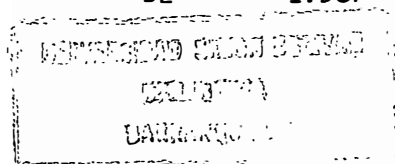


LA SOCIEDAD CONYUGAL EN LA LEGISLACION
C O L O M B I A N A

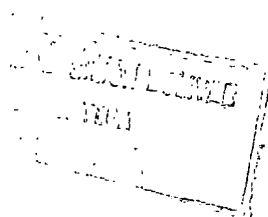
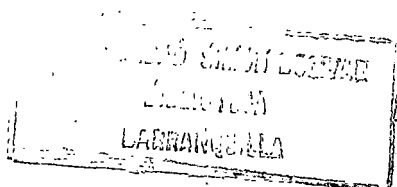
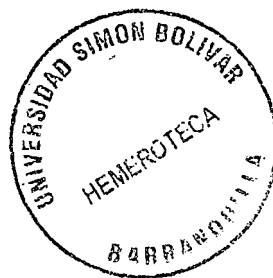
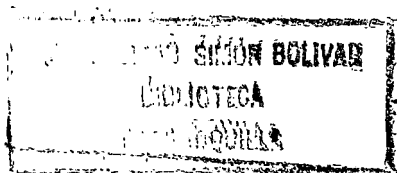
DIANA BEATRIZ AHUMADA CASTILLO

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO
" SIMON BOLIVAR "
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
BARRANQUILLA, NOVIEMBRE DE 1.987



034373

DR 0830



UNIVERSIDAD SUCRE BOLIVAR
BIBLIOTCA
BARRANQUILLA

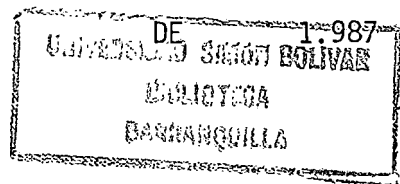
LA SOCIEDAD CONYUGAL EN LA LEGISLACION
C O L O M B I A N A

DIANA BEATRIZ AHUMADA CASTILLO

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

PRESIDENTE TESIS : Dr. Rodolfo Pérez

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO
" SIMON BOLIVAR "
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
BARRANQUILLA, NOVIEMBRE



T:
346.016 3
A285

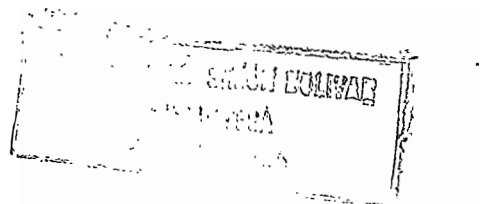
NOTA DE ACEPTACION

Presidente Jurado

Jurado

Jurado

Barranquilla, Noviembre de 1.987



A mis padres :

Por el apoyo moral y material brindado durante el transcurso de mis estudios, hasta la culminación del mismo

DIANA BEATRIZ

CUERPO DIRECTIVO

RECTOR : DR. JOSE CONSUEGRA HIGGINS

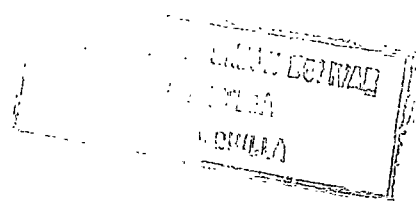
DECANO : DR. CARLOS D. LLANOS SANCHEZ

SECRETARIO GENERAL : DR. RAFAEL BOLAÑO MOVILLA

SECRETARIO ACADEMICO : DRA. ELVIRA DE BARCELO

DIRECTOR CONSULTORIO
JURIDICO : DR. ANTONIO SPIRKO CORTES

PRESIDENTE DE TESIS : DR. RODOLFO PEREZ



Rodolfo Pérez Vásquez

Abogado Titulado

Calle 36 No. 43-91
Oficina 209 - Tel. 414054

DOCTOR

CARLOS LLANOS SANCHEZ

DECANO FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

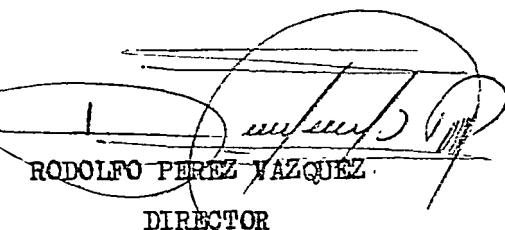
E. S. M.

En mi calidad de director de la tesis del graduando DIANA AHUMADA CASTILLO, intitulada " LA SOCIEDAD CONYUGAL EN LA LEGISLACION COLOMBIANA", y después de hacer un estudio miucioso pude observar que está contenida en nueve (9) capítulos, desarrollando a cabalidad esa figura jurídica que tanto alcance e importancia tiene en la Legislación Civil Colombiana.

No solo esboza e interpreta las leyes pertinentes, sino que refleja con claridad la - doctrina y la jurisprudencia, finalizando con su propio criterio.

Por la eficacia de su trabajo doy concepto favorable, para que cumpla con un requisito más y pueda optar su título de Abogado.

Atentamente,



RODOLFO PEREZ VAZQUEZ

DIRECTOR

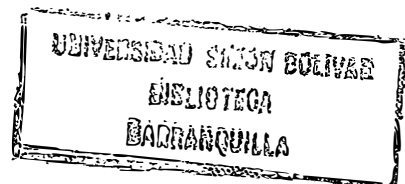
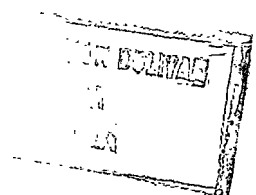
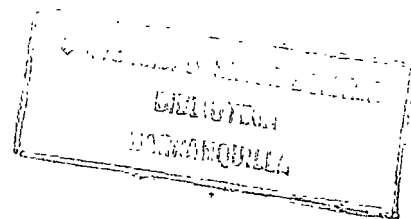


TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION	Página
1. RESEÑA HISTORICA DEL REGIMEN DE BIENES EN EL MATRIMONIO	1
1.1 DERECHO ROMANO	2
1.1.1 Noción de la Dote	3
1.1.2 Constitución de la Dote	3
1.2 DERECHO ESPAÑOL	5
1.3 DERECHO FRANCES.....	7
1.4 DERECHO COLOMBIANO	11
2. CLASIFICACION DE LOS REGIMENES DE BIE - NES EN EL MATRIMONIO	16
2.1 CAPITULACIONES MATRIMONIALES	17
2.2 REGIMEN DE SOCIEDAD CONYUGAL	19
2.3 REGIMEN DE SEPARACION DE BIENES	20
3. REGIMEN DE SOCIEDAD CONYUGAL	23
3.1 PRINCIPALES TIPOS DE SOCIEDAD CONYUGAL	25
3.1.1 Sociedad Universal de Bienes Geren - ciada por el Marido	25
3.1.2 Sociedad de Gananciales con Adminis - tración particular de cada cónyuge .	27

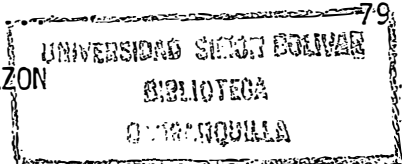


3.1.3 Combinación de los anteriores regímenes de Sociedad Conyugal	28
4. EL HABER O ACTIVO SOCIAL	30
4.1 BIENES GANANCIALES	32
4.1.1 Las Rentas de Trabajo	32
4.1.2 Frutos o Rendimientos del Patrimonio de los cónyuges	34
4.1.3 Rendimientos de la propiedad intelectual o industrial	35
4.1.4 Bienes adquiridos a título oneroso ..	35
4.2 BIENES NO GANANCIALES	36
4.2.1 Bienes de los cónyuges antes del matrimonio	36
4.2.2 Bienes adquiridos durante la sociedad a título gratuito	38
4.2.3 Bienes adquiridos durante la sociedad subrogada a bienes exclusivamente propios	38
4.2.4 Bienes de uso personal	39
4.2.5 Bienes adquiridos una vez disuelta la sociedad	40
5. EL PASIVO SOCIAL	42
5.1 DEUDAS DE LOS CONYUGES FRENTE A TERCEROS	43

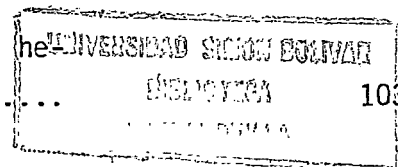


5.1.1	Deudas Sociales	43
5.1.2	Deudas no Sociales	45
5.2	PASIVO INTERNO ENTRE BIENES GANANCIALES Y BIENES NO GANANCIALES	46
5.2.1	Noción de la Teoría de Recompensas ...	48
5.2.2	Clasificación de las Recompensas	48
5.2.2.1	Recompensas que debe la sociedad a - los cónyuges	49
5.2.2.2	Recompensas que deben los cónyuges a la sociedad	51
5.2.2.3	Recompensas que se deben los xónyuges entre sí ' ' ' ' '	53
6.	ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL....	55
6.1	RESTRICCION DE LA LIBRE ADMINISTRACION DE LOS CONYUGES ENTRE SI	59
6.1.1	Donaciones entre cónyuges	59
6.1.2	Contratos relativos a inmuebles	60
6.1.3	Contrato de Mandato	60
6.1.4	Contrato de Sociedad entre cónyuges ...	61
6.2	ADMINISTRACION POR INCAPACIDAD DE ALGUNO DE LOS CONYUGES	64
7.	DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL	66
7.1	POR SENTENCIA DE SEPARACION DE BIENES ...	67
7.2	POR MUTUO ACUERDO EXPRESADO EN FORMA SO -	

LEMNE	67
7.3 POR DISOLUCION DEL MATRIMONIO	69
7.3.1 Muerte natural o real	70
7.3.2 Declaración de muerte presunta de uno de los cónyuges	70
7.3.3 Sentencia de divorcio	72
7.4 SENTENCIA DE SEPARACION DE CUERPOS .	72
7.5 DECLARACION DE NULIDAD DEL MATRIMO - NIO	73
7.6 EFECTOS DE LA DISOLUCION DE LA SOCIE DAD CONYUGAL	74
7.6.1 Surge una comunidad de bienes	74
7.6.2 Comunidad pasa a ser administrada por los comuneros	75
7.6.3 Se consolidan el activo y pasivos sociales	77
7.6.4 Cesa el derecho de disfrute que - tiene la sociedad	78
7.6.5 Se hacen exigibles las recompensas	78
7.6.6 Se causa la liquidación de la so - ciedad conyugal	78
8. LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL .	79
8.1 DETERMINACION DE LA MASA DE GANANCIA LES OBJETO DE REPARTO	79
8.2 DEDUCCIONES AL HABER SOCIAL EN RAZON	

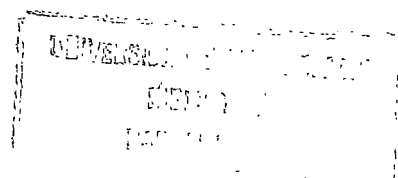


DE PAGO DE DEUDAS SOCIALES	80
8.3 DEDUCCIONES AL HABER SOCIAL EN RAZON DE RECOMPENSAS	81
8.4 COLACION DE LAS RECOMPENSAS DEBIDAS A LA COMUNIDAD	82
8.5 LIQUIDACION EN CASO DE MUERTE DE UNO DE LOS CONYUGES	83
8.6 PARTICION Y ADJUDICACION DE LA MASA - DE GANANCIALES	85
8.7 RENUNCIA DE GANANCIALES	86
9. REGIMEN DE BIENES DE LOS CONCUBINOS ..	91
9.1 SITUACION DEL CONCUBINATO EN COLOM - BIA	92
9.1.1 El concubinato en Colombia antes de la expedición de la Ley 45 de 1936	93
9.1.2 El concubinato a partir de la Ley - 45 de 1.936	94
9.2 REGIMEN DE LOS BIENES EN EL CONCUBINA TO	95
9.2.1 Contrato de trabajo	95
9.2.2 Sociedad de Hecho	100
9.2.2.1 Prueba de la sociedad concubinato ria	103
9.2.2.2 Liquidación de la sociedad de he cho entre concubinos	103



9.2.2.3 Concunibatos que no implican la formación de sociedad de hecho	104
9.2.3 Enriquecimiento sin causa	105
9.3 DONACIONES ENTRE CONCUBINOS	107
9.4 INDEMNIZACION AL CONCUBINO SOBREVIVIENTE AL FALLECIDO	107
CONCLUSIONES	108

BIBLIOGRAFIA



INTRODUCCION

La sociedad conyugal es el régimen legal o régimen común vigente actualmente en Colombia, por lo cual, los conyúges al no pactar otro régimen económico matrimonial (de separación de bienes o capitulaciones matrimoniales,) quedan sometidos a él isofacto al contraer matrimonio ya sea civil o católico.

En todos los tiempos, como todas las sociedades, los regímenes patrimoniales o regímenes de bienes en el matrimonio han sido objeto de diferentes estudios y han suscitado gran cantidad de críticas, ya que de acuerdo al régimen vigente se estipulará el grado de participación en cuanto al aporte, administración y beneficios obtenidos por los conyúges en los patrimonios adquiridos antes o después del matrimonio.

Pero, para poder estudiar y analizar la sociedad conyugal, hay que comprender que en ella no se dá personería jurídica, por lo cual no es una entidad moral con capacidad autónoma y apta para ejercer derechos y obligaciones; sino simplemente un estatuto de carácter normativo que regula las relaciones patrimoniales, es decir, todo el sistema económico matrimonial, particularmente en cuanto al tratamiento que reciben los bienes de los esposos, su administración, disposición, régimen contractual, obligaciones, causas de disolución y su liquidación.

Basándome en los anteriores aspectos y teniendo en cuenta las prioridades sociales de hoy en día, entre las cuales el ámbito económico o patrimonial de los matrimonios es de suma importancia, decidí realizar mi trabajo investigativo de tesis sobre este tema, con el cual espero contribuir de una manera clara y profunda al estudio del régimen de la sociedad conyugal.

12

1. RESEÑA HISTORICA DEL REGIMEN DE BIENES EN EL MATRIMONIO

El matrimonio crea entre los cónyuges dos tipos de sociedades; una de personas y otra de bienes, conocida con el nombre de régimen económico matrimonial o régimen de bienes en el matrimonio.

Las reglas estipuladas en la sociedad de personas (derecho personal, matrimonial o derecho de familia puro,) tiende a ser de orden público por no poderse derogar mediante la voluntad de los contrayentes; las que rigen la sociedad de bienes son de orden privado, pues los contrayentes pueden regular por su propia voluntad la situación jurídica de los bienes que por cualquier causa adquieran durante él; también pueden decidir acerca de su distribución durante el matrimonio o una vez disuelta.

El derecho romano y la biblia instituyeron el matrimonio otorgando un mando total al marido sobre la persona de la mujer, por una parte, y por otra, imponiendo a toda mujer la obligación de obediencia al marido. Durante muchos siglos ejercieron su influencia las ideas romanísticas y las bíblicas en los códigos civiles de Europa y América.

Nuestro Código Civil siguiendo las tradiciones europeas, organizó las relaciones jurídicas entre cónyuge bajo un acentuado mando del marido al

que correlativamente correspondía el deber de obediencia y sumisión de la mujer.

Es así, como la mujer casada era colocada en el plano de las incapaces; el marido era su representante legal. No podían comparecer en juicio - ni celebrar negocios jurídicos alguno sino con la autorización del marido.

El marido era jefe de la sociedad conyugal y como tal administraba libremente no sólo los bienes sociales, sino también los bienes de la mujer. Pero, en el derecho actual las relaciones jurídicas entre cónyuges se realizan en un plano de igualdad jurídica.

Todas las desigualdades que contemplaba el Código Civil fueron paulatinamente eliminadas por el legislador, hasta establecer una total igualdad entre los cónyuges.

1.1 DERECHO ROMANO

Los efectos del matrimonio en cuanto a los bienes, no existió en el derecho romano la institución moderna de la sociedad conyugal.

Cada cónyuge conservaba por regla general sus bienes propios. Pero si se constituía la manus (potestad del marido sobre la mujer,) todos los bienes de la mujer entraban a formar parte del patrimonio familiar pues to que quedaba en calidad de hija del marido.

Cuando la potestad de la manus no acompañaba al matrimonio, se consideró de equidad que la mujer contribuyera en alguna medida a las cargas matrimoniales y se instituyó entonces, con tal finalidad, la dote que -

la mujer o un tercero podían constituir a favor del marido, constituida la dote surgía lo que se ha llamado el régimen dotal en el matrimonio.

1.1.1 NOCION DE LA DOTE

En el derecho clásico se entiende por dote el conjunto de bienes que el marido recibe de la mujer o de otra persona en su nombre, para ayudarle a soportar las cargas del matrimonio.

El uso de la dote parece ser muy antiguo; se justifica por varias razones. En el matrimonio, la mujer se hacía asociada al 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 podía quedar a cargo exclusivo del marido; la fortuna de la madre debía como la del padre, darles medios de existencia.

En fin, los hijos extraños a la familia civil de la madre no sucedían más que al padre; era pues útil que los bienes de la familia materna vieran por su parte a aumentar la herencia que estaban llamados a recoger.

1.1.2 CONSTITUCION DE LA DOTE

La dote puede ser constituida por la mujer misma, o por uno de sus ascendientes o por un tercero.

Si es dada por el padre o un ascendiente paterno, a un o una hija emancipada, toma el nombre de dote profecticia; en los demás casos se llama adventicia.

La dote es generalmente constituida antes del matrimonio y no es entonces válida más que si el matrimonio se realiza. Pero puede también ser constituida o simplemente aumentada durante el matrimonio.

La convención de constituir una dote no es más que un simple pacto y - en el derecho clásico no tiene nada de obligatorio.

En los primeros tiempos, la constitución de dote era un deber moral o menos aún, una cuestión de honor, para los parientes de la mujer. De un deber jurídico, de una obligación legal de dotar no puede hablarse hasta la época posclásica y quizás hasta Justiniano. En derecho justiniano tal obligación recae sobre el padre y en casos excepcionales sobre la madre.

Pero además de la categoría de bienes dotales, se configuró otra, la de los bienes parafernales, de los cuales la esposa gozaba con libertad y administraba independientemente del marido como si estuviesen separados de bienes.

Los frutos de estos bienes los hacía suyos la esposa. En Roma la mujer podía disponer libremente de ellos, pero con el correr de los tiempos - se vino a exigir la autorización del marido. El régimen dotal ha desaparecido en las legislaciones modernas debido a los inconvenientes prácticos que presentaba, además de la inferioridad en que se colocaba a la - mujer, a la congelación de los bienes dotales al considerárseles como -

inembargables e imprescriptibles ha conducido a su extinción.

1.2 DERECHO ESPAÑOL

Fué fuente primordial que influyó determinadamente para la redacción - del Código Civil nuestro, sobre todo en el campo específico de la sociedad conyugal.

El derecho español anterior al siglo XIV, fué fruto de una evolución - particularmente llamativa; en sus comienzos, varios siglos antes de - nuestra era, España se vió ocupada por fenicios, focenses, rodios y celtas, dejando en la nación española algo de sus costumbres e idiosincracia; vinieron luego los cartaginenses que permanecieron por espacio de dos siglos, hacia los siglos IV y V antes de Cristo, hasta cuando los - romanos se apoderaron de España y establecieron colonias y municipios.

Cuando declinaba el Imperio Romano en el año 411 de nuestra era, la España de hoy fué invadida por los bárbaros; en esta etapa de la vida española fué particularmente importante la reunión del VII Concilio de Toledo a instancias de Recesvinto; de ella resulta una publicación que - sentó las primeras bases del Fuero Juzgo, luego complementadas con las costumbres generales de los bárbaros llegados a España, las leyes romanas y los cánones de los concilios.

Todo este sistema legislativo fué el que a la postre en el siglo XIII, se denominaría Forium Jurídicum que con el correr de los tiempos se convertiría en el Fuego Juzgo cuya primera versión castellana se tuvo en - el año de 1.241.



El sistema de gananciales parece haber sido de muy antigua raigambre - española; precisamente su origen se le atribuye al ya nombrado Fuero - Juzgo.

Los gananciales no comprendían sino las ganancias y adquisiciones he - chas durante el matrimonio; las ganancias se estimaban en proporción a los aportes de cada cónyuge; la mujer adquiría su cuota de gananciales ya sobreviviera a su marido o ya muriera antes que él.

El criterio para distribuir los gananciales era el de proporcionalidad con los bienes de cada cónyuge; ese criterio fué cambiado por la ley - de Castilla que vino a establecer la división por mitad, no obstante - que en León (Siglo XV,) la división fué proporcional; con todo, los có - digos posteriores, como el Fuero Viejo de Castilla, el Fuero Real y el Especulo siguieron el ordenamiento de Castilla. (1)

Pero es innegable la influencia que el derecho real de la monarquía vi - sigoda ejerció en el régimen jurídico de España; si bien es cierto que no siempre existió una unidad, por cuanto en un principio coexistieron varios reinos visigodos; hubo por lo menos dos que sobresalieron : los de Aragón y de Castilla, y llegó en definitiva a imponerse el derecho - de la monarquía castellana, este derecho real es el que también recibe la denominación de derecho español o derecho visigodo.

Por otra parte, el derecho canónico fué una fuente de suma importancia en el derecho de España, sobre todo en la redacción de las Siete Parti -

(1) OLEA ALVAREZ, Vicente. Evolución Histórica y Análisis Crítico de la Sociedad Conyugal de Bienes en el Código Civil Chileno, Santiago, - Ed. Jurídica de Chile, 1.966, pág. 82

das porque como lo explica Vicente Olea Alvarez, este derecho fue prácticamente el creador de aquellas instituciones del derecho occidental que derivan de los principios cristianos, como la abolición de las desigualdades en materia de esclavitud o de sexo.

Debemos aclarar que el derecho elaborado por el Clero, tanto en el campo de la legislación como de la doctrina, subsistió en Occidente hasta después de la Reforma, propiamente hasta la Revolución de 1.789 la que hizo de la separación de la Iglesia y el Estado uno de sus principios básicos.

1.3 DERECHO FRANCES

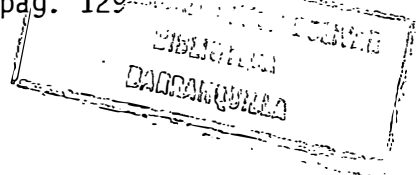
Esta segunda fuente ejerció también una influencia particular sobre la redacción del código en nuestra legislación.

La comunidad de bienes sostiene Colin y Capitant, ha sido el régimen habitual de los hogares franceses, comunidad legal para aquellos que no han celebrado contrato y ordinariamente, comunidad reducida a las adquisiciones para los que se han celebrado.(2)

Esa comunidad de bienes del derecho francés fué el fruto de un lento proceso evolutivo en el que se han tenido como pilares fundamentales la potestad marital y la situación de protección hacia la mujer casada para defenderla de los abusos reales o posibles de su esposo.

Ello explica porqué la renuncia de la comunidad y beneficio de emolumento se crearon como medios de defensa de la mujer casada y no como dere-

(2) AMBROISE, Colin y CAPITANT, Henri. Curso Elemental de Derecho Civil 3a. ed., Madrid, Inst. Editorial Reus, pág. 129



chos recíprocos concebidos en un plano de igualdad como se consideran en el derecho contemporáneo.

Este proceso evolutivo del régimen de la comunidad, no obstante remontarse a orígenes muy remotos, tiene su exteriorización con alguna sistematización a partir del siglo XIII y en tiempo de San Luís.

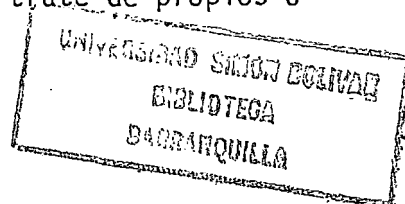
En esta comunidad antigua no se comprendía entonces más que los muebles de los esposos, bienes de mínima importancia, y los despojos o frutos de sus heredades. Las heredades de los esposos, es decir, los inmuebles que tenían por sucesión o donación hecha por un ascendiente, continuaba perteneciéndoles en propiedad, como sucede hoy.

En cuanto a los inmuebles adquiridos durante el matrimonio a título oneroso o por donación de personas distintas de los ascendientes, no dice si van a formar parte de la comunidad.

Los muebles pertencen al hombre durante el matrimonio, lo cual significa que el marido es el dueño de ellos, que dispone de los mismos a su gusto y que puede donarlos sin el concurso de la mujer.

De la misma manera, todas las deudas del marido, incluso las que provengan de sus delitos, gravan la masa común. La mujer no tiene más que un derecho, el de tomar al disolverse el matrimonio la mitad de los muebles existentes entonces, por lo cual el papel pasivo de la mujer impuesto en el régimen de comunidad en el antiguo derecho está ya bien caracterizado.

Por el contrario, en cuanto a los inmuebles, ya se trate de propios o -



adquiridos, no podían ser enajenados más que mediante el consentimiento del uno y del otro esposo, sucediendo lo mismo aún respecto a los inmuebles del marido.

Esta regla original que debía desaparecer en el siglo siguiente, se refería probablemente a la cuota viudal de la mujer, es decir, a su derecho del disfrute de la mitad de los inmuebles del marido, derecho que no podía ser comprometido por una enajenación que procediera del marido solamente.

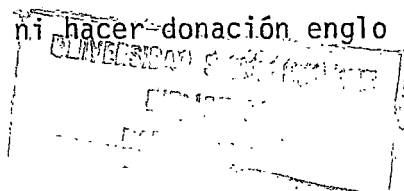
Para que esta enajenación pudiera oponerse a la mujer, sería preciso - por lo tanto, que ésta interviniera en ella a fin de renunciar su viudez, durante el matrimonio.

Esta condición se modifica profundamente durante los siglos siguientes, produciéndose entonces una transformación en la organización de la comunidad.

En primer lugar, la masa común se amplió. Ya no comprendió solamente - los muebles y las rentas de los muebles propios, sino también las adjudicaciones inmuebles, es decir, aquellos que los esposos hubieran adquirido durante el matrimonio a título oneroso o los recibieron por donación de persona que no fuera ascendiente de ellos.

Por otra parte, en todos los bienes comunes el marido tiene poderes absolutos.

En ellos es dueño y señor; es libre para disponer de ellos por donación entre vivos, sin el consentimiento de su mujer, con la sola restricción de no donarlos a uno de sus herederos presuntos ni hacer donación englo



bando todos los bienes comunes.

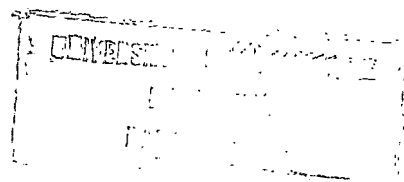
Respecto a la mujer hay que decir que su papel es meramente pasivo; no obliga a la comunidad sino en cuanto haya sido autorizada por su marido. Su derecho se limitaba a recibir la mitad del activo el día que se disuelva el matrimonio, pero sino hay activo, no podrá pedir nada al marido.

En el siglo XV y XVI aparecieron cinco reglas protectoras ya tomadas del Derecho Romano o ya inspirados por la idea de la debilidad de la mujer :

1. Se permitió a la esposa pedir a los tribunales la separación de bienes.
2. La cónyuge gozaba del derecho de renunciar a la comunidad
3. Se concedió el beneficio de emolumento, por el cual la mujer que aceptaba la comunidad no estaba obligada a pagar las deudas más que hasta el límite de los bienes que de ella recibiera.
4. Las teorías de las recompensas y la hipoteca legal vinieron a reforzar aún más la situación privilegiada.

El principio de la libertad de las convenciones matrimoniales que entró también en la práctica consuetudinaria del siglo XVI, añadió nuevas ventajas a los privilegios anteriores.

En efecto, la mayor parte de las cláusulas usadas en la práctica estaban dictadas en favor de la mujer; por ejemplo, lo de reprise d'apport francs et quitte, que la autorizaba a retirar las aportaciones que hubiese hecho a la comunidad, aún en el caso de renunciar, o también lo que



reduce la comunidad a las adquisiciones muebles o inmuebles.

Los redactores del Código de Napoleón han conservado la compleja reglamentación que el antiguo derecho francés aplicaba al régimen de comunidad.

Solamente la restringieron el derecho del marido de disponer por títulos gratuitos de los bienes comunes, privándole del poder de donar los inmuebles y la universalidad o de una parte alícuota del mobiliario.

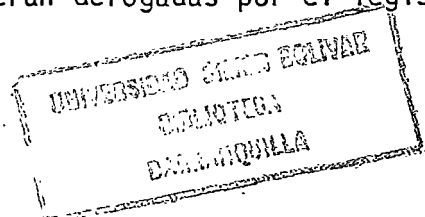
Tal es la única restricción hecha a los poderes del marido, en los demás puntos han respectado las reglas antiguas.

De ahí que se haya hecho notar muy justamente que el poder del marido se ha aumentado más bien en la realidad por razón del progreso de los valores mobiliarios, en los cuales por su naturaleza misma, están en sus manos con mayor libertad todavía.

Es este el criterio predominante en el Código de Napoleón en el que se adoptó el sistema de la comunidad restringida a muebles y gananciales, concebida con amplios poderes administrativos y de disposición para el marido y restringido para su esposa considerada como incapaz, pero con gran amplitud para actuar en el régimen contractual, modificando la sociedad conyugal.

1.4 DERECHO COLOMBIANO

El régimen de bienes en el matrimonio en nuestra legislación, entra en vigencia con la Constitución de 1.821 en la que se declararon en fuerza y vigor todas las leyes españolas que no fueran derogadas por el legis-



lador colombiano.

En consecuencia, en la NUEva GRanada continuó rigiendo en cuanto al régimen matrimonial el sistema de la comunidad de bienes acogido de manera general por el legislador español. A partir de la vigencia de la Constitución de 1.853, las diversas provincias que luego se convirtieron en Estados, iniciaron la expedición de sus propios estatutos; en lo que respecta al régimen patrimonial del matrimonio se acogió casi únicamente el régimen de la comunidad de muebles y gananciales.

La iniciativa en darse sus códigos particulares la tomó el legislador de Santander, seguido de inmediato por el de Cundinamarca éste en 1.859 expidió su propio Código Civil, en el que se adopta el sistema de la comunidad de muebles y gananciales; igualmente se reglamenta lo referente a las capitulaciones matrimoniales y al régimen de separación de bienes. A partir de 1.873, se acogió como Código Civil de los Estados Unidos de Colombia el del Estado de Cundinamarca, luego, el Código de los Estados Unidos de Colombia pasó a ser el de la República de Colombia por ordenamiento de la Ley 57 expedida el 15 de Abril de 1.887.

El régimen del código civil sufrió una primera y tímida reforma con la vigencia de la Ley 8a. de 1.922; contempló esta estatuto la libre administración de la mujer casada sobre los bienes que se determinaban en capitulaciones matrimoniales y los de su exclusivo uso personal; nuevas causales de separación de bienes; la capacidad de la mujer casada para ser testigo de la vida civil; medidas preventivas para el caso de la separación de bienes; ciertas normas para seguir en el caso de separación

de cuerpos, nuevas causales de disolución de la sociedad conyugal, esta ley fué derogada por el Decreto 2820 de 1.974.

El 1 de Enero de 1.933 entró en vigencia la Ley 28 de 1.932, por la cual se introdujeron reformas que aunque no esenciales, si sustanciales al sistema del código.

La Ley 28 le introdujo al sistema del código las siguientes reformas trascendentales :

1. Consagró la administración dual para los bienes sociales, modificando el sistema hasta entonces vigente de la administración unitaria del marido.
2. 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.

3. Se fija el criterio que debe seguirse en la celebración de los contratos entre cónyuges, se prohíbe los contratos sobre inmuebles.
4. Determinó el criterio que se ha de utilizar en el proceso de liquidación.
5. Le otorga plena capacidad civil a la mujer casada. Dispone que la mujer casada mayor de edad 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.

6. Le concedió al marido la guarda legítima sobre su esposa incapaz.

(3)

7. Creó un sistema de liquidación provisional. Reserva a los cónyuges el derecho de dirimir extrajudicialmente lo relativo a la distribución de los bienes.

La vigencia de la Ley 28 de 1.932 causa muchas polémicas hasta el punto de que muchos autores y comentaristas llegaron a considerar que la institución de la sociedad conyugal había desaparecido, sustituyéndola por un régimen de separación.

La controversia vino a dirimirse por vía legislativa con la expedición de la Ley 68 de 1.946 que en su artículo único dispuso que la Ley 28 de 1,932, 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 ellas antes - del 1 de Enero de 1.933.

Con fecha 13 de Febrero de 1.975, el gobierno nacional puso en vigencia el decreto 2820 de 1.974 por el cual se otorgan iguales derechos y obligaciones a las mujeres y a los varones.

Con relación al sistema de bienes en el matrimonio, introdujo las siguientes modificaciones :

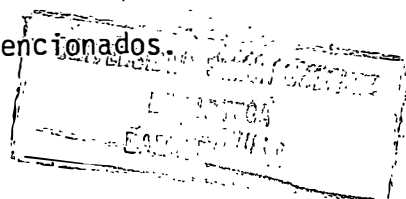
(3) LATORRE, Luis Felipe. Estatuto de la Mujer Casada. Informe de la Cámara de Representantes.

1. Imperatividad del nacimiento de la sociedad conyugal por el hecho del matrimonio.
2. Nueva concepción sobre el régimen de bienes del matrimonio de colombianos contraído en el exterior.
3. Se extiende a ambos cónyuges la prohibición de renunciar en capitulaciones matrimoniales al derecho de pedir separación de bienes.
4. Se establecen las causales de separación de bienes. Pero la novedad más importante fué la de elevar a causal de separación de bienes " el mutuo consenso de los cónyuges."
5. Se permite la renuncia de gananciales tanto al hombre como a la mujer.

La Ley 1a. de 1.976 sobre divorcio y otras materias afines, consagró como reforma fundamental al régimen de bienes, la ampliación de las causas de disolución de la sociedad conyugal.

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.

De lo anterior podemos deducir que el régimen patrimonial de bienes vigente en Colombia, resulta de una especie de amalgama entre aquellas normas del Código Civil que no han sido derogadas, las de la Ley 28 de 1.932, las del decreto 2820 de 1.974 y las de la Ley 1a. de 1.976 que tampoco han sido derogadas. No quiere decir esto que no existan otras disposiciones de carácter legal que influyan en menor grado en el desarrollo del sistema que nos rige; sin embargo, el sustrato esencial del sistema se encuentra en los estatutos legales mencionados.



2. CLASIFICACION DE LOS REGIMENES DE BIENES EN EL MATRIMONIO

La ley consultando las costumbres, especialmente el modo de sentir y de pensar de las familias colombianas, ha establecido un estatuto de régimen de bienes en el matrimonio por el cual se regirán todos los conyúges que de manera expresa quieran someterse a él y para todos aquellos que no acordaron ninguno.

Como este estatuto es de derecho común o régimen legal, los contrayentes que quieran someterse a él no necesitan pactarlo. El estatuto que los cónyuges acuerdan antes o después del matrimonio en relación con los bienes que aportan, como los que adquieran durante el matrimonio, su distribución, las donaciones y conseciones que se quieran hacer el uno al otro de presente o de futuro, recibe el nombre de capitulaciones matrimoniales.

La estructura del régimen actual descansa sobre tres instituciones fundamentales que tienen como base la igualdad jurídica de los cónyuges y son las siguientes :

1. Capitulaciones matrimoniales.
2. La sociedad conyugal.
3. El régimen de separación de bienes.

2.1 CAPITULACIONES MATRIMONIALES

Las capitulaciones matrimoniales son las convenciones que celebran los esposos antes de contraer matrimonio, relativas a los bienes que aportan a él, las donaciones y conseciones que se quieran hacer el uno al otro, de presente o de futuro según los dispone el Art. 1771 del Código Civil.

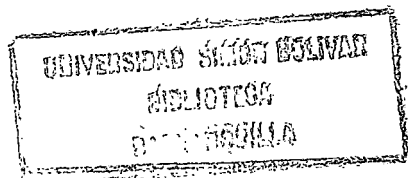
Se trata de convenciones, por cuanto nacen del acuerdo real de voluntades de los dos desposados sobre un objeto de interés jurídico, en lo relativo al aporte de bienes particularmente inmuebles o la sustracción de muebles de la comunidad social, y de las donaciones y demás conseciones que se quieran hacer de presente o de futuro.

La celebración de las capitulaciones no admite delegación pues son actos jurídicos intuitu personae.

Por tratarse se actos de especial trascendencia jurídica, económica y social, el legislador ha dispuesto que las capitulaciones sólo pueden celebrarla los futuros cónyuges personalmente.

Los incapaces deben ocurrir al acto en forma personal y debidamente autorizados por los padres o el curador, según el caso, más no pueden esas personas celebrar el acto representando a sus parientes o pupilos.

Las capitulaciones son convenciones eminentemente condicionales. Como deben celebrarse antes de contraer matrimonio, cuando los desposados se acercan ante el notario a celebrar capitulaciones, existe aún la incertidumbre sobre la celebración del matrimonio.



Las capitulaciones matrimoniales sólo pueden versar sobre la aportación de bienes, sobre donaciones y sobre ciertas concesiones que se quieran hacer los cónyuges entre sí de presente o de futuro.

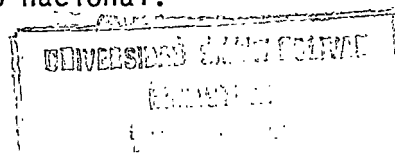
Las capitulaciones no pueden contener estipulaciones contrarias a las buenas costumbres ni a las leyes, y no pueden ir en detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge respecto del otro o de los descendientes comunes.

Como las capitulaciones son convenciones implican un acuerdo recíproco de voluntades entre los desposados o futuros cónyuges sobre un objeto de interés jurídico.

De acuerdo con el Código Civil para que toda manifestación de voluntad produzca los efectos que la ley señala, debe reunir cuatro requisitos : la capacidad, que es la aptitud legal de los esposos futuros para poderse obligar; consentimiento que es la exteriorización de la voluntad recíproca con el fin de obtener los efectos jurídicos deseados; el objeto lícito que en la convención implica la creación, modificación o extinción de una o varias obligaciones y la causa lícita o sea el móvil o motivo determinante de quienes comparecen a celebrarlas.

Las capitulaciones matrimoniales por regla general, se otorgan por escritura pública.

Pero, se pueden otorgar en escrito privado cuando el valor de los bienes materiales no ascienden a una cuantía superior a los mil pesos o no se constituyen derechos sobre bienes raíces; en este caso se otorgan ante tres testigos domiciliados en el territorio nacional.



De la escritura que contenga las capitulaciones se obtendrá la copia correspondiente que debe registrarse en la Oficina de Registros de Instrumentos Públicos y privados cuando se convenga la enajenación o gravamen de bienes raíces.

También deben anotarse en el Registro Civil, si cualquiera de los contrayentes o ambos fuesen comerciantes, las capitulaciones deberán inscribirse en el Registro Mercantil.

Las capitulaciones son convenciones que originan derechos y obligaciones sometidos a condición suspensiva, lo cual implica que mientras no se celebre el matrimonio se suspende la adquisición del derecho o la exigibilidad de la obligación.

Se consideran ineficaces cuando se dá la conducidad, la inexistencia o la nulidad.

2.2 REGIMEN DE SOCIEDAD CONYUGAL

Cualquier régimen de sociedad conyugal se caracteriza esencialmente por la existencia de una masa común que pertenece proindiviso a los cónyuges y que está destinada a distribuirse entre ellos cuando la sociedad se disuelva.

Dicha sociedad se forma únicamente entre los cónyuges y se extingue invariablemente cuando se disuelve el matrimonio; más debe tenerse en cuenta que hay otras causas de disolución de la sociedad conyugal que no implican disolución del matrimonio.

Lo esencial para que exista un régimen de sociedad conyugal es la masa común de bienes y nada más.

No es de la esencia de una sociedad conyugal que el jefe y administrador de la masa común de bienes sociales sea el marido, o que la masa - no se reparta entre ambos cónyuges o simplemente de la donación que un tercero haga a uno o ambos cónyuges o que la masa común se integre con todos los bienes de los cónyuges o con sólo una parte de ellos o que - actualmente esa masa común no tenga bienes apreciables, ninguna de estas circunstancias constituye nota distintiva de un régimen de sociedad conyugal.

2.3 REGIMEN DE SEPARACION DE BIENES

En el régimen de separación de bienes, cada cónyuge lleva una vida independiente con respecto del otro, en cuanto al ejercicio de sus derechos o el cumplimiento de sus obligaciones de orden patrimonial, es decir, son autónomos en su vida económica.

Pero esa autonomía no implican que resulten relevados en el cumplimiento de ciertas obligaciones de contenido económico; la obligación es de socorro y ayuda mutua debida recíprocamente entre sí por los cónyuges - que tiene su causa jurídica directamente en el matrimonio y no en la sociedad; se debe siempre que el cónyuge necesitado requiera del cónyuge solvente su prestación.

Lo propio ocurre con los alimentos que se deben a los hijos : su causa es la paternidad o maternidad, más no la sociedad conyugal.

La separación de bienes es todo un sistema al que se someten los cónyuges casados, consistente en una plena autonomía económica patrimonial entre quienes se hallan ligados por el vínculo matrimonial.

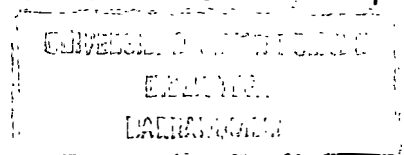
El régimen de separación de bienes está contemplado en nuestro Código Civil para los siguientes casos :

1. Las personas que se hayan casado en país extranjero y se domicilien en Colombia se presumirán separados de bienes.
2. Cuando por mutuo consentimiento y elevado a escritura pública se disuelve la sociedad conyugal.
3. Se puede pedir separación judicial de bienes por las mismas causas que autorizan la separación de cuerpos; y la separación de cuerpos puede demandarse por las mismas causales que autorizan el divorcio.
4. Por motivos o peligro de insolvencia en que haya incurrido uno de los cónyuges, la cual se da por cesación de pagos, la quiebra, oferta de cesión de bienes, insolvencia o concurso de acreedores, disposición o juego habitual, administración fraudulenta o notoriamente descuidada.

La separación judicial de bienes la puede demandar cualquiera de los cónyuges. La sentencia de separación de bienes produce la disolución de la sociedad conyugal, a la que debe seguir la liquidación del activo de ella.

Los cónyuges siguen viviendo bajo un régimen de total separación de bienes, dentro del cual ningún bien tiene la calidad de ganancial.

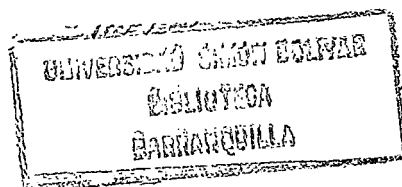
La separación de bienes es total, abarca la totalidad de los bienes que



hayan adquirido o adquirieran los cónyuges, incluyendo aquellos que han -
recibido a título de gananciales.

Los cónyuges no pueden renunciar en capitulaciones o valiéndose de cualquier otro acto jurídico al derecho de solicitar separación de bienes, es decir, no pueden renunciar a la facultad de pedir la separación de -
bienes a que le dan derecho las leyes.

Para pedir la separación de bienes, no es requisito necesario que el -
cónyuge que pretende la acción hubiese aportado bienes al matrimonio, -
con la acción se puede perseguir la simple protección de gananciales.
La acción judicial de separación de bienes es de gran aplicación en Colombia, pues es necesario tener en cuenta que en la mayoría de los casos se instaure cuando ya la vida en común se ha destruido o se encuentra próxima a destruirse; son más bien excepcionales los casos en que -
los cónyuges a pesar del ejercicio de la acción, continúan haciendo vida en común.



3. REGIMEN DE SOCIEDAD CONYUGAL

El régimen de sociedad conyugal es aquel que durante el matrimonio cada uno de los cónyuges administra los bienes que poseía al contraerlo y los que adquirieran después, pero disuelto el régimen, los gananciales adquiridos por uno y otro pasan a constituirse en una masa común para el efecto de su liquidación y división entre ellos.(4)

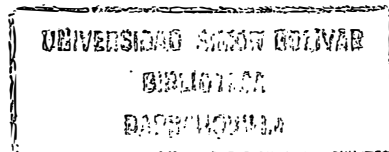
Es decir, es una hábil combinación de los regímenes de separación de bienes y comunidad restringida ya que durante el matrimonio, los cónyuges están separados de bienes; cada uno conserva la propiedad de lo suyo sean propios o gananciales y los administra con entera independencia la mujer es plenamente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

Disuelto el régimen se forma una comunidad, pero sólo con el objeto de liquidarla y dividir entre ambos los gananciales que hayan adquirido en comunidad.(5)

La concepción y estructura del régimen de sociedad conyugal ha sufrido transformaciones de vital importancia. Anteriormente los bienes sociales que se confundían con los propios del esposo para efectos de reclamaciones de terceros de buena fé han pasado a ser administrados independientemente por cada uno de los cónyuges.

(4)UNDURRAGA,SOMARRIVA, Manuel. Derecho de Familia, Sant. de Chile, Ed. Nacimiento, 1.946, pág.165

(5) RODRIGUEZ ALESSANDRI, Arturo.



El pasivo que gravitaba primordialmente sobre el esposo, excepcionalmente sobre la esposa, ha pasado a ser responsabilidad personal de cada cónyuge bajo las condiciones y modalidades estipuladas por la ley.

En el régimen de sociedad conyugal, el esposo se convertía por el sólo hecho del matrimonio en el único gestor con amplias facultades administrativas y dispositivas, no sólo sobre sus propios bienes y los bienes sociales, sino también sobre los bienes propios de la esposa con relación a éstos, podía ejercer actos de administración y disposición, salvo cuando se tratase de inmuebles, los cuales sólo podía enajenar con intervención de la justicia.

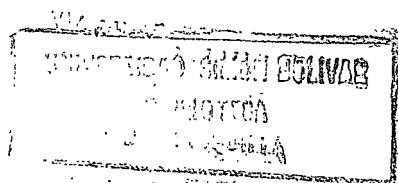
Sobre los bienes muebles, por regla general, podía ejercer actos de disposición con libertad.

En todo caso el esposo, en su gestión debía responder por culpa leve pero, en la práctica su responsabilidad era aún menor casi hasta la de la culpa grave.

Es decir, la característica sobre la cual descansaba la concepción organizativa de la sociedad conyugal era la desigualdad jurídica entre los cónyuges, pero la estructura del sistema actual descansa sobre una sociedad conyugal con igualdad jurídica entre los esposos.

El régimen vigente se basa en los siguientes fundamentos :

1. Existen tres categorías o masas de bienes : Los sociales, los bienes propios del esposo y los bienes propios de la esposa.
2. La sociedad usufructúa todos los bienes, tanto los sociales como los propios de cada cónyuge.



3. Frente a los terceros cada cónyuge es completamente independiente del otro, y en consecuencia responsable de su gestión.
4. La mujer no se hace incapaz por el hecho del matrimonio; continúa actuando dentro de la sociedad conyugal en un plano de igualdad con respecto a su esposo y puede adquirir derechos o contraer obligaciones con entera libertad.
5. Cada cónyuge es responsable frente a terceros, de las obligaciones que personalmente contraiga.
6. Disuelta la sociedad, los cónyuges pasan a ser comuneros de los bienes sociales.
7. Se estipulan las obligaciones de la recompensa y la subrogación.
8. Una vez determinados los gananciales por culminación de la liquidación, a cada cónyuge le corresponderá la mitad sobre ellos.

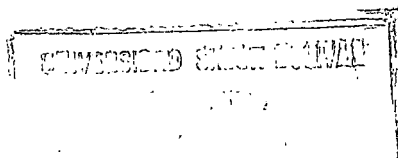
3.1 PRINCIPALES TIPOS DE SOCIEDAD CONYUGAL

Entre los principales tipos de sociedad conyugal que han existido, cabe mencionar los siguientes :

3.1.1 SOCIEDAD UNIVERSAL DE BIENES GERENCIADA POR EL MARIDO

Para formarse una idea de esta sociedad que existió en tiempos anteriores, basta señalar sus características más sobresalientes que son :

1. Su régimen económico que debía participar del espíritu mismo del matrimonio. Muchos autores antiguos consideraban este tipo de sociedad como el símbolo perfecto del matrimonio. Se consideraba como la



mayor síntesis de la indisoluble unidad que debe crear un matrimonio - entre los cónyuges : un cuerpo, un alma y un patrimonio.

2. Todos los bienes que cada uno de los cónyuges tuviera en el momento del matrimonio, entraban de plano a formar parte de la masa común, lo mismo que todos los bienes que por cualquier título adquirieran durante el matrimonio; es decir, que en este tipo de sociedad sólo hay un patrimonio : el patrimonio social y cualquiera de los bienes de los cónyuges pertenecía a la sociedad.
3. La administración de la masa común pertenecía al marido, quién era su gerente y administrador absoluto y podía disponer y administrar libremente todos los bienes.

Los bienes que la mujer tuviera en el momento del matrimonio debía entregarlos al marido, así como los que adquiriera durante la sociedad, esta administración única de la sociedad conyugal por parte del marido, correspondía exactamente a la antigua idea de la incapacidad civil de la mujer casada, hasta el punto de no saberse diferenciar o establecer si el régimen era consecuencia de la incapacidad o ésta lo era de aquel.

En efecto, la capacidad civil de la mujer casada de nada le servía dentro de una sociedad de este tipo, ya que no podía administrar ningún bien porque todos entrarían a formar parte de la sociedad y todos serían administrados por el marido.

4. En general, la masa común en este régimen pertenece proindiviso y por partes iguales, a los cónyuges de ahí que al disolverse la sociedad se proceda a su liquidación por partes iguales a los socios

o a sus respectivos herederos.

Este tipo de sociedad se prestaba a numerosas críticas y por ello ha desaparecido de las legislaciones modernas.

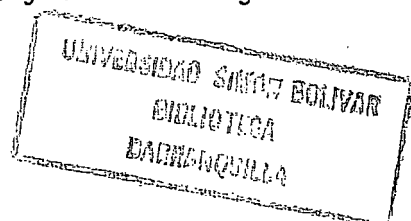
3.1.2 SOCIEDAD DE GANANCIALES CON ADMINISTRACION PARTICULAR DE CADA CONYUGE

Este régimen es el que mejor satisface las exigencias de la organización de la familia en la mayoría de los países y fué implantado en Colombia por la Ley 28 de 1.932.

En este régimen la masa común se forma únicamente con los siguientes bienes :

1. Todos los que los cónyuges adquieran durante la sociedad a título oneroso; por lo tanto, no entran a formar parte de la masa común de los bienes que ellos tengan al casarse y los que cada uno adquiera durante la sociedad a título gratuito, es decir, por herencia, donación o legado.
2. Los frutos de toda clase de bienes pertenecen a la sociedad, esto es tanto los bienes que pertenezcan en forma exclusiva a los cónyuges, o sea, los que tenía al momento del matrimonio, y los adquiridos durante la sociedad por herencia, donación o legado como los frutos de los bienes que hacen parte de la masa común, es decir, la sociedad es titular de un derecho universal del usufructo.

En este tipo de sociedad se distinguen tres masas patrimoniales : los bienes de propiedad exclusiva del marido que no son gananciales; los bienes de la mujer que tampoco son gananciales y los bienes gananciales



o sociales que son los que entran al haber de la sociedad.

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

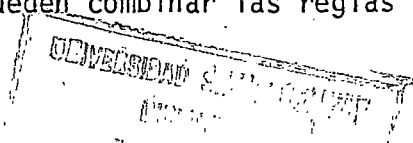
La administración de los bienes, le corresponde a cada cónyuge administrar y disponer libremente de su respectivo patrimonio, el cual estará integrado por los bienes exclusivamente propios, es decir, que no son - gananciales y por sus respectivos bienes gananciales, que son aquellos cuya adquisición se ha hecho durante la sociedad.

De esto se deduce que respecto a la administración, sólo se distinguen dos patrimonios : el de cada cónyuge, pues el tercer grupo de bienes o sean los gananciales, permanecen confundidos con los patrimonios particulares de los cónyuges.

Este régimen es de derecho común ya que rige a todos los matrimonios que no estipularon capitulaciones o que expresamente se acogen a él o - que se limitan a introducirle modificaciones de detalle.

3.1.3 COMBINACION DE LOS ANTERIORES REGIMENES DE SOCIEDAD CONYUGAL

Los cónyuges pueden escoger para regir sus relaciones patrimoniales cualquiera de los regímenes (capitulaciones matrimoniales, sociedad conyugal o separación de bienes,) excepto el de la sociedad universal con administración exclusiva del marido y también pueden combinar las reglas -



de un sistema con otro.

4. EL HABER O ACTIVO SOCIAL

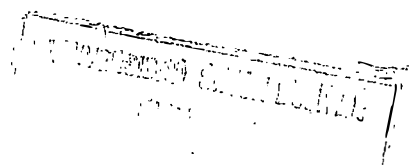
El régimen de derecho común o régimen legal en Colombia es el de una sociedad conyugal de gananciales.

Pués, se ha considerado que la vía común de los cónyuges implica no sólo una asociación de personas sino también una asociación de bienes.

Dentro de este sistema no todos los bienes de los cónyuges entran al haber de la sociedad conyugal, ni existe una administración única, pues - cada cónyuge administra separadamente sus bienes.

Este es, el régimen económico matrimonial vigente en Colombia. En verdad el matrimonio crea una íntima asociación de personas, pero no de bienes ni de administración, el ideal de los juristas antiguos de una asociación absoluta de personas, de administración y de bienes que se expresaba en la frase " un cuerpo, un alma y un patrimonio," fué reemplazado por los juristas colombianos por esta otra : " un cuerpo, dos almas y tres patrimonios."

En efecto, el matrimonio asocia a las personas pero cada una continúa administrando sus bienes y con respecto a los patrimonios, siempre se distinguen tres : el que tiene cada cónyuge y los que forman parte de la sociedad.



Este régimen de derecho común o de sociedad de gananciales se aplica a los cónyuges que no lo hayan descartado antes o después del matrimonio ni haya habido sentencia de separación de bienes.

No es aventurado afirmar que por lo menos el noventa por ciento (90%) de los matrimonios en Colombia están regisrados por el sistema de la sociedad conyugal de gananciales, y que el diez por ciento (10%) restante corresponde a matrimonios que por mutuo consentimiento o por sentencia judicial han obtenido separación de bienes, en verdad, son muy pocos - los que celebran capitulaciones para derogar el derecho común.

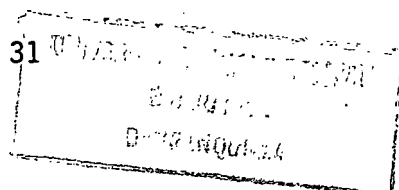
De lo anterior se deduce que no todos los bienes de los cónyuges entran al activo de la sociedad conyugal, sino los que responden al concepto de gananciales, tomada esta palabra en sentido amplio, es decir, como las ganancias o rendimientos que produce el trabajo o un capital.

Y es por este motivo por el que la sociedad conyugal del derecho común se denomina sociedad de gananciales, sociedad de rendimiento o sociedad de provechos.

Esta sociedad es universal, por cuanto todo bien que por cualquier motivo tenga la calidad de rendimiento, provecho o ganancia entra al activo de la sociedad, sin que tenga importancia que el provecho sea producido por el capital, (intereses,) o por el trabajo (salario o pensiones,) o conjuntamente por ambos.

La sociedad conyugal tiene en este caso un poder absoluto de absorción de todo cuanto sea rendimiento o ganancial.

4.1 BIENES GANANCIALES



El haber de la sociedad conyugal se forma únicamente con los bienes - que obedecen al concepto de gananciales, es decir, con las rentas de - trabajo o de capital y las capitulaciones que se hagan con dichas rentas.

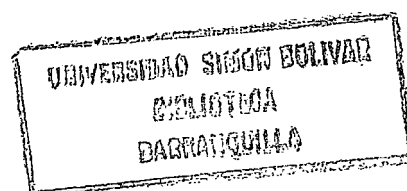
No son gananciales, y por lo tanto no entran a la sociedad conyugal - los bienes que los cónyuges tengan en el momento de casarse ni los que adquieran durante la sociedad o título gratuito.

No obstante, estos últimos bienes se encuentran al servicio de la sociedad por cuanto las rentas que produzcan las hace suyas el activo de la sociedad.

4.1.1 LAS RENTAS DE TRABAJO

Según el Código Civil entran al activo de la sociedad conyugal " los salarios y emolumentos de todo género de empleos y oficios devengados " - durante la existencia de la sociedad.

La ley no hace distinción acerca de la clase de trabajo ni de la forma de remuneración, es decir, son gananciales los salarios o sueldos que se devengan periódicamente, los honorarios de las personas que ejerzan profesiones liberales (abogados, médicos, ingenieros, etc,) los emolumentos o precios provenientes de la ejecución de contratos de obra o empresa, las comisiones o remuneraciones por trabajos en que prevalece el esfuerzo físico o el esfuerzo intelectual y los premios dados al marido o a la mujer vencedores en un concurso o en razón de realizaciones técnicas o científicas de gran valor.



Se exige que el trabajo o industria que es fuente de rentas (salario sueldos, precios, premios, etc,) se realice durante la sociedad.

Así, por ejemplo, si al trabajador se le paga una cesantía correspondiente a diez años de trabajo, habiéndose realizado cinco antes del matrimonio y cinco durante la sociedad la equidad recomienda que la mitad pertenezca a la sociedad no así la otra mitad.

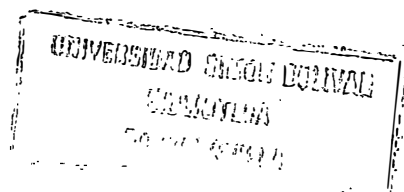
El seguro del trabajador pertenece íntegramente a la sociedad conyugal, porque su causa ha sido la muerte durante la vigencia de un contrato de trabajo y la existencia de una sociedad conyugal.

La indemnización por accidente de trabajo es ganancial si aquel se realizó durante la sociedad. Son gananciales tanto los trabajos efectuados con el sólo esfuerzo del trabajador, como los realizados con un capital que se tenía en el momento del matrimonio.

Las entradas que obtiene el propietario de un almacén, taller, colegio, etc., pertenecen todas a la sociedad conyugal, sin distinguir el valor del almacén, taller o colegio.

También son gananciales las entradas debido al juego y a la apuesta, - por mínima que sea, al igual que las ganancias o rendimientos de las actividades ilícitas. Las minas denunciadas por uno de los cónyuges o por ambos pertenecen al haber social, pues el hecho de la denuncia es una actividad intelectual que sirve de fundamento principal a la adquisición.

Pertenecen al haber social la mitad del tesoro que uno de los cónyuges



descubra en tercero ajeno; si el cónyuge descubre el tesoro de su exclusiva propiedad, será igualmente ganancial la mitad.

4.1.2 FRUTOS O RENDIMIENTOS DEL PATRIMONIO DE LOS CONYUGES

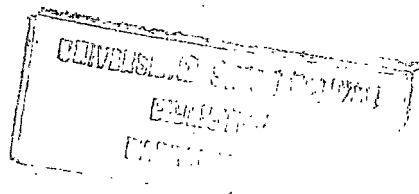
Son de la sociedad conyugal todos los frutos, réditos, pensiones y lucros de cualquier naturaleza que provengan, sea de los bienes sociales, sea de los bienes propios de cada uno de los cónyuges y que se devenguen durante la existencia de la sociedad conyugal.

Los frutos o rendimientos de los bienes sociales, o sean los adquiridos por virtud de capitalización de emolumentos debidos al trabajo o la industria, es apenas natural que sean de la sociedad.

Pero lo más típico de la sociedad de gananciales se encuentra en el hecho de que los bienes no gananciales (los que tenía cada cónyuge en el momento del matrimonio y los adquiridos durante la sociedad por herencia, legado o donación,) en cuanto a los rendimientos o frutos que producen, alimentan el activo de la sociedad.

En materia de sociedad conyugal se rompe la regla de que los frutos de una cosa pertenecen a propietarios, todas las rentas de capital son bienes gananciales.

Tanto los frutos civiles como los frutos gananciales provenientes de los bienes de exclusiva propiedad de los cónyuges engrosan el haber social. Como frutos naturales entran a la sociedad las cosechas, las crías, las plantas, etc., también son de la sociedad toda clase de frutos civiles



como los precios, pensiones, intereses, dividendos, etc.

• 4.1.3 RENDIMIENTOS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL O INDUSTRIAL

Existen derechos que recaen sobre objetos inmateriales y que integran - la propiedad intelectual (obras literarias, científicas, artísticas, - etc,) y la propiedad industrial (firma o nombre comercial, marcas, modelos, etc,) en todos estos derechos de autor y de inventor debe distinguirse lo siguiente :

1. El disfrute económico del derecho y que se manifiesta en las ediciones de la obra literaria o científica, o en las reproducciones de una composición musical, etc.
2. El derecho de autoría o paternidad.

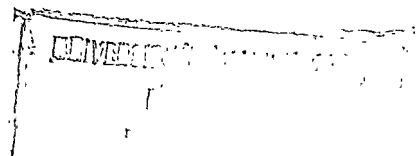
A la sociedad conyugal entra el disfrute económico de la obra en ningún caso el derecho de autor.

No interesa distinguir si el derecho se estableció o creó durante la sociedad o si ya existía cuando se formó, tan sólo es necesario que los rendimientos se produzcan durante la sociedad.

4.1.4 BIENES ADQUIRIDOS A TITULO ONEROSO

Son de la sociedad conyugal todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiriera durante la sociedad a título oneroso.

Esto se basa en la presunción de que, lo adquirido a título oneroso (- permuta, compraventa, aporte a una sociedad, etc,) por uno de los cóny



ges representa inversión de emolumentos debido al trabajo o industria o rentas de capital de los bienes de los cónyuges; lo lógico, en consecuencia es que dicha adquisición tenga la calidad de ganancial.

4.2 BIENES NO GANANCIALES

Son bienes propios exclusivos de los que son titulares los cónyuges y no tienen la calidad de gananciales.

En este grupo de bienes están incluidos los que los cónyuges tengan en el momento de casarse; los que adquieran durante la sociedad a título gratuito; los adquiridos durante la sociedad a título oneroso pero subrogados a bienes exclusivamente propios y, los adquiridos una vez disuelta la sociedad.

4.2.1 BIENES DE LOS CONYUGES ANTES DEL MATRIMONIO

A partir de la vigencia de la Ley 28 de 1.932, no entran al activo social los bienes que los cónyuges tengan al momento de casarse; tanto los bienes muebles como los inmuebles.

Tampoco son del activo ganancial los que entren a poseer durante la sociedad conyugal, pero cuyo título de adquisición existía ya en el momento del matrimonio. El dinero y los bienes muebles de los cónyuges en el momento del matrimonio no son de la sociedad.

Los bienes muebles de los cónyuges en el momento del matrimonio no entran a la sociedad pero es posible que el valor respectivo haya enriquecido

cido al haber social, caso en el cual se aplica la teoría de las recompensas, vale decir, que la sociedad debe indemnizar al cónyuge por el empobrecimiento sufrido y que ha producido un enriquecimiento del haber social que subsiste cuando se disuelva la sociedad.

Los bienes adquiridos durante la sociedad, pero cuyo título de adquisición fué anterior al matrimonio no pertenecen a ella aunque se hayan adquirido a título oneroso.

Es decir, que un título a causa de adquisición precede al establecimiento de la sociedad cuando lo oneroso, o sea, lo que cuesta el bien, tuvo efecto antes y no durante la sociedad.

Por consiguiente, no pertenecerán a la sociedad las especies que uno de los cónyuges poseía a título de señor antes de ella, aunque la precripción o transacción con que los haya hecho verdaderamente suyos se complete o verifique durante ella; ni los bienes que se poseían antes de ella por un título vicioso, pero cuyo vicio se ha purgado durante ella por la ratificación o por otro medio legal; ni los bienes que vuelven a uno de los cónyuges por la nulidad o resolución de un contrato, o por haberse revocado una donación; ni los bienes litigiosos y que durante la sociedad ha adquirido uno de los cónyuges la posesión pacífica; tampoco pertenecerá a la sociedad el derecho de usufructo que se consolida con la propiedad que pertenece al mismo cónyuge, los frutos sólo pertenecerán a la sociedad; lo que se paga a cualquiera de los cónyuges por capitales de créditos constituidos antes del matrimonio, pertenecerá al cónyuge acreedor; lo mismo se aplicará a los intereses devengados por uno de los cónyuges antes del matrimonio y pagados después.(6)

(6) VELEZ, Fernando. Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano, VII, Imprenta, París América, 1.973, pág. 38

4.2.2 BIENES ADQUIRIDOS DURANTE LA SOCIEDAD A TÍTULO GRATUITO

Los bienes adquiridos durante la sociedad a título gratuito, no son gananciales sino de propiedad exclusiva del cónyuge que los adquiera.

Por consiguiente, todos los bienes muebles como inmuebles, adquiridos - por herencia, legado o donación, no entran a la sociedad y pertenecen al patrimonio exclusivo del heredero, legatario o donatario.

Ni siquiera un bien donado a ambos cónyuges conjuntamente para que forme parte del haber social, tiene la calidad de ganancial, pues siempre se tratará de un bien que les pertenece a los cónyuges proindiviso y en forma exclusiva.

Durante la sociedad también se pueden adquirir bienes en parte a título gratuito y en parte a título oneroso, en los cuales la parte del bien - adquirido a título oneroso entra al activo social, y la parte adquirida a título gratuito pertenece en forma exclusiva al patrimonio del cónyuge adquirente.

4.2.3 BIENES ADQUIRIDOS DURANTE LA SOCIEDAD SUBROGADA A BIENES EXCLUSIVAMENTE PROPIOS

La subrogación real tiene por objeto imprimir a determinado bien que se adquiere con el precio de uno anterior o por permuta, la misma calidad que tenía el anterior, como cuando el marido vende la casa que se le adjudicó en una herencia y con el precio compra otra, la subrogación real necesita ser expresa.

La subrogación de inmueble a inmueble ocurre cuando un inmueble propio de uno de los cónyuges se sustituye o sobroga por otro inmueble; ello puede hacerse por venta o por permuta.

Para que ocurra la subrogación es esencial o necesario que el bien vendido o permutado sea de propiedad de uno de los cónyuges; que se exprese el ánimo de subrogar en la escritura de venta como en la de la compra o permuta; y que exista proporcionalidad entre el valor del bien enajenado y el valor del bien adquirido.

También se subroga cuando se adquiere un inmueble con valores propios, por ejemplo, con dineros que tenía el cónyuge en el momento del matrimonio o que los adquirió durante la sociedad por herencia, donación o legado, se realiza la subrogación si en la escritura de compra del inmueble se expresa el ánimo de subrogar y si se demuestra que los valores invertidos realmente eran propios exclusivos.

La subrogación de mueble a mueble no es legalmente posible. El legislador ha reservado en forma exclusiva esta figura de excepción para los inmuebles, pero, el precio de venta de un inmueble se puede invertir en la compra de acciones u otros valores o en la compra de cosas muebles, pero para que se verifique la subrogación es necesario que en la escritura de venta se destine el precio a las mencionados compras y que éstas se efectúen realmente.

4.2.4 BIENES DE USO PERSONAL

Los bienes de uso personal pertenecen al marido o a la mujer, por lo

tanto, no entran al activo de la sociedad conyugal.

Los vestidos, diplomas, muebles de uso personal, etc., no entran al haber social aunque se hubieran adquirido a título oneroso durante la sociedad, el uso personal enseña que dichos bienes no producen rentas para la sociedad.

4.2.5 BIENES ADQUIRIDOS UNA VEZ DISUELTA LA SOCIEDAD

Los bienes que se adquirieran después de disuelta la sociedad no entran al haber social sino al patrimonio propio del cónyuge adquiriente aunque subsista el vínculo matrimonial.

La razón de ello consiste en que cuando se disuelve la sociedad conyugal subsistiendo el vínculo matrimonial, los cónyuges quedan sometidos al régimen de separación total de bienes, régimen que es ajeno al concepto de gananciales.

Sin embargo, los bienes adquiridos después de la disolución de la sociedad, pero cuyo título de adquisición se obtuvo onerosamente durante ella, pertenecen al haber social.

En consecuencia, pertenece a la sociedad conyugal el bien adquirido una vez disuelto, si el título de adquisición se realizó antes de su disolución.

De la misma manera que no pertenece a la sociedad el bien adquirido durante su existencia, pero cuyo título o fundamento de adquisición se había verificado antes, así también y en las mismas condiciones expuestas no pertenece al cónyuge el bien adquirido una vez disuelta la sociedad

pero cuyo título de adquisición se realizó durante la existencia de ella.

5. EL PASIVO SOCIAL

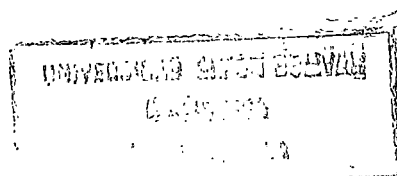
De la misma manera que existen bienes que integran el haber de la sociedad (bienes gananciales,) y bienes que no integran dicho haber por ser de la exclusiva propiedad de cada cónyuge (bienes no gananciales,) así mismo existe deudas a cargo del haber de la sociedad (deudas sociales) y deudas a cargo exclusivo de los bienes que no son gananciales (deudas no sociales.)

Dado el régimen especial de sociedad conyugal existente en Colombia a partir de la vigencia de la Ley 28 de 1.932, en que cada cónyuge administra separadamente sus bienes, resulta que mientras aquella exista no será necesario examinar que bienes y que deudas son sociales o nó.

Durante la sociedad los acreedores podrán perseguir para el pago tanto los bienes gananciales como los no gananciales del cónyuge deudor; pero a la disolución de la sociedad se hará necesario calificar del conjunto de bienes que cada cónyuge administra, cuales son gananciales y cuales nó.

La misma operación debe hacerse en relación con las deudas.

5.1 DEUDAS DE LOS CONYUGES FRENTE A TERCEROS (PASIVO EXTERNO)



Las mismas causas que sirven para dar a un bien la calidad de ganancial o no ganancial, sirve para determinar que deudas de los cónyuges son sociales y cuáles no.

Todo cuanto un cónyuge quede debiendo en razón de la adquisición de un bien para la sociedad, o las deudas contraídas para hacer más productivos los bienes o los gastos hechos para el sostenimiento del hogar, constituyen pasivo de los bienes gananciales.

En cambio, las deudas contraídas por cualquiera de los cónyuges en la adquisición de bienes que no tienen la calidad de gananciales (pago de impuestos y demás gastos para obtener la adjudicación libre de bienes hereditarios,) engendran pasivo de los bienes exclusivamente propios o bienes no gananciales.

5.1.1 DEUDAS SOCIALES

El pasivo del haber social frente a terceros (o deudas sociales de los cónyuges,) está conformado por todas las deudas contraídas para el sostenimiento del hogar, mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes y de toda otra carga familiar.

En general, el pago de todas las cargas familiares debe hacerse con bienes gananciales; por ese motivo, las deudas frente a terceros que tengan su fuente en la ejecución de las cargas, preducen una deuda social.

La principal finalidad de la sociedad conyugal consiste en destinar sus entradas al sostenimiento del hogar.

La expresión de cargas familiares tiene una acepción amplia, pues comprende no sólo las ordinarias necesidades del hogar y las de sostenimiento y educación de los hijos, sino también las cargas extraordinarias, como el pago de los gastos de clínica en razón de algún accidente sufrido por uno de los cónyuges, los gastos de enfermedad del marido, de la mujer o de uno de los hijos.

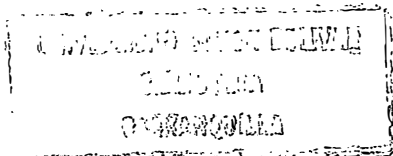
Es deuda social el pago de los gastos de funerales y entierro de cualquiera de los hijos, como de cónyuge difunto.(7)

Se consideran deudas sociales todos los gastos hechos para la adquisición de un bien ganancial, lo mismos que los precios o saldos que se queden debiendo en virtud de esa adquisición.

Todos los cargos y reparaciones fructuarias de los bienes sociales, así como de los bienes no sociales de cada cónyuge, son deudas sociales. No se presenta ningún problema en cuanto a cargas y reparaciones fructuarias de los bienes de los cónyuges que tengan la calidad de gananciales pero según la doctrina, constituyen igualmente deuda social las reparaciones y cargas de los bienes de exclusiva propiedad de los cónyuges (bienes no sociales.)

La razón es que dichos bienes se encuentran al servicio de la sociedad, trabajan y producen para ella, luego la sociedad debe cargas con las reparaciones ordinarias (o menores,) para conservarlos en buen estado de producción.

(7) UNDURRAGA SOMARRIVA, Manuel. Derecho de Familia, Sant. de Chile, ed nacimiento, 1.946, pág. 228



5.1.2 DEUDAS NO SOCIALES

Las principales partidas que producen deudas de los cónyuges que no son sociales, sino deudas propias exclusivas y que deben deducirse de sus bienes no gananciales, son los siguientes :

Los gastos hechos para la adquisición de un bien de su exclusiva propiedad, así como los precios y los saldos que se queden debiendo por causa de esa adquisición, se presume que los gastos y saldos son erogados por la sociedad y se deberán abonar; con lo cual se indica que se trata de deudas no sociales.

Las reparaciones extraordinarias de los bienes exclusivamente propios, la sociedad conyugal en lo relacionado con los bienes (especialmente inmuebles,) de la exclusiva propiedad de uno de los cónyuges, está obligada a hacer las reparaciones corrientes, pero no las reparaciones extraordinarias o mayores, las cuales corresponden al propietario.

No es cargo del haber social, sino de los patrimonios exclusivamente particulares, el pago de las multas y reparaciones pecuniarias a que fuese condenado uno de los cónyuges por algún delito o ilícito civil. Ello se debe a que las penas, tanto las civiles como las penales, son estrictamente personales y la conducta ilícita de un cónyuge no tiene porqué lesionar el haber social de la sociedad conyugal.

En general, todas las deudas de los cónyuges contraídas por cualquiera de ellos antes del matrimonio, así como las contraídas durante la sociedad que no hayan tenido por finalidad el mejoramiento del haber de la

sociedad o el sostenimiento del hogar.

5.2 PASIVO INTERNO ENTRE BIENES GANANCIALES Y BIENES NO GANANCIALES

En muchos casos los cónyuges quedan obligados para con la sociedad como consecuencia de la realización o ejecución de determinados actos; por ejemplo, como cuando la sociedad cancelaba una deuda personal del marido contraída con anterioridad al matrimonio, o como cuando al ocurrir la subrogación, el cónyuge no alcanzaba a cubrir el valor total del bien adquirido, caso en el cual debía el remanente a la sociedad.

Así mismo la sociedad por la ejecución de ciertos actos pasaba a ser deudora de los cónyuges, como cuando el cónyuge enajenante de un bien, al efectuar la subrogación, pagaba menos valor o como en el caso de que la mujer aportaba a la sociedad dinero o bienes muebles, casos estos en que se causa un aumento o una disminución patrimonial en favor o en contra de uno de los cónyuges en favor o en contra de la sociedad.

La determinación de los gananciales que son objeto de reparto cuando se disuelva la sociedad, en ocasiones es cuestión simple; pero en otras, en virtud del mismo movimiento del activo y del pasivo durante la sociedad, puede resultar compleja.

Si en el momento del matrimonio los cónyuges carecen de bienes, o los que tienen son de valor reducido y la sociedad ha durado bastante tiempo y además, ninguno de ellos recibió bienes por herencia, donación o legado, la masa de gananciales y el pasivo son fáciles de determinar pues se integrará por la suma de los patrimonios administrados por cada

cónyuge; si sólo uno es titular de bienes, éstos serán los gananciales. En esta situación se encuentra la mayoría de las sociedades conyugales.

Es posible igualmente que los bienes que los cónyuges tienen al casarse o que durante la sociedad haya adquirido a título gratuito, no se hayan confundido con los bienes que forman parte del haber social.

Aquí también es sencillo determinar la masa de gananciales, pues basta separar los bienes de exclusiva propiedad de los cónyuges y los restantes formarán el haber social.

En cuanto al pasivo frente a terceros, es posible que no exista o que claramente se sepa que pertenece ya a la sociedad, ya a los bienes gananciales.

Pero existen casos en que la masa de gananciales se acrecienta a expensas de los bienes no gananciales, o los bienes de exclusiva propiedad se enriquecen con bienes del haber social.

La primera hipótesis se presenta cuando el bien que un cónyuge tenía al casarse o el adquirido durante la sociedad a título gratuito fué vendido y con el precio se adquirió otro, sin haber obrado la subrogación real; la segunda hipótesis se presenta cuando una deuda no social de uno de los cónyuges es pagada con dineros del haber social, como cuando la deuda existente en el momento del matrimonio se cancela durante la sociedad con haberes que han debido entrar al haber social.

En el primer caso, el patrimonio exclusivamente propio tendrá derecho a una indemnización en virtud del dinero invertido en acrecentar la masa

de gananciales; en el segundo caso, será la masa común la que deberá indemnizar en razón de la deuda pagada.

Es decir, el día en que se disuelva la sociedad será necesario restablecer el equilibrio roto entre los patrimonios administrados por cada uno de los cónyuges, estableciendo las indemnizaciones correspondientes ya sea de los gananciales para con los bienes no gananciales; o de éstos para con aquellos.

Estas indemnizaciones han recibido el nombre de recompensas.

5.2.1 NOCION DE LA TEORIA DE RECOMPENSAS

Las recompensas son créditos que el marido, la esposa o la sociedad pueden reclamarse entre sí en la liquidación de la sociedad conyugal, por haber ocurrido desplazamientos patrimoniales a favor o en contra de la sociedad o de los cónyuges.

Es decir, son el conjunto de créditos e indemnizaciones en dinero que se hacen valer en el momento de liquidar la sociedad conyugal, a fin de que cada cónyuge aproveche los aumentos y soporte en definitiva las cargas que legalmente le corresponden.(8)

Las finalidades de las recompensas son evitar que un patrimonio se enriquezca a costa de otro; evitar que los cónyuges se hagan donaciones simuladas en perjuicio de sus legitimarios o en fraude a sus acreedores; y mantener la inmutabilidad del régimen matrimonial a la vez que el ne-

(8) UNDURRAGA SOMARRIVA, Manuel. Derecho de Familia, 1.946, pág.234

cesario equilibrio entre el patrimonio del marido, el de la mujer y el de la sociedad.

5.2.2 CLASIFICACION DE LAS RECOMPENSAS

Las recompensas se han clasificado tradicionalmente así :

1. Recompensas que debe la sociedad a los cónyuges.
2. Recompensas que deben los cónyuges a la sociedad conyugal.
3. Recompensas que se deben los cónyuges entre sí.

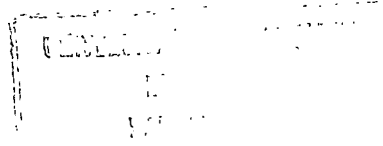
5.2.2.1 RECOMPENSAS QUE DEBE LA SOCIEDAD A LOS CONYUGES

La sociedad está obligada a restituir a los cónyuges y por su valor los dineros, las cosas fungibles y las especies muebles que éstos aporten a la sociedad en el momento de su constitución, es decir, a la celebración del matrimonio.

Cada uno de los esposos aporta a la sociedad de manera provisional, con destino a incrementar el haber social los bienes enunciados, pero con la condición por parte de la sociedad, de devolverlos por el valor equivalente de los bienes.

En el momento en que el cónyuge aporta los bienes a la sociedad, se da origen a un crédito donde el acreedor es el cónyuge y el deudor la sociedad y el valor del crédito será el que tenga el bien en el momento del aporte.

El derecho a exigir la restitución surge desde la disolución, el bien -



mueble del cual es titular el cónyuge en el momento de celebrado el matrimonio, continúa en cabeza de su titular aunque con el carácter de bien social; si este bien se valoriza, su valorización la gana la sociedad, si disminuye su valor, la sociedad pierde la desvalorización.

También se contempla aquellos casos en que se enajena un bien inmueble propio de uno de los cónyuges, pero que no ha sido subrogado por otro, porque no se logró la proporcionalidad o porque no se dejó en las escrituras de enajenación y compra la constancia del ánimo de subrogar.

En estos casos la sociedad se convierte en deudora del cónyuge, por una suma equivalente al valor de la cosa vendida, deuda que podrá hacerse efectiva después de la disolución.

Sin embargo, si los dineros provenientes de la venta se destinan a negocios que ceden en beneficio personal de uno de los cónyuges, tal como ocurre con el pago de sus deudas personales, o el establecimiento de sus descendientes habidos fuera del matrimonio, la recompensa no es posible.

La sociedad debe recompensar a los cónyuges en el caso de subrogación, cuando el valor de la cosa vendida excede al valor de la adquirida.

Son muchos los casos de subrogación en que el valor del inmueble vendido por el cónyuge propietario excede al valor del bien adquirido, con lo cual se da origen a un remanente en dinero que entra a engrosar el haber social y que por consiguiente, da origen a la recompensa respectiva en favor del cónyuge enajenante, es decir, del perjudicado, por el equivalente.

Si por cualquier motivo dichas expensas se cubriecen con dineros propios de uno de los cónyuges, ha de entenderse que el pago de tales gastos se hace a cargo de la sociedad conyugal, salvo que el cónyuge perjudicado renunciase a ello.

5.2.2.2 RECOMPENSAS QUE DEBEN LOS CONYUGES A LA SOCIEDAD

La sociedad conyugal está obligada al pago de todas las deudas personales de cada uno de los cónyuges, quedando el deudor obligado a compensar lo que éste invierta en ello.

Este vence después de celebrado el matrimonio y por lo tanto, durante la vigencia de la sociedad conyugal; la sociedad está obligada a responder por el monto de la deuda; verificado el pago, se ocasiona simultáneamente un crédito en contra del cónyuge beneficiado con la cancelación y en

favor de la sociedad, el cual implica la correspondiente recompensa una vez disuelta la sociedad y hallándose aún en estado de liquidación.

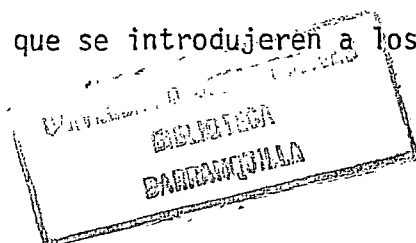
Existe recompensa en favor de la sociedad en el caso de subrogación, - cuando el precio de la compra es mayor que el de la venta y el esposo o esposa se enriquece a costa de la sociedad por el mayor valor del - bien que adquiere, en cuya cuantía la sociedad se empobrece.

En consecuencia, debe a la sociedad una suma equivalente a ese mayor - valor que se hace exigible desde la disolución e imputable en la liquidación. También se contempla el caso de recompensa por toda donación - que se hiciere cualquiera de los cónyuges de bienes pertenecientes al haber social.

El marido, la esposa deberán a la sociedad el valor de toda donación - que se hiciere de cualquier parte del haber social.

Ella no obsta para que por excepción, y cuando el bien materia de la donación fuera de poca monta se haga atendidas las fuerzas del haber social, o con un ánimo de eminente piedad o beneficencia y sin causar un grave menoscabo a dicho haber, se excluye como donación que dé origen a la recompensa aquella que se hiciera en beneficio de una descendiente - común.

Igualmente, causan recompensa por toda erogación que hiciere la sociedad estando vigente, por gastos que redunden en beneficio exclusivo de los cónyuges, es el caso de los precios, saldos, costos judiciales y - las expensas que se hicieren en beneficio exclusivo de uno de los cónyuges; al igual que a las mejoras o expensas que se introdujeran a los -



bienes propios de los cónyuges; y causas, recompensas los perjuicios - que un cónyuge le haya causado a la sociedad por dolo o culpa grave y por pago que ella hiciere de las multas y reparaciones pecuniarias a - que fuere condenado por algún delito.

5.2.2.3 RECOMPENSAS QUE SE DEBEN LOS CONYUGES ENTRE SI

Las obligaciones que generan esta clase de recompensas suelen ocurrir - excepcionalmente en la vida social.

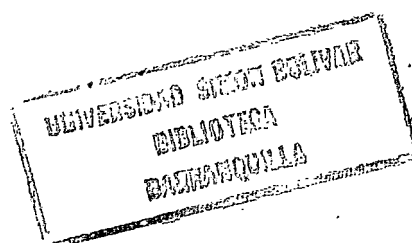
Se crea cuando uno de los cónyuges con dineros propios; reservados en - capitulaciones paga una deuda personal del otro, ello es consecuencia - lógica de que cada persona que paga por otra, tiene derecho a repetir - lo pagado contra aquella.

La subrogación que allí se efectúa trasmite los derechos del tercer a - creedor al cónyuge que paga y lo faculta para exigirle al cónyuge bene - ficiado el importe de lo pagado, es decir, la respectiva recompensa.

Cuando el daño que sufra uno de los cónyuges en sus bienes propios a - consecuencia de una acción donde ha mediado dolo o culpa grave del otro es decir, cuando uno de los cónyuges sufra menoscabo en su patrimonio - propio a causa de una maniobra fraudulenta o por descuido grave del o - tro, el cónyuge culpable o negligente estará en la obligación de resar - cir ese menoscabo o daño.

Y en el caso de que los bienes propios de uno de los esposos se desti - nan a pagar mejoras del otro, aquel tiene derecho a solicitar se le can

cele el importe correspondiente mediante la recompensa respectiva.



6. ADMINISTRACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

El sistema del Código Civil derogado por la Ley 28 de 1.932 se fundaba en dos de estas bases : la incapacidad civil de la mujer casada y la jefatura única de la sociedad por parte del marido.

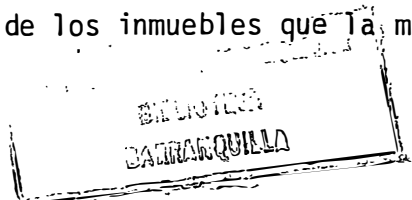
El Código Civil incapacitaba a las mujeres por el hecho del matrimonio los textos legales básicos sobre el particular eran el párrafo tercero del Art. 1504 que colocaba a las mujeres casadas dentro del grupo de los incapaces relativos y el Art.62 que daba al marido la representación legal de su mujer.

La representación legal del marido era de alcance análogo a la representación que tiene quién ejerce potestad parental (patria potestad,) sobre sus hijos.

En efecto, el marido tomaba la determinación y administración de los bienes inmuebles que tuviera la mujer en el momento del matrimonio, así como la de sus dineros y demás muebles.

La administración la tomaba el marido en su condición de representante y jefe absoluto de la sociedad conyugal, es decir, en cuanto a los bienes muebles, el marido adquiría no sólo la administración sino también el pleno dominio de dichos bienes.

Además, el marido tomaba la administración de los inmuebles que la mu -



jer adquiriera durante la sociedad por herencia, donación o legado, así como la de los dineros o muebles que durante la sociedad adquiriera por el mismo concepto.

Unicamente con los bienes raíces de la mujer se comportaba el marido - como representante legal, pero, el marido no podía enajenar ni hipotecar esos bienes ya que por no hacer parte de la sociedad conyugal, estaba obligado a reintegrarlos en especie a la mujer previo decreto del juez con conocimiento de causa.

Según el Art. 1805, la jefatura de la sociedad conyugal estaba depositada en el marido y como tal administraba libremente los bienes sociales y los de su mujer.

El Art. 1806 consideraba al marido respecto de terceros, como " dueño 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 podrán perseguir tanto los bienes de éste como los bienes sociales

La Ley 28 de 1.932 eliminó las dos bases enunciadas al otorgar plena capacidad civil a las mujeres casadas mayores de veintiun años (a partir de la Ley 27 de 1.977, la mayoría empieza a los 18 años,) y al suprimir la jefatura única de la sociedad conyugal por parte del marido.

La citada ley de plano suprimió todo vestigio de la incapacidad relativa a que estaba sometidas las mujeres casadas y por lo tanto, hoy en día las mujeres casadas son tan capaces para ejercer judicial y extrajudicialmente sus derechos como lo son los hombres y no cabe hacer distinción entre mujeres solteras, casadas o viudas; esta plena capacidad fué

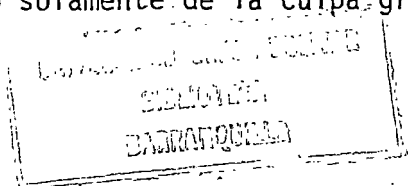
concedida tanto a las mujeres que contrajeran matrimonio con posterioridad al 1 de Enero de 1.933 como a las mujeres casadas anteriormente.

La Ley 28 de 1.932 no se limitó simplemente a otorgar capacidad civil a la mujer casada, sino que derogó en forma expresa la jefatura de la sociedad conyugal por parte del marido y otorgó a cada cónyuge la libre administración de sus bienes, como si vivieran bajo un régimen de separación de bienes.

Es decir, la nueva ley suprime la jefatura de la sociedad conyugal por parte del marido, concede a cada cónyuge la libre administración de sus bienes e impide que los acreedores del marido puedan perseguir bienes de la mujer para el pago.

En el aspecto referente a la administración de la sociedad conyugal fué en donde mayor énfasis recayó la reforma introducida por la Ley 28 de 1.932, por cuanto estableció una administración dual para los bienes sociales, lo que implicaba la plena capacidad civil a la mujer casada mayor de edad.

En la administración que la ley confiere a los cónyuges sobre los bienes sociales, cada cónyuge tiene las facultades que la ley le reconoce a todo propietario, de usar, gozar y disponer de las cosas que administra mientras está vigente la sociedad conyugal; 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 realización de tales actos gozan de plena libertad y autonomía, - con respecto al otro cónyuge y respondiendo solamente de la culpa grave



que en términos civiles equivale al dolo.

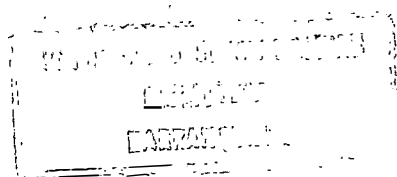
Mientras la sociedad conyugal esté vigente cada esposo por regla general, tiene la libre disposición y administración de ciertos bienes sociales; cada cónyuge es independiente del otro para gravar los bienes propios y los sociales que figuren en su haber, con censo, prenda, hipoteca o anticresis, etc., e igualmente puede introducirles las mejoras que considere necesarias en orden a la conservación, reforma o mejoramiento de los bienes sobre los cuales no responde sino de culpa leve frente al otro cónyuge.

La facultad de disposición implica la de la libre enajenación; o sea que cada cónyuge puede transmitir el dominio tanto de los bienes muebles como los bienes inmuebles que se hallen en su haber y a título oneroso sin necesidad del consentimiento del otro.

Pero si el bien fué adquirido en común con el otro cónyuge (lo que aparecería en el título respectivo,) para enajenar se requerirá el consentimiento de ambos.

Esta facultad de disposición unitaria cesa en el momento de disolverse la sociedad conyugal y en lo tocante a los bienes sociales, conservándose con respecto a los bienes propios, pues por el hecho de la disolución surge una comunidad de bienes formada por los bienes sociales que debe ser administrada por ambos cónyuges.

6.1 RESTRICCIÓN DE LA LIBRE ADMINISTRACIÓN DE LOS CONYUGES ENTRE SÍ



Cada cónyuge tiene la libre administración de sus bienes con respecto a terceros, pero restringida en los negocios jurídicos que pueden celebrarse entre sí.

El Art. 30. de la Ley 28 estipula " que son nulos absolutamente entre cónyuges las donaciones irrevocables y los contratos relativos a inmuebles, salvo el de mandato general o especial."

Los motivos que se han tenido en cuenta para prohibir ciertos contratos entre cónyuges son pausibles, ya que por una parte, se trata de evitar fraudes que puedan hacerse a terceros mediante traspasos simulados que el cónyuge deudor haga de sus bienes al otro cónyuge; y por la otra, se intenta evitar que un marido inescrupuloso obtenga a menos precio los bienes de su mujer o la comprometa en operaciones aventuradas.(9)

6.1,1 DONACIONES ENTRE CONYUGES

De lo dispuesto en la Ley 28 de 1.932, en su Art.30. se colige que son absolutamente nulos entre cónyuges las donaciones irrevocables o entre vivos; se excluyen implícitamente las revocables o por causa de muerte. Existen dos clases de donaciones : las contractuales o irrevocables y las testamentarias o por causa de muerte; las primeras se rigen por las reglas de los negocios jurídicos entre vivos y son irrevocables, y las segundas, por testamento y son revocables.

La norma prohíbe a los cónyuges la donación irrevocable o entre vivos, que será el acto por el cual uno de los cónyuges transfiera al otro (9) LATORRE, Luis Felipe. El Estatuto de la Mujer Casada.

gratuita e irrevocablemente un bien o una parte de sus bienes al otro que la acepta (C.C. Art.1443,) sólo se comprende en ellas las donaciones irrevocables sobre inmuebles, a lo cual se circunscribe la prohibición.

La donación revocable es aquella que el cónyuge donante puede revocar a su arbitrio y se convierte en irrevocable desde el momento en que fallezca el cónyuge donatario.

6.1.2 CONTRATOS RELATIVOS A INMUEBLES

El mismo Art.3o. prohíbe terminantemente entre cónyuges los contratos que recaen sobre inmuebles.

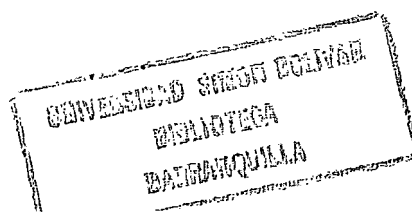
La práctica comercial tiene entendido que son nulos únicamente los negocios jurídicos de enajenación (compraventa, donación, permuta, ec.,) no así los de simple administración.

El marido puede tomar a su mujer en arrendamiento una casa para instalar en ella el hogar, en general, los cónyuges pueden contratar libremente entre sí cuando el objeto son cosas muebles, así, el marido puede vender unas acciones a su mujer.

6.1.3 CONTRATO DE MANDATO

Este contrato está ampliamente autorizado entre cónyuges, ya que se trata de un mandato general o ya de uno especial.

Como el mandato es esencialmente revocable, no existe peligro alguno de



que mediante mandatos generales se trate de incapacitar a las mujeres, ni de resucitar la antigua jefatura de la sociedad conyugal a cargo de los maridos.

En cualquier momento la mujer puede revocar el mandato y exigir al marido rendición de cuentas.

6.1.4 CONTRATO DE SOCIEDAD ENTRE CONYUGES

Durante mucho tiempo la doctrina y la Jurisprudencia debatieron este aspecto; si ante la prohibición contemplada en el Art.3o de la Ley 28 de 1.932, que prohíbe celebrar contratos sobre inmuebles entre cónyuges, - se incluía también el contrato de sociedad; o más claro aún : si el contrato de sociedad celebrado con intervención de dos esposos y en el que se hacían aportes de inmuebles, tenga validez ante el derecho.

Las diversas tesis expuestas sobre el particular se dividieron en dos : la de quienes optaron por la teoría de la nulidad y la de quienes prefirieron la de la validez.

La Superintendencia de Sociedades Anónimas sostuvo la tesis de la imposibilidad de celebrar contrato de sociedad en el que intervienesen dos cónyuges, so pena de comprometerse su validez.

" Aún cuando la sociedad es una persona distinta de los socios individualmente considerados, dice la Superintendencia, no puede negarse que es un contrato celebrado entre todos los socios.

De tal manera que no puede afirmarse que quién constituye una sociedad con otras personas naturales o jurídicas, no contrata con éstos, sino

con un ente aparte, completamente independiente de quienes lo integran. La noción de contrato social no desaparece en aras del concepto de persona jurídica autónoma que la sociedad implica." (10)

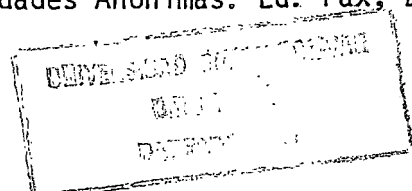
Como consecuencia de lo anterior, es que si el Art.3o. de la Ley 28 de 1.932 prohíbe los contratos entre cónyuges, que versen sobre inmuebles, excepción hecha de los relativos a mandato general o especial, necesariamente prohíbe la celebración de sociedades entre esposos con aporte de inmuebles.

Contrariando la tesis anterior, se sostuvo la no aplicabilidad de la prohibición legal establecida por el Art.3o de la Ley 28 de 1.932 al contrato de sociedad entre cónyuges.

Se basan en la utilización de una expresión de la técnica mercantil anglosajona que el vínculo contractual que une a los constituyentes de la sociedad es relativo a la incorporación o creación de la persona jurídica distinta, y que el vínculo contractual relativo al inmueble y a su traspaso inmediato o ulterior a la sociedad, es un vínculo contractual que se establece entre ella y el accionista aportante.

Lo que equivale a decir que, no pudiendo afirmarse que el aporte de un bien raíz hecho por uno o varios cónyuges constituyentes de una sociedad anónima, sea un contrato entre quienes o, cónyuges relativo a inmuebles, tampoco puede sostenerse que el contrato de sociedad en dichas condiciones sea un contrato entre cónyuges relativo a inmuebles, en los

(10)Revista de la Superintendencia de Sociedades Anónimas. Ed. Pax, Dic de 1.949, núm.18 pág. 248



términos del Art.30. de la Ley 28 de 1.932.

El Código del Comercio que nos rige vino a dirimir por vía legislativa y de una vez por todas la controversia doctrinal.

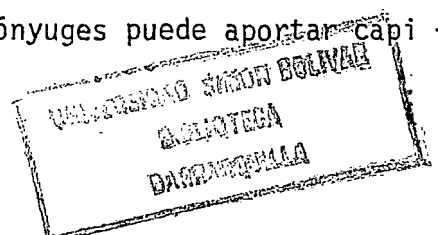
Según el Art.102 del Código " será válida la sociedad entre padres e hijos o entre cónyuges, aunque unos y otros sean los únicos asociados. Los cónyuges conjunta o separadamente, podrán aportar toda clase de bienes a la sociedad que formen entre sí o con otras personas."

Antiguamente se prohibía la formación de una sociedad civil o mercantil entre cónyuges con fundamento en estas ideas :

1. La potestad marital que el marido tenía sobre la mujer excluía el concepto de igualdad que debe existir entre los asociados.
2. El régimen económico matrimonial no puede ser modificado durante la existencia de la sociedad conyugal (vieja regla de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales.)
3. Dar a los cónyuges la libertad de formar una sociedad equivale a permitir que uno de ellos haga donaciones al otro.

Las dos primeras ideas han desaparecido al otorgarse plena capacidad civil a la mujer casada y al prescindir de la regla de la inmutabilidad del régimen económico matrimonial.

La tercera idea la suprimió el Art.102 del Código del Comercio al permitir las sociedades entre cónyuges, pero la sociedad que suelen formar los cónyuges es la de responsabilidad limitada y a ella pueden aportar cuantos bienes quieran, ya bienes exclusivamente propios o gananciales o de una y otra clase, es más, uno de los cónyuges puede aportar capi -



tal y el otro su trabajo o industria (Arts. 137 y 138 del C. del Co.) Las sociedades entre cónyuges tendrán especial eficacia en los casos - de separación de bienes; cuando no encontrándose separados de bienes - resuelven aportar bienes propios que no tienen la calidad de gananciales; y cuando forman la sociedad entre ellos y los hijos o terceras - personas.

6.2 ADMINISTRACION POR INCAPACIDAD DE ALGUNO DE LOS CONYUGES

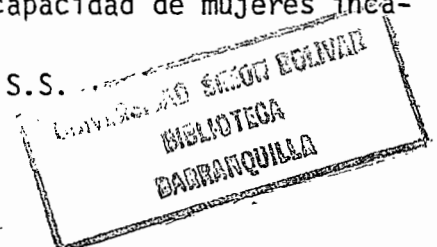
Según el Art.6o. de la Ley 28 de 1.932, " la curaduría de la mujer casada, no divorciada, en los casos en que aquella deba proveerse, se deferirá en primer término al marido, y en segundo, a las demás personas - llamadas por la ley a ejercerla."

La Corte Suprema mediante sentencia de 1.937 afirmó que el Art.6o se refiere a toda incapacidad de las mujeres casadas (menor de edad, disipación, enfermedad mental o sordomudez,) y dijo que si el marido es llamado a ejercer la curaduría de su mujer menor de edad, lo será en calidad de simple administrador de bienes ajenos y carecerá del derecho de usufructo sobre los bienes de su mujer, por lo cual, sus acreedores no podrán perseguir los frutos de esos bienes.

El marido tiene que cumplir las formalidades previas necesarias para el ejercicio de la curaduría, según las reglas generales.(11)

La representación legal de las mujeres casadas no separadas de cuerpos, se rigen según las reglas que gobiernan la incapacidad de mujeres inca-

(11) CFR. GOMEZ, J. José. t. XIV, págs. 630 y S.S.



paces no casadas (menores, mayores y viudas.)

En el caso de maridos incapaces, se aplica el mismo régimen de la mujer casada incapaz, así, el marido incapaz en razón de su menor edad, de una enfermedad mental o sordomudez, se le discierne una curaduría y se llama de preferencia a la mujer a ejercerla pero quedando sujeta a las mismas formalidades a que lo está el marido en relación con los bienes de la mujer incapaz.

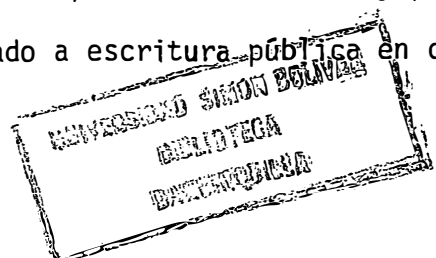
7. DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

La disolución de la sociedad conyugal implica el acontencimiento de un hecho o acto jurídico previsto por el legislador.

Pero el hecho instantáneo de la disolución de la sociedad (así como - la disolución de sociedades comerciales o de la muerte de personas naturales,) no pone fin de pleno derecho a todas las situaciones y relaciones jurídicas existentes el día de la disolución; ellas subsisten - hasta que se les extinga conforme al derecho por los mismos cónyuges o por otras personas que la sustituyan.

La sociedad conyugal se disuelve en todos los casos en que se disuelve el vínculo matrimonial; pero además, existen casos en que la sociedad - se disuelve aunque no se disuelva la sociedad.

La muerte de uno de los cónyuges, la sentencia de divorcio y la nulidad del matrimonio, implican siempre terminación del matrimonio y disolución de la sociedad conyugal. La sociedad conyugal puede disolverse por motivos que no implican la disolución del matrimonio : por la separación judicial de cuerpos, salvo que fundándose en el mutuo consentimiento de los cónyuges, ellos manifiesten su voluntad de mantenerla, lo que es de escasa ocurrencia; por la sentencia de separación de bienes y por mutuo acuerdo de los cónyuges capaces elevado a escritura pública en cu



yo cuerpo se incorporará el inventario de bienes y deudas sociales y liquidación.

7.1 POR SENTENCIA DE SEPARACION DE BIENES

La simple separación de bienes es institución expresamente reglada por el Código Civil que mantiene latente su vigencia en el sistema actual, aunque modalidades distintas.

Según el Art.197 del C.C., " la simple separación de bienes es la que se efectúa sin divorcio, en virtud del decreto judicial y por disposición de la ley."

Concebida en el código como una institución establecida en beneficio de los derechos de la esposa, hoy en día se haya estructurada en un plano de igualdad a la que puede recurrir cualquiera de los cónyuges que demuestre los hechos constitutivos de una de las causales previstas en el Art.21 de la Ley 1a. de 1.9/6.

Proferida la sentencia de separación por el juez competente y una vez ejecutoriada, los cónyuges tendrán que entrar a liquidar la sociedad conyugal por cuanto se ha producido su disolución.

7.2 POR MUTUO ACUERDO EXPRESADO EN FORMA SOLEMNE

Esta causal es novedosa en nuestro derecho. En el C.C. nunca se contempló la posibilidad de que los cónyuges por su libre y mutua voluntad, pudiesen dar por terminada la sociedad conyugal, esto fue primero nove-

dad en el decreto 2820 de 1.974 que la contempló como causal pero de -
orden judicial, luego la Ley 1a de 1.976 la ha considerado simplemente
como de orden convencional.

El legislador dispone que esta causal sólo puede darse entre cónyuges
capaces, es decir, sólo para cónyuges mayores de 18 años y que no se -
hallen en estado de incapacidad es factible recurrir a la separación -
convencional; de lo contrario, cuando se trate de menores adultos, o -
de incapaces por razón de demencia, sordomudez o disipación, debe pro-
ceder a la liquidación judicial.

En consecuencia, el mutuo consenso no puede intentarse como causal de -
disolución de la sociedad conyugal sino por plenamente capaces.

Del acuerdo de disolución debe dejarse constancia en escritura pública
la cual debe registrarse en la Oficina de Instrumentos Públicos y Privados
del lugar donde estén ubicados los bienes muebles cuando los hubie-
re, en el Registro Civil donde esté registrado el matrimonio y en la Cá-
mara de Comercio cuando uno o ambos cónyuges sean comerciantes, en el -
mismo acto de la disolución debe incluirse toda la liquidación.

" Los cónyuges responden solidariamente ante terceros acreedores con tí-
tulo anterior a la escritura de disolución y liquidación de la sociedad
conyugal."

Con este ordenamiento, el legislador ha querido proteger intereses de -
terceros de buena fé; sin embargo, ello es muy relativo pues por el con-
trario, puede ocasionar el detrimento de los intereses del cónyuge ino-
cente en beneficio del cónyuge culpable, porque antes de disolverse la -

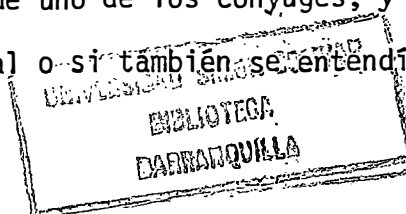
sociedad conyugal las obligaciones contraídas por los esposos son personales y de ello responden individualmente, pero una vez disuelta la sociedad, aunque a uno de los cónyuges se le adjudiquen bienes para que pague las acreencias sociales, ello no ván en perjuicio de la solidaridad que ocasiona la disolución, porque en este supuesto, los acreedores de cualquiera de los cónyuges pueden intentar su reclamación contra cualquiera de ellos, los más probable contra el que posea bienes o ante el cual resulte más fácil solicitar el pago, todo sobre el beneficio de la solidaridad establecida por el legislador.

El legislador extendió el beneficio de la liquidación por mutuo acuerdo a los casos en que los cónyuges hayan obtenido un divorcio o una separación de cuerpos judicialmente declarados, pero que luego optan por la convención para finiquitar sus relaciones patrimoniales derivadas del matrimonio.

Pero este beneficio no se extendió para la terminación de la sociedad conyugal por sentencia de nulidad, caso en el cual la liquidación tendrá que hacerse siempre judicialmente aunque los cónyuges, antes de iniciar la acción respectiva o en el transcurso del proceso, podrán separarse por este medio del mutuo consenso por escritura pública.

7.3 POR DISOLUCION DEL MATRIMONIO

El Art.153 del C.C. contemplaba como única causal que ponía término al matrimonio válidamente contraído la muerte de uno de los cónyuges; y se discutía si sólo se comprendía la muerte real o si también se entendía



la presunta, después de la vigencia de la Ley 1 de 1.976, el divorcio es causa de disolución del matrimonio.

Hoy día la causal comprende a su vez tres situaciones perfectamente definidas : la muerte real o natural; la declaración de muerte presunta y la sentencia de divorcio debidamente ejecutoriada.

7.3.1 MUERTE NATURAL O REAL

El art.94 del C.C. dispone que " la existencia de las personas termina con la muerte."

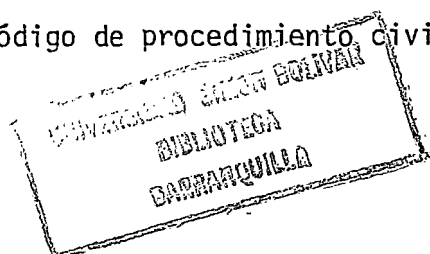
Es obvio que si fallece una persona se termine igualmente su matrimonio y en consecuencia, la sociedad conyugal. Esta sociedad conyugal es un efecto del matrimonio, salvo que se trate de matrimonios en el exterior y en el país donde se celebre no exista sociedad conyugal, desaparecida la causa, el matrimonio, es lógico que desaparezca el efecto, la sociedad conyugal.

7.3.2 DECLARACION DE MUERTE PRESUNTA DE UNO DE LOS CONYUGES

Según el numeral 2 del Art.1820 del C.C., la sociedad conyugal se disolvía " por la presunción de muerte de uno de los cónyuges."

La declaración de muerte presunta en el C.C. era la culminación de un largo proceso que comprendía cuatro etapas muy definidas : mera ausencia, declaración de muerte presunta, posesión provisoria y posesión definitiva.

Este sistema fué derogado por el actual código de procedimiento civil



que vino a simplificar el trámite reduciéndolo prácticamente a dos procesos independientes pero acumulables : el de ausencia y el de muerte presunta.

En lo referente a la aplicación de las normas del C.C. que reglamenta - ba lo referente a esta causal de disolución de la sociedad por muerte - presunta, existía una real contradicción.

Mientras que en la regla 6o del Art.97 se ordenaba que el juez fijaría : como día presuntivo de la muerte el último del primer bienio contado - desde la fecha de las últimas noticias (fecha que se presumía como la de la muerte del desaparecido para todos los efectos legales,) el Art. 99 le concedía al decreto de posesión provisional de los bienes del de saparecido el efecto suficiente para disolver la sociedad conyugal, el cual ocurría dos años después de la fecha de la muerte presunta.

Según esto, ¿ cual era entonces la fecha que debía tenerse como verdadera de la disolución : la de la muerte presunta o la del decreto de posesión provisional?

Este problema vino a solucionarse con la vigencia del Código de Procedimiento Civil que simplifica el procedimiento para decretar la muerte - presunta, pues dispuso en el num.6 del Art.657 : " efectuada la publicación de la sentencia, podrá promoverse por separado el proceso de sucesión del causante y la liquidación de la sociedad conyugal, corresponde al juez fijar la fecha de la muerte que no puede ser otra que el último día del primer bienio contado desde las últimas noticias."

7.3.3 SENTENCIA DE DIVORCIO

En el sistema del C.C. el divorcio sólo ponía fin a la vida en común de los casados más no rompía el vínculo matrimonial.

Hoy día en Colombia a partir de la vigencia de la Ley 1 de 1.976 el divorcio vincular pone fin a los matrimonios civiles, más no cabe en los matrimonios católicos.

Decretado el divorcio por cualquiera de las causales previstas por el legislador en el Art.4o de la ley últimamente citada y en firme la sentencia respectiva, queda disuelta la sociedad conyugal y debe procederse a su liquidación.

7.4 SENTENCIA DE SEPARACION DE CUERPOS

La sociedad conyugal se disolvía por sentencia de separación de cuerpos que el Código denominaba divorcio; en el código se contemplaba la causal bajo los términos de divorcio perpetuo.

La palabra perpetuo fué tomada del derecho chileno sin tener en cuenta que entre nosotros no tenía eficacia esta institución, antes de la vigencia del Concordato de 1.973, los juicios de separación de matrimonios católicos eran de competencia exclusiva de los tribunales eclesiásticos con arreglo a las leyes canónicas; la sentencia que en ellos se dictaba producía plenos efectos civiles.

La copia de la sentencia del juez eclesiástico servía como fundamento para solicitar la liquidación de la sociedad conyugal ante el juez ci -

vil ya que no existía la liquidación por escritura pública. Los juicios de separaciones de cuerpos en matrimonios católicos han pasado a ser competencia de los tribunales superiores de distrito judicial y de los matrimonios civiles, los jueces civiles del circuito.

7.5 DECLARACION DE NULIDAD DEL MATRIMONIO

El numeral 4o. del Art.1820 del C.C. elevaba la declaración de nulidad del matrimonio a la categoría de causal de disolución de la sociedad conyugal, lo cual da a entender que en el matrimonio surge también la sociedad conyugal.

De esto se desprende que la sociedad conyugal se presume existente desde el momento de celebrarse el matrimonio hasta el día en que queda en firme la sentencia que decreta su nulidad.

Para conocer las causas de nulidad del matrimonio en Colombia son competentes los jueces civiles o eclesiásticos; y por la vía canónica ante los jueces eclesiásticos, las causas de nulidad de los matrimonios católicos no obstante, en los casos de nulidad proferidos por los tribunales eclesiásticos, cuando sean " firmes y ejecutivas conforma al derecho canónico serán transmitidas al tribunal superior del distrito judicial territorialmente competente, el cual decretará su ejecución en cuanto a efectos civiles y ordenará su inscripción en el registro civil (12)

(12) Concordato, Art. 7o.

La sentencia de nulidad debidamente ejecutoriada, civil o eclesiástica es entonces la causa de la disolución de la sociedad conyugal a cuya liquidación habrá de procederse.

La Ley 1a de 1.976 ha considerado que cuando la causa de la nulidad es la bigamia, el matrimonio nulo no da origen a la sociedad conyugal por lo que no se disuelve la sociedad conyugal en razón de no haber alcanzado a formarse, en consecuencia, si uno de los cónyuges de buena fé, se casó con quién ya estaba casado tendrá que ser indemnizado, dicha indemnización podrá traducirse en el derecho que tiene el cónyuge de buena fé a que se le dé una participación en la mitad de los bienes hechos durante el matrimonio que se anula por bigamia.

7.6 EFECTOS DE LA DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Efectuada la disolución de las causales previstas en la ley, se dan los siguientes efectos : surge una comunidad de bienes; la comunidad pasa a ser administrada por los comuneros; se consolidan el activo y el pasivo sociales; cesa el derecho del usufructo o de disfrute que tiene la sociedad sobre los bienes propios de los cónyuges; las recompensas se hacen exigibles y se causa el proceso o trámite de la liquidación.

7.6.1 SURGE UNA COMUNIDAD DE BIENES

Disuelta la sociedad conyugal surge de inmediato una comunidad de bienes formada por todos los bienes sociales y en la que son comuneros los cónyuges, cuando la causa de la disolución no sea la muerte real o pre-

sunta, pero si es ésta la causa, los comuneros serán el cónyuge y los herederos del cónyuge fallecido.

En el sistema del Código, los acreedores de la sociedad conyugal podían dirigirse contra el marido para que éste cubriera las obligaciones sociales, ya que respondía frente a terceros aún con sus propios bienes, el marido no podía alegar que hallándose la sociedad en liquidación, su esposa o sus herederos fuesen responsables de las deudas sociales, estando obligado a satisfacerlas en su integridad pero con derechos a repetir contra su esposa, siempre que el pasivo no fuese superior a la mitad de gananciales.

El cónyuge superstite no podía, ni puede enajenar un bien de la sociedad en liquidación.

De procederse a ello, se configuraría una venta de cosa ajena, la enajenación se haría sin perjuicio de los derechos de quién resultase a la postre el verdadero titular o de terceras de buena fé, los acreedores pueden demandar la efectividad de sus derechos o créditos de la sociedad conyugal en liquidación, representada por cualquiera de los cónyuges o por los herederos del cónyuge fallecido, puesto que siendo deuda social, la sociedad está obligada a responder por ella.

7.6.2 COMUNIDAD PASA A SER ADMINISTRADA POR LOS COMUNEROS

" Todo el haber patrimonial adquirido dentro del matrimonio por uno de los cónyuges, ha sostenido la Corte, pertenece directamente a quién lo adquirió con las consiguientes facultades de libre administración y dis

posición que son inherentes al dominio; pero no de un modo puro y simple sino limitado en cuanto al tiempo, por el hecho condicional de la disolución del matrimonio, o alguno de los eventos que de acuerdo con la ley determinan la liquidación definitiva de la sociedad, la cual pasa entonces del estado potencial o de latencia en que se hallaba al de una realidad jurídica incontrovertible, para recibir dentro de su propio patrimonio aquellos bienes y hacerlos así objeto de las consiguientes distribuciones y adjudicación entre los mismos cónyuges o entre quienes legítimamente representen sus derechos.

Pero como el concepto jurídico de patrimonio comprende todos los bienes corporales e incorporeales, es claro entonces que a ese haber social deben ingresar no solamente los primeros, sino también los derechos y acciones que cada cónyuge que forman entre los segundos.(13)

Pero disuelta la sociedad conyugal por muerte de uno de los cónyuges, - dice la Corte Suprema, mientras la comunidad esté ilíquida, " los representantes de ella," son dos : los herederos universales del finado, si los hubiere, y la cónyuge sobreviviente, por lo tanto, para ejercitar una acción indivisible que compete a dicha entidad, es preciso que obren todos de consumo, pués no podría promoverlo uno solo sin el concurso de otros u otros, mientras no se le hubiera adjudicado ese derecho."(14)

Pero entiéndase " que la sociedad conyugal disuelta por la muerte de uno de los cónyuges es una comunidad universal cuyos partícipes son : el

(13) Corte Suprema de Justicia, cas. del 7 de Sept., 1.953, pág. 277

(14) Corte Suprema de Justicia, cas. del 12 de Jun. 1.928, pág. 322

cónyuge y los herederos del difunto.

Es verdad que la comunidad singular o universal no es persona jurídica y carece por lo tanto de capacidad para ser parte en juicio, según lo ha declarado la Corte." (15)

En caso de que la causa de un negocio o acto jurídico se haya efectuado por un cónyuge en vida, pero que luego fallece quedando obligaciones a su favor, pueden ellas extinguirse por el cónyuge sobreviviente o herederos.

7.6.3 SE CONSOLIDAN EL ACTIVO Y PASIVOS SOCIALES

En el instante en que ocurre el hecho de la disolución se consolida con respecto a ambos cónyuges el activo social que será la base para proceder a la confección del inventario en el proceso de liquidación.

Cuando la sociedad se disuelve por muerte de los cónyuges, la consolidación del haber o activo social es simultánea con la consolidación del haber o activo sucesoral, el haber o activo social consolidado estará compuesto por los bienes sociales que se hallen bajo la titularidad de uno y otro cónyuge, y el activo sucesoral estará formado por los bienes propios del cónyuge fallecido.

A semejanza del activo, el pasivo social también se consolida por el hecho de la disolución.

Formarán parte de ese pasivo todas las obligaciones que figuren en cabeza de los cónyuges al disolverse la sociedad, se relacionarán luego en

(15) Cas.del 15 de Sept. de 1.954, "G.I." Pág.606

los inventarios por el valor que tuvieran en tal época.

7.6.4 CESA EL DERECHO DE DISFRUTE QUE TIENE LA SOCIEDAD SOBRE LOS BIENES PROPIOS DE LOS CONYUGES

Ocurrida la disolución, cesa la causa jurídica que concede a la sociedad el disfrute de los bienes propios de los cónyuges.

Consecuentemente los frutos de los bienes sociales, no importa si son naturales o civiles, acrecerán al haber propio del cónyuge, así mismo, los frutos provenientes de los bienes sociales acrecerán a la comunidad social mientras se termina la liquidación.

7.6.5 SE HACEN EXIGIBLES LAS RECOMPENSAS

El Art.1826 del C.C. establece que " cada cónyuge por sí o por sus herederos, tendrá derecho a sacar de la masa las especies o cuerpos ciertos que le pertenezcan y los precios, saldos y recompensas que constituyan el resto de su haber."

7.6.6 SE CAUSA LA LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

En el caso de la disolución por mutuo acuerdo, ellas ocurren simultáneamente.

8. LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

La liquidación comprende un proceso, una serie concatenada de actos - con los cuales se pretende darle a los cónyuges lo que les corresponda conforme a la ley, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena - fé.

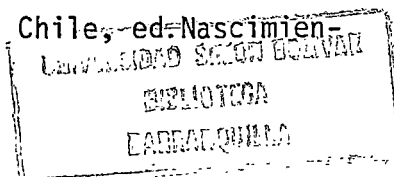
Es decir, la realización de las operaciones jurídicas indispensables para destinar los bienes necesarios con el fin de cubrir el pasivo social reconoce las recompensas, distribuir los gananciales y adjudicar los - bienes por tales conceptos.

Para Somarriva, la liquidación de la sociedad conyugal consiste en el - conjunto de operaciones que tiene por objeto " establecer si existen o nó gananciales, y en caso afirmativo partirlos por la mitad entre los - cónyuges, reintegrar las recompensas que la sociedad adeude a los cónyuges o que éstos adeuden a la sociedad y reglamentar el pasivo de la sociedad conyugal.(16)

8.1 DETERMINACION DE LA MASA DE GANANCIALES OBJETO DE REPARTO

Inventariados y valuados los bienes de los cónyuges y hecha la descri-

(16) SOMARRIVA, Manuel. Derecho de Familia, Sant. de Chile, ed. Nascimento, 1.946, pág.287



minación de los que tienen la calidad de gananciales, tenemos el activo bruto del haber social.

El mismo inventario debe dar a conocer el estado del pasivo frente a terceros, el activo obtenido puede ser objeto de deducciones o de agregaciones, en general, la necesidad de pagar las deudas sociales y otros gastos ocasionados por la disolución de la sociedad, produce una disminución del activo.

También es posible que el haber social sea deudor del patrimonio particular de uno de los cónyuges de alguna indemnización o recompensa.

En cambio las agregaciones (acumulaciones imaginarias,) que es necesario hacer al activo social provienen de recompensas que le son debidas por los patrimonios no gananciales.

8.2 DEDUCCIONES AL HABER SOCIAL EN RAZON DE PAGO DE DEUDAS SOCIALES

El Art.4o. de la Ley 28 de 1.932 ordena que en caso de liquidación de la sociedad conyugal " se deducirá de la masa social o de lo que cada cónyuge administre separadamente, el pasivo respectivo."

Esta proposición del Art.4o. ha ocasionado dificultades de interpretación la cual se debe a que el legislador no se representó con exactitud las diferentes hipótesis que pueden ocurrir al respecto.

Al disolverse la sociedad, cada cónyuge puede tener frente a terceros, deudas sociales o deudas no sociales, la expresión pasivo empleada en el Art.4o, se refiere a ambas clases de deudas.

En cuanto a las deudas sociales, en principio y sólo para efectos de la liquidación, deben deducirse de la masa de gananciales y no de los bienes de los cónyuges que no obedecen a dicho concepto.

Sin embargo, tal principio no es oponible a los acreedores, es decir, - tanto los gananciales como los no gananciales, lo que indicará que el haber social tendrá que indemnizar al cónyuge.

Las deudas no sociales deben deducirse del haber no ganancial del cónyuge deudor; y si se pagan con bienes del haber social, éste tendrá derecho a una recompensa.

La ley no exige que las deudas sociales o las no sociales, deben cancelarse para poder hacer la liquidación y partición.

En este caso, debe formarse un lote o hijuela suficiente de bienes para pagarlos o adjudicarse entre los cónyuges, o entre el superstite y los herederos del muerto.

8.3 DEDUCCIONES AL HABER SOCIAL EN RAZON DE RECOMPENSAS

El Art.1826 del C.C. preveía dos clases de deducciones a que tenía derecho a hacer cada cónyuge : en primer lugar, las especies o cuerpos ciertos que le pertenecieran, y en segundo lugar, los precios, saldos y recompensas que constituyeran el resto de su haber.

Por otra parte, el Art.1829 ordenaba que la mujer tenía derecho a hacer las mencionadas deducciones antes que el marido, dichos textos legales se referían al sistema único de administración de todos los bienes por parte del marido; justamente, al disolverse la sociedad aparecía una ma

sa única de la cual, la mujer debía deducir o sacar los bienes de su - exclusiva propiedad en primer lugar; y en segundo término, el marido - hacía lo mismo con sus bienes no gananciales.

En esta forma, los bienes restantes que no eran objeto de deducciones, formaban la masa de gananciales; todavía a esta masa era necesario hacer una segunda clase de deducciones; la de las recompensas o indemnizaciones que tenían derecho a reclamar los cónyuges.

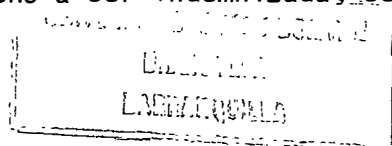
Pero a partir del 1 de Enero de 1.933, cada cónyuge administraba separadamente sus bienes; en vez de una masa única, existen dos. Del patrimonio de cada cónyuge se extraen los bienes gananciales y se suman para formar la masa común ganancial, por lo tanto, hoy en día no cabe hablar de deducciones de especies o cuerpos ciertos de una masa única, sino más bien de suma de los bienes sociales de cada cónyuge.

Esto está expresado claramente por el Art.4o. de la Ley 28 de 1.932, en consecuencia, cuando dicho texto se refiere a las " deducciones de que habla el mismo código," sólo quiere tener en cuenta las consistentes en recompensas, no la de cuerpos ciertos.

La deducción por recompensa o indemnizaciones son verdaderos créditos - en favor del cónyuge acreedor que la ley ordena pagar previamente para establecer la masa líquida común que será objeto de reparto.

8.4 COLACION (ACUMULACION IMAGINARIA) DE LAS RECOMPENSAS DEBIDAS A - LA COMUNIDAD

Si es la masa de gananciales la que tiene derecho a ser indemnizada, se



rá necesario según el Art.1825 del C.C., acumular imaginariamente al haber social." todo aquello que los cónyuges sean respectivamente deudores de la sociedad, por vía de recompensa o indemnización."

Esta acumulación imaginaria al haber social persigue esencialmente la reconstrucción del activo social, tal como se encontraría si el cónyuge deudor no hubiera sacado dineros sociales para beneficiar sus bienes gananciales, y pagar deudas personales, etc.

Hecha la acumulación imaginaria, tenemos ya la masa de gananciales que es necesario partir en dos lotes : uno para el marido y otro para la mujer o sus herederos.

Al cónyuge no deudor de la recompensa o a sus herederos, se les adjudica la mitad del activo social; al cónyuge deudor o sus herederos, se les adjudica la otra mitad, así : al declararse en paz con la sociedad, recibe el valor de la recompensa que debía y en efectivo el saldo que quede de los gananciales.

8.5 LIQUIDACION EN CASO DE MUERTE DE UNO DE LOS CONYUGES

" La sociedad conyugal disuelta por el fallecimiento de uno de los cónyuges entra en liquidación, convirtiéndose en cuanto a los bienes una comunidad.

Es en el juicio de sucesión del cónyuge fallecido dentro del cual se procede, en primer término a liquidar tal sociedad para saber que bienes pasan al patrimonio exclusivo del cónyuge muerto, representado por sus herederos legatarios y cuales al superstite."(17)

(17) Corte Suprema de Justicia, cas. del 9 de Abril de 1949, pág. 676

"Disuelta la sociedad conyugal, sostiene la Corte, es preciso liquidar la hacienda el inventario y tasación de todos los bienes que ella usufructuaba o de que era responsable; y es entonces cuando cada cónyuge por sí mismo o por sus herederos, puede sacar de la masa de bienes las especies que le pertenezcan y los precios, saldos y recompensas que le daba la sociedad conyugal.

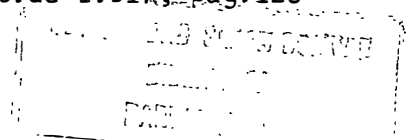
Hechas tales deducciones, el residuo se divide por mitad entre los cónyuges y si la disolución proviene del fallecimiento de uno de ellos, por mitad entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del otro, los bienes que al cónyuge muerto pertenecen se dividen entre los herederos mediante el respectivo rigor del inventario y partición.

Hay pues, en rigor dos particiones sucesivas, pudiendo procederse en el mismo juicio de sucesión a la separación de los patrimonios de los cónyuges." (18)

" Por razón de ser la muerte de uno de los cónyuges la causal de disolución, deben aplicarse en lo pertinente las reglas del Art.1016, Ord.lo. y 1390, en cuanto a los gastos comunes del juicio sucesorio a través del cual se liquidan y dividen las dos comunidades, o sea, la sociedad conyugal disuelta y la herencia, y en consecuencia, tales gastos deben distribuirse a prorrata del valor de los respectivos caudales sociales y hereditarios.

Esta doctrina fluye de la aplicación de las disposiciones citadas y de los propios principios de equidad, porque los gastos comunes de la liquidación y división de ambas comunidades aprovechan tanto el cónyuge

(18)Corte Suprema de Justicia, Cas.del 4 de Agost.de 1.917, pág.126



sobreviviente como a los herederos del finado." (19)

8.6 PARTICION Y ADJUDICACION DE LA MASA DE GANANCIALES

Según el Art.1832 del C.C.," la división de los bienes sociales se sujeta a las reglas dadas para la partición de los bienes hereditarios."

Estas reglas las enuncian los Arts. 1374 y siguientes del C.C. Esencialmente la división o partición de los bienes sociales o gananciales, consiste en formar dos lotes iguales con la masa de gananciales después de hechas las deducciones y agregaciones pertinentes.

Si los cónyuges o el superstite y los herederos del muerto, no se ponen de acuerdo acerca de la formación de los lotes, podrán nombrar un partidor para que haga la partición.

Si todos los futuros adjudicatarios de los gananciales fueren capaces, podrán libremente nombrar el partidor; si alguno fuere incapaz, el nombramiento debe ser aprobado por el juez.

Formados los dos lotes de que hablamos, se adjudica uno al marido y otro a la mujer o al superstite y a los herederos del muerto.

En general, la partición y adjudicación de la masa de gananciales produce los mismos efectos que la partición y adjudicación de las herencias. Por lo tanto, A. si uno de los bienes adjudicados es reivindicado por un tercero que alega su dominio u otro derecho real sobre él, el adjudicatario tiene derecho a ser saneado por evicción; b. si hubo error y o-

(19)Caso del 21 de Octubre de 1.954, "G.J.," Pág.904

tro vicio del consentimiento en la partición, puede solicitarse la nulidad de la misma manera que puede pedirse en la partición de herencias; igualmente puede pedirse la nulidad por incapacidad de alguno de los futuros adjudicatarios; es viable la acción de lesión enorme, acción que puede ejercer quién ha sido perjudicado en más de la mitad de su cuota.

8.7 RENUNCIA DE GANANCIALES

Según el sistema tipificado en el Art.1775 del C.C., sólo la mujer podía renunciar a los gananciales provenientes de la administración del marido.

Dentro del nuevo régimen de bienes en el matrimonio, algunos autores estiman que la facultad de renunciar a los gananciales corresponde a los dos cónyuges (es la opinión más acertada.)

Como ya se dijo, los gananciales están formados por los bienes sociales que cada cónyuge adquiere, no hay razón de orden público que impida aceptar que el marido renuncie a los gananciales derivados de la administración de la mujer y a ésta hacer lo mismo en cuanto a los gananciales adquiridos por el marido.

La renuncia puede hacerla uno de los cónyuges o los dos, sin embargo, no debe desconocerse que la renuncia de gananciales, hecha después de disuelta la sociedad conyugal, puede causar perjuicios a los acreedores del cónyuge renunciante.

Además, la renuncia de los gananciales derivados de la propia adminis -

tración, según algunos autores, equivale a una donación y debe sujetarse a las normas que la rigen.

Desde luego que no tiene validez la renuncia que llegue a hacerse durante la existencia de la sociedad.

La renuncia anterior al matrimonio se hace en capitulaciones matrimoniales y la que se hace después de disuelta es consensual. La renuncia de gananciales una vez hecha, adquiere carácter irrevocable, pero como todo acto jurídico, es rescindible por error, fuerza o dolo.

El legislador colombiano expresamente autoriza a los cónyuges para renunciar a los gananciales; esto que era lógico en el sistema del código en donde tal derecho estaba reservado a la esposa, no parece hoy tan claro ante la igualdad jurídica de los esposos, quienes gozan de las mismas oportunidades para hacer uso del derecho a la renuncia.

En el sistema del Código Civil, la renuncia de los gananciales era un derecho reservado a la mujer.

El capítulo VI del libro 4o. del título XXII se intitulaba : " De la renuncia de los gananciales, hecha por parte de la mujer, después de la disolución de la sociedad."

Por su parte, el Art.1775 del código establecía que " la mujer, no obstante la sociedad conyugal, podrá renunciar a su derecho a los gananciales que resulten de la administración del marido con tal que haga esta renuncia antes del matrimonio o después de la disolución de la sociedad conyugal."

Excepcionalmente, la renuncia de los gananciales podía no corresponder

a la esposa; era el caso en el cual se confería el derecho de renuncia a los herederos de la esposa.

Cuando el cónyuge era menor de edad, requería licencia judicial para la renuncia, el Art.61 del Dec.2820 de 1.974 vino a reformar el articulado del código sobre este aspecto; ya implícitamente la Ley 28 de 1.932 había modificado lo relativo a la renuncia de los gananciales extendiendo el derecho al esposo, en efecto dispone la norma : " cualquiera de los cónyuges, siempre que sea capaz, podrá renunciar a los gananciales que resulten a la disolución de la sociedad conyugal sin perjuicio de terceros."

Para el caso en que los herederos o el cónyuge sean incapaces, se requiere la autorización judicial.

Realmente, la reforma del Dec.2820 de 1.974 consistió fundamentalmente en colocar en un plano de igualdad a ambos cónyuges, en cuanto a la renuncia de gananciales. Sin embargo, parece que se ha incurrido en un error de apreciación en la manera como está prevista la reglamentación íntegra de la renuncia de los gananciales; porque ¿ que ocurriría si ambos cónyuges renunciasen a tal derecho? ¿ A quién irían los bienes o las obligaciones provenientes de la renuncia?

Es importante tener en cuenta que la renuncia era justificable en el sistema del C.C., donde el responsable de toda la gestión social era el esposo, motivo por el cual la esposa podía renunciar a sus derechos, lo que en último venía a favorecer o perjudicar a su esposo, quién era responsable ante terceros del pasivo, y a su vez, ello era explicable en -

razón de que la esposa no tenía injerencia en la administración; por tal motivo podía renunciar a los gananciales.

No le era permitido al esposo porque él siempre sería responsable en mayor o menor grado de su gestión. Pero en el sistema vigente, donde ambos cónyuges son responsables de la administración, no debería permitirse la renuncia sino después de terminada la liquidación.

El Art.1838 redactado bajo el criterio del código, puede entenderse hoy día aplicable a ambos cónyuges; en él se comprenden dos cosas muy distintas en relación a las condiciones de la renuncia :

1. La renuncia sólo es procedente por cualquiera de los cónyuges cuando se haga con posterioridad a la disolución de la sociedad conyugal, una vez terminada la liquidación, pero siempre y cuando no haya entrado a su poder ninguna parte del haber social a título de gananciales.

Este ordenamiento del régimen vigente también es criticable, por cuanto la norma fué concebida para el sistema anterior, lo que hacía presumir que la mujer, salvo casos de excepción, nunca tenía en su poder bienes sociales; más hoy en día, como la administración es dual, debe entenderse que con la norma sólo puede cobijarse al cónyuge que renuncia a gananciales provenientes de bienes sociales que no han sido administrados por él y que no se hallan en su poder.

También es procedente la renuncia cuando previa al matrimonio, se haga en capitulaciones matrimoniales.

2. La renuncia es irrevocable por disposición de la ley, quiere ello decir que cualquiera de los cónyuges que renuncia a los gananciales

ya sea por capitulaciones matrimoniales, o por otro acto posterior a la disolución, no puede retractarse.

Pero como la misma ley lo dice, la renuncia puede rescindirse si se prueba que el cónyuge renunciante o sus herederos fueron inducidos a ella por error o dolo. Pero, la renuncia a los gananciales no implica la de los otros derechos que tenga el renunciante en la sociedad a título de recompensas.

De acuerdo con el régimen vigente, sólo dos oportunidades tienen los cónyuges para renunciar a sus gananciales y son las siguientes :

- a. Antes de celebrarse el matrimonio, tal como lo dispone el Art.61 del Dec.2820 de 1.974
- b. Después de disuelta esta oportunidad, aunque muy clara en el sistema del código no lo es en el régimen actual.

9. REGIMEN DE BIENES DE LOS CONCUBINOS

Además de la familia legítima, cuya fuente es el matrimonio, existe la familia extramatrimonial que surge de la unión, sin vínculo matrimonial entre un hombre y una mujer que se comportan ante los demás como esposos, fenómeno que por cierto es frecuente.

Tanto en las uniones matrimoniales como las que se forman al margen del matrimonio, suelen cumplirse unos fines : procreación de hijos, sustentación de éstos, fidelidad mutua, obligación de socorro y ayuda, etc., la unión de un hombre con una mujer sin vínculo matrimonial se llama " concubinato," y el hombre y la mujer que la forman, " concubinos."

El concubinato supone una unión estable y no transitoria, aunque su perduración no indica que los concubinos deban vivir necesariamente en ese estado toda la vida; pero sí se exige la formación de un hogar, es decir, la comunidad de habitación, a fin de dar ciertos caracteres de publicidad y notoriedad al concubinato y distinguirlo de la simple unión libre o unión transitoria.

Cuando un hombre y una mujer realizan comercio sexual sin comunidad de habitación o en forma muy transitoria, no hay concubinato, sino la mera unión libre.

La existencia de estas uniones extraa legales constituye un hecho social

que se ha observado en todos los países y en todas las épocas, de ahí que el legislador que quiera interpretar fielmente los datos que le suministra la realidad social, debe reglamentar los efectos que produce.

Los romanos consideraron el concubinato como un matrimonio de orden inferior y la comunidad de vida entre hombre y mujer les mereció respeto aunque la mujer no tenía la calidad de uxor, ni compartía judicialmente el rango y posición social del marido.

Esta concepción del derecho romano cambió fundamentalmente con el surgimiento del cristianismo, ya que para éste el concubinato es apenas - un hecho inmoral y censurable, además, el derecho canónico lo considera sólo como la unión de un hombre y una mujer solteros, es decir, de personas que libremente pueden casarse.

Esta tesis sostenida por el cristianismo ha sufrido rectificaciones fundamentales en los últimos tiempos, pues se sostiene que el concubinato no debe carecer de todo efecto jurídico, ya que ello equivaldría a sostener la irresponsabilidad total de los concubinos entre sí y para con los hijos.

9.1 SITUACION DEL CONCUBINATO EN COLOMBIA

El concubinato en Colombia no está reglamentado por la ley; nuestro legislador reconoce ciertos derechos a los concubinos en casos especiales particularmente relacionados con situaciones de orden laboral.

Así el Art.55 de la Ley 90 de 1.946 le reconoce pensión por muerte a la

a la mujer con quién el asegurado haya hecho vida marital durante tres años inmediatamente anteriores a su muerte, o con la que haya tenido hijos; pero se le reconoce a condición de que hayan permanecido solteros durante el concubinato; si son varias las mujeres que concurren en estas circunstancias, sólo tendrán un derecho proporcional las que tuvieran hijos del difunto.

Así mismo, nuestra ley social protege con los servicios de maternidad a la mujer con quién se está haciendo vida marital bajo el mismo techo siempre que hayan permanecido solteros durante la vida extramatrimonial y que la compañera esté inscrita en los registros del seguro.

En el campo del derecho agrario también existen normas que favorecen económicamente a la concubina.

El Art.33 de la Ley 4a de 1.973, dispone que las propiedades que adquiera el INCORA sólo pueden dedicarse entre otros fines, a unidades agrícolas familiares.

9.1.1 EL CONCUBINATO EN COLOMBIA ANTES DE LA EXPEDICION DE LA LEY 45 - DE 1.936

La concepción del concubinato no punible fué tomada en cuenta por el C. C., pues el primitivo Art.329 advirtió que se tendrá por concubina de un hombre a " la mujer que vive públicamente con él, como si fueran casados, siempre que uno y otro sean solteros o viudos."

El Art.52 primitivo consideró como punibles también las uniones de hombre y mujer que implicaban la comisión del delito de incesto. Hasta la

expedición de la Ley 45 de 1.936 se les denominó a las uniones punibles, especialmente las establecidas entre mujeres casadas y hombres diferentes de sus maridos, o entre maridos y mujeres diferentes a sus esposas, o entre hombres y mujeres que no podían casarse entre sí por razón de vínculos de parentesco, "ayuntamientos dañados y punibles," denominación que se les dió por considerarse que su establecimiento implicaba la comisión de un ilícito punible por la ley penal, pues las unas constituían adulterio y las otras incestos.

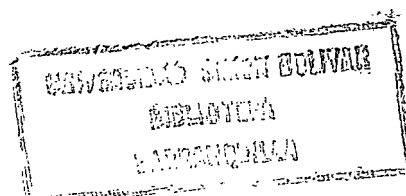
De donde se deduce que dentro del régimen del código, existían dos clases de concubinatos : los no punibles o concubinatos perfectos, y los punibles, o sea los dañados y punibles o concubinatos imperfectos.

9.1.2 EL CONCUBINATO A PARTIR DE LA LEY 45 DE 1.936

Esta ley suprimió la clasificación de los concubinatos en punibles y no punibles.

Para el derecho positivo actual, el concubinato es toda unión estable de hombre y mujer, sin distinguir el estado personal de quienes establecen la comunidad; y concubinos son el hombre y la mujer que de hecho hacen vida marital sin estar unidos por el vínculo matrimonial.

La comunidad de vida o comunidad de vida doméstica, en general es de naturaleza análoga a la que resulta del matrimonio; se diferencian en que una es de hecho, o sea, sin vínculo matrimonial y la segunda, es la amparada por el matrimonio.



Los elementos esenciales del concubinato son los siguientes :

1. La unión de hecho entre hombre y mujer con fines de orden sexual - no tienen cabida dentro de esa concepción, las posibles uniones cuya finalidad no sean las relaciones sexuales.
2. El concubinato no exige que los concubinos puedan casarse entre sí precisamente muchos de los concubinos que se establecen en Colombia obedecen al fracaso de la vida conyugal o la mujer y a la necesidad que tiene alguno de ellos, o ambos, de crear una comunidad doméstica con hombre o mujer diferentes a sus cónyuges.
3. El concubinato exige la mutua fidelidad de los concubinos, especialmente de la concubina.
4. Se requiere que la unión sea estable, sin exigirse que exista residencia independiente de la de alguno de los concubitos.

9.2 REGIMEN DE LOS BIENES EN EL CONCUBINATO

Con respecto a la situación económica entre los concubinos, se puede dar, según reiterada jurisprudencia tres situaciones :

1. Contrato de trabajo
2. Sociedad de hecho.
3. Enriquecimiento sin causa .

9.2.1 CONTRATO DE TRABAJO

En este caso será imperioso concretar si ha existido realmente un contrato de trabajo que se ha roto simultáneamente con el concubinato o no

ha existido; si se llega a la conclusión positiva, la concubina sólo - podrá exigir el pago de los salarios debidos, así como de las demás - prestaciones sociales a que tuviere derecho.

Si resulta que no sólo se dá el concubinato, sino que existe algo más, entonces, además de tales prestaciones tendrá los derechos que la ley reconozca para el caso de la sociedad de hecho.

Sobre el tema ha sostenido la Corte : " El contrato de trabajo difiere de las relaciones sexuales extralegales por todos los aspectos, entre - los cuales deben destacarse los de que en estos ni se prestan servicios de carácter laboral, no existe subordinación jurídica, ni hay remunera - ción de índole asalariado.

Cualquier elemento de los indicados que aparentemente pueda presentar - se, sería de naturaleza extraña al contenido económico social de la re - lación de trabajo y ajeno a la protección característica de la legisla - ción especial, sin embargo, no puede significar lo anterior, en térmi - nos absolutos, que el concubinato entre la trabajadora y uno de los so - cios de una sociedad de hecho o de cualquier otra clase, se oponga nece - sariamente a la existencia de un contrato de trabajo entre aquella y la sociedad.

Porque es obvio que la concubina bien puede prestar servicios laborales a la persona jurídica o a la sociedad de hecho, y nada autorizaría para que ésta se aprovechara gratuitamente de ellos, y se enriqueciera sin - causa, con la sola consideración del concubinato de la trabajadora de - uno de los socios.

La distinción debe plantearse con toda la nitidez para no desamparar lo propiamente laboral en lo que corresponda y para no proteger el concubinato como si fuera contrato de trabajo, confundiéndolos." (20)

"Se puede admitir en principio que la relación entre concubinos no es de trabajo, pero no es aceptable la tesis de que aquella sea opuesta a éste, o que la relación concubinaria excluya la de trabajo dependiente.

"Por último, debe observarse que la tesis del tribunal no es la de que entre concubinos no pueda darse el contrato de trabajo, como lo sugiere el recurrente, sino la de que en el supuesto de haberse probado el servicio personal, no fué independiente de la relación sexual entramatrimonial entre los litigantes.

En concepto de la sala, si la concubina presenta servicios personales en beneficio del hombre con quién vive, ese hecho no impide el nacimiento del contrato laboral.

En tal hipótesis, objeto de la convención es el trabajo personal, respecto del cual el trato sexual es extraño e independiente y por lo tanto, sin incidencia en el derecho social, pero como es obvio, es preciso demostrar que el servicio personal no se prestó en consideración a la vinculación concubinaria, extremo que no ha tenido comprobación en este proceso."(21)

La situación de los concubinos frente a la ley laboral es quizás uno de los aspectos más interesantes que nos revelan como las recientes leyes

(20) Corte Sup. de Justicia, cas. del 28 de Oct. de 1949, tomado de Gloria Estrada y Carlos Indalusa, Algunas Consideraciones sobre el

(21) Concubinato en C/bia, Lib. Jurídica, Wilches, 1978, pág. 134.
Corte Sup. de Justicia, cas. del 21 de Feb. de 1.963 "G.J." pág. 639

de protección familiar han ido introduciendo a los concubinos dentro del marco de la familia.

En efecto, las clases asalariadas (obreros y demás empleados en general,) han luchado desde hace unas tres décadas para que las prestaciones sociales a que tienen derecho, pertenezcan no sólo al marido o a la mujer, sino también a la concubina o compañera permanente.

El Art.54 de la Ly 90 de 1.946 orgánica de la seguridad social en Colombia, estatuye que en caso de muerte producida por accidente de trabajo o enfermedad profesional, la viuda siempre, y el viudo inválido tendrán derecho a una pensión de jubilación equivalente al 25% del salario base y el 30% si fueren inválidos.

El art. 55 de la misma ley añade : " a falta de viuda, será tenida como tal la mujer con quién el asegurado haya hecho vida marital durante los tres años inmediatamente anteriores a su muerte, o con la que haya tenido hijos, siempre que ambos hayan permanecido solteros durante el concubinato; si en varias mujeres concurren estas circunstancias, sólo tendrá un derecho proporcional a las que tuvieron hijos del difunto."

Se estima que esta ley ha constituido un avance revolucionario por consultar elementales dictados de equidad.

Se critica a la ley el hecho de que haya exigido el concubinato perfecto, o sea, que los concubinos libremente pudieran casarse entre sí, es decir, si el concubino era casado y separado de su mujer legítima, carece de todo derecho la concubina; lo mismo si se encontraba vigente un vínculo matrimonial en la concubina.

El Art.42 del Dec.1848 de 1.948, estatuye que la entidad de previsión social a la cual está afiliado el empleado oficial, " suministrará también asistencia médica por la maternidad a la esposa o compañera permanente del afiliado, lo mismo que asistencia pediátrica a los hijos de éstos, hasta los seis (6) meses de edad mediante el pago de tarifas económicas especiales."

Aquí ya no existe el concubinato perfecto; puede tratarse de un marido separado de su legítima mujer y que había establecido una relación concubinatoria.

Posteriormente por el Art.1 de la Ley 12 de 1.975, fué estatuido : " el cónyuge superstite o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, y sus hijos inválidos o menores, tendrán derecho a la pensión de jubilación del otro cónyuge si éste falleciere antes de cumplir la edad cronológica para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella por la ley o en convenciones colectivas."

Todas estas prestaciones se encuentran organizadas a favor de la concubina, no a favor del concubino. Antes de expedirse el Dec.2820 de 1.974 se estimaba en Colombia que era la mujer la que merecía protección legal, no así el hombre, pero al igualarse los derechos civiles de hombres y mujeres, no se justifica que se establezcan derechos de protección a favor de la concubina y se deje en desamparo a los concubinos. Por otra parte, hoy en día la mujer también trabaja y tiene las prestaciones sociales que tiene el hombre.

9.2.2 SOCIEDAD DE HECHO

Sostiene la Corte " que hay casos en los cuales dada la relación comercial que surge entre los concubinos, paralela al concubinato se da una verdadera sociedad de hecho entre ellos, lo que ocasiona que cuando se rompa esa sociedad, el cónyuge perjudicado o al que asista el derecho puede intentar contra el otro la reclamación tendiente a que se le reconozca la cuota de bienes que le corresponde en la sociedad, y tiene en este sentido la actio pro socio."

La Corte ha dicho sobre este tema : " fué pues así como la doctrina en punto de relaciones económicas o patrimoniales de los concubinos, comenzó a mostrarse accesible al reconocimiento de ciertos derechos que se vinculan y nacen del concubinato; se abrió la puerta inicialmente a la actio in rem verso, en beneficio del concubino que ha colaborado con el otro en sus empresas; y luego para la partición de los bienes adquiridos en común y la repartición de los beneficios, se consagró la actio pro socio.

"La legislación colombiana no regula positivamente las relaciones económico - jurídicas nacidas del concubinato.

Inicialmente tampoco lo hizo la Jurisprudencia de la Corte, quizá por considerar que no podía reconocerse a éste efectos semejantes a los reconocidos legalmente al matrimonio, pero a partir del año de 1.935 (Sentencia del 30 de Noviembre,) fundada en los postulados de la equidad consideró la Corte que bien posible es reconocer la existencia de una sociedad de hecho entre concubinos."

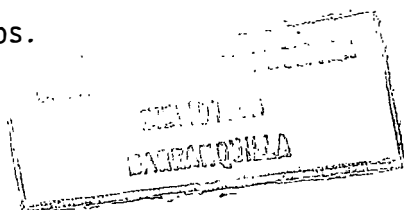
Para ello comenzó a recordar que las llamadas sociedades de hecho son de dos clases : las que se forman en virtud de un consentimiento expreso y que por omisión de las solemnidades legales propias no alcanza la categoría de las de derecho; y las que se originan en la colaboración de dos o más personas en una misma explotación y resultan de una serie de operaciones que efectúan en común y de las cuales se induce el consentimiento implícito.

Dada la naturaleza de esta segunda clase de sociedades de hecho, la jurisprudencia consagró la posibilidad de encontrar la constituida entre los sujetos relacionados entre sí por la unión libre.

"De acuerdo con la doctrina de la Corte, para el reconocimiento jurídico de una sociedad de hecho entre concubinos es indispensable que aparezcan los elementos propios del contrato en general, lo que corresponde específicamente al de sociedad y además, los que exige la sociedad celebrada por dos sujetos unidos por relaciones sexuales estables y notorias.

Y así, es preciso que los constituyentes sean legalmente capaces, que presten su conocimiento, que los mueva una causa lícita y que su voluntad recaiga sobre un objeto lícito; y es menester, además, que los asociados hagan aportes, que persigan beneficios, que ostentes affectio societatis e intención de repartirse las ganancias o las pérdidas que resulten de la especulación."

"No son suficientes sin embargo, los anteriores presupuestos para reconocer una sociedad de hecho entre concubinos.



A ellos jurisprudencialmente se han agregado los siguientes : a. que se trata de la actividad de esas dos personas en una actividad común, cuyo fin no sea fomentar el concubinato, b. y que esa común explotación de una empresa por los amantes aparezca nítidamente como tal, y no se presente como un aspecto de la común vivencia extendida al manejo de los bienes suyos." (22)

La Corte Suprema de Justicia ha sostenido que cuando no es posible recurrir a otra vía judicial para reclamar los derechos que tenga un concubino con respecto al otro y razón con bienes logrados por esa vía marital, cabe en última la actio in rem verso.

En muchos casos y en especial cuando el concubinato ha durado un tiempo considerable, es muy factible que mediante el trabajo o la industria de los concubinos, se forme un patrimonio, el cual por tener su fuente en el concubinato y por haberse formado durante su existencia, lógicamente se debe a la vida en común de los concubinos y al trabajo e industria de cada uno de ellos.

Y esto porque entre concubinos suele formarse una sociedad de hecho muy semejante a la sociedad que se constituye entre cónyuges, así lo ha reconocido la Jurisprudencia Colombiana al decir que el estado de concubinato puede dar origen a una sociedad de hecho de bienes, sociedad que algún día es preciso liquidar y cuyo activo deberá repartirse sobre los concubinos.

(22)ZULUAGA GIRALDO, Germán. Jurisprudencia Civil, ed.Tiempos Duros, 1.976, pág.40

9.2.2.1 PRUEBA DE LA SOCIEDAD CONCUBINATORIA

Todos los medios probatorios son admisibles para acreditar una sociedad de hecho entre concubinos.

Ante todo es necesario acreditar los aportes de los concubinos para formar un fondo común, el principal aporte es generalmente, el trabajo de uno de los convivientes en las empresas a que se dedica el otro, puede tratarse de un establecimiento de comercio que funda y administra en un mismo pie de igualdad ambos concubinos, o el que establece el concubino para administrar la concubina.

Al comenzar el concubinato, ninguno tenía bienes, el patrimonio que se forma en virtud de la colaboración de ambos, pertenece a la sociedad de hecho.

Según la doctrina, la sola prueba de concubinato no acredita la formación de la sociedad, en esto existe una acentuada diferencia entre matrimonio y concubinato, Probado el primero, existe sociedad conyugal en relación con los bienes adquiridos a título oneroso por marido o mujer; en cambio en la sociedad concubinaria; es necesario probar el concubinato y los aportes, éstos últimos en forma de trabajo o colaboración.

9.2.2.2 LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD DE HECHO ENTRE CONCUBINOS

Reconocida la existencia de una sociedad de hecho, en cualquier momento puede procederse a su liquidación por solicitud de cualquiera de los concubinos.

Para efectuar la liquidación es preciso determinar los bienes que forman el patrimonio de la sociedad de hecho.

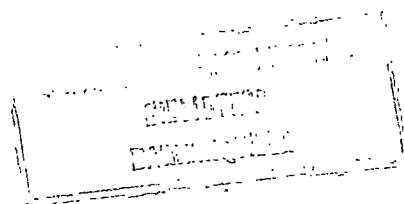
Generalmente se admite que estos bienes son los adquiridos con posterioridad a la constitución del estado de concubinato a título oneroso, esto es, los que son fruto del trabajo o industria de los concubinos, pero esto no se comprende en ellos los bienes de alguno de los concubinos tenía antes de asociarse con el otro concubino, ni tampoco los adquiridos durante el estado de concubinato a título gratuito (herencias o donaciones.)

Por este aspecto se puede observar cierto paralelismo entre la sociedad de hecho entre concubinos y la sociedad conyugal entre cónyuges.

Determinados los bienes de la sociedad de hecho, se procede a dividirlos en dos partes iguales : uno para cada concubino, no obstante, es posible que los concubinos expresamente hayan formado una sociedad en relación con algunos bienes y hayan determinado la forma de reparto; en tal caso, nos encontramos ante una sociedad de derecho y no ante una de hecho.

9.2.2.3 CONCUBINATOS QUE NO IMPLICAN LA FORMACION DE SOCIEDAD DE HECHO

Hay estados de concubinato en los cuales no puede establecerse la formación de una sociedad de hecho entre los concubinos, debido a que no obstante, haber existido colaboración de ambos en una empresa común, hubo subordinación de uno de ellos al otro en virtud de un contrato de trabajo o de mandato.



Esto sucede generalmente cuando el patrón establece relación de concubinato con una de sus empleadas o trabajadoras y decimos generalmente, - porque también puede darse el caso de que el patrón haya elevado a la concubina a la calidad de administradora de sus bienes, hipótesis en la cual el vínculo originario de subordinación es reemplazado por uno de - mutua colaboración económica.

Ante estos casos, el juez deberá apreciar libremente todas las circunstancias y decidir de acuerdo con un criterio de equidad, así por ejemplo, si la concubina devengaba un sueldo y desde que se inició el concubinato, el concubino la asoció a sus negocios y además le suprimió el - sueldo, lo más probable es que exista una sociedad de hecho.

En general, la ingerencia en los negocios del concubino es lo que dá a la concubina la categoría de socio; en todo caso, sino es posible establecer la existencia de una sociedad de hecho entre los concubinos, puede ser viable el ejercicio de una acción de indemnización por los trabajos de la concubina en la casa o en los negocios del concubino.

9.2.3 ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

Para que se configure el enriquecimiento sin causa, la Corte en reiterada jurisprudencia ha sostenido que :

1. Que exista un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial, la cual puede ser positiva o negativa esto es, no sólo en el sentido de adición de algo, sino también en el de evitar un menoscabo de un patrimonio.

2. Que haya un empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el empobrecimiento haya costado algo al empobrecido o sea, que a expensas de éste se haya efectuado el enriquecimiento.
3. Para que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, se requiere que el equilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica.
4. Para que sea legitimada en la causa la acción de in rem verso, se requiere que el demandante a fin de recuperar el bien, carezca de cualquier otra acción originada por un contrato, un cuasi contrato, un delito, un cuasi-delito o de las que brotan de los derechos absolutos.

Carece igualmente de la acción de in rem verso el demandante que por un hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho.

5. La acción in rem verso no procede cuando con ella se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley'

" El objeto del enriquecimiento sin causa es el de reparar el daño pero no el de indemnizarlo, sobre la base del empobrecimiento sufrido por el demandante, no se puede condenar sino hasta la porción en que efectivamente se enriqueció el demandado." (23)

9.3 DONACIONES ENTRE CONCUBINOS

(23) Caso del 12 de Dic. de 1.955, "G.J.", t. LXXXI, pag. 730

Las donaciones entre concubinos son válidas, siempre que no sean un medio para defraudar legítimos intereses de terceros.

El concubino al tratar de extinguir la relación de concubinato, puede hacerle una donación a la concubina con el objeto de repararle los perjuicios causados o los que pueda sufrir por su abandono, y también para que pueda criar y educar a los hijos, estas donaciones nada tienen de reprochable frente al derecho ni ante la moral más exigente, por ello, la promesa formal de donación dá a la concubina acción civil para exigir la.

9.4 INDEMNIZACION AL CONCUBINO SOBREVIVIENTE AL FALLECIDO

El Consejo de Estado en reciente jurisprudencia, sostuvo que el concubino sobreviviente al fallecido, tiene derecho a reclamar al responsable de la muerte la indemnización por el perjuicio moral y material sufrido. En efecto sostuvo el Consejo : " si bien, conforme a la legislación civil dedicada a la protección de la niñez, ya se vió como el niño tiene derecho a hogar y desde luego a madre, y por lo mismo dentro de las obligaciones alimentarias del concubino padre, frente al hijo, están los gastos de subsistencia de la madre, como tal y no como concubina, en cuanto carezca de otros medios de subsistencia.

Resulta lógico decir que la concubina permanente tiene derecho, en caso de que al fallecimiento accidental, culposo o delictuoso de su concubino, éste atendiera a su subsistencia, a reclamar del responsable de la muerte, la indemnización del perjuicio material y moral sufrido." (24)

(24) Consejo de Estado, sentencia del 29 de Abril de 1.980

CONCLUSIONES

Después de realizar el anterior estudio, el primer punto que considero importante resaltar por su notoriedad, es la amplitud de criterios o libertad que tienen los cónyuges para seleccionar el régimen económico matrimonial que ellos consideran el más adecuado para sus intereses. Es decir, la ley no estipula un régimen determinado al que deban someterse las personas que contraigan matrimonio dentro del territorio nacional.

La Ley 28 de 1.932 se puede considerar como una ley de características innovadoras, ya que en ella, la mujer casada mayor de edad adquirió la plena capacidad civil, por lo cual se dejó de considerar como persona incapaz.

El establecimiento de esa revolucionaria reforma trajo consigo otros cambios, entre los cuales considero muy importantes la administración dual para los bienes sociales y la responsabilidad unitaria ante las deudas particulares de los cónyuges.

Con el establecimiento de la sociedad conyugal como régimen común o legal vigente en Colombia, para los cónyuges que no pacten un determinado régimen de bienes matrimoniales, se dió la igualdad jurídica al marido y a la mujer.

El régimen de sociedad conyugal es un término medio entre la comunidad total de bienes y el régimen de separación de bienes, es decir, se buscó un sistema justo y equilibrado para regular los bienes matrimoniales.

Sin embargo, este régimen puede en muchas ocasiones resultar bastante injusto, como por ejemplo, el cónyuge que al momento de contraer matrimonio carece de bienes, pero el otro cónyuge si posee una considerable suma de bienes, al realizar la liquidación, se beneficia el cónyuge pobre con el fruto de los bienes del otro.

Pero, es el régimen más utilizado en Colombia. Los logros obtenidos en las uniones sin vínculos matrimoniales (concubinos,) en cuanto a las sociedades de hecho las considero muy positivas, ya que día a día las legislaciones se deben acoplar a las necesidades y realidades sociales y esto es un hecho, los concubinos que en Colombia ha alcanzado un alto incremento en los últimos años, por lo cual no se debe desconocer.

BIBLIOGRAFIA

BONILLA ECHEVERRY, Oscar. Código de Procedimiento Civil, tomo II, Bogotá, Ed. Colombiana Ltda, 1.980

CODIGO CIVIL, Ed. Temis, Bogotá, 1.983

MEDELLIN, Carlos. Lecciones de Derecho Romano, Bogotá, Ed. Presencia Ltda., 1.982

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Derecho de Familia, Bogotá, Ed. Jurídica Wilches, 1.982

PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano, México D.F., Ed. Epoca S.A., 1.978

RAMIREZ GRONDA, Juan D. Diccionario Jurídico, Buenos Aires, Ed. - Claridad, 1.976

SUAREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia, del Régimen de los - Bienes, Tomo II, Bogotá, Ed. Temis, 1.981

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil, Derecho de Familia, Tomo V, Bogotá, Ed. Temis, 1.985

VELEZ, Fernando. Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano, Tomo IV, Bogotá, Ed. Lito-editorial Jurídica Colombiana, 1.981