DR-F0214

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
HEMEROTECA
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
HEMEROTECA
BARRANQUILLA

NATURALEZA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL
Y SU INCIDENCIA JURIDICA

DORIS PATRICIA MANOTAS

JULIO OJEDA MARTINEZ

Trabajo de Investigación presentado
como requisito parcial para
optar al título de

Abogado.

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1992

Barranquilla, Diciembre de 1.992

Doctor
CARLOS DANIEL LLANOS S.
Decano Facultad de Derecho
Universidad Simón Bolívar
Ciudad.

Apreciado Doctor:

Por medio de la presente me permito dar concepto favorable al Trabajo de Investigación presentado por los egresados: DORIS PATRICIA MANOTAS y JULIO OJEDA MARTINEZ titulado : NATURALEZA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL Y SU INCIDENCIA JURIDICA. por considerar que reúne los requisitos exigidos por los reglmentos de la Universidad para esta clase de Investigación.

Agradeciendo el haberme nombrado para dirigir este trabajo me suscribo de usted. Cordialmente,

BLAS GONZALEZ
Director.

Nota de Aceptación

_____

_____

_____

_____

Presidente Jurado

_____

Jurado

_____

Jurado

Barranquilla, Diciembre 1992

PERSONAL DIRECTIVO

RECTOR	:	Dr.JOSE CONSUEGRA BOLIVAR
DECANO	:	Dr.CARLOS LLANOS SANCHEZ
SECRETARIO	:	Dr.RAFAEL BOLAÑOS M.

DEDICATORIA

Dedico la culminación de esta carrera a todas las personas que de una u otra forma colaboraron conmigo para que la hiciera realidad , de manera especial a mis padres.

Doris.

DEDICATORIA

Con todo cariño dedico la culminación de mis estudios a mis queridos padres quienes fueron para mí las bases para triunfar.

Julio.

TABLA DE CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCION	11
1. NOCIONES PRELIMINARES	13
1.1 CONCEPTO DEL REGIMEN RATRIMONIAL EN LA SOCIEDAD CONYUGAL	13
1.2 SISTEMAS QUE REGULAN EL TRATAMIENTO JURIDICO DE LOS BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL	17
1.2.1 Regímenes Convencionales o Contractuales	20
1.2.2 Regímenes Legales	22
1.2.2.1 Sistemas de Sociedad Conyugal o Comunidad de Bienes	23
1.2.2.2 Sistemas de Separación de Bienes	29
1.2.2.3 Sistemas Mixtos	36
1.3 SISTEMA ACOGIDO POR EL DERECHO COLOMBIANO	38
2. CAPITULACIONES PATRIMONIALES	41
2.2 CONCEPTO	42
2.3 OPORTUNIDAD Y FORMALIDADES PARA OTORGARLAS	43
2.4 INMUTABILIDAD DE LAS CAPITULACIONES	44
2.5 CAPACIDAD DE LAS PARTES	46
2.5.1 La Edad	47
2.5.2 El Incapaz por Causa distinta de la edad	48

pág.

2.5.2.1 El Demente 48

2.5.2.2 El Sordomudo 49

2.5.2.3 El Disipador 50

2.6 CONTENIDO DE LAS CAPITULACIONES 56

2.7 INEXISTENCIA Y NULIDAD DE LAS CAPITULACIONES 57

3. DE LA SOCIEDAD CONYUGAL 62

3.1 CONCEPTO 62

3.2 NATURALEZA JURIDICA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL 63

3.2.1 La Sociedad Conyugal Constituye una Comunidad de Bienes 65

3.2.2 La Comunidad Conyugal es una verdadera sociedad 66

3.3 LA SOCIEDAD CONYUGAL Y SUS EFECTOS 66

3.3.1 Sistema General del Código Civil Colombiano 67

3.3.2 Ley 28 de 1932. Antecedentes 69

3.3.2.1 Ley 28 de 1932 71

3.3.2.2 Comentarios en torno a la Capacidad Civil de la Mujer Casada y a la Subsistencia de la Sociedad Conyugal 74

3.3.2.3 Concepto de Algunos Tratadistas 75

3.4 CONCLUSION 85

4. ESTADO ECONOMICO MATRIMONIAL EN LA LEGISLACION COLOMBIANA 86

4.1 DEL ACTIVO EN EL REGIMEN DEL CODIGO CIVIL 87

4.1.1 Del Haber de la Sociedad Conyugal 88

4.1.1.1 Activo o Haber Absoluto 90

4.1.1.2 Activo o Haber Relativo 94

pág.

4.1.2 Razón de la Distinción entre el Haber Absoluto y Relativo 100

4.1.3 Aspectos que merecen especial consideración 102

4,1,4 Del Haber Propio de los cónyuges 110

4.1.4.1 Aclaración previa 110

4.1.5 Integración del Haber Propio 111

4.1.5.1 Bienes inmuebles que cualquiera de los cónyuges tuviera a la celebración del matrimonio 111

4.1.5.2 Los Bienes Inmuebles adquiridos durante la vigencia de la Sociedad Conyugal, a título diferente del oneroso 112

4.1.5.3 Los Bienes muebles expresamente exceptuados de la Comunidad 113

4.1.5.4 Los Aumentos de los Bienes Propios de los Cónyuges 113

4.1.5.5 Los Vestidos y Muebles de uso personal necesario 114

4.1.5.6 Los inmuebles provenientes de subrogación 115

4.1.6 Situaciónede los Bienes propios de los Cónyuges a partir de la Ley 28 de 1932 119

4.2 DEL PASIVO EN EL SISTEMA DEL CODIGO CIVIL 120

4.2.1 Del Pasivo Absoluto 122

4.2.2 Del Pasivo Relativo 128

4.3 REGULACION DE LAS DEUDAS A PARTIR DE LA LEY 28 DE 1932 130

4.3.1 La Torre Considera 130

4.3.2 Opinión de José J. Gómez 131

4.3.3 Opinión de Valencia Zea 132

4.3.4 Opinión de la Corte 134

pág.

4.4 ADMINISTRACION DE LOS BIENES EN EL MATRIMONIO 135

4.4.1 Legislación comparada sobre la Administración de los Bienes dentro del Matrimonio 135

4.4.2 Sistema Adoptado por la Ley 28 de 1932 139

4.4.3 Sistema Adoptado por el Código Civil Colombiano 140

4.5 DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL 146

4.5.1 Disolución del Matrimonio 148

4.5.1.1 Fallecimiento de uno de los cónyuges 149

4.5.1.2 Declaración de Muerte 149

4.5.1.3 Declaración de Nulidad del Matrimonio 151

4.5.1.4 Sentencia de Divorcio 152

4.5.2 Divorcio Impropio o Separación Judicial de Cuerpos 154

4.5.3 Sentencia de Separación de Bienes 156

4.5.4 Mutuo Acuerdo de los cónyuges 158

4.6 LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL 159

4.6.1 Sistema del Código Civil 160

4.6.1.1 Inventario y Tasación de Bienes 160

4.6.1.2 Reconstrucción del Patrimonio de los Cónyuges 162

4.6.1 3 Distribución de los Gananciales 163

4.6.1.4 Reclamación del Pasivo 164

4.6.1.5 Beneficios en favor de la mujer 165

4.6.2 En el Sistema de la Ley 28 de 1932 167

4.6.3 Las Recompensas 170

pág.

4.6.3.1 Recompensas debidas por los Cónyuges a la Sociedad 171

4.6.3.2 Recompensas debidas por la Sociedad 172

4.6.3.3 Recompensas que se deben los Cónyuges entre sí 174

5. CONCLUSIONES 176

BIBLIOGRAFIA 182

1. NOCIONES PRELIMINARES

1.1 CONCEPTO DEL REGIMEN PATRIMONIAL EN LA SOCIEDAD CONYUGAL

Como una respuesta a la necesidad del ser humano de vivir en continuo contacto con sus semejantes, y por ende, como la forma de asociación por excelencia, aparece el matrimonio, cualquiera que sea la posición que se adopte en punto de precisar la naturaleza jurídica del vínculo matrimonial, es innegable que el tomar los contrayentes el status de casados determina la producción de una serie de efectos que no solamente son reconocidos, sino que ampliamente regulados en el ámbito del Derecho y que, como tales, no son modificables por autonomía de la voluntad privada.

Exclusión hecha de las relaciones paterno-filiales y parentales en sentido amplio, la celebración del matrimonio genera efectos o consecuencias jurídicas tanto en cuanto a las personas de los cónyuges, como en cuanto a sus bienes. En el primer caso, nos encontramos con un conjunto de derechos y deberes, cuyos sujetos activo y pasivo son los propios esposos y que en nuestra legislación positiva se traducen en

la cohabitación, la fidelidad, el socorro y la ayuda mutua; es lo que la doctrina ha denominado Estatuto Personal de los Esposos.

De otra parte, la comunidad de vida supone ineludíblemente, la afectación de los intereses pecuniarios de los cónyuges, con la consiguiente necesidad de un ordenamiento que permi ta regular las relaciones que en el campo patrimonial de ella se deriven.

Para destacar la importancia de lo que constituye el objeto de este trabajo, basta citar a Ripert y Boulanger cuando di cen que se podría concebir que el matrimonio no entrañara ninguna modificación en el régimen de los bienes pertenecien tes a los esposos y que se mantuviese una separación comple ta de intereses pecuniarios. Pero esto supondría una visión puramente teórica de las cosas. Basta la historia para pro barlo. En todas partes y en todas las épocas se han conoci do reglas elementales relativas a la condición de los cónyu ges.

La vida común engendra necesariamente una cierta confusión de intereses: los bienes resultan mezclados.

Se adquieren nuevos elementos patrimoniales y se realizan gastos en intereses del hogar. Aun en el caso de que los es

posos hayan decidido establecer entre ellos una separación de bienes, habrá que resolver cuestiones de prueba o de contribución a las cargas del matrimonio.

Entre las definiciones de naturaleza descriptiva, vale la pena destacar la de José J. Gómez[1] que lo entiende como el conjunto de normas a las cuales debe someterse la pareja en materia de adquisición, administración, goce y disposición de sus bienes.

Se observa, sin embargo, que el autor no incluye algunos de los aspectos inherentes al régimen mismo y que como bien lo anota Edgar Alvarez Rodríguez,[2] en relación con las normas que presiden la celebración de capitulaciones matrimoniales, la liquidación y reparto final de bienes y la responsabilidad que se deduce a los consortes por ciertas obligaciones.

Por otra parte, afirmar que los esposos han de someterse al sistema no es exacto, si se tiene en cuenta que algunas legislaciones permiten la elección entre las diferentes alternativas predispuestas por ellas, con el objeto de lograr una

---

1 GOMEZ, José J. Régimen de Bienes en el Matrimonio. 3ed. Bogotá: Temis, 1961. p. 1.

2 ALVAREZ RODRIGUEZ, Edgar. Régimen de Bienes en el matrimonio. Bogotá: Temis, 1978. p. 3 num. 4.

mejor adecuación del estatuto a las especiales circunstancias de cada caso en particular.

La definición de Bonnecas es del siguiente tenor:

> Institución jurídica, complemento ineludible del matrimonio, susceptible de revertir diversas formas, ya sea que éstas hayan sido organizadas por la misma ley, o bien, que se deriven de la voluntad de las partes, dentro de los límites establecidos por la ley, y cuyas normas tienen por objetivo, fijar la condición jurídica de los bienes de los esposos, tanto en sus relaciones entre sí como respecto a terceros, y ésto, en principio, de una manera inmutable, ya sea durante el matrimonio o en la época de disolución.[3]

En esta definición, el autor destaca ciertas connotaciones del estatuto en referencia a su carácter de institución jurídica, es decir, un conjunto de normas que tienen una directriz, finalidad propia y permanente, una jerarquía convenientemente organizada y que producen unos efectos que son igualmente estalbes en el tiempo y en el espacio.

En segundo término, el ser inevitable consecuencia del matrimonio, lo cual da óbice a la distinción entre los sistemas legales y convencionales de que más adelante baremos mención, de manera que en frente del silencio de los esposos la ley suple la ausencia de estipulación imponiendo un

---

[3] BONNECAS, Julián. Elementos del Derecho Civil, regímenes matrimoniales y Derecho de la sucesiones. tomo 3. Puebla: José María Cajicá, 1946. p. 125

tipo determinado. Cabe observar que la imperatividad del régimen no se presenta tan sólo en este evento, bien puede el ordenamiento impositivo, establecerse por el sistema, sin contar para nada con el arbitrio privado.

Igualmente se relieva la heterogeneidad de sus formas, ya que no es uno el sistema regulador de las relaciones económico-matrimoniales ni estáticas , son las reglas que conforman el instituto. Pueden imaginarse un sinnumero de variantes según sea el principio que se adopte como inspirador de todo el conglomerado de normas, de ahí que la dificultad para quien pretenda clasificarlos ha llevado a algún autor a decir que cualquier intento al respecto está condenado al fracaso.

Omitiendo más especulaciones que podrían distraernos del tema central de este trabajo, en torno al concepto del estatuto patrimonial del matrimonio, podemos afirmar que no es otra cosa que la respuesta del derecho ante una serie de intereses y problemas pecuniarios a los que han dado nacimiento el matrimonio y que es preciso regular.

1.2 SISTEMAS QUE REGULAN EL TRATAMIENTO JURIDICO DE LOS BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

En materia de régimen de bienes en el matrimonio, se conocen en el mundo dos sistemas y todos los ordenamientos positivos

se avienen en una u otra forma a ellos: Regímenes Convencionales o Contractuales y Regímenes legales.

La doctrina es coincidente en afirmar que los primeros derivan su eficacia de la voluntad de los esposos, manifestada con anterioridad a la celebración del matrimonio a través de un convenio ante-nupcial o capitulación matrimonial, mientras que los segundos tienen operancia por virtud misma de la ley. Sin embargo, no sobra advertir que ambos sistemas tienen su origen o fuente mediata en las formas legales, toda vez que si el ordenamiento jurídico positivo no ha contemplado la posibilidad de que el varón y la mujer determinen, bien sea estructurando o escogiendo, el tratamiento que en punto de bienes regula las relaciones durante la vigencia del vínculo matrimonial y a su disolución vale decir si no ha reconocido a la voluntad de los esposos, fuerza suficiente para producir efectos en cuanto al régimen aplicable en el aspecto patrimonial, no puede darse la forma convencional o contractual fuente a la Legislación de que se trate.

Cabe distinguir cuatro posiciones que pueden ser asumidas por el legislador:

- La de fijación, en la cual no existe más alternativa para los esposos que la de sujetarse al sistema que de manera rígida y uniforme en cuanto a su aplicación, ha predispuesto la

ley y, por ende, el contenido de las capitulaciones matrimoniales, mínimo en este caso si las hay, no será diferente de las estipulaciones necesarias para designar los bienes que se aportan sin posibilidad alguna de manifestación que implique alterar el régimen.

- La de modificación, en que siendo el sistema uno solo, se les permite atenuar el rigorismo legal mediante la introducción de ciertos cambios que lo adecúen a las condiciones concretas de la vida, en cuanto dichos cambios han sido previstos como formas que en ningún momento desvirtúan el patrón de la ley.

- La de Codificación o elección, faculta al varón y a la mujer, no sólamente para modificar el estatuto de Derecho común, sino que les permite optar entre los varios plasmados en las normas positivas y escoger el que mejor responda a sus intereses pecuniarios constante matrimonio.

- Por último, a veces no se acude a la creación de tipos legales, por el contrario, otorgando a los esposos la máxima libertad posible pueden estos estructurar de un modo absoluto el sistema por el cual ha de regirse su actividad en lo tocante a los bienes.

A este respecto, el tratadista Valencia Zea expone una opi

nión completamente antagónica que dice:

> A diferencia de las normas reguladoras de los aspectos personales propios del matrimonio, los que atañen a los bienes, son de orden privado, por la simple razón de que los contrayentes pueden, a través de Capitulaciones Matrimoniales, determinar modificaciones al marco institucional preestablecido.[4]

1.2.1 Regímenes Convencionales o Contractuales. El convenio que los futuros esposos realicen sobre los bienes, con ocasión del matrimonio, constituye la manifestación de voluntad de éstos, de regular sus relaciones pecuniarias en el curso del matrimonio y en el evento de la disolución,"es decir que mediante este acto se fijan su estatuto patrimonial o régimen económico matrimonial".[5]

El acto en cuestión es esencialmente complejo en el sentido de que admite variedad de cláusulas, dejando a los futuros esposos la mayor autonomía en la constitución de las mismas cuyo fundamento es favorecer el matrimonio, dando facilidades en las convenciones de carácter pecuniario.

Este principio admite variantes en el sentido de establecer se diferentes tipos de regímenes, a saber:

---

[4] VALENCIA ZEA,Arturo. Derecho Civil, Derecho de Familia. Bogotá: Temis, 1962. p. 105.

[5] Ibid. p. 132

> Al prevalecer la autonomía de la voluntad de las partes en forma absoluta, los cónyuges pactan su régimen ya sea adoptando uno de los sistemas pre establecidos o realizando las combinaciones que mejor le convenga, evitando todo inconveniente tururo en la regulación de sus relaciones patri moniales, asímismo, la situación jurídica de los bienes puede estar prevista en la ley, en donde se les permite escoger a los futuros esposos, en tre las diferentes opciones prefijadas por el Le gislador, o consagrarse una libertad absoluta pa ra que pacten a su antojo.[6]

Sea cual fuere la tendencia del Legislador con respecto a las Capitulaciones o Convenciones Matrimoniales, la autonomía de las partes sufre limitaciones o restricciones en cuanto no puede contravenir a las leyes de orden público, o las buenas costumbres.

En todo caso, las convenciones que celebren los futuros esposos para el tratamiento jurídico de los bienes, en el matrimonio, están sujetas a la celebración del mismo y producida ésta sus efectos, se surtirán hacia el futuro.

Este sistema le da a las partes una gran libertad para regulas en los terminos que estimen las relaciones patrimoniales en el matrimonio, pactándose la composición activa y pasiva de los bienes, la liquidación o lo tocante a los poderes de cada cónyuge.

---

6 Ibid. p. 147

La Convención sobre los bienes con ocasión del matrimonio, al igual que toda Convención para ser válida, debe reunir las condiciones siguientes:

- Consentimiento exento de vicios de las partes.

- Capacidad para celebrarla.

- Objeto cierto, lícito y posible. Asimismo se exigen como requisitos de forma, el otorgamiento ante Notario, la publicación y el Registro.

1.2.2 Regímenes legales. Puede afirmarse la existencia de un régimen de este tipo cuando el Legislador predetermina las reglas que han de regir las consecuencias económicas de la celebración de un matrimonio, bien sea por vía impositiva, caso en el cual no pueden los contrayentes sustraerse a su observancia o bien estableciendo una forma supletoria o subsidiaria que en defecto de manifestación expresa, rija sus relaciones pecuniarias, conformando de esta manera el régimen del derecho común, denominado así por ser "el más acorde con las costumbres y necesidades del territorio".[7]

Dentro de la concepción legalista del estatuto económico del

---

[7] Ibid. p. 168

matrimonio, las legislaciones acogen sistemas de sociedad conyugal, en la terminología hispana o de comunidad europea de separación de bienes y modernamente las llamadas mixtas, con los que se pretende eliminar los inconvenientes de los ya tradicionales a la vez que gozar de sus indudables ventajas.

1.2.2.1 Sistemas de Sociedad Conyugal o Comunidad de Bienes. Con la aparición del cristianismo comienzan a filtrarse en el antiguo sistema dotal Romano, algunas ideas comunitarias, aún incipientes, que propenden por la igualdad de los esposos en el aspecto económico. Con el correr del tiempo, dichas ideas van arraigándose en forma tal que la caída del Imperio de Occidente, se registran ya los primeros Atisbos de naturaleza sociedad reflejados en la confusión de los patrimonios del marido y de la mujer, con la promesa para ésta de la mitad de los bienes presentes y futuros de su esposo.

Simultáneamente los pueblos Germanos van aproximadamente tambien a estos patrones.

En el siglo XIII la comunidad surge entre los cónyuges como una verdadera Sociedad de bienes e intereses, de la cual el marido ostenta la calidad del jefe. El activo o haber común está conformado por los bienes muebles aportados o adquiridos

post-matrimonio cualquiera que sea el título; por los inmuebles que obtengan en forma onerosa después del casamiento y por los frutos de toda clase de bienes. El Pasivo Social comprende las obligaciones de los esposos nacidos antes de contraer nupcias y las adquiridas luego por el marido o la mujer con autorización de aquel.

El marido se hace dueño de los muebles y tiene el goce de los inmuebles propios aunque se establecen ciertas limitaciones a sus facultades dispositivas, como es la necesidad de obtener el consentimiento de la mujer para la enajenación de los gananciales, a la vez la esposa en su calidad de tal, puede en algunos casos obligarse por sí sola con autorización de su cónyuge. Al disolverse la Sociedad, se efectúa el reparto de los gananciales y de las deudas, siendo posible para la mujer liberarse de éstas mediante la renuncia a participar en la distribución de los bienes muebles.

Durante los siglos XIV y XV se consolida el poder del marido, como amo casi absoluto de la comunidad; sus poderes dispositivos sobre los muelbes se hacen extensivos a los gananciales, con la consiguiente desaparición del consentimiento de la mujer a quien sólo se considera socia al momento de la disolución, para su enajenación o gravamen.

Los bienes propios del marido y los bienes sociales se confunden para garantizar el cumplimiento de las obligaciones

que él contraiga de modo que toda deuda del marido lo es de la Comunidad y a la inversa. La comunidad no puede resultar obligada a pagar deudas que la mujer haya contraido por sí sola, como sí ocurre respecto del esposo.

"Inspirados en el principio de la comunidad de esfuerzos entre cónyuges y la participación de los frutos que de tal comunión se obtengan".[8]

Los sistemas comunitarios se caracterizan por la certeza jurídica de la conformación de una masa de bienes que será objeto de reparto a la determinación del régimen y se acompañe de un sistema de gestión que conlleva al otorgamiento, al marido, de facultades especiales en la conducción de esa masa; facultades que comprenden el goce, la administración y aún la disposición de los bienes que ingresan al activo o haber común.

La comunidad, implica esencialmente la existencia de un patrimonio común a los esposos afectados ante todo, a las necesidades del hogar, y destinado normalmente a ser dividido, al tiempo de la disolución, entre el marido y la mujer o sus herederos.

---

[8] Ibid. p. 172

Sociedad Conyugal Universal o Comunidad Plena:

En la cual el activo que posteriormente será objeto de re parto, está integrado por todos los bienes, presentes y fu turos, de los esposos. Es decir, ingresan a él aquellos bienes que posean al casarse, muebles o inmuebles, y los que después adquieran a cualquier título. Carece de impor tancia el concepto de bienes propios, ya que no los hay que escapan a la masa. Sólo en cuanto se permitan las Ca pitulaciones Matrimoniales, podrá establecerse excepción a tal principio.

Es este el Régimen de Derecho Común en los países bajos, Portugal, Dinamarca y Noruega[9].

Sociedad Conyugal o Comunitaria de Bienes Muebles y Gana cias:

Inspirados en el más antiguo sistema dotal de los Juristas romanos, según el cual, el marido tiene sobre los muebles de la mujer, derechos más fuertes que sobre sus inmuebles, consiste fundamentalmente en que la masa común se integre por toda la fortuna mueble de los esposos habida con ante rioridad a la celebración del matrimonio y a título gratui

---

9 Ibid. p. 182

to después de ella, así como también por las ganancias, lo cual equivale a decir por los bienes muebles e inmuebles adquiridos durante el matrimonio a título oneroso, además de los frutos provenientes de toda clase de bienes sociales y propios.

Sociedad Conyugal o Comunidad reducida a ganancias:

El criterio determinante en la conformación de la masa re partible estriba en la circunstancia de que la vida en co mún propicia una serie de adquisiciones por parte de los esposos, de manera que sólo engrosará el haber social, aque llos bienes muebles o inmuebles que en forma onerosa adquie ran mientras el matrimonio subsiste a más de los provechos procedentes de tales bienes y de los propios. Por consi guiente, el alcance del haber propio presente una amplitud comprendiendo toda la fortuna que al tiempo de casarse de tentaran junto con la que posteriormente obtengan a título gratuito.

Sociedad Conyugal o Comunidad de Bienes Muebles:

Conforman la masa común de bienes únicamente los de natura leza mueble, adquiridos antes o durante el matrimonio, sin consideración al título. Por sustracción de materia, la propiedad de los inmuebles permanece inalterable en cabeza

de quien tenga la calidad de dueño.

Sociedad conyugal o comunidad de bienes presentes o futuros:

La integración del patrimonio social es simple y el principio rector al momento de la adquisición. Si de bienes presentes se trata, serán sociales los aportados al matrimonio, careciendo de importancia las consideraciones que sobre la comunidad de vida pueden hacerse como creadora de especiales condiciones para beneficiar la aptitud de adquisición por parte de los contrayentes; si de bienes futuros, sobran dichas consideraciones singular relevanvia, hasta el punto de limitar la masa social o la obtenida como resultante de la convivencia.

Los Bienes Reservados:

La tendencia legislativa del siglo XX, consiste en la transformación o desaparición del régimen de comunidad, comenzó a manifestarse mediante la permisión a la mujer casada de intervenir en la administración de ciertos bienes reservados y que pueden definirse como un patrimonio especial, normalmente integrado por los bienes adquiridos por el trabajo, y sometido a un estatuto jurídico distinto del que regula las relaciones pecuniarias de los cónyuges.

Empero, el concepto de bienes reservados no es uniforme en todas las legislaciones, al tiempo que reconociéndose en todo caso absoluta independencia a la mujer para efectos de su administración, no siempre se le confieren iguales poderes de disposición que a su cónyuge.

1.2.2.2 Sistemas de Separación de Bienes. Para Alvarez Rodríguez, los sistemas de separación de bienes son:

> Aquellos en los cuales cada uno de los contrayentes retiene, después del matrimonio, la propiedad de todos sus bienes, sea conjuntamente con su administración y goce, sea concentrando tales atributos en manos del marido, aún en lo tocante a bienes de la mujer. Si ocurre lo primero, se configura la separación de bienes propiamente dicha, y el acaecimiento de lo segundo da lugar a la separación impropia.[10]

Según las variaciones adoptadas, se distinguen tres tipos de regímenes de bienes que encajan dentro del sistema de separación:

- Si, manteniéndose la titularidad de los cónyuges, es el marido quien detenga la administración y goce de los suyos propios, simultáneamente con los de la mujer; se está en presencia del régimen de separación con unidad de administración, llamado también régimen sin comunidad.

---

10 Ibid. p. 185

- Similar al anterior, pero con la diferencia de que el marido no toma la administración y el usufructo de todos los bienes de su mujer, sino sólamente de una parte de ellos, es el régimen dotal, en que se patentiza la diferencia entre los denominados bienes parafernales y los llamados bienes dotales.

Mientras que aquellos quedan sujetos a la administración y goce separado de su propietario, estos lo están a los del marido.

Se trata pues, de una mezcla de sistemas de separación absoluta (en lo tocante a los bienes parafernales) y de unidad de administración (respecto de los bienes dotales).

- Finalmente, si cada cónyuge retiene el ejercicio de la plenitud de los atributos inherente, al derecho de dominio, tanto sobre los bienes que poseía con anterioridad al matrimonio como sobre los que adquiera con posterioridad a esa fecha se configura la separación absoluta de bienes, o separación propiamente dicha.

Regimen sin comunidad:

Este sistema como su nombre lo indica, se opone a los regímenes de comunidad. Las diferentes legislaciones que lo adop

tan, al igual que los tratadistas, proporcionan una noción negativa sobre su constitución, organización, y funcionamiento sin dar propiamente una definición.

Desde tiempos antiguos, se conoce el régimen sin comunidad y es así que lo encontramos establecido en Normandía donde los notarios trataban de constituir bajo el imperio del Código Civil, un sistema que se aproximara lo más posible a la costumbre, debido a que antaño eran normas consuetudinarias, la de prohibir la comunidad.

En el régimen sin comunidad, cada cónyuge sigue siendo titular exclusivo de sus bienes, sin que exista una copropiedad sobre los mismos. La administración y el goce personal de cada cónyuge está considerado como propio ante la ley y como dotal, en cuanto al goce de los bienes de la mujer por parte de su esposo.

Se apartan, en este sistema, los capitales de los cónyuges evitando la formación de una masa común y de una liquidación en el evento de la disolución. El marido por el hecho del matrimonio obtiene la administración de los bienes de la mujer y el usufructo de sus ventas, estableciendose a su favor una ventaja de carácter pecuniario.

En cuanto al tratamiento jurídico de los bienes de cada uno

de los esposos durante el matrimonio, se observan marcadas diferencias: el marido adquiere el goce de todos los bienes de su mujer, configurandose un cuasi-usufructo, en donde se afectan los bienes consumibles en razón de que aquel se convierte aparentemente en propietario de los bienes de ésta con el cargo de devolverlos al disolverse el matrimonio por las causas legales, a ella o a sus herederos.

En cuanto a las obligaciones contraidas por la mujer con anterioridad al matrimonio, en términos generales no resultan afectadas por este; de hacerse efectivas por vías legales, recaen sobre la plena propiedad de sus bienes, siempre y cuando hayan sido adquiridas mediante título con fecha cierta, pues, de no ser así, el acreedor no tiene acción, sino sobre la nuda propiedad por cuanto el marido detenta el usufructo.

Régimen Dotal:

Es éste el más original de todos los regímenes matrimoniales. "Lo que lo caracteriza no es propiamente la existencia de la dote, sino el estatuto particular al que ella está sometida, así como la amplitud de los poderes del marido".[11]

---

11 Ibid. p. 135

Tiene su origen en el Derecho Romano, en el cual el matrimonio iba acompañado de la dote, en el sentido de que todos los bienes de la mujer ingresaban ipto-facto y automáticamente subdotis nomine a título de dote, al patrimonio del esposo; la dote que entregaba la mujer al marido al contraer matrimonio, constituía y significaba un requisito esencial para la existencia del mismo, razón por la cual, la que se casara sin bienes dotales, era considerada como simple concubina y en ningún caso como legítima esposa.

La dote no comprende más que los bienes aportados por la mujer al marido para soportar las cargas del matrimonio; el resto de sus bienes respecto de los cuales conserva la libre administración, recibe el nombre de parafernales. La única fuente de la dote es el contrato del matrimonio; tienen el carácter de dotales, los bienes que la mujer constituyó expresamente como dote a título particular o a título universal, cuando los ha afectado todos, presentes o futuros, así como los que hayan sido donados por un tercero.

Si la dote se constituye sobre los bienes presentes, es entendido que abarcan todos los que tiene la mujer el día del matrimonio, ya sea en propiedad o en posesión legal; de referirse a bienes futuros es necesario precisar cuales van a tener el carácter de dotales, ya que en principio los que adquiera la mujer en el transcurso del matrimonio son consi

derados parafernales.

Por el hecho de la constitución de la dote, tiene el marido la administración y goce de los bienes dotales, percibiendo los frutos, rentas e intereses, por cuanto el goce tiene como finalidad el proveer las necesidades del hogar. Este derecho de goce presenta características particulares que la diferencian del usufructo ordinario, ya que no puede ser hipotecado, cedido o embargado por los acreedores, pero el marido se somete a todas las obligaciones del usufructuario y por lo tanto, se somete a todas las obligaciones del usufructuario y por lo tanto debe hacerse el inventario del mobiliario y del estado de los inmuebles y ejecutar las reparaciones cuando sean necesarias. Tiene derecho, pues, a disfrutar de la dote, mientras dure el matrimonio y sólamente percibe los frutos durante su existencia ya sean civiles o en especie.

La dote se encuentra sometida a reglas particulares de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad que aseguran su protección.

Más tarde, cuando se practicó en Italia la hipoteca, se extendió naturalmente a esta nueva seguridad real, que "contiene en germen la enajenación y la jurisprudencia, bajo la influencia de la protección que inspiró el Veleyano, agravó

la prohibición de hipotecar, tratando como nula la hipoteca con la que el marido ha gravado el fondo dotal, aun con el consentimiento de la mujer".[12] Así se encontró consagrada, de una manera absoluta, la inalienabilidad de la dote inmueble.

La enajenación indebida de un inmueble da derecho a ejercer la acción de nulidad que conduce a la restitución del mismo.

Régimen de Separación Absoluta de Bienes:

En este régimen, cada uno de los cónyuges conserva la administración, disposición y disfrute de los bienes que tenga al momento del matrimonio, lo mismo que los adquiridos a cualquier título durante él y de sus frutos se excluye toda la comunidad, pues que constituye la negativa de una masa común entre los esposos, reglamentados sólamente en la contribución de éstos a las cargas del hogar.

De ser adoptado el régimen por convención, el matrimonio une únicamente a las personas de los cónyuges, estableciéndose tan sólo los aportes que éstos se obligan a dar para contribuir al sostenimiento del hogar; ésta adopción es denominada por algunos autores como pura y simple, por cuanto

---

12 Ibid. p.

el régimen de Separación de Bienes surgió inicialmente con un carácter excepcional, ya que concurría exclusivamente en caso de separación judicial.

1.2.2.3 Sistemas Mixtos. Las notas características de estos regímenes, respecto de los cuales se emplea asimismo, la denominación de Sistemas de Separación con Comunidad Diferida o Sistemas de Participación. Compaginan los principios que informan tanto los estatutos comunitarios como los separacionistas, dando lugar al surgimiento de nuevas modalidades que respetando la comunidad de intereses pecuniarios que ineludiblemente surge de la unión conyugal y los derechos que sobre aquellas merecen ser reconocidos por el legislador, a favor de quienes se han colocado en ese estado, permiten un amplio desenvolvimiento de la iniciativa individual de cada esposo.

Régimen Consagrado por la Ley Sueca del 11 de Julio de 1920:

Durante el matrimonio la propiedad de los bienes permanece inalterable en cabeza del cónyuge que détenta la calidad de dueño.

Empero, los esposos tienen un derecho eventual de participación que se extiende por regla general a la universalidad de sus bienes y que se hacen efectivo a la disolución del

vínculo o en cualquier otro evento que implique la termina ción del régimen. Algunos bienes se sustraen al reparto final, por lo cual cabe distinguir entre éstos que se con sideran propios, y los llamados conyugables: aquellos son los adquiridos por donacion o los exceptuados en capitula ciones matrimoniales, los demás constituyen el objeto del reparto entre los cónyuges. A la vez se observa un manejo patrimonial independiente, aunque con ciertas restricciones impuestas con miras a defender el derecho de participación de cada esposo en el haber del otro y que se concretan a la necesidad del consentimiento mutuo para la realización de actos de enajenación o gravámen de la propiedad raíz del mobiliario común y de otros elementos vinculados con la vida doméstica.

Régimen de la Ley 28 de 1932:

El régimen de la Ley es un sistema según el cual cada cónyu ge tiene durante el matrimonio la libre administración, y c sposición de los bienes adquiridos antes de la celebración de aquel, o después, pero llegado el momento previsto por el Legislador se produce una consideración retrospectiva de la existencia de la Sociedad Conyugal, entendiendose que ha habido desde la contracción de las nupcias para proceder a su liquidación y reparto final. Durante el estudio del pre sente trabajo hablaremos más profundament de este sistema.

Sistema de la Ley Alemana del 21 de Julio de 1957:

Este sistema, llamado de Comunidad de Beneficios, mantiene la independencia de los esposos en la gestión patrimonial, no obstante, establecer un reparto entre ellos, no propia mente de bienes, sino del mayor o plusvalía que los mismos registren entre el día de la celebración del casamiento y de finalización del régimen.

1.3 SISTEMA ACOGIDO POR EL DERECHO COLOMBIANO

Tratándose de la regulación de los aspectos económicos pro pios del matrimonio, nuestra legislación, desde siempre, ha consagrado un Sistema de carácter legal, puesto que los esposos, forzosamente han de quedar sometidos al mismo siéndoles posibles apenas modificar algunos de sus aspectos.

El Código Colombiana adoptaba idéntico régimen implantado en Chile por Andrés Bello, cual era la comunidad de ganan ciales, al mismo tiempo se proclama la incapacidad civil de la mujer casada y su sometimiento a la potestad marital.

El Artículo 135, inciso del Código chileno dice: "Por el hecho del matrimonio, se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges y toma al marido la administración de los de la mujer según las reglas que se expondrán el título de

la sociedad conyugal".[13]

Nuestro Código Civil, en el Artículo 180 plasmaba idéntica disposición.

Así las cosas, y no obstante autorizar Bello las Capitulaciones matrimoniales, "no aceptó que la separación total de los bienes, fuera el producto de una convención entre los esposos".[14] Sólo reconoció en el Artículo 1720 (reproducido por el Artículo 1776 del Código Civil Colombiano) la separación parcial paralela a la sociedad conyugal y la separación judicial total que supone la existencia de una comunidad anterior.

Sin embargo, bien distinta ha sido la evolución de las Legislaciones Chilenas y Colombianas en esta materia, toda vez que en aquella a partir de la expedición de la ley 5521 de 1934, la situación ha cambiado. Ahora se puede pactar separación total de bienes en las capitulaciones matrimoniales y prescindir, así, completamente del Régimen de comunidad.

El Código Civil Colombiano, mantiene vigentes los preceptos

---

13 Ibid. p.

14 Ibid. p.

originarios del chileno respecto del carácter legal y forzoso del estatuto económico matrimonial, pero en virtud de la Ley 28 de 1932, se sustituye en nuestro sistema de sociedad conyugal por un régimen mixto, denominado por algunos de, participación en los gananciales, que autoriza a los esposos para ejercitar en forma libre e independiente todos los actos relacionados con sus intereses patrimoniales, conservando, empreo, la distribución final entre ellos de los mismos bienes que conforme al Código, componían el haber social.

Finalmente, a fín de no hacer nugatoria esa autonomía de los esposos hubo la ley 28, ya citada, de otorgar a la mujer casada la plena capacidad civil.

2. CAPITULACIONES MATRIMONIALES

2.1 CONCEPTO

La Expresión, Capitulaciones Matrimoniales, se refiere a "las Convenciones que se celebran con el objeto de modificar el régimen legal matrimonial".[15] Es decir, que son las convenciones que celebran los esposos antes de contraer matrimonio, relativas a los bienes que aportan a él, y a las donaciones y concesiones que se quieran hacer el uno al otro, de presente o de futuro. (Artículo 1771, Código Civil).

> En algunos países existe amplia libertad respecto de las partes que concurren al otorgamiento de las Capitulaciones Matrimoniales, así como de los asuntos que pueden ser tratados en ellas, permitiéndose, inclusive, que contengan cláusulas referentes a situaciones totalmente ajenas al régimen económico que debe presidir la vida conyugal.[16]

En nuestro país como lo dice el artículo mencionado, precisa

---

[15] COLOMBIA. CODIGO CIVIL COLOMBIANO. Bogotá: Torres, 1976. p. 767

[16] Op. Cit. p. 79

que las Capitulaciones son celebradas por los esposos, con lo cual, queda descartada la posibilidad, de que personas distintas de ellos, intervengan en su otorgamiento. De todas formas, lo importante es resaltar que la finalidad de las Capitulaciones Matrimoniales, es la de consagrar las reglas que han de determinar el estatuto patrimonial de los cónyuges, bien sea en su integridad, o sólamente en algunos aspectos.

2.2 NATURALEZA JURIDICA

El problema de la naturaleza jurídica de las Capitulaciones, implica, de una parte, el análisis de su carácter contractual o simplemente convencional y, de otra, el estatuto de las relaciones que existen entre ellas y el matrimonio. En el primer caso, cabe observar que ellas no son siempre un contrato. tendrán este carácter cuando dan cumplimiento a obligaciones. Como por ejemplo, si el marido se obliga a entregar a la mujer determinada suma de dinero, o una determinada pensión periódica para que disponga libremente de la misma. "Pero si no se contraen obligaciones, sino que se producen otros efectos jurídicos, como cuando se pacta separación de bienes, entonces las Capitulaciones no son un contrato, sino una convención".[17] Ha sido, entonces, muy preci

---

17 SOMARRIVA UNDARRAGA, Manuel. Op. cit. p. 172-173.

so el Legislador al definir las Capitulaciones matrimoniales con el término convención, expresión genérica que engloba, tanto la convención propiamente dicha, como el contrato.

Siguiendo esta orientación, el Código Civil Colombiano defi ne las Capitulaciones Matrimoniales como "las Convenciones que celebran los esposos antes de contraer matrimonio, rela tivas a los bienes que aportan a él, y a las donaciones y concesiones que se quieran hacer el uno al otro de presente o futuro".[18]

2.3 OPORTUNIDAD Y FORMALIDADES PARA OTORGARLAS

En efecto, según el Artículo 1772 del Código Civil, las Ca pitulaciones deben constar en escritura pública cuando el valor de los bienes aportados al matrimonio por ambos espo sos exceda a la suma de mil pesos, o cuando, siendo dicho valor inferior en ellas se constituyen derechos, sobre bie nes raíces. En los demás casos, basta un simple documento privado, firmado por los esposos, y por tres testigos domi ciliados en el territorio de la República. Para terminar, la norma aludida dispone que "las capitulaciones en las cua les se omita la observación de las formalidades anotadas, carecerán de validez".[19]

---

[18] Idem. Artículo 1771

[19] Idem. Artículo 1772

En la actualidad puede afirmarse que las Capitulaciones habrán de otorgarse siempre por Escritura Pública, puesto que la cifra señalada por el Código, resulta obsoleta.

De otro lado, los Artículos 5 y 44 del Decreto 1260 de 1970 disponen que "las Capitulaciones Matrimoniales deben ser inscritas en el registro de nacimientos".[20]

2.4 INMUTABILIDAD DE LAS CAPITULACIONES

Este principio de la inmutabilidad alcanzó su apogeo durante el siglo pasado, época en la cual se le explicaba y defendía aduciendo que era el más beneficioso para la mujer, puesto que cuando estuviera sujeta a la autoridad de su marido, era fácil que este la cohesionara para modificar las capitulaciones y pactar en ellas cambios nocivos o desfavorables a los intereses suyos; se decía, además, que el cambio de régimen durante el matrimonio, podía generar severos perjuicios a los terceros quienes habían contratado con los cónyuges sobre la base de cierta responsabilidad, determinada por el dueño a la sazón aplicable, la cual "podría ser variada unilateralmente en cualquier momento, de admitirse la alteración de las Capitulaciones".[21]

---

[20] COLOMBIA, CODIGO CIVIL COLOMBIANO. Decreto 1260 de 1970.

[21] SOMARRIVA, Manuel. Op. cit. 172-173.

En cuanto a la defensa de los intereses de la mujer, segura mente, que ella está hoy en condiciones de asumirlas en for ma mucho más vigorosa en capitulaciones celebradas durante el matrimonio, pues, ha desaparecido la sumisión que debía guardar frente al marido y, además, ha adquirido la capaci dad necesaria para actuar por sí sola en defensa de su patri monio.

La celebración del matrimonio, según lo reza el Artículo 1778 del Código Civil, determina la irrevocabilidad de las Capitulaciones y por ende, su inmuetabilidad, antes de esa fecha, pueden ser ellas alteradas o adicionadas, siendo ne cesario para que tales cambios produzcan efectos respecto, de los cónyuges, observará el cumplimiento de todas las formalidades prescritas, para el otorgamiento de las ini cialmente pactadas. "Frente a terceros, las modificaciones carecen de validez, si además de lo anterior, se deja cons tancia de la escritura que le contenga al margen de la otor gada en principio".[22]

En nuestro medio, la Ley 1o. de 1976, ha proporcionado una solución parcial al problema que acarrea la imposibilidad en que se encuentran los cónyuges de establecer regulacio nes convencionales atinentes a su estatuto patrimonial,

---

22 Idem. Artículo 1779.

al permitir, que mediante escritura pública, puedan ellos poner fin al régimen legal que los cobija. Si bien se trata de un importante avance, lo ideal sería que "se diera a los casados la oportunidad de elegir libremente, entre diversas alternativas o modalidades, aquella que les parezca más convincente, sin colocarlos en la disyuntiva de someterse al régimen legal"[23] (si no se pactaron previamente capitulaciones acogiendo otro distinto) o quedar totalmente separados de bienes.

2.5 CAPACIDAD DE LAS PARTES

Teniendo en cuenta que las capitulaciones matrimoniales están llamdas a surtir efectos únicamente cuando quienes la celebren se unan mediante matrimonio posterior, resulta lógico que los requisitos de capacidad sean análogos para uno y otro acto.

Conforme lo dispone el Articulo 1771 del Código Civil, son partes en las capitulaciones matrimoniales los esposos únicamente, por si o por medio de apoderado con poder especial. Se excluyen por lo tanto todas aquellas personas que con el ánimo de hacer liberalidades a uno de los cónyuges o a ambos, decidan utilizar la misma escritura con el objeto

---

[23] Idem. p. 99

[24] Idem. Artículo 1771

de lograr su propósito".[24]

2.5.1 La Edad. El Código Civil exige como mínimo, para contraer matrimonio, sopena de nulidad que el varón sea mayor de 14 años y la mujer de 12, pueden pues, los menores adultos celebrarlo pero no en forma libre, dado que para ello se requiere "haber cumplido 18 años, edad ésta que después de la vigencia de la Ley 27 de 1977, coincide con la que determina la adquisición de plena capacidad".[25]

De esta manera, si los futuros contrayentes son mayores de edad, esto es, si han cumplido 18 años y tienen la libre administración y disposición de sus bienes, es evidente que pueden concurrir al otorgamiento del pacto ante nupcial, sin restricción alguna, empero, antes de la expedición de la mencionada Ley 27, les era preciso obtener licencia Judicial en tratándose de renunciar a los gananciales, lo que era sólo permitido a la mujer hasta que el Decreto 2820 de 1974, lo extendió al varón o de enajenar o gravar los bienes inmuebles al temor del Artículo 1777 del Código Civil.

La misma norma establece que el menor hábil para contraer matrimonio, es decir, al púber que no haya llegado a los 18 años, "le es permitido pactar capitulaciones con la aproba

---

24 Idem. Artículo 1771

25 ALVAREZ RODRIGUEZ. Op. Cit. p. 105

ción de las mismas personas que deban darla para la celebración del casamiento, a excepción de las estipulaciones relativas a la renuncia de gananciales y a la enajenación o gravamen de bienes raíces"[26] pará las cuales es imprescindible autorización de la justicia.

2.5.2 El Incapaz por causa distinta de la edad. Las causas determinantes de incapacidad, además de la edad, son las de demencia, sordomudez, cuando quien la padece no puede darse a entender por escrito, y la disipación. Analizaremos separadamente la situación en que se encuentran estos incapacitados en frente del otorgamiento de capitulaciones matrimoniales.

2.5.2.1 El Demente. Considerado como incapaz absoluto, de modo que "sus actos no producen ni aún obligaciones naturales y no admiten caución".[27] En desarrollo de este precepto, el numeral Tercero del Artículo 140 del Código Civil, señala como causa de nulidad del matrimonio, la falta de consentimiento en uno o en ambos contrayentes, presume que ello ocurre respecto de los locos furiosos, mientras permanecieren en la locura, y de los mentecatos o quienes se hayan impuesto interdicción judicial para el manejo de sus

---

26 COLMENARES, María y GOMEZ ORTEGA, María. 1981. p. 83

27 Ibid. Régimen Patrimonial. p. 84

bienes.

El primer inciso del artículo 1777 dispone la necesidad de autorización del curador para la celebración de capitulaciones matrimoniales de quien se halle bajo curaduría por causa diferente de la edad. Respecto del incapaz por demencia sujeto a interdicción, no es posible que el curador se limite a autorizarlo para actuar, sino que debe representarlo concurriendo a otorgar las capitulaciones.

"Si del no interdicto se trata, las convenciones que otorgue serán válidas a menos de probarse que estaba entonces demente".[28] Como es obvio, no hay curador alguno de quien deba obtener autorización.

2.5.2.2 Sordomudo. Si bien no obstante ser absolutamente incapaz, al sordomudo que no puede darse a entender por escrito, reconoce la ley bajo ciertas condiciones, aptitud para contraer matrimonio válido, no puede esto, hacerse extensivo a la celebración del pacto ante nupcial. Respecto de él, debe observarse lo dispuesto en el Artículo 1777 ibid entendiendose como antes se dijo, que es el representante legal, quien debe concurrir al acto, ya que no es sufi

---

28 COLMENARES GOMEZ, Op. Cit. p. 25.

2.5.2.3 El Disipador. Finalmente, el disipador necesita, asimismo, autorización de su curador, y de la justicia en los mismos términos que los menores.

2.6 CONTENIDO DE LAS CAPITULACIONES

Las convenciones matrimoniales están destinadas exclusivamente a arreglar aspectos inherentes al régimen económico matrimonial, dentro de los límites señalados por el Legislador, a la voluntad de los esposos. Sobre el particular, pueden distinguirse tres tipos de cláusulas: El contenido de las capitulaciones se refiere al aspecto patrimonial, es claro que no se puede extender a estipulaciones tocantes con la institución misma del matrimonio, ni con los efectos que en ámbito personal de ella, se deriven, puesto que esta es materia íntegra de regulación legal, siendo impotente la voluntad privada ante ella.

Conforme el Artículo 1773 del Código Civil, dice:

> Las capitulaciones matrimoniales no contendrán estipulaciones contrarias a las buenas costumbres ni a las leyes. No serán, en detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge, respecto del otro o de los descendientes comunes.[29]

---

[29] ALVAREZ RODRIGUEZ, Op. Cit. pp. 100-101.

Numerosos textos del Código hacen referencia a estipulaciones especiales que pueden ser contenidas en capitulaciones matrimoniales. Algunas de ellas son:

a) El inciso 1o. del Artículo 1776, "se puede estipular en capitulaciones matrimoniales que la mujer administrara una parte de sus bienes propios con independencia del marido; en ese caso, se seguirán las reglas dadas en el Título IX, Capítulo III del Libro I".

Antes de la vigencia de la Ley 28 de 1932, se justificaba plenamente la norma transcrita, por regla general era que el marido tomara la administración de los bienes de la mujer; si se quería escapar para ello, existiría la posibilidad de que, en capitulaciones, la mujer se reservara el manejo de algunos de sus bienes propios, respecto de los cuales se aplicaban entonces normas referentes a la separación de bienes.

A partir del 1o. de Enero de 1933, en atención al hecho de que por el matrimonio, la mujer no pierde la administración de los bienes que le pertenecen en ese momento, la cual puede seguir ejerciendo junto con las de los que posteriormente la adquieran, "resultaría carente de todo sentido incluir en unas capitulaciones el convenio previsto en la primera parte del Artículo 1776".[30]

---

30 Ibid.p. 101.

b) En el inciso 2o. del mismo Artículo permite estipular que la mujer dispondrá libremente de una determinada suma de dinero, o de una determinada pensión periódica. Durante el régimen del Código, el pago de las sumas aquí previstas, eran de cuenta de la sociedad conyugal (Artículo 1796, inciso final), pues todo el dinero era social y no había, por tanto, posibilidad de que fuera el marido quien con recursos propios atendiera a esos pagos. Con todo, era factible pactar en Capitulaciones, que esa obligación correspondía exclusivamente al marido y, en tal caso, los pagos que se hicieran con fondos sociales, generaban una recompensa en favor de la sociedad, al igual que sucedía siempre que ésta cubría deudas personales de uno u otro cónyuge.

Actualmente, es perfectamente viable que los esposos acuerden este tipo de convenio en capitulaciones. Se trata, en efecto, de una forma de donación, que si fuera entre extraños, existiría insinuación en cuanto la suma de cantidades que hubieran de percibirse, excediera de dos mil pesos en un decenio, pero que por ser entre esposos, se rige por la regla especial del Artículo 1493, ibidem.

c) El Artículo 1775, y en forma concreta el 1809, se refieren a la renuncia de gananciales hecha por la mujer en Capitulaciones Matrimoniales. Esta renuncia era un mecanismo previsto en el Código, exclusivamente en favor de la mujer,

para que mediante él pudiera ella escapar al pago de cual quier deuda contraida por el marido durante la Sociedad Conyugal.

Como por el hecho del matrimonio, la mujer se hacía incapaz, resultaría lógico que sólo antes de esa fecha o después de la disolución de la Sociedad Conyugal, pudiera ella hacer la renuncia de gananciales.

En la actualidad, no sólamente la mujer, sino el varón tam bién, pueden renunciar cada uno a gananciales, en capitula ciones matrimoniales o durante el matrimonio o, inclusive, una vez iniciado el trámite para proceder a la liquidación final.

d) El numeral 2o. del artículo 1783 del Código, autoriza a señalar en capitulaciones, ciertos valores propios de uno de los cónyuges, destinados a comprar bienes que, según ese texto, no ingresan al haber social.

e) El Artículo 1781, contiene la enumeración de los bienes que en el sistema del Código ingresaban al haber social y eran por ello mismo, administrados por el marido, los nume rales 4o. y 6o. hablan de las Capitulaciones matrimoniales, así: el primero, para decir que los cónyuges podían sustraer se a la comunión de aquellos muebles que enumeran en ellas, y

el segundo, para afirmar que la mujer podía aportar a la sociedad sus bienes raíces, mediante capitulaciones. Esta última, carece de aplicación en la actualidad, en tanto que la primera puede tener importancia todavía.

f) El Artículo 1310 preveía que la mujer autorizara en capitulaciones al marido, para que éste pudiera enajenar los bienes propios que pertenecían a ella. Este artículo era consecuente con la situación de incapacidad de la mujer casada y con el hecho de que era su marido quien administraba sus bienes.

Desaparecidos ambos presupuestos, el texto ha de considerarse derogado, y la estipulación en capitulaciones de algo similar a lo que él prevée, carecería de todo sentido en la actualidad.

g) Finalmente, debe recordarse que la misma definición contenida en el Artículo 1771, incluye, dentro de las materias que pueden tratarse en capitulaciones, las donaciones que, de presente o futuro deseen hacerse entre sí los esposos.

El Código contiene prohibiciones expresas de hacer determinados pactos en capitulaciones matrimoniales.

Es el caso del Artículo 1777, cuyo último inciso ordena:"no

se podrá pactar que la sociedad conyugal tenía principio antes o después de contraerse matrimonio; toda estipulación en contrario es nula".

Por analogía, el Artículo 193 del Código disponía que "la mujer no podía renunciar en capitulaciones matrimoniales, al derecho de pedir la separación de bienes".[31] Este texto fue reemplazado por el Artículo 19 de la Ley 1a. de 1976, para hacerse extensiva la prohibición tanto al hombre como a la mujer.

Del estudio realizado a las normas anteriores, se deduce que las alteraciones previstas por el Código para ser introducidas a la Sociedad Conyugal que en él se regulaba, no dan un mayor margen de amplitud a los contrayentes, ya que ellos sólo se refieren a variantes de un régimen único; el de Sociedad Conyugal.

En conclusión, hasta antes la vigencia de la Ley 28 de 1932, las capitulaciones matrimoniales únicamente eran aptas para, por medio de ellas, hacer pequeñas variaciones al régimen legal que de todas maneras era aplicable. Ello era así por que siendo la mujer incapaz por razón del matrimonio, era factible elegir un régimen en el cual la mujer fuera apta pa

---

31 Idem. Artículo 1777.

ra el ejercicio personal y directo de sus derechos, como se ría, por ejemplo, el de separación total, por cuanto las normas sobre capacidad son de orden público, y por tanto, no pueden ser derogadas por convenios entre particulares.

A partir del 1o. de enero de 1933, la situación cambió totalmente, y las capitulaciones matrimoniales adquirieron una nueva dimensión, por el hecho de ser capaz la mujer casada dejaba prácticamente como única limitante de la elección que mediante ellas hicieran los esposos referente al régimen económico de sus preferencias, la contenida en el Artículo 1773 sobre respecto a la ley y a las buenas costumbres. Desde esa fecha, el artículo 1774, tiene también un nuevo significado, ya que bajo el régimen anterior el pacto escrito, mencionado en él sólo podía tocar matices del régimen de Sociedad Conyugal, pero sin salirse de él; hoy por contrario, al decir aquella norma que a falta de pacto escrito se entiende contraída por el matrimonio la sociedad conyugal, es preciso entender que mediante los escritos a que ella se refiere, es posible escapar completamente a la aplicación del régimen legal, y que, si no median tales escritos, el régimen aplicable no es el de Sociedad Conyugal como dice el artículo, sino el de"participación en los gananciales".[32]

---

32 Ibid., Artículo 1774.

2.7 INEXISTENCIA Y NULIDAD DE LAS CAPITULACIONES

Siendo la capitulaciones matrimoniales un acto jurídico complejo, pues la producción de sus efectos se subordina a la realización del casamiento, es claro que si el matrimonio resulta inexistente, las capitulaciones serán inefica ces igualmente. Por el contrario, de ser nulo aquel, la declaración que al efecto se haga, no afecta la validez de las convenciones otorgadas en debida forma ni tampoco re trae las cosas al estado en que estaban a la fecha de la contracción de las nupcias, pues por virtud de expresas dis posiciones legales, el matrimonio nulo produce efectos no susceptibles de ser desconocidos posteriormente, tanto en cuanto a las personas de los hijos como en cuanto a los bienes de los otros cónyuges.[33]

Es preciso en este punto establecer la distinción entre los requisitos que se exigen para la existencia de los actos ju rídicos, de los prescritos por la ley para su validez.

Aquellas condiciones esenciales a un acto, sin lo cual no reviste ni siquiera apariencia de realidad dentro de la ór bita del derecho, son las que entendemos por determinantes de su existencia.

---

33 COLMENARES-GOMEZ. Op. cit. p. 96

De faltar alguna de tales condiciones, "el acto no produce efecto alguno o degenera en otro diferente; por otra parte, la validez depende del cumplimiento de los requerimientos necesarios para que el acto ya existente pueda alcanzar la plenitud de sus actos". [34]

La forma de revestir el acto solemne, vale decir, la solemnidad, propiamente dicha, que prevée la ley, es además de otras exigencias , la que hace posible su existencia, en tanto que, la nulidad o falta de validez se presenta cúando se omite algún requisito de la formalidad misma o que se ha previsto para el acto en atención a la calidad o estado de las partes.

Ahora bien, de la inexistencia y de la validez, se predican diferentes sustanciales, que dicen en relación en primer lugar con la necesidad de declaratoria judicial, pues mientras respecto de la primera no es necesaria para sostener la ineficacia de lo que nunca tuvo apariencia de realidad, y por lo mismo, no produjo ningún efecto, en frente de la segunda es imprescindible para lograr no sólo la suspensión de los efectos que puedan derivarse del acto nulo, sino para desaparecer o borrar lo que ya ha producido en el tiempo.

---

34 COLMENARES-GOMEZ. Op. Cit. p. 93

En segundo término, la falta de validez desaparece por el transcurso de cierto lapso que varía. Según se trata de nulidad absoluta o relativa y no siendo por objeto o causa ilícitos, es rectificable el acto por voluntad de las partes; nada de esto ocurre en lo que no existe, ya que mal pueden los particulares por su mero querer, dar forma a lo que no ha sido, ni el tiempo convertir en realidad lo que sin la forma de ley jamás podrá ser.

Así, las cosas, creo que de no constar las capitulaciones, en escritura pública, nos hallamos en presencia de un acto inexistente, por carecer de lo que constituye en estricto sentido, la forma propia prescrita por el legislador y que lo hace solemne.

Es en este sentido, como ha de interpretarse la expresión, A falta de pacto escrito, empleado en el Artículo 1774 del Código Civil, pues en tal evento por disposición expresa de la ley, se rigen los cónyuges en cuanto a sus bienes se refiere por el régimen que el legislador ha predispuesto y que está llamado a producir efectos desde la celebración del matrimonio.

Si las capitulaciones se otorgan por escritura pública, es incontrovertible su existencia; pero puede suceder que omitiéndose algún requisito propio de la formalidad misma pre

vista para el caso, esto es de la escritura, resultan nulas debiendo concluirse que se trata de una nulidad absoluta, por cuanto así lo declaran el primer inciso del Artículo 1741 del Código. Hay sin embargo una excepción, cual es la contenida en el artículo 100 del Decreto 960 de 1970 que reza: "El instrumento que no haya sido autorizado por el notario no adquiere la calidad de escritura pública y es inexistente como tal".[35]

Empero, si faltare sólamente la firma del notario y la omisión se debiere a causa diferente de la que justificara la negativa de la autorización, podrá el Ministerio de Justicia, con conocimiento de causa, disponer que el instrumento se suscriba por quien se halle ejerciendo el cargo. De modo que concurriendo los contrayentes a otorgar la escritura pública, si resulta no ser autorizada por el notario y no se está en presencia del evento contemplado por la norma para evitar la inexistencia, "aquella no será tal y en consecuencia habrá de afirmarse también la falta de ser de las capitulaciones".[36]

Son absolutamente nulas, las capitulaciones que otorgue por sí demente, interdicto o sordomudo que no pueda darse a entender por escrito, pues como vemos, toca al curador concu

---

36 COLMENARES-GOME.. Op. Cit. p. 95

rrir al acto en representación de su pupilo, no bastando la autorización que para el efecto le confiere por tratarse de personas absolutas incapaces.

Lo dicho sobre nulidad de las cláusulas que requieren licencia judicial, es aplicable a estos casos de incapacidad. Respecto del demente no interdicto, las convenciones por él otorgadas son válidas mientras no se demuestre la ausencia de lucidez en ese momento que de demostrarse, adolecerán de nulidad absoluta.

3. DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

3.1 CONCEPTO

El inciso 1o. del Artículo 180 del Código Civil, modificado por el Artículo 13 del Decreto 2820 de 1974 preceptúa: "Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges", remitiendo a regular seguido a las reglas expuestas en el título XXII del Libro IV de las Capitulaciones matrimoniales y de la sociedad conyugal, en el cual el artículo 1774 señala que " a falta de pacto escrito se entenderá , por el mero hecho del matrimonio, contraída la sociedad conyugal con arreglo a las disposiciones de este título.

Los autores acostumbran a definir la Sociedad Conyugal como la sociedad de bienes que se forma entre los cónyuges, por el hecho del matrimonio.

Considerando lo anterior, es más apropiado decir que el único elemento que tiene carácter determinante para que pueda hablarse de un régimen de sociedad conyugal , es la posibi

lidad de que se integre, o la integración actual, por el hecho del matrimonio, de una masa o conjunto de bienes, destinados a ser posteriormente repartidos entre los Cónyuges o sus herederos, en unión con los adquiridos durante la vigencia del régimen y que deben ingresar a ese acervo. Se dice, posibilidad de integración, por cuanto al hecho de que los contrayentes no posean bienes que ingresan á la masa social en el momento del matrimonio, no es obstáculo para la existencia de la sociedad conyugal, siempre, que, en virtud del régimen pecuniario legal aplicable a tal matrimonio, una vez que se produzca el ingreso al patrimonio de cualquiera de los cónyuges de un bien susceptible de formar parte del haber social, ese bien pase automáticamente a ingresar a la masa destinada al futuro reparto. De otro lado, resulte claro que si los contrayentes poseen bienes aptos para ingresar al haber común, ello sucede simultáneamente con el acto del matrimonio, configurándose también de esta manera la Sociedad Conyugal.

3.2. NATURALEZA JURIDICA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Previamente ese menester indicar, que a pesar de su denominación homónica entre la sociedad conyugal y las sociedades ordinarias subsisten notables diferencias que a continuación enunciaremos:

- Las sociedades ordinarias , nacen de un contrato, ésto es, del acuerdo de voluntades de quienes resuelven asociarse con un fin netamente económico. En cambio , la sociedad conyugal no es fruto de un contrato sino de un mandato legal; es una consecuencia impuesta por el legislador y derivada precisamente del matrimonio.

- En la sociedad ordinaria pueden asociarse cualesquiera personas, siempre que reunan las cualidades exigidas por la ley para hacerlo; en la sociedad conyugal el carácter de socio se reserva exclusivamente al marido y a la mujer.

- De la esencia de las sociedades ordinarias, tanto civiles como mercantiles, es el aporte que cada uno de los asociados haga para conformar el patrimonio común, de igual manera las utilidades serán distribuídas proporcionalmente al monto de dicho aporte. La sociedad conyugal constituída por mandato legal puede nacer sin aporte y, por lo mismo, el reparto final de gananciales se produce independiente de las circunstancias de que los contrayentes hayan o no poseído bienes destinados a integrar el haber social.

- La administración de los bienes de las sociedades ordinaria corresponde a la persona designada para ello sin necesidad de que sea socio, de conformidad con lo establecido por la ley al respecto; por el contrario, la gestión de la

sociedad conyugal se atribuía en el sistema del Código Civil, al marido y en la Ley 28 de 1932 se reconoce a ambos cónyuges absoluta independencia en el manejo de sus bienes.

- Las sociedades ordinarias como ya indicamos, persigue una finalidad netamente económica y su duración varía según las estipulaciones que al respecto contengan sus estatutos. En la sociedad conyugal no existe ánimo de lucro y su desaparición se produce con la ocurrencia de ciertos hechos previstos en la ley.

- Finalmente, celebrado el contrato de sociedad civil o comercial, de acuerdo a la ley, surgen una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, en tanto que la sociedad conyugal no es persona jurídica diferente de los esposos que son quienes actúan en el campo del derecho.

3.2.1 La Sociedad Conyugal Constituye una Comunidad de Bienes. La sociedad conyugal entre cónyuges ofrece dos variantes, a saber: una comunidad por fracciones entre los esposos, derevada de la teoría romana de la Societas, en la cual haya determinación de cuotas pero donde no es posible ejercitar la actio comuni dividundi , y una comunidad de tipo germánico o propiedad en mano común, en la que no hay división de fracciones ni natural ni idealmente, sino que

los bienes conforman un patrimonio autónomo separado y co mún cuya titularidad corresponde i dependientemente a los cónyuges y su administración se atribuye a su órgano espe cial de dirección que obra a nombre de aquello.

3.2.2 La Comunidad Conyugal es una Verdadera Sociedad. Es ta teoría es sostenida por los juristas franceses e italia nos así como por Somarriva, todos los cuales ameritan ca racteres que asemejan la sociedad conyugal a la sociedad común, con prescindencia de los rasgos que las separan.

Legamos a la conclusión de que la sociedad conyugal, es la sociedad conyugal; aunque ello parezca una paradoja; no es sino una ficción del legislador creada con el objeto de que pueda regirse los intereses pecuniarios de los cónyuges entre sí y respecto a terceros. Lo más que podría decirse es, como lo afirma Josserand, que la sociedad conyugal pre senta semejanza con los patrimonios de afectación, puesto que ella se compone de una masa de bines con un activo y pasivo propios diferentes en parte a los del marido y de la mujer.

3.3 La Sociedad Conyugal y sus Efectos. La regulación de los aspectos económicos derivados del matrimonio en Colom bia, se haya contenida en dos estatutos legales: El Código Civil y la Ley 28 de 1932 que introdujo fundamentalmente

modificaciones en la estructura,concepción y alcance de la sociedad conyugal, en forma tal que aún hoy no ha sido com prendida totalmente empero, no es posible analizar e inter pretar la Ley 28 de 1932 en forma independiente a la juris prudencia que produjo y mucho menos de las normas inspira das por Andrés Bello. De ahí que para el cabal entendimien to de las instituciones legislativas que nos rigen en esta materia, se imponga el estudio conjunto de los estatutos que hemos aludido.

3.3.1 Sistema General del Código Civil Colombiano. Sin áni mo de eleborar una exhaustiva enumeración de las distintas características que integraban el régimen legal el Código de Bello, en cuanto a estatuto patrimoniales los cónyuges pueden destacarse las siguientes:

- Dentro del régimen de sociedad conyugal era posible dis tinguir tres categorías de bienes: de un lado, se encontra ba aquellos propios al marido; de otro los que eran propios de la mujer y, finalmente, existían también los llamados bienes sociales.

- En las relaciones con terceros los bienes propios del ma rido y los sociales se confundían para integrar un solo pa trimonio.

- En principio, todo el pasivo era social, aún en el formado por las obliqaciones personales de cada cónyuge, sin perjuicio de que por el pago de estas últimas se generarán una recompensa en favor de la sociedad

- La administración ordinaria de la sociedad correspondía al marido y sólo en circunstancias excepcionales podía ser ejercida por la mujer.

- La regla general en cuanto a 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.

- Mediante capitulaciones matrimoniales, celebradas antes del matrimonio los esposos podían introducir ciertas modificaciones al régimen legal, pero sin eludir la formación de la socidad conyugal ni su dirección y administración por el marido.

- Al momento de liquidar la sociedad conyugal la mujer retiraba antes que el marido sus bienes así como las recompensas a que tuviera derecho.

- El marido era el responsable de las deudas de la sociedad, después de su liquidación, sin perjuicio de que pudie

ra repetir contra su mujer, pero esta solamente era obliga da a contribuir al pago de tales deudas, hasta concurren cia de su mitad de gananciales, y la mujer podía librarse completamente del pago de deudas sociales renunciando a los gananciales, bien antes del matrimonio, o bien después de disuelta la sociedad conyugal.

- La separación de bienes estaba consagrada únicamente en favor de la mujer, y por motivos estrictamente relacionados con la protección de sus intereses pecuniarios.

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

3.3.2 Ley 28 de 1932. Antecedentes. Durante el mandato del Presidente Olaya Herrera su ministro de gobierno Carlos E. Restrepo, encomendó al jurista Eduardo Rodríguez Piñerez la elaboración de un proyecto de ley para someterlo a la consideración de las cámaras legislativas en el cual se tu vieran presentes los anhelos femeninos de obtener un grado mayor de autonomía y se enmendaron las supuestas injusticias que el Código Civil cometía con las mujeres casadas, que no eran cosas distintas de la protección de sus intereses para asegurarlo contra eventuales fracasos económicos del marido,

que era quien manejaba la sociedad conyugal.

En cumplimiento de su misión, Rodríguez Piñeres, preparó un proyecto de ley en el cual se modificaban los artículos del Código Civil relacionados con las capitulaciones matrimoniales, para permitir que tales convenciones se celebraran, no sólo antes de la boda sino después de ella; igualmente se establecía que la separación de bienes podía ser solicitada por la mujer en cualquier momento sin necesidad de aducir motivo alguno, con esto último se pretendió corregir la situación creada por el Artículo 2o. de la Ley 8 de 1922, que no permitía a la mujer obtener dicha separación, "sino acreditando causales deshonrosas para su marido", según decía la respectiva exposición de motivos.

El proyecto en referencia fue discutido y aprobado por el Senado en sus sesiones del año de 1931, pero naufragó en la Cámara. Al iniciarse la legislatura del año siguiente, el gobierno presentó un nuevo proyecto, redactado por el abogado de la Presidencia, Luis Felipe Latorre, en asocio de su colega Félix Cortes; en este segundo proyecto se desconoció totalmente la orientación del que había concedido Rodríguez Piñeres, y se optó bajo la influencia de la reciente legislación húngara, por proponer al Congreso un régimen nuevo, en el que se combinaba la separación de bienes de los Cónyuges, con un reparto final de determinados

haberes.

En el proyecto de Latorre se hacía la advertencia de que, no obstante el cambio de régimen, la sociedad conyugal continuaba vigente; asimismo, se decía que, "durante el matrimonio, los cónyuges se consideran ante terceros como si vivieran bajo el régimen de la absoluta separación de bienes" , y para ello era preciso derogar las normas referentes a la incapacidad civil de la mujer casada, lo cual se hacia en el Artículo 5o.

Surtido el trámite de rigor en las dos Cámaras y previa adición de nuevos textos que elevaron de 6 a 10 el número de sus artículos, dicho proyecto fue aprobado, y se convirtió en la Ley 28 de 1932.

3.3.2.1 Ley 28 de 1932. "Sobre reformas civiles (regimen patrimonial en el matrimonio).

"Art. 1o. Durante el matrimonio cada uno de los Cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiera aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiera adquirido o adquiera, 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.

"Art. 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 crianzas, educación y establecimiento de los hijos comunes, respecto de las cuales responderán solidariamente ante terceros , y proporcionalmente entre sí, conforme al Código Civil.

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

"Art. 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, previas las compensaciones y deducciones de que habla el mismo Código.

"Art. 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 del Juez, ni tampoco el marido será su representante legal".

"Art. 6o. La curaduría de la mujer casada , no divorciada, en los casos en que aquella deba proveerse, se deferirá en primer término al marido, y en segundo, a las demás personas llamadas por la Ley a ejercerla".

"Art. 7o. Respecto de las Sociedades Conyugales existentes, los cónyuges tendrán capacidad para definir extrajudicialmente, y sin perjuicio de tercero, las cuestiones relativas a la distribución de los bienes que deban corresponder a cada uno de ellos, conforme a esta Ley, y si se distribuyen gaoanciales, se imputará a buena cuenta de lo que hubiere de corresponderles en la liquidación definitiva. De los perjuicios que se causen a terceros, en virtud de estos arreglos, que deberán formalizarse por escritura pública, responderán solidariamente los cónyuges, sin perjuicio de que puedan hacerse efectivos sobre los bienes sociales que se distribuyan".

"Art. 8o. Las cuestiones que se susciten entre los cónyuges o sus sucesores con motivo de la aplicación de esta Ley, serán desatados 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 Juez competente el mismo que conozca o haya de conocer de dicha liquidación.

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

"Art. 9o. Quedan derogadas las disposiciones contrarias a la presente ley".

"Art. 10. Esta Ley entrará a regir el primero de Enero de 1933.

La Ley 28 de 1932 fue dada en Bogotá el día 12 de Noviembre de 1932. Fue publicada en el Diario Oficial número 22.139 del 17 de Noviembre de 1932.

3.3.2.2 Comentarios en torno a la Capacidad Civil de la Mujer Casada y a la Subsistencia de la Sociedad Conyugal. Durante el período de expedición de la Ley 28 de 1932 y a su culminación, se suscitaron largas y dispendiosas controversias en las que se insartaron los defensores y enemigos

de la reforma para tratar de hacer nugatoria estos últimos, el verdadero alcance que las disposiciones puestas en vigencia a partir del 1o. de Enero de 1933 tenían frente al sistema del Código Civil que nos gobernaba desde antaño. Ese enfrentamiento se circunscribía a dos puntos fundamentales: la capacidad civil de la mujer casada y la subsistencia de la sociedad conyugal tal como resultaba concebida y estructurada en el antiguo régimen, tal vez más debativo este segundo aspecto que el primero. Sobre el particular pasamos a comentar las diversas posiciones asumidas por la Doctrina y la Jurisprudencia.

3.3.2.3 Concepto de Algunos Tratadistas. En las páginas siguientes se presentan los distintos argumentos que se han esgrimido en defensa de uno y otro criterio, y se consigna la opinión de nuestro más alto tribunal sobre el asunto. Acompañado cada una de las opiniones que se citan en forma textual de los comentarios pertinentes.

- Opinión De la Torre

El autor de la Ley consideró que si bien el texto definitivo del Artículo 1o. de la misma no hacía expresa referencia a la circunstancia de que por el hecho del matrimonio se contrajera sociedad conyugal, cosa que si ocurría en el proyecto original, no por ello desaparecía la institución pues

to que tal no había sido la intención de los legisladores; muy por el contrario, lo que se había buscado y logrado era el establecimiento de un régimen matrimonial mixto que conjugara los principios de la separación de bienes respecto de la gestión económica durante el matrimonio, y de la comunidad en tanto para efectos de la liquidación, la sociedad ya fuese real o ficticia, adquiría toda su relevancia. Por otra parte, expresaba Lafaille, en el sistema del Código Civil, habida cuenta de que sólo se admitía la actividad del gestor atribuía al marido como sujeto de todos los derechos mientras la mujer permanecía pasiva, la sociedad conyugal no era más que una ficción en menoscabo de los intereses de aquella, que sólo surgía al tiempo de la liquidación, lo que venía a ser no otra cosa que lo dispuesto por la parte final del Artículo 1o. de la ley 23. Esta última expresión de su pensamiento implica desconocer el mandamiento del Artículo 180 del Código Civil que consagraba como hecho causante del nacimiento de la sociedad conyugal, la celebración del matrimonio y, de consiguiente, toda la reglamentación que de él se derivaba para plasmar una serie de fenómeno a través de los cuales el ente nacido del matrimonio precisamente se manifestaba: la confusión que se operaba frente a terceros, de los haberes sociales del marido; el otorgamiento a favor de éste de las facultades de gestión de los bienes sociales y los de la mujer, al resultar la sociedad obligada a enjugar las deudas personales

de los cónyuges; la recompensa , la subrogación, etc.

Latorre, fue un defensor de la existencia de la sociedad conyugal, a partir del momento de la celebración del matrimonio y en la medida en que se adquieran los bienes por los cónyuges y quedaba en libre administración a partir de la liquidación de la sociedad. Sin embargo, cabe anotar que la vigencia de las normas del Código Civil reguladoras de la liquidación se debe, no a la subsistencia de sociedad conyugal después de la expedición de la Ley 28 de 1932 si no precisamente a la circunstancia de ordenar ella que se repute que la ha habido al ocurrir uno de los sucesos previstos por el Artículo 1820 que de no hacerse significaba dejar sin efecto tales preceptos.

- Opinión de Carlos Holguín:

Otro defensor de la subsistencia de la sociedad conyugal, según se desprende de sus afirmaciones siguientes: "Todos los comentadores de la Ley 28 de 1932 están de acuerdo en que esta ley no le puso fin a la sociedad conyugal; esta existe, puesto que hay la repartición de los bienes sociales entre los dos cónyuges según las normas dadas por el Código.

Por tal motivo, todas las normas del Código que establecen

cuales bienes son sociables propios y como se hacen las compensaciones entre bienes sociales y los propios, se encuentran vigentes. Actualmente se disuelve una sociedad conyugal siguiendo el mismo procedimiento que se seguía anteriormente. Por eso se dice que la Ley 28 de 1932 mantuvo la sociedad conyugal".

Si el único efecto de la Sociedad conyugal regulada en el Código hubiera sido la necesidad de efectuar un reparto de acuerdo con ciertas reglas, la argumentación de Holguín resultaría convincente, ya que ella equivale a decir: "hay reparto de acuerdo con el Código, luego hay sociedad conyugal". Sin embargo, ello no era así, y ya se han expuesto algunas de las consecuencias que tenía el régimen de Sociedad independiente del modo de distribuir los bienes.

En realidad, las normas que regulan la forma de proceder al reparto final son sustancialmente, las mismas que regían antes de aquella fecha (Enero 1o. de 1933) pero la misma Ley 28 previó que si en el sistema del Código era posible llegar a una distribución de haberes como conclusión lógica de la estructura de la sociedad conyugal, durante su vigencia ello no sería factible , sin configurar previamente el presupuesto necesario para explicar que la distribución de bienes siguiera haciéndose de acuerdo con las normas del Código y que consiste en la suposición de que ha existido

Sociedad conyugal entre los esposos, desde el momento mismo del matrimonio de no mediar el cambio de régimen.

- Opinión de José J. Gómez:

Posiblemente, uno de los tratadistas que con más afán, ha buscado la manera de demostrar la subsistencia de la Sociedad Conyugal frente a la Ley 28 de 1932, Gómez comparte plenamente lo expuesto por Latorre para demostrar que la modificación introducida al Artículo 1c. del proyecto en la Cámara de Representantes, posteriormente aprobado por el Senado, en ningún caso significó implantación de un sistema distinto al del Código Civil, ya que no fue esta la intención manifestada por los Congresistas, quienes no dudaban en que la referencia expresa al artículo 180 no era la determinante del mantenimiento de la sociedad, siendo posible , por lo mismo, eliminarla sin causar con ella cambios en los efectos de la norma que discutían.

En tratándose de precisar si la sociedad conyugal cuya existencia considera probar José J. Gómez dice: "Sostenemos que la ley consagra una sociedad de bienes entre los cónyuges, reducida a los gananciales, no como ficción sino como realista desde el día de la celebración del enlace hasta aquel en que concurre una de las causales que ponen fin a la sociedad conyugal.

La tesis de Gómez no es convicente bajo ningún aspecto. Si suprimir la remisión al Artículo 180 del Código Civil no implicaba en modo alguno la desaparición de la sociedad conyugal, y con iguales bases puede replicarse que de conservarse tal referencia no se garantizaba la subsistencia de la institución toda vez que la mención que una norma haga de otra no es suficiente para darle o mantenerla con vida si dentro del conglomerado de las que regulan el mismo fenómeno es imposible darle una interpretación que conlleve algún sentido. Además, el que la ley no declare la existencia de una cosa, sino que acuda a suponer que la ha tenido implica el reconocimiento de que tal ente no ha sido. La conservación de la recompensa sólo explica que la extensión y alcance de la masa de bienes afectadas al reparto no ha cambiado, corrigiéndose en esa forma el error observado al comentar el texto del proyecto original en el cual por el mal entendimiento del sistema en que dijo inspirarse Latorre, la distribución comprendía sin distingo todas las adquisiciones realizadas por los cónyuges. La certeza de la repartición de algunos bienes en determinado momento, que en el sistema del Código resultaba de la estructura misma de la sociedad conyugal , no hubiera sido factible a la luz de la Ley 28 de 1932 de no haber supuesto ésta existente tal sociedad durante cierto lapso, lo que se hizo necesario para lograr garantizar a los esposos un peculio,dado que de omitirse esa consideración no se encontraba, al amparo de

la ley, explicación suficiente que justificará el manteni miento del reparto.

Finalmente, el Artículo 7o. de la Ley 28 de 1932, cuyo con tenido también utiliza Gómez en favor de la subsistencia de la comunidad, no tiene tal alcance.

Simplemente, se hizo necesario para solucionar la situación de aquellos matrimonios ya contraído con los que, por manda to del Código, habían nacido sociedad conyugal hasta enton ces administrada por el marido y que no podían permanecer ajenos a la nueva legislación. Era preciso determinar los bienes respecto de los cuales cada esposo continuaría o co menzaría, tratándose de la mujer a ejercitar las facultades de gestión y como en tal caso era muy probable que se com prendiesen gananciales, era lógico imputarlos a los que por mandato de la Ley que ya no como consecuencia de la es tructura del Código, deberían repartirse al ocurrir el su puesto de hecho que la misma preveía.

- Interpretación de la Corte:

La Corte Suprema de Justicia, en conocido fallo del 20 de Octubre de 1937, luego de un breve recuento de lo que ella misma llamó "el régimen matrimonial que adoptaba en Colom bia el Código Civil hasta el 31 de Diciembre de 1932", ma

nifestó que la Ley 28 de ese año no había estirpado de nuestro derecho el sistema de sociedad conyugal para reemplazarlo por uno de separación de bienes, argumentando, como a continuación aparece: " Estas tres disposiciones (los artículos 1,4 y 7 de la Ley 28), junto con el Artículo 5, que le confirma a la mujer casada mayor de edad la plena capacidad civil, judicial y extrajudicial, constituyen el eje fundamental de la Ley, que demarcan la naturaleza,alcance y contenido de la reforma.

Los otros preceptos tienden a facilitar su aplicación y dar normas complementarias.

Sin abandonar el concepto de sociedad conyugal expresado en el Código la reforma cambió sí radicalmente el sistema de disposición y administración, con respecto a terceros, ya no será el marido dueño de los bienes sociales como si ellos formaran con los suyos propios un solo patrimonio;ni tampoco el responsable único de las deudas sociales, a quien los acreedores tienen el derecho de perseguir para hacer efectivo sus respectivos créditos aún sobre sus bienes propios. En adelante cada cónyuge dispone y administra con entera libertad e independencia de otro, tanto respecto de los antiguamente llamados bienes propios como de los adquiridos particularmente por cada cónyuge después del 1o. de Enero de 1933.

De esta manera la sociedad tiene desde 1933 dos administradores en vez de uno; pero dos administradores con autonomía propia cada uno sobre el respectivo conjunto de bienes muebles o inmuebles aportados al matrimonio o adquiridos durante la unión, ya por el marido, ora por la mujer. Y cada administrador responde ante terceros de las deudas que personalmente contraigan, 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.

Según el sistema del Código Civil, por lo que respecta a bienes en el matrimonio, había que distinguir estas tres categorías: bienes del marido, bienes de la sociedad conyugal, y bienes de la mujer. Ante terceros se confundían el patrimonio social y el del marido. Pero disuelta la sociedad conyugal se manifestaba su existencia para los efectos de liquidarla, determinando los aportes y recompensas de cada cónyuge. Entonces era ya cuando ante terceros surgían perfectamente delimitados esos tres patrimonios de los cuales los dos primeros se habían presentado en uno solo, conforme está dicho.

Y del mismo modo que anteriormente la sociedad conyugal permanecía latente hasta el momento de su liquidación, la sociedad que hoy emerge del estado de latencia en que yacía,

a la más pura realidad, con el fallecimiento de algunos de los cónyuges, el decreto de divorcio o de nulidad del matrimonio, o el reconocimiento de lagunas de las causales de separación de bienes, de aquellas que quedaron vigentes por no estar en oposición con la reforma (Art. 154 del Código Civil y Artículo 2o. de la Ley 8 de 1922).

"El Legislador conservó la institución de la Sociedad Conyugal como vínculo patrimonial entendido entre los esposos. Así dijolo varias veces: primero al disponer que 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; después cuando ordena que esa sociedad se divida conforme a las disposiciones normativas del Código Civil y luego en el Artículo 7o. en que autoriza los arreglos de cuentas de las sociedades existentes a efecto de acomodarlas a la nueva gerencia dual y autónoma de marido y mujer en la sociedad.

"Esta insistencia del Legislador no puede desatenderse a merced de objeciones generalmente basadas en la asimilación que pretenda hacerse entre las sociedades existentes ordinarias del derecho común y la sociedad entre esposos. Asimilación inaceptable desde que la última constituye una institución sui generis, de la naturaleza especial, con caracte

rísticas peculiares, que la distinguen de otra institución legal.

3.4 CONCLUSION

La Corte para no establecer"Dos categorías de mujeres casadas", con el consiguiente desconocimiento que ello habría implicado de las nuevas normas sobre capacidad de tales mujeres, acogió una solución que, a la postre condujo a un importante recorte en la capacidad del varón como quiera que éste no podía disponer libremente de los bienes que hubiera adquirido, en tanto que tuviera la calidad de sociales al producirse el cambio de régimen.

Una solución lógica, acorde con los postulados de la Ley 28 de 1932, que tampoco habría establecido distinciones entre las mujeres casadas que hubiere evitado el cúmulo de problemas derivados de la aceptada por la Corte, habría sido la propuesta por Latorre, esto es, la de dar a cada cónyuge la libre administración y disposición de los bienes que, aun que eran sociales el 31 de Diciembre de 1932, figuraban en su cabeza para efectuar asi de una manera directa el paso de un régimen de comunidad a uno de separación con comunidad diferida.

4. ESTATUTO ECONOMICO MATRIMONIAL EN LA LEGISLACION COLOMBIANA

La celebración de un matrimonio pone en funcionamiento todo el conglomerado de normas integrantes del estatuto jurídico regulador de las relaciones pecuniarias de los cónyuges, imponiéndose a la disolución de aquel o en cualesquiera otro de los acontecimientos que según el Código Civil conducían a la liquidación de la sociedad de bienes, la consideración retrospectiva de la existencia de la misma desde la fecha del casamiento, para proceder a hacer efectivos los derechos y obligaciones que, como manifestación clara de la comunión que comporta el matrimonio, la ley atribuye a cada uno de los consortes.

Habida cuenta de la imperactividad de la mencionada consideración legal y a objeto de determinar los bienes y las cargas que han de tomarse en cuenta para efectuar la liquidación referida, es inexorable por mandato de la propia ley 28 de 1932, la aplicación de las reglas a tal efecto contenidas en el Código Civil, las cuales, por lo mismo, merecen especial examen, sin omitir clara está, las observaciones

atinentes a las reformas introducidas a ellas por la Ley 28 citada. De igual manera es procedente analizar los aspectos relativos a la gestión patrimonial constante matrimonio, como también a la disolución de la Sociedad Conyugal y finalmente, a la partición de bienes y reparto de gananciales.

4.1 DEL ACTIVO EN EL REGIMEN DEL CODIGO CIVIL

La sociedad conyugal consistía en un sistema de gestión de los bienes que los esposos tuvieran al momento de contraer matrimonio y que adquirieran luego, para cuyo manejo se distinguían tres haberes o cuentas o categorías de bienes, cuales son: el haber de la sociedad conyugal, el haber del marido y el haber de la mujer.

Generalmente, el activo social integraba por todos los bienes muebles que los esposos tuvieran al casarse y por las ganancias obtenidas durante la sociedad, esto es por, las adquisiciones muebles e inmuebles logradas a título oneroso. La categoría relativa a los bienes propios del marido, y de la mujer se componía de aquellos de naturaleza inmueble que fuesen suyos con anterioridad a la celebración del matrimonio, así como de los inmuebles adquiridos después a título gratuito.

4.1.1 Del Haber de la Sociedad Conyugal. Puede afirmarse que en el sistema del Código lo que no es de la sociedad es de los esposos, y que, en principio, se atribuye a la sociedad la mayor parte de los bienes de los esposos. Por activo social se entiende el conjunto de bienes y derechos que tiene la sociedad conyugal a su favor, apreciables en dinero, es decir, todos aquellos bienes muebles e inmuebles que la sociedad adquiera, al igual que los derechos reales y crediticios cuya titularidad se le atribuya.

El Artículo 1781 del Código Civil prescribe la integración del haber social, es un tanto confuso por razón de las modificaciones que sufrió durante el proceso de su redacción, para cuyo entendimiento es necesario conocer la evolución del pensamiento de Bello sobre el particular: El autor del Código Chileno pensó, en primer término, en seguir el modelo hispano de la Sociedad de ganancias, de modo que ingresaban al haber social los bienes adquiridos especialmente a título onerosos después de celebrado el matrimonio. De esta suerte, los bienes propios hubieran sido los muebles e inmuebles que los esposos tuvieran al casarse y los que adquirieran luego a título diferente del oneroso y las cosas fungibles.

En una última revisión aumentó el haber de la Sociedad Conyugal, las "especies muebles" vale decir, las cosas muebles

identificables. Con ello el proyecto se completó; empero, las reglas complementarias del haber social (Artículos 1782 y 1788 del Código Civil Colombiano), es decir, las que precisaban cuáles eran los bienes propios de cada uno de los Cónyuges permanecieran sin la corrección pertinente, habién dose expedido así el Código de Chile. Esto determina el punto máximo de confusión en torno al Artículo 1781 a que nos venimos refiriendo.

En la norma comentada se distinguen dos grupos de bienes que la doctrina chilena ha dado en denominar activo o haber absoluto y activo o haber relativo de la Sociedad Conyugal, terminología ésta no por cómoda menos inexacta, con la cual se designa como haber absoluto al conformado por los bienes que ingresan a la sociedad en forma definitiva, sin carga de devolución, y como haber relativo al que agrupa bienes cuyo ingreso a la sociedad se hace mediando una recompensa a favor del Cónyuge aportante o adquiriente de los mismos. Se ha expresado que tales acepciones son equívocas por cuanto no existen en el Artículo 1781 bienes que ingresen en forma definitiva o provicional a la sociedad conyugal. El sentido, de la norma es otro: el haber absoluto se constituye con aquellos bienes que engrosan al activo social con la vocación de ser repartidos al momento de la liquidación, pues se suponen logrados con el esfuerzo de los esposos, mientras los bienes que conforman el haber relativo aunque también serán

objetos de reparto entre los esposos, no son resultante de la comunidad de vida; la razón para considerar dichos bienes como pertenecientes a la sociedad conyugal, fue la necesidad de fortalecer su crédito a la vez que el del marido, lo cual se traducía en una mayor garantía para los terceros acreedores.

4.1.1.1 Activo o Haber Absoluto. A esta clase de bienes se referían los numerales 1o, 2o. y 5o. del Artículo 1781 del Código, ello eran:

a. "Los salarios y emolumentos de todo género de empleos y oficios devengados durante el matrimonio ". Antes de pasar adelante es preciso aclarar que tanto en este como en otros numerales del mismo artículo se habla de los bienes adquiridos "durante el matrimonio" , lo cual constituía una impropiedad del Código, por cuanto ha debido referirse a aquellos que se adquieran "durante la Sociedad Conyugal", pues existían circunstancias en que esta se determinaba, sin que ello fuera debido a la disolución del matrimonio o a su anulación.

En tales casos (divorcio por ejemplo), los bienes que posteriormente adquieran los cónyuges lo eran "durante el matrimonio", pero ello no implicaba que ingresaran a la sociedad conyugal . pues ella ya no existía.

Hecha la anterior aclaración, procedemos a iniciar el estudio del citado numeral 1o. del Artículo 1781. La primera observación que ha de hacerse, es otra; dado lo amplio de la redacción del texto en él se comprenden todo género de remuneraciones que recibiera cualquiera de los cónyuges como contraprestación por la realización de un servicio; abarcaba entonces, salarios, comisiones, honorarios, prestaciones sociales, etc. Todas estas sumas ingresaban al haber social de manera definitiva, y por ello el cónyuge que las había ganado no tenía el derecho a reclamar recompensa alguna al finalizar la sociedad.

Si se trataba de sumas de dinero que hubieran empezado a devengarse desde antes del matrimonio y continuaran devengándose durante él, se hacía necesario establecer una distinción.

Si se trataba de trabajos divisibles, correspondía a la sociedad conyugal la parte de remuneración que retribuyera el trabajo ejecutado después del matrimonio , y el resto, o sea la parte que correspondía al trabajo realizado antes del matrimonio, también ingresaban en el haber social pero ya no, en el absoluto, sino en el relativo, con lo cual daba derecho al respectivo cónyuge para reclamar posteriormente la recompensa del caso. Por el contrario. si no era posible estimar la parte de la remuneración imputable a la

labor realizada antes y después del matrimonio, y pago total, se hacía durante la vigencia de la Sociedad Conyugal, las sumas recibidas ingresaban al haber absoluto sin que hubiera, por lo tanto, derecho a ninguna recompensa

b. "Los frutos, pensiones, intereses y lucros de cualquiera naturaleza que provengan, sea de los bienes sociales, sea de los bienes propios de cada uno de los cónyuges y que se devenguen durante el matrimonio". En el numeral 2o. del Artículo 7181 del Código era redundante, pues todos los criterios allí enunciados quedaban comprendidos dentro del término fruto que traía en su comienzo. De todas maneras la norma que se comenta disponía que formaban parte del haber absoluto de la sociedad, tanto los frutos producidos por los bienes que tuvieran la calidad de sociales, como los provenientes de los bienes propios de uno u otro cónyuge. Con respecto a los primeros, se trata de una simple aplicación de las reglas generales en materia de frutos, que disponen que ellos pertenecen al dueño del bien que los produce.

En efecto, por virtud del modo accesión a el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce. "De esta manera, resultaba lógico que siendo la sociedad dueña de determinados bienes, los frutos que ellos produjeran formaban parte del haber social".

c. "Todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio", a título oneroso. Con las palabras anteriores, el numeral 5o. del Artículo 1781 del Código comprendía perfectamente los rubros previstos por él mismo en los numerales 1o. y 2o. por cuanto las remuneraciones provenientes de la prestación de un servicio y los frutos producidos por los bienes, responden al criterio de adquisición a título oneroso consagrado en este numeral 5o.

A pesar de la brevedad con que estaba redactado, este numeral constituía indudablemente la mayor fuente de ingresos de la sociedad conyugal, pues por su amplitud comprendía a todos los bienes, tanto muebles como inmuebles, que fueron adquiridos por uno cualquiera de los cónyuges, siempre que mediara un título oneroso para tal adquisición.

Según el Artículo 1497 del Código un contrato es oneroso "Cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes gravándose cada uno en beneficio del otro", y es gratuito o de beneficencia "cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen".

Estos conceptos eran aplicables para determinar la onerosidad del acto por medio del cual se hacía la respectiva adquisición siempre que él fuera un contrato, para precisar tal calidad con respecto a otros casos, o a otras formas de

adquisición, era necesario acudir a conceptos más amplios.

Por último, conviene advertir que había excepciones al principio de que todo bien adquirido a título oneroso ingresaba al haber social, ellas se concretaban, especialmente en el caso de la subrogación real, y cuando la mujer hacía adquisiciones con los frutos provenientes de los bienes respecto de los cuales ejercía una administración separada e independiente de su marido.

4.1.1.2 Activo o Haber Relativo. Los bienes integrantes de esta categoría eran aquellos a que se refería el Código en los numerales 3o., 4o., 6o., del artículo 1781 a saber:

a. "El dinero que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio o durante el adquiriere, obligándose a la sociedad a la restitución de igual suma". Pese a la forma tan amplia del texto era preciso limitar su alcance, para hacer de él una interpretación que armonizará con las demás reglas sobre bienes integrantes de la sociedad conyugal. Así, teniendo en cuenta que en el artículo 1781 numeral 5o. se disponía el ingreso al haber absoluto de todos los bienes habidos a título oneroso, por uno u otro de los cónyuges, y dentro de estos bienes se incluía el dinero (como lo afirmaba el numeral 1o. del mismo artículo), era lógico deducir que en el citado numeral tercero únicamente se aludía al

dinero que poseyeran los consorte desde antes del matrimonio, así como al adquirido por ellos durante la existencia de la sociedad conyugal, siempre que este último lo fuera por virtud de un título lucrativo.

La explicación de la distinción que hacía el código en el tratamiento del dinero, según que fuera adquirido o no a título oneroso, es fácil de comprender si se recuerda que la finalidad fundamental a que apuntaba el regimen de sociedad conyugal previsto en el Código, era la de impedir que solamente el cónyuge que realizara las adquisiciones (normalmente el marido) , se beneficiaba con ellas, cuando era de suponerse que la colaboración de la esposa, aunque silenciosa en muchos casos, era uno de los presupuestos que permitía explicar tales adquisiciones. Se consideraba, así la sociedad conyugal como una manifestación externa de la comunidad de esfuerzos por los cónyuges con miras a lograr el mejoramiento de la familia en todos los aspectos. Con base en esto, y teniendo presente que las sumas recibidas a título gratuito por uno de los cónyuges no respondía a la realización de trabajo sacrificio alguno por su parte, sino que aquellas obedecían a la simple intención liberal de un tercero (si se trataba de donación o legado). En el Código se sentó el principio de que las sumas de dinero aunque ingresaran a formar parte del haber social, no lo hacían de manera absosluta y definitivas, sino que debían

restituirse al cónyuge a quien se habían destinado, al terminar la sociedad conyugal.

Por la misma razón, el dinero habido por los cónyuges antes del matrimonio recibía igual trato.

El numeral 4o. del artículo 1781 del Código, se permitía a los esposos eximieran del ingreso a la sociedad conyugal ciertos bienes muebles, siempre que los detallaran en capitulaciones matrimoniales o en una lista firmada por ellos y tres testigos. Esta regla no podía aplicarse al dinero, y, por este motivo, todo el que tuviera al momento del matrimonio ingresaba en el haber relativo en cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 3o. La razón para no poder hacer se extensiva la facultad concedida en el inciso 2o. del numeral 4o. al dinero que se poseyera en el momento del matrimonio, estribaba en que ella constituía una disposición exceptiva de los principios generales, por lo cual solamente podía aplicarse a las situaciones precisas contempladas en ella.

b. "Las cosas fungibles y especies muebles que cualquiera de los cónyuges aportara al matrimonio o durante él adquiriere (sic); quedando la sociedad obligada restituir su valor según el que tuvieron al tiempo del aporte o de la adquisición". Respecto de este numeral 4o. conviene hacer la

misma climitación que antes se explicó al tratar el caso del dinero habido durante la sociedad conyugal, con lo cual queda comprendido únicamente los muebles que los cónyuges tuvieran en el momento de contraer matrimonio, y los que adquieran con posterioridad a esa fecha mediante un título no oneroso, pues en el caso contrario, ellos se habían regido por la norma del numeral 5, que los hacía integrantes del haber absoluto.

El criterio de Bello no fue uniforme en todos los proyectos. Así en los dos primeros, acogió el criterio de que la sociedad debía restituir "el valor de las cosas fungibles que cualquiera de los cónyuges aportara al matrimonio según el que tenga al tiempo del apreste".

De esta manera, la opinión de Bello varió para disponer que el valor determinante del monto de la restitución debida al cónyuge aportante o adquirente, debía ser el del dinero habido durante la sociedad conyugal, con lo cual queda comprendido únicamente los muebles que los cónyuges tuvieran en el momento de contraer matrimonio, y los que adquirieran con posterioridad a esa fecha, mediante un título no oneroso, pues en el caso contrario, ellos se habrían regido por la norma del numeral 5o, que los hacía integrantes del saber absoluto.

El criterio de Bello no fue uniforme en todos los proyectos. Así en los dos perimeros , acogió el criterio de que la sociedad debía restituir "el valor de las cosas fungibles que cualquiera de los cónyuges aportara al matrimonio según el que tenga al tiempo del aporte".

De esta manera, la opinión de Bello varió para disponer que el valor determinante del monto de la restitución debida al cónyuge aportante o adquirente, debía ser el del respectivo bien al momento de la disolución de la sociedad.

Tal como se advierte anteriormente, en el inciso 2o. del numeral 4o. que se estudia el Código permitía que los cónyuges eximieran de la comunidad "cualquiera parte de sus especies muebles, designándolas en las capitulaciones, o en una lista firmada por ambos y por tres testigos domiciliados en el territorio".

Si los cónyuges hacían uso de esa potestad, los muebles exceptuados eran parte de la otra categoría de bienes que se distinguían en la época de la vigencia del régimen de sociedad conyugal: la de los bienes propios.

Como en el numeral 4o. se hablabla de "cosas fungibles y especies muebles", allí se aludía no sólo a bienes corporales sino también a las cosas incorporales, que según el Artículo

664 del Código Civil, son "derechos reales o personales", en cuanto ellas se reputaran muebles al tenor de lo previsto en el Artículo 667 ibidem. De igual manera, como, según el Artículo 668 del Código Civil", los hechos que se deben se reputan muebles", ellos ingresaban al haber relativo de la sociedad, cuando el derecho de exigirlo había sido adquirido antes del matrimonio.

Finalmente, cabe agregar que no estaban comprendidas dentro del numeral 4o. las cosas que "siendo muebles por naturaleza se reputan inmuebles por destino", como las enumeradas en el Artículo 658 del Código, pues ellas no caben dentro de la categoría de bienes muebles.

c. "Los bienes raíces que la mujer aporta al matrimonio apreciados para que la sociedad le restituya su valor en dinero": la regla general en materia de bienes inmuebles poseídos por los cónyuges desde antes del matrimonio, era que ellos no ingresaran al haber social, sino que permanecieran dentro de la categoría de bienes propios de su dueño. Pero en el numeral 6o. del Artículo 1781 se establecía esta excepción: permitir a la mujer aportar lo suyo a la socedad, con lo cual quedaba ésta obligada a restituir su valor al disolverse, según el que tuvieran en el momento del aporte.

De conformidad con el inciso 2o. de aquel numeral, dicho aporte debía hacerse mediante escritura pública, que podía ser la misma por virtud de la cual se otorgaran capitulaciones matrimoniales.

El Código autorizaba a los consorte para estipular que la restitución podía realizarse en dinero o en especie , a elección de cualquiera de ellos. En este caso era preciso esperar hasta la disolución de la sociedad para saber que iba a ser restituída a la mujer. Eran estos los bienes a que se referían el Artículo 1810 del Código Civil, diciendo que el marido podía estar obligado a restituirlos en especie. Este Artículo fue derogado por la Ley 28 de 1932, en el cual la Corte Suprema de Justicia sentó la doctrina de que respecto a esta disposición: "La infracción del Artículo 1810 del Código Civil sólo genera nulidad relativa " (Casación 17 de Septiembre de 1915).

4.1.2 Razón de la Distinción entre el Haber Absoluto y Relativo. En resumen , puede decirse que el llamado haber relativo está integrado por tres tipos de bienes:

- Todos los muebles que los esposos tuvieran al momento de celebrarse el matrimonio.

- Los muebles que ingresaren al patrimonio de cualquiera

de los cónyuges, durante la vigencia de la sociedad conyugal y cuyo título de adquisición fuera o no oneroso.

- Los inmuebles aportados expresamente por la mujer para que la sociedad se los restituyera en dinero o en especie al ocurrir su disolución.

Dejando de lado al tercero grupo que puede considerarse excepcional, pues para su configuración se requería el otorgamiento de capitulaciones, se observa que los otros dos estaban formados por bienes que no respondían al concepto de gananciales, por lo cual no eran objeto de reparto entre los cónyuges sino que, terminaba la sociedad, se restituían a quien los había aportado o adquirido durante su existencia.

Puede precisarse el alcance de las disposiciones que contenían los Artículos 1782 y 1788 del Código Civil, los cuales, a primera vista, representaban una derogación de los principios generales referentes a la integración del activo social. Una interpretación literal de las normas habrá llevado a concluir que cualquier bien que ingresare al patrimonio de uno de los cónyuges por virtud de una donación, herencia o legado estaba exento de pasar a ser integrante del haber social, y por lo tanto, quedaba dentro de los bienes propios del cónyuge que lo hubiera adquirido. Entendido así las reglas

de aquellos artículos, habría supuesto una excepción a la regla según la cual todos los bienes muebles ingresaban al haber social: si habían sido adquiridos mediante un título oneroso, al haber absoluto, y al relativo en el caso contrario.

Teniendo en cuenta estos antecedentes, la doctrina dedujo que los Artículos 1782 y 1788 sólo debían entenderse referidos a los inmuebles, con lo cual se armonizaba su contenido con el artículo 1781 En este sentido la Corte en sentencia de 31 de Agosto de 1935 al afirmar "tómese el Artículo 1782 sin relacionarlo con el que lo precede, y ha de imponerse la conclusión de que el dinero heredado durante el matrimonio por cualquiera de los cónyuges, aumente el haber del heredero en vez de agregarse a la sociedad conyugal. Pero coordinénse estas dos disposiciones, colocadas dentro de un mismo capítulo, una después de otra y será preciso concluir diciendo que el Artículo 1782 mira las adquisiciones de bienes raíces solamente, puesto que las de dinero y otras especies muebles, no eximidas de la comunión en las capitulaciones o en la lista testificada que autoriza la ley, deben entrar en el haber de la sociedad conyugal.

4.1.3 Aspectos que Merecen Especial Consideración.

a. Integración del haber social según la fecha de adquisi

ción de los bienes.

La fecha del título de adquisición de un bien era la circunstancia a la que debía atenderse para establecer su carácter social, aún cuando el respectivo modo de adquirir ocurriera durante o después de la vigencia de la sociedad conyugal. De esta suerte, las reglas contenidas en los artículos 1792 y 1793 del Código Civil expresaban pertenecer a los esposos aquellos bienes que adquiridos onerosamente durante la sociedad lo fueran por virtud de un título anterior a ella, Correlativamente, consideraban sociales los bienes que adquiridos después de disuelta la sociedad habrían debido serlo durante su existencia de no ser por alguna circunstancia que hubiera entrabado su ingreso al haber común.

Como es claro, la aplicación del Artículo 1792 del Código tenía lugar exclusivamente respecto de inmuebles, por manera que el ingreso al haber social de los bienes muebles constituía regla general perteneciendo, si el título precedía a la sociedad, al haber relativo de la misma con la carga de la correspondiente recompensa en favor del cónyuge adquirente.

b. Bienes adquiridos por los cónyuges a título lucrativo.

Disponían los artículos 1782 y 1788 del Código Civil, el ingreso al haber propio de los esposos de aquellas adquisiciones que en virtud de donación, herencia o legado a cualquier otro título gratuito hubiese hecho ambos o uno de ellos, sin que tuviese relevancia alguna la circunstancia de haberse realizado el respectivo acto en favor de uno de los cónyuges, por consideración al otro.

Es indudable , así fue entendido por la doctrina y la jurisprudencia, que las normas referidas comprendía exclusivamente aquellas adquisiciones de bienes de naturaleza inmuebles realizadas durante la existencia de la sociedad conyugal, por manera que entratándose de dinero o de otras especies muebles tenían plena vigencia las reglas sobre integración del haber social.

Así, pues, los bienes que lo fueran muebles, habidos por los esposos mediando una causa lucrativa ingresaban inexorablemente al patrimonio de la sociedad con la carga para ésta de la correspondiente recompensa exigible a su disolución, excepción hecha de aquellos que asignados gratuitamente a la mujer, lo hubiesen por parte del marido, pues en tal evento se operaba separación parcial de bienes por mandamiento legal, perteneciendo entonces tales cosas de manera exclusiva a la mujer.

Por lo tocante con el contrato de donación entre vivos, es pertinente notar que aún siendo este gratuito, no es ello óbice para que el donante pueda imponer al donatario cier tas cargas que en modo alguno desvirtúan su carácter de donación. Se estará entonces, en presencia de las denomina das donaciones modales, pudiendo ser el gravamen que se im pone de carácter pecuniario entediendo por tal, una suma que deba gastar el donatario por disposición expresa del donante o consistir en la realización de una acción deter minada.

En el primer caso, establecido el graven en favor del cón yuge donatario y versando el contrato sobre un bien inmueble, es preciso concluir que ingresaba él, al haber propio de dicho cónyuge, pero donándose muebles entraban ellos a for mar parte del haber social relativo, causándose la recompen sa respectiva en favor del donatario. Igual ocurría al im ponerse el modo en cuestión en favor de un tercero, aunque en este caso, era menester deducir previamente del monto de la donación el importe de la carga a que ella estuviere afectada para determinar así la magnitud del incremento en el patrimonio del donatario por virtud de la liberalidad del donante, a la cual parte era aplicables el tratamiento que se ha expuesto.

De consistir el modo en la realización de un acto o en la

observancia de una conducta determinada no apreciable en dinero por parte del beneficiario, el bien materia de la donación pertenecía a éste o hacía parte del haber relativo de la sociedad según fuera mueble o inmueble respectivamente.

Por otra parte, puede ocurrir que la donación sea remuneratoria, es decir, que se haga con el ánimo de retribuir la prestación de servicios específicos siempre que se trate de aquellos que suelen pagarse, siendo necesario para que tenga tal carácter que el donante se lo haya atribuído expresamente en la correspondiente escritura y que, además se especifiquen los servicios cuyo valor se pretendan cancelar, so pena de entenderla gratuita.

El Artículo 1499 del Código Civil en el inciso 2o. parece indicar que basta uno solo de los requisitos aludidos para que la donación se considere remuneratoria.

El Artículo 1794 de la misma obra disponía el ingreso al haber propio de los cónyuges de los bienes donados en retribución por la prestación de servicios que no daban acción contra la persona del donante, en tanto que pertenecían a la sociedad cuando el pago de tales servicios era susceptible de ser perseguido coactivamente y hasta concurrencia de lo que diera acción, a no ser que los servicios se hubie

ran prestado con anterioridad a la vigencia de la socie dad para entonces los bienes donados eran de los cónyuges exclusivamente.

c. Adquisición hecha por algunos de los cónyuges del te rreno contiguo a una finca de su propiedad.

Sobre el particular el Artículo 1784 del Código Civil ex presaba las siguientes reglas: la adquisición por uno de los cónyuges de un terreno colindante a una finca cuya se regía por lo dispuesto en el Artículo 1781 ibidem, es decir, que si había sido adquirido en virtud de un título oneroso durante la existencia de la sociedad conyugal ingresabar al haber social. Sin embargo, si entre el terreno y la fin ca propia de uno de los cónyuges se formaba una heredad o edificio que no pudiera desmembrarse sin daño o perjuicio, se entendía que pertenecía en común al cónyuge y a la socie dad conyugal siendo éstos condueños de todo, a prorrata de los respectivos valores que tuvieran los predios al tiempo de incorporación.

A pesar de que la norma contemplaba el caso de que el terre no fuera adquirido por el propietario del predio vecino, na da impedía aplicar la solución en ella contenida al evento en que fuera el otro cónyuge quien realizaba la adquisición, si concurrían los demás supuestos de hechos previstos por

la misma ley.

d. Adquisición hecha por alguno de los cónyuges de la propiedad de un bien que poseía con otras personas proindiviso.

Si uno de los cónyuges poseía, antes de celebrarse el matrimonio, un bien en común con otras personas, y durante la vigencia de la sociedad adquiría la propiedad del mismo mediante un título oneroso, se formaba igualmente una comunidad perteneciendo la cosa al cónyuge y a la sociedad, a prorrata del valor de la cuota de aquel y de lo que hubiera costado la adquisición de las demás.

El texto de la norma que nos ocupa (Artículo 1785 C.C.), ha de entenderse referido únicamente a bienes inmuebles, por cuanto en tratándose de muebles, el derecho que tuviera uno de los cónyuges proindiviso sobre una cosa, se consideraba también mueble, y por lo tanto, ingresaba al haber relativo de la sociedad.

La adquisición posterior a título oneroso, hecha por el cónyuge de las cuotas restantes sobre el bien en cuestión, se determinaba pertenecer ellas al haber absoluto de dicha sociedad, a no ser que por razón de no existir onerosidad en el acto hiciese todo el bien parte del haber social relativo.

e. El descubrimiento de un tesoro por uno de los cónyuges.

De conformidad con el Artículo 700 del Código Civil, entiendese por tesoro a la moneda u joyas, efectos preciosos que elaboradas por el hombre, han estado largo tiempo sepultadas o escondidas, sin que haya memoria ni indicio de su dueño. El Código señala igualmente, la parte que del tesoro corresponde a quien lo encuentra y al dueño del terreno en que se hallaba, si se trata de distintas personas, precepuando que se dividirá por partes iguales siempre que el hallazgo sea fortuito, o que la búsqueda haya sido autorizada por el propietario del predio respectivo.

Esta norma tenía aplicación frente al caso previsto en el Artículo 1787, en el cual se distinguían varias reglas a saber:

1. Si el cónyuge que realizaba el hallazgo era propietario del terreno en que se encontraba el tesoro, la totalidad de ésta ingresaba al haber propio de dicho cónyuge.

2. Si el tesoro se hallaba en un predio perteneciente a la sociedad conyugal, la mitad correspondía a ella y el resto ingresaba al haber propio del cónyuge que lo había descubierto.

3. Si uno de los cónyuges hallaba el tesoro en terreno de su consorte, el valor de aquél tocaba mitades a cada uno de los esposos.

Algunos autores sostienen que el Artículo 1787 citado es impreciso, por cuanto siendo los tesoros bienes muebles deberían ingresar, para ser congruentes con las normas comentadas en su oportunidad, al haber relativo de la sociedad conyugal y no al propio de los cónyuges. Sin embargo, se considera que la referida disposición constituye una excepción al mencionado principio general.

4.1.4 Del Haber Propio de los Cónyuges. Se constituía éste, como su nombre lo indica, con los bienes propios de cada uno de los esposos que, por lo mismo, no ingresaban al haber social y que no podían ser sino aquellos que por exclusión resultaban del artículo 1787 del Código Civil.

4.1.4.1 Aclaración Previa. Se ha dicho que en el régimen del Código Civil, la formación de la sociedad conyugal iba acompañada de la distinción de tres categorías de bienes, de los cuales se estudió la primera en la sección anterior. Las otras dos, es decir, las de bienes propios del marido y propios de la mujer, se estudiaran en los párrafos siguientes, de manera conjunta, ya que las diferencias existentes entre ellas consistían especialmente en su forma de ad

ministración, más no en su integración.

4.1.5 Integración del Haber Propio. Los bienes que no ingresaban a ninguno de los haberes sociales, según las reglas del Código, eran:

4.1.5.1 Bienes Inmuebles que cualquiera de los Cónyuges tuviera a la celebración del matrimonio. El Código no lo decía en forma expresa pero como tales inmuebles no se hallaban comprendidos en ninguno de los numerales del artículo 1787, es fácil deducir que no formaban parte del haber social. Al estudiar el numeral 6o. de aquel precepto legal, se llega a la misma conclusión, por cuanto en él se decía que para que ingresaran al haber social los bienes raíces que la mujer tuviera antes del matrimonio, era preciso que ella hiciera el aporte respectivo en forma expresa y escrita.

Como se observa, en relación con los inmuebles anteriores al surgimiento de la sociedad conyugal, el tratamiento que recibían era totalmente opuesto al que se daba a los muebles, pues estos si ingresaban, por regla general al haber social.

Los motivos en que se fundó Bello, para establecer esta clase de desigualdad, ya se explicaron; por tanto aquí basta

recordar que estriban, básicamente , en la facilidad de identificación de los inmuebles, facilidad que no se presenta con respecto a los muebles.

4.1.5.2 Los Bienes Inmuebles adquiridos durante la vigencia de la Sociedad Conyugal a título Diferente del Oneroso. La base legal del anterior aserto, se encuentran en los artículos 1782 y 1788 del Código Civil que disponían que las adquisiciones hechas por uno de los cónyuges o simultáneamente por ambos, a título lucrativo, pertenecían a ellos exclusivamente y no al haber social.

El sentido de las normas citadas pudiere resultar confuso habida cuenta de que en apariencia se refieren ambas tanto a muebles como a inmuebles, obedece ello a que su redacción inicial no fue modificada a pesar de los cambios , o mejor aún de las adiciones, introducidas por Andrés Bello a la letra del Artículo 1781 , que fueron ya mencionadas.

De esta suerte, el texto de los Artículo 1782 y 1788 se ajustaba plenamente a la idea de una Sociedad reducida a gaoancias, pero al incluir ella también bienes muebles debieron hacerse las correcciones pertinentes a efecto de referirlas ajustada del pensamiento definitivo de Bello consciente en entender que son ellas aplicables únicamente a bienes inmuebles, puesto que respecto a muebles tiene plena

vigencia el Artículo 1781 del Código que dispone su ingreso al haber social relativo.

4.1.5.3 Los Bienes muebles expresamente exceptuados de la Comunidad. Establecía el Código que todos los bienes muebles que los esposos aportarán al matrimonio o adquieran durante la existencia de la Sociedad Conyugal, ingresaban al haber social. Es por ello, que la norma consagrada en el numeral 4o., inciso 2o. del Artículo 1781 constituía una excepción al principio general antes citado, por cuanto permitía a los futuros esposos excluir de la Sociedad bienes muebles, mediante la celebración de capitulaciones matrimoniales en que se los designara o haciéndoles constar en una lista firmada por tres testigos domiciliados en la República.

4.1.5.4 Los Aumentos de los Bienes Propios de los Cónyuges. El Artículo 1783 ordinal 3o. del Código Civil expresaba no componer el haber de la sociedad entre cónyuges "los aumentos materiales que acrecen a cualquiera especie algunos de los cónyuges, formando un mismo cuerpo con ella por aluvión, edificación, plantación o cualquiera otra causa". De la misma manera, los aumentos de valor que registraran los bienes propios de los esposos no hacían parte del activo social, aunque debíase recomapensa en favor de la sociedad por los gastos que se hubieran hecho para incrementar el valor de dichos bienes, a menos que el aumento se

debiera a causas naturales e independientes de la industria humana, caso en el cual nada se debía a la sociedad.

4.1.5.5 Los Vestidos y Muebles de uso personal necesario. Conforme al Artículo 1795 en su inciso final del Código CIvil, se consideraban como pertenecientes a la mujer sus vestidos y todos los muebles de uso personal necesario, no obstante la presunción establecida por la misma norma según la cual el dinero, los demás bienes muebles, créditos derechos y acciones que los cónyuges tuvieran al disolverse la Sociedad Conyugal eran de la misma. Aunque la disposición aludía únicamente a la mujer, no se cuenta razón alguna que impidiera su extensión al marido; de modo pues que los vestidos de uno y de otro cónyuge hacían parte de su haber propio. De otra parte, para que se calificarán de propios otros bienes muebles de los esposos era menester su destinación al uso personal de éstos y que tal uso fuere necesario.

De todas maneras, si la presunción contenida en el artículo 1801 del Código en el sentido de haber sido realizado por la sociedad los gastos de adquisición de dichos bienes no resultaban desvirtuada, causábase recompensa a su favor por el valor de esas erogaciones.

debiera a causas naturales e independientes de la industria humana, caso en el cual nada se debía a la sociedad.

4.1.5.5 Los Vestidos y Muebles de uso personal necesario. Conforme al Artículo 1795 en su inciso final del Código CIvil, se consideraban como pertenecientes a la mujer sus vestidos y todos los muebles de uso personal necesario, no obstante la presunción establecida por la misma norma según la cual el dinero, los demás bienes muebles, créditos derechos y acciones que los cónyuges tuvieran al disolverse la Sociedad Conyugal eran de la misma. Aunque la disposición aludía únicamente a la mujer, no se cuenta razón alguna que impidiera su extensión al marido; de modo pues que los vestidos de uno y de otro cónyuge hacían parte de su haber propio. De otra parte, para que se calificarán de propios otros bienes muebles de los esposos era menester su destinación al uso personal de éstos y que tal uso fuere necesario.

De todas maneras, si la presunción contenida en el artículo 1801 del Código en el sentido de haber sido realizado por la sociedad los gastos de adquisición de dichos bienes no resultaban desvirtuada, causábase recompensa a su favor por el valor de esas erogaciones.

4.1.5.6 Los inmuebles provenientes de subrogación. La subrogación es el fenómeno consistente en la sustitución de un bien por otro o en la transmisión de un derecho de una persona a otra, manteniéndose la situación jurídica preexistente. La subrogación puede ser personal si consiste en la transmisión de los derechos al acreedor a un tercero, que lo haga, y real si implica la sustitución de un bien por otro, tomándose éste lugar de aquel y conservando idéntica situación jurídica que la atribuía al primero.

Dentro del régimen patrimonial del matrimonio tiene relevancia únicamente la subrogación real, puesto que facultándose a los esposos para reemplazar sus bienes propios se buscaba evitar que la sociedad conyugal resultara enriquecida con la enajenación que los cónyuges hicieran de bienes integrantes de su propio peculio, en detrimento del consorte enajenante.

Los artículos 1788 y 1790 del Código Civil, regulaban el fenómeno de la subrogación real de una manera totalmente acompasada con las personas sobre integración de los haberes sociales de los cónyuges, señalando que existían dos posibilidades de reemplazo: de inmueble a inmueble y de inmueble a valores, los cuales igualmente se enunciaban en los ordinales 1o. y 2o. del Artículo 1783.

La operancia de la subrogación en algunos casos estaba subor

dinada al cumplimiento de ciertos requisitos, a saber:

a) La permuta del bien inmueble por el inmueble subrogado, o la venta del inmueble o de valores propios de uno de los cónyuges, seguida de la compra con dinero de otro inmueble.

b) La expresión de ánimo de subrogar por parte del cónyuge propietario del inmueble o los valores, la cual debían constar en la escritura de permuta o en las escrituras de ventas y de compras según el caso.

Además, en tratándose de subrogación de inmuebles a valores era preciso que éstos hubiesen sido designados a ellos en capitulaciones matrimoniales o en una donación por causa de matrimonio. La inobservancia de este requisito hacía que no operara la subrogación pretendida, ingresando por ello el bien adquirido al haber social con la recompensa respectiva en favor del cónyuge en virtud de lo dispuesto en el Artículo 1797.

c) Proporcionalidad entre los valores de los bienes materia de la la subrogación. La ley señalaba al respecto un margen de tolerancia dada que en la práctica era casi imposible lograr la igualdad en los precios de los bienes en cuestión. De ahí que el artículo 1790, del Código estableciera: "Si se subroga una finca por otra, y el precio de venta de la anti

gua finca excediera al precio de compra de la nueva, la sociedad deberá este exceso al cónyuge subrogante; y si por el contrario, el precio de compra de la nueva finca excediere al precio de venta de la antigua, el cónyuge subrogante deberá este exceso a la sociedad.

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

La misma regla se aplicará en caso de que el subrogante fuera de un inmueble a valores.

Como puede observarse, la norma contemplaba las diferentes situaciones que podían presentarse, señalando que cualquier exceso que debiera pagarse para adquirir el nuevo bien inmueble causaba recompensa en favor de la sociedad y en contra del cónyuge subrogante, mientras que si de la subrogación, resultaba algún residuo ingresaba éste al haber social debiendo entonces, la sociedad recompensa al respectivo consorte.

Empero, en el inciso final del citado artículo, preveíase el evento en que la subrogación no operaba, como quiera que de permitirse una gran desproporción entre los precios de los

bienes intervinientes en la subrogación, se desquiciaría todo el sistema de la sociedad conyugal, siendo entonces posible a los cónyuges distraer los fondos sociales en proyecto propio. De esta suerte, si el saldo en favor o en contra de la sociedad conyugal era superior a la mitad del precio del inmueble adquirido, no configurábase la subrogación y, por lo mismo, el bien ingresaba al haber social teniendo el cónyuge derecho a recompensa por el precio del inmueble enajenado o de los valores invertidos y siéndole posible en todo caso, efectuar el reemplazo comprando otro bien raíz.

Con respecto a la subrogación es necesario tener en cuenta ciertas situaciones que se pueden presentar en donde se originan diferentes consecuencias que a continuación enunciaremos:

- Cuando se declara la nulidad ó resolución del contrato de venta y del de compra, en donde se manifiesta el ánimo de subrogar o el de permuta hecho con este ánimo, o rescindiéndose por lesión enorme los dos primeros, la subrogación se tenía como si no hubiera sido hecha, pero se tenia como realizada hasta cuando la acción reivindicatoria consiguiente a la declaratoria de nulidad o a la resolución no hubiera prosperado.

- Cuando se anulaba o rescindia por lesión enorme el contra

to de compra del inmueble, subsistia el derecho de subrogar le otro inmueble desde que cesara la posesión del adquirien te.

- La doctrina contemplaba la situación relativa a la subro gación por anticipación y las subrogaciones sucesivas. En cuanto a la primera, es claro que la ley en ningún evento la autoriza y de esa manera lo ha confirmado la Jurispruden cia, a diferencia de la chilena que siempre ha reconocido.

- En cuanto a las subrogaciones sucesivas, cabe anotar que siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos por la ley, estas subrogaciones tienen validez y en ningún momento la ley fija al respecto limitaciones tales que impidan a los cónyuges el disponer de sus bienes a través de la sub rogación.

4.1.6 Situación de los bienes propios de los cónyuges a partir de la Ley 28 de 1932. Durante el matrimonio, el ma rido y la mujer actúan como dueños de los bienes que sean propios, en donde se administra por éstos con entera inde pendencia, asegurándose la compleja igualdad de los cónyuges en lo concerniente a la administración y disposición de los bienes. Estos bienes, al disolverse la sociedad conyugal, le siguen perteneciendo al cónyuge, salvo cuando se lleve a cabo enajenación alguna sobre los mismos.

Con respecto a la enajenación es pertinente indicar que si estos han sido adquiridos a título oneroso, en cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley para la elaboración de la subrogación, pertenecen al cónyuge, sin perjuicio de lo que haya quedado de saldo a favor de la sociedad conyugal o del cónyuge.

En el evento de presentarse por parte de la sociedad el pago de costos o expensas con motivo de la adquisición o cobro de bienes propios de los cónyuges, al liquidarse la sociedad conyugal el cónyuge beneficiado con ello deberá pagarlo o abonarlo. Asimismo, toda valorización, pérdida o deterioro de los bienes propios de los cónyuges, lo soporta el dueño del bien, como toda mejora que se lleve a cabo.

4.2 DEL PASIVO EN EL SISTEMA DEL CODIGO CIVIL

Siguiendo la metodología empleada hasta el momento, en este aparte, iniciaremos el estudio de las cargas de la sociedad conyugal, referentes al sistema que imperó en el Código Civil y posteriormente indicaremos las reformas que introdujo la Ley 28 de 1932.

Hechas las anteriores observaciones, es necesario fundar este estudio, advirtiendo unas pautas que fija al respecto la ley:

En primer lugar, desde la constitución de la sociedad conyugal a pesar de que existan teóricamente tres categorías de bienes, venta a terceros como es bien entendido, se confundían los bienes del marido y los sociales, al igual que en el pasivo, en donde cada acreedor hacia exigible el pago de sus obligaciones al marido, quien respondia con sus bienes y los sociales.

En segundo lugar, como consecuencia de lo anterior, se configuraban las llamadas recompensas en favor, bien sea de la sociedad o bien del cónyuge, que por lo general eran del marido con relación a la sociedad o a su mujer.

En tercer término, como se puede ver, al referirnos al activo, la gran mayoría de los bienes tenia la condición de social, presentándose asimismo en el pasivo, salvo cuando estas cargas beneficiaban a uno de los cónyuges, en donde tenían carácter de personal de éste.

En términos generales, el pasivo se encuentra constituído por todas las obligaciones y cargas que recaian sobre la sociedad conyugal. Es decir, que nos referimos a las obligaciones que contraían el marido o la mujer con autorización de su marido o en subsidio del Juez.

Por lo tanto, siendo el marido el Jefe de la Sociedad Conyu

gal, se encontraba obligado por ello, al pago de las obligaciones que hubiera contraido éste, la sociedad y su mujer. Todas estas obligaciones traen consigo la distinción entre las deudas absolutas o relativas; las primeras no eran reembolsables, en dónde sus acreedores lo eran de la sociedad y por lo tanto disminuía el activo social el pago de éstas, y las segundas son relativas, por cuanto se satisfacen por la sociedad, pero debe reembolsarlas el cónyuge al disolverse la sociedad, disminuyéndose el haber propio del cónyuge.

4.2.1 Del Pasivo Aboluto. Estaba integrado por todas aquellas deudas que la sociedad cancalaba con fondos tomados de su haber, y que por ser de su propio cargo, no daban lugar a determinación de recompensa alguna a cargo de uno de los cónyuges.

Las acreencias que observaban estos requisitos se hallaban contenidas, junto con las demás del pasivo, en el Artículo 1796 del Código, y eran:

a) Las pensiones e intereses que corrieran contra la sociedad o contra cualquiera de los cónyuges, y que se devengaran durante la existencia de dicha sociedad.

En el numeral 1o. del Artículo 1796, se comprendian todos los réditos e intereses que durante la vida de la sociedad

se causaran contra cualquiera de los cónyuges independiente mente de la calidad de social o personal de la deuda que los originara. De otra suerte, una acreencia contraida an tes del matrimonio por uno de los consortes, no formaba par te del pasivo absoluto, pero los intereses que por tal con cepto se causaran durante la sociedad, sí debía cubrirlos ella, sin derecho a recompensa alguna. Ello era así por virtud de una aplicación del principio del equilibrio que debe existir entre activo y pasivo. Si la sociedad se ha cía dueña de los frutos producidos por los bienes propios de los cónyuges, lo lógico era que lla corriera con el gas to de las pensiones que periódicamente corrieran entre ellos.

b) Las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimo nio por el marido, o por la mujer con autorización del mari do, o de la justicia en subsidio. La regla de gran amplitud y comprendía cualquier obligación contraída por el marido en su carácter de Jefe de la sociedad conyugal, en desarrollo del giro ordinario de los negocios.

Puesto que los actos realizados por la mujer con autorización expresa o tácita de su marido, o con licencia judicial que le fuera otorgado por imposibilidad de obtener la marital, vincu laban al marido como si hubiera actuado personalmente, era na tural que las obligaciones así contraídas fueran igualmente sociales.

Con todo, no debe así olvidarse que en ciertos casos la mujer actuaba con autorización del Juez por negativa del marido para conceder la suya, y que en tales casos sólamente resultaban comprometidos los bienes de la mujer, por regla general. Si tal era la situación, aunque en el numeral 2o. del Artículo 1796 no se hiciera ninguna distinción, es preciso concluir que las deudas así contraídas no hacian parte de las enumeradas en el texto que nos ocupa, por no tener el carácter de sociales.

c) El gasto de toda fianza, hipoteca o prenda, constituída por el marido para garantizar deudas que no fueran personales de algunos de los cónyuges.

Como la sociedad estaba obligada a responder por las obligaciones contraídas por el marido, que no tuviesen el carácter de personales, era natural que corriera también con las erogaciones hechas para garantizar esas deudas.

Este segundo inciso del numeral 2o. del Artículo 1796, era aplicable también a las garantías constituídas por la mujer con autorización del marido o de la justicia, cuando fuera factible suponer, que, de haber estado en condiciones de hacerlo, aquel habría convenido en la celebración del respectivo acto, pues en tales casos, la mujer obliga los bienes sociales.

d) Las cargas y reparaciones usufructuarias, tanto de los bienes sociales como de los de cada cónyuge. En el numeral 4o. del Artículo 1796, se hace referencia a los bienes sociales de cada cónyuge, con la evidente impropiedad que ello implicaba. Era indudable que se tratara de un error, y que la disposición debía entenderse referida tanto a los bienes sociales como a los propios cónyuges.

Por otro aspecto, es por demás lógico el hecho de que quien disfrute un bien, deba pagar los gastos materia del usufructo, asi lo sostienen en términos generales los artículos 854 y 855 del Código al indicar las reglas aplicables a que goza de un usufructo. En tanto que toda reparación o refacción considerada como mayor, será por cuenta del nudo propietario, que en el caso que nos ocupa es el cónyuge de conformidad con el Artículo 586 del Código. Todo esto, al igual que las cargas usufructuarias que se hubieran causado antes del matrimonio y que se hayan exigibles en éste, constituian deudas propias del cónyuge, que en el evento de que fueran satisfechas por la sociedad, el cónyuge debía a ésta una recompensa, equivalente al pago por este concepto.

e) 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 o ascendientes, aunque no lo sea de ambos cónyuges; pero podrá el Juez o Prefecto, moderar este gasto, si le parecierе excesivo, imputándose exceso al haber del cónyuge.

Comprende este numeral varias reglas entre las cuales se encuentran los gastos de mantenimiento de los cónyuges y de la descendencia común en cumplimiento de las obligaciones propias del matrimonio, siendo el pago por este concepto de los que debe debe realizar la sociedad conyugal.

Dentro de las cargas familiares, se cuentan fuera de los gastos de mantenimiento antes citados, los de crianza y educación de los hijos comunes, que consagre el Artículo 257 del Código.

Son también cargas de familia los alimentos que uno de los cónyuges deba a sus descendientes o ascendientes aunque no sean éstos, comunes de ambos cónyuges.

La norma en mención, al hablar de los alimentos que los cónyuges deben a los descendientes y ascendientes de uno de ellos, nos lleva a concluir que comprende en términos generales a la enumeración del Artículo 411 del Código en donde se indican las obligaciones alimenticias que se le pueden im

poner a una persona comprendiendo su descendencia y ascendencia legítima o natural, o sus padres adoptantes o hijos adoptivos y sus hermanos legítimos.

Las cargas de mantenimiento de los cónyuges, de su descendencia o ascendencia deben efectuarse dentro de un marco de gastos ordinarios, ya que de lo contrario, estas deudas tendrían a consideración del Juez, la categoría de extraordinarias, pasando por ello a causar compensación en favor de la sociedad y la deuda sería propia del cónyuge.

f) 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 expresamente al marido.

Este numeral comtempla la posibilidad de que mediante capitulaciones matrimoniales se impusiera la obligación de suministrar ya fuera periódicamente o de una vez, una suma de dinero a la mujer, que de acuerdo con la ley corría a cargo de la sociedad sin que ello se causara recompensa alguna, salvo cuando pactaba por estas sumas, debían ser pagadas directamente por el marido, otorgando dichos desembolsos, recompensas a favor de la sociedad al disolverse la misma.

4.2.2 Del Pasivo Relativo. Al lado de las deudas cuyo pago se hacía con cargo a los fondos sociales, existían otras, que si bien eran canceladas con recursos tomados de esos mismos fondos, no afectaban en definitiva el haber social, puesto que al producirse la disolución de la sociedad, el cónyuge que se había beneficiado con tales pagos debía pagar la recompensa que se causaba.

Esta clase de deudas integraban el pasivo relativo de la sociedad conyugal, previsto en el numeral 3o. del Artículo 1796, el cual decía que la sociedad debía pagar todas las deudas personales de cada uno de los cónyuges, quedando el deudor obligado a compensar a la sociedad el valor invertido.

La doctrina las clasifica de la siguiente manera:

A. Todas las obligaciones contraídas por cualquiera de los cónyuges con anterioridad al matrimonio y que se hicieran exigibles durante éste; a manera de ejemplo tenemos todas las obligaciones que se ocasionaban por el pago de capital y de los intereses devengados con anterioridad al matrimonio.

B. Las que tuvieran como causa una necesidad de dinero para atender al beneficio personal exclusivo de uno de los cónyuges.

a. Gastos de educación..

b. Reparaciones cuantiosas de bienes propios de la mujer que administrara separadamente.

c. Donaciones cuantiosas a favor de terceros.

d. Cargas contractuales o extracontractuales que se causaran en favor de uno de los cónyuges como son:

- Precios, saldos, costos judiciales, créditos.

- Toda deuda hereditaria que cubriera la sociedad conyugal.

- Las indemnizaciones que se pagaran por concepto de comprobación de la evicción, cuando se ejerciera la sanción de saneamiento.

C. Las que no obstante de ser sociales, de acuerdo con las reglas generales sobre la materia, fueran expresamente asumidas por alguno de los cónyuges que se manifestara dispuesto a cubrirlas con cargo a sus propios bienes.

D. Las contraídas para cubrir las multas y reparaciones pecuniarias a que fuera condenado alguno de los consortes, como consecuencia de la comisión de un delito o culpa grave.

4.3 REGULACION DE LAS DEUDAS A PARTIR DE LA LEY 28 DE 1932

Con la expedición de la ley 28 de 1932, dió lugar a muchas discusiones en torno a la subsistencia o no de la sociedad conyugal, a partir del 1o. de enero de 1933, así también, los expositores y tribunales del país se dividieron acerca de la interpretación del Artículo 2o. de esa ley, y de la forma como quedó regulado en ella el pasivo.

El Artículo 2o. de la Ley 28 de 1932 dice: "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".

A continuación se expondrán los argumentos planteados sobre el particular, por los tratadistas notables de la materia.

4.3.1 Latorre. Este considera que, 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 de las deudas que personalmente contraiga; antes de repartir gananciales, debe deducirse de la más social, que cada cónyuge haya manejado o de sus bienes propios, se

gún el sistema del Código, el pasivo respectivo, o sea el de su cargo. También antes de adjudicar gananciales, deben hacerse las compensaciones y deducciones de que habla el código, lo que quiere decir, que del haber manejado por cada cónyuge, deben retirarse o deducirse los bienes que de acuerdo con el Código, le pertenezcan exclusivamente, como los inmuebles que poseía al casarse, los adquiridos a título gratuito durante el matrimonio, etc., y si hubiera dispuesto de alguno de estos bienes, debe compensarles su valor.

Latorre, considera que cada cónyuge responde únicamente de las obligaciones que hubiera contraído al igual que de toda la compensación o deducción que por este concepto le debe a la sociedad.

Esta independencia de los cónyuges, frente al pasivo en general, lo lleva a considerar que por las deudas que constituyen el pasivo social, en su mayoría las del Artículo 1796 del Código, no responde el cónyuge, a excepción de las que prevée el artículo 2o. de la Ley 28 de 1932, que se refieren a todos los gastos provenientes de la crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes.

4.3.2 José J. Gómez. Este opina que: sabemos que el pasivo respectivo, que debe deducirse de la masa social, es el pasivo social, correspondiente a las comunidades antiguas,

y que el pasivo respectivo que debe tomarse de lo que cada cónyuge administra separadamente, es el pasivo personal de cada cual, o sea, las deudas contraídas por cada esposo después del 1o. de enero de 1933, en bien de la comunidad, para atender las necesidades domésticas, o en utilidad particular del cónyuge deudor.

El doctor Gómez, al establecer las cargas sociales, las resume de la siguiente manera:

- 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 Artículo 2o. de la ley.

- 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.

4.3.3 Opinión de Valencia Zea. De la misma manera que en Colombia, a partir del 1o. de Enero de 1933, existe durante la vida de la Sociedad Conyugal, una suerte de confusión o más exactamente, una especie de indivisión entre el activo social y el activo de exclusiva propiedad de cada

cónyuge por motivos de separación de administradores que introdujo la Ley 28 de 1932, se sigue una confusión de deudas. En efecto durante la sociedad existensólo deudas de los cónyuges, y los acreedores de cualquiera de ellos podrán perseguir la cancelación de esas deudas, no solamente sobre los bienes de propiedad exclusiva de los cónyuges, sino sobre gananciales o sobre bienes que participen uno y otro concepto.

Más adelante establece las deudas que a su consideración son deudas sociales:

"1o. Todos los gastos hechos para la adquisición de un bien ganancial, lo mismo que todos los precios o saldos que se deban... 2o. Todas las cargas y reparaciones usufructuarias de bienes sociales... 3o. Todas las cargas familiarias..."

Así mismo indica las deudas o pasivo de los cónyuges , y luego de llevar a cabo una enumeración cuidadosa concluye que durante la sociedad existe separación de deudas y por ello en el evento de disolverse la sociedad conyugal puede darse el caso de que ésta sea deudora de los cónyuges son personales, no obstante se exceptúan las concernientes a satisfacer las ordinarias necesidades domésticas o de crianza, educación y establecimiento de los hijos.

4.3.4 Opinión de la Corte. La Corte adoptó sobre el particular lo siguiente:

En sentencia de 20 de Octubre de 1937 , al realizar un cuidadoso estudio jurídico del sistema imperante a partir de la expedición de la Ley 28 de 1932, se considera: "De esta 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".

"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, puede decirse que domina la presunción contraria a la que antes se dijo, pues las deudas que contraiga el marido a la mujer durante el matrimonio son personales, y sólo por excepción sociales o comunes, lo 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 gravita de distinto modo, porque de las deudas personales no es responsable sino el cónyuge que las hubiera contraido, y se hacen

efectivas exclusivamente sobre los bienes que le pertenecían cuando contrajo 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 (Art. 2o. y 4o. Ley 28 de 1932).

4.4 ADMINISTRACION DE LOS BIENES EN EL MATRIMONIO

Uno de los aspectos que ha registrado mayores y sustanciales modificaciones en el Derecho Colombiano es sin duda alguna el relacionado con la forma de administración de los bienes de los esposos después de la celebración del matrimonio. Es así como el sistema de gestión unitaria en cabeza del marido, quien para tales efectos gozaba de amplios poderes y facultades, fue reemplazado a partir de la vigencia de la Ley 28 de 1932, por la total independencia que al varón y a la mujer se reconoce en el manejo del peculio que posean antes y luego de contraer nupcias. Por ello, es de fundamental importancia el estudio de las normas que regulan esta materia.

4.4.1 Legislación Comparada sobre la Administración de los Bienes dentro del Matrimonio. En España establece al respecto lo siguiente: "El marido y la mujer tienen el dominio de

los bienes gananciales con la diferencia de que el marido lo tiene en hábito y en acto, y la mujer sólo en hábito, pasando al acto cuando se disuelve el matrimonio. En esas leyes se dice además que la mujer no puede dar ni enajenar esos bienes durante el matrimonio, pero el marido puede sin el consentimiento de la mujer, hacer entrevivos enajenaciones moderadas por justa causa, siendo nulas las donaciones excesivas o caprichocas y las efectuadas con ánimo de de fraudar a la mujer, la cual tendrá acciones en estos casos, contra los bienes del marido y contra el poseedor de las cosas enajenadas".

En Francia, el marido tenía poderes casi absolutos sobre los bienes comunes, pudiendo disponer libremente de ellos, con la única condición de que fuesen sin fraude.

En el régimen del Código de Napoleón, se reproducen o tienen supervivencia los principios tradicionales, sobre la administración de los bienes de la comunidad, en el sentido de señalar al marido como jefe de la misma, con poderes más amplios que el de un administrador ordinario, es decir, que se extienden hasta ciertos actos gratuitos, sin que tenga que dar cuenta a la mujer o a los herederos de ésta, sobre la realización de ellos. pero estas atribuciones que se le habían dado al marido en cuanto a la administración de los bienes de la comunidad, han tenido algunas innovacio

nes tales como darle a la mujer la facultad de demandar al marido por el fraude cometido por éste, en donde no solamente puede pedir la separación de bienes, renunciar a la comunidad o liberarse de la gestión marital, sino que le son dadas otras garantías, es decir, que de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia francesa, los poderes del marido para la administración de los bienes sociales deben tener un "espíritu social" en favor de la comunidad.

En el año de 1942, en Septiembre 22 se reformó el Código Civil francés en el sentido de que el marido no puede sin consentimiento de la mujer disponer a título gratuito de los bienes sociales, ni aún en favor de la descendencia común.

En cuanto a los bienes propios de la mujer, el marido tiene su administración, pero sus poderes son limitados, ya que la ley consagra algunas prohibiciones, entre otras la venta de bienes mubles e inmuebles; lo mismo sucede con la imposición de gravámenes sobre estos bienes, requiriéndose la autorización de la mujer para que tenga la validez el acto tiene también el marido la administración de sus bienes propios.

El marido como administrador de los bienes de su mujer, no responde personalmente de las obligaciones que asume siendo por ello de la comunidad todas las deudas nacidas por tal

razón.

En la legislación Chilena, que ha servido de fuente para la elaboración de nuestro Código Civil es de vital importancia. La legislación chilena inicialmente consideró al marido como dueño de los bienes sociales y consecuencialmente su administración comportaba facultades omnímodas; las propias del que tiene el dominio sobre las cosas, por lo tanto el marido era considerado como jefe de la sociedad conyugal y como tal administraba libremente los bienes sociales y los de la mujer.

En Chile la legislación tuvo sus modificaciones considerables en el sentido de establecer limitaciones a los poderes del marido en la administración de la sociedad conyugal, como son la necesidad de autorización de su mujer para enajenar bienes raíces sociales, gravar estos mismos bienes o arrendarlos por más de cinco u ocho años, según sean urbanos o rústicos. El esposo puede efectuar los actos citados mediante autorización otorgada por la mujer, bien sea expresamente por escritura pública, o tácitamente, interviniendo en el acto mismo. En el caso de que la mujer se imposibilite para dar el consentimiento en los actos anteriormente mencionados o se niegue sin justa causa a darlo podrá este suplirlo por el Juez del conocimiento de causa y citación previa de la mujer, por lo tanto la falta de autorización

de la mujer o en subsidio de la justicia trae consigo la nulidad relativa del acto en cuestión.

En cuanto a los bienes propios de la mujer, el marido actúa como simple administrador, en su calidad de representante legal de la mujer. En consideración a ello el esposo puede enajenar los bienes raíces de la mujer sino con la voluntad de ésta, previo decreto del Juez del conocimiento de causa.

4.4.2 Sistema Adoptado por la Ley 28 de 1932. La reforma de mayor importancia que introdujo la Ley 28 de 1932 respecto de los preceptos antes citados, consiste en la administración autónoma por parte de cada cónyuge, de modo que éstos disponen libremente de sus bienes propios así como de los aportados o adquiridos a cualquier título durante el matrimonio, modificando radicalmente lo previsto en la legislación anterior.

En desarrollo de ello, se configura una administración independiente que caracteriza el sistema existente, en donde los negocios realizados por los esposos afectan únicamente el patrimonio de quien los celebra, de la misma manera que las obligaciones contraídas por cada cónyuge comprometen el patrimonio de éste.

De igual forma, no se constituye entre los esposos un acer

vo social en el momento de co traer matrimonio o durante él; tan solo en el evento de disolverse el matrimonio y entrar a efectuar la liquidación ordenada por el Artículo 1o. de la Ley 28 de 1932, se presume la existencia de sociedad conyugal sin que hubiera ocurrido su constituc ón con la debida anterioridad, es decir, en el evento de contraer el vín culo.

Como anotamos anteriormente, cada cónyuge administra sus bienes en tanto sea capaz, cosa distinta ocurre en el caso en que uno de ellos sea incapaz conforme a las normas generales, debiendo nombrarle un Curador, que será en primer término el otro cónyuge, quien se encuentra sujeto a las formalidades que establece la ley para todo curador. Empero esta representación legal tendrá la calidad de simple administración.

De igual manera, las obligaciones contraídas por cada uno de los cónyuges son consideradas independientemente, salvo aquellas concernientes a la crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, al igual que las relativas a satisfacer las necesidades domésticas, respecto de los cuales se configura una responsabilidad solidaria entre los cónyuges.

4.4.3 Sistema Adoptado por el Código Civil COlombiano. La

administración de los bienes que integraban el haber de la sociedad conyugal, radicada en el amrido quien ejercía la jefatura única de la misma, concediéndosele facultades amplias y colocándose a la mujer dentro del grupo de incapaces relativos, siendo el marido su representante legal.

El Código Civil Colombiano en su redacción original, acogió el sistema adoptado por la mayoría de las legislaciones del mundo especialmente por la chilena, que otorgó al marido la calidad de jefe de la sociedad conyugal, dándole libremente la administración de los bienes sociales, y de las de su mujer.

Las reglas relativas a la gestión de los bienes durante el matrimonio estaban contenidas en los Capítulos 3 y 4 del título 22 del libro IV del Código , en donde se preveían dos formas distintas de administración: la llamada ordinaria, que correspondía al marido en su calidad de jefe de la sociedad; además la extraordinaria, encargada a un curador del marido que podía ser la mujer o un tercero, cuando por cualquier motivo el varón no estaban en condiciones de cer libremente la

Administración Ordinaria: Al respecto el Artículo 1805 del Código Civil señalaba: "El marido es jefe de la sociedad conyugal , y como tal administra libremente los bienes so

ciales y los de la mujer; sujeta empero, a las obligaciones que por el presente título se le imponen y a las que haya contraído por las capitulaciones matrimoniales". Esta disposición fue reformada en cuanto le atribuía al marido el carácter de jefe único de la sociedad conyugal. Hoy, en virtud de la Ley 28 de 1932, Artículo 1 los cónyuges administran sus propios bienes.

En armonía con las facultades que enía el marido como administrador de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio, de manera que durante la sociedad, los acreedores del marido podían perseguir tanto los bienes de este como los sociales; sin perjuicio de los abonos o compensaciones que a consecuencia de ello debiera al marido a la sociedad o ésta al marido.

Sin embargo, la celebración de un contrato entre el marido y los acreedores, permitía a éstos hacer efectivos sus créditos sobre los bienes propios de la mujer, siempre que se probara haber cedido dicho contrato en beneficio personal de ella.

En los Artículos 18095 y 1806 se consagraba el principio de que la sociedad conyugal necesitaba un jefe y la ley señalaba al marido como la persona más apropiada para serlo. Pero para desempeñar las funciones de administrador la ley

le daba facultades, no solamente de conservar y hacer produ cir los bienes que administraba sino además de propietario, pudiendo disponer del dominio de los bienes sociales de cualquiera naturaleza y aún contrayendo deudas sobre los mismos, las cuales podían ser perseguidas por los acreedo res tanto sobre los bienes de la comunidad como sobre sus bienes propios.

El Artículo 1810 del Código Civil establece ciertas limita ciones a las facultades del marido respecto a la administra ción de los bienes propios de la mujer, en el sentido de que no podía enajenar o hipotecar sus bienes raíces que es tuviera o pudiera estar obligado a restituir en especie, si no con la voluntad de la mujer y previo decreto del Juez o pefecto con conocimiento de causa; referirse este texto a los bienes raíces, adquiridos por la mujer antes del matri monio, o durante éste a título lucrativo o por haber sido subrogados a otro inmueble propio o a valores destinados a ello en capitulaciones matrimoniales.

El Artículo 1811 exigía igualmente el consentimiento de la mujer, que podía ser suplido por el Juez o prefecto cuando ella estuviera imposibilitado de manifestar su voluntad, pa ra la enajenación de aquellos bienes de su propiedad no com prendidos en el Artículo 1810 antes citado. En caso de que el marido enajenara o gravar los bienes propios de la mujer

sin cumplir los requisitos de que tratan los artículos pre citados, ésta o sus herederos podían ejercer la acción rei vindicatoria en caso de venta, lo mismo que obtener la can celación de la hipoteca o restitución de la cosa dada en prenda, según el caso.

La norma anteriormente citada, se dictó con el objeto de di fundir la integridad del haber propio de la mujer, como lo hace igualmente el Artículo 1810 ibidem, al exigir al mari do para la validez de tales actos jurídicos, la voluntad de la mujer y en caso de que ésta no puede manifestarlo la supletoria autorización del Juez.

El Artículo 1813 del C.C. con miras a proteger los bienes propios de la mujer, impedía al marido arrendar por largo tiempo para evitar que al estar ella o sus herederos obli gados a respetar el respectivo contrato una vez disuelta la sociedad, se viesen perjudicados por su excesiva duración. Es por ello que se establecían términos máximos de ocho a cinco años para dar en arrendamiento los predios rústicos y urbanos, respectivamente, a menos de concurrir acuerdo entre los consortes sobre el particular.

Administración Extraordinaria: Como anteriormente se expu so el Código Civil disponía la administración extraordina ria por parte de un curador del marido que bien podía ser

la mujer o un tercero, cuando el marido no estaba en condiciones por distintas causas de administrar los bienes de la sociedad conyugal.

En caso de que el marido incurriera en una de las causales de incapacidad general señaladas por la ley, debía designársele un curador. Así en el evento del interdicto por demencia, la jefatura de la sociedad conyugal correspondía a la mujer, como lo disponía el código en su artículo 551 que decía: "La mujer curadora de su marido demente tendrá la administración de la sociedad conyugal, y la guarda de sus hijos menores". Esta norma se aplicaba igualmente para el sordomudo que no puede darse a entender por escrito, y para el caso de la larga ausencia del marido sin comunicación con su familia.

Para discernir la guarda del marido a la mujer se requería que ésta fuera mayor de edad y que no se excusara de ella, ya que de lo contrario se entraría a nombrar un curador con facultades y limitaciones que se le daban al marido. Si la mujer siendo mayor de edad se excusaba del ejercicio de la curaduría o no pedir la separación, mientras no se le hubiera dado curador al marido.

Estos preceptos no eran aplicables en el evento de la minoría de edad del marido o de la interdicción por disipación,

por cuanto la ley al respecto establecía expresamente que debía discernirse la guarda a un tercero: así en tratándose de la minoría de edad se denota la ausencia de texto expresado al respecto.

Cuando la mujer administraba extraordinariamente la sociedad, obtenía iguales facultades que las que la ley concedía al marido y podía realizar por si sola aquellos actos que requerían en la administración de su esposo el consentimiento de ella o de la justicia, en los mismos casos, tendrían la misma validez que si hubieran sido celebrados por el marido; por ello se comprometían los bienes de éste y los del haber social, sin perjuicio de que aquellos actos que la mujer realizaba con carácter personal obligaran sus bienes propios.

4.5 DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Del mismo modo que en las sociedades civiles y comerciales, la sociedad conyugal se disuelve por la ocurrencia de ciertos hechos previstos en la ley.

En el sistema del Código CIvil ello implicaba la terminación de lo que precisamente distinguía la sociedad como conyugal, es decir, de la administración por el marido de los bienes sociales y de los propios de la mujer, siendo nece

sario entonces proceder a liquidar la sociedad que concluía. A partir del 1o. de Enero de 1933 , el suceder algunas de las causas que según la ley determinan la disolución de la sociedad de bienes muebles y gananciales, significa la finalización del período que se ha llamado de "separación transitoria de bienes", imponiéndose la consideración retrospectiva de la existencia de sociedad conyugal desde la celebración del matrimonio, para hacer efectiva la participación de los esposos en los gananciales mediante la liquidación de la masa social y el reparto final de activos y pasivos.

Las causales previstas por el legislador colombiano comportan en veces la disolución de la sociedad conyugal por vía principal, en atención que es ello lo que precisamente se busca obtener logrando la sucesión de un determinado evento y, en otras, por vía de consecuencia, puesto que no subsistiendo el vínculo matrimonial, la sociedad que según el Código nace y con él deja de existir. De consiguiente si bien disuelto el matrimonio se disuelve así mismo la sociedad de bienes, puede ocurrir que terminada ésta subsiste, empero el vínculo entre los esposos.

Seguidamente analizaremos las causas que producen la disolución de la sociedad conyugal, según la redacción inicial del Artículo 1820 del Código Civil, así como las reformas introducidas a su letra por la Ley 1. de 1976.

4.5.1 Disolución del Matrimonio. Si es la celebración del matrimonio lo que permite la operancia de todo conglomerado de normas, ya de la naturaleza legal o convencional reguladoras de las relaciones pecuniarias de los casados, y si de otra parte, con arreglo al Artículo 180 era la ocurrencia de ese hecho lo que determinaba el nacimiento de sociedad de bienes dentro del contexto del Código Civil, es apenas lógico que no subsistiendo vínculo matrimonial entre los sujetos del mismo, deban finalizar también los efectos patrimoniales que aquel genera , y que en el Derecho Colombiano hasta el 1o. de Enero de 1933 se apreciaban fundamente en la formación de la sociedad conyugal.

Actualmente existe en nuestro estatuto civil, la disolución para los matrimonios que son celebrados civilmente y se discute que debería existir igualmente para los matrimonios católicos.

Personalmente consideramos que con la nueva disposición:sobre si debe darse la disolución del matrimonio católico,se crea más libertad a la mujer, porque a veces ella es la que sufre más con los problemas que por uno u otro motivo surgen de la relación social común de los esposos. Estamos de acuerdo ampliamente sobre este particular.

El Artículo 25 de la Ley 1o. de 1976 que dió una nueva redacción al Artículo 1820 del Código CIvil, se mantiene como hecho determinante que deba reputarse que entre los cónyuges ha habido sociedad conyugal desde la fecha del casamiento para proceder acsu liquidación, la disolución del matrimonio.

4.5.1.1 Fallecimiento de uno de los Cónyuges. Al fallecer uno de los esposos cesa por vía de consecuencia, como antes quedó dicho la aplicabilidad de las normas integrantes del estatuto patrimonial determinado por el matrimonio, por la simple razón de que desapareciendo la condición de casados, es imposible el mantenimiento del régimen aplicable tan solo a quienes tengan dicho estado civil.

4.5.1.2 Declaración de Muerte. El Ordinal 2 del Artículo 1820 del Código Civil contemplaba la disolución de la sociedad conyugal, "por la muerte presunta de uno de los cónyuges según lo prevenido en el título "Del principio y fin de las personas"

El que consagraba esta causa de extinción de la sociedad en forma separada e independiente de la disolución del matrimo

nio, obedecía a que la declaratoria de muerte por desapare cimiento no afectaba el vínculo matrimonial, como así suce de actualmente por mandato del Artículo 1o. de la Ley de 1976.

En el sistema del Código Civil lo que propiamente disolvía la sociedad de bienes, no era la declaración de muerte pre sunta, sino el decreto de posesión provisoria de los bienes del desaparecido que se dictaba transcurridos dos (2) años desde el día que se hubiera fijado como fecha presuntiva de la muerte, el cual es generalmente el último del primer bienio , contado desde la fecha de las últimas noticias que se tuvieren del ausente.

Expedido el Código de Procedimiento Civil quedaron deroga dos las normas sustantivas de nuestro estatuto civil que distinguían entre la posesión provisoria y definitiva de los bienes del desaparecido; en esta forma, vino a ser la sentencia que declarara la muerte por presunción la que ha ce viable la aplicación del Artículo 1o. de la Ley 28 de 1932, en el sentido de entender existente la sociedad con yugal durante el matrimonio que deba liquidarse con arreglo al Código, pues cumplidos los trámites de publicación de tal sentencia es posible promover la liquidación referida.

4.5.1.3 Declaración de Nulidad del Matrimonio. Al hablar de los efectos que surge la anulación del matrimonio respecto de las capitulaciones matrimoniales se dijo que por, excepción esa nulidad obra solamente hacia el futuro, sin que sus efectos se retrotraigan hasta el momento de la celebración del acto que ella afecta. Esto ha sido así desde la expedición del Código, razón por la cual su Artículo 1820 disponía en su numeral 4o. que la sociedad quedara disuelta al ser declarado nulo el matrimonio.

Si los efectos del matrimonio anulado se producían como aún lo hacen hasta el momento de la sentencia en que se declara la nulidad, uno de ellos consistía en la formación de Sociedad Conyugal a cuya liquidación era preciso atender una vez decretada la nulidad del vínculo.

Actualmente conservan plena vigencia todas las normas a que se ha hecho referencia en este aparte, y de consiguiente, son valederas las consideraciones que respecto de ellas hemos expuesto. Sin embargo, con el fin de obviar las dificultades derivadas de la liquidación de dos sociedades conyugales integradas parcialmente por unos mismos bienes, cual ocurría en los casos de bigamia, el legislador de 1976 introdujo la modificación consistente en disponer que no se forma sociedad de bienes en aquellos eventos en que concurra la causal de nulidad prevista en el ordinal 12

del Artículo 140 del Código, esto es, la existencia de un matrimonio anterior no disuelto respecto de alguno o de ambos cónyuges.

4.5.1.4 Sentencia de Divorcio. La Ley 1o. de 1976 estableció en el derecho colombiano el divorcio perfecto o vincular cuyo principal efecto es la disolución del matrimonio civil, la cual se produce al quedar ejecutoriada la sentencia correspondiente, en ese mismo mento se está en presencia de otros de los hechos conforme a los cuales debe operarse la consideración retropectiva a que alude el artículo 1o. de la Ley 28.

Así lo disponen no sólo el artículo 1820 ordinal 1o. en concordancia con el Artículo 152 del Código, sino también el Artículo 160 (modificados todos por la citada Ley 1o.) que señala como uno de los efectos de la sentencia de divorcio, el disolver la sociedad conyugal.

De manera pues que es la Sentencia de divorcio la que pone fin al lazo conyugal y por ende, a las relaciones patrimoniales que de él surgen, resulta lógico que la reconciliación ocurrida con posterioridad a ella, no reviva ni el uno ni las otras; es preciso contraer nupcias nuevamente y ni aún así podrá hablarse de que el vínculo matrimonial anterior y sus efectos pecuniarios han quedado resta

blecidos, pues serán tales vínculos y efectos completamente independientes de aquellos que fueron exterminados mediante el divorcio. De reconciliarse los cónyuges antes de haberse dictado sentencia, el proceso termina y permanece intacto como es obvio el matrimonio que se pretendía disolver, así como la situación de los esposos en cuanto a sus bienes.

No obstante, desde la presentación de la demanda de divorcio podrá cualquiera de las partes solicitar que se decreten las medidas cautelares previstas en el Artículo 691 del Código de Procedimiento Civil sobre los bienes que puedan ser objeto de gananciales, con miras a evitar que el cónyuge titulare de aquellos logre hacer negatorio el derecho que sobre tales bienes la ley reconoce a su consorte.

Igualmente ha de atenderse que al señalar la Ley 1a. de 1976 la disolución del matrimonio como causa extintiva de la sociedad conyugal, involucra asimismo los eventos atrás mencionados en que el matrimonio celebrado conforme a los ritos de la religión católica sea a su vez disuelto o declarado nulo por las autoridades eclesiásticas , por cuanto el concordato suscrito el 12 de Julio de 1973 que reemplazó al vigente desde 1887 y fue aprobado por Ley 20 de 1974, prescribe en su Artículo VII "El estado reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado de conformidad con las normas del derecho canónico". El Artículo VIII, por

su parte señala, que las decisiones y sentencias de las autoridades eclesiásticas relativas a la nulidad o disolución del vínculo de los matrimonios canónicos, serán transmitidas al tribunal superior del Distrito Judicial competente para que éste ordene su ejecución en cuanto a efectos civiles y su inscripción en el registro civil.

4.3.2 Divorcio Impropio o Separación Judicial de Cuerpos. En la Ley 1a. de 1976 se cosnerva con el nombre de separación de cuerpos una institución que es muy similar al divorcio que reglaba el C.C. ello se pone de manifiesto en la definición que de esa separación trae el Artículo 17 de la Ley, cuyo texto es idéntico al que contenía la definición de divorcio en el Código: "La separación de cuerpos no disuelve el matrimonio, pero suspende la vida en común de los casados".

Los motivos por los cuales se puede solicitar la separación de cuerpos 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 Código, contenido en el Artículo 15 de la Ley 1a. de 1976.

La separación de cuerpos puede ser temporal o permanente. Cuando ella obedece al mutuo consentimiento de los cónyuges, debe manifestarse por escrito al Juez sí es indefinida o

o no, teniendo en cuenta que cuando sólo sea transitoria, su duración no puede exceder de un año. En este último año la Ley autoriza a los cónyuges para decidir si mantienen o no vigente su estatuto patrimonial mientras dura la Separación Temporal.

Lo anterior se encuentra expresado , no solo en el numeral 2o. del nuevo Artículo 1820, sino también en el Artículo 17 de la Ley 1a. de 1976, que dió la siguiente versión al inciso 2o. del Artículo 167 del Código Civil: "La separación de cuerpos disuelve la sociedad conyugal, salvo que, fundándose en el mutuo consentimiento de los cónyuges, siendo temporal, ellos manifiestan su deseo de mantenerla vigente".

Por su parte el Artículo 16 reitera que los "cónyuges al expresar su mutuo consentimiento en la separación indicarán el estado en que queda la sociedad conyugal", y afirma que "en cuanto a los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, responderán solidariamente ante terceros, y entre sí en la forma acordada por ellos".

En caso de que la separación 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

hubiera habido sociedad conyugal entre ellos, pues la ley dispone que siempre deben hacerlo.

4.5.3 Sentencia de Separación de Bienes. La tortuosa evolución que ha tenido entre nosotros la separación de Bienes no terminó con la expedición del Decreto 772 de 1975, por el contrario, en la Ley 1a. de 1976 se dan nuevas reglamentaciones sobre la materia: así, el Artículo 21 dispone: "El Artículo 200 Del C. Civil quedaría así. Artículo 200: Cualquiera de los cónyuges podrá demandar la separación de bienes en los siguientes casos:

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

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

En esta nueva redacción de las causas que dan lugar al fenómeno de la separación de bienes, se observa que fue incluída nuevamente la insolvencia que había omitido el Decreto 772. De otro lado, en el numeral segundo se repiten varios conceptos en forma innecesaria, pues, por ejemplo, la quiebra supone la casación de pagos.

El Artículo 698 del C. de P.C. derogó expresamente el Artículo 200 del C.C.; lo cual condujo a que la insolvencia y la administración fraudulenta del marido no constituían causales de separación de bienes. Después el Artículo 70 del Decreto 2820 de 1974 derogó el Artículo 2o. de la ley 8o. de 1922 con lo cual suprimió las causales que aún quedaban para impetrar la separación judicial de bienes. El Artículo 14 del mismo Decreto dispuso "Artículo 14. El Artículo 198 del Código Civil quedaría así: ninguno de los cónyuges podrá renunciar en las capitulaciones matrimoniales la facultad de pedir separación de bienes.

Son causales de separación de bienes, respecto a cualquiera de los cónyuges: 1) Las que autorizan el Divorcio o la simple separación de cuerpos; 2) la disipación y el juego habitual; 3) la administración fraudulenta o notoriamente descuidada de su patrimonio, en forma que menoscabe gravemente los intereses del otro en la Sociedad Conyugal".

Desde la presentación de la demanda había lugar a petición de la mujer a tomar las medidas preventivas necesarias para asegurar sus bienes propios y sociales.

Se conserva en la Ley 1a. de 1976 como hecho que pone fin al régimen patrimonial del matrimonio, el dictarse sentencia de separación de bienes confirmándose que la respectiva

acción se otorga con carácter irrenunciable a cualquiera de los esposos.

4.5.4 Mutuo Acuerdo de los Cónyuges. La Ley 1a. de 1976 adicionó el Artículo 1820 del Código. Con esta nueva causa que permite poner fin a las relaciones económico-matrimoniales. Para el acuerdo recíproco de los esposos sur ta tal efecto es preciso la ocurrencia de ciertos requisitos expresamente señalados por la ley, cuales son:

a. El otorgamiento de escritura pública que exprese la voluntad de los cónyuges sobre el particular y que contenga el inventario del activo y pasivo sociales y su liquidación.

b. La capacidad de los otorgantes de la escritura.

Respecto de terceros, el acto sólo será oponible una vez sea registrada la escritura conforme lo disponen los Decretos 1250 y 1266 de 1970, relativos a instrumentos públicos el primero y al estadocivil de las personas el segundo.

Igualmente la defensa de los intereses de terceros se garantiza con el establecimiento de la responsabilidad solidaria de los cónyuges por obligaciones adquiridas con anterioridad al registro de la escritura.

4.6 LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

En el contexto del Código Civil la consecuencia fundamental de la disolución de la Sociedad de Bienes era la terminación del régimen de gestión por el marido, para consolidar hacia el futuro la situación patrimonial de cada uno de los esposos, de modo que concluída la liquidación no era posible modificar los resultados de la misma so pretexto de derechos u obligaciones que le antecedieran, si bien dejándose de incluir bienes activos , o no restituyéndose la totalidad del haber propio de alguno de los cónyuges, habia lugar a efectuar inventario adicional o participación o adjudicación complementarias, según el caso.

El sistema de la Ley 28 de 1932, de administración independiente durante el matrimonio, impone la necesidad de entrar directamente a practicar la liquidación de la masa de bienes, considerándose un importante aspecto unánimemente afirmado por la doctrina de casi todos los países y que ha sido también jurisprudencialmente confirmado. Al finalizar el regiman patrimonial propio del matrimonio, se forma una comunidad universal sobre los bienes que se reputan sociales, con una pluralidad de sujetos -los dos cónyuges- titulares de derechos sobre una pluralidad de cosas que son los que componen el acervo sobre el cual han de practicarse las operaciones de liquidación. Cuando la causa determina

ción del sistema es la muerte de uno de los cónyuges , la liquidación e esa masa se cumple, en la práctica, en el juicio de sucesión y en los demás casos, mediante un proceso especial y autónomo.

Es menester examinar a continuación, las fases o etapas del procedimiento y la técnica de la liquidación de los bienes, de conformidad con las disposiciones del Código Civil y posteriormente a la luz del articulado de la Ley 28 de 1932.

4.6.1 Sistema del Código Civil. El Artículo 1821 del Código Civil confeccionó que una vez disuelta la Sociedad Conyugal de un "inventario y tasación de los bienes de todos los bienes que usufructuaba o de que era responsable,en el término y forma prescritos para la sucesión por causa de muerte".

4.6.1.1 Inventario y Tasación de Bienes. Pues bien dicho inventario podía ser extrajudicial, caso en el cual era únicamente oponible en juicio contra el cónyuge, los herederos o terceros acreedores que lo hubieran aprobado y firmado debidamente, o bien hacerse con solemnidad judicial. Obligatorio era realizarlo en esta última forma, cuando alguno de los llamados a participar en los gananciales fueran menor, demente, o en general inhábil para la administración de sus bienes, y la omisión en este caso del inventario solemne hacia responsable de los perjuicios a quien ella se imputara,

siendo necesario de todos modos, proceder a legalizar tal situación, según lo prevenido por el Artículo 1822, Inciso 2o. del Código.

De otra parte, si la disolución de la sociedad se producía por la muerte de uno de los cónyuges, el inventario debía hacerse dentro del proceso sucesorio; en los demás casos y siendo capaces ambos esposos, podían realizarlo por si solos y aún distribuirse los gananciales, pero no procediendo al reparto la aprobación judicial del inventario , "la mujer salía obligada al pago de la mitad de las deudas sociales en cuanto no se demostraba que esta mitad excedía a su cuo ta en los gananciales o, habiendo ella satisfecho parte del pasivo social no tocante con sus obligaciones personales, a la diferencia entre el monto de lo pagado y el de su cuota en los gananciales".

Al tenor del Artícyulo 1821 del Código Civil en el inventa rio debía incluirse los bienes que la sociedad conyugal "usufructuaba", es decir, aquellos que de conformidad con las reglas del Código Civil se consideran sociales y que estuvieran en cabeza de cualquiera de los esposos, como también los propios que produjeran frutos .

De otra parte, la expresión "los bienes de que era respon sable" la sociedad que igualmente eran objeto de inventario

comprendía aquellos bienes propios de los esposos que no fueran fructíferos.

Indudablemente, la base de la liquidación la constituía el inventario puesto que permitía reconstruir el activo social, imponiéndose además, para lograr tal efecto, la necesidad de acumular imaginariamente al mismo valor de los créditos o recompensas debidas por los cónyuges a la sociedad. De igual manera, era preciso incrementar el haber social inventariado, con los frutos de los bienes sociales percibidos desde la disolución de la sociedad, como lo prevenía el inciso 2o. del Artículo 1828.

Finalmente, cabe observar que el ocultamiento o distracción fraudulenta de bienes sociales, por parte de alguno de los cónyuges , sus herederos, era sancionado con la pérdida de su porción en el bien respectivo, a más de imponérsele la obligación de restituirlo doblado.

4.6.1.2 Reconstrucción del Patrimonio de los Cónyuges. Consistía en la devolución a los cónyuges de sus bienes propios y en el reconocimiento de los precios, saldos y recompensas que a cada uno de ellos correspondiera.

Era la "etapa de las deducciones" prevista por el Artículo 1826 del Código Civil con la cual se lograba un doble obje

tivo; de una parte rehacer, por así decirlo, el patrimonio de los esposos a la vez que restituirles los bienes que les pertenecen y de otra, obtener el activo líquido destinado al reparto por mitades entre ellos.

Las especies o cuerpos ciertos de propiedad de los esposos debían serles restituídos una vez concluído el inventario y avalúo debiendo soportar el cónyuge propietario las pérdidas o deterioros que les hubieran ocurridos, a menos que siendo imputables a dolo o culpa grave del otro, tuviera aquel derecho a la indemnización respectiva.

4.6.1.3 Distribución de los Gananciales. Las ganancias son en el Código Civil un concepto técnico,un residuo que se obtiene después de practicadas las operaciones de liquidación, es por ello que no coinciden en la acepción de "gananciales" pues ésta designa las adquisiciones hechas durante la sociedad conyugal a título oneroso por cualquiera de los cónyuges.

La regla general de división de los gananciales por iguales partes entre los esposos sufría excepción en algunos casos, como por ejemplo: de que la mujer hubiera renunciado a ellos en todo o en parte mediante capitulaciones matrimoniales o una vez disuelta la sociedad conyugal; el de que alguno de los cónyuges o sus herederos hubiesen ocultado o destruído

dolosamente bienes sociales por manera que como se dijo anteriormente, perdiese el derecho a la porción correspondiente,

Es importante anotar que disuelta la sociedad conyugal por la muerte de alguno de los cónyuges, las asignaciones testamentarias hechas en favor del superstite no se incluían en sus gananciales, a menos de haber expresado el testador voluntad contraria, pero tenía en todo caso el asignatario la facultad de optar porque así se hiciera o de sujetarse al resultado de la partición.

4.6.1.4 Reglamentación del Pasivo. El Artículo 1834 del Código Civil dispone: "El marido es responsable de las deudas de la sociedad; salva su acción contra la mujer para el reintegro de la mitad de estas deudas..."

Al disolverse la sociedad conyugal no comportaba para los acreedores cambio alguno de deudor, toda vez que ella no gozaba de personería jurídica, quien había tenido hasta entonces capacidad suficiente para contraer obligaciones no era nadie distinto del marido.

No obstante, la mujer resultaba obligada a la cancelación de deudas sociales , pero sólo hasta concurrencia de su mitad de gananciales; de modo pues, que solucionados por el marido, tenía este acción para exigir de su mujer el rein

tegro de la parte que a ella tocare, sin exceder en todo caso la mitad de gananciales de esta última.

El cónyuge que cubriera las obligaciones personales del otro, tenía a su vez derecho a que el deudor la restituyere la totalidad de los pagado.

4.6.1.5 Beneficios en Favor de la Mujer. La consagración legal de tales beneficios caracterizaba el procedimiento de liquidación de la sociedad conyugal en el sistema del Código Civil, buscándose con ello subsanar la situación de evidente desventaja en que se hallaba la mujer casada por virtud de su ninguna ingerencia en la gestión patrimonial, durante la vigencia del régimen, que de no hacerse la sometía inexorablemente a los resultados que pudieran serle perjudiciales de la gestión marital.

En el sistema de Bello, la mujer gozaba de algunos beneficios al tiempo de la liquidación:

a. La Renuncia a Gananciales:

La mujer tenía oportunidad de ejercitar esta facultad en capitulaciones matrimoniales al tenor del Artículo 1775 del Código Civil o una vez disuelta la sociedad conyugal y hasta tanto no le hubiese sido entregada parte alguna a título de gananciales, reconociéndose en este último evento

igual facultad a sus herederos.

La renuncia permitía a la mujer o a sus herederos liberar se por completo de su responsabilidad por el pago de deudas sociales, lo cual les reportaba indudables ventajas en caso de no existir gananciales, pues viendose perseguidos por acreencias sociales no les era necesario aportar la prueba de tal circunstancia, o cuando habiéndolos y disuelta la sociedad coyugal por muerte del marido, resultaran inferio res a la porción conyugal con la posibilidad de que se vie sen menguadas habida cuenta de su obligación de contribuir con la mitad de ellos al cubrimiento de las mencionadas deu das.

b. Beneficio de Emolumento:

No renunciando la mujer o sus herederos a los gananciales, gozaban sin embargo de este beneficio que limitaba su parti cipación en las obligaciones de la sociedad, a la suma que por tal concepto a ellos tocara. Empero, les era menester para alegar este privilegio, aportar la prueba de que la contribución que se les exigía era superior al referido mon to, para eximirse de correr con el exceso, o de haber sufra gado ya deudas por valor equivalente a su mitad de ganancia les. Disponía así el Artículo 1833 del Código Civil.

c. Con idéntica finalidad de protección de la mujer, al momento de la liquidación de la sociedad conyugal, consagraba que la restitución de sus bienes propios y las compensaciones e indemnizaciones a que ella tuviera derecho serían hechas antes de las correspondientes al marido y que siendo insuficientes los bienes de la sociedad para tender estos efectos. No habiendo acuerdo sobre el particular le tocaba al Juez proferir el fallo del caso.

d. Los créditos de la mujer por los bienes suyos que administraba el marido gozaban de un privilegio de cuarta clase sobre los bienes de éste.

El Artículo 2504 hacia extensiva a los derechos y acciones, en general, de la mujer contra el marido.

A la efectividad de tales créditos resultaban , pues afectados todos los bienes del marido, y en el evento en que la mujer hubiera renunciado a los gananciales todos los bienes de la sociedad por virtud de la confusión que entre éstos y los del marido se operaba respecto de ella.

4.6.2 En el Sistema de la Ley 28 de 1932. El considerarse a la terminación del régimen patrimonial propio del matrimonio que ha existido sociedad conyugal desde la celebración del matrimonio impone como es obvio y así lo expresa el Ar

to de la sociedad conyugal debe procederse a realizar él mismo las operaciones subsiguientes. La práctica misma, con todo, determinó la forma de efectuar la liquidación , y tal fue la que posteriormente se plasmó en el Artículo 600 del Código de Procedimiento Civil según el cual en el activo de la sociedad deben computarse las recompensas debidas a su favor por los esposos, e igualmente incluirse dentro del pasivo aquellas a que tengan derecho los cónyuges. De esta manera, las compensaciones y deducciones deben practicarse sobre el total de la masa destinada al reparto final y no independientemente sobre los bienes que componen el haber de cada esposo. Esta norma, relativa a la forma de efectuar la liquidación que se cumple dentro del proceso de sucesión por causa de muerte, se extiende a todos aquellos, otros casos en que es preciso liquidar la comunidad, por disposición expresa de los Artículo 625 y 626 del C. de Procedimiento Civil.

Es preciso observar además, que las obligaciones contraídas por uno de los cónyuges durante la vigencia del sistema, comprometen su responsabilidad aún después de practicada la liquidación, pero la formación de comunidad universal sobre los bienes que se consideran sociales determina que las deudas de los esposos se miren, así mismo, como de la sociedad.

4.6.3 Las Recompensas. Es pertinente hacer referencia a las recompensas o compensaciones que al momento de efectuar la liquidación de la masa de bienes que surge entre los cónyuges al ocurrir uno cualquiera de los hechos previstos por el Artículo 1820 del Código Civil, han de tenerse en cuenta en virtud del expreso mandamiento del Artículo 4o. de la Ley 28 de 1932 , y que vienen a ser prácticamente las mismas que se consignaban en el sistema del Código Civil.

Pueden ellas definirse como los créditos que se deben entre si los cónyuges con respecto a la sociedad, la sociedad con respecto a los cónyuges, o los cónyuges uno a otro, y que se hacen exigibles a la terminación del régimen pecuniario del matrimonio, dentro del proceso de liquidación.

La institución de las recompensas descansa fundamentalmente sobre un principio de equidad, cual es evitar el enriquecimiento sea del haber social, sea de los patrimonios de los cónyuges, sin una causa jurídica que lo justifique. De igual manera se impiden con ella desplazamientos patrimoniales entre los esposos o con relación a la masa social, en detrimento de los intereses de terceros. En el sistema del Código Civil perseguía una tercera finalidad; no permitir disminuciones en el haber de la mujer que redundaran en beneficio del marido.

4.6.3.1 Recompensas debidas por los Cónyuges a la Sociedad. La compensación en favor de la sociedad se presenta en los siguientes casos:

a. De efectuarse subrogación de un inmueble propio o de valores propios de alguno de los cónyuges destinados a ello en capitulaciones matrimoniales, si el precio de compra del nuevo inmueble excede al de venta del bien respectivo.

b. Por la cancelación de obligaciones personales de cualquiera de los cónyuges con bienes que habrían de reputarse sociales para efecto de la liquidación.

c. Toda erogación gratuita o donación que los cónyuges hagan de bienes que al momento de la liquidación se consideren sociales, según lo preceptuado por los Artículos 1798 y 1802 del Código Civil.

El Legislador considera algunos eventos en los cuales la donación de bienes de tal calidad no genera recompensa a cargo del donante.

d. La ley establece la presunción de que en general, todas las erogaciones hechas para la adquisición o cobro de bienes o créditos pertenecientes a los esposos se han cubierto con fondos sociales.

e. Como hemos visto al tratar de las cargas imputables al haber común se incluye entre ellas las relativas a reparaciones usufructuarias de los bienes propios de los consortes, por la simple razón de que a su turno dichos haber resulta incrementado con los frutos provenientes de esos mismos bienes, que se devenguen durante la vigencia del patrimonio.

f. Todos los perjuicios que con dolo o culpa grave causen los cónyuges a los bienes tenidos como sociales al momento de la liquidación, así como las multas y las reparaciones pecuniarias a que se los condene por la comisión de infracciones deben resarcirse o restituirse a la masa social.

g. El Artículo 1812 del Código Civil confería a la mujer o sus herederos que viesen enajenado o gravado por el marido algún bien de aquella sin su consentimiento y/o sin licencia judicial , acción para reinvidicar el bien o pedir la cancelación del gravamen.

4.6.3.2 Recompensas debidas por la Sociedad.

Había lugar a ellas así:

a. El Ordinal 3o. del Artículo 1781 del Código Civil, según el cual ingresaba al haber de la sociedad conyugal el

dinero que los esposos tuvieran al tiempo de celebrarse el matrimonio y los que posteriormente a título diferente del oneroso.

b. Por la razón consignada en el aparte anterior hay, en la actualidad recompensa en favor del cónyuge que a la celebración del matrimonio es dueño de cosas fungibles o muebles o que durante la vigencia del sistema las adquiere, pues que tales bienes se reputan sociales a la luz de la Ley 28 de 1932. La recompensa se genera a favor del valor que tenga el bien al efectuarse la adquisición.

c. El aporte especial de bienes inmuebles que el Ordinal 6 del Artículo 1781 del Código permitía a la mujer y le daba lugar, igualmente a recompensa que la sociedad le debía por el valor del bien inmueble aportado.

d. También existe recompensa que afecta la masa común cuando se subrogan bienes raíces o valores del marido o de la mujer, previa destinación de estos últimos en capitulaciones matrimoniales y el precio de compra del nuevo inmueble es inferior al de venta, siempre que el cónyuge que realiza la subrogación no invierta el sobrante en negocios personales suyos.

e. El haber social resulta obligado a compensar a los es

posos el precio de venta de los bienes que les pertenezca cuando no haya subrogación, o cuando dicho precio no se invierta en negocios personales del propietario.

f. El pago que hacen los cónyuges con bienes de su propiedad de deudas calificadas como sociales, causa asimismo, recompensa a su favor.

4.6.3.3 Recompensas que se deben los Cónyuges entre sí. En estricto sentido esta clase de compensaciones no hace parte de la liquidación de la masa considerada social, pues son derechos y obligaciones que surgen únicamente entre los esposos.

a. Si por dolo o culpa grave de uno de los cónyuges ocurre la pérdida o deterioro de un bien perteneciente al otro, aquel queda obligado para con éste al resarcimiento de tales perjuicios.

b. El pago que hace uno de los esposos de obligaciones personales de su consorte, le da derecho a que ésta le restituya lo que haya invertido al efecto.

c. Identica situación se presenta cuando con bienes propios de uno de los esposos se realizan mejoras en los bienes que pertenecen al otro.

d. Las obligaciones respecto de las cuales el Artículo 2o. de la Ley 28 de 1932 establece solidaridad entre los esposos, como son las contraídas para satisfacer las ordinarias necesidades domésticas o de crianza, educación o establecimiento de los hijos comunes, permiten a quien las conceda exigir a su consorte la cuota que le corresponde, pues por disposición de la propia ley ambos han de concurrir proporcionalmente a la atención de las mismas deudas.

5. CONCLUSIONES

Después de haber estudiado, analizado y tratado todo lo relacionado a los aspectos fundamentales del "Régimen patrimonial en la sociedad conyugal", como también las normas que la regulan por ser un trabajo muy delicado, ya que se trata de situaciones del estado común de casados entre las parejas, exponemos a continuación ciertos detalles que se consideran de suma importancia.

El trabajo de tesis el cual se tituló "Régimen Patrimonial en la Sociedad Conyugal", nació debido a los problemas que a diarios nosotros vemos en las parejas de casado y la problemática vivida por ellos en su lucha por tener paz y tranquilidad en sus relaciones, que vienen a formar parte de la sociedad que nos rodea, como una respuesta a la necesidad del ser humano de vivir en continuo contacto con sus semejantes y por ende, como la forma de asociación por excelencia, aparece el matrimonio. Cualquiera que sea la posición que se adopte en punto de precizar la naturaleza jurídica del vínculo matrimonial, es innegable que el tomar los contrayentes el status de casados determina la producción de

una serie de efectos que no solamente son reconocidos sino ampliamente regulados en el ámbito del derecho y que, como tales, no son modificables por la autonomía de la voluntad privada.

La celebración del matrimonio genera efectos o consecuencias jurídicas tanto en cuanto a las personas de los cónyuges como en cuanto a sus bienes. Estatuto que se concreta en los deberes de fidelidad , socorro, convivencia y ayuda mutua; es lo que la doctrina ha dado en denominar estatuto personal de los esposos.

De otra parte, la comunidad de vida supone ineludiblemente la afectación de los intereses pecuniarios de los cónyuges, con la consiguiente necesidad de un ordenamiento que permita regular las relaciones que en el campo patrimonial de ella se derivan.

Pues bien, hemos querido desarrollar el presente tema de la siguiente forma , por capítulos que fueron escogidos y seleccionados por nosotros para un mejor análisis y entendimiento de todos los tratados acerca del Régimen Patrimonial en la Sociedad Conyugal, que como se dijo inicialmente es de suma importancia en la relación matrimonial de ambas parejas.

El capítulo introductorio comprende las nociones prelimina res acerca del concepto del Régimen Patrimonial en la Socie dad Conyugal y la reseña histórica y, cual es el sistema aco gido por nuestro derecho colombiano, tuvimos que comenzar la tesis con stas nociones para poder entrar a desarrollar el tema escogido y lograr entenderlo de forma sencilla y ob jetiva de tan delicado régimen.

En el primer capítulo se habla de las Capitulaciones Matri moniales, dando su concepto de una manera amplia y objeti va, explicamos su naturaleza jurídica, entrando a desarro llar con gran despliegue todos y cada uno de los puntos con sagrados en este capítulo. En nuestro país el Código deja en claro el carácter convencional de las capitulaciones, al definirlas como "las convenciones que celebran los esposos antes de contraer matrimonio, relativas a los bienes que aportan a él, y a las donaciones y concesiones que se quie ran hacer el uno al otro, de presente o futuro".

En la actualidad carece de justificación y, por el contrario, seria deseable que algunas de las numerosas reformas que en nuestros días se introducen al régimen de familia, estable ciera la posibilidad de que los cónyuges celebraran capitu laciones, pues la experiencia enseña que el número de los esposos que los otorgan antes del matrimonio es mínimo con lo cual se deja pasar la única oportunidad que la ley conce

de, de elegir en materia de asuntos patrimoniales derivados del matrimonio.

Con respecto al tema que nos ocupa, el Código dispone que la sociedad conyugal nunca puede iniciar su vigencia en un momento distinto de aquel en que ocurra la celebración matrimonial, por ello, de aceptarse la tesis de que las capitulaciones están sujetas a la condición suspensiva del matrimonio, habría que agregar que en caso de cumplirse de tal condición, sus efectos se surtirán exclusivamente hacia el futuro.

En el capítulo segundo hacemos referencia de la Sociedad Conyugal, tema este que ha sido muy comentado por tratadistas eminentes en la legislación de familia , y el cual no se desmerece su profundización, porque ahí se da comienzo a la relación conyugal entre los esposos, y por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges.

Entre nosotros Valencia Zea, afirma que "el régimen de la sociedad cónyugal consiste esencialmente en una masa común de bienes, existente entre los cónyuges y proveniente de ambos o de uno de ellos, 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, o sean los cónyuges".