cónyuges de decidir si proceden o no a la liquidación de la masa que

integraría el haber social si hubiere habido sociedad conyugal entre ellos, pues la ley dispone que siempre deben hacerlo.

7.3 POR SENTENCIA DE SEPARACION DE BIENES

La acción judicial de separación de bienes es de grande aplicación en Colombia. Es necesario tener en cuenta que la mayoría de los casos se instaura cuando ya la vida en común se ha destruido o se encuentra próxima a destruirse, son excepcionales casos en que los cónyuges a pesar de la acción continúan haciendo vida en común. Cualquiera de los cónyuges puede demandar la separación de bienes.

CAUSAS :

- a) Las mismas de la separación de cuerpos
- b) 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.

Cualquiera de las partes puede pedir el embargo y secuestro de los bienes objeto de ganancia. Una vez disuelta la sociedad conyugal y liquidación de su activo, los cónyuges siguen viviendo bajo un régimen de total separación de bienes dentro del cual ningún bien tiene la calidad de ganancial.

Por mutuo acuerdo de los cónyuges capaces elevados a escritura pública-

en cuyo cuerpo se incorpora el inventario de bienes y deudas sociales y su liquidación.

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

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

Lo dispuesto en éste numeral es aplicable a la liquidación de la sociedad conyugal disuelta por divorcio o separación de cuerpos judicialmente declarada.

El acto de liquidación realizado de consumo por los cónyuges, se somete a las reglas generales de validez de los actos jurídicos, por lo cual es anulable en los mismos casos y por los mismos motivos que ellos.

7.4 POR LA DECLARACION DE NULIDAD DEL MATRIMONIO

Hay que aclarar que la bigamia de uno de los cónyuges excluye la formación de sociedad conyugal, esto se presenta cuando una persona casada católicamente en Colombia, volvía a hacerlo por lo civil, en el exterior o aquí mismo. Desde luego, que éste segundo matrimonio es nulo por existencia de vínculo anterior no disuelto, pero es necesario declarar dicha nulidad en procedo declarativo ordinaria. Sin embargo, como éste segundo matrimonio es válido hasta cuando se produzca la sentencia que lo declare nulo, generaba sociedad conyugal y se presentaba el problema de la "coexistencia de sociedad conyugal;" pero la ley 1a. de 1976, perceptuó que en el segundo matrimonio no había sociedad conyugal y con esto se resolvió el problema.

Entonces si una persona casada se vuelve a casar, a más de que es bigamo y su segundo matrimonio "nulo", no se produce sociedad conyugal en el vínculo matrimonial segundo, como una sanción que la ley estableció para el bigamo.

Pero es bueno aclarar que si un cónyuge ignoraba el vínculo anterior del otro o sea actuó de buena fe debe ser indemnizado conforme al artículo 148 del C.C. Como no se forma sociedad conyugal y si ambos cónyuges trabajaron armónicamente en la formación de un capital social, éste les pertenece por partes iguales, pues se trata de una sociedad de hecho o una sociedad putativa.

7.5 POR MUTUO ACUERDO DE LOS CONYUGES CAPACES ELEVADO A ESCRITURA PUBLICA, EN CUYO CUERPO SE INCORPORA EL INVENTARIO DE BIENES Y DEUDAS SOCIALES Y SU LIQUIDACION.

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

Para ser oponible a terceros la escritura en mención deberá registrarse conforme a la ley; lo dispuesto en éste numeral es aplicable a la liquidación de la sociedad conyugal disuelta por divorcio o separación de cuerpos judicialmente declarada.

El acto de liquidación realizado de consumo por los cónyuges, se somete a las reglas generales de validez de los actos jurídicos, por lo cual es anulable en los mismos casos y por los mismos motivos que los actos jurídicos.

7.6 ACEPTACIÓN Y RENUNCIA DE GANACIALES

Según el sistema del código, sólo la mujer podía renunciar a los gananciales provenientes de la administración del marido, a partir, de la ley 28 un grupo de autores opinaba que la renuncia de gananciales había quedado extendida al varón. Considero que ésta es la opinión más aceptada.

Así como en las herencias, los herederos tienen la facultad de aceptar o repudiar la herencia, así también en materia de sociedad conyugal se otorga a los cónyuges o sus herederos la facultad de aceptar o repudiar la masa de gananciales que les haya de corresponder y también, pueden aceptar con beneficio de inventario.

La renuncia puede hacerla un cónyuge o los dos. Sin embargo, no debe conocerse que la renuncia de gananciales hecha después de disuelta la sociedad puede causar perjuicios a los acreedores del cónyuge renunciante; pero estos tienen derecho a instaurar la acción pauliana.

La renuncia de gananciales una vez hecha adquiere carácter irrevocable.

Pero como todo acto jurídico es rescindible por error, fuerza o dolo; si se probará que el renunciante o los renunciadores fueron inducidos a renunciar por engaño o por injustificable error acerca del estado de los negocios. (36)

(36) DERECHO DE FAMILIA. Op. Cit. P-320

Esta acción rescisoria prescriben 4 años contados desde la fecha de disolución de la sociedad.

En cuanto a la estación con beneficio de inventario, consiste en que el cónyuge que acepta a los gananciales que resultan de la administración del otro, no se le hace responsable de las deudas si no hasta concurrencia del valor de los bienes recibidos. Es posible, que el pasivo sea superior al activo y que a un cónyuge le corresponda bienes por diez mil pesos y deuda por doce mil, se evita esta anomalía mediante el beneficio de inventario.

7.7 MEDIDAS CAUTELARES QUE PUEDEN TOMARSE ANTES DE LA DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL O UNA VEZ DECRETADA.

Estas medidas las indica el artículo 601 del Código de Procedimiento Civil. Ante todo, podrá pedirse el embargo y secuestro de los bienes que pueden ser objeto de ganancial y que estuvieren en cabeza del otro cónyuge. Si se trata de inmuebles, el secuestro se practica una vez inscrito el embargo y allegado el certificado de propiedad.

8. LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Disuelta la sociedad conyugal se procede a su liquidación. Artículos 1 y 8 de la ley 28 de 1932.

8.1 CONCEPTO

Es el conjunto de operaciones que tiene por objeto señalar la masa de - gananciales, deducir los pasivos y la recompensa y dividir el activo li- quido restante.

Disuelta la sociedad, todo el que tenga interes en ella, o se presume - que puedan tenerlo, podrá pedir que los muebles y papeles de la sociedad se guarden bajo llave y sello, hasta que se proceda al inventario solem- ne de los bienes y efectos del haber social. No se guardarán bajo llave y sello los muebles domésticos de uso cotidiano, pero se formará lista- de ello, la guarda y a posición de sellos deberá hacerse por ministerio de juez , con las formalidades legales.

8.2 ETAPAS DE LA LIQUIDACION

La liquidación comprende tres operaciones :

- a) Confección de un inventario y tasación de bienes,
- b) Formación de la masa social partible, y
- c) División del activo líquido.

8.3 DEL INVENTARIO

Antes de la liquidación debe hacerse un inventario y avalúo de todos los bienes sociales. Una vez disuelta la sociedad conyugal, la ley no establece plazo para su liquidación.

Según el artículo 1316 del C.C. : "en la confección del inventario se observará lo previsto para los autores y curadores en los artículos 472 y siguientes del Código Civil, lo que en el código de enjuiciamiento se prescribe para los inventarios solmenes", por lo tanto el inventario debe contener una relación de los bienes raíces inmuebles de la sociedad, así como de propiedad exclusiva de los cónyuges particularizando uno a uno o señalando colectivamente los que consistan en número, peso o medida, con expresión de la cantidad y valor, sin perjuicio de hacer las explicaciones necesarias para poner a cubierto la responsabilidad de las personas que intervienen en él.

8.4 PERSONAS QUE INTERVIENEN EN LA PRACTICA DEL INVENTARIO

Tendrán derecho a pedir, asistir y practicar el inventario, el cónyuge sobreviviente (en caso en que la sociedad se haya disuelto por muerte - del otro cónyuge) los herederos del cónyuge muerto, el albacea, si lo - hay, los legatarios los socios del comercio y todo acreedor hereditario que presente título de su crédito y además toda persona que justifique un interes serio y legítimo. Todas estas personas pueden ser representante legal.

8.5 SOLEMNIDAD

Este inventario debe ser solmene es decirse hacerse antes el juez, si no se hubiere hecho ante el juez no tendrá valor el juicio si no contra el cónyuge, los herederos o los acreedores que nos hubieran debidamente aprobado y firmado.

También se puede presentar ante el notario cuando se hace la disolución y liquidación de la sociedad conyugal de común acuerdo.

8.6 EXACTITUD Y BUENA FE EN LA PRACTICA DEL INVENTARIO

El inventario consta de un activo y un pasivo y debe contener el avaluo dado por los peritos designado en la forma prevista en el código de procedimiento civil, artículo 1824, del código civil dice : aquel de los - cónyuges, o sus herederos que dolosamente pudieren ocultado o distraído

alguna cosa de la sociedad, perderá su porción en la misma cosa será obligada a restituirla doblada².

La doctrina ha dicho que la restitución doblada se refiere a todo el bien porque es lo ocultado o distraído en éste, y no la porción únicamente; la restitución doblada implica que debe restituirse la cosa y su valor en dinero. Esto acrece a los gananciales del consorte inocente y no al acervo partible. Lógico que debe probarse plenamente que la distracción u ocultación ha sido dolosa.

8.7 PARTICION Y ADJUDICACION

Después del inventario procedemos a la partición. Esta es de común acuerdo, en caso de que no haya acuerdo hay que nombrar un partidor; se le da traslado a los cónyuges, para que puedan objetar; si hay objeción el juez decide sobre esto, si no es objetada el juez confiere sentencia aprobatoria de la partición. Supongamos que los cónyuges durante el matrimonio adquirieron a título oneroso los siguientes bienes :

1o. Una casa situada en la calle 20 # 10-38 de

B/quilla., avaluada en la suma de.....\$ 3.000

2o. Otro inmueble, un apartamento de propiedad

horizontal, edificio El Conquistador, en -

Cartagena, avaluado en la suma de.....\$ 2.000.000

TOTAL HABER SOCIAL.....\$ 5.000.000

No hay pasivo social, por lo tanto la liquidación de la sociedad conyugal, es así :

HABER SOCIAL.....	\$ 5.000.000
GANACIALES DEL CONYUGE.....	\$ 2.500.000
GANANCIALES DE LA CONYUGE.....	\$ 2.500.000
SUMAS IGUALES.....	\$ 5.000.000

8.8 DISTRIBUCION DE HIJUELAS

Para la distribución del haber social, entre los cónyuges, se forman dos hijuelas, una en favor del cónyuge y otra en favor de la cónyuge, por lo tanto, se da un proceso de separación de bienes entre los cónyuges y el reparto queda así :

HIJUELA DEL CONYUGE LUIS DONADO PER.....\$ 2.500.000,00

Para pagarle los gananciales que le corresponden a éste cónyuge de la sociedad conyugal DONADO-CORREA, le adjudico los siguientes bienes:

1o.- Derecho o dominio sobre la totalidad del siguiente bien raíz: un piso 4o. cuyas medidas y linderos son : norte callr en medio; sur apartamento # 400 de la señora María Pertuz; este apartamento # 405 de propiedad de Pedro Perez; y oeste, apartamento # 406 de propiedad de José Díaz. Este bien fue adquirido por el cónyuge LUIS DONADO, por escritura pública 345 del 5 de julio de 1975, de la notaría la. de Cartagena matrícula inmobiliaria #00315. Hago ésta adjudicación por la suma de.....\$ 2.000.000,00

2o.- Con 500 acciones de los \$3.000.000 por valor de 1 peso cada uno y para efecto de esta partición se considera dividido el siguiente bien : Una casa situada en B/quilla., en la Carrera 63 # 68-27 - del barrio El Prado, cuyas medidas en dinero son..... Título de este bien, fue adquirido por la cónyuge Alicia Correa - de Donado, por escritura pública # 435 del 3 de enero de 1982, notaría 1a. de Barranquilla, matrícula inmobiliaria 040 301, hago - ésta adjudicación por la suma de\$ 500.000,00

SUMAS IGUALES.....\$ 500.000,00

\$ 2.500.000,00 \$2.500.000,00

Hijuela de la cónyuge ALICIA CORREA DE DONADO

Por.....\$2.500.000,00

Para pagarle a los gananciales la liquidación de la cónyuge DONADO-CORREA se le adjudica el derecho de dominio sobre los siguientes bienes : con 2.500.000,00 de acciones de las 3.000.000,00 acciones, por valor de un peso cada una, en que para efectos de esta participación se considera dividido el siguiente bien raíz : una casa-quinta, ubicada en la carrera 53 No. 68-27, en el Barrio El Prado de B/quilla., que mide y linda así.....

Título : Este bien fue adquirido por la cónyuge ALICIA CORREA DE DONADO, a título oneroso, por la escritura pública # 435 de fecha 13 de enero de 1982, Notaría 1a. del acto Barranquilla, Matrícula inmobiliaria - 040301. Hago esta adjudicación por la suma de\$ 2.500.000,00

SUMAS IGUALES : 2.500.000,00-

En ésta forma concluimos nuestro trabajo de sociedad conyugal DONADO-CORREA, y pedimos su aprobación de plano Barranquilla, Fecha.

Sr. Juez.

Firman ambos cónyuges.

8.9 LIQUIDACION DE SOCIEDADES CONYUGALES EXISTENTE DEL PRIMERO DE ENERO DE 1933

En cuanto a las comunidades existentes el 1.º de Enero de 1933, el artículo 7 de la ley 18 de 1932, permitió su liquidación provisional. Respecto de las sociedades conyugales existentes, los cónyuges tendrán capacidad para definir extrajudicialmente y sin perjuicio de 3, las cuestiones relativas de la distribución de los bienes que deben corresponder a cada una de ellas conforme a ésta ley, y si se distribuyen gananciales, se imputarán a buena cuenta de lo que habrá de corresponderle en la liquidación definitiva.

De los perjuicios, que se causen a terceros en virtud de estos arreglos, que deberán formalizarse con escritura pública, responderán solidariamente los cónyuges sin perjuicios de que puedan hacerse efectivos sobre los bienes sociales que se distribuyan. Se trata únicamente de un corte de cuenta, una liquidación previa y de carácter transitorio y en ningún

caso de una liquidación única y definitiva.

Para la liquidación provisional se procederá así:

Se determinaban el total de bienes administrados por el marido, se sacaban cuáles tenían la calidad de sociales y cuáles eran propios y exclusivos de la mujer.

Los propios y exclusivos de la mujer, se les entregaban para que ella los administrara.

Los sociales se parten en dos mitades, una para la mujer y así se le formaba su patrimonio que libremente puede administrar.

Esta liquidación provisional no supone ruptura de la sociedad conyugal y por lo tanto los gananciales que el marido entregó a la mujer y los que él conservó se imputarán a los que cada uno haya de corresponderle en una liquidación definitiva, que se efectuará el día en que la sociedad se disuelva.

La liquidación provisional puede ser judicial y extrajudicial. Algunos maridos se negaron a entregarle a su mujer los bienes propios y no permitían una liquidación de los bienes sociales, esto dio lugar a que la mujer acudiera a la justicia. Al respecto dijo la corte : La mujer tiene el derecho de compelar al marido a entregarle los bienes correspondientes; si se aceptara la tesis de que la mujer carece en caso de desa

cuerto con el marido o de renuncia de este, de acción para acudir a la justicia en solicitud de amparo, surgirá la irritante e intolerable situación de un derecho sin situación jurídica, sometido a la voluntad - caprichosa de quien debe satisfacerlo.

La nueva ley, trajo ventaja para las mujeres perjudicadas, por ello se apresuraron a pedir la liquidación provisional que ordene el artículo - 6 de la ley 28 de 1932, los bienes posteriores que adquirieran se si - guen rigiendo por el nuevo sistema.

9. CONCLUSIONES

Ante la realidad del matrimonio y el ambiente de buenos augurios que rodea el acontecimiento, el legislador no podrá desconocer otra realidad menos agradable como es la desavenencia conyugal, que desemboca muchas veces en divorcios simples, separaciones y además el hecho mismo e involuntario de la muerte.

De ahí que existe el régimen convencional o capitulaciones matrimoniales antenupcial y el régimen legal, cuando estas no se celebran. Pero no es menos cierto, que son muchas las disposiciones que deben ser modificadas como es el de absoluta libertad, en que se encuentran los cónyuges para disponer de los bienes cuando aparecen en cabeza de uno sólo de ellos y que no existe una medida positiva para frenar esta situación que muchas veces va a parar en separaciones.

Hay que aclarar que la sociedad conyugal por decirlo así, tiene una estructura sui generis, y que no basta una simple lectura del Código Civil ya que son muchas las disposiciones que se plantean por ejemplo, sobre el activo de la sociedad conyugal y sobre la naturaleza misma de la institución.

BIBLIOGRAFIA

- ALVAREZ RODRIGUEZ, Edgard. De bienes en el matrimonio. Bogotá, Editorial Temis, 1978.
- COLMENARES FACCINI, María H. y GÓMEZ ORTEGA, María M. Régimen Patrimonial de la sociedad conyugal en Colombia. Bogotá, 1981.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Tomo III.
- GÓMEZ, José J. Régimen de bienes en el matrimonio. Editorial Temis, - Bogotá, 3a. Ed., 1961.
- MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho de Familia. Editorial Temis, Bogotá, 1979.
- OSPINA GARCIA, Iganacio. Código de Familia Concordada. 1a. Ed., 1979.
- ORTEGA TORRES, Jorge. Código Civil y Procedimiento Civil.
- RAMIREZ CAÑÓN, Pedro Alejo. Sociedad conyugal y concubinato derecho Civil. T.I. VII. Legislación jurisprudencia doctrina, 1900-1982.
- RODRIGUEZ FONNESRA, Jaime. De la sociedad conyugal o régimen de los bienes determinados por el Matrimonio. Tomo I y II . Colección grandes juristas colombianos. Ediciones Lener.
- SUAREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. Tomo II, Editorial Temis, - Bogotá, 1981.
- SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Derecho de Familia. Santiago de Chile, - 1963.
- VALENCIA ZEA, ARTURO. Derecho de Familia. Editorial Temis, 4a. Ed. 1978.