

SOCIEDAD CONYUGAL Y LA LEGISLACION COLOMBIANA Y EL
CONCEPTO DE GANANCIALES

ARZUAGA R. ROSA

DAZA SJVELYS

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1991

257.
DR 0347



SOCIEDAD CONYUGAL Y LA LEGISLACION COLOMBIANA Y EL
CONCEPTO DE GANANCIALES

ARZUAGA R. ROSA

SIVELYS DAZA

Trabajo de Grado pre
sentado como requisi
to parcial para op
tar el Título de Abo
gado.

Asesor: Rodolfo Pérez

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1991

NOTA DE ACEPTACION

<u>jurado</u>
<u>jurado</u>
<u>Presidente del jurado</u>
<u> </u>
<u> </u>
<u> </u>

DEDICATORIA

Este trabajo lo dedico :

A mi Madre y mis Hermanos.

SIVELY DAZA.

INTRODUCCION

No todos los bienes de los cónyuges entran en el activo de la sociedad conyugal sino los que corresponden al concepto de gananciales, ampliando el significado al aumento, rendimiento que produce el trabajo o capital de los cónyuges.

Es nuestra intención en esta investigación el clasificar qué bienes entran al haber conyugal y cuáles no, para evitar confusión o discordia entre la pareja; este régimen de sociedades es aplicable a estas personas que no hacen capitulaciones.

Todas las normas del Libro Cuarto de Nuestro Código Civil, han sido estudiadas en forma detallada, comparandola con disposiciones extranjeras que le sirvieron de fuentes o nacimiento a cada una de las instituciones que regulan el haber de la sociedad conyugal.

También hemos establecido comparaciones de las evaluaciones ocurridas desde la Ley 18 de Junio de 1957, o "Ley de la igualdad de los derechos de marido y mujer" y la Ley 28 de 1932, y por último con otro criterio aparece el Decreto 2820 de 1974.

De antemano manifestamos que nuestro anhelo es mediante una copilación de las normas vigentes de la materia hacer un pormenorizado estudio y análisis de las mismas.

0.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Al régimen económico matrimonial del derecho común, que rige las relaciones patrimoniales entre los cónyuges que no celebran capitulaciones no se les da importancia aunque se presenta con frecuencia.

Aquí surge nuestra inquietud; muchas personas por ignorancia llegan hasta el matrimonio con conceptos equivocados, presumiendo que si se casan con determinada persona todo lo que lleve ésta será de ellos; desconociendo que hasta en el matrimonio estamos regidos por una serie de normas contempladas en el Código Civil con sus leyes y Decretos.

Según el artículo 1781, el haber de la sociedad conyugal se compone

- De salarios y emolumentos de todo género de empleos y oficios de vergados durante el matrimonio.*
- De todos los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros de cualquiera naturaleza que provengan, sea de los bienes sociales, sea de los bienes propios de cada uno de los cónyuges y que se debengan*

durante el matrimonio.

- El dinero que cualquiera de los cónyuges aporte al matrimonio, durante él adquiriese, obligándose la sociedad a la restitución de de igual suma.

- De las cosas fungibles y especies muebles que cualquiera de los cónyuges aporte al matrimonio; o durante él adquiriere (sic); que dando obligada la sociedad a restituir su valor según el que tuvieran al tiempo del aporte o de la adquisición.

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

- De todos los bienes cualquiera de los cónyuges adquiriera durante el matrimonio.

- De los bienes raíces (656) que la mujer aporta al matrimonio, a preciados para que la sociedad le restituya su valor en dinero.

Se expresará así en las capitulaciones matrimoniales o en otro instrumento público otorgado al tiempo del aporte, designándose el valor, y se procedera en lo demás como en el contrato de venta de bi

enes raíces.

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

Contemplamos pues el error en que muchas personas como ya anotamos antes incurrir en un mal entendido destruyendo quizás su forma de vida y comprometiendo su libertad con un matrimonio con alguien no deseado, no querido; pero sólo por su avaricia e interés económico buscando una mejor situación y posición.

0.2 OBJETIVOS

0.2.1 Objetivos Generales

- Conocer su justa aplicación de las normas que regulan el derecho del haber conyugal.
- Comparar su evolución con las disposiciones extranjeras que le sirbieron de fuente u origen.
- Comprender el verdadero sentido del legislador para no incurrir en un error.

0.2.2 *Objetivos Específicos*

- *Obtener un conocimiento amplio de las actuales normas jurídicas.*
- *Estudiar la oportunidad para su verdadera aplicación.*
- *Investigar sobre las posibles irregularidades que surgen al ser aplicadas.*

0.3 *JUSTIFICACION TEORICO - PRACTICA DEL TRABAJO*

El Capítulo Segundo del Libro Cuarto del Código Civil, en forma muy detallada y con mucha justicia analiza las normas que regulan el haber conyugal y su forma de ejercerla. La Ley 18 de Junio de 1957 la modifica y más tarde la Ley 28 de 1932 hace otras variaciones, pero luego el Decreto 2820 de 1974 equipara estos derechos con respecto a los cónyuges; pero ocurre que en el campo práctico con suma frecuencia el espíritu justo y noble del legislador tiene anormal aplicación por parte de personas inescrupulosas.

0.4 *DELIMITACION*

0.4.1 *Delimitación Espacial*

Nuestro trabajo de investigación jurídica se inicia analizando normas, jurisprudencias, doctrinas que, sirven de fuentes a nuestra regulación, entre ellos mencionamos al Derecho Romano, Francés, Alemán y otros.

0.4.2 Delimitación Temporal

Los temas que analizamos comprenden normas del Código Civil de 1887, disposiciones modificatorias de las Leyes 18 de Junio de 1957, Ley 28 de 1932, y las reglas equiparativas que nos trajo el Decreto 2820 de 1974.

0.5 MARCO TEORICO

Todos los tratadistas utilizan justos conceptos para hacer su análisis explicativo de esta institución jurídica y entre ellos citaremos:

"Los frutos o rendimientos del patrimonio de los cónyuges. Conforme al numeral 20. del artículo 1781, son de la sociedad conyugal todos los frutos, réditos, pensiones y lucro del cualquier naturaleza que provengan, sean de los bienes sociales, sea de los bienes propios de cada uno de los cónyuges y que se devenguen durante el matrimonio (más exactamente debe decirse: durante la existencia de la sociedad conyugal).

- En cuanto a los frutos o rendimientos de los bienes sociales, o sea de los adquiridos a consecuencia de capitalización de emolumentos debidos al trabajo o a la industria, es apenas natural que sean de la sociedad por ejemplo, la renta de la casa comprada durante la sociedad, la explotación del derecho de autor producido por cualquiera de los cónyuges, los dividendos de acciones adquiridas en las mismas condiciones.

Però 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 o 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 los frutos de una cosa pertenecen a su propietario. Ciertamente: si un bien es de propiedad exclusiva de un cónyuge, debiera rentar para él; pero no es así, pues sus rentas tienen el carácter de gananciales. En resumen: todas las rentas de capital son bienes gananciales. De donde se deduce que en favor del activo de la sociedad de gananciales existe un verdadero derecho universal de goce (que guarda analogía con el derecho universal de usufructo que tienen los padres sobre todos los bienes del hijo); es universal por cuanto no se exceptúan ningún bien del marido o de la mujer cuyos frutos no engrasan el activo social.

- Debe advertirse que no se tienen en cuenta la calidad de los frutos, pues toda ventaja que produzcan un bien es fruto civil o natural y entra en la masa común. Entren los frutos naturales (cosechas, plantas, etc.), aunque sean producidos en parte con trabajo y en parte con capital (Código Civil, artículo 714); igualmente son de toda sociedad toda clase de frutos civiles (precios, pensiones, intereses, dividendos, etc.) (Código Civil, artículo 717)

- Ni la Ley ni la Doctrina toleran distinciones al respecto. por ese motivo, son de la sociedad conyugal los frutos civiles o naturales que recibe el padre de familia por la administración de los bienes de sus hijos legítimos de un matrimonio anterior disuelto.

Son gananciales los rendimientos de los derechos de autor producidos durante la sociedad, aunque la obra se haya creado antes del matrimonio.

- Carece de importancia el hecho de que los frutos que se apropia la sociedad desvaloricen el bien. La desvalorización de los bienes propios de un cónyuge a causa de la extracción de los frutos que se apropia la sociedad, es un riesgo que sufre su propietario, igual al riesgo que puede sufrir el nudo propietario cuando su finca se desvaloriza por el ejercicio del derecho de usufructo.

- Los frutos deben haberse producido durante la sociedad. Así en

el contrato de arriendo por un año de una finca agrícola, si el arrendador contrae matrimonio a los seis meses, a la sociedad pertenece medio año y el resto es el del cónyuge (1).

"Comentario. A partir de la vigencia de la Ley 28 de 1932 ha cambiado la importancia y significado que tenía la enumeración de bienes sociales que hace el presente artículo. En efecto, antes de la vigencia de dicha ley era necesario hablar de "haber absoluto" y "haber relativo" de la sociedad conyugal. El primero estaba formado por todos aquellos bienes que entraban definitivamente a formar parte del haber social, y se enuncian en los numerales 1, 2 y 5; el segundo estaba formado por aquellos bienes que entraban sólo en forma transitoria al haber social, ya que el cónyuge aportante tenía derecho a exigir la restitución de su valor al momento de la liquidación de la sociedad. Están enunciados en los numerales 3, 4 y 6. Esta situación se justificaba, que la mujer, por el hecho del matrimonio, se consideraba relativamente incapaz y, por lo tanto, impedida de administrar sus bienes. Ante esta realidad existían para ella sólo dos opciones: o entregaba sus bienes a la administración de su marido, o bien pactaban un régimen de separación de bienes caso en cual era necesario de signarle un curador de bienes. En la actualidad, lo que antes era el haber relativo simplemente constituye "el haber propio de cada cónyuge"; resulta absurdo incluirlos primero en la masa de bie

(1) VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil, Tomo V. Derecho de Familia, Reimpresión de la Cuarta Edición, Editorial Temis, Bogotá 1978,° Pág. 302, 303, 304.

nes, para luego proceder a excluirlas en forma inmediata para que cada cónyuge los administre separadamente" (2).

"Jurisprudencia. Régimen de comunidad de bienes.

"Según ha declarado la Corte, el artículo 1781, ordinal 5o. del Código Civil, es aplicable a la sociedad conyugal de la Ley 28 de 1932, y no sólo a partir del día de la disolución del matrimonio, como puede creerse, desvirtuando de esta manera la sociedad conyugal de dicha ley, ya que al principio que informa la comunidad de bienes entre los cónyuges subsiste en el régimen de la Ley 28 durante la unión conyugal, como también lo ha repetido la Corte". (Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Civil, sentencia de Abril 30/63) (3).

0.6 METODOLOGÍA

La metodología es el procedimiento, la ruta, la senda o el camino que la conducta del investigador opta para buscar y obtener la solución del problema objeto de la investigación.

En este trabajo científico hemos adoptado un método dialéctico, analizando jurídicamente las normas a través del devenir de las exigencias sociales que influyen en sus modificaciones

(2) Publicaciones Legis Editores S. A., Código Civil y Legislación complementaria, Bogotá, 1986, pág. 676.

(3) Ibid, Pág. 676.

0.6.1 Tipo de Estudios

Por tratarse de un trabajo analítico debemos realizar un seguimiento de las normas modificatorias de las anteriores hasta llegar a las actuales.

0.6.2 Técnicas

Para obtener nuestro objetivo hemos recurrido al análisis jurídico de las normas, estudios de libros, conceptos, doctrinas, jurisprudencias y llegar a la elaboración de fichas.

0.7 HIPOTESIS

0.7.1 Hipótesis General

No todos los bienes de los cónyuges entran al activo de la sociedad conyugal.

0.7.2 Hipótesis Secundarias

- La sociedad conyugal tiene un poder absoluto de absorción de todo cuanto sea rendimiento ganancial.
- No entran a la sociedad conyugal los bienes que los cónyuges ten

gan al momento de casarse ni lo que adquiriera durante la sociedad a título gratuito.

- Son gananciales los habidos por el juego y apuestas.
- También se consideran las obtenidas por actividades ilícitas, como el contrabando, la explotación de una casa de lenocinio.
- El derecho de goce en favor de la sociedad es un auténtico derecho real de usufructo.

0.8 PLAN DE TRABAJO

1. GENERALIDADES

1.1 CONSIDERACIONES

1.2 ACLARACIONES FUNDAMENTALES SOBRE EL HABER DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

1.3 BIENES GANANCIALES O ACTIVOS DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

2. BIENES PROPIOS DE LOS CONYUGES

2.1 BIENES ADQUIRIDOS DURANTE LA SOCIEDAD A TÍTULO GRATUITO

2.2 BIENES ADQUIRIDOS EN PARTE A TÍTULO ONEROSO Y EN PARTE A TÍTULO GRATUITO

2.3 BIENES ADQUIRIDOS DURANTE LA SOCIEDAD SOBROGADOS A BIENES EXCLUSIVAMENTE PROPIOS

2.4 BIENES ADQUIRIDOS UNA VEZ DISUELTA LA SOCIEDAD

- 2.5 DEL MAYOR O MENOR VALOR DE LOS BIENES PROPIOS DURANTE LA SOCIEDAD
- 2.6 DERECHO CIVIL COMPARADO
- 3. CONSERVACION DE LOS BIENES PROPIOS Y DE LOS GANANCIALES
 - 3.1 NECESIDAD DE MANTENER EL EQUILIBRIO ENTRE BIENES GANANCIALES Y BIENES NO GANANCIALES
 - 3.1.1 Medidas de Conservación
 - 3.2 CONSERVACION DE LOS BIENES EXCLUSIVAMENTE PROPIOS
 - 3.2.1 Efectos de la subrogación
 - 3.2.2 Condiciones de forma para que Obre la Subrogación
 - 3.3 CONSERVACION DEL ACTIVO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL
- 4. DE LAS DEUDAS SOCIALES Y NO SOCIALES Y TEORIA DE LAS RECOMPENSAS
 - 4.1 DE LAS DEUDAS SOCIALES
 - 4.2 DEUDAS SOCIALES SOLIDARIAS
 - 4.3 DE LAS DEUDAS NO SOCIALES
 - 4.4 DEL PASIVO INTERNO ENTRE BIENES GANANCIALES Y BIENES NO GANANCIALES
 - 4.4.1 Principales recompensas en Favor de los Bienes no gananciales
 - 4.4.2 Principales recompensas en Favor del Haberes Social
- 5. NATURALEZA JURIDICA DE LA TEORIA DE LAS RECOMPENSAS
 - 5.1 ORIGEN
 - 5.2 FUNDAMENTO JURIDICO DE LAS RECOMPENSAS
 - 5.3 REQUISITOS QUE DEBE REUNIR UNA RECOMPENSA
- 6. CONCLUSIONES
- BIBLIOGRAFIA

1. GENERALIDADES

1.1 CONSIDERACIONES

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

Nuestro legislador, con buen acierto, ha considerado que la vida común de los cónyuges implica no solo una asociación de personas, sino también una asociación de bienes. Entre los dos polos opuestos que pueden servir de patrón para el régimen de las relaciones económicas entre los cónyuges, es decir, entre la societad universal de bienes y la separación total de los bienes, la ley figura un término medio rechazando los extremos. Este término que ha logrado evitar las fallas de los dos sistemas opuestos armonizar en maravillosa síntesis las ventajas de un régimen de sociedad conyugal de gananciales. 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. Esto es, en resumen, 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 expresa en la frase un cuerpo, una alma y un patrimonio, fue remplazado 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 distinguirán 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 antes del matrimonio no celebran capitulaciones matrimoniales, descartándolo o modificándolo. Conviene advertir que en muchas ocasiones es aconsejable que los cónyuges celebren capitulaciones, aunque no pretendan separarse del régimen legal, especialmente para hacer un inventario preciso de los bienes que más tarde formarán parte de la sociedad.

Además, el régimen de derecho común se aplica también en el caso de que, no obstante haber celebrado capitulaciones, éstas no producen efectos debido a su inexistencia, caducidad o nulidad.

El actual régimen de derecho común vigente en Colombia puede considerarse como uno de los más científicos y equitativos, y consulta también las costumbres y los dictados del sentido común. Por esta circunstancia, los novios lo miran con buenos ojos y se some

ten a él, y se casan sin celebrar capitulaciones. No es aventurado afirmar por lo menos el noventa por ciento de los matrimonios en Colombia están regidos por el sistema de la sociedad conyugal de gananciales, y que el diez por ciento corresponde a matrimonios que por mutuo consentimiento o por sentencia judicial han obtenido separación de bienes. A la verdad, son muy pocos los que celebran capitulaciones para derogar el derecho común.

1.2 ACLARACIONES FUNDAMENTALES SOBRE EL HABER DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Según se desprende de lo dicho, 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 producen 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 rendimientos 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.

Más tarde debe tenerse en cuenta que solo entran a formar parte de la sociedad los rendimientos o provechos, y no los bienes que no respondan a este concepto.

El activo de la sociedad conyugal según el Código y según la Ley 28 de 1932. Debido a que la Ley 28 de 1932 varió el concepto de activo de la sociedad conyugal con respecto al establecido por el Código Civil, es de todo punto interesante precisar con claridad cuáles fueron las modificaciones introducidas por dicha ley.

Según el artículo 1781, el activo de la sociedad conyugal se compone de los siguientes bienes:

- De los salarios devengados por los cónyuges durante el matrimonio;
- De los provechos de los patrimonios de los cónyuges o del patrimonio social;
- Del dinero que los cónyuges aportaron al matrimonio o adquirieron durante él, "obligándose la sociedad a la restitución de igual suma";
- De los bienes muebles que los cónyuges aportaron al matrimonio o que adquirieron durante él, "quedando la sociedad obligada a restituir su valor según el que tuvieron al tiempo del aporte o de

pecto a los bienes de propiedad de la mujer, entre muebles e inmuebles, ya que en relación con los primeros el marido tenía facultades dispositivas plenas, a semejanza de los que tiene cualquier representante legal, pero no así en cuanto a los segundos: de ahí que el marido pudiera disponer de los bienes muebles de la mujer que no eran gananciales, con la única obligación de restituirlos a la disolución de la sociedad su equivalente en dinero.

Esta distinción era muy importante y se infiere con claridad de las propias palabras del artículo 1781 y de otras disposiciones del Código.

La Ley 28 de 1932 modificó la estructura del activo de la sociedad conyugal al suprimir de ese activo los bienes que entraban a la masa social para ser administrados por el marido y que debía restituirle a la mujer en dinero cuando la sociedad se disolviera. Estos bienes, o sea en los enumerados en los párrafos 3o., 4o. y 6o. del artículo 1781, conforme a la Ley 28 de 1932, no entran a formar parte del activo de la sociedad, pues el marido ya no es jefe de ella, ni la mujer es incapaz; tanto la mujer como el marido administran libremente sus bienes. Sostener que el artículo 1781 del Código Civil no fue modificado por la Ley 28 de 1932, es defender un contrasentido, como lo comprueba la siguiente hipótesis: en el momento de contraer matrimonio la mujer tiene cien mil pesos; si no se considera modificado el numeral 3o. del artículo 1781, dicha suma entrará a formar parte del activo de la sociedad, con la obli

gación para ésta de restituir la misma suma al cónyuge aportante. Empero, según el artículo 1o. de la Ley 28 de 1932, "cada cónyuge tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenecían al momento de contraerse el matrimonio ..., como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiriera", que es como decir que la mujer dispone libremente de los cien mil pesos que tiene en el momento de casarse, y que si se supone que dicha suma hace parte del activo de la sociedad, entonces adquiriría un crédito contra ésta por tal suma; lo cual significaría que la mujer sería acreedora y deudora de sí misma.

Como la interpretación más real y equitativa de una ley es la que evita los contrasentidos, debemos concluir que el concepto de activo fijado por el artículo 1781 del Código fue modificado por la Ley 28 de 1932; que el haber de la sociedad conyugal, a partir de la vigencia de la Ley 28 de 1932, está integrado solo por los bienes que corresponden rigurosamente al concepto de gananciales, y que toda ganancia o rendimiento está destinado a ser partido entre los cónyuges por partes iguales cuando se disuelve la sociedad. (4).

(4) SOMARRIVA UNDARRAGA, (Derecho de Familia, 178 y ss.) intere-
sante doctrina acerca del artículo 1725 del Código Civil Chi-
leno, que equivale al art. 1781 del nuestro. Dicho profesor
distingue dos activos; uno absoluto y otro relativo; Téngase
en cuenta que el Código Civil de Chile no ha sido modificado
en la forma en que lo fue el nuestro.

7.3 BIENES GANANCIALES O ACTIVO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Según lo expuesto, 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 capitalizaciones que se hagan con dichas rentas. No son gananciales, y por lo tanto no entran no entran a la sociedad conyugal los bienes que los cónyuges tengan en el momento de casarse, ni los que adquieran durante la sociedad a título gratuito. No obstante, estos últimos bienes se encuentran al servicio de la sociedad, por cuanto las rentas que producen las hace suyas el servicio de la sociedad, por cuanto las renta que produzcan las hace suyas el activo de la sociedad.

- Las rentas de trabajo. Conforme al ordinal 1º. del artículo 1781 del 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. Por consiguiente, son gananciales en primer término, los salarios o sueldos que se devengan periódicamente; en segundo término, los honorarios de abogados, médicos, ingenieros y demás personas que ejerzan profesiones liberales; en tercer lugar, los emolumentos o precios provenientes de la ejecución de contratos de obra o empresa, las comi

siones o remuneraciones por trabajo en donde pre valece el esfuerzo físico o el esfuerzo intelectual, desde las sumas de dinero que reciben los lustrabotas, los futbolistas, toreros, hasta las que se pagan a un científico por una serie de conferencias, o por el artículo o artículos que escriben para revistas o periódicos; y finalmente, los premios dados al marido o mujer vencedor en un concurso o en razón de realizaciones técnicas o científicas de gran valor. (5)

En general, se exige que el trabajo o industria que es fuente de rentas (en forma de salarios, sueldos, precios, premios, etc.) se realice durante la sociedad. Así, si con ocasión de su matrimonio el trabajador renuncia a su empleo, el auxilio de cesantía que recibe durante la sociedad no pertenece a ésta, pues el trabajo que la originó se realizó íntegramente antes de que aquella se formara (Código Civil, artículo 1792). Pero si el 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.

Como es obvio, el seguro de vida del trabajador pertenece íntegramente

(5) RODRÍGUEZ FONSECA, J. El premio Nobel es ganancial si el favorecido está gobernado por un tipo de sociedad como la colombiana, pues semejante premio no es donación (de la Sociedad Conyugal, Tomo I, Numeral 48d.)

mente 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 accidentes de trabajo es bien ganancial si aquel se realizó durante la sociedad; si se realizó antes de formarse la sociedad o una vez disuelta, dicha indemnización no tiene el carácter de ganancial.

Pertenece a la sociedad conyugal el cuadro que el pintor se obligó a pintar, antes de establecer la sociedad conyugal, si el trabajo se ha ejecutado en su totalidad o en parte principal una vez celebrado el matrimonio. Aquí no cabe decir que la causa de esa pintura, o sea la obligación de hacerla, se perfeccionó antes de la sociedad, porque lo que interesa es que lo oneroso de la adquisición o sea en sí, se haya verificado durante la sociedad.

En cuanto a los trabajos comenzados antes y terminados durante la existencia de la sociedad, si es posible precisar qué parte se realizó en cada etapa, se dividirá en dicha forma el valor y será ganancial únicamente el valor de la última etapa. Pero en ocasiones la cuestión ofrecerá dificultades, como cuando se trata de saber si determinado derecho de autor es ganancial o no. Si la obra en lo esencial se encontraba realizada cuando el autor contrajo matrimonio, no pertenecerá a la sociedad; en caso contrario, será ganancial. Si este punto no puede ser determinado, se presume que la obra es ganancial (Código Civil, artículo 1795).

Son gananciales tanto los trabajos efectuados con el solo esfuerzo del trabajador, como los realizados con un capital que se tenía en el momento del matrimonio. Así, las entradas que obtiene el propietario de un almacén, taller, colegio, etc., pertenecen todas a la sociedad conyugal, sin distinguir el valor en sí del almacén, taller o colegio.

También son gananciales las ganancias debidas al juego y a la apuesta, por cuanto suponen cierto cálculo, una actividad intelectual por mínima que sea. En el mismo sentido, las mismas ganancias o rendimientos debidos a actividades ilícitas, como el contrabando, la explotación de una casa de lenocinio.

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 (Código Civil, artículo 1786).

Con el mismo criterio, pertenece al haber social la mitad del tesoro que uno de los cónyuges descubre en terreno ajeno, según la regla del artículo 701 del Código Civil. Si el cónyuge descubre el tesoro en terreno de su exclusiva propiedad, será igualmente ganancial a la mitad.

Los frutos o rendimientos del patrimonio de los cónyuges, conforme

al numeral 2o. del artículo 1781, son de la sociedad conyugal ^{to} 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 el matrimonio^o (más exactamente debe decirse: durante la existencia de la sociedad conyugal).

En cuanto a los frutos o rendimientos de los bienes sociales, o sean los adquiridos a consecuencia de capitalización de emolumentos debidos al trabajo o la industria, es apenas natural que sean de la sociedad, por ejemplo, las rentas de la casa comprada durante la sociedad, la explotación del derecho de autor producido por cualquiera de los cónyuges, los dividendos de acciones adquiridas en las mismas condiciones.

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 casa pertenecer a su propietario. Ciertamente: si un bien es de propiedad exclusiva de un cónyuge, debiera rentar para él; pero no es así, pues sus rentas tienen el carácter de gananciales. En resumen: todas las rentas de capital son bienes gananciales.

De donde se deduce que en favor del activo de la sociedad de gananciales existe un verdadero derecho universal de goce (que guarda analogía con el derecho universal de usufructo que tienen los padres sobre todos los bienes del hijo); es universal por cuanto no se exceptúa ningún bien del marido o de la mujer cuyos frutos no engrosen el activo social.

Debe advertirse que no se tienen en cuenta la calidad de los frutos, pues toda ventaja que produzca un bien es fruto civil o natural y entra a la masa común. Entran los frutos naturales (cosechas, plantas, etc.), aunque sean producidos en parte con trabajo y en parte con capital (Código Civil, artículo 714); igualmente son de la sociedad toda clase de frutos civiles (precios, pensiones, intereses, dividendos, etc.) (Código Civil, artículo 717).

Ni la ley ni la doctrina toleran distinciones al respecto. Por ese motivo, son de la sociedad conyugal los frutos civiles o naturales que recibe el padre de familia por la administración de los bienes de sus hijos legítimos de un matrimonio anterior disuelto.

Son gananciales los rendimientos de los derechos de autor producidos durante la sociedad, aunque la obra se haya creado antes del matrimonio.

Corre de importancia el hecho de que los frutos que se apropia la

sociedad desvaloricen el bien. La desvalorización de los bienes propios de un cónyuge a causa de la extracción de los frutos que se apropia la sociedad, es un riesgo que sufre su propietario cuando su finca se desvaloriza por el ejercicio del derecho de usufructo.

Los frutos deben haberse producido durante la sociedad. Así, en el contrato de arriendo por un año de una finca agrícola, si el arrendador contrae matrimonio a los seis meses, a la sociedad pertenece medio año y el resto es del cónyuge.

- Bienes adquiridos a título oneroso. Según el numeral 50. del artículo 1781 del Código Civil, son de la sociedad conyugal " todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio a título oneroso". Esta disposición se basa en una presunción: generalmente, lo adquirido a título oneroso (permuta, compraventa, aporte a una sociedad, etc.), por uno de los cónyuges representa inversión de emolumentos debidos 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.

En efecto, si los emolumentos del trabajo o los frutos de los capitales se invierten en su totalidad en el mantenimiento del hogar y en la crianza, educación y sostenimiento de los hijos comu-

nes, tendremos que cuando se disuelva la sociedad no existirán bienes para repartir entre los cónyuges. Y si existen, ello suele deberse a capitalización que pudo hacerse de las rentas de trabajo o de capital.

Sin embargo, esta presunción admite prueba en contrario, pues podría suceder que el bien comprado durante la sociedad se hubiera pagado con dineros que el cónyuge tuviera en el momento de casarse, o que fuera el resultado de la venta de un bien que se tenía antes del matrimonio, o se hubiera adquirido durante la sociedad por herencia. Si bien es verdad que el bien comprado pertenece en toda forma a la sociedad, ésta se ha enriquecido por una causa no reconocida como apta para tal fin. Para evitar semejante enriquecimiento indebido, la sociedad debe indemnizar al cónyuge por el valor invertido en la adquisición del bien que se habla la teoría de las recompensas.

2. BIENES PROPIOS DE LOS CONYUGES

Durante la sociedad cada conyuge puede ser titular de dos clases de bienes: unos que tienen la calidad de gananciales y otros que no la tienen. Para evitar confusiones llamaremos bienes exclusivos aquellos de que son titulares los conyuges y que no tienen la calidad de gananciales, y bienes sociales o gananciales los de los conyuges que forman parte del haber social y están destinados a ser parte integrante de la masa común partible cuando la sociedad se disuelva.

No son gananciales, o sea que son propios exclusivos de los conyuges: en primer término, los bienes que los conyuges tengan en el momento de casarse; en segundo lugar, los que adquirieron durante la sociedad a título gratuito; en tercer lugar, los adquiridos durante la sociedad a título oneroso, pero subrogados a bienes exclusivamente propios; y, en cuarto lugar, los adquiridos una vez disuelta la sociedad.

- Bienes de los conyuges antes del matrimonio. A partir de la vigencia de la Ley 28 de 1932, no entran al activo de la socie

dad conyugal los bienes que los cónyuges tengan en el 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 matrimonio no son de la sociedad. Según los números 3o. y 4o. del artículo 1781, al haber de la sociedad conyugal entrar el dinero, las cosas fungibles y especies muebles que los cónyuges aportaron al matrimonio, quedando obligada la sociedad a restituir al cónyuge a portante la suma o valor de lo aportado. Dichos bienes ingresan a la sociedad en razón de la incapacidad de la mujer casada y la jefatura absoluta que de la sociedad tenía el marido y precisamente para que éste los administrase; pero en ningún caso formaban parte de la masa común partible. Hoy día cada cónyuge tiene la libre administración tanto de sus bienes exclusivamente propios como de los propios que son gananciales; por lo tanto, el activo de la sociedad conyugal, a partir del 1o. de Enero de 1933, se integra únicamente con los bienes que forman parte de la masa común partible a la disolución de la sociedad.

En resumen: 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 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 (6).

- Bienes adquiridos durante la sociedad, pero cuyo título de adquisición fue anterior al matrimonio. Según el artículo 1792 del Código Civil, los bienes adquiridos durante la sociedad no pertenecen a ella aunque se hayan adquirido a título oneroso, "cuando la causa a título de la adquisición ha precedido a ella".

Una recta interpretación de este texto legal, indica que un título o causa de adquisición precede al establecimiento de la sociedad, cuando lo oneroso, o sea, lo que cuesta bien, tuvo efecto antes y no durante la sociedad. Por ejemplo, el marido compra un inmueble y lo paga con dineros que tenía antes de casarse; si la tradición del inmueble por el registro solo se verifica durante la sociedad, el bien es exclusivamente propio (7).

(6) VAZ FERPEJRA, E. En este sentido, es decir, que los muebles de los cónyuges en el momento del matrimonio no entran a la sociedad. Tratado de la Sociedad Conyugal, Tomo 3, Núm. 142.

(7) POTHIER, quien citaba como ejemplo el que nosotros citamos, pero adaptado a nuestro sistema legal, artículo 1792 del Código Civil.

Otro ejemplo: si el novio compra el 10. de Octubre de 1967 un billete de lotería, se casa el 14 de Diciembre, y el 22 de Diciembre del mismo año gana un premio, dicho premio no es ganancial, porque lo oneroso y el título de adquisición se realizaron antes del matrimonio.

El artículo 1792 del Código da seis ejemplos de causas o títulos anteriores al matrimonio, pero desde luego no son los únicos.

En primer lugar, las especies que uno de los cónyuges posea a título de señor antes de la sociedad, "aunque la prescripción o transacción con que las haya hecho verdaderamente suyas se complete o verifique durante ella" (ordinal 1o.). Puede tratarse tanto de la prescripción ordinaria como de la extraordinaria. Si el marido compra un inmueble a un falso propietario antes del matrimonio, adquirirá la propiedad por prescripción ordinaria de diez años. Ese inmueble no es ganancial, aunque la mayor parte del tiempo haya transcurrido durante la sociedad. Lo mismo si la mujer ocupó indebidamente un inmueble y en seguida se casa; aquí adquiere la propiedad por la prescripción extraordinaria de veinte años. El bien no es ganancial, aunque la mayor parte de los veinte años se hayan sucedido durante el tiempo de la sociedad.

El citado ordinal 1o. del artículo 1792 se refiere también a bienes adquiridos durante la sociedad por transacción de pleito existente cuando se formó aquella.

En segundo término, los bienes que antes de la sociedad se poseían por un "título vicioso, pero cuyo vicio se ha purgado durante ella por la ratificación, o por otro medio legal" (ordinal 2o. artículo 1792). Es entendido que los vicios de nulidad pueden purgarse por convalidación y no por ratificación (como erróneamente lo dice el artículo 1792 del Código Civil).

En tercer lugar, "los bienes que vuelven a uno de los cónyuges por la nulidad o resolución de un contrato, o por haberse revocado una donación" (ordinal 3o. del artículo 1792). Sin embargo, en este ejemplo las cosas no son fáciles. El marido vende, antes de casarse, un inmueble por doscientos mil pesos, los cuales invierte inmediatamente en la compra de otro que le pertenece en el momento de casarse. El comprador lo demanda en razón de una nulidad (error, dolo, etc.) y ésta se decreta durante la sociedad. Recobra el marido el inmueble, pero los doscientos mil pesos que será condenado a restituir al comprador, los extrae de sus bienes gananciales. La solución al caso cuando se disuelva la sociedad no podrá ser sino esta: o el bien se lo inventaría como ganancial, pues fue pagado con dinero de la sociedad y legítimamente debe pertenecer, o como propio exclusivo del cónyuge (para no violar en lo más mínimo la ley) pero tendrá derecho la sociedad a una recompensa por los doscientos mil pesos en que se empobreció indebidamente.

En cuarto término, "los bienes litigiosos y de que durante la soci

edad ha adquirido uno de los cónyuges la posesión pacífica" (ordinal 4o., artículo 1972).

En quinto lugar, si uno de los cónyuges era nudo propietario de un bien al casarse y durante la sociedad adquiere el usufructo, este derecho no entra a la sociedad (sin distinguir el título bajo el cual se adquiere, o sea oneroso o gratuito); pero los frutos pertenecerán a la sociedad (ordinal 5o., artículo 1972).

Finalmente, los créditos constituidos antes de la sociedad y recibidos durante ella; lo mismo que los intereses devengados por uno de los cónyuges antes del matrimonio y pagados después (ordinal 6o del artículo 1972).

2.1 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 adquiere.

- Adquisiciones totalmente gratuitas. Están representadas por las herencias, legados y donaciones simples. Que estos bienes no son sociales se deduce de lo estatuido por el numeral 5o. del artículo 1781 del Código Civil. Además, el artículo 1782 reafirma de nuevo esta regla cuando dice: "Las adquisiciones hechas por cualquiera de

los cónyuges a título de donación, herencia o legado, se agregaran a los bienes del cónyuge donatario, heredero o legatario; y las adquisiciones hechas por ambos cónyuges simultáneamente, a cualquiera de estos títulos, no aumentarán el haber social sino el de cada cónyuge*.

Antiguamente se enseñaba que el artículo 1782 solo podía referirse a las adquisiciones de inmuebles, por cuanto las adquisiciones de muebles efectuadas a título oneroso o a título gratuito entraban a la sociedad conyugal, conforme a lo dispuesto en los numerales 3o. y 4o. del artículo 1781; pero esta dificultad desapareció desde la vigencia de la Ley 28 de 1932, pues según ella no es necesario involucrar en la sociedad bienes por concepto de administración. Por consiguiente, todos los bienes, así muebles como inmuebles, adquiridos por herencia, legado o donación, no entran a la sociedad, y pertenecen al patrimonio exclusivo del heredero, legatario o donatario.

Y la idea de lo adquirido durante la sociedad a título gratuito no entra al haber social, la repite también el artículo 1788, que dice: "las cosas donadas o asignadas a cualquier otro título gratuito, se entenderán pertenecer exclusivamente al cónyuge donatario o asignatario; y no se atenderá si las donaciones y otros actos gratuitos, a favor de un cónyuge, han sido hechos por consideración a otro". Así, las donaciones de la suegra al yerno aumentan el capi

tal de éste y no el de la sociedad, y la mujer no podrá alegar que la donación tuvo como fundamento el hecho de ser esposa del donatario. Aunque ello sea así, no podrá decirse que la donación ingresa al haber social.

La regla que vinimos exponiendo es, pues, invariable, es decir, que el haber social puede adquirir bienes onerosamente, pero no puede hacerlo a título gratuito. Ni siquiera puede decirse que el 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.

2.2 BIENES ADQUIRIDOS EN PARTE A TÍTULO ONEROSO Y EN PARTE A TÍTULO GRATUITO

Los bienes adquiridos en parte a título oneroso y en parte a título gratuito se rigen por esta regla: la parte del bien adquirida a título oneroso entra al activo social, y la parte adquirida a título gratuito pertenece, en forma exclusiva, al patrimonio del cónyuge adquirente.

Como ejemplos de bienes adquiridos a ambos títulos, tenemos los siguientes: las donaciones remuneratorias, las donaciones con cargas y las asignaciones testamentarias modales.

- *Donaciones remuneratorias.* Son las que se hacen en remuneración de servicios, siempre que éstos sean de los que suelen pagarse (Código Civil, artículo 1794). En consecuencia, una donación remuneratoria es adquisición onerosa hasta concurrencia del valor del servicio prestado. A este respecto, el Código establece que dichas donaciones son gananciales "hasta concurrencia de lo que hubiere habido acción a pedir por ellos y no más"; el resto de la donación es adquisición gratuita y no acrecienta el haber social, sino el patrimonio particular del cónyuge.

Debe tenerse presente que las donaciones remuneratorias a un cónyuge por servicios que no daban acción contra el donante, no son gananciales, y, por el contrario, son auténtica donación, ya que su fundamento está exclusivamente en el ánimo de donar.

Además, se requiere que los servicios remunerados hayan sido prestados durante la sociedad, como lo estipulado en el artículo 1794 del Código Civil. Es fácil comprender que esta regla sobre donaciones remuneratorias constituye una afirmación de lo que son los bienes gananciales.

- *Donaciones con cargas.* Por donaciones con cargas se entienden las que imponen al donatario un gravamen susceptible de ser apreciado en una suma de dinero, según lo prescrito por el artículo 1452 del Código. En este caso lo oneroso, es decir, el pago del grava

men, pertenece a la masa de gananciales exclusivamente el haber propio del respectivo cónyuge (Código Civil, artículo 1801).

- *Asignaciones modales.* En principio, las asignaciones modales equivalen a las asignaciones con cargas, pero reciben el nombre de modales cuando se hacen por causa de muerte. Por ello se les aplican las mismas reglas que a las asignaciones con cargas, excepto cuando el modo o carga de la donación repercute en beneficio exclusivo del asignatario (Código Civil, artículo 1150), caso en el cual toda la asignación se origina en un título gratuito, y por ello no forma parte de la masa de gananciales. Esto sucede, v. gr. cuando el testador deja la suma de diez mil pesos a un escritor para que publique una obra, pues en este caso el derecho de autor que resulta de la publicación pertenece a su haber propio y no al haber social.

2.3 BIENES ADQUIRIDOS DURANTE LA SOCIEDAD SUBROGADOS 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.

2.4 BIENES ADQUIRIDOS UNA VEZ DISUELTA LA SOCIEDAD

Los bienes que se adquieren después de disuelta la sociedad, no entran al haber social sino al patrimonio propio del cónyuge adquirente, aunque subsista el vínculo matrimonial. La razón de ello consiste en que cuando se disuelva la sociedad conyugal subsistiendo el vínculo matrimonial, los cónyuges quedan sometidos al régimen de separación total de bienes, régimen al cual es ajeno el concepto de gananciales.

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. Sobre el particular, el artículo 1793 del Código dispone: "se reputan adquiridos durante la sociedad los bienes que durante ella debieron adquirirse por uno de los cónyuges, y que de hecho no se adquirieron sino después de disuelta la sociedad, por no haber tenido noticia de ellos o por haberse embarazado injustamente su adquisición o goce. Los frutos que sin esta ignorancia o sin este embarazo hubieren debido percibirse por la sociedad y que después de ella se hubieran restituido a dicho cónyuge o a sus herederos, se mirarán como pertenecientes a la sociedad.

En consecuencia, pertenece a la sociedad conyugal el bien adquirido una vez disuelta, 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.

2.5 DE MAYOR O MENOR VALOR DE LOS BIENES PROPIOS DURANTE LA SOCIEDAD

Del mayor valor que adquieran los bienes durante la sociedad. Entre el día en que se forma la sociedad y el día de su disolución, suele transcurrir un tiempo bastante largo (20, 30, 40 años); y el valor de un bien no ganancial puede variar en forma sensible durante ese tiempo. ¿A quién pertenece ese mayor valor?

Al respecto, es necesario distinguir entre valorizaciones debidas simplemente a causas naturales y valorizaciones producidas por mejoras, o ampliaciones debidas a la industria o al trabajo. Las meramente naturales las hace suyas el cónyuge y nada tiene que reclamar la sociedad; no así las debidas al trabajo o capital invertido las cuales pertenecen a la sociedad.

Los bienes exclusivamente propios de los cónyuges se encuentran al servicio de la sociedad en cuanto a las rentas que produzcan, pe

no no en cuanto al valor mayor valor que adquirieran, el cual suele deberse en gran parte a la desvalorización de la moneda o a causas favorables ajenas al trabajo, como sucedería con las valorizaciones de unos terrenos, debidas a la construcción de una carretera por los lindes, etc. A este respecto, el párrafo 2o. del artículo 1827 del Código Civil establece que el aumento de valor de los bienes de exclusiva propiedad de los cónyuges "que provengan de causas naturales e independientes de la industria humana, nada deberá a la sociedad". Esto por motivos de equidad, ya que también las desvalorizaciones, pérdidas o deterioros de esos bienes debe sufrirlos el cónyuge respectivo; por ejemplo, el desgaste de máquinas, instalaciones, etc., salvo que provengan de dolo o culpa grave del otro cónyuge, en cuyo caso deberá éste resarcirlos (artículo 1827) (8).

Distinta solución debe darse al caso de que el mayor valor se deba en forma preponderante a la inversión de dineros, a la industria o trabajo realizados durante la sociedad. Esto sucede especialmente en relación con las fincas agrícolas en donde se cambia su destinación económica para hacerlas más productivas. Si el dueño de la finca la cerca, la equipa con riego artificial, con bombas de desecación, con puesto de monta, con canales de agua, etc., sin duda le ha introducido un gran valor (por ejemplo, ha convertido una

(8) Cons. "G. J.", Tomo J, Pág. 343.

firca de cien mil pesos en una de quinientos mil pesos). Aquí la diferencia entre estos valores pertenece a la sociedad, lo cual se traduce en que el patrimonio no ganancial debe al haber social dicha diferencia (cuatrocientos mil pesos, en el ejemplo propuesto). Solución análoga cuando en un solar adquirido por herencia se construye un edificio o una casa, o se establece en él una empresa industrial.

En cuanto a los establecimientos industriales o comerciales, en general, debe aplicarse la misma solución, salvo que el establecimiento existente a la disolución de la sociedad sea totalmente distinto del que se tenía cuando se formó la sociedad, pues en tal caso pertenece a la sociedad, teniendo ésta que indemnizar al cónyuge el valor originario del establecimiento primitivo (9).

Del menor valor de un bien durante la sociedad. Por lo regular, el menor valor de un bien propio debe sufrirlo el propietario y nada puede reclamarse de la sociedad, aunque dicho valor dependa de los frutos que ese bien hizo suyos la sociedad.

(9) El artículo 1406 del Código Civil Francés (según la red. de la ley del 13 de Julio de 1965) advierte que son gananciales los bienes accesorios de un bien propio, pero la sociedad tiene derecho a una recompensa por el nuevo valor.

De acuerdo con lo expuesto, resulta que al disolverse una sociedad conyugal, habrá que distinguir, en el patrimonio que cada cónyuge posee, dos clases de bienes: unos que son gananciales y otros que no lo son. Sabemos que los primeros son los adquiridos durante la sociedad a título oneroso (por representar capitalizaciones de rentas de trabajo o de capital), y los segundos, aquellos que los cónyuges tenían el día en que se formó la sociedad y los adquiridos durante la sociedad conyugal se forma por la suma de los bienes gananciales que cada cónyuge administra.

En general, debe estimarse que este sistema de sociedad conyugal ha dado buenos resultados en Colombia y que las contraversiones que suelen presentarse se dan para un grupo muy pequeño de sociedades. En efecto:

- Por lo menos las tres cuartas partes de las sociedades conyugales colombianas son de gente pobre, es decir, de cónyuges que viven solo de su trabajo. Nada aportan al matrimonio, nada alcanzan a capitalizar, ni hacen adquisiciones a título gratuito. En esta forma los rendimientos del trabajo se invierten en el sostenimiento del hogar, en criar y educar a los hijos. Como el mantenimiento del hogar y los gastos de crianza, educación y sostenimiento de los hijos legítimos, deben sufragarse con bienes gananciales (Código Civil, artículos 257 y 1800), ello indica que la sociedad conyugal se limitó a cumplir su más urgentes y elementales obligaciones.

Ciento numeros de sociedades conyugales se han formado con bienes adquiridos a título oneroso, por no haber tenido los cónyuges bienes en el momento en que se formaron; en estos casos ningún problema surge, pues todos los bienes del marido y de la mujer, cuando se presente la disolución de la sociedad, serán gananciales. A lo cual debe agregarse que a esta hipótesis conluyen los casos en que los bienes de los cónyuges al principian la sociedad eran de poca consideración y aquella tuvo larga vida.

- Finalmente, son más bien pocas las sociedades en que el patrimonio de cada cónyuge se encuentra formado por los bienes gananciales y bienes no gananciales. Aquí será aconsejable que, al formarse la sociedad, cada cónyuge haga un inventario de los bienes poseídos al casarse o de los adquiridos por herencia, donación o legado, para saber con exactitud cuáles son gananciales y cuáles no. En el próximo capítulo examinaremos las distintas medidas existentes para conservar la integridad de cada clase de bienes y las mutuas relaciones que pueden aparecer entre unos y otros.

2.6 DERECHO CIVIL COMPARADO

La idea de un tipo de sociedad conyugal formada únicamente con los rendimientos provenientes del trabajo, las rentas de los bienes de propiedad exclusiva de los cónyuges y las capitulaciones de toda clase de rendimiento y rentas, para repartir por partes iguales en

tre marido y mujer a la disolución de la sociedad, es muy antigua y se encuentra plenamente desarrollada y aplicada en algunos antiguos Estados alemanes y en el viejo derecho español, y seguida por gran número de legislaciones actuales.

Desde mediados del siglo XVI constituye un régimen relativamente completo, cuya vigencia es clara en numerosos Estados germanos. En algunos de estos Estados se estatula que la mitad de gananciales pertenecía a la mujer; en otros se le otorgaba únicamente la tercera parte; pero dominaba la idea de que la sociedad conyugal se formaba solo con lo que varón y mujer adquirieron durante la sociedad (deo quod vir et mulier simul conquisierint).

Por esete motivo, el Código Civil Alemán de 1900 reglamentó la sociedad de gananciales como régimen contractual; sin embargo, no existía separación de administraciones, pues prevalecía la idea de que el marido era siempre el jefe de la sociedad conyugal.

El régimen del Código Civil de 1900 lo reemplazó el instituido por la Ley 18 de Junio de 1957 o "Ley de la igualdad de derechos de marido y mujer en el campo del derecho civil", la cual está construida sobre dos ideas básicas: separación de administración de bienes por parte de cada uno de los cónyuges, y activo de la sociedad conyugal reducido únicamente a los beneficios que sean consecuencia del trabajo o de las rentas de los patrimonios que cada cón

yuge administra. De la primera idea hablaremos más adelante; en cuanto a la segunda, es necesario precisar: se distingue entre patrimonio inicial, o sea el que tienen los cónyuges en el momento del matrimonio, al cual se añade lo que adquirieron durante la sociedad por vía de herencia o legado; y patrimonio final, que está constituido por el que posea cada cónyuge cuando se disuelva la sociedad. La diferencia entre patrimonio final y patrimonio inicial constituye un excedente que pertenece a la sociedad. Esto, a grandes rasgos, enseña que la nueva sociedad de excedentes se integra únicamente con el mayor valor que tenga el llamado patrimonio inicial, el cual se deberá a provechos resultantes del trabajo o capitalización de rentas.

Mayor importancia tienen para nosotros las ideas del antiguo derecho español, por haber sido el que en forma directa sirvió de fuente a don ANDRÉS BELLO. Partiendo del Fuero Real, en el Libro X, Título IV, de la Novísima Recopilación, se reglamenta como régimen de derecho común la sociedad reduciéndola a los gananciales: "Toda cosa que el marido y la mujer ganaren o compraren, ... háganlo ambos de por medio". El mismo Libro y Título mencionados excluyen de la sociedad cuanto marido y mujer obtuvieran durante ella a título lucrativo.

El segundo proyecto de Código de BELLO, al decir qué bienes son gananciales (artículo 1892, que corresponde al 1781 del actual Código Civil), advierte que se inspira en la Novísima Recopilación

(Libro X, Título IV) y en las glosas de MATJENZO y TAPJA.

En las mismas fuentes en que se inspiró BELLO se inspiraron los autores del actual Código Civil Español. El artículo 1401 de dicho Código prescribe que son bienes gananciales:

- A) Los adquiridos por título oneroso durante el matrimonio a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para cada uno de los esposos.
- B) Los obtenidos por la industria, sueldo o trabajo de los cónyuges o de cualquiera de ellos.
- C) Los frutos, rentas e intereses percibidos o devengados durante el matrimonio, procedentes de los bienes comunes o de los peculiares de cada uno de los cónyuges".

La nueva ley francesa del 13 de Julio de 1965 instituyó como régimen común el de la comunidad reducida a los gananciales. Según la nueva redacción que tal ley dió al artículo 1401 del Código Francés, "La comunidad se compone activamente de las adquisiciones hechas por los esposos conjunta o separadamente durante el matrimonio, y que provengan ya de su industria personal, ya de las economías hechas con los frutos y rendimientos de bienes propios".

La mayor parte de las legislaciones de América Latina reducen el activo de la sociedad conyugal a los bienes que obedecen al concepto de gananciales, o sean los provenientes del trabajo de los cónyuges o de ahorros y capitalizaciones de cualquier clase de rentas.

3. CONSERVACION DE LOS BIENES PROPIOS Y DE LOS GANANCIALES

3.1 NECESIDAD DE MANTENER EL EQUILIBRIO ENTRE BIENES GANANCIALES Y BIENES NO GANANCIALES

Desde el punto de vista de la administración de los bienes, tanto de la sociedad como de los propios cónyuges, solo cabe distinguir dos patrimonios, esto es, el de cada cónyuge. Más no ocurre lo mismo desde el punto de vista de los bienes que tienen la calidad de propios exclusivos y gananciales, respecto de los cuales es necesario distinguir tres patrimonios:

- El de los bienes del marido, que está compuesto por los que no participan del concepto de gananciales y por los que participan de ese concepto.
- El de los bienes de la mujer, que se integran en la misma forma que los del marido.
- El de los bienes gananciales, que equivale a la suma de los bie

nes del marido y de la mujer que participan del concepto de gananciales.

Mientras exista la sociedad no cabe hacer dicha distinción, pues durante su existencia no se manifiesta con notas propias el patrimonio formado por gananciales, ya que tales bienes siempre aparecen confundidos con los propios de cada cónyuge. Será precisamente el día en que se disuelva la sociedad cuando se hará necesario formar los tres patrimonios. Para mayor claridad pondremos a continuación algunos ejemplos, que contribuirán a explicar correctamente el sistema de la sociedad conyugal existente en el derecho colombiano.

Como primer ejemplo supondremos el de dos cónyuges que carecen de bienes en el momento del matrimonio y que durante la existencia de la Sociedad adquieren bienes a título oneroso por un total de doscientos mil pesos, de los cuales la mujer adquirió un total por cincuenta mil y el marido un total por ciento cincuenta mil. En este caso, los tres patrimonios son:

- Bienes de la mujer, cincuenta mil pesos.
- Bienes del marido, ciento cincuenta mil pesos.
- Bienes gananciales, que en este caso equivalen a la suma de los dos patrimonios de cada cónyuge, es decir, doscientos mil pesos.

Como segundo ejemplo, supongamos el de una mujer que en el momento de casarse tiene cien mil pesos y durante la sociedad adquiere cien mil pesos por herencia de los padres y cien mil pesos a título oneroso, y el de un marido que tiene al casarse doscientos mil pesos y adquiere quinientos mil pesos durante la existencia de la sociedad, o título oneroso.

En este ejemplo los tres patrimonios quedarán constituidos así:

- Bienes de la mujer, trescientos mil pesos (de esta suma solo cien mil pesos son gananciales, y el resto, o sean doscientos mil pesos, son bienes exclusivamente propios).
- Bienes del marido, setecientos mil pesos, de los cuales quinientos mil son gananciales.
- Bienes gananciales, o sea la suma de los gananciales de marido y mujer, que ascienden a seiscientos mil pesos.

Como en tercer ejemplo daremos el de los cónyuges que al momento de casarse no tienen bienes y que durante la sociedad adquieren cincuenta mil pesos a título oneroso, pero solo por parte del marido, cincuenta mil pesos, bienes de la mujer, ninguno, porque no adquirió nada; y gananciales, cincuenta mil pesos.

Como último ejemplo ponemos el siguiente: el marido tiene al ca

sarse cien mil pesos y la mujer ochenta mil; durante la sociedad el marido recibe una herencia quinientos mil pesos y la mujer ochocientos mil, también por herencia; así las cosas, los tres patrimonios son: bienes del marido, seiscientos mil pesos; bienes de la mujer, ochocientos mil pesos; y bienes gananciales, ninguno.

3.1.1 Medidas de Conservación

De lo expuesto y de los ejemplos que acabamos de examinar, se infiere que generalmente dentro del patrimonio de cada cónyuge se distinguen bienes propios no sujetos a reparto y bienes propios sujetos a reparto, por el hecho de pertenecer al haber de la sociedad.

Si durante la existencia de la sociedad no es necesario hacer esta discriminación, si lo es cuando por cualquier causa ella se disuelve, ya que es en este momento cuando será necesario distinguir y formar los tres patrimonios mencionados.

Empero, durante la existencia de la sociedad conyugal se requiere que los bienes que van adquiriendo el carácter de gananciales, sean conservados para que existan con esa calidad el día de la disolución de la sociedad, y lo mismo debe advertirse respecto a los bienes que son propios exclusivos de cada cónyuge. En otros términos es necesario establecer medidas tendientes a mantener el equilibrio entre los bienes de los cónyuges que son gananciales y los que

no lo son, a fin de impedir que la masa de gananciales se enriquezca indebidamente a expensas de los bienes exclusivamente propios de los cónyuges, como también que los patrimonios exclusivamente propios se enriquezcan a expensas de la masa de gananciales.

3.2 CONSERVACION DE LOS BIENES EXCLUSIVAMENTE PROPIOS

En su más amplio significado, la subrogación real hace que un bien ocupe la misma situación jurídica que tenía otro bien, y por ello se la puede definir como la situación jurídica de un bien por otro.

Para explicar esta institución debemos suponer el caso de una persona que es titular de varios bienes, de los cuales algunos de ellos tienen cierta destinación especial, como sería, por ejemplo, cuando el propietario hipoteca un inmueble y éste penece si el dueño no tiene derecho a una indemnización, este valor ocupa la misma posición jurídica que tenía el inmueble desaparecido, es decir, que queda afectado hipotecariamente al pago de la deuda para cuya seguridad se constituyó la hipoteca (Código Civil, artículo 2446). En este caso, el valor de la indemnización entra al patrimonio del acreedor ocupando la misma situación jurídica que tenía el inmueble lo cual quiere decir que se ha efectuado una subrogación real.

Pero es en materia de regímenes económicos matrimoniales, especialmente en el de la sociedad conyugal, donde tiene una mayor aplica

ción la subrogación real. En efecto, dentro del régimen de sociedad de gananciales cada cónyuge será titular de dos clases de bienes: uno de exclusiva propiedad y otros de su propiedad pero destinados a ser repartidos con el otro cónyuge el día de la disolución de la sociedad, por tratarse de bienes gananciales. En este caso, la subrogación tiene como fin que el bien de la propiedad exclusiva del cónyuge pueda ser permutado por otro o vendido y su valor invertido en otros bienes, y que los nuevos bienes adquiridos a título oneroso durante la sociedad no adquieran la calidad de gananciales, sino que conserven la de propios exclusivos. Para ello es necesario que se realice la subrogación real, que no obra de pleno sino mediante formalidades especiales.

En general, la subrogación real de los bienes propios exige:

- a) Que uno de los cónyuges sea titular de un bien ganancial;
- b) Que dicho bien se enajene o destruya y con el precio, seguro o indemnización, se pretenda adquirir otro bien;
- c) Que el adquirente quiera que ese otro bien ocupe la misma posición jurídica que tenía el bien por el cual se recibió el precio, seguro o indemnización.

3.2.1 Efecto de la Subrogación

El nuevo bien adquirido durante la sociedad conyugal a título oneroso, en virtud del fenómeno de la subrogación real, no entra a formar parte del haber social, pues la subrogación deja sin efecto la regla del numeral 5o. del artículo 1781.

Para explicar mejor este punto nos valdremos del siguiente ejemplo: un cónyuge es propietario de dos casas, una que tenía al casarse y otra que adquirió durante la sociedad a título oneroso; la primera según las reglas expedidas anteriormente, no forma parte del haber social, y la segunda, por haber sido adquirida onerosamente durante la sociedad, deberá repartirse cuando la sociedad se disuelva.

Ahora bien, si suporemos que el cónyuge vende la casa que no forma parte del haber social y con el precio compra otra, esta nueva casa entrará al patrimonio del cónyuge en concepto de ganancial y quedará sujeta a reparto, porque se adquiere durante la sociedad a título oneroso. ¿Cómo impedir que el haber social se enriquezca sin justa causa a expensas de los bienes exclusivamente propios de los cónyuges? Hay tres medios para impedir estos enriquecimientos.

En primer lugar, mientras exista la sociedad conyugal los cónyuges pueden abstenerse de introducir cambios en sus bienes que no tienen el carácter de gananciales; así, en el ejemplo propuesto, el cónyuge puede vender la casa adquirida a título oneroso durante la sociedad, pero debe abstenerse de enajenar la que tenía al casarse. Sin embargo, esta solución debe rechazarse, pues en ningún caso la

ley ha querido que el régimen de sociedad conyugal se convierta en un obstáculo que limite la libertad de disposición de los cónyuges.

En segundo lugar, puede emplearse la subrogación real para evitar el enriquecimiento ilegítimo de la masa de gananciales y permitir así para cada cónyuge la libre disposición de sus bienes. Por tanto, el cónyuge podrá vender la casa que tenía en el momento de casarse, advirtiendo en la escritura de venta que tal casa es de su propiedad exclusiva y que el precio que recibe tendrá esa misma condición, y después, al comprar una nueva casa, deberá hacer la advertencia de que la paga con el precio recibido de la casa vendida anteriormente, y que quiere que la casa que compra participe del mismo carácter que tenía aquella.

Por último, si no se efectúa la subrogación, la nueva casa entra a formar parte del activo de la sociedad, es decir, que se produce un enriquecimiento ilegítimo. En este caso, el día que se disuelve la sociedad le corresponde al cónyuge empobrecido una acción contra el patrimonio enriquecido, dirigida a obtener una indemnización equivalente al precio que le costó la casa que entró a la sociedad. Estas acciones, encaminadas a devolver el valor del enriquecimiento de la masa de gananciales al patrimonio exclusivo del cónyuge, surgen de la teoría de las recompensas.

Por el momento bastará decir que la subrogación y las recompensas

no tienen un mismo sentido ni un mismo alcance, pues mientras la subrogación evita enriquecimientos indebidos, las recompensas tratan de corregir los realizados indebidamente. Mediante la subrogación la nueva casa es exclusivamente propiedad del cónyuge, y con las recompensas la casa es de la sociedad conyugal, pero el cónyuge tiene derecho a que cuando la sociedad se disuelva, se le reintegre el valor gastado en la adquisición. Entre ser propietario exclusivo de una casa y tener derecho a que se reintegre su valor hay una notable diferencia, que es precisamente la que existe entre la subrogación y las recompensas.

3.2.2 Condiciones de Forma para que Obre la Subrogación

Como lo hemos advertido ya, la subrogación no obra de pleno, y exige declaraciones expresas de voluntad, que generalmente son formales. Estudiaremos estas formalidades en sus diferentes casos.

- *Permuta de inmuebles por inmuebles.* Para que el inmueble que se adquiere por permuta de uno de exclusiva propiedad del cónyuge permutante, se subroge, o sea, que tenga la misma posición jurídica que el enajenado, es necesario que en la respectiva escritura pública exprese el ánimo de subrogar, esto es, que se diga que el nuevo bien remplace al anterior (Código Civil, artículo 1789). Mediante la mencionada cláusula escrituraria obra la subrogación si el inmueble enajenado tenía realmente la calidad de propio exclusivo, vale decir, si el cónyuge lo tenía antes de casar

se, o lo había adquirido durante la sociedad por herencia, donación o legado. Téngase en cuenta que la subrogación tiene como fin en forma exclusiva conservar determinada calidad o estado jurídico, pero de ninguna manera cambian por una calidad diferente la que existe. Así, de nada servirá la cláusula de subrogación inserta en una escritura pública, si el inmueble que se enajera mediante permuta era de la sociedad conyugal, pues dicha cláusula se encamina en esta hipótesis a establecer que el bien adquirido tiene la calidad de propio exclusivo, y por ello será inexistente, ya que el bien enajenado carecía de tal calidad.

Si se paga un saldo en dinero por el nuevo inmueble, será necesario aclarar de qué patrimonio salió ese saldo; si salió de la masa de la masa de garantiales, el inmueble adquirido quedará debiendo al haber social ese saldo, y si salió de dinero exclusivamente propio del cónyuge, el nuevo bien quedará debiendo al haber social.

Si se recibe un saldo por la permuta del inmueble, dicho saldo no entrará al haber social (Código Civil, artículo 1790); pero en el caso de que el saldo recibido se invierta en mejoras que se le introducen a un bien de la sociedad, entonces ésta deberá al patrimonio exclusivo del cónyuge el valor de ese saldo.

- Compra de inmuebles con precios de inmuebles vendidos. Puede darse el caso de que un cónyuge venda uno de sus inmuebles exclusiva-

mente propios y que con el precio compre otro. Para que el nuevo inmueble se subroge al vendido, se requiere:

a) Que en la escritura pública de venta se exprese que el inmueble vendido es propio exclusivo y que el dinero se destina a la compra de otro inmueble.

b) Que en la escritura pública de compra se exprese que el precio que se paga es el destinado para tal fin mediante la anterior escritura de venta (Código Civil, artículo 1789) (10).

Si quedare un saldo, como en el caso de que se venda el inmueble por cincuenta mil pesos y el comprado valga cuarenta mil, dicho saldo es dinero propio del cónyuge; y si hiciere falta un saldo, como en el caso de que se venda por cincuenta mil y se compre por sesenta mil, entonces el nuevo bien será de propiedad exclusiva del cónyuge, pero éste le quedará debiendo el saldo a la sociedad, excepto que se compruebe que salió de fondos exclusivamente propios del cónyuge.

Empero, cuando el saldo excede a la mitad del valor del inmueble, no

(10) Es posible que un cónyuge venda un inmueble y que con el precio pretenda adquirir otro en remate judicial. En este caso, es necesario que en la escritura se exprese claramente el ánimo de subrogar y que quede constancia del tal ánimo en el acta de remate y en auto aprobatorio de éste.

hay subrogación y el nuevo bien pertenecerá a la sociedad, más ésta le deberá al cónyuge los dineros que dio por el bien (Código Civil, artículo 1790). Veamos un ejemplo: la finca vendida vale cien mil pesos y la comprada doscientos cincuenta mil; en este caso no hay subrogación, aunque así se diga en ambas escrituras, y el nuevo bien es ganancial; pero el haber social deberá al cónyuge el valor de la finca vendida, es decir, cien mil pesos.

La misma regla se aplica a la permuta de inmuebles.

Otros casos de subrogación. Pueden adquirirse inmuebles con valores propios de los cónyuges, y viceversa, y en ambos casos pueden operarse la subrogación.

Si 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 de inmueble se expresa el ánimo de subrogar, y si se demuestra que los valores invertidos realmente eran propios exclusivos.

Si el precio de venta de un inmueble se invierte en la compra de acciones u otros valores o en la compra de cosas muebles, para que se verifique la subrogación es necesario que en la escritura de venta se destine el precio a las mencionadas compras y que éstas se efectúen realmente.

En general, estas reglas se deducen del párrafo 2o. del artículo 1789 del Código Civil, en armonía con el numeral 2o. del artículo 1783.

Los casos más ordinarios de subrogación real se dan cuando se permuta un inmueble por otro, o se vende para con el precio adquirir otro. Solamente en el primer caso se da la subrogación real, expresado solo una vez la voluntad de subrogar; en la venta debe expresarse dos veces: en el momento de enajenar y en el de adquirir el nuevo bien. Lo dicho requiere algunas notas complementarias.

La subrogación se da no solo en la permuta y en la venta y compra. Un cónyuge puede vender un bien para invertir su valor en la formación de una sociedad; lo importante es que en ambos actos se exprese el ánimo de subrogar (11).

Lo frecuente es que primero se enajene el bien no ganancial del cónyuge y posteriormente se adquiera otro subrogado al primero. A tal hipótesis se refiere el artículo 1789 del Código Civil. Pero las cosas pueden suceder al revés. El marido se obliga a aportar trescientos mil pesos a una sociedad advirtiéndole que lo hará con la enajenación que tiene proyectada de bienes exclusivamente propios, y que

(11) VAZ FERREIRA, Op. Cit., Tomo J, Núm. 160

por tanto, su interés social quedará subrogado a la calidad de los bienes que son gananciales; posteriormente enajena los bienes y expresa el ánimo de subrogar. También puede proceder a comprar un inmueble para pagar su precio con lo que le produzca la venta de otro inmueble no ganancial, expresando en ambos casos el ánimo de subrogar.

3.3 CONSERVACION DEL ACTIVO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Si se tiene en cuenta el régimen de sociedad conyugal que impera en Colombia desde el 10. de Enero de 1933, es fácil comprender que durante su existencia el patrimonio social o haber social se presenta confundido, en una suerte de indivisión, con los bienes de exclusiva propiedad de los cónyuges. Esta indivisión termina necesariamente el día en que la sociedad se disuelva.

Así como el legislador ha dictado ciertas reglas tendientes a proteger y conservar los patrimonios exclusivamente propios de cada cónyuge, así también ha dictado otras para conservar y proteger la masa de gananciales e impedir que esa masa disminuya sin causa razonable y justa. Y esas medidas se han concretado especialmente en una serie de presunciones en favor del haber social, las cuales tienen gran valor y pueden reducirse a tres: en primer término, la presunción de que todo bien adquirido a título oneroso durante la sociedad pertenece a ésta; en segundo lugar, que los bienes posesi-

dos por los cónyuges cuando se disuelva la sociedad son gananciales; y, por último, que todos los gastos, saldos y erogaciones hechas por los cónyuges en la adquisición o conservación de sus bienes propios, han sido efectuados por el haber social. Dada la importancia de estas presunciones, las estudiaremos cada una por separado.

- *Primera Presunción:* Son gananciales los bienes adquiridos a título oneroso. Según el numeral 5o. del artículo 1781, como ya lo vimos, todo bien adquirido por los cónyuges a título oneroso durante la sociedad, pertenece al haber social, y esto se explica por que generalmente esos bienes representan una capitalización de emolumentos del trabajo o la industria de los cónyuges, o la inversión de rentas de sus patrimonios. Pero existen casos de adquisición en que no se realiza esto, como cuando el cónyuge compra una casa con dineros que tenía en el momento de casarse, o con los adquiridos en razón de la venta de los bienes de su exclusiva propiedad, sin subrogación. Fácilmente se comprende que en estos ejemplos no nos encontramos ante la inversión de bienes gananciales, y, no obstante, el bien adquirido entra al haber social.

Esta situación se debe a las siguientes razones:

- El alcance exacto del numeral 5o. del artículo 1781 obra en la mayoría de los casos como presunción, es decir, que a falta de pru-

En especial se tiene el bien adquirido a título oneroso durante la sociedad como si representara una inversión de emolumentos del trabajo o industria, o capitalización de rentas.

- Cuando claramente puede demostrarse que el bien adquirido a título oneroso no es una inversión de emolumentos provenientes del trabajo o de las rentas de capitales, el bien pertenece a la sociedad, aunque ésta queda obligada a rembolsar al cónyuge el valor gastado (teoría de la recompensas).

En síntesis, solo la subrogación evita la aplicación del numeral 5o. del artículo 1781.

- Segunda Presunción: Son gananciales los bienes poseídos por los cónyuges en el momento de la disolución de la sociedad. A la presunción eruncinda, que es de especial importancia, se agrega otra de interés mucho mayor, pues tiene como finalidad resolver las dudas que se presentan cuando no se sabe con exactitud si determinado bien pertenece al haber social o al patrimonio exclusivo del cónyuge que lo posee, o si en el patrimonio dejado por una persona hay bienes adquiridos onerosamente durante la sociedad o bienes adquiridos a título gratuito o que se tenían antes del matrimonio.

Para resolver todas las situaciones dudosas o contraventivas acerca de la calidad de bienes de los cónyuges, el legislador estableció

la presunción de que pertenecen a la masa de gananciales, declarándolo así en el artículo 1795, que dice:

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

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

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

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

Como características generales de esta presunción, podemos enumerar las siguientes:

- Su generalidad, pues se aplica a toda clase de bienes, así muebles como inmuebles, así créditos como derechos inmateriales. Pero tiene especial importancia para los bienes muebles, valores y cré

ditos que se encuentren en poder de cualquiera de los cónyuges en el momento de disolverse la sociedad. También se aplica a los inmuebles de que sea titular uno de los cónyuges en cualquier momento de la existencia de la sociedad o a su disolución. Sin duda, respecto a esta clase de bienes en muchos casos no será necesaria la presunción, pues el título de adquisición dirá claramente a qué patrimonio pertenecen. Así, si la sociedad se formó en 1940 y el inmueble aparece comprado en 1930, es lógico que no pertenece a la sociedad; o si el inmueble se adjudicó a uno de los cónyuges en 1950, dentro de una partición de derechos hereditarios, es claro que pertenece a su patrimonio exclusivo y no al haber social. Pero si no aparece título de adquisición, o simplemente no se ha exhibido, o si se discute la fecha de adquisición o el propio fundamento de ella, entonces tendrá que aplicarse la presunción, y el bien pertenecerá al haber social. Nótese que la expresión del artículo 1795 "todas la especies", comprende tanto los muebles como los inmuebles (12).

- Su destructibilidad, ya que puede acreditarse que el bien no pertenece a la sociedad conyugal. Veamos un ejemplo: al disolverse la sociedad uno de los cónyuges es titular de mil acciones por valor de veinte mil pesos; el solo hecho de que es cónyuge fuera poseedor y titular de esas acciones, hace presumir que ellas pertenecen al

(12) Cas. Civ., Dic. 6 de 1961, en "C. J.", Tomo XCVJJ, Pág. 215.

haber social; pero el cónyuge o sus herederos puede probar que esas mil acciones son exactamente las mismas que poseía cuando contrajo matrimonio, o que, según los títulos de adjudicación, en la herencia del padre del cónyuge le fueron adjudicadas precisamente esas mil acciones.

Sin embargo, debe tenerse presente que la prueba de que los bienes poseídos por uno de los cónyuges no forman parte del acervo conyugal o activo social, ha de ser clara y precisa, como lo debe ser toda prueba que pretenda destruir una presunción, pues no se justificará que estableciendo la ley una presunción en favor del haber social precisamente por las graves dudas y controversias que surgen en la práctica cuando se trata de señalar el límite entre el acervo conyugal y el acervo exclusivamente propio de los cónyuges, se intentará destruir esa presunción con meros indicios o simples probabilidades. Dicha prueba no debe emanar de la simple confesión de los cónyuges, ni de la confesión del cónyuge titular del bien, pues el poseedor tendrá un positivo interés en que el bien le pertenezca y que no sea objeto de reparto, ni de la del otro, ya que así se podría hacer fraude a los acreedores.

El artículo 1795 afirma que la confesión del cónyuge no poseedor se tendrá como donación revocable, es decir, como un legado al otro cónyuge, que se hace irrevocable por la muerte, como sucede con cualquier asignación testamentaria. Además, la confesión debe hacerse

mediante testamento, pues no existe en nuestro derecho positivo de naciones revocables que puedan hacerse mediante instrumento distinto del testamento. Esto ocurrirá, por ejemplo, cuando el testador advierte que la finca X le pertenece en forma exclusiva a su cónyuge, aunque la finca haya sido adquirida a título oneroso durante la sociedad.

En este caso se tendrá como un legado el valor de la mitad de la finca.

Esta segunda presunción, es decir, que todos los bienes que poseen los cónyuges se reputan pertenecer a la sociedad y no al patrimonio particular de cada uno, hace que el régimen de la sociedad conyugal de gananciales tenga viabilidad y sentido, como lo demuestra el hecho de que la consagra toda legislación que sigue el mencionado régimen.

Así, conforme al artículo 1402 del Código Civil Francés (según la nueva red. de la Ley del 13 de Julio de 1965), "todo bien mueble o inmuebles se reputa de la sociedad si no se prueba que es propio de uno de los cónyuges por aplicación de una disposición legal". A su vez, el artículo 1572 (red. de la Ley del 13 de Julio de 1965), refiriéndose a la sociedad de gananciales con independencia de los cónyuges en la administración de los bienes (y que debe pactarse mediante capitulaciones matrimoniales), presume que hacen parte del

patrimonio ganancial todos los bienes que pertenezcan a los esposos el día en que la sociedad se disuelva.

Presunción semejante encontramos en la nueva ley alemana de igualdad de sexos y que entró a regir en la República Federal Alemana el día 10. de Julio de 1958. Dicha ley sitingue entre patrimonio inicial y patrimonio final. El patrimonio inicial se forma con los bienes que los cónyuges tienen en el momento de casarse y que los adquieren durante la sociedad a título gratuito; y patrimonio final es el que tiene cada cónyuge a la disolución de la sociedad. A la sociedad pertenece por concepto de gananciales la diferencia entre los dos patrimonios, por cuanto dicha diferencia representa aumentos del patrimonio inicial a consecuencia del trabajo, industria o rentas de los mismos bienes. Si no se ha formado un inventario del patrimonio inicial, se presume que el patrimonio final de un cónyuge es ganancial.

En el mismo sentido, el artículo 1407 del Código Civil español advierte que se reputan gananciales todos los bienes del matrimonio, mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o la mujer.

- Tercera Presunción: Los gastos los hace la sociedad. Según el artículo 1801 del Código, "en general los proreos, saldos, costos, costos judiciales y expensas de toda clase que se hicieren en la

adquisición o cobro de los bienes, derechos o créditos que pertenecen a cualquiera de los cónyuges, se presumirán erogados por la sociedad, a menos de prueba en contrario, y se le deberán abonar. Por consiguiente, el cónyuge que adquiere bienes a título de herencia, debe recompensar a la sociedad por todas las deudas y cargas hereditarias o testamentarias que el cubra, y por todos los costos de la adquisición, salvo en cuanto pruebe haberlos cubiertos con los mismos bienes hereditarios o con lo suyo".

Esta presunción generalmente corresponde a la realidad, ya que de ordinario los gastos se hacen tomando dinero del haber social. Además, pueden darse casos como el siguiente: antes de casarse, el marido compra un inmueble por cincuenta mil pesos, pagando como cuota inicial únicamente diez mil pesos garantizando con hipoteca el saldo de cuarenta mil pesos, saldo que cancela durante el matrimonio con dineros provenientes de su trabajo o industria, o con rentas provenientes de otros bienes; si ese cónyuge no hubiere hecho la compra que nos sirve de ejemplo, habría ahorrado cuarenta mil pesos y los habría invertido en un bien que pertenecería al haber social; pero en el ejemplo el bien adquirido no pertenece a la sociedad. Este empobrecimiento injusto del haber social se evita precisamente con la presunción de que las erogaciones se le deben a la sociedad.

Lo mismo sucede si el cónyuge se le hace un legado de cien mil pe-

sos, más para adquirirlo debe pagar impuestos y hacer otros gastos que ascienden, por ejemplo, a veinte mil pesos, si estos veinte mil pesos salen del haber social, se impone la necesidad de que haya una acreencia en favor del haber social por igual valor.

En todos los casos en que no se sepa de dónde han salido las erogaciones hechas, se presume que han tenido su origen en el haber social y que, por lo tanto, se le deben a la sociedad.

4. DE LAS DEUDAS SOCIALES Y NO SOCIALES Y TEORÍA DE LAS RECOMPENSAS

De la misma manera que existen bienes que integran el haber de la sociedad conyugal (bienes gananciales) y bienes que no integran dicho haber por ser de la exclusiva propiedad de cada cónyuge (bienes no gananciales), asimismo existen 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). Lo que de inmediato será fácilmente entendido con ayuda de este ejemplo: si al casarse el marido tiene un inmueble hipotecado por cien mil pesos, es lógico que ni el inmueble ni el valor de la deuda hipotecaria pertenecerán a la sociedad; si durante la sociedad compra un inmueble por doscientos mil pesos, y queda debiendo cien mil pesos garantizados con hipoteca, aquí tanto el inmueble comprado como la deuda hipotecaria son de la sociedad. En el primer caso diremos que se trata de una deuda no social; en el segundo, de una social.

Dado el régimen especial de sociedad conyugal existente en Colombia a partir de la vigencia de la Ley 28 de 1932, en que cada cón-

yuge administra separadamente sus bienes, resulta que mientras exista no será necesario examinar qué bienes y qué deudas son sociales o no. En efecto, 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, cuáles son los gananciales y cuáles no. La misma operación debe hacerse en relación con las deudas.

Regresando al ejemplo anterior y suponiendo que cada inmueble valga doscientos mil pesos, con su respectiva deuda hipotecaria de cien mil pesos, único haber del marido en el momento en que se disuelva la sociedad, la liquidación se hará así:

a) Bien de exclusiva propiedad del marido: el inmueble que tenía al casarse, avaluado en doscientos mil pesos; deuda a cargo del marido (o sea de sus herederos): el valor de la hipoteca de cien mil pesos.

b) Activo de la sociedad conyugal (o bienes gananciales): el inmueble comprado durante la sociedad, avaluado en doscientos mil pesos; deuda que grava la masa de gananciales: la hipoteca que grava el inmueble ganancial y que asciende a cien mil pesos. Caso en el cual, a la viuda se le adjudica la mitad del valor del inmueble ganancial e igualmente la obligación de pagar la mitad de la deuda

que lo grava (en resumidas cuentas recibirá un activo líquido de cincuenta mil pesos).

En algunos casos, la cuestión relativa a deudas de los cónyuges frente a terceros, cuando la sociedad se disuelve, es fácil de determinar, especialmente cuando todos los bienes son gananciales, o cuando todos son de exclusiva propiedad del cónyuge. En el primer caso, todas las deudas serán sociales; en el segundo, ninguna tendrá tal calidad. Pero cambia la cuestión cuando dentro del patrimonio de cada cónyuge existen unos bienes que son gananciales y otros que no lo son, y al lado del activo existe igualmente un pasivo (13).

Junto a las deudas de los cónyuges frente a terceros, existen deudas de los bienes propios exclusivos frente a los bienes gananciales, y deudas de éstos respecto de aquellos bienes. Estas deudas internas (que en riguroso sentido no son deudas) han recibido tradicionalmente el nombre de teoría de las recompensas.

4.1 DE LAS DEUDAS SOCIALES

En general, las mismas causas que sirven para dar a un bien la cali-

(13) La distinción entre deudas sociales y deudas no sociales es esencial en un régimen de sociedad conyugal de gananciales con administración separada por parte de los cónyuges. Tal distinción no era necesaria antes de la expedición de la Ley 28-1932.

dad de ganancial o no ganancial, sirven para determinar qué 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 los impuestos y demás gastos para obtener la adjudicación libre de bienes hereditarios), engendran pasivo de los bienes exclusivamente propios o bienes no gananciales.

Partidas principales que producen deudas sociales. El pasivo del haber social frente a terceros (o deudas sociales de los cónyuges) lo señala el Código, pero con referencia al antiguo sistema en que el marido administraba soberanamente tanto los bienes sociales como los de la mujer. Por ese motivo, el ord. 3o. del artículo 1796 advertía que la sociedad era obligada al pago de las deudas personales de los cónyuges, "quedando el deudor obligado a compensar a la sociedad lo que ésta invierte en ello". Hoy día, en virtud de la separación de activos y de deudas de los cónyuges no existe esa obligación a cargo del haber social. Por otra parte el citado artículo 1796 no agota todos los casos en que una deuda tiene la calidad de social. De todos modos, las partidas principales que engendran deudas sociales en relación con terceros, a par

tin del 1o. de enero de 1933, son :

- Todas las deudas contraídas para el sostenimiento del hogar, mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes, y de toda otra carga de familia (Código Civil, artículo 1796 ord. 5o., y 1800, nueva red. del Decreto 2820 de 1974). 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 mencionadas cargas, producen una deuda social. Justamente, la principal finalidad de la sociedad conyugal consiste en destinar sus entradas al sostenimiento del hogar. La expresión cargas familiares tiene una acepción amplia, pues comprende no solo de 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 accidente sufrido por uno de los cónyuges, los gastos de enfermedad del marido, la mujer o uno de los hijos, etc.

Genera deuda social el pago de los gastos de funerales y entierro de cualquiera de los hijos, como del cónyuge difunto (14).

(14) Algunos autores dicen que los gastos de entierro del cónyuge no son deuda social, puesto que se producen cuando la sociedad se ha disuelto; sin embargo, otros autores sostienen lo contrario.

No son deuda social los alimentos que uno de los cónyuges está obligado a dar a sus hijos legítimos de anterior matrimonio (Código Civil, artículo 1796, ond. 2o., y 1800, nueva red. del Decreto 2820 de 1974).

- Todos los gastos hechos para la adquisición de un bien ganancial, lo mismo que los precios o saldos que se queden debiendo en virtud de esa adquisición. Con razón se dice que, como regla general, la sociedad está obligada a soportar el pasivo en la medida en que adquiere el activo (Ubi emolumentum ibi onus) (15). Si durante la sociedad el marido estableció un comercio o industria, es lógico que sean deudas sociales las existentes a la disolución de la sociedad y que hayan sido motivadas por la instalación de dicha industria o comercio, o para su movimiento o desarrollo. La razón estriba en que el pasivo es consecuencia directa del mismo activo social.

- Todas las cargas y reparaciones fructuarias de los bienes sociales (Código Civil, artículo 1796, ond. 4o.), así como los bienes no sociales de cada cónyuge. Ningún problema se presenta 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 car-

(15) VAZ FERREIRA. Op Cit., Tomo J, núm. 178.

gas de los bienes de exclusiva propiedad de los cónyuges (bienes no sociales). La razón es simple: dichos bienes se encuentran al servicio de la sociedad, trabajan y producen para ella, luego la sociedad debe cargar con las reparaciones ordinarias (o menores) para conservarlos en buen estado de producción.

En esta parte nos referimos a las reparaciones corrientes, es decir, a las expensas ordinarias de conservación y cultivo de que habla el artículo 854 del Código Civil, no a las reparaciones mayores de los bienes no garantizados a que se refieren los artículos 856 y 857 del Código Civil, las cuales en ningún caso generan deuda social.

- Según el ordinal 1o. del artículo 1796, la sociedad está obligada al pago de las pensiones e intereses que corran, ya sea contra la sociedad o contra cualquiera de los cónyuges y que se devenguen durante la sociedad.

A simple vista no aparece claro por qué los intereses de deudas no sociales se encuentran a cargo de la sociedad. El motivo reside en que si los intereses de créditos de exclusiva propiedad de un cónyuge y las rentas de bienes no sociales pertenecen al haber social, correlativamente debe cargar con intereses de deudas no sociales. Si el marido, al casarse, es dueño de un inmueble que produce cinco mil pesos de renta mensual, y a la vez debe parte

del precio por el que debe cancelar tres mil pesos de intereses, no sería justo que los cinco mil pesos que produce el inmueble fueran garanciales y no estuviera a cargo de la sociedad el pago de los tres mil pesos de intereses.

4.2 DEUDAS SOCIALES SOLIDARIAS.

Mientras exista la sociedad, todas las deudas de los cónyuges (tanto las sociales como las no sociales) son estrictamente personales en forma que el acreedor puede perseguir para su satisfacción únicamente los bienes del cónyuge deudor. Pero esta regla general tiene una importante excepción, que es la prevista por el artículo 20 de la Ley 28 de 1932, el cual dice: "cada uno de los cónyuges será responsable de las deudas que personalmente contraiga, salvo las concernientes a satisfacer las ordinarias necesidades domésticas o de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes respecto de los cuales responderán solidariamente ante terceros, y proporcionalmente entre sí, conforme al Código Civil".

Así, si la madre matricula en el colegio a un hijo común y contrae la obligación de pagar las pensiones, el director del colegio podrá perseguir los bienes del marido para el pago, en el caso de que la madre no pague.

4.3 DE LAS 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 las siguientes:

- Los gastos hechos para la adquisición de un bien de su exclusiva propiedad, como los precios o saldos que se quedan por causa de esa adquisición (Código Civil, artículo 1801). Debe tenerse presente que el artículo 1801 del Código advierte que semejantes gastos y saldos se presumen erogados por la sociedad y se deberán abonar; con lo cual se indica que se trata de deudas no sociales.

Tal sucede con la adquisición de una herencia o legado. si el adquirente toma en préstamo el dinero suficiente para pagar los impuestos que gravan las herencias, tendremos una deuda social; y si en ese momento se disuelve la sociedad, dicha deuda debe deducirse del capital exclusivamente propio y en ningún caso de los bienes gananciales.

Lo mismo acontece con el saldo del precio de un bien que tiene uno de los cónyuges en el momento de casarse.

- Las reparaciones extraordinarias de los bienes exclusivamente propios. A este respecto debe tenerse en cuenta la clasificación

que hace el Código entre reparaciones ordinarias, o sean las expensas corrientes de conservación y cultivo (artículo 854) y que corresponde hacer el usufructuario, pues se reducen a mantener la cosa en su estado normal de productividad; y las extraordinarias, denominadas "obras o refacciones mayores" y que debe hacerlas el propietario (Código Civil, artículos 856 y 857). Aplicando a la sociedad conyugal la citada clasificación, resulta: en lo que toca con los bienes (especialmente inmuebles) de la exclusiva propiedad de uno de los cónyuges, la sociedad está obligada a hacer las reparaciones corrientes, según ya dijimos en el párrafo anterior, de la misma manera que el usufructuario; pero no las reparaciones extraordinarias o mayores, las cuales corresponden al propietario.

- Las cargas familiares distintas de las del sostenimiento del hogar, educación, crianza y sostenimiento de los hijos legítimos comunes. El artículo 1796, ord. 2o. (red. del Decreto 2820 de 1974) cita como ejemplo de deudas no sociales las contraídas por un cónyuge para el establecimiento de los hijos de un matrimonio anterior. También podrían citarse las empleadas para la educación y sostenimiento de los hijos naturales. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 1800 (red. del Decreto 2820 de 1974).

- No es de cargo del haber social, sino de los patrimonios exclusivamente particulares, el pago de las multas y reparaciones pecunarias a que fuere condenado uno de los cónyuges por algún delito o ilícito civil (Código Civil, artículo 1804). 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 por que 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.

4.4 DEL PASIVO INTERNO ENTRE BIENES GANANCIALES Y BIENES NO GANANCIALES

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 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 solo 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 hayan adquirido a título gratuito, no se hayan confundido con los bienes que hacen 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 no 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, fue vendido y con el precio se adquirió otro, sin haber operado 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, será la masa común la que deberá indemnizarse en razón de la deuda pagada.

Lo dicho nos enseña que el día en que se disuelva la sociedad será

necesario establecen 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 (Código Civil, artículos 1801, 1802, 1803 y 1804).

4.4.1 Principales Recompensas en Favor de los Bienes no Gananciales

Aquí contemplamos casos de disminución de los bienes no gananciales que producen correlativamente un aumento en el haber social.

La masa de gananciales debe a los cónyuges el valor de los bienes de propiedad exclusiva de ellos, que fueron enajenados durante la sociedad y que ingresaron a su activo, enriqueciéndolo sin causa legítima. El artículo 1797 se refiere a ventas de bienes propios del marido o la mujer cuyo precio ingresa al haber social; pero la regla tiene aplicación más general, pues puede tratarse de enajenación mediante permuta, aporte a una sociedad, remate judicial, etc. Desde luego, para que se produzca la recompensa se requiere que no haya habido subrogación real. Más debe tenerse en cuenta que aún cuando se haya verificado la subrogación real, la sociedad debe el saldo que ingresa a su activo, como cuando el bien se vendió por cien mil pesos y el nuevo bien subrogado vale solo

sesenta mil pesos; si el saldo de cuarenta mil pesos aumentó el haber social, la sociedad debe ese valor al cónyuge empobrecido (Código Civil, artículo 1790).

La recta inteligencia a que se refiere el artículo 1797 del Código Civil, debe hacerse en función de las siguientes razones:

a) La sociedad solo debe el precio invertido en la adquisición del nuevo bien, aunque éste, en el momento de la disolución de aquella, valiere más; es decir, que el mayor valor del bien entre el día en que se adquirió y el momento de la liquidación, lo hace suyo la masa de garanciales (16). Ejemplo: se vende por cien mil pesos un inmueble propio exclusivo del marido; el nuevo bien que se compra por cien mil pesos en 1935, vale en 19968, de la liquidación de la sociedad, la suma de seiscientos mil pesos. La sociedad solo debe cien mil pesos que se invirtieron en 1935 en su adquisición.

b) La indemnización o recompensa que debe la sociedad, nunca puede ser superior al enriquecimiento efectivo que se realizó; lo cual indica que en ningún caso la recompensa de que se habla puede ser fuente de un empobrecimiento para la sociedad. Ejemplo: la con

(16) VAZ FERREIRA, Op. Cit., Tomo II, Núm. 268.

El cónyuge vende un inmueble que tenía al casarse, en la suma de doscientos mil pesos y con dicho precio establece un almacén que solo vale cien mil pesos el día de la disolución de la sociedad. La mujer tiene derecho a ser indemnizada por la suma de cien mil pesos, pues solo en dicho valor se enriqueció la sociedad. Sin embargo, algunos autores han establecido que el artículo 1797 ordena una indemnización por el precio de venta del bien vendido y que en el ejemplo propuesto es de doscientos mil pesos. Esta es una interpretación exegética que olvida el principio que la rige, o sea, evitar un enriquecimiento indebido a la masa de gananciales. El mismo artículo 1797 cita dos casos en que la sociedad no se enriquece con el precio de la venta y no ordena, por lo tanto, la recompensa: en primer término, cuando el nuevo bien se subroga al anterior, y, en segundo lugar, cuando el precio de la venta se emplea en el pago de deudas personales (no sociales) u otro negocio personal del cónyuge de quien era la cosa vendida. No importa que el artículo 1797 no haya previsto el caso en que la sociedad no alcanza a enriquecerse con el valor total del precio, pues la correcta aplicación del principio que prohíbe los enriquecimientos incausados, es suficiente guía para decretar la recompensa únicamente a concurrencia del beneficio obtenido para la sociedad.

El ejemplo anterior lo podemos completar suponiendo que el marido hizo, durante la sociedad, bienes gananciales por diez mil pesos; la mujer tiene, a la disolución, el citado almacén, que vale cien

mil pesos; consecuencia de la venta de un inmueble no ganancial, por doscientos mil pesos, teniendo derecho a recompensa; los del marido son cien mil pesos. De la masa total de gananciales, que son doscientos mil pesos, se deducen cien mil pesos de recompensa para la mujer, pues en dicha suma se enriqueció la sociedad; los restantes cien mil pesos se dividen en dos partes, de manera que el marido recibe cincuenta mil pesos y la mujer un total de ciento cincuenta mil pesos (cien mil pesos por concepto de recompensa y cincuenta mil por su participación en los gananciales). Pero al aplicar exegéticamente el artículo 1797, a la mujer habría que darle doscientos mil pesos por concepto de recompensa; de esta suerte, el marido nada recibiría, solución que debe rechazarse en nombre del buen sentido y de elementales postulados de equidad.

Por lo común, se debe recompensa al marido o a la mujer en virtud de deudas sociales canceladas durante la sociedad con bienes de su exclusiva propiedad. Si se compra un edificio por medio millón de pesos y se queda debiendo un saldo de doscientos mil pesos, y el marido vende un inmueble suyo no ganancial para cancelar dicha deuda, la sociedad debe indemnizarlo por dicha suma. La misma solución cuando la mujer vende un bien suyo no ganancial para gastos ordinarios del hogar, educación y sostenimiento de los hijos comunes.

Rige igualmente la regla enunciada, cuando los acreedores, en ra

zón de una deuda que tiene la calidad de social, embargan y rematan un bien del cónyuge deudor que es de su exclusiva propiedad.

Si uno de los bienes no gananciales se destruye o desmejora notablemente y se recibe una indemnización por dicha pérdida o desmejora, se le debe recompensa al cónyuge dueño del bien si el valor de la indemnización recibida acrecentó el haber social (17).

4.4.2 Principales Recompensas en Favor del Haber Social

Dentro del normal movimiento de los bienes de los cónyuges, puede resultar aumento el patrimonio no ganancial con ventajas patrimoniales que han debido entrar al haber social; asimismo puede resultar disminuido el causal social en razón de disposiciones a título gratuito de bienes gananciales o por daños que se le hayan causado. En consecuencia, las principales partidas que dan origen a una recompensa o indemnización en favor de la sociedad conyugal, son las siguientes:

- El salto por concepto de subrogación, cuando un nuevo bien subroga a uno de exclusiva propiedad del cónyuge y vale más que el anterior: por ejemplo, se vende un inmueble por doscientos cincuenta millones y se compra otro por trescientos millones.

(17) VAZ FERREIRA, Op. Cit. Tomo JJ, núm. 273.

enta mil (Código Civil, artículo 1790, párr. 2o.).

- La cancelación que se hiciera durante la sociedad de cualquier deuda no social, da lugar a una recompensa en favor de la masa de gananciales. En el S. 70 hemos enunciado las principales deudas no sociales de los cónyuges frente a terceros; pero es posible que el cónyuge deudor las pague durante la sociedad con dineros que han debido engrosar el haber social; ello da lugar a una recompensa en favor de la sociedad. Tal sucede con el pago de precios, saldos, gastos y expensas de toda clase que se hicieren en el cobro o adquisición de bienes que entren al patrimonio de exclusiva propiedad de uno de los cónyuges (artículo 1801). Igualmente con el pago, durante la sociedad, de reparaciones extraordinarias realizadas en bienes de exclusiva propiedad de cualquiera de los cónyuges, o el pago de multas y reparaciones pecuniarias (artículo 1804). También con la cancelación de deudas que uno de los cónyuges tenía antes de casarse.

Debe tenerse en cuenta que la ley presume, en general, que la deudas exclusivas de los cónyuges pagadas durante la sociedad, lo han sido con dineros sociales. Pero podría demostrarse lo contrario, según lo dijimos (artículo 1801).

- Las nuevas cosas que se adhieren a las fincas no gananciales de los cónyuges y que éstos obtienen por accesión, como la construc

ción hecha en solan que el cónyuge heredó o que tenía en el momento de casarse.

- El valor de toda donación que uno de los cónyuges haga "de cualquier parte del haber social, a menos que sea de poca monta, atendidas las fuerzas del haber social o que se haga parte un objeto de eminente piedad o beneficencia y sin causar grave menoscabo a dicho haber" (Código Civil, artículo 1798).

5. NATURALEZA JURÍDICA DE LA TEORÍA DE LAS RECOMPENSAS

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

5.1 ORIGEN

Fue POTHIER quien primero la enunció con carácter general (18), y en la doctrina de este autor se inspiró el Código de Napoleón y en éste don ANDRÉS BELLO.

(18) POTHIER en JOSSEFAND, *Cours de droit civil*, Tomo III, núm. 287
 NAST (en PLANJOL y RIPERT), Tomo V, núms. 446 y ss.

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

El artículo 1825 advierte que se acumulará imaginariamente al haber social todo lo que los cónyuges deban a la sociedad "por vía de recompensas o indemnización"; y el 1826 otorga derecho a los cónyuges para sacar del haber social "los precios, saldos y recompensas" que se hayan invertido en acrecentar la masa de ganancias.

5.2 FUNDAMENTO JURÍDICO DE LAS RECOMPENSAS

Algunas recompensas se fundan en el principio que prohíbe a una persona enriquecerse a expensas de otra, y otras en la regla que prohíbe lesionar un patrimonio ajeno.

- La mayoría de las recompensas no constituyen otra cosa que una aplicación del principio del enriquecimiento sin causa; son pretensiones por enriquecimiento (actio de in remverso). Así, cuando un cónyuge vende un bien de su exclusiva propiedad y el precio entra a formar parte del haber social, ya sea porque con dicho precio mejoró un bien ganancial, o se compró otro sin subrogación real, es notorio que el haber social se acrecienta por causas diferentes de

las fuentes propias de adquisición de bienes para tal haber, o sea la capitalización de frutos o emolumentos provenientes del trabajo o industria de los cónyuges; igualmente es notorio el empobrecimiento que sufre el patrimonio de exclusiva propiedad del cónyuge. Lo mismo sucede cuando un cónyuge durante la sociedad para las deudas que tenía en el momento de casarse, pues si no hubiera habido tales deudas, lo pagado habría acrecentado el haber social.

- Sin embargo, algunas recompensas no pueden explicarse por el principio mencionado, como sucede con la estatuida por el artículo 1804, vale decir, la recompensa que cada cónyuge debe a la sociedad por los perjuicios que se le causen con dolo o culpa grave, y por el pago que ella hiciera de las multas pecuniarias a que fuera ordenada por algún delito. El fundamento de esta recompensa se encuentra en la regla que ordena indemnizar los actos ilícitos (Código Civil, artículo 2341). Igual fundamento tienen las recompensas de los artículos 1798 y 1803, o sea la indemnización a la masa común en razón de las donaciones cuantiosas.

5.3 REQUISITOS QUE DEBE RELINJIR UNA RECOMPENSA

Cualquier recompensa exige:

a) Que haya habido un efectivo empobrecimiento de uno de los patrimonios.

b) Que ese empobrecimiento exista en el momento en que se disuelva la sociedad.

- Las recompensas no son sino indemnizaciones, y solo se indemniza cuando se haya causado un perjuicio, esto es, un empobrecimiento. Así, una donación cuantiosa de bienes que tienen el carácter de gananciales, causa un empobrecimiento en la masa que integra estos bienes, y ese empobrecimiento producirá una disminución de los gananciales que correspondan a cada cónyuge el día en que la sociedad se disuelva.

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

- La existencia de una recompensa y su cuantía se determina el día de la disolución de la sociedad y no en un momento anterior. Es posible que la masa de gananciales se haya enriquecido durante la

sociedad, pero que posteriormente haya desaparecido ese valor, como cuando con el precio de venta de un inmueble de uno de los cónyuges se compra una maquinaria que pertenece al activo social; si la maquinaria se acaba y su valor social no aparece cuando se decreta la disolución de la sociedad, ésta no está obligada a recompensar al cónyuge. De la regla expuesta hace el Código una importante aplicación en el artículo 1802, la cual debe extenderse por analogía a los demás casos.

6. CONCLUSIONES

Después de haber realizado un detallado análisis de los distintos bienes que se encuentran al hacer el inventario y avalúo del haber de la sociedad conyugal, podemos decir que, uno de estos bienes son de propiedad del marido, otros son exclusivamente de la mujer y algunos de la sociedad conyugal.

De la anterior manifestación deducimos que son de propiedad exclusiva de cada uno de los cónyuges, aquellas propiedades que posea antes de la celebración del matrimonio y otros que durante la existencia del vínculo han adquirido a título gratuito por donación, herencia o legado. Ahora, se considera bienes de propiedad de la sociedad conyugal aquellos que se adquieren a título oneroso, todos los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros de cualquiera naturaleza que provengan, sea de los bienes sociales, sea de los bienes propios de cada uno de los cónyuges y que se devenguen durante el matrimonio.

De donde llegamos a la conclusión que al disolver y liquidar la sociedad conyugal, debemos tener en cuenta ante todo la proceden

cia o forma como se han adquirido los bienes; para así, no caer en injusticias e indebidas adjudicaciones de los bienes.

BIBLIOGRAFIA

CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario del Derecho Usual*, Barcelona, Edit. Labor S. A. 1967.

CASTRO, José Felix. *Estatuto de la Mujer*, Bogotá. Librería Publicitaria, 1975.

FERNANDEZ CLERICO, Luis. *Diccionario de la Lengua Castellana*, Ciencia y Arte.

LOPEZ DE LA PAVA, Enrique. *Derecho de Familia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1963.

ORTEGA TORRES, Jorge. *Código Civil*, Editorial Temis Librería, Bogotá Colombia, 1985.

Publicaciones Legis Editores S. A., *Código Civil y Legislación Complementaria*, Bogotá-Colombia, 1986.

SUAREZ FRANCO, Roberto. *Derecho de Familia*, Bogotá, Editorial Te

mis, 1979.

VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho Civil, Tomo V. Derecho de Familia, Reimpresión de la Cuarta Edición, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1978.*

Código de Procedimiento Civil, Editorial Temis Librería, Bogotá-Colombia, 1985.