

**ASPECTOS DEL REGIMEN PATRIMONIAL DEL
MATRIMONIO**

ULPIANO LADRON DE GUEVARA ANAYA

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

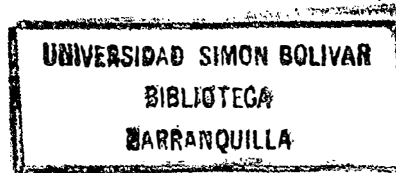
Director: EMILIA DAZA A.,
Abogada

CORPORACION MAYOR DEL DESARROLLO

SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA, 1987



DR 70798.



UNIVERSIDAD DE COLOMBIA	
No. 4034349	
321	
21 FEB. 2008	
FECHA	LUGAR

UNIVERSIDAD DE COLOMBIA

UNIVERSIDAD DE COLOMBIA
FACULTAD DE CIENCIAS EXACTAS Y NATURALES
DEPARTAMENTO DE MATEMÁTICA

LA COMISIÓN DE ASESORIA
TECNICA

UNIVERSIDAD DE COLOMBIA
FACULTAD DE CIENCIAS EXACTAS Y NATURALES
DEPARTAMENTO DE MATEMÁTICA
COMISIÓN DE ASESORIA TECNICA

T
346.016
L.157

Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Barranquilla, 24 de julio de 1987

DEDICATORIA

En especial: a mis padres
a mi hermana
a mi esposa
a mi hijo
a Elisa.



DOCTORA
EMILIA DAZA ALVAREZ

ABOGADA TITULADA
BARRANQUILLA - COLOMBIA

Calle 38 N° 45-48
Ofic. 9 - 2o. Piso

ts. 324795 - 323784

Barranquilla, Mayo 20 de 1987

Señores

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
DECANO FACULTAD DE DERECHO
DR. CARLOS LLANOS SANCHEZ
E. S. D.

Estimado doctor:

De manera atenta me permito manifestarle que, atendiendo designación que me hizo como director de la tesis de grado presentada por el egresado señor ULPIANO LADRON DE GUEVARA ANAYA, bajo el rubro "ASPECTOS DEL REGIMEN PATRIMONIAL EN EL MATRIMONIO" y encaminada a optar el título de Abogado de la Facultad de Derecho de esa Alma Mater, realicé un estudio de los distintos títulos y capítulos del presente trabajo, encontrando en él valioso contenido jurídico que demuestra el gran esfuerzo del egresado en la investigación del tema escogido.

En mi concepto, la materia a que se refiere la tesis expresada, ha sido tratada con acertado tino didáctico y en forma por demás completa, que acreditan, sin lugar a dudas, que el interesado se ha valido de abundante estudio sobre el expresado tema, presentando sus conceptos propios en un afán de esbozar una teoría en relación con tan importante aspecto del Derecho.

Por todo lo anterior, la suscrita le imparte su aprobación a la obra en todas sus partes.

Del señor Decano, atentamente,

Emilia Daza Alvarez
EMILIA DAZA ALVAREZ
Director de Tesis

AGRADECIMIENTOS

El autor expresa sus agradecimientos:

A EMILIA DAZA ALVAREZ, Abogada.

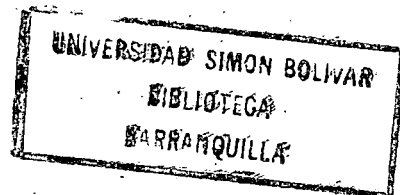
A todas aquellas personas que en una u otra forma colaboraron en la elaboración de esta investigación.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
0. INTRODUCCION	9
0.1 OBJETIVO	10
0.2 JUSTIFICACION	10
0.3 METODOLOGIA	11
1. MARCO HISTORICO	12
1.1 REGIMENES DE BIENES EN EL MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO	12
1.2 REGIMEN PATRIMONIAL EN LA ERA POST-ROMANTICA ..	14
1.3 REGIMENES DE BIENES EN EL DERECHO GERMANO	15
2. MARCO CONCEPTUAL	17
2.1 CONCEPTO DE REGIMENES DE BIENES EN EL MATRIMONIO	17
2.1.1 Apreciación conceptual	19
2.1.2 Importancia del tema	20

2.2	SISTEMAS UNIVERSALES ADOPTADOS PARA REGIR LOS BIENES EN EL MATRIMONIO	22
2.2.1	Régimen legal	23
2.2.2	Régimen convencional o contractual	24
2.3	CLASIFICACION DE LOS REGIMENES MATRIMONIALES DE BIENES	25
2.4	REGIMEN DE COMUNIDAD DE BIENES	25
2.5	REGIMEN DE SEPARACION DE BIENES	31
2.5.1	Características	31
2.5.2	Tipo de regímenes	33
2.6	REGIMEN DE PARTICIPACION DE GANANCIALES O SISTEMA MIXTO	35
2.7	BIENES RESERVADOS	37
2.8	EL REGIMEN CONSAGRADO POR LA LEY SUECA DE 11 DE JULIO DE 1920	38
2.9	REGIMEN DE LIBERTAD O CONVENCION MATRIMONIAL ..	39
3.	MARCO SOCIAL	40
3.1	INFERENCIA RELIGIOSA EN EL CONCEPTO DE CONCUBINATO	40
3.2	LA CUESTION SOCIAL	41

3.3	FILIACION NATURAL	42
4.	MARCO LEGAL	43
5.	MARCO ANALITICO	46
5.1	ALCANCE DE LAS REFORMAS INTRODUCIDAS POR LA LEY 28	46
6.	ESTABLECIMIENTOS PRINCIPALES DE LA LEY 28	50
6.1	INCAPACIDAD DE LA MUJER CASADA	50
6.2	LA SOCIEDAD CONYUGAL	55
6.3	MI COMENTARIO	61
7.	OTRAS REFORMAS INTRODUCIDAS AL REGIMEN DEL CODI- GO CIVIL	64
7.1	LEY 68 DE 1946	64
7.2	DECRETO 2820 DE 1974	66
7.3	LA LEY 1a. DE 1976	70
8.	DE LA ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL	73
9.	CONCLUSIONES	84
	BIBLIOGRAFIA	91



0. INTRODUCCION

Al hablar del régimen patrimonial del matrimonio, nos referimos a las disposiciones patrimoniales con que el legislador reglamenta la participación de bienes entre los cónyuges de un matrimonio. En el desarrollo del trabajo expondré las leyes que hacen referencia al tema y fijando como base el estatuto vigente en nuestra legislación que conocemos en la Ley 28 de 1932, vamos a encontrar que el legislador de esta ley le introdujo al sistema del Código reformas trascendentales que sustentaré en este trabajo de investigación. Más adelante entraré a analizar los diversos estatutos de orden legal que se han expedido después de haber entrado en vigencia la Ley 28 de 1932, que van a ser complementarios del régimen de la sociedad conyugal, con lo que ha adicionado y reformado el sistema de bienes en el matrimonio. Estos estatutos en su orden son: la Ley 68 de 1946; el Decreto 2820 de 1974 y la Ley 1a. de 1976, y que en el fondo entro a analizar el espíritu de ellas frente a las consecuencias que se derivan para la sociedad en general.

0.1 OBJETIVO

La meta que me he fijado en este trabajo de investigación "Aspectos del Régimen Patrimonial del Matrimonio", es hallar los motivos por los cuales el legislador colombiano ha dispuesto la participación de los bienes relictos entre los cónyuges, además, las ventajas que observé en los diversos estatutos de orden legal complementarios del régimen de la sociedad conyugal, como son la Ley 68 de 1946, el Decreto 2820 de 1974 y la Ley 1a. de 1976, para llegar a una comprensión del conjunto de normas que acoge nuestro legislador con respecto a la administración de la sociedad conyugal; comparando el sistema que se aplicaba según lo establecido por nuestro Código Civil y lo que consideramos ahora como régimen actual vigente.

0.2 JUSTIFICACION

Teniendo en cuenta que la familia es la célula fundamental de la sociedad, y que ésta nace como consecuencia del matrimonio generando no solamente efectos personales sino también de índole patrimonial entre los cónyuges; como estudiante del derecho, creo importante presentar mecanismos o modalidades para buscar una mejor aplicación al régimen patrimonial

en el matrimonio, que concuerde con la realidad social.

0.3 METODOLOGIA

Empleé en este trabajo la que el ICONTEC, con la autorización del ICFES, dispone para estos estudios de investigación en el campo del Derecho.

1. MARCO HISTORICO

1.1 REGIMENES DE BIENES EN EL MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO

En los primeros tiempos el matrimonio, al contrarse, se hallaba sometido a una serie de ritualidades o solemnidades que recibían el nombre de "confarreatio" (en el matrimonio religioso) y "coemptio" (en el matrimonio civil). La "confarreatio" no era otra cosa que una ceremonia religiosa, donde los contrayentes comparecían ante el "flamendialis" (Pontífice máximo o Sacerdote de Júpiter) y diez testigos. La "coemptio" era una forma ritual, pero no de carácter religioso. Era un símbolo de venta de la mujer al marido con la asistencia del jefe de la familia o tutor.

Sobre las solemnidades de la "coemptio" y la "confarreatio" por medio de la figura de la "manus" la mujer pasaba al dominio del marido, quien se convertía en su dueño tanto respecto de su persona como respecto

de sus bienes, tanto presentes como futuros.

Con el cumplimiento de estas solemnidades, la esposa que así se consagraba, se distinguía con el título de "materfamilias" y por ello entraba a la familia del marido perdiendo todo vínculo con su familia anterior; a cambio, cuando el cumplimiento de estas solemnidades no era observado, la mujer tomaba la designación de matrona bajo la "maritales effectio" y no ingresaba a la familia del marido sino que, por el contrario, continuaba bajo la tutela de su padre o agnados y el marido quedaba como persona extraña a sus bienes. En estas condiciones, la mujer considerada como asociada del marido, debía contribuir con los gastos de subsistencia de los hijos comunes, lo que dió nacimiento a la "dote" o conjunto de bienes que la mujer aportaba o donaba al marido para tales efectos.

Fuera de las dos formas solemnes anteriormente citadas, se conoció otro medio, que no era propiamente una solemnidad, sino una forma, por cierto bastante curiosa, de constituir "la manus" en el matrimonio. Ese medio se denominó "usus" y consistía en la posesión no interrumpida de la mujer por el marido durante un año continuo, al cabo del cual quedaba sometida a "la manus" del marido.

Cabe anotar que la potestad en referencia llegó a caer en completo desuso y a desaparecer definitivamente de las instituciones jurídicas en Roma, dado que con posterioridad no se consideraron esenciales para la perfección del matrimonio la observancia de las formas rituales o de los medios de constitución de la manus, aunque por el sólo consentimiento de los contrayentes no se daba vida jurídica al vínculo matrimonial, era necesario el "in domu mariti" (es decir, que la mujer se encontrara en casa del marido).

1.2 REGIMEN PATRIMONIAL EN LA ERA POST-ROMANTICA

Disuelto el Imperio Romano se desarrollaron las naciones que lo formaban y en un principio se practicó en ellas el régimen matrimonial romano, aunque sin el divorcio, pero poco a poco fue imponiendo el cristianismo sus normas propias, en que se le reconocía a la mujer una moderada independencia, no de su dote, sino sobre aquellos bienes diferentes que a causa de herencia obtuviera. Ya en la época moderna, la mujer adquirió la plenitud de esa independencia, pudiendo administrar sus bienes sin la intervención de su marido; pero quedan todavía algunos resquicios de la antigua sumisión a su marido, como es su no participación en la administración de la sociedad conyugal.

1.3 REGIMENES DE BIENES EN EL DERECHO GERMANO

El marido se constituía en sucesor del padre de la novia adquiriendo, por lo tanto, potestad sobre la persona de su mujer y el derecho de administrar los bienes de aquella.

La mujer conservaba para sí y administraba libremente la "gerade" (utensilios puramente caseros y los femeninos), la "gewere" (todos los demás) pasaban a ser administrados por el marido en conjunto con los bienes que conformaban su patrimonio pero sin adquirir sobre ellos propiedad.

El marido tenía la libre disposición de los bienes muebles de la mujer y de los suyos, pero sólo podía disponer de los inmuebles pertenecientes a su mujer con el expreso consentimiento de ésta. En el evento de que se disolviera el matrimonio los bienes que formaban esta comunidad se desintegraban en bienes del marido y bienes de la mujer.

Más adelante, los patrimonios de los cónyuges se unificaban, en todo en parte. Los bienes comunes pertenecen a ambos cónyuges y ante el evento de la disolución del matrimonio, no se desintegraban, de acuerdo con su origen, en bienes del marido y bienes de la mujer,

sino que prescindiendo del origen de los mismos se determina su destino, por ejemplo, en la liquidación de gananciales o la división de bienes comunes por cuotas entre los cónyuges.

2. MARCO CONCEPTUAL

2.1 CONCEPTO DE REGIMENES DE BIENES EN EL MATRIMONIO

A continuación procedo a transcribir diversos conceptos de distintos tratadistas acerca de lo que se entiende por regímenes matrimoniales.

Arturo Alessandri Rodríguez lo considera como "el estatuto que regla los intereses pecuniarios de los cónyuges entre sí y sus relaciones con terceros".

Planiol, por su parte, en su Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, dice: "El régimen económico matrimonial constituye el estatuto que gobierna los intereses pecuniarios de los esposos, bien sea en sus relaciones recíprocas sea de sus relaciones con terceros.

Entre las definiciones de naturaleza descriptiva vale la pena destacar las de Bonnecase y José J. Gómez.

Para Bonnecase es "la institución jurídica, complemento ineludible del matrimonio, susceptible de revestir 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 objeto 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 en la época del matrimonio o a la época de su disolución".

El tratadista José J. Gómez entiende por régimen de bienes en el matrimonio "el conjunto de normas a las cuales deben someterse los cónyuges en materia de adquisición, administración, goce y disposición de sus bienes".

Esta definición, como anota el doctor Edgar Alvarez Rodríguez no incluye algunos aspectos inherentes al régimen mismo como aquellas que dicen relación con las normas que presiden la celebración de capitulaciones matrimoniales o la responsabilidad que se deduce de los cónyuges.

2.2.1 Apreciación conceptual

Acojo, por su claridad y precisión, la definición dada por el doctor Roberto Suárez Franco y dice que: "Régimen de bienes en el matrimonio es el estatuto de carácter normativo que regla las relaciones matrimoniales que surgen entre los esposos o de éstos frente a los terceros, con causa o con ocasión de la celebración del matrimonio".

a. Es un estatuto por cuanto se trata de un reglamento orgánico que desarrolla la estructura jurídica sobre la cual descansa: todo el sistema económico matrimonial, particularmente en cuanto al tratamiento que reciben los bienes que los esposos aportan al matrimonio o los que lleguen a adquirir con posterioridad a su celebración, su administración, disposición, régimen contractual, tratamiento de las obligaciones de carácter familiar y, en fin, las causas de disolución y el procedimiento de la liquidación de la sociedad conyugal cuando ésta se forma. Contempla así mismo, normas sobre defensa de los intereses de terceros que llegan a contratar con cualquiera de los cónyuges o que resultan vinculados a ellos por cualquier acto, hecho o negocio jurídico.

b. De carácter normativo: la estructura de todo sistema patrimonial del matrimonio descansa sobre un conjunto

de normas legales integrantes de un cuerpo armónico, definido en el derecho, que presenta una fisonomía propia y específica.

c. Regula las relaciones patrimoniales, característica que obedece a la finalidad misma del sistema, pues por medio de un conjunto de normas jurídicas organizadas establece los derechos patrimoniales que surgen para los esposos, así como las obligaciones que contraen por la conclusión de actos o negocios jurídicos que se celebren dentro del matrimonio.

d. Tiene su origen en el matrimonio: el estado civil de casado, la legitimidad de la prole, el régimen patrimonial del matrimonio, etc., están siempre condicionados en su nacimiento a un hecho: la celebración del matrimonio.

2.1.2 Importancia del tema

La necesidad imperativa del hombre de vivir en sociedad y en continuo contacto con sus semejantes da lugar a la aparición de la forma de asociación por excelencia: el matrimonio. No importa la posición de se acoja para determinar la naturaleza jurídica del vínculo matrimonial es incontrovertible que el status de casados que toman

los contrayentes ocasiona una serie de efectos que no sólo son reconocidos, sino ampliamente regulados en el campo del derecho y como tales no son susceptibles de cambio o modificación por la autonomía de la voluntad privada.

Estos efectos, por un lado podemos denominarlos estatuto personal de los esposos y que en nuestra legislación se traducen en las obligaciones recíprocas de cohabitación, fidelidad, socorro y ayuda entre los cónyuges; por el otro, encontramos el campo patrimonial, es decir, aquel que comprende la afectación de los bienes pecuniarios de los esposos, con la consiguiente necesidad de un ordenamiento que permita regular las relaciones que de este campo se deriven.

Los estatutos que presiden estas relaciones de contenido económico existentes entre los cónyuges se han debido o se encuentran en íntima vinculación con las circunstancias sociales, económicas, culturales, consideraciones de orden moral y la evolución histórica de la respectiva comunidad, puesto que estos factores analizados en conjunto son los elementos determinantes del contenido de los preceptos a los cuales sirven de fuente.

De este hecho se deriva, en consecuencia, el que exista un gran número de regímenes patrimoniales aplicables a los cónyuges como resultado de la diversidad de medios en que cada uno de ellos tiene vigencia.

2.2 SISTEMAS UNIVERSALES ADOPTADOS PARA REGIR LOS BIENES EN EL MATRIMONIO

En el momento de contraer matrimonio, los cónyuges pueden tener bienes o pueden lograrlos en el transcurso del matrimonio. Para determinar a quién pertenecen esos bienes, qué suerte seguirán en el evento de disolverse el matrimonio, cuáles de ellos pueden perseguirse por los acreedores del marido o de la mujer es que los legisladores han ideado los llamados "Regímenes Matrimoniales".

Todos los regímenes matrimoniales indiscutiblemente tienen su origen remoto en la ley, ya que es el mismo legislador quien en último término impone un sistema legal de bienes a todos los que llegaren a contraer vínculo matrimonial, o quien faculta a los esposos para que por medio de convenciones acuerden las modalidades a que deben someterse en sus relaciones de tipo patrimonial.

Anotan autores como José Luis La Cruz y Manuel Albaladejo que todo intento de clasificación está condenado al fracaso, porque los elementos que han deservir de índice para hacerla son demasiado diversos y se pueden mezclar de modo indefinido.

Sin embargo, se han intentado criterios unificadores que permitan comprender los diferentes sistemas aplicados a la regulación de las relaciones patrimoniales que nacen entre los esposos por razón del matrimonio.

Como anota el doctor Roberto Suárez Franco, dentro de una concepción más restringida y específica, el régimen de bienes puede presentar, en cuanto a origen inmediato, una clasificación de dos grandes categorías: la legal propiamente dicha y la simplemente convencional.

2.2.1 Régimen legal

Puede determinarse la existencia de este tipo de régimen cuando las normas que han de regir las consecuencias económicas producidas por la celebración de un matrimonio están predeterminadas por el legislador.

Estas normas pueden haberse establecido de manera impositiva caso en el cual los contrayentes de ninguna

forma pueden eludir su observancia, o también pueden haberse establecido en forma supletoria que en defecto de manifestación expresa rijan sus relaciones pecuniarias.

2.2.2 Régimen convencional o contractual

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.

Muy importante me parece comentar lo dicho acerca del tema por el doctor J. Gómez, para darle más claridad, explicación y precisión: En los países que reconocen varios sistemas, uno legal, los demás convencionales, la libertad de elegir se puede ejercer en relación con cualquiera de ellos. En relación con el primero, porque puede ser modificado, con los otros, porque se puede optar por uno o por varios combinados.

2.3 CLASIFICACION DE LOS REGIMENES MATRIMONIALES DE BIENES

2.3.1 Régimen de comunidad de bienes

2.3.1.1 Evolución y características

En la alta Edad Media, el marido como jefe de familia, tenía derecho de usar de los bienes de la copropiedad familiar, pero no la de disponer de ellos en razón de que era considerado como un copropietario; por este motivo, todo acto de disposición que realizara estaba subordinado al concurso de la mujer y de los hijos.

Ya en el siglo XVI, el marido podía disponer de los bienes comunes como de sus bienes propios tanto a título oneroso como a título gratuito, sin restricción alguna. El marido es señor de los muebles y de las conquistas inmuebles.

Como contrapartida del derecho sin límite que el marido tenía para obligar a la comunidad, el antiguo derecho le concedía algunas garantías a la mujer, tenía, por ejemplo, derecho a renunciar a la comunidad, al disolverse el régimen y con ello a librarse del pago

del pasivo; más aún y gracias al beneficio de emolumento, no estaba obligada, cuando la aceptara sino en la medida del activo, en efecto, se le negaba al marido el derecho de comprometer los bienes propios de la mujer.

En todo régimen de comunidad es característica esencial la comunidad que surge con ocasión del matrimonio. El campo en el que se desarrolla el poder del esposo es muy amplio en cuando a la administración de los bienes que componen la comunidad; la ingerencia que se concede a la esposa es muy limitada, ya que es considerada como relativamente capaz, lo que lleva a que el marido aparezca como responsable único de las obligaciones de carácter social frente a terceros.

Como se estableció anteriormente, la característica particular de este sistema es que los bienes que tenían los esposos pasan a formar una masa o conjunto de bienes que van a encontrarse bajo la administración total del marido, y es precisamente esta característica la que sirve de base para las principales objeciones al sistema, pues se presta para que el móvil de muchas uniones sea el interés económico o que maridos inescrupulosos dilapiden la fortuna de su cónyuge.

2.3.2.2 Subcategorías

a) Régimen de la comunidad pura, absoluta o universal. Responde al principio tradicional de que el "matrimonio debe ocasionar una integración tal entre los cónyuges, que se llegue a formar un solo cuerpo, una sola alma y un solo patrimonio".

Se presenta cuando todos los bienes de los cónyuges (muebles e inmuebles presentes y futuros) entran en la comunidad, es decir, ingresan a ella aquellos bienes que poseen los esposos al casarse y los que después adquieran a cualquier título.

La administración de la comunidad está reservada al marido, ya que la mujer se convierte en incapaz por motivo del matrimonio; es el marido quien responde de las obligaciones ante terceros que se contraigan durante el matrimonio.

La esposa y como único medio de defensa de su patrimonio puede intentar la terminación de la comunidad por medios legales, para luego proceder a la liquidación, esta disolución trae como consecuencia el cese de la incapacidad de la mujer casada.

Disuelta la comunidad por terminación del matrimonio o por cualquier otra causa legal, la masa social se dividirá entre los cónyuges por partes iguales una vez se haya hecho deducción del pasivo conformado por las obligaciones contraídas por el esposo cuando la comunidad se hallaba en vigor.

Este régimen, como dice el doctor Roberto Suárez, cumple aparentemente de modo especial con las virtudes del matrimonio, no ha sido en la práctica el más equitativo pues cabe la posibilidad de que uno de los cónyuges aporte bienes de valor muy superior a los del otro, sufre un empobrecimiento a costa de aquel que se enriquece en la misma proporción; esto, como es obvio, conduce a la proliferación de matrimonio por interés, además de que no se justifica que a la mujer se le margine de los problemas económicos del hogar, haciendo recaer toda la responsabilidad en el marido, pues al fin y al cabo, la mujer puede contribuir con eficacia al manejo de los bienes con tanta o mayor capacidad que su esposo.

b) Régimen de la comunidad parcial o restringida.

Este sistema de bienes fue adoptado en legislaciones como la del Código de Napoleón, fue el más común en

la Europa Occidental del siglo XVIII y comienzos del XIX, y el de la mayoría de las legislaciones latinoamericanas.

Por tratarse de una comunidad participa de las características que le son propias a todo régimen de comunidad tales como la formación de una masa común o comunidad de bienes restringidas a lo que determine la ley respectiva, la incapacidad de la mujer casada y su representación legal por parte del esposo, quien administra tanto los bienes sociales como los de la esposa.

Es importante anotar que el hecho del matrimonio da origen a tres categorías de masas de bienes: los bienes sociales o de la comunidad; los bienes propios del esposo y los bienes propios de la esposa.

Esta comunidad social varía según sea el criterio que se adopte por el legislador para integrarla; el más común es el que la restringe a los bienes muebles y a los bienes sociales más comúnmente denominados gananciales.

La sociedad conyugal o comunidad reducida a muebles y ganancias tiene su origen en el antiquísimo sistema

total de los juristas romanos, según el cual el esposo tiene sobre los muebles de su mujer, derechos más fuertes que sobre los inmuebles.

Son características propias de esta comunidad, el que a la comunidad ingresen todos los bienes muebles que los esposos tenían al momento del matrimonio y los inmuebles que, a título oneroso, adquieran durante el matrimonio; de igual forma acrecen la comunidad los frutos provenientes de toda clase de bienes, tanto sociales como propios.

Ahora los inmuebles que los esposos tengan al momento del matrimonio, adquiridos a cualquier título, junto con los que adquieran durante el matrimonio mediante su cesión o donación, seguirán siendo del cónyuge adquirente.

Esta última característica implica una masa constituida de bienes propios, que no son otros que los inmuebles que los cónyuges tienen al casarse y los que adquieran a título gratuito, con lo cual se logra el reconocimiento de la propiedad particular de cada esposo con la existencia de un haber común.

En cuanto a la administración, ésta le corresponde

al marido quien será el único responsables de las obligaciones que contrae y de las cuales responderá, en primer término, con los bienes sociales y luego, con su patrimonio personal.

En el evento de disolución de la comunidad social, del activo se deducirán las obligaciones contraídas por el marido frente a terceros; lo que resulte se dividirá entre los cónyuges por partes iguales.

Tienen aplicación en este sistema de comunidad dos instituciones; las recompensas y compensaciones, y la subrogación, aplicación que busca evitar el empobrecimiento de los cónyuges en favor de la sociedad o viceversa sin una causa jurídica que lo justifique.

2.5 REGIMEN DE SEPARACION DE BIENES

2.5.1 Características

Utilizando un amplio criterio, los regímenes de separación de bienes son aquellos en que cada uno de los contrayentes conserva después de celebrado el matrimonio, la propiedad de todos sus bienes, conjuntamente con su administración y goce; se trata de la separación de bienes propiamente dicha.

Este régimen se caracteriza fundamentalmente por la ausencia de cualquier comunidad o masa común de bienes entre los esposos; se le concede plena capacidad a la mujer casada para que pueda desenvolverse con libertad en el campo patrimonial; de esto se infiere la administración independiente de que disfruta cada cónyuge con respecto del otro, encontrándose únicamente sometidos a ciertas obligaciones impuestas en servicio de la familia.

Cada cónyuge responde frente a terceros, independientemente del otro sin distinguir si se trata de responsabilidad contractual o extracontractual.

Ahora, los cónyuges están obligados a cooperar con los gastos y cargas del hogar de acuerdo con sus capacidades económicas lo mismo que con la crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes.

Como anota el doctor Suárez Franco, este régimen de separación trae como consecuencia, en el campo económico, al ser tenidos los cónyuges como dos extraños, pueden contratar entre sí libremente, siempre y cuando no se vulneren derechos de terceros.

2.5.2 Tipo de regímenes

a) Régimen sin comunidad. Si, manteniéndose la titularidad del dominio de los bienes en cabeza de cada uno de los cónyuges, es el marido quien detenta la administración y goce de los suyos propios, simultáneamente con los de su mujer, se está en presencia del "régimen sin comunidad" o "régimen de separación con unidad de administración".

En el régimen sin comunidad cada cónyuge sigue siendo titular exclusivo de sus bienes sin que exista copropiedad entre ellos; el marido por el hecho del matrimonio obtiene la administración de los bienes de la mujer y el usufructo de sus rentas, en cuanto a sus bienes, el esposo conserva la plena propiedad de todos ellos.

A la disolución no se presentan mayores trabas dado que no existe masa común a liquidar, en este caso el marido debe entrar a restituir a la mujer o a sus herederos, según el caso, los bienes que administraba.

Este régimen tiene aplicación en Suiza y Alemania, en este último con el nombre de régimen de administración y disfrute del marido.

b) Régimen dotal.

Deriva su nombre de la palabra "dote", que era la porción de bienes que la esposa o algún miembro de su familia entregaba al marido para la atención de las necesidades domésticas.

Se justifica por varias razones. En el matrimonio, la mujer se hacía asociada del marido: participaba de su rango en la sociedad; era justo que contribuyera a los gastos de la casa. Por otra parte, la manutención y educación de los hijos no podían quedar a cargo exclusivo del marido; la fortuna de la madre debía, como la del padre, darle medios de existencia.

Esta dote que entregaba la mujer al marido significaba un formalismo esencial para la existencia del matrimonio, pues aquella que se casaba sin bienes dotales, era considerada simple concubina.

Según algunos autores, se caracteriza por la inalienabilidad de los bienes que constituyen la dote, aunque en algunas legislaciones se autoriza la enajenación con permiso del juez.

Por obra de la interpretación jurisprudencial se ha considerado la posibilidad de que se consagró la "actio

rei uxoriae" por la cual la mujer, si se presentaba el divorcio, podía exigir judicialmente la restitución. Sobre las bases expuestas anteriormente, es que se apoya el régimen clásico de la dote concebido entonces como aportación al régimen clásico de la dote concebido entonces como aportación al sostenimiento del peso económico del matrimonio; la propiedad del marido sobre los bienes dotales queda reducida en realidad y su condición respecto de ellos no es otra que la de un usufructuario.

Este régimen ha desaparecido en las legislaciones actuales, en razón a los inconvenientes prácticos que presenta, además del grado de inferioridad en que se coloca a la mujer, la congelación de los bienes dotales al considerárseles imprescriptibles, etc.

c) Régimen de separación absoluta.

Está ampliamente expuesto al comienzo del numeral 2.4.1.

2.6 REGIMEN DE PARTICIPACION DE GANANCIALES O SISTEMA MIXTO

Dice Somarriva: "El régimen de participación de los gananciales es aquel que durante el matrimonio cada uno de los cónyuges administra los bienes que poseía

al contraerlo y los que después adquiriera; pero disuelto el régimen, los gananciales adquiridos por uno y otro, pasan a constituir una masa común para el efecto de su liquidación y división entre ellos.

Es una hábil combinación de los regímenes de separación y comunidad restringida. Durante el matrimonio, los cónyuges están separados de bienes; cada uno conserva la propiedad de lo suyo, sean propios o gananciales y los administra con entera independencia; la mujer es plenamente capaz.

Disuelto el régimen se forma una comunidad, pero para el solo efecto de liquidarlas y dividir entre ambos los gananciales que hayan adquirido en su comunidad de las mismas reglas que rigen la liquidación de aquella.

Por tratarse de un sistema intermedio entre la separación y la comunidad, del cual se ha dicho que funciona como el régimen de separación, pero se disuelve y liquida como el de comunidad.

Este sistema ha adquirido notable difusión en los últimos tiempos, ya que permite un amplio desenvolvimiento de la iniciativa individual de cada uno de los cónyuges.

Se trata del régimen vigente en nuestra legislación; difiere fundamentalmente del régimen de comunidad restringido a muebles y gananciales, que era el acogido por nuestro Código Civil sobre todo en la forma de administración ya que al otorgársele a la mujer la capacidad plena, expresamente se le está confiriendo la administración de los bienes que adquiriera a cualquier título, en igual categoría a la de su esposo, sin interesar que tenga el carácter de sociales.

2.7 BIENES RESERVADOS

Comenzó a manifestarse mediante la permisión a la mujer casada de intervenir en la administración de ciertos bienes sociales, bienes que recibieron el nombre de "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 entes cónyuges".

El concepto de bienes reservados no es uniforme en todas las legislaciones.

En legislaciones como la francesa y la latina, el concepto se limita a los bienes adquiridos con el trabajo

de la mujer. Los Códigos Alemán y Suizo lo hacen extensivos también al marido y comprenden dentro de esta noción no sólo los bienes producto del trabajo de la mujer fuera de su actividad doméstica, sino las donaciones provenientes de terceros y los efectos destinados al uso personal de los cónyuges.

2.8 EL REGIMEN CONSAGRADO POR LA LEY SUECA DE 11 DE JULIO DE 1920

Dice Planiol "entre esos dos grupos de legislaciones (comunitaristas y separacionistas) ocupa lugar aparte la ley sueca del 11 de Julio de 1920. Los bienes de cada esposo siguen siendo de propiedad personal, pero se clasifican en dos categorías: bienes propios y bienes conyugales. Estos últimos que constituyen la regla general, en caso de disolución del matrimonio o de separación de bienes han de ser repartidos entre los esposos o sus herederos. Este derecho eventual de partición implica ciertas restricciones a la libertad de enajenar; y la división de los bienes en dos categorías ha llevado a admitir el sistema de las compensaciones (recompensas)".

2.9 REGIMEN DE LIBERTAD O CONVENCION MATRIMONIAL

A fin de regular los bienes matrimoniales en armonía y concordancia con los acontecimientos personales, familiares, patrimoniales, sociales y en especial con relación a la voluntad de los cónyuges, gran mayoría de las legislaciones dejan en libertad a los esposos para que organicen o regulen desde antes de celebrado el matrimonio, todo lo relacionado con los bienes matrimoniales mediante su propio pacto o contrato que toma el nombre de capitulaciones matrimoniales, siempre que no altere o desconozca los principios de orden público previamente establecidos.

3. MARCO SOCIAL

3.1 INFERENCIA RELIGIOSA EN EL CONCEPTO DEL CONCUBINATO

Es un hecho que la formación religiosa del pueblo colombiano ha influenciado en los conceptos de matrimonio y concubinato que tiene nuestra sociedad de esos fenómenos de profundas repercusiones en la familia. El enfoque hecho por la iglesia y presentado a la sociedad, es este: el matrimonio es un contrato y un sacramento, en tal forma que no existe el uno sin otro. Es decir, que al mismo tiempo que es una disposición divina es también un acto civil. De aquí que cualquier otra unión como la civil, como la libre, sean de menos grado, y hasta de desprecio por parte de una sociedad mogigata que ni cumple con sus deberes religiosos, ni practica los mandamientos, en especial los del evangelio, pero que si hace de su religión un motivo de prestigio social.

A esta situación ha contribuido, poderosamente el concordato celebrado entre el gobierno colombiano y la Santa Sede, según la cual el matrimonio católico

tiene todas las garantías civiles legales, y la unión libre o concubinato ha sido rebajada a una condición de menoscabo social, el mismo que heredó de pretéritas edades. La unión libre está actualmente en más desmedro que el que tuviera en Roma, asignados a los bárbaros forasteros.

3.2 LA CUESTION SOCIAL

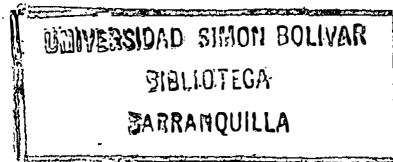
Actualmente nuestra sociedad, que ha venido lentamente dando un vuelco así al matrimonio civil, aunque con muchas reservas, ya prefiere a éste, frente al concubinato, al que señala despectivamente como una simple unión libre. Ya el Estado ha tomado carta en el asunto; no sólo le ha reconocido a los hijos extramatrimoniales, antes naturales, iguales derechos hereditarios que a los hijos de legítimo matrimonio, sino que avanza el nuevo Código de Familia, que ofrecerá a la unión libre un panorama de apertura. Se estudia la unión libre de más de dos años de formación hogareña, y el concubinato provisional o pasajero, entre parejas de vidas inestables; a la primera se le va a modificar su estatuto que ya tiene, de sociedad comercial, por el de sociedad conyugal especial, porque el régimen de sociedad comercial adolece de graves falencias, como esa de que sea sólo el hombre el que esté trabajando

mientras la mujer atiende al hogar, no apareciendo en este caso ningún asidero para proponer la liquidación de una sociedad comercial.

El régimen conyugal especial contempla ciertas sinonimias con el régimen conyugal matrimonial.

3.3 FILIACION NATURAL

La Ley 45 de 1936 causa una verdadera regeneración en el estatuto civil del llamado hijo natural, pues establece las bases para que la Ley 75/68 declare la paridad patrimonial hereditaria entre los hijos extramatrimoniales y los legítimos.



4. MARCO LEGAL

Ley 28 de 1932, "sobre reformas civiles" (Régimen Patrimonial en el matrimonio).

Artículo 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 hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiriera; pero a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil debe liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio y, en consecuencia, se procederá a su liquidación.

Artículo 2º. Cada uno de los cónyuges será responsable de las deudas que personalmente contraiga, salvo las concernientes a satisfacer las ordinarias necesidades domésticas o de crianza, educación y establecimiento

de los hijos comunes, respecto de los cuales responderán solidariamente ante terceros, y proporcionalmente entre sí, conforme al Código Civil.

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

Artículo 4°. En el caso de liquidación de que trata el artículo 1° 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 hable el mismo Código.

Artículo 5°. 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.

Artículo 6°. 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.

Artículo 7°. Respecto de las sociedades conyugales existentes, los cónyuges tendrán capacidad para definir extrajudicialmente, y sin perjuicio de terceros, las cuestiones relativas a la distribución de los bienes que deban corresponder a cada uno de ellos, conforme a esta ley, y si se distribuyeren gananciales, se imputarán a buena cuenta de 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.

Artículo 8°. Las cuestiones que se suscitan entre los cónyuges o sus sucesores con motivo de la aplicación de esta ley, serán desatadas mediante el procedimiento breve y sumario de que trata el artículo 1203 del Código Judicial.

Derogado. Código de Procedimiento Civil, art. 698.

Artículo 9°. Quedan derogadas las disposiciones contrarias a la presente ley.

Artículo 10°. Esta ley entrará a regir el 1° de Enero de 1933.

5. MARCO ANALITICO

5.1 ALCANCE DE LAS REFORMAS INTRODUCIDAS POR LA LEY 28

De acuerdo con el texto de la ley, y llevando el orden de su articulado, encontramos que el legislador de la Ley 28 introdujo al sistema del Código, las siguientes reformas trascendentales.

Artículo 1º. Consagró la administración dual para los bienes sociales, modificando el sistema hasta entonces vigente de la administración unitaria del marido. A su vez en la misma norma estableció que la sociedad del Código Civil; en todo aquello que no pugne con la administración dual se mantiene; consecuentemente lo referente al haber social, absoluto y relativo, el pasivo social, el régimen de las recompensas, la institución de la subrogación, la disolución y el procedimiento de la liquidación, fue mantenido por la Ley 28.

Artículo 2º. En cuanto al régimen del pasivo, estableció

la responsabilidad unitaria de cada uno de los cónyuges, mientras esté vigente la sociedad conyugal. Sin embargo, por mandato legal de todas las disposiciones que obedezcan a necesidades domésticas o de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, los cónyuges responden solidariamente.

Artículo 3°. Se fija el criterio que debe seguirse en la celebración de los contratos entre cónyuges. En principio, se prohíben los contratos sobre inmuebles, se deja la duda sobre muebles.

Artículo 4°. Fijó el criterio que se ha de seguir en el proceso de liquidación. Es tal vez este artículo el que ha servido como argumento definitivo para sostener que el sistema de la sociedad conyugal, reglamentado en el Código Civil, se mantiene después de la vigencia de la Ley 28, aunque con las expresas reformas y modificaciones consagradas en la misma ley. El artículo señala qué operaciones son esenciales en todo procedimiento o trámite en la liquidación de toda sociedad conyugal.

Artículo 5°. Le otorga plena capacidad a la mujer casada; dada la magnitud de esta reforma y las consecuencias que implica le dedicaré posteriormente

un estudio aparte.

Artículo 6°. Le concedió al marido la guarda legítima sobre su esposa incapaz. Por medio de este artículo se modificó el Código Civil en cuanto a la curaduría de la esposa incapaz, concediéndosele al esposo el derecho a que se le defiera en primer término la guarda, sin embargo, no se previó la situación contraria, es decir, la curaduría del esposo incapaz.

"Artículo 7° de la Ley 28 -ha sostenido la Corte- consagró como novedad, la facultad para los cónyuges de poder liquidar las sociedades conyugales existentes en la época de la vigencia de la ley, con la finalidad de determinar qué bienes sociales pasaban a cabeza de cada cónyuge para que ejerciera sobre ellos las facultades de disposición. Los bienes adjudicados a cada cónyuge se le entregan a buena cuenta de lo que le ha de corresponder a título de gananciales en la liquidación definitiva que se practica cuando ocurra cualquiera de las causales previstas para el efecto en la ley".

Artículo 8°. Este artículo instituyó un procedimiento especial para aclarar los litigios entre cónyuges, por causa o con ocasión de la vigencia de ley. Esta

norma fue derogada por el artículo 698 del Código de Procedimiento Civil.

Si aún subsisten contingencias de las previstas por el artículo 8°, su solución ha quedado sin un procedimiento claro para dilucidarlas. Por esta razón, cualquiera de sus disposiciones no puede tenerse en cuenta hoy en día para efectos legales.

Artículo 9°. Dispuso la derogatoria de todas las disposiciones contrarias a la ley en referencia; norma muy utilizada por nuestros legisladores, pero que en la mayoría de los casos no se toman el trabajo de determinar sus alcances.

6. ESTABLECIMIENTOS PRINCIPALES DE LA LEY 28

En el régimen del Código existían dos instituciones como fundamento de la reglamentación, referentes a los asuntos patrimoniales que eran producto de la celebración del matrimonio; ellas eran: la incapacidad civil de la mujer casada y la sociedad conyugal.

Una vez entró en vigencia la Ley 28 de 1932, su texto reformó las normas que le precedían.

Analizaré, en primer término, lo relacionado con la capacidad de la mujer casada bajo el imperio de la ley citada, y posteriormente abordaré al estudio de la sociedad conyugal en el nuevo régimen.

6.1 INCAPACIDAD DE LA MUJER CASADA

Reglamentación de la materia en la Ley 28. Si en razón del artículo 1º de esta ley, la mujer adquirió la administración y disposición de sus bienes, resultaba

evidente que para hacer efectivo el ~~ejercicio~~ de sus derechos, se terminara definitivamente con el régimen que la hacía incapaz, por el solo hecho del matrimonio. Por ello el artículo 5° contiene la afirmación expresa de que a partir del 1° de Enero de 1933, el esposo dejó de ser el representante legal de su mujer, la cual, desde esa fecha, ha podido actuar por sí misma en el mundo del derecho, sin requerir de autorización de ninguna especie.

Debe anotarse que la Ley 28 no modificó absolutamente en ningún sentido el estatuto personal de los cónyuges; por este motivo, la mujer siguió obligada a obedecer al marido, a seguirle donde quiera que fijara su residencia y, en general, a someterse a las directrices que su cónyuge estableciera en relación con el manejo del hogar. De esta forma, si se tiene en cuenta que la potestad marital se proyectaba, en el sistema del Código, tanto sobre la persona como sobre los bienes de la esposa, puede afirmarse que la Ley 28 únicamente varió este segundo aspecto de dicha potestad, dejando incólume el primero, junto con las demás normas que integraban el estatuto personal.

Debemos recordar que la incapacidad de la mujer provenía del hecho de estar casada, y que no tenía relación

alguna con la supuesta debilidad de su sexo; de ahí que la mujer mayor fuera plenamente capaz (a menos que mediare alguno de los motivos generales de incapacidad), mientras no contrajera matrimonio; como es lógico, la mujer menor era incapaz, independientemente de que estuviera o no ligada por el vínculo matrimonial. Esta situación no tenía por qué alterarse con la expedición de la Ley 28 y, por ello, durante la vigencia de este estatuto, no todas las mujeres casadas son capaces..

Siguiendo entonces estos principios, la mujer menor de edad que contrae matrimonio es incapaz, pero no porque comience a serlo, sino porque continúa siéndolo por aplicación de las normas generales en materia de capacidad.

En estos términos, toda mujer casada que haya cumplido los 18 años es capaz, a no ser que medie uno de los motivos generales de incapacidad; por el contrario, la mujer menor de edad que contraiga matrimonio continúa siendo incapaz y, por ende, requiere de un representante para actuar en el mundo del derecho. Esta representación debe ser ejercida, en primer término, por el esposo, de conformidad con el artículo 6° de la Ley 28 de 1932; pero se presenta una importante diferencia, con relación

a la situación existente antes de la vigencia de la Ley 28: al ejercer la curaduría de su mujer, el marido lo hace actualmente como un mero administrador de bienes ajenos, razón por la cual debe observar los requisitos que se exigen, en términos generales para todos los guardadores.

En resumen, cuando se defiere al marido la curaduría de su mujer menor, las normas que regulan tal relación entre los cónyuges son las mismas que presiden las existentes entre guardadores y pupilos en general.

Esta interpretación de la Ley 28 en nada se ha modificado con la expedición del Decreto 2820 de 1974, cuyo artículo lo expresa: "El artículo 62 del Código Civil quedará así: Las personas incapaces de celebrar negocios serán representadas:

1. Por los padres, quienes ejercerán conjuntamente la patria potestad sobre sus hijos menores de 21 años (hoy 18);

2. Por el tutor o curador que ejerciere la guarda sobre menores de 21 años (hoy 18) no sometidos a patria potestad y sobre los dementes, disipadores y sordomudos que no pudiesen darse a entender por escrito.

Siguiendo entonces las disposiciones expuestas anteriormente, la situación de la mujer menor de 18 años que contrae matrimonio, se rige por lo previsto en el numeral 2° del nuevo texto del artículo 62 del Código Civil, ya que, al adquirir el nuevo estado, se sustrae de la patria potestad por disposición expresa del artículo 314 del Código Civil que consagra en su numeral 2° el matrimonio del hijo como una de las causas legales de emancipación.

Al quedar sin representación la menor, debe procederse a llenar ese vacío, para lo cual, según el artículo 6° de la Ley 28, ha de llamarse, en primer término, al marido, y en segundo, a las demás personas llamadas por la ley para tal fin.

Es menester advertir que cuando el matrimonio se celebre entre mujer menor de 18 años y varón también menor de esta edad, la curaduría de aquella no podrá ejercerla su cónyuge, porque el artículo 588 del Código establece que "no pueden ser tutores o curadores los que no hayan cumplido 18 años, aunque hayan obtenido habilitación de edad"; debe entonces acudir al artículo 457 del Código Civil para conceder el cargo de curador a las personas allí enumeradas. La disposición del 2° inciso del artículo 588 del Código

Civil, según la cual cuando una guarda ha sido diferida a un menor de edad, debe nombrarse a un tutor o curador interino mientras aquel llega a la mayoría de edad, no es aplicable a la situación que se trata, por cuanto el mismo artículo limita su aplicación al caso de que el menor designado curador sea ascendiente o descendiente del pupilo. Por esta razón, la guarda que ejerza quien ha sido designado curador de la mujer menor de 18 años, casada con quien tampoco ha cumplido esa edad, no se verá afectada por el hecho de que el varón llegue a la mayoría de edad. Ahora si la mujer soltera, no sujeta a patria potestad, tiene desde antes de casarse representante legal, el solo hecho del matrimonio no pone fin a esa representación.

Así, después de casada la menor, será su representante el mismo que desempeñaba tal cargo antes de la boda.

6.2 LA SOCIEDAD CONYUGAL

a. El problema de su subsistencia bajo el imperio de la Ley 28 de 1932.

A raíz de la expedición de la Ley 28 de 1932 surgió una discusión sobre la existencia, o con más propiedad, subsistencia de la comunidad o sociedad conyugal.

Para muchos juristas la reforma suprimía la comunidad

para ser reemplazada por un régimen de separación. Adoptaron esta posición porque estimaron que era de la esencia de la sociedad tradicional la administración unitaria del marido en su carácter de jefe y propietario, y no concibieron una sociedad con administración dual en la que la mujer gozara de plena capacidad jurídica y manejara independientemente sus bienes sin sujeción a potestad alguna.

El autor del proyecto, Luis Felipe Latorre, insistió en repetidas oportunidades que se trataba de una sociedad teórica que llevaba el germen de aparecer ostensible cuando concurriera alguna causal de disolución, para efecto de su disolución dijo en la exposición de motivos con que acompañó el proyecto: "Y volviendo a la contemplación de aspecto sustantivo de la cuestión, un examen más a fondo de la materia y un estudio de las más modernas instituciones sobre el régimen de los bienes en el matrimonio, han demostrado que la fórmula que mejor responde, sin perjuicio para nadie, a la anhelada rehabilitación civil de la mujer casada, es la que aparece en el nuevo proyecto, inspirado en sus rasgos y estructura fundamentales, en la novísima legislación húngara y en las de Suecia (Ley de 1920), Islandia (Ley de 1923), Noruega (Ley de 1927), etc.,

que conservando una sociedad conyugal teórica para que se revele y produzca efecto al disolverse el matrimonio, durante éste disfruten los cónyuges de la plena libertad jurídica y del amplio goce de los bienes que adquirieran".

b) Posición de algunos doctriantes y conclusiones propias.

- La tesis de Latorre. La lectura del artículo 1º de la Ley 28 y su comparación con el respectivo texto del proyecto elaborado por Latorre, constituye una de las fuentes de donde despegan las discusiones; en efecto, la redacción propuesta era: "No obstante la sociedad conyugal que se contrae por el hecho del matrimonio, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 180 del Código Civil, cada uno de los cónyuges goza de la libre administración y disposición, tanto de los bienes que conforme al Código Civil le pertenecen exclusivamente, como de los demás que por cualquier causa adquiriera durante el matrimonio o hubiere aportado a él".

Es evidente que en el texto definitivamente adoptado por el Congreso, se omitió la salvedad referente a que la sociedad conyugal subsistía a pesar de la nueva forma de administración de los bienes. Con respecto

a este hecho, dice Latorre: "Aunque el artículo 1º que comentamos no hace referencia explícita al artículo 180 del Código Civil, como si lo hacía el proyecto primitivo, la sociedad no se suprimía, porque no obstante el cambio de redacción que sufrió en la Cámara de Representantes, nadie dudó, y tal pensamiento fue expresado en las conferencias que los autores del texto adoptado tuvieron con nosotros al elaborar el pliego de modificaciones, de que el fondo del sistema propuesto en nada se afectaba: Separación práctica de bienes, pero con subsistencia del concepto de sociedad para ser liquidada cuando fuere el caso; es decir, combinación de los dos sistemas, en forma semejante a la que existe en Francia parcialmente desde 1907 con respecto al producto del trabajo de los cónyuges: cada uno tiene libre administración y disposición de lo que gana en su oficio o profesión, pero sin que desaparezca respecto de esas adquisiciones el concepto de comunidad".

En otra de sus obras, y para confirmar que la vigencia de la Ley 28 no introdujo modificaciones esenciales al sistema anterior, Latorre afirma: "En realidad aquella sociedad (la conyugal) no surgía sino a la hora de liquidarla, por muerte de uno de los cónyuges, nulidad del matrimonio, divorcio o sentencia de

separación de bienes. Es decir, lo mismo ocurre ahora con la aplicación de la Ley 28, conforme a la parte final del artículo 1°.

- Concepto de Rodríguez Fonnegra. Como desde el momento de la celebración del matrimonio hasta el en que ocurre el hecho determinante de que surja comunidad y tenga que hacerse liquidación no ha existido sociedad conyugal real y patente ni sociedad conyugal teórica, sino que este hecho hace reputar que la ha habido en el tiempo intermedio, por lo cual tal comunidad se establece por el propio hecho, se concluye que entre tanto los cónyuges son tenidos como separados de bienes sin perjuicio de que posteriormente se considere que entre ellos ha habido sociedad conyugal de la misma naturaleza de la que, según el artículo 180 del Código Civil, se formaba a consecuencia del matrimonio y cuya administración quedaba en manos del marido.

Como está dicho, al cesar la separación transitoria de bienes se forma comunidad en bienes que, liquidada la sociedad conyugal, se distribuyen.

Desde luego que al terminar la separación transitoria de bienes se reputa que hasta el momento de ello ha

habido tal sociedad conyugal, éste debe liquidarse con sujeción a las reglas sustantivas que en el Código Civil se daban para la liquidación de la que, según éste, se formaba con el matrimonio.

En conclusión, entonces repetimos que la explicación que Rodríguez Fonnegra da de la situación creada con la expedición de la Ley 28 de 1932 es, indudablemente, la que atiende mejor el cambio que en nuestras instituciones introdujo el texto legal mencionado. Ella descarta la formación, por el hecho del matrimonio, de la sociedad conyugal que durante el régimen del Código nacía precisamente en ese momento, en razón de que resulta imposible armonizar la independencia que caracteriza la gestión de los negocios de uno y otro cónyuge en el régimen de la Ley 28, con la existencia de dicha sociedad.

El tratadista en mención, acoge la expresión "separación transitoria" para referirse a la situación que existe desde la celebración del matrimonio hasta el momento en que suceda alguno de los hechos que, según lo dispone el artículo 1° de la Ley 28, en concordancia con el artículo 1820 del Código Civil, determinen la formación de una comunidad de bienes a cuya liquidación haya de procederse. Expirada esta primera etapa, nace otra

en la cual ha de reputarse que hubo sociedad conyugal similar a la del Código, desde la fecha del matrimonio, con el fin de integrar los haberes respectivos y efectuar las operaciones indicadas para terminar en la distribución de los bienes que deban ser objeto de reparto.

6.3 MI COMENTARIO

El estudio de los argumentos expuestos anteriormente, nos lleva a las siguientes conclusiones:

Si para poder hablar de la existencia de un régimen de sociedad conyugal, es menester que como efecto propio del matrimonio se integre un acervo de bienes sociales, constituido por los haberes de uno y otro cónyuge, que cumplan con los requisitos fijados para ello en la ley, o que por lo menos, exista la posibilidad de tal integración, resulta evidente que en el sistema acogido por la Ley 28 no puede hablarse de sociedad conyugal generada por el matrimonio, ya que éste último no separa del haber de cada esposo ciertos bienes para transferirlos al grupo especial de los sociales. Por el contrario, cada cónyuge conserva el manejo independiente y autónomo de lo que poseía antes del matrimonio, así como de lo que adquiriera con posterioridad.

a esa fecha, sin que el otro pueda intervenir en tal administración.

Estaría mal hablar, para describir la situación expresada, de sociedad conyugal con dos administradores, cuando en realidad lo que administra cada cónyuge es su propio patrimonio, sin que exista un haber intermedio entre el perteneciente al marido y el de la mujer, para cuyo manejo ambos actúen en calidad de administradores, aunque con independencia el uno del otro.

Inclusive la misma Ley 28 admite que el matrimonio no genera actualmente sociedad conyugal, al instituir que, para hacer un reparto final, es necesario suponer previamente que entre los cónyuges hubo tal sociedad.

La combinación de una conducta semejante a la que se observa en los regímenes de separación de bienes, con una distribución final de bienes entre los cónyuges, son las características de los sistemas de separación con comunidad diferida conocidos como sistemas de participación. Precisamente dentro de éstos es que cuadra perfectamente el régimen consagrado por la Ley 28, como lo han reconocido eminentes tratadistas de renombre que se han encargado de estudiarlo.

Para precisar mejor la denominación del régimen vigente, puede decirse que es de participación de gananciales, entendiendo éstos como los bienes adquiridos por marido y mujer, en virtud de título que no los haga privativos de cada uno, sino partibles por mitad.

7. OTRAS REFORMAS INTRODUCIDAS AL REGIMEN DEL COGIDO CIVIL

Después de haber entrado en vigencia la Ley 28 de 1932, se han expedido diversos estatutos de orden legal complementarios del régimen de la sociedad conyugal, con los que se ha adicionado y reformado el sistema de bienes en el matrimonio. Estos estatutos son:

- a. La Ley 68 de 1946.
- b. Decreto 2820 de 1974, y
- c. La Ley 1a. de 1976.

7.1 LEY 68 DE 1946

Inicialmente, después de la vigencia de la Ley 28 de 1932, surgieron controversias sobre su ámbito de aplicación. La Corte Suprema de Justicia sostuvo que la citada ley modificó inmediatamente el sistema de administración de la sociedad conyugal; esto, en la práctica, equivalía a que los esposos no podían disponer

unilateralmente de los bienes adquiridos con anterioridad a la vigencia de la ley, sino que se requería la autorización del otro; de realizarse la enajenación se estaba en presencia de una venta de cosa ajena y daba lugar a la acción reivindicatoria.

Una vez planteado el problema, nos preguntamos entonces cuál fue la causa real que tuvo nuestro legislador para expedir la mencionada ley; pues bien, el propósito de esta ley fue dirimir la controversia que se presentó con relación a la expedición de la Ley 28 de 1932, y que consistía en que, para muchos, esta ley sólo tenía aplicación en relación a las sociedades conyugales existentes con posterioridad a su vigencia, o que, en el mejor de los casos, sólo podía aplicarse a situaciones jurídicas posteriores a su vigencia y, por consiguiente, los bienes adquiridos por los cónyuges con anterioridad a su vigencia quedaban sometidos al régimen anterior.

Esta controversia vino a dirimirse, en últimas, por vía legislativa con la expedición de la Ley 68 de 1946, en cuyo artículo 1° se dispuso: "La Ley 28 de 1932 no disolvió las sociedades conyugales preexistentes y, por consiguiente, las que no se hayan liquidado o no se liquiden provisionalmente conforme a ella,

se entiende que han seguido y seguirán bajo el régimen civil anterior en cuanto a los bienes adquiridos por ellos antes del 1° de Enero de 1933. En estos términos queda interpretada la citada ley".

Concluyó en lo referente a la causa real de la Ley 68 de 1946, y compartiendo lo que expresa el doctor Fernando Vélez acerca del tema, que la causa real fue evitar que las enajenaciones dejasen de ser inoponibles a la cónyuge, quien tenía, por tanto, acción para hacer volver los bienes a la masa social. Condicionada a tal finalidad debe ser interpretada la Ley 68, porque no hay criterio más seguro para fijar el sentido o alcance de que una ley que aquel que parte de sus causas o fuentes reales, de las cuales la ley no es sino su fiel repercusión.

De esta suerte, la limitación que la Ley 68 introdujo a la nueva capacidad de la mujer, en lo tocante a los bienes comunes en referencia debe circunscribirse a los actos de enajenación. Este fue el campo en que el legislador de 1946 halló la causa real generadora de la Ley 68.

7.2 DECRETO 2820 DE 1974

El día 13 de febrero de 1975, el Gobierno Nacional

puso en vigencia una última redacción del Decreto 2820 de 1974, "por el cual se otorgan iguales derechos y obligaciones a las mujeres y a los varones".

Con este estatuto, el Gobierno del presidente López pretendió suprimir por Decreto, y de una vez por todas, las diferencias que aún pudieran subsistir en cuanto a la apreciación de los derechos civiles entre el hombre y la mujer, pero específicamente en el campo matrimonial.

Reformas relacionadas con el régimen de bienes en el matrimonio. El Decreto 2820 de 1974, con relación al sistema de bienes en el matrimonio, introdujo las siguientes modificaciones:

a. Imperatividad del nacimiento de la sociedad conyugal por el hecho del matrimonio. Mediante el artículo 13 se actualizó la redacción correspondiente al inciso 1º. del artículo 180 del Código Civil, con el fin de acomodarlo a la reforma vigente desde 1933. La nueva disposición vino a consagrar: "Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre cónyuges, según las reglas del título XXII, libro 4º. del Código Civil".

Se sustituyó entonces la norma original que preceptuaba:

"Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, y toma el marido la administración de los bienes de su mujer según las reglas que se expresarán en el título XXII, libro 4°, "De las capitulaciones matrimoniales y de la sociedad conyugal". Esta norma había sido tácitamente reformada por la Ley 28 de 1932, que suprimió la incapacidad de la mujer casada mayor de edad y consagró la administración dual de la sociedad conyugal. El Decreto 2820 no hizo sino actualizar una redacción realmente desusada.

b. Nueva concepción sobre el régimen de bienes del matrimonio de colombianos contraídos en el exterior.

Según el inciso 2°. del artículo 13 del Decreto 2820 de 1974, que vino a subrogar el correspondiente del artículo 180 del Código Civil, se establece una presunción: que "los que se hayan casado en país extranjero y se domiciliaren en Colombia, se presumirán separados de bienes", presunción que puede desvirtuarse, según la misma norma, a menos que de conformidad con las leyes bajo cuyo imperio se casaron se hallen sometidos a un régimen patrimonial diferente.

c. Se extiende a ambos cónyuges la prohibición de

renunciar en Capitulaciones Matrimoniales al derecho de pedir separación de bienes. Esta prohibición estaba reservada en el Código Civil a la mujer, por cuanto la separación de bienes era una institución establecida en su beneficio, motivo por el cual era un imposible legal la renuncia por parte del varón. Por el artículo 14 se extendió la prohibición a ambos cónyuges.

d. Se restablecen las causales de separación de bienes. Según el artículo 14 del Decreto 2820 de 1974, las causales de separación de bienes que para antes del Decreto se reducían a las mismas del divorcio (separación de cuerpos), se adicionaron con la disipación o juego habitual, la administración fraudulenta o notoriamente descuidada de su patrimonio en forma que menoscabe gravemente los intereses del otro en la sociedad conyugal..

Pero tal vez la novedad más importante fue la de elevar a causal de separación de bienes "el mutuo consenso de los cónyuges".

e. Se permite la renuncia de gananciales tanto al hombre como a la mujer. En el sistema del Código Civil y de conformidad con el artículo 1775, sólo la mujer estaba facultada para renunciar a las gananciales que

resultaran de la administración del marido, con tal que esta renuncia se hiciera antes de la celebración del matrimonio o con posterioridad a la disolución de la sociedad conyugal. La renuncia después de disuelta la sociedad por parte de la mujer menor o de sus herederos requería licencia judicial.

Esta concesión fue ampliada al marido por virtud de la vigencia del artículo 61 del Decreto 2820 de 1974, según el cual, cualquiera de los cónyuges, siempre que sea capaz, podrá renunciar a los gananciales que resulten de la sociedad conyugal, sin perjuicio de terceros.

Para la renuncia de los gananciales por cónyuges o capaces, dispuso el artículo 64 del mismo Decreto que los cónyuges incapaces y sus herederos sólo podrán renunciar a los gananciales con autorización judicial.

7.3 LA LEY 1a. DE 1976

La Ley 1a. de 1976, sobre divorcio y otras materias afines, consagró como reformas fundamentales, respecto del régimen de bienes en el matrimonio, las siguientes:

a. El artículo 19 de la ley reformó el 14 del Decreto

2820 de 1974. La nueva disposición vino a establecer que "ninguno de los cónyuges podrá renunciar en capitulaciones matrimoniales o fuera de ellas la facultad de pedir la separación de bienes a que le dan derecho las leyes". Realmente, la reforma se refería concretamente a dos cosas: a extender la prohibición de renunciar el derecho de separación de bienes no sólo en capitulaciones matrimoniales, sino en cualquier otro tipo de documento.

b. La secuencia de esta disposición es bien interesante. Inicialmente se establecía el artículo en beneficio de la mujer, quien siendo menor sólo podía pedir separación de bienes, previa autorización de un curador.

Luego el artículo 15 del Decreto 2820 amplió el ámbito de la disposición a cualquier cónyuge menor de edad.

Finalmente, la Ley la. de 1976 extendió la norma a todo cónyuge incapaz, cualquiera que sea la causa de incapacidad, y no sólo al menor de edad.

c. Consagra nuevas causales de separación de bienes. El artículo 21 de la Ley la. revive el 200 del Código Civil, que había sido derogado ya por el Código de Procedimiento Civil y que en parte había sido reemplazado

luego por el 14 del Decreto 2820 de 1974.

Se amplían las causales de disolución de la sociedad conyugal: De conformidad con el artículo 25 de la Ley 1a. de 1976, las causales de disolución de la sociedad conyugal se presentan en dos modalidades: las que operan de pleno derecho por consagrarse en la ley, y el acuerdo de voluntades.

La reforma estriba fundamentalmente en haber establecido como causal nueva de disolución el mutuo acuerdo de los cónyuges capaces, el cual es llevado a escritura pública con las demás formalidades legales.

8. DE LA ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

El objeto de la presente sección es examinar las reglas que tienen actualmente aplicación en nuestro medio sobre administración de bienes por parte de los cónyuges.

Evidentemente la Ley 28 de 1932, introdujo en este aspecto una modificación de la mayor trascendencia.

- Para todas las sociedades conyugales nacidas antes o después de la Ley 28 de 1932.

Doctrinantes y legisladores han encontrado en este sistema, por algunos llamado "Régimen de participación en los gananciales" la forma más adecuada para regular funcionalmente los intereses patrimoniales de los cónyuges, tanto entre sí como frente a terceros.

El sistema de la Ley 28, que se encuentra vigente en el Derecho colombiano, implica la combinación sucesiva y automática de un régimen de separación con el de comunidad de muebles y gananciales, esto es, de comunidad

restringida, toda vez que: contraído el matrimonio y durante toda su vigencia, cada uno de los cónyuges conserva tanto la propiedad como la independiente y libre administración de todos y cada uno de los bienes que poseía al momento de la celebración del matrimonio y de los que después adquieran, sean propios o gananciales, obtenidos por uno y otro cónyuge pasan a constituir una sola masa que, a su vez, es objeto de una comunidad que debe liquidarse y dividirse o adjudicarse entre los cónyuges, si ambos sobreviven, o entre el cónyuge supérstite y los herederos del pre-muerto.

Como se ha venido aplicando, fue en el aspecto de la administración de la sociedad conyugal donde con mayor énfasis recayó la reforma introducida por la Ley 28 de 1932, ya que estableció una administración dual para los bienes sociales, lo que implicaba la plena capacidad civil de la mujer casada mayor de edad.

Pero definitivamente esta administración que la ley confiere a los cónyuges con relación a los bienes sociales presenta modalidades específicas que merecen estudio.

La mera lectura de la frase inicial del artículo 1°

de la Ley 28 de 1932 es suficiente para determinar la magnitud del cambio que, por virtud de ese texto legal, se introdujo en el régimen vigente antes de su expedición.

Cada cónyuge tiene las facultades que la ley le reconoce a todo propietario de usar, gozar y disponer de las cosas que administre mientras esté vigente la sociedad conyugal; pero a su vez también tiene los derechos y obligaciones derivados de todo administrador de bienes ajenos, de realizar los actos propios de conservación y administración de los bienes, y en la ejecución de estos actos cuenta con plena voluntad y autonomía, con respecto al otro cónyuge, respondiendo tan sólo de la culpa grave que en términos civiles equivale al dolo.

Dice el artículo 1° de la mencionada ley: "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 hubiere aportado él, como los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiriera...".

Esta norma, aunque deficiente en su concepto y contexto, permite apreciar lo sustancial de la reforma:

explícitamente está consagrando la administración de bienes por cada uno de los esposos, e implícitamente prevé la capacidad de la mujer casada, que luego se corrobora en el artículo 6° de la misma ley.

Cada uno de los cónyuges conserva, después del matrimonio, las facultades de administración y disposición que antes de ese momento tenía sobre los bienes de su pertenencia, pudiendo ejercer una u otras respecto de aquellos que adquiriera siendo casado.

En consecuencia, mientras la sociedad conyugal esté vigente, cada esposo, por regla general, tiene la libre administración y disposición de ciertos bienes: decimos por regla general, porque hay casos de excepción en que puede carecer de la administración por incapacidad o inhabilidad, tal como lo prevé el artículo 6° de la ley.

La ley confiere expresamente a cada esposo las facultades de administración y disposición de ciertos bienes sociales; cada cónyuge es independiente del otro para gravar los bienes propios y los sociales que figuren en su haber, con censo, prenda, hipoteca o anticresis, etc., e igualmente puede introducirle las mejoras que considere necesarias en orden a la conservación, reforma

o mejoramiento de los bienes sobre los cuales no responde sino la culpa leve frente al otro cónyuge.

Esta facultad de disposición implica la de la libre enajenación, es decir, cada cónyuge tiene la posibilidad de transmitir el dominio tanto de los bienes muebles como de los inmuebles que se hallen en su haber y que figuren a título oneroso, sin requerir del consentimiento del otro; sin embargo, es lógico que si este bien fue adquirido en común con el otro cónyuge (debiendo aparecer en el título respectivo) para enajenar se requerirá del consentimiento de ambos. El pronunciamiento de la Corte al respecto es el siguiente:

- Cada cónyuge es dueño exclusivo de los bienes que poseía al casarse y de los que luego adquiriera a cualquier título.

Dice: "Son cuestiones definitivas, y en tal forma aceptadas por la jurisprudencia:

Que la Ley 28 consagró una separación patrimonial práctica tanto en los matrimonios anteriores como en los posteriores a la ley, sin destruir la institución de la sociedad conyugal; y estableció en unos y otros matrimonios una administración dual autónoma y no una

conjunta y de consumo. Que confirió a cada cónyuge potestad dispositiva y administrativa absoluta, sin limitación alguna, en relación con los bienes adquiridos por cada cual a partir del 1° de Enero de 1933, no quedando el marido como la mujer, únicamente con capacidad para comprar y vender, sino también para ejecutar todos los actos idóneos a la administración de sus habéres.

Que, cada uno cónyuges, por virtud de la separación real que establece el nuevo régimen, se considera y debe considerársele como dueño exclusivo de los bienes que poseía al casarse y de los que adquirieran luego a cualquier título; por obra consecencial, debe considerársele también como dueño exclusivo de las acciones y defensas judiciales vinculantes y vinculadas a esos mismos bienes, y como terceros entre sí en los actos administrativos y dispositivos del otro".

Como la Ley 28 de 1932, se refiere a una administración dual, considero conveniente referirme en qué consiste dicha administración, y que es más adecuado que exponer lo que dice el tratadista Valencia Zea: la sociedad conyugal tiene dos administradores.

Para este autor, desde el punto de la simple

administración de bienes de los cónyuges, se distinguen únicamente dos patrimonios: el del marido y el de la mujer. Ahora, tanto el patrimonio de la mujer como el del marido se integran por los bienes que tengan en el momento de casarse, por los que adquieran durante la sociedad a título gratuito, y por los que adquieran durante la sociedad a título oneroso.

El marido administra libremente sus bienes, es decir, tanto los de su exclusiva propiedad como los gananciales que él haya adquirido; y en la misma forma, la mujer administra su patrimonio, a que puede administrar los bienes de su exclusiva propiedad por habersele otorgado plena capacidad civil; y puede administrar los gananciales que ella adquiera, en razón de haberse suprimido la jefatura única de la sociedad conyugal por parte del marido.

Agrega este autor: Empero, se trata simplemente de administración autónoma, no de patrimonios autónomos. Si los patrimonios de los cónyuges tuvieran total independencia, si entre ellos no existieran relaciones actuales o futuras, nos encontraríamos ante el régimen de separación de bienes; pero el régimen de la Ley 28 es apenas de administración separada, pues los patrimonios se mantienen en continuas relaciones.

A qué bienes se refiere la administración dual? Según el artículo 1° de la Ley 28, a tres tipos de bienes:

- a. Los que le pertenezcan al contraerse el matrimonio;
- b. Los que hubiera aportado a la sociedad por el hecho del matrimonio; y
- c. Los demás que por cualquier título hubiere adquirido a adquiriera estando vigente la sociedad.

Entre los primeros se consideran todos aquellos bienes de los que los cónyuges son titulares al celebrarse el matrimonio; entre los segundos, los llevados a la sociedad por capitulaciones matrimoniales y los muebles aportados; y entre los terceros los adquiridos durante la vigencia de la sociedad, sin tener en cuenta el título de adquisición, es decir, si es gratuito u oneroso.

Según el doctor Latorre, "es cierto que desde la vigencia de la Ley 28 de 1932, la mujer tendrá el goce, manejo y libre disposición en su provecho y sin intervención del marido, de los bienes de su exclusiva pertenencia y de los que adquiriera a cualquier título, y esta situación aminora la utilidad de la acción de separación de bienes; pero hay muchos casos en que dicha acción puede serle extremadamente útil y de notoria justicia,

como todos los de causales que autorizarían el divorcio por hechos imputables al marido, como lo previene el artículo 2° de la Ley 8 de 1922. Supóngase en efecto el caso de una mujer laboriosa que en cualquier oficio, industria o profesión, está haciendo cuantiosos ahorros y aumentando la fortuna familiar, al tiempo que el marido es un holgazán dilapidador, o vive amancebado, o en embriaguez habitual, o en el abandono de sus deberes de esposo y padre, o ultrajando, dándole trato cruel y maltratando de obra a su mujer (casos de separación de bienes según la Ley 8a. de 1922). Es verdad que la mujer goza de autonomía patrimonial; pero, ¿cómo va a ser justo que siga trabajando para acumularle ganancias a ese marido?

Le queda el recurso y debe quedarle, de pedir de una vez la separación definitiva que concluye para siempre con la sociedad, lo que le permite seguir trabajando exclusivamente para sí y para sus hijos, situación que, como es fácil ver, no es la misma que crea la simple implantación del nuevo régimen legal".

En resumen tenemos entonces: el sistema de administración patrimonial consagrado por el Derecho colombiano conlleva:

a. La absoluta igualdad de los conyuges, en cuanto al ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones patrimoniales. Complementada, en parte, por el Decreto 2820 de 1974.

Si de común acuerdo, o en razón de la ingenuidad, de la destreza, de la temeridad o de la culpa de uno de los esposos, sólo el marido o sólo la mujer obtiene la titularidad y administración de los bienes adquiridos durante el matrimonio o antes de contraído el vínculo, es cuestión que escapa al sistema de la Ley 28 indicada, pues el derecho otorga y hace valer iguales oportunidades, pero es posible para los cónyuges modificarlas.

b. Los cónyuges se consideran y pasan como separados de bienes:

- Frente a terceros: En razón de la Ley 28 de 1932, durante la vigencia del matrimonio cada uno de los cónyuges tiene plena autonomía, independencia y capacidad jurídica para celebrar actos jurídicos con personas jurídicas distintas a su propio cónyuge lo que mismo que para exigir de ellas el respeto y el cumplimiento de las obligaciones y derechos que a su favor emanen de tales actos o de cualquiera de las

fuentes de las obligaciones.

A la inversa: los terceros sólo pueden recabar el cumplimiento de obligaciones y derechos existentes a su favor, respecto del cónyuge afectado, persiguiendo bienes de los que realmente sea titular, no por su calidad de cónyuge sino de deudor.

- Entre sí: La esencia misma del sistema de la Ley 28 de 1932, se fundamenta en atribuir y conservar en cada cónyuge, tanto la propiedad como la libre adquisición, inversión, disposición y, en general, la autónoma administración de los bienes presentes (de los que era propietario en el momento de contraer matrimonio) y futuros (los que adquiriera a cualquier título con posterioridad).

De existir alguna limitante para ello, entre los cónyuges mientras se encuentre vigente el matrimonio, resultaría utópico e infuncional dicho sistema.

9. CONCLUSIONES

Una vez hecho el análisis que precede a lo largo del trabajo de investigación "Aspectos del Régimen Patrimonial del Matrimonio", concluyo lo siguiente: como muchos tratadistas, expertos en la materia, me uno a la idea que considera indispensable hacer una reforma del régimen patrimonial en el matrimonio y, en especial, a la sociedad conyugal, por las siguientes razones:

La Ley 28 de 1932 modificó el régimen consagrado por el Código Civil dándole capacidad civil a la mujer casada, instituyendo también la administración separada por cada cónyuge de todos los bienes que figuren a su nombre, sean propios o sociales. Mantuvo, sin embargo, el régimen de la sociedad conyugal, pues tal como lo establece el artículo 1° de la Ley 28, en los eventos en que ella debe disolverse, conforme al Código Civil, debe procederse a su liquidación, además, el artículo 4° de la misma ley establece normas sobre

dicha liquidación, según las cuales ésta se hace según el Código Civil.

Podemos ver, que ahora la legislación colombiana consagra la igualdad jurídica entre hombres y mujeres. Sin embargo, en muchos aspectos esta igualdad existe sólo sobre el papel, ya sea por la ignorancia generalizada de las mujeres sobre los derechos que la ley consagra, o bien por las concepciones discriminatorias que dificultan el cumplimiento efectivo de las disposiciones; diría por eso que estamos frente a una igualdad tal vez jurídica pero no práctica.

Se han discutido matices de interpretación, pues la Corte Suprema de Justicia y algunos eminentes tratadistas han considerado que la sociedad existe desde que se celebra el matrimonio, en tanto que otros comentadores opinan que durante el matrimonio existe un régimen de separación, pero que en los eventos de disolución se entiende que ha existido sociedad conyugal desde que se celebró el matrimonio y se procede a su liquidación.

Me inclino hacia la primera de estas tesis, pues con ella se fundamenta más lógicamente algunas soluciones prácticas, como la separación de bienes, que hoy puede

pedir cualquiera de los cónyuges, y la existencia de interés jurídico de uno de éstos para intentar acciones de simulación contra actos del otro cónyuge que disimulen el haber social. Estos puntos no afectan el fondo del problema ya que son de discrepancias teóricas.

Las disposiciones de la Ley 28 no se coordinaron con las normas del Código Civil, haciendo difícil su interpretación, hasta tal punto, que la inmensa mayoría de las personas casadas en Colombia no conocen ni entienden el régimen legal al que se encuentran sometidas.

Más aún, subsisten todavía discrepancias de fondo entre los más autorizados comentadores sobre la aplicación del régimen vigente.

El sistema de administración separada por cada uno de los esposos de los bienes sociales que haya adquirido, da pie para que cónyuges inescrupulosos, dispongan de manera ficticia de los bienes sociales que figuran a su nombre, sin que quede al cónyuge inocente, en muchos casos mujeres abandonadas, ningún recurso distinto al de iniciar procesos ordinarios fundados en acciones de simulación, con resultados casi siempre negativos. Cabe, de igual forma, la posibilidad de que uno de

los cónyuges disponga realmente de los bienes sociales dilapidando o escondiendo su producto.

El Decreto 2820 de 1974, en parte sólo se limitó a corregir la redacción de las disposiciones legales, en orden de conferir iguales derechos y obligaciones a mujeres y varones; estamos frente, entonces, a los problemas que da lugar la interpretación y aplicación del Código Civil en relación con la Ley 28.

Aunque el estado de la legislación es bastante superior al que regía en otra época, la regulación del patrimonio dentro de la sociedad conyugal aún da lugar a muchas injusticias. Los bienes de la sociedad son los salarios y emolumentos de todo género devengados durante el matrimonio; los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros de cualquier naturaleza que provengan de los bienes sociales, de los bienes propios de cada uno y que se devenguen durante el matrimonio.

Como dijimos, cada uno administra y maneja como a bien tenga sus bienes propios y los de la sociedad conyugal, sin embargo, es muy frecuente en nuestro país que los bienes adquiridos durante el matrimonio aparecen en cabeza del marido: la casa, el carro, la finca, las acciones; en el que en un momento dado puede ser

perjudicial e injusto para la mujer. En caso en que la mujer piense en la separación, el marido tiene el campo y tiempo para hacer las consultas pertinentes, y si quiere salvar su responsabilidad, puede efectuar ventas reales o ficticias de esos bienes, e insolventarse de tal manera que cuando se hace el juicio de separación de bienes ya no hay nada que repartir.

A continuación, y desde un modesto punto de vista, podemos pensar en las siguientes soluciones, dada nuestra tradición y especiales problemas: resulta obvio que después de 54 años de estar vigencia la Ley 28 de 1932, con plena capacidad de la mujer casada, y de los principios adoptados, inclusive a nivel internacional, sobre igualdad de sexos, nadie piensa en regresar a una sociedad conyugal con administración unificada en cabeza del marido, aunque este sistema, con algunas atenuaciones, se conserva en países como Francia y Chile.

A nuestro juicio, es conveniente mantener la sociedad o comunidad conyugal en que se de participación a cada cónyuge en las gananciales hechas durante el matrimonio. Ello favorece, en la mayoría de los casos, a la mujer, pues a pesar de su independencia y de su capacitación profesional, todavía hoy generalmente la mayor parte

de los ingresos y adquisiciones las hace el marido.

Partiendo entonces de la base de mantener la sociedad como régimen legal, veamos algunas posibilidades de modificación.

Sería conveniente cambiar la administración y disposición de los bienes de la sociedad en el sentido de exigir que se requiera el consentimiento de ambos cónyuges para la enajenación y gravamen de ciertos bienes adquiridos a título oneroso durante la sociedad, principalmente aquellos que tienen título, como serían los inmuebles, las acciones o títulos normativos y los vehículos. La administración de tales bienes continuaría en cabeza del cónyuge que los haya adquirido. Pero se establecería la intervención conjunta de ambos cónyuges para la enajenación o gravamen de los bienes ya mencionados.

La reforma sobre disposición de bienes sociales, tiende a evitar los perjuicios que la administración separada puede causar a uno de los cónyuges y especialmente a la mujer en caso de separación de hecho cuando el cónyuge en cuya cabeza están los bienes los hace desaparecer por enajenaciones reales o simuladas.

También sería muy conveniente que ante la posibilidad de dar en arrendamiento por largo tiempo un inmueble, se requiera del consentimiento del otro cónyuge.

De igual forma puede afirmarse que durante el matrimonio, cada uno de los cónyuges contribuirá con los gastos necesarios para cubrir los gastos y las ordinarias necesidades domésticas y de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes en proporción a sus facultades; pero, también muy justo sería que cada cónyuge tuviera derecho a obtener el reembolso por parte del otro en cuanto que hubiere invertido demás sobre la proporción que le correspondiese en las expensas familiares.

BIBLIOGRAFIA

ALLESANDRI RODRIGUEZ, Arturo. Derecho Civil de los contratos. Santiago de Chile, Zamorano y Caperán, 1976.

----- . ----- . Tratado práctico de las Capitulaciones Matrimoniales, de la Sociedad Conyugal y de los Bienes reservados a la mujer casada. Santiago de Chile, Universitaria, 1935.

ANGARITA GOMEZ, Jorge. Derecho Civil personas. Bogotá, Rosaristas, 1979.

ALVAREZ RODRIGUEZ, Edgar. Régimen de bienes en el matrimonio. Bogotá, Temis, 1978.

CAÑON RAMIREZ, Pedro Alejo. Sociedad conyugal y concubinato. Bogotá, ABC, 1983.

CODIGO CIVIL COLOMBIANO. Bogotá, Temis, 1983.

Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Números 249, 250, 251. Bogotá, Kelly, Julio-Diciembre de 1983.

RODRIGUEZ FONNEGRA, Jaime. De la sociedad conyugal o régimen de bienes determinado por el matrimonio. Tomo I y II. Bogotá, Lerner, 1965.

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo I. Parte General y personas. 8ed. Bogotá, Temis, 1979.

VELEZ, Fernando. Estudios sobre el Derecho Civil Colombiano. Tomo VI. Lex, 1976.

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

Aspecto del régimen patrimonial del matrimonio .-- Barranquilla : Universidad Simón Bolívar ; Facultad de derecho

1.987

[illegible]