

RÉGIMEN PATRIMONIAL EN EL MATRIMONIO Y ENTRE COMPAÑEROS PERMANENTES

Hedilberto Durán Blanco

NECESIDAD DE UN ESTATUTO INTEGRAL ACTUALIZADO

EL ARTÍCULO 42 de la C. P. consagró a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad. Reconoció que ella «se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla».

Dispuso que el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia monogámica y estableció la igualdad de todos los hijos, sin discriminación alguna. Es la familia, padres e hijos cuando son menores de edad, y no sólo los cónyuges o compañeros permanentes, la que debe ser protegida en el régimen patrimonial que aquella vida en común genera.

Se aprecia en las nuevas reformas propuestas en el país, y en otros países, el propósito de introducir modificaciones en la administración y disposición de los bienes que integran la comunidad patrimonial de cónyuges y compañeros, para proteger a los hijos durante la existencia de la comunidad patrimonial, y luego en el momento de su liquidación.

Si la familia tiene la especial protección integral del Estado y han desaparecido las clasificaciones entre hijos de buen origen e hijos espurios, y se consagra la libertad de decidir su formación ya por el matrimonio o mediante la simple unión del varón y la mujer, debe estudiarse la conveniencia de asimilar en un solo régimen jurídico tanto el evento del matrimonio como la simple unión marital de hecho.

Todo parece indicar que la incertidumbre acerca de la iniciación de la vida en común de compañeros permanentes, para dar comienzo a la comunidad patrimonial, constituye un punto de necesaria distinción respecto de la sociedad conyugal entre parejas casadas, punto que bien podría obviarse regulando un registro de dichas uniones, a la manera del registro civil del matrimonio, sin tener que esperar el plazo de los dos años, que deja los bienes en un limbo jurídico, generador de serios conflictos y situaciones claramente injustas. Si la pareja, antes de cumplir los dos años, ha acumulado un patrimonio común, haciendo vida marital singular, no hay participación recíproca, respecto de ese incremento, por parte de los compañeros permanentes.

Y por lo que se refiere a los bienes adquiridos desde que ha comenzado la unión marital de hecho, pero antes de cumplirse los dos años, ¿cuál es su naturaleza? ¿Pertenecen a dicha comunidad, o sólo se tienen en cuenta los adquiridos a título oneroso luego de haber traspasado el límite de los dos años? La Ley 54 de 1990 dejó sin regular todos los deberes que la vida marital de los compañeros permanentes por su misma naturaleza impone y como fuente que es de la familia.

El artículo 3º de la referida ley, al establecer el deber de ayuda y socorro podría interpretarse en el sentido de que los compañeros permanentes se deben alimentos.

Pero la verdadera formación de la familia, y el hogar necesario para el debido desarrollo de la progeñe, impone extender a los compañeros permanentes los deberes de fidelidad, respeto y socorro mutuos, y autoriza al afectado con el incumplimiento de tales deberes para solicitar, al tenor del artículo 5º numeral d de la Ley 54, la declaración judicial de disolución de la comunidad patrimonial.

No puede perderse de vista que la norma constitucional le ha dado a una y otra forma de la unión del varón y la mujer la trascendencia de originar la familia, cuya especial protección ha impuesto a la sociedad y al Estado.

Preciso será entonces considerar la conveniencia de establecer un estatuto sistemático y general, que comprenda el régimen patrimonial que se origina por la unión del varón y la mujer, provenga de la unión matrimonial o la voluntad libre de conformar la familia, fijando en ésta un comienzo sin que tenga que someterse a un término de prueba de dos años.

Otro aspecto de importancia es precisar si los bienes muebles habidos antes del matrimonio o durante éste a título gratuito cuando no son fungibles ingresan al haber social. Mientras el artículo 1781 del Código Civil, en su numeral 4, dispone que los bienes muebles que los cónyuges tengan al momento de contraer matrimonio, o los que adquieran a cualquier título, comprendiendo aun los que se logran a título gratuito, forman parte del haber de la sociedad conyugal con la obligación de restituirlos en su valor, el parágrafo del artículo 3º de la Ley 54 de 1990 los excluye.

Podrá tenerse esta exclusión como un argumento decisorio en favor de la tesis de que el patrimonial común se forma sólo con los bienes, muebles o inmuebles, que se adquieran a título oneroso durante la existencia de la sociedad conyugal o la sociedad patrimonial de compañeros permanentes.

En el año 1932, mediante la Ley 28 de ese año, se le dio plena capacidad a la mujer casada para administrar y disponer de los bienes propios y sociales, radicados en su cabeza, identificándola así con la capacidad jurídica del varón. Con ello se lograba una meta de justicia pregonada en la campaña presidencial de Enrique Olaya Herrera.

El transcurso del tiempo, la especial protección de los hijos menores, el hecho indiscutible de ser hoy mayor el número de matrimonios mal avenidos e igualmente más frecuentes las uniones no matrimoniales, pero que integran una familia, han llevado a la necesidad de establecer limitaciones a la autonomía de los cónyuges para disponer de ciertos bienes, indispensables en el buen desarrollo de la familia.

Así lo establecen, entre otros, los artículos 42 del Código de Familia de Costa Rica, 36 del Código de Cuba y 168 del Código Civil de Venezuela, y así se establece en la "afectación de la vivienda familiar" que regula la Ley 258 de 1996, de la cual se hará especial consideración posteriormente.

Es oportuno hacer referencia a que los cónyuges, al igual que los compañeros permanentes, son los únicos administradores de bienes que no están obligados a explicar y responder por la libre administración que hacen de los bienes comunes.

El Código Alemán de 1900, en su artículo 1389, dispone:

«Los cónyuges en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación matrimonial sólo han de responder recíprocamente de aquel cuidado que suelen poner en sus asuntos propios».

No conozco ningún caso en que se haya deducido una responsabilidad a cargo de uno de los cónyuges por el ejercicio libre de disposición de bienes sociales cuando se haya hecho con clara desviación del interés familiar, produciendo un daño.

Es conveniente establecer reglas sobre la administración de los bienes sociales, para que aquel de los cónyuges que no cumpla con la diligencia debida asuma la reparación del daño que recibe la sociedad conyugal.

No es clara la reglamentación de las recompensas de los cónyuges para la sociedad conyugal, y de ésta para con aquéllos, cuando se ha producido un beneficio que conlleva empobrecimiento al otro.

La sola circunstancia de que tales recompensas se hacen por el valor nominal que tengan al momento de la inversión, dado el fenómeno devaluativo de nuestra moneda, implica como resultado que no repara el injusto enriquecimiento. La necesidad de acudir al proceso ordinario para determinar la responsabilidad de los cónyuges en la administración de los bienes, o para lograr el restablecimiento patrimonial, en caso de actos fraudulentos, son razones que hacen imperativa una reforma.

Por último, tener en cuenta a los hijos menores como partes integrantes de la familia, al momento de liquidarse la sociedad conyugal, o la comunidad patrimonial de compañeros permanentes, para protegerlos, constituye otro motivo que confirma la necesidad de una reforma.

Todas estas circunstancias indican que existe la necesidad de integrar un estatuto del régimen patrimonial que se origina en el matrimonio y del que proviene de la relación no matrimonial, para que al darle la debida protección a la familia, y teniendo como directriz la progeñe, se establezcan normas que regulen la formación del patrimonio común, su finalidad, su administración y disposición, la responsabilidad en ésta, las recompensas que surgen como consecuencia de dicha administración y la liquidación de la comunidad, habida cuenta de las necesidades de los menores hijos.

En la Ley 54 de 1990, respecto de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, se estableció un término de prescripción de un año (art. 8°).

Otras legislaciones han fijado como una de las causales de disolución de la sociedad conyugal la separación de hecho por más de un año.

La primera, la de la prescripción, o la de la disolución por una separación de hecho por más de un año, vendría a solucionar los casos aberrantes de que la sociedad subsista a pesar de no haber comunidad de vida entre los cónyuges ni contribución al incremento patrimonial.

Son todos éstos factores que me propongo analizar con el propósito de sugerir algunos temas de discusión y análisis, en busca de una reforma integral al régimen patrimonial, ya sea por el matrimonio o por la comunidad de vida entre compañeros permanentes.

PUEDE ESTABLECERSE UN MISMO RÉGIMEN JURÍDICO A LAS SOCIEDADES CONYUGAL Y DE COMPAÑEROS PERMANENTES

DE LA CONVIVENCIA sexual entre un hombre y una mujer, establecida de manera permanente, ya sea dentro de las formalidades matrimoniales de ley o, como autoriza la Constitución Nacional, por la simple voluntad responsable de conformarla, se origina la familia.

La unión no matrimonial, sin formalidades, constituida por la voluntad responsable de la pareja, al igual que la matrimonial, origina una familia que requiere asistencia, educación, formación y un ambiente propicio para su pleno desarrollo.

Esta circunstancia debe llevar a señalar como deberes de los compañeros permanentes, en sus relaciones y trato familiar, los mismos que la ley ha fijado para quienes están unidos por el vínculo matrimonial.

Así será preciso consagrar el deber de fidelidad, el trato debido, el respeto mutuo y la ayuda recíproca. Y disponer también, cuando éstos deberes llegaren a quebrantarse, causales legales para que el juez declare disuelta la comunidad patrimonial entre los compañeros permanentes.

La primera dificultad que se encuentra para asimilar las dos situaciones jurídicas es poder fijar la iniciación de tales relaciones, para darles la trascendencia jurídica que estructura la comunidad patrimonial.

Esto podría obviarse con establecer la obligación que tienen varón y mujer, que hacen vida marital, de registrar tal relación en el registro notarial del estado civil, acta que deben firmar los compañeros. Y con permitir que a solicitud de cualquiera de ellos el juez, en trámite verbal, ordene la inscripción, cuando no se hiciera por mutuo acuerdo, o que tal comunidad pueda constituirse en un contrato previo a la unión, consignado en escritura pública.

No es posible concebir que, desnaturalizando la finalidad de la ley de reparar una injusta situación de muchos años, y so pretexto de aplicar los artículos 2º y 4º de la Ley 54, se someta a los compañeros permanentes a un prolongado proceso ordinario, y se les niegue la liquidación por mutuo acuerdo que autoriza el artículo 5º ordinal c de la ley mientras no se presente copia de la sentencia del juez de familia que declara la existencia de la comunidad patrimonial.

Así mismo se les impide intervenir en los procesos de sucesión de uno de los compañeros permanentes mientras no hayan cumplido con el trámite del proceso ordinario, declarativo de la comunidad patrimonial.

Ya el anterior Gobierno, a través de su ministro de Justicia, Andrés González, presentó el proyecto de Ley 123 de 1992, en el cual, en su artículo 2º, dispone:

«La unión marital de hecho crea una sociedad patrimonial entre los compañeros permanentes, *si éstos lo acordaren mediante escritura pública...*».

Se permitiría así que el mutuo acuerdo dé por constituida la sociedad patrimonial, sin que tenga que esperarse la sentencia judicial declarativa, ni los dos años del limbo jurídico. Y en el mismo proyecto se autoriza la celebración de capitulaciones para regular las relaciones patrimoniales a la manera de las capitulaciones matrimoniales del artículo 1771 y siguientes del Código Civil.

Es de observar, en el artículo 7º del mismo proyecto de ley, que al consignar las causales de disolución de la unión marital con efectos patrimoniales, en su numeral 5, dice textualmente:

«Por declaración judicial fundada en las mismas causas previstas en el numeral 2 del artículo 200 del Código Civil».

Y el artículo 200 citado establece como causales de separación de bienes el incumplimiento de los deberes personales que la ley impone a los cónyuges unidos en matrimonio.

Se apreciará entonces cómo es necesario para la sociedad, y es procedente desde el punto de vista jurídico, establecer un régimen común para las sociedades patrimoniales, ya nazcan con el matrimonio o con la voluntad responsable de unirse el varón y la mujer para una vida en común.

No se trata del imposible de juntar el agua con el aceite, ni “la escoria con el oro”, de triste discriminación, sino de registrar relaciones entre seres humanos, que por mandato constitucional son todos iguales ante la ley.

LOS BIENES MUEBLES QUE SE TENGAN AL CONTRAER MATRIMONIO
O SE ADQUIERAN DURANTE LA EXISTENCIA
DE LA SOCIEDAD CONYUGAL A TÍTULO GRATUITO NO INGRESAN
AL HABER DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

EL NUMERAL 4 del artículo 1781 del C. C. dispone que forman parte del haber de la sociedad conyugal, «las cosas fungibles y especies muebles que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o *durante él adquiere*, quedando obligada la sociedad a restituir su valor según el que tuvieron al tiempo del aporte o de la adquisición».

Quedan comprendidos dentro del haber de la sociedad conyugal no sólo los bienes muebles adquiridos a título oneroso, sino igualmente los que tuviere alguno de los cónyuges al contraer matrimonio y los adquiridos durante la existencia de la sociedad conyugal a título gratuito.

El parágrafo del artículo 3º de la Ley 54 de 1990 dispone que «no forman parte del haber de la sociedad [se refiere a la existencia entre compañeros permanentes] los bienes adquiridos en virtud de donación, herencia o legado, ni los que se hubieren adquirido antes de iniciar la unión marital de hecho».

Excluye esta disposición de la comunidad entre compañeros permanentes los bienes muebles, que en criterio de la Honorable Corte, en algunas providencias, y de respetables autores, ingresan al haber de la sociedad conyugal, para ser restituido su valor «según el que tuvieron al tiempo del aporte o de la adquisición».

Todo parece indicar que no sea justa al régimen de separación de bienes, durante la existencia de la sociedad conyugal y comunidad de gananciales diferida a la liquidación que fue el que orientó la reforma de la Ley 28 de 1932.

Era explicable que al ser el varón el representante legal de la esposa, y único dueño ante terceros de los bienes sociales, para la administración y disposición de los bienes muebles, éstos, los anteriores a la celebración del matrimonio y los adquiridos a título gratuito durante la existencia de la sociedad conyugal, debían ingresar al haber social de manera inexorable. Pero luego de haber consagrado la administración separada e independiente tanto de los bienes propios como de los sociales, y establecido un régimen jurídico de separación provisional y una comunidad de gananciales diferida a la disolución de la sociedad conyugal, carece de toda justificación la norma criticada.

El criterio de que la Ley 28 acababa con la comunidad de muebles, e integraba la comunidad sólo con gananciales que hubieran logrado uno y otro cónyuge, durante la existencia de la sociedad conyugal, fue el criterio del Gobierno que presentó el proyecto y de los ponentes en el Congreso.

El Dr. Luis Felipe Latorre, eminente jurista y abogado de la Presidencia al presentar el proyecto, en la exposición de motivos dijo:

«La mujer posee la más completa capacidad jurídica. Si los cónyuges no han hecho contrato de matrimonio rige *la separación de bienes*, conservando cada cónyuge la propiedad, administración, goce y libre disposición de la fortuna [...]

«En Hungría, en cuya novísima legislación se inspira el proyecto que hoy se lleva al Congreso colombiano, “las costumbres y la legislación desconocen el poder marital y las desigualdades entre los esposos. La incapacidad jurídica de la mujer no existe. Ella puede dar, recibir, enajenar y adquirir, con toda independencia; puede intentar un proceso o defenderse sin tener que solicitar ninguna autorización.»

«El régimen matrimonial legal, en Hungría, *es una separación de bienes combinada con una comunidad de adquisiciones*. Durante el matrimonio esta comunidad no tiene sino una existencia teórica.

«Prácticamente, en tanto que la unión conyugal perdura, la situación de hecho equivale a una separación de bienes. Pura y simple. Pero la disolución del matrimonio, se hace una masa de todas las economías realizadas sobre las rentas y salarios de los dos cónyuges. Esta masa representativa de la comunidad de adquisiciones se reparte en dos porciones iguales» (cita de la autora Georgette Ciselet-la Femme, *Sus droits, sus devoirs et revendications*).

«Y en una de las ponencias, durante los debates del proyecto, se dijo: “Con este proyecto también se suprime la sociedad conyugal, *es decir, el régimen de comunidad, dejándolo únicamente para después de la disolución del matrimonio o de la liquidación de la misma sociedad*. Por una ficción el proyecto considera que una cosa inexistente hasta ayer existe en una época determinada tan pronto como se cumple un evento”».

Hoy, dada la actividad financiera, así como la de producción, en el ámbito de los negocios, a través de los valores muebles, los que han cobrado mayor importancia que la misma riqueza inmobiliaria, se aprecia la necesidad de clarificar este aspecto que crea incertidumbre y controversias en las sociedades conyugales.

ADMINISTRACIÓN SEPARADA E INDEPENDIENTE DE LOS BIENES SOCIALES

OTRO PUNTO QUE debe ser analizado con miras a su reforma es el que concierne a la administración y disposición de los bienes sociales.

El artículo 1° de la Ley 28 de 1932 consagró la administración separada e independiente de los bienes, propios y sociales, que estuviesen radicados en cabeza de cada uno de los cónyuges.

De manera inexplicable, la Ley 54 de 1990 omitió señalar cómo se administraban los bienes de la comunidad patrimonial formada por los compañeros permanentes, que hacen vida marital.

Se observa como una tendencia moderna la de establecer límites a esa libre y separada administración. Unas veces señalando bienes, los inmuebles, como de disposición conjunta de los cónyuges. Otras afectando la vivienda familiar, la que no puede ser enajenada por uno solo de los cónyuges. E igualmente a través del «patrimonio de familia inembargable».

En varios países —Cuba, artículo 36 del Código de Familia; Costa Rica, artículo 42 del mismo Código; y 168 del Código Civil de Venezuela, entre otros— se ha instituido.

Es cierto que los bienes de la sociedad conyugal y de la comunidad patrimonial entre compañeros permanentes tiene una destinación específica: sostenimiento, educación y establecimiento de la familia.

La administración de los mismos debe ejercerse con esa directriz indeclinable. Por ello, consagrado como está en el artículo 95 de la C. P., como obligación ciudadana, «respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios», valdría la pena considerar si se puede imponer como finalidad de la administración separada de los bienes sociales el sostenimiento, educación y establecimiento de la familia, y que cuando ella se desvíe comprometa la responsabilidad del cónyuge y lo obligue a reparar el daño causado. La teoría del abuso del derecho ha sido acogida por nuestra

Corte Suprema de Justicia, en varias sentencias, por ejemplo en casación de febrero 21 de 1938, XLVI, cuando dijo:

«A la antigua concepción rígida de los derechos individuales opónese hoy la teoría de su relatividad, que conduce a admitir el posible abuso de los derechos, aun de los más sagrados. Según esta teoría cada uno de los derechos tiene su razón de ser, y su misión que cumplir; cada uno de ellos persigue un fin del cual no le es dado desviarse a su titular. Los derechos son dados para la sociedad, a la cual sirven, más que al individuo; por lo tanto, no son absolutos sino relativos; deben, pues, ejercitarse dentro del plano de la respectiva institución, conforme al espíritu que los inspira, no siendo lícito imprimirles una falsa dirección sin abusar de ellos, con lo cual el titular compromete su responsabilidad hacia la víctima de esa desviación».

Para que esta responsabilidad no resulte irrisoria, podría disponerse que ella se resuelva en forma incidental dentro del proceso de separación de cuerpos, bienes o divorcio. Hoy, en realidad, cada cónyuge administra los bienes sociales, sin cumplir muchas veces la finalidad que la ley señala como destino natural de tales bienes, y ello se hace impunemente.

Menos haciendo efectivo el resarcimiento que debiera corresponder.

Paralelo a la administración de los bienes sociales está la defraudación cometida contra la sociedad conyugal, mediante formas reales o simuladas de disposición.

Podría ampliarse la sanción del artículo 1824 del C. C. haciendo que el cónyuge que cometa cualquier acto fraudulento en contra de la sociedad conyugal, para simular créditos o excluir bienes de la liquidación, pierda sus gananciales.

La verdad es que ni la amenaza de la sanción penal ha detenido a los defraudadores del patrimonio social.

Para no hacer ilusorios estos actos contra la defraudación de los intereses de los cónyuges, podría consagrarse su decisión incidental, a la manera de los negocios simulados o fraudulentos celebrados por el comerciante en quiebra, y que dispone el artículo 1972 del C. de Co., dentro de los procesos de separación de bienes y cuerpos, y de divorcio.

LAS RECOMPENSAS QUE SURGEN DURANTE LA EXISTENCIA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

SIENDO SÓLO LOS gananciales, es decir, los ahorros y capitalizaciones hechas por los cónyuges durante la existencia de la sociedad conyugal, los que van a formar la masa a partir cuando aquélla se disuelva, en el transcurrir de la vida en común es posible que la sociedad conyugal se hubiese beneficiado de bienes que sean propios de uno de los cónyuges, ya porque éstos fueron enajenados y su valor se invirtió en adquisiciones a título oneroso que pasaron a ser sociales, o porque siendo bienes fungibles existentes al momento de constituirse la sociedad, o adquiridos a título gratuito, estaban llamados a ser objeto de cambio.

O cuando el cónyuge en un bien propio, para mejorarlo, o en el pago de obligaciones personales destina bienes de la sociedad conyugal, se produce en uno y otro un desequilibrio patrimonial que debe recompensarse.

Se quiere con esto evitar un enriquecimiento injusto, ya a favor de uno de los cónyuges o en beneficio de la sociedad conyugal, y para evitarlo quien lo obtiene al momento de liquidarse la sociedad conyugal estará obligado a pagar su valor.

Los artículos 1797 a 1804 del C. C. en forma casuística consideran algunos casos de recompensa, pero dada la circunstancia de la variedad de situaciones que en

desarrollo de la vida común de la pareja pueden presentarse, es de utilidad establecer una regla general, que defina como principio que aquél de los cónyuges que por cualquier circunstancia se haya aprovechado en su exclusivo beneficio de un bien de la sociedad conyugal le deberá recompensar a ésta, y a su vez, la sociedad deberá la recompensa al cónyuge cuando éste se empobrezca por la utilidad de aquélla.

Las disposiciones sobre recompensas se han interpretado siempre en el sentido de que su pago debe hacerse por el valor nominal que tenía al momento de su aprovechamiento.

Este criterio es injusto y contrario a la finalidad que se propone mediante la recompensa: que ninguna de las partes se enriquezca en detrimento de la otra.

Para evitarlo sería conveniente que se determinara que el pago de las recompensas que sólo se hace al momento de liquidar la sociedad conyugal se haga teniendo en cuenta la depreciación monetaria y su equivalencia al momento de la liquidación.

Hoy, de acuerdo con el Código, si uno de los cónyuges ha vendido un inmueble en el año de 1950 por un valor comercial de \$30.000, y adquiere otro por ese mismo precio, al liquidarse la sociedad conyugal la recompensa sería de \$30.000, mientras que el bien social tendría un valor real de 30 millones de pesos por lo menos, lo que constituiría a todas luces una injusticia.

Esto es contrario a la finalidad que se propone la institución de la recompensa y por ello es preciso reformar su régimen estableciendo que el reconocimiento de las recompensas se hace por el valor equivalente en el momento en que se liquide la sociedad conyugal.

Otro tanto ocurre en el caso de sumas de dinero o bienes fungibles, pues éstos en razón de su naturaleza son aprovechados por la sociedad conyugal, pero al recompensarse se hace por su valor nominal.

Si realmente se desea conservar el equilibrio patrimonial entre cónyuge y sociedad conyugal, de manera tal que ni uno ni otro pueda obtener un aprovechamiento con empobrecimiento correlativo, es indispensable que se le dé valor actualizado a dicho crédito al tiempo de su pago, que es el de la liquidación de la sociedad conyugal.

Hace unos 10 años se presentó al Congreso Nacional un proyecto de ley en tal sentido, pero no fue acogido y no alcanzó a ser norma legal.

Sería ésta otra de las reformas que integraría un nuevo estatuto de la sociedad conyugal, perfectamente extendible a la comunidad patrimonial de compañeros permanentes.

LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

FIEL AL CRITERIO de que la sociedad conyugal es el medio económico con que cuenta la familia para su sostenimiento, desarrollo y establecimiento, no puede seguir considerándose como extraños en la etapa de liquidación a los hijos menores de edad. Las legislaciones modernas han tenido en cuenta los hijos y establecido normas encaminadas a su protección cuando cesa la comunidad de vida entre sus padres.

Se han aceptado como causa de la división no igual de las ganancias entre los cónyuges circunstancias especiales tales como el menor aporte hecho por uno de ellos al incremento patrimonial, el tener a su cuidado los menores hijos, o encontrarse en situaciones de invalidez.

En su obra, *Los regímenes matrimoniales en el día de hoy*, el profesor Vicente L. Simo Santoja (Editorial Aranzadi, 1978), dice:

«Hay que hacer constar que algunos regímenes, aun partiendo del principio de participación por mitad, admiten derogaciones: así se prevé que el tribunal, a petición de un cónyuge, descarte la participación igualitaria cuando el otro no ha hecho aportaciones razonables al establecimiento de la comunidad o cuando por razones de edad o de invalidez queda uno disminuido ante la vida (República Democrática Alemana), o en caso de divorcio en favor del esposo a quien se confía la custodia y educación de los hijos menores, o cuando se demuestra la mayor participación de un esposo en la adquisición de los bienes comunes (Bulgaria, Checoslovaquia, Rusia), o por otras razones, que se dejan al libre arbitrio del juez (China y Polonia). La participación igualitaria puede descartarse según el derecho danés cuando es contraria a la equidad» (p. 27).

Esto ha permitido que habiendo cesado la comunidad conyugal por separación de hecho, el cónyuge que abandona el hogar, después de que el otro cónyuge ha logrado formar un patrimonio en su ausencia, regrese a reclamar su mitad de gananciales.

Esto es claramente injusto y es tiempo que por la vía jurisprudencial se ponga remedio a esta situación claramente aberrante, aplicando un criterio de equidad, o mediante norma expresa, ya sea estableciendo un término breve para reclamar la liquidación, como dispone la Ley 54 para la comunidad entre compañeros permanentes, o disponiendo que la sociedad queda disuelta por la separación de hecho, por un lapso superior a 2 años; de manera tal que sólo quedarían comprendidos dentro de la liquidación de bienes sociales adquiridos hasta ese término prudencial de 2 años, pues los que cada cónyuge adquiere después de la disolución, así la sociedad no se haya liquidado, son bienes propios (art. 1828 C. C.).

Otro aspecto que debe ser objeto de estudio en busca de una reforma adecuada es la protección de los hijos menores y del cónyuge que los tenga a su cuidado, cuando cese la comunidad de vida entre los cónyuges.

Como se explica en el capítulo correspondiente a la Ley 258 de 1996, existía un proyecto de ley, el 018, que se fusionó con el proyecto 013, y que establecía la «indivisión condicional de la vivienda».

A través de ese proyecto se buscaba que el inmueble dedicado a la vivienda familiar permaneciera indiviso y fuera habitado por el padre y los menores hijos que quedaban a su cuidado.

Sin embargo, al aprobarse la Ley 258 en su texto no se incluyó el contenido del proyecto 018 y este aspecto de protección, que era de gran importancia en favor de los menores hijos, quedó por fuera y hoy no ha sido todavía regulado ni tenido en cuenta.

Nada dijo la Ley 258 de 1996 al respecto. Y siguen los menores hijos desamparados cuando sus padres han dejado de hacer vida en común.

En la legislación argentina, artículo 1277 del C. C., se establece como seguridad para garantizar la estabilidad de vivienda de la familia que «será necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble *propio* de uno de ellos en que está radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces».

Realmente la «afectación de vivienda familiar» establecida por la Ley 258 de 1996, que es posible no constituir cuando así lo acuerden los cónyuges, o cancelarla también por el mutuo consentimiento, si fue constituida, no es garantía de protección en favor de los menores hijos o incapaces.

El autor antes citado, Simo Santoja, en la misma obra, destaca cómo a la liquidación de la sociedad conyugal, en el derecho italiano, puede el juez «constituir un usufructo sobre la parte de bienes que corresponda al otro, cuando así lo aconsejen las necesidades de los hijos».

En el mundo moderno se sigue una orientación para hacer partícipes a los menores hijos en el resultado económico de la vida matrimonial, orientación que podría extenderse a la comunidad de vida entre compañeros permanentes.

Hoy, en nuestra legislación, los hijos son perfectamente extraños al momento de la liquidación de la sociedad conyugal. A pesar de que han participado en su incremento.

Esta situación injusta de contribuir a enriquecer la sociedad conyugal, siempre afectivamente, y en otras ocasiones también en forma material, y no poder recibir parte alguna a la liquidación de la sociedad conyugal constituye un hecho aberrante, que debe ser remediado.

Con frecuencia los cónyuges, al convenir la liquidación de la sociedad conyugal por el mutuo acuerdo, proponen hacer dejación de sus gananciales, siempre que ellos pasen a poder de sus menores hijos.

Esta fórmula no está autorizada por la ley, ni aceptada en la actividad jurisdiccional. Implicaría una donación, con requisito de insinuación notarial para su validez, y demostración de retener los bienes suficientes para la congrua subsistencia del donante. Se dice: «los hijos no son parte en la sociedad conyugal, luego no pueden recibir bienes como consecuencia de la liquidación de la sociedad».

Util sería que en la liquidación de la sociedad conyugal y en la patrimonial entre compañeros permanentes pudieran los cónyuges o concubinos asignar parte de los gananciales en favor de sus hijos menores, que luego se imputarían a sus legítimas o mejoras.

Si se abandona el criterio de que el incremento patrimonial que logran quienes hacen vida marital les pertenece y sólo les interesa a ellos, y se acoge el criterio de que la sociedad conyugal no sólo se incrementa con el aporte material, sino que la familia en sí contribuye con la asistencia afectiva y es un estímulo para el desarrollo de la producción lograda por los padres, y además que el patrimonio logrado en común por la pareja tiene un destino inexorable, cual es el sostenimiento, educación y establecimiento de los hijos comunes, no se encontraría inconveniente alguno de justicia en hacer partícipes a los hijos en la liquidación de la sociedad conyugal.

Esta participación podría hacerse mediante el aseguramiento de la vivienda, y en otras ocasiones, además, con usufructo sobre bienes de producción que garanticen la asistencia en educación y establecimiento.

ANTECEDENTES DE LA LEY 258 DE 1996

CON EL PROPÓSITO de buscarle soluciones jurídicas a los problemas que hemos enunciado en la administración y disposición de bienes de la sociedad conyugal y de la comunidad que se forma entre compañeros permanentes, se presentaron en el Congreso nacional, Cámara de Representantes, dos proyectos de reforma a la Ley 28 de 1932.

Uno lo propuso la representante por el Departamento de Risaralda, María Isabel Mejía Marulanda, y otro Viviane Morales Hoyos, representante por el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá.

En el primero, el N° 13, propuesto por Mejía Marulanda, se establecía en su artículo 1° que la administración y disposición de los bienes sociales correspondía en forma conjunta y solidaria a ambos cónyuges (art. 1° del proyecto). Y en su artículo 2° se decía textualmente:

«Para todo acto inherente a la administración y disposición de todos los bienes de la sociedad conyugal, cualesquiera que sea su naturaleza, constituye requisito esencial para su validez la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges, en forma expresa, mediante escritura pública».

Dada la amplitud de la disposición citada, para la simple administración de *los bienes de la sociedad conyugal* (bienes sociales) «cualquiera que sea su naturaleza», se requeriría, para su administración y disposición, la voluntad acordada de ambos cónyuges, expresada mediante escritura pública.

Pienso que no fue aquél el criterio de la proponente de la reforma, y que habría de reducirse en el debate a ciertos negocios de disposición y a determinados bienes muebles y todos los inmuebles.

Sancionaba con nulidad la omisión de los requisitos y el consentimiento conjunto. Y consagraba como ilícitos penales el insolventarse o simular créditos, lo que ya está consagrado en la Ley 75 de 1968.

Sin especial explicación se prohíbe la renuncia a gananciales y se extiende a la comunidad patrimonial entre compañeros permanentes las disposiciones contenidas en el proyecto. En el otro proyecto, el N° 18, presentado por la representante Viviane Morales Hoyos, se buscaba la forma de darle solución a la asistencia económica de la familia, en especial la de los hijos menores de edad, que quedaban al cuidado de uno de los cónyuges en el evento de la separación de cuerpos, divorcio y aun nulidad del matrimonio, y disponía la «indivisión del inmueble» utilizado como «vivienda familiar», mientras los hijos fuesen menores de edad, y así mismo, que debía ser habitado por el padre al cual se hubiese dejado el cuidado de los hijos menores de edad y hasta tanto éstos cumplieren la mayor edad.

En este proyecto, en su artículo 1° se disponía:

«Cuando la sociedad conyugal se disuelve y debe liquidarse, por causa de separación judicial de cuerpos, divorcio o declaración de nulidad del matrimonio, de manera que cese la obligación de cohabitación y uno de los padres quede a cargo de los hijos menores de edad habidos durante el matrimonio o legitimados, respecto del inmueble utilizado *como vivienda familiar*, que forme parte del haber social, aunque figure como su titular uno solo de los cónyuges (sic) el juez competente podrá decretar que ese bien permanezca en la indivisión *para que lo habite el padre que quede a cargo de los hijos y éstos hasta que cumplan la mayoría de edad. La sociedad conyugal se liquidará entonces respecto de los demás bienes, que se distribuirán conforme a las disposiciones legales*».

De la lectura de los dos proyectos, el N° 13 y el N° 18, se aprecia claramente que el primero se limita a consagrar nuevos requisitos para la administración y disposición de los bienes sociales, obviando de manera absoluta la protección debida a los menores hijos, en los casos de cesar la comunidad de vida entre los cónyuges. Y el segundo proyecto dejaba subsistir el problema de la administración separada e independiente de los bienes sociales, por cuenta de cada uno de los cónyuges, limitándose a consignar medidas de protección y seguridad en favor de los hijos procreados, en el caso de cesar la comunidad de vida entre cónyuges. Ambos factores, administración y disposición, por una parte, y protección para los menores hijos, constituyen hoy conflictos cuya solución debe darse para

acatar el mandamiento constitucional de los artículos 42 y 44. Se procedió entonces a integrar los dos proyectos, el distinguido con el N° 13 de 1994 y el 18 del mismo año.

Se integró así un proyecto comprendiendo las modificaciones a la administración y disposición de los bienes sociales, permitiendo que se constituyera la afectación de la vivienda familiar, para cuya enajenación se requería la firma de ambos cónyuges y que la sustraña, impidiendo su embargo, de la prenda general establecida por el artículo 2488 del C. C. para responder por las obligaciones de toda persona.

Así mismo se disponía la «indivisión condicional de la vivienda» para garantizar la vivienda al padre y a los menores hijos que, en razón de la separación de cuerpos, divorcio, nulidad del matrimonio de los cónyuges, dejaban de hacer vida común.

Sin embargo, el proyecto definitivo y aprobado por el Congreso excluyó la parte relacionada con la «indivisión condicional», que tenía como finalidad asegurar a los menores hijos en el evento de la cesación de vida en común de sus progenitores, que vino a ser la Ley 258 de 1996.

LA LEY 258 DE 1996

ESTABLECE LA AFECTACIÓN de un inmueble para vivienda familiar. Por ministerio de la ley, aquel bien inmueble sólo puede ser uno para cada familia, que se adquiera después de la vigencia de la ley, para lo cual el notario bajo la gravedad del juramento interrogará al adquirente sobre si tiene sociedad conyugal vigente o unión marital de hecho y si posee además otro inmueble afectado a vivienda familiar. Si la respuesta fuese negativa, dejará expresa constancia de la afectación del inmueble adquirido al régimen de vivienda familiar, de acuerdo con la citada ley. La consecuencia de esta afectación es que dicho inmueble no podrá ser enajenado sino con la firma de ambos cónyuges o compañeros permanentes y es inembargable, salvo que el gravamen hipotecario se hubiese constituido con anterioridad a la afectación, o sea como garantía para asegurar un préstamo para la adquisición, construcción o mejora de la vivienda.

Respecto de los bienes propios y no sociales, puede afectarse igualmente el inmueble destinado a vivienda, mediante la firma de ambos cónyuges o previo trámite notarial o judicial, cuando existe acuerdo de los cónyuges o compañeros, o judicialmente en el evento de discrepancia.

«Cuando se demande el divorcio, la separación judicial de cuerpos o bienes, la declaratoria de unión marital de hecho, la liquidación de la sociedad conyugal o de la patrimonial entre compañeros permanentes, *el demandante podrá solicitar la inscripción de la demanda* en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos donde aparezca inscrito el inmueble sometido a la afectación de vivienda familiar y *los inmuebles pertenecientes a la sociedad conyugal*, o en cualquiera de las entidades que la ley establece para el registro de bienes sujetos a este requisito».

El artículo 691 del C. P. C. permite el embargo de los bienes sociales y aun su secuestro como medida cautelar de los mismos en dichos procesos.

Conocidas las diferencias entre inscripción de la demanda, que no pone fuera del comercio y no permite su secuestro, sino simplemente hace pública su condición de *sub litis*, mientras que el embargo sí restringe la posibilidad de la enajenación y autoriza el secuestro, cabe preguntar: ¿esta norma reformó el artículo 691 del C. P. C.?

Confunde la disposición dos medidas cautelares esencialmente distintas, y afecta seriamente el interés del cónyuge o compañero permanente que promueve la acción respectiva.

Al dejar a la voluntad acorde de los cónyuges y compañeros permanentes que se constituya o no la afectación de vivienda familiar o se cancele cuando ella tuvo lugar por ministerio de la ley, no cumple la Ley 258 de 1996 la finalidad constitucional de darle seguridad a la familia respecto de su vivienda.

La desnaturalización de la Ley 70 de 1931, al limitar el valor del inmueble que se constituye en patrimonio de familia a la suma de \$10.000, y la fácil forma de su cancelación, que en un principio imponía decisión judicial con conocimiento de causa acerca de la conveniencia de la cancelación del patrimonio, y que luego se simplificó con la designación de un curador *ad-hoc*, que siempre prestaba su asentimiento a que se cancelara el régimen protector de la familia, le restó importancia a esta forma de asegurar la vivienda familiar.

Quizá por constituir una formalidad que aseguraba el acierto en los actos de disposición de los bienes sociales, hubiese sido mejor que la Ley 258 citada el proyecto 62 de 1994, presentado a la Cámara de Representantes, que ordenaba:

«La disposición de los bienes que por ley estén sujetos a una clase de registro deberá contar para tal efecto con la manifestación expresa por escrito del consentimiento de ambos cónyuges o compañeros permanentes».

Así, para la enajenación de bienes inmuebles, vehículos automotores, aportes en sociedades, y aquéllos que igualmente requerían registro público, no podían los cónyuges disponer de ellos sino de consuno.

No sabemos qué suerte corrió tal proyecto, pero probablemente, expedida la Ley 258 de 1996, el Congreso no lo tenga en cuenta.

Todo esto indica en forma clara la necesidad de organizar un proyecto que comprenda todos los aspectos del régimen patrimonial, ya del matrimonio o de la unión entre compañeros permanentes. De dar solución a los conflictos y dificultades que se aprecian e integrar en un mismo estatuto, de manera coordinada, la determinación de los bienes sociales; su administración; su disposición; la responsabilidad de los cónyuges en el ejercicio de estos derechos precise las recompensas y les dé valor, actualizado al momento de su pago, y asegure a los hijos menores partícipes y destinatarios de los beneficios logrados su *modus vivendi* mientras estén en la minoridad.

OTROS ASPECTOS QUE DEBEN SER CONSIDERADOS EN LA POSIBLE REFORMA

LOS TRATADISTAS HAN propuesto soluciones a los conflictos conyugales, para la recuperación de bienes enajenados, ya en forma gratuita o a título oneroso.

Tal es el caso de la acción pauliana o una similar que pudiera ejercitar el cónyuge para evitar el fraude cometido por el otro al disponer de bienes sociales.

El tratadista Louis Jossierand, en su obra *Derecho Civil* (Buenos Aires, Editores Bosch, 1951, T. III, Vol. I), dice al respecto, refiriéndose a la acción pauliana para reparar la defraudación que afecta los bienes sociales y cometida por uno de los cónyuges:

«Si ha habido enriquecimiento ilegítimo del marido la mujer tendrá derecho a una recompensa;

«Si ha habido disimulación, exigirá al restablecimiento de la verdad;

«Si ha existido un acto fraudulento, pero sincero, intenta en tal caso la acción

pauliana, que no es más que una adaptación de la teoría más general del abuso del derecho, pero una adaptación bastante libre, puesto que se admite: 1. que la mujer puede demandar y obtener la revocación del acto aun cuando no tuviera ella crédito que hacer valer contra su marido; 2. que esta vía de derecho se le concede aun cuando el marido sea solvente; en realidad la acción sanciona pura y simplemente un abuso de derecho cometido por el marido que ha desviado sus poderes de su destino».

En capítulo anterior sugerí la conveniencia que todos estos casos de rescisión, simulación y acción pauliana pudieran rebatirse en forma incidental dentro del proceso que origine la disolución de la sociedad conyugal, e imponer ya el resarcimiento de los perjuicios o la recompensa respectiva.

Puede afirmarse sin temor a equivocación que en la gran mayoría de los procesos judiciales que conllevan la disolución de la sociedad conyugal, previo a éstos uno u otro cónyuge ha incurrido en defraudaciones a la sociedad conyugal, que por tener que debatirse en proceso ordinario los interesados no promueven.

En la reforma que propongo se abriría el camino para la efectividad de estas reclamaciones.

CONTRATO DE ENAJENACIÓN ENTRE CÓNYUGES

EL ARTÍCULO 1852 del C. C. dispone:

«Son nulos los contratos de venta entre cónyuges no divorciados [se refiere a legal separación de cuerpos] y entre el padre y el hijo de familia».

Por su parte el artículo 3° de la Ley 28 de 1932 dice:

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

Por la primera disposición, artículo 1852, la ley sanciona con nulidad el contrato de compraventa de bienes entre cónyuges no separados legalmente, sean aquéllos muebles o inmuebles.

Y se dice que el artículo 3° de la Ley 28 sanciona con nulidad absoluta todos los contratos relativos a inmuebles celebrados entre cónyuges, comprendiendo no sólo los de venta, sino también los de arrendamiento, permuta, etc., con excepción al mandato general o especial.

La jurisprudencia ha considerado que ambas disposiciones están vigentes y que la Ley 28 de 1932 no reformó la norma del código, que sanciona con nulidad los contratos de compraventa entre cónyuges, sean bienes muebles o inmuebles.

En sentencia de junio 13 de 1991, con ponencia del Magistrado Alberto Ospina Botero, la Corte dijo:

«... C) Ahora bien, al confrontar lo que dispone el artículo 1852 del C. C. con lo que ordena el artículo 3° de la Ley 28 de 1932 se tiene que conforme al primero la venta entre cónyuges relativa a bienes muebles es nula, y, según el segundo, es válida. Para sortear, entonces, este enfrentamiento, tal como lo señala la doctrina, se debe acudir a la regla universal de hermenéutica, consistente en que en caso de oposición entre una norma anterior especial y otra posterior general debe aplicarse aquélla y no ésta. Por consiguiente, siendo así las cosas, se tiene que la venta entre cónyuges tiene que verse sobre bienes muebles es nula, por disponerlo así de manera especial, para el contrato de compraventa, el artículo 1852 del C. C.».

Hoy que los cónyuges cumplen actividades profesionales y comerciales diferentes y uno y otro se dedican a negocios de importancia es conveniente precisar y precaver

en protección de los terceros los contratos que puedan celebrar los cónyuges en el desarrollo normal de sus actividades, solucionando la incongruencia que se anota en las dos disposiciones y dejando que la vida social se desarrolle sin trabas que entorpecen los negocios y la actividad comercial.

Todas estas observaciones, y otras que en la práctica acaecen frecuentemente, ponen de bulto la necesidad urgente de una reforma legislativa.