

SOCIEDAD CONYUGAL Y SOCIEDAD PATRIMONIAL*

JORGE PARRA BENÍTEZ - GUILLERMO MONTOYA PÉREZ

- * CONFERENCIA PRONUNCIADA EN EL MARCO DEL ENCUENTRO IBEROAMERICANO DE DERECHO DE FAMILIA COMPARADO, ORGANIZADO POR LA UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA. Agosto 6 de 1998

Sumario: 1. Del régimen económico de las sociedades conyugal y patrimonial. 1.1. Generalidades. 1.2. Falencias. 2. Similitudes en la formación, composición, disolución y liquidación de la sociedad conyugal y la sociedad patrimonial, en aspectos regulados por la legislación colombiana vigente. 3. Similitudes en la formación, composición, disolución y liquidación de la sociedad conyugal y la sociedad patrimonial, en aspectos no regulados por la legislación colombiana vigente. 4. Resumen de los puntos polémicos y su debate.

PRIMERA PARTE

1. Del régimen económico de las sociedades conyugal y patrimonial

1.1 Generalidades

Abordar comparativamente los sistemas patrimoniales en las fuentes de la familia, exige caracterizarlos. Una visión de conjunto enseña que las cualidades que los rodean son uniformes y, si se quiere, universales. Sea que se acuda a la constitución de un hogar a partir del matrimonio o de una unión formal, o bien se emplee una informal o libre, en todo caso la comunidad económica que surge de esas decisiones y vivencias existe por la misma voluntad de las partes y en su ausencia por norma legal, no dan origen a personas jurídicas aunque se les nombre como sociedades y son, en fin, vínculos patrimoniales entre los miembros de la pareja.

En efecto, tanto la sociedad conyugal en el matrimonio, como la sociedad patrimonial en la unión marital de hecho, implican un régimen económico, cuya primera nota distintiva es la de ser **regulaciones legales, comunes o generales**, porque las dispone la ley y son iguales para cualquier matrimonio o unión marital. De esta manera, en ausencia de un pacto de los contrayentes o de los compañeros, rige el sistema legal. Éste, por consiguiente, es supletivo de la voluntad particular, lo que tiene un alto significado en materia de interpretación jurídica.

Mas lo anterior no es de aceptación unánime. Se ha dicho tradicionalmente que ambas son instituciones de orden público. Pero ello es apenas cierto teóricamente, porque los contrayentes o compañeros pueden llegar a estipular un reglamento propio.

Estos regímenes económicos familiares tienen la particularidad de estar siempre ligados a una fuente, material y normativamente, ora el matrimonio, ora la unión marital, y por mandato del legislador.

Para la sociedad conyugal, la fuente normativa en Colombia es el artículo 180 del código civil⁷. Tratándose de la unión marital, la fuente está contenida en el artículo 2 de la ley 54 de 1990, que establece:

“Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos:

- a) Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio, y
- b) Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho.”

No hay muchas diferencias entre el modelo colombiano y los de otros Estados iberoamericanos. Desde luego, no es ese el punto en estudio, pero baste determinar que los ordenamientos estatales en general se inclinan por sociedad de bienes en el matrimonio, con variables como la sociedad de gananciales que siguieron algunos con el ejemplo español (Argentina, Venezuela, Uruguay), o la participación de gananciales (Panamá, 1996).

Tratándose de la sociedad patrimonial o, de hecho, en la unión libre o marital, la comparación es similar en lo relativo a la estructura, puesto que de ordinario los códigos exigen el transcurso de un tiempo para la configuración de aquélla. En este aspecto la doctrina nacional propende por esa conclusión, con vista en la norma citada, aunque dicho modo de pensar es discutible.

Sociedad conyugal y sociedad patrimonial, o sus equivalentes en otras latitudes, representan la vida económica del matrimonio y de la unión marital, respectivamente. Lo cual equivale a afirmar que el patrimonio común de la

⁷ “Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, según las reglas del título 22, libro IV, del Código Civil.

Los que se hayan casado en país extranjero y se domiciliaren en Colombia, se presumirán separados de bienes, a menos que de conformidad a las leyes bajo cuyo imperio se casaron se hallen sometidos a un régimen patrimonial diferente.”

pareja, ya se consideren los bienes o activos, ya las deudas o pasivos, son lo que en esencia constituyen la sociedad conyugal o la patrimonial, caracterizadas también por ser *sociedades sin personalidad jurídica*, pero al fin y al cabo sociedades, nota esta que sirve para asegurar que dicho patrimonio es el fruto del esfuerzo de los asociados, cónyuges o compañeros.

Estas dos instituciones, sociedad conyugal y sociedad patrimonial, son comunidades de bienes, invisibles si se quiere jurídicamente, que se concretan en los que existan al momento de la disolución y se reputen, para entonces, como sociales. Pero esto es diferente, por la apariencia, a que no se perfilen sino cuando se extingan, como se ha dicho de la sociedad conyugal en frase más propia del discurso que de la reflexión (porque exteriormente refleja un estado de separación de bienes). En verdad, hay argumentos de sobra para sostener que nacen desde que se producen los hechos que las originan y no antes y menos después, como se pretende para la sociedad patrimonial, en el evidente error en que se incurre en Colombia, cuando se afirma que requiere de dos años para su conformación.²

La importancia de la sociedad conyugal y de la sociedad patrimonial es innegable. Siendo regímenes comunitarios de bienes, puede asegurarse, con la autoridad de los Mazeaud, que su presencia en el discurrir de la familia obedece a que no es posible suponer que en ésta cada uno de sus miembros lleve un tren de vida propio, cuando la familia misma es vida común y ésta “entraña inevitablemente una fusión de los bienes mobiliarios, de los ingresos y de los gastos. Inclusive, cuando los esposos resuelven vivir separados de bienes, se van a plantear muchos problemas jurídicos. La ley debe prevenirlos”.³

De donde se sigue que la sociedad conyugal es un vínculo patrimonial entre los esposos, como dijo la Corte Suprema de Justicia colombiana en sentencia de octubre 20 de 1937. De igual forma, la sociedad patrimonial es vínculo patrimonial entre los compañeros permanentes o convivientes como se les denomina en otras partes.

En resumen, en el matrimonio y en la unión libre o marital, surgen con igualdad de razón y propósito sociedades de bienes que, al menos en ese sentido, gozan de unidad, la que ha servido a ciertas legislaciones para equi-

² Aunque, en general, las legislaciones todas trabajan con presunción apoyada en un tiempo. Panamá y Paraguay, por ejemplo, exigen cinco años para esa presunción. Ecuador impone dos años y Guatemala tres.

³ Cita de Roberto Suárez Franco, Derecho de Familia, Temis, 5ª edición, 1990, página 236.

parar la unión voluntaria al matrimonio formal, haciéndole producir sus mismos efectos. Así sucede en Cuba, Bolivia, Rusia y ocurría en Panamá a la luz del estatuto que fue promulgado en 1956, hoy reemplazado por la ley 13 de 1994, que dispone en el artículo 53:

“La unión de hecho entre personas legalmente capacitadas para contraer matrimonio, mantenida durante cinco (5) años consecutivos en condiciones de singularidad y estabilidad, **surtirá todos los efectos del matrimonio civil**”.

1.2 Falencias

La silueta esbozada, sin embargo, lleva a vislumbrar una primera falencia en estos regímenes: la participación de los asociados en el patrimonio común es igualitaria, con sólo igualdad matemática, y no se basa en la realidad de los casos concretos, en los hechos que en éstos configuren situaciones particulares de adquisición o incremento de los bienes o de los pasivos por uno solo de ellos. Se postula como carencia porque todo régimen legal debe estar fundado en la equidad y porque ésta no siempre es el resultado de la igualdad numérica. No basta, por ejemplo, que una partición de bienes entre cónyuges o compañeros distribuya a cada uno con exactitud un 50%, para categóricamente predicar que la división fue equitativa.

Otra insuficiencia de estos sistemas surge de la desconexión que muestran sus normas de la realidad económica. En Colombia, frente al supuesto de la sociedad conyugal, es comprensible que la cuestión sea de ese tamaño, porque el código civil, que es el estatuto que lo recoge, no fue concebido a la luz de una teoría económica valorista y sí de una nominalista, lo que fue en esencia de rigor por haberse expedido en el siglo XIX. Lo que es extraño es que la ley 54 de 1990 no haya corregido esa sustentación para la sociedad patrimonial en la unión marital de hecho, que entonces adolece del mismo defecto.

Pero, en general, pueden destacarse otros aspectos en que los reglamentos actuales del derecho positivo colombiano muestran deficiencias, porque se remiten a la interpretación que se considere adecuada, la cual no dejará de ser frágil, como es sabido:

1. En ambas sociedades de bienes, cada socio aparece como propietario de los que están a su nombre, con pleno derecho de disposición (a menos que haya afectación a vivienda familiar). El otro cónyuge o compañero, aunque jurídicamente también le pertenece, en forma universal, ese bien, no es titular del derecho real de dominio. Eso implica que no se goce de los atributos que envuelve el derecho real, entre ellos la persecución. Por ello, ante una enajenación dolosa, fraudulenta o simulada, no

se contemplan garantías ni recursos legales de protección para el perjudicado. Apenas se concede la acción simulatoria, pero ha exigido la jurisprudencia que el cónyuge – y se dirá del compañero algo similar – debe estar al menos en trance, por la proposición de una vía judicial que a ello conduzca, de disolver la sociedad conyugal – o la patrimonial, habrá que agregarse -.

Además, la sanción de pérdida del derecho o restitución doblada de que trata el artículo 1824 del código colombiano⁴, la aplica la doctrina (con raras excepciones, como Somarriva) a la disposición que se haga de los bienes, ya disuelta la sociedad conyugal (argumento sedes materia, según el capítulo en que está la norma).

Acerca de la legitimación para demandar en la simulación, de la que antes se da cuenta, conviene tener presentes estos pasajes de la jurisprudencia nacional:

«Si esto es así, si cada cónyuge administra y dispone libremente de los bienes que adquiera durante el matrimonio y si sólo cuando se disuelva la sociedad conyugal se considerará que ésta ha existido desde la celebración de aquél, síguese que, por regla general, mientras no se disuelva dicha sociedad, ninguno de los cónyuges puede atacar los actos celebrados por el otro, pues si le fuera permitido hacerlo antes, esto conduciría, en el fondo, a anular la facultad que la misma ley concede a cada uno de ellos para disponer libremente de los bienes que adquiera durante la unión matrimonial.

“Se deduce por regla general, porque la jurisprudencia ha aceptado que aun antes de la disolución puede surgir el interés del cónyuge para demandar la simulación cuando, con anterioridad a la presentación de esta demanda, ha pedido la separación de bienes a objeto de que, al decretarse, queden sometidos al régimen de la liquidación de los gananciales todos los que no hayan salido real y legítimamente del haber de la sociedad conyugal. Así lo decidió la Corte en Sentencia del 17 de marzo de 1955 (t. LXXIX, pág. 757), en donde expresó: «Por lo demás, el interés jurídico inmediato para el presente juicio, lo deriva el demandante en su condición de actor en el juicio de separación de bienes y de las medidas de seguridad autorizadas para dicho juicio.

⁴ “Aquel de los dos cónyuges o sus herederos, que dolosamente hubiera ocultado o distraído alguna cosa de la sociedad, perderá su porción en la misma cosa, y será obligado a restituirla doblada”

“Por consiguiente, una vez disuelta la sociedad conyugal los cónyuges están legitimados para demandar la simulación de los actos celebrados por el otro. El interés jurídico es patente en ese caso porque disuelta la sociedad por cualquiera de las causas legales, se actualiza el derecho de cada uno de los cónyuges sobre los bienes sociales, para la determinación de los gananciales que a cada uno correspondan. Pero antes de esa disolución puede existir ya el interés jurídico en uno de los cónyuges para demandar la simulación de un contrato celebrado por el otro, sobre bienes adquiridos por éste a título oneroso durante el matrimonio, cuando la demanda de simulación es posterior a la existencia de un juicio de separación de bienes, o de divorcio, o de nulidad del matrimonio, los cuales al tener éxito, conllevan la disolución de la sociedad conyugal”.⁵

En otra ocasión puntualizó la Corte:

«Entonces, no siendo la acción de simulación de linaje popular, sino de carácter privado, sólo puede ejercitarla el interesado, o sea, aquél que teniendo un derecho resulta lesionado por la simulación. De suerte que el cónyuge, en frente de negocios simulados celebrados por el otro cónyuge con relación a bienes sociales; si no se ha disuelto la sociedad conyugal o no ha demandado en causa que vaya orientada a la disolución de la misma, como la separación de cuerpos, de bienes, el divorcio, etc., su sola calidad de cónyuge no lo legitima para atacar de simulado el acto celebrado por el otro consorte».⁶

En otras legislaciones sí puede haber protección. La enajenación o gravamen de bienes inmuebles (al menos de éstos), de la comunidad, debe ser otorgada con el consentimiento de ambos cónyuges, para que el acto sea válido, dispone el segundo inciso del artículo 131 del código de Guatemala, cuyo artículo 176 en cuanto a la enajenación de bienes en la unión de hecho prescribe: “Los bienes comunes no podrán enajenarse ni gravarse sin consentimiento de las dos partes, mientras dure la unión y no se haga liquidación y adjudicación de los mismos”.

2. No hay ninguna claridad definitiva en conceptos como “gananciales” – que puede extenderse al régimen de la sociedad patrimonial- o “bien propio”. ¿Qué son gananciales? ¿Son los bienes mismos o el mayor valor, y en este último caso, cuál? Si A contrae matrimonio y es dueño entonces de un inmueble, éste es un bien propio. Si construye en él, la

⁵ Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, sentencia de junio 8 de 1967.

⁶ Sentencia de octubre 4 de 1982, Corte Suprema de Justicia.

construcción – o mejora, del lenguaje popular, vocablo cuya significación no es exacta en el legal – debe pertenecerle por elemental principio de accesión, como lo establece el artículo 1873 del Código Civil.

El artículo 3 de la ley 54 de 1990, dispone en el párrafo:

“No formarán parte del haber de la sociedad los bienes adquiridos en virtud de donación, herencia o legado, ni los que se hubieren adquirido antes de iniciar la unión marital de hecho, pero sí lo serán los réditos, rentas, frutos o **mayor valor que produzcan estos bienes** durante la unión marital de hecho”.

La parte resaltada fue examinada por la Corte Constitucional, que mediante Sentencia C-014, del 4 de febrero de 1998 determinó su exequibilidad condicionada, en el sentido de interpretar que las valorizaciones de bienes propios que tengan su causa en la corrección monetaria no forman parte del haber social.

Concretamente, dijo la Corte que «la valorización que experimentan los bienes propios de los convivientes, por causa de la corrección monetaria, no forma parte de la sociedad patrimonial».

Entonces, el incremento “natural” del valor de los bienes propios pertenece al cónyuge propietario y no es objeto de partición.

Subsiste, en todo caso, el equívoco de saber qué es “mayor valor”, dado que con base en lo que dice la Corte, podría ser la mejora del bien y no la inversión, creándose una especie de copropiedad entre el compañero y la sociedad patrimonial, francamente exótica.

A la sociedad conyugal, por consecuencia, debe aplicarse similar interpretación para la disposición respectiva, que es la del artículo 1827, inciso segundo del Código Civil:

“Las pérdidas o deterioros ocurridos en dichas especies o cuerpos ciertos, deberá sufrirlos el dueño, salvo que se deban a dolo o culpa grave del otro cónyuge, en cuyo caso deberá éste resarcirlos.

“Por el aumento que provenga de causas naturales e independientes de la industria humana, nada se deberá a la sociedad”.

3. Adolecen de falta de precisión los regímenes vigentes en Colombia en las normas sobre pasivos y responsabilidad solidaria. Acerca de ciertos activos (auxilio de cesantía, seguros, etc.) y nuevas modalidades de pasivos hay carencia total de regulación.

4. Hay contradicción entre varias normas sobre la calidad de bienes muebles que se adquieren gratuitamente durante la sociedad conyugal, en orden a tratarlos como sociales o como propios, habiéndose relegado su determinación a la opinión de la doctrina y de la jurisprudencia, lo que no pasa de ser una interpretación⁷. Al parecer este problema no se suscita en el terreno de la sociedad patrimonial, pues según el parágrafo del artículo 3 de la ley 54, no formarán parte del haber de la sociedad los bienes adquiridos en virtud de donación, herencia o legado, pero la remisión del artículo 7 de la ley 54 de 1990 al sistema previsto por el Código Civil para la sociedad conyugal podría sugerir una conclusión distinta.
5. También se causan en Colombia graves dificultades en temas fiscales porque el tratamiento tributario de los gananciales de sociedad conyugal es diferente al que recibe la participación en la sociedad patrimonial. En todo caso, unos y otra pueden afectarse enormemente cuando los bienes comunitarios se llevan al dominio de una sociedad comercial. Podría, entonces, seguirse el camino trazado por el artículo 11 de la ley ecuatoriana, cuya letra a) señala que los convivientes tendrán derecho a las mismas rebajas y deducciones establecidas para los cónyuges en la ley de impuesto a la renta.

2. Similitudes en la formación, composición, disolución y liquidación de la sociedad conyugal y la sociedad patrimonial, en aspectos regulados por la legislación colombiana vigente.

Las semejanzas en los temas resaltados, es decir, **formación, composición, disolución y liquidación**, parten de lo que dispone el inciso primero del artículo 7 de la ley 54 de 1990, que se copia a continuación:

“A la liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes se aplicarán las normas contenidas en el libro 4º, título XXII, capítulos I al VI del Código Civil.”

⁷ «Tómese el artículo 1782, sin relacionarlo con el que lo precede, y ha de imponerse la conclusión de que el dinero heredado durante el matrimonio por cualquiera de los cónyuges aumenta el haber del heredero en vez de agregarse a la sociedad. Pero coordinense estas dos disposiciones, colocadas dentro de un mismo capítulo, una después de otra, y será preciso concluir diciendo que el artículo 1782 mira las adquisiciones de bienes raíces solamente, puesto que las de dinero y otras especies muebles, no eximidas de la comunión en las capitulaciones o en la lista testificada que autoriza la ley, deben entrar en el haber de la sociedad conyugal». Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, sentencia de agosto 31 de 1935.

El libro 4^o, título XXII, capítulos I al VI del Código Civil Colombiano trata de las capitulaciones matrimoniales y de la sociedad conyugal, como enseguida se refiere:

Capítulo I: Reglas generales

Capítulo II: Del haber de la sociedad conyugal y de sus cargas

Capítulo III: De la administración ordinaria y de los bienes de la sociedad conyugal

Capítulo IV: De la administración extraordinaria de la sociedad conyugal

Capítulo V: De la disolución de la sociedad conyugal y partición de gananciales

Capítulo VI: De la renuncia de los gananciales

Las reglas generales comprenden las de las capitulaciones matrimoniales.

Una sana interpretación del artículo 7 citado consiste en advertir que su mandato rige para los asuntos contemplados en los capítulos a los que hace reenvío, siempre que los preceptos en estos contenidos no riñan con la especialidad de la sociedad patrimonial, que provenga de prescripción particular de la ley 54, como posteriormente se verá.

Pero Colombia se debate todavía contra la exégesis. Y así, a guisa de muestra solitaria, piénsese que hay quienes no admiten capitulaciones para la sociedad patrimonial, porque – aseguran – ellas dependen de un futuro matrimonio, que acá no habrá jamás. Olvida esta posición, como se indicará luego, la aplicación de principios generales.

Concretando, las semejanzas en lo regulado legalmente son:

- a) El concepto de formación atañe al origen del sistema. Como surge con simpleza, la sociedad conyugal pertenece al campo del matrimonio y es efecto civil de éste. La sociedad patrimonial, en cambio, se vincula a la unión marital de hecho, siendo igualmente un efecto civil suyo. Sociedad conyugal y patrimonial son, pues, instituciones *accessorias*.
- b) La composición, a su vez, alude a cómo se integran uno y otro régimen en lo tocante a los activos y a los pasivos.
- c) La disolución es el fenómeno concomitante con la extinción de la sociedad conyugal o de la sociedad patrimonial, ligado a una causa determinada, pero que puede ser independiente a la desaparición de la fuente.

- d) La liquidación es la etapa culminante que concierne al pago de los derechos de los asociados, pero que importa sobremanera para la responsabilidad de éstos frente a los terceros.

Todos estos elementos son universales para la sociedad conyugal y la patrimonial, pero lejos están de ser puntos de apoyo para una igualdad absoluta entre ellas, pues por la naturaleza de las cosas es forzoso que sean diferentes.

Un cuadro de resumen revelará las semejanzas en estudio:

	SOCIEDAD CONYUGAL	SOCIEDAD PATRIMONIAL
FORMACIÓN	Depende de una de las fuentes de la familia: el matrimonio.	Depende de una de las fuentes de la familia: la unión marital de hecho.
COMPOSICIÓN	Activos adquiridos en forma onerosa durante la sociedad conyugal pertenecen a ésta. Las deudas por esas adquisiciones o mantenimiento de dichos bienes son sociales.	Activos adquiridos en forma onerosa durante la sociedad patrimonial pertenecen a ésta. Las deudas por esas adquisiciones o mantenimiento de dichos bienes son sociales.
DISOLUCIÓN	Causas como la muerte de los asociados, o su mutuo acuerdo o la decisión del juez.	Causas como la muerte de los asociados, o su mutuo acuerdo o la decisión del juez.
LIQUIDACIÓN	Comprende operaciones de adjudicación. Admite renuncia de gananciales.	Comprende operaciones de adjudicación. Admite renuncia de participación en la sociedad patrimonial.

3. Similitudes en la formación, composición, disolución y liquidación de la sociedad conyugal y la sociedad patrimonial, en aspectos no regulados por la legislación colombiana vigente.

En este punto se considerarán los vacíos que deja la ley 54 de 1990, para comparar su sistema con el de la sociedad conyugal del Código Civil y las reformas legales posteriores. Y como se trata de un esbozo, se simplificarán los detalles, para que haya campo abonado al debate:

1. Las capitulaciones maritales. Se anticipó en otro aparte, que por remisión del artículo 7 de la ley 54, era viable predicar que se

pudieran pactar capitulaciones para regular el régimen económico en una unión marital de hecho. Pero si se insiste en que el artículo 7 en cuestión atañe es a la liquidación de la sociedad patrimonial, como las capitulaciones no guardan relación con la liquidación, podrá fácilmente pregonarse una laguna legal en este punto.

Justamente, una ligera revisión del derecho extranjero facilitará la interpretación favorable, apoyada ésta además en el postulado propuesto originalmente de que la ley en este particular es supletiva. Así, el artículo 182 del Código Civil de Guatemala dispone en lo pertinente:

“La unión de hecho inscrita en el Registro Civil produce los efectos siguientes: 2o. - Si no hubiere escritura de separación de bienes, los adquiridos durante la unión de hecho se reputan bien de ambos, salvo prueba en contrario que demuestre que el bien fue adquirido por uno solo de ellos, a título gratuito, o con el valor o por permuta de otro bien de su exclusiva propiedad”.

O el artículo 3 de la ley ecuatoriana:

“La estipulación de otro régimen económico distinto al de la sociedad de bienes deberá constar en escritura pública”.

2. El pasivo. La ley colombiana de 1990 no contiene una sola disposición acerca de pasivo, lo cual supone un vacío en torno de la responsabilidad interna entre los compañeros permanentes, pero más frente a los acreedores. Es obvio que de él debe tratarse, por mínima razón de justicia.

Acá nuevamente se acude a la legislación vecina para verificar el sentido jurídico de la cuestión, que desde luego refrenda la solución afirmativa lograda por la analogía. Téngase en cuenta, entonces, en el ejemplo, el caso paraguayo, que obliga al concubinario a responder al tercero.

3. La figura que algunos llaman fusión, entre la sociedad patrimonial y la conyugal, que se presenta cuando los compañeros permanentes contraen matrimonio entre sí, tampoco está regulada en Colombia. De nuevo, la referencia a ordenamientos foráneos ayuda en la búsqueda del remedio: el artículo 6 de la ley 115 ecuatoriana establece que “Por el hecho del matrimonio entre los convivientes, la sociedad de bienes continúa como sociedad conyugal”



4. Resumen de los puntos polémicos y de su debate

De todos los temas presentados, pueden elegirse para debate cuatro, considerados como los más susceptibles de propiciar discusiones y puntos de vista irreconciliables:

- a. El concepto de gananciales
- b. La adquisición de bienes a título gratuito durante la unión
- c. Las capitulaciones
- d. Los impactos de la economía en las restituciones

Como propuesta de análisis se sugiere acudir al principio de igualdad, para responder en el orden trazado:

- a. Gananciales no son el simple mayor valor de los bienes propios. Son sí los bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia del régimen de bienes respectivo.
- b. Los bienes adquiridos a título gratuito, durante la unión, no son sociales en la sociedad patrimonial, sean muebles o inmuebles. Respecto de la sociedad conyugal, es hora de controvertir la opinión que se ha predicado que si se trata de bienes muebles sí ingresan al haber social, aunque al relativo. Esta tesis tiene, como se ha anotado, el posterior inconveniente de que el mayor valor o incremento patrimonial por corrección monetaria no le es compensado al cónyuge aportante. Puede apelarse a las reglas de interpretación elementales y, claro está, al principio de igualdad.
- c. Las capitulaciones, con el mismo criterio de igualdad, pregonemos que pueden celebrarse frente a la sociedad patrimonial en la unión marital.
- d. El impacto de la economía en las restituciones⁸: se ha dejado expresado antes que el Código Civil, explicablemente, no se apuntó a una teoría valorista y que, en cambio, lo hizo a una nominalista, con daño para los asociados que aportan bienes al haber relativo, tratándose de la sociedad conyugal.

⁸ Ya en la introducción a su segunda edición de la obra *Derecho de Familia y de Menores*, Wilches, 1991, página VIII, el profesor Monroy Cabra advertía la necesidad de modificar el régimen de recompensas para que se pagaran a la disolución del matrimonio por el valor en ese momento. "haciendo el correspondiente reajuste de su valor constante".

Podría el legislador colombiano atreverse un poco en esta materia. Mientras lo hace, sin que la solución sea contra la ley, puede proponerse que se aplique la revaluación para evitar enriquecimiento sin causa. Hasta hoy nuestra jurisprudencia civil ha aceptado, en asuntos contractuales y en la responsabilidad aquiliana, que la pérdida de poder adquisitivo del dinero es un perjuicio y que la desvalorización monetaria es un hecho notorio. En el fondo, esta situación se acomoda al tema de los perjuicios, pero vale la pena insistir en que no será esa su única explicación.

Véase, al efecto, un modelo como el de la legislación guatemalteca, que a continuación se copia:

“Art. 124. Comunidad de Gananciales. Artículo 9o. del Decreto Ley número 218. Mediante el régimen de comunidad de gananciales, el marido y la mujer *conservan la propiedad de los bienes que tenían al contraer matrimonio y de los bienes que adquieren durante él, por título gratuito* o con el valor de unos y otros; pero harán suyos por mitad, al disolverse el patrimonio conyugal los bienes siguientes: 1o. - Los frutos de los bienes propios de cada uno de los cónyuges, deducidos los gastos de producción, reparación, conservación y cargas fiscales y municipales de los respectivos bienes; 2o. - Los que compren o permuten con esos frutos, aunque se haga la adquisición a nombre de uno solo de los cónyuges; y 3o. - Los que adquiera cada uno de los cónyuges con su trabajo, empleo, profesión o industria.”

O el ejemplo de Panamá, que se toma textualmente y se destaca:

“Art. 82. A falta de capitulaciones matrimoniales o cuando éstas sean ineficaces, el régimen económico será el de participación en las ganancias”.

“Art. 102. En el régimen de participación, cada uno de los cónyuges adquiere derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte, durante el tiempo en que este régimen haya estado vigente.

“Además, *se considera que hay ganancia siempre que el bien o los bienes, con el aporte o trabajo de cualquiera de los cónyuges, conserven el mismo valor que tenían antes de este régimen*”.

“Art. 133. - En la sociedad de gananciales *se hacen comunes* para el marido y la mujer, por partes iguales, *los bienes obtenidos a título oneroso* durante el matrimonio, indistintamente por cualquiera de ellos, y los frutos, rentas e intereses que produzcan los bienes privativos y los bienes gananciales”.

SEGUNDA PARTE

Diferencias entre la Sociedad Conyugal y la Sociedad Patrimonial en la Legislación Colombiana.

1. Una nota preliminar

La estructura del tema permite manejar estadios de conocimiento en visiones parciales pero a la vez conservando la integridad y un mismo eje; ya se ha mirado el panorama de las semejanzas y el panorama de las falencias. Ahora han de precisarse las diferencias, si es que las hay.

Al leer los artículos 13 y 42 de la Constitución Política de Colombia, cualquier desprevenido lector pudiera afirmar que no es posible abordar el tema de la Segunda parte de esta Conferencia, por sustracción de materia. En verdad, si el artículo 13 manda: **“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica...”**, ¿cómo puede explicarse que existan diferencias en el régimen patrimonial de las familias en Colombia?

Y si el artículo 42 en su inciso 4º manda: **“Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja...”**, ¿cómo pensar en establecer diferencias entre las familias?

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional en Colombia ha dicho que frente al matrimonio y frente a la Unión Marital no puede hablarse de igualdad o desigualdad porque se trata de instituciones diversas que tienen regímenes diferentes. Olvida la Honorable Corte que la institución amparada no lo es ni el matrimonio ni la unión marital de hecho; la institución amparada es la Familia; es en relación con ésta que la norma de normas ha señalado que no puede establecerse un tratamiento diferencial entre sujetos, so pretexto de su origen familiar.

Con el convencimiento pleno de que las diferencias deben desaparecer si se realiza una precisa práctica de Hermenéutica Constitucional, se presentan a continuación las más destacadas diferencias entre la sociedad conyugal y la sociedad patrimonial, según las voces de la mayoría de la doctrina y la Jurisprudencia Colombianas. Y la presentación de las diferencias se hace de manera fundamental para combatirlas.

2. Primera diferencia: en su origen

Se dice que la sociedad conyugal se diferencia de la sociedad patrimonial en su origen.

La Sociedad Conyugal surge del matrimonio como un efecto inmediato y se expresa en el artículo 180 del Código Civil Colombiano.

Artículo 180. "Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, según las reglas del título XXII, Libro IV, del Código Civil.

Los que se hayan casado en País extranjero y se domiciliaren en Colombia, se presumirán separados de bienes, a menos que de conformidad a las leyes bajo cuyo imperio se casaren se hallen sometidos a un régimen patrimonial diferente."

La Sociedad Patrimonial surge de la unión marital de hecho, también como un efecto inmediato pero su referencia normativa no es expresa como en el caso del artículo 180 frente a la Sociedad Conyugal; la expresión normativa de las Sociedades Patrimoniales es tácita o sobreentendida (no obstante que la mayoría las ignoran y afirman, erróneamente, la inexistencia de ellas). Cuando el artículo 2 de la Ley 54 de 1990 establece, "**se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente...**", lo que hay que leer en el trasfondo de la norma es que en toda unión marital de hecho hay también una sociedad patrimonial como en el matrimonio hay sociedad conyugal, sólo que en la unión marital de hecho a veces se presume el patrimonio común y en las otras veces hay que probarlo.

La ocasión es propicia para resaltar el craso error de interpretación que se viene cometiendo en torno del artículo 2 de la ley 54 de 1990. Se transcribe a continuación lo anotado por el suscrito en el trabajo presentado a la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana como requisito para optar al título de Especialista en Derecho de Familia; en ese trabajo se anotó:

"2.2. De la Relación Patrimonial entre compañeros permanentes en Colombia.

2.2.1. Del concepto de Presunción.

El artículo 66 del Código Civil es del siguiente tenor:

"Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.

"Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal.

"Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.

“Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibles la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias.”

La presunción pertenece por esencia al campo del derecho probatorio; frente a una presunción el sujeto beneficiado con ella se libera de la carga de la prueba. Si no se dan los elementos que estructuran la presunción, el sujeto queda situado de nuevo frente a la regla general de la carga de la prueba: Incumbe a la parte probar (Art. 177 C.P.C.). Así por ejemplo: si no se dan los elementos para presumir que el marido de la mujer casada es el padre del hijo de ella, ¿cuál será la consecuencia? ¿Que ese hijo no tiene padre? ¿Que hay que probar quién es el padre? Por supuesto que la respuesta correcta es la afirmación del segundo interrogante. Si no se dan los elementos para presumir el domicilio de una persona, ¿será que esa persona carece de domicilio o habrá que probar cuál es? Por supuesto que hay que probarlo. Si no se dan los elementos para presumir la mala fe, ¿será que ella está ausente de la actividad o será que hay que probarla? Por supuesto que hay que probarla.

En síntesis, cada vez que no se den los elementos de una presunción la consecuencia no es la inexistencia del hecho; la consecuencia no es otra que la necesidad de desplegar una actividad probatoria.

2.2.2 Del contenido del artículo 2 de la Ley N° 54 de 1990.

La norma es del siguiente tenor:

“Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos:

a) Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho.”

b) Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho.” (Subrayas extratexto).

Ha establecido el Legislador una doble situación de presunciones frente al aspecto patrimonial de los compañeros permanentes; si no se dan los elementos de las presunciones, ¿cuál será la Consecuencia? ¿La no existencia

de relación patrimonial o la necesidad de probarla? Si se han aceptado como ciertas las conclusiones dadas en el punto 2.2.1. Es obligatorio concluir que si no se dan los presupuestos del artículo 2 de la ley N° 54 de 1990, lo que deberán hacer los interesados es probar que la relación patrimonial existe".¹

Retomando el tema de las diferencias se debe preguntar: ¿Existe, entonces, la diferencia enunciada?

¿Si tanto del matrimonio como de la unión surge un patrimonio común, la simple denominación puede constituirse en diferencia? Un viejo brocardo enseña que las cosas son lo que son y no lo que se exprese de ellas o la determinación que de ellas se haga.

Sólo podría mantenerse la diferencia, en su origen, si los patrimonios comunes se constituyen como instituciones diferentes en sus elementos y en sus efectos. Hay que analizar unos y otros para poder llegar a una conclusión.

- Los elementos que se observan en la sociedad conyugal son:
 - Un elemento personal (un hombre y una mujer).
 - Un elemento material (el conjunto de activos y pasivos comunes al hombre y a la mujer).
 - Un elemento jurídico (el vínculo entre hombre y mujer que les permite ser partícipes en el elemento material).

Los elementos que se observan en la sociedad patrimonial son:

- Un elemento personal (un hombre y una mujer)
- Un elemento material (el conjunto de activos y pasivos comunes al hombre y a la mujer).
- Un elemento jurídico (el vínculo entre hombre y mujer que les permite ser partícipes en el elemento material).

El efecto que surge tanto de la sociedad patrimonial como de la sociedad conyugal es uno mismo: la vocación de participar en el reparto de los activos y pasivos cuando se dé la solución del patrimonio común.

Puede concluirse, que ambas instituciones (sociedad conyugal y sociedad patrimonial) surgen de la formación de un grupo familiar, que ambas tienen unos mismos elementos y unos mismos efectos, sin que pueda por lo tanto seguirse afirmando, como hasta ahora se viene haciendo, que hay diferencias entre tales instituciones por razón de su origen.

3. Segunda diferencia: en la composición patrimonial

Frente a la Composición de la Sociedad Conyugal debe expresarse lo dicho, tantas veces, sobre el denominado haber relativo:

“El Código Civil Colombiano consagraba un sistema de muebles y adquisiciones ubicable dentro de los denominados regímenes de unidad de bienes y de muebles y gananciales, ello porque respecto de la administración y control del patrimonio el marido era amo y señor, pero respecto de la integración de la masa patrimonial se hacía necesario distinguir entre muebles y gananciales. El sistema del Código Civil tuvo vigencia hasta el 31 de diciembre de 1932, porque a partir del 1^o de enero de 1933 entró en vigencia la ley 28 de 1932 que estableció la plena capacidad jurídica de la mujer, razón por la cual el sistema del Código vino a sufrir modificaciones.

Frente a la ley 28 de 1932 han surgido criterios encontrados, respecto del sistema vigente en Colombia: De un lado un grupo de doctrinantes, encabezados por el doctor Arturo Valencia Zea, sostiene que la Ley 28 no sólo varió lo atinente a la administración de los bienes conyugales, sino que también cambió el sistema de muebles y adquisiciones por el sistema de gananciales. de otro lado surge el grupo opositor que a fuerza de releer el texto de la ley llega a la conclusión, que aquí se comparte, de que sólo se modificó lo atinente a la administración y en ningún caso lo pertinente al régimen de conformación de la masa patrimonial, conformación que se sigue regulando por las normas del Código Civil y por las normas que lo han modificado, tales como el decreto 2820 de 1974 y la Ley 1^a de 1976.

Dentro del primer criterio al patrimonio conyugal sólo pertenecen los bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia de la relación patrimonial (vigencia de la “sociedad conyugal” en el lenguaje antitécnico aquí criticado), con las excepciones que expresamente están consagradas. Dentro del criterio que se comparte en esta ponencia, el patrimonio conyugal está conformado, además de los bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia de la relación patrimonial, por los bienes muebles que los cónyuges tienen al momento de contraer matrimonio y por los bienes muebles que se adquieran a título gratuito; la razón para sostener y defender esta posición no es otra que la clara expresión normativa y una simple deducción al analizar el texto de la Ley 28 de 1932: Esta norma no establece parámetros para conformar la masa patrimonial, solamente remite a las disposiciones del Código Civil y éste regula la conformación del patrimonio conyugal en la forma que aquí se acoge. El profesor Valencia Zea mal estima que la regulación del código, en la conformación de la masa patrimonial, es consecuencia lógica de la incapacidad de la mujer casada; hay aquí un error de apreciación normativa por cuanto que el Código en el señalamiento de las pautas de composición de la masa no distin-

que entre marido y mujer: habla indistintamente de cónyuge. La diferencia se hace para fines de administración, para fines de responsabilidad y para fines de restituciones; significa lo anterior que en lo atinente a la conformación de la masa patrimonial se tiene que aplicar el sistema del Código Civil".²

La Sociedad Conyugal se compone entonces de todos los bienes que a título oneroso se adquieran durante la vigencia de la sociedad conyugal y por los bienes muebles que se tenían al momento de contraer matrimonio o que durante la vigencia de la sociedad conyugal se adquieran a título gratuito, siempre y cuando se tengan los bienes al momento de la disolución.

La Sociedad Patrimonial se compone, siguiendo las voces del artículo 3 de la Ley 54 de 1990, sólo por los bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia de la sociedad patrimonial y por el mayor valor que durante el mismo período adquieran los bienes propios de los compañeros permanentes.

Si se comparan las dos fórmulas de composición, la diferencia es manifiesta; pero tal claridad se vuelve confusa o denota un atentado contra el principio de igualdad consagrado en la Constitución Política Colombiana, cuando se miran otras normas. Lo primero, hay confusión porque el artículo 7 de la Ley 54 de 1990, en norma posterior al artículo 3, remitió al articulado del Código lo que permite señalar que en la misma norma (Ley 54 de 1990) hay dos textos que se contradicen: el artículo 3 que manda conformar la sociedad patrimonial de una manera y el artículo 7 que incorpora del Código Civil otra forma de conformación que los hace incompatibles. ¿Cómo se soluciona esa contradicción? Aplicando las claras reglas de interpretación de las añejas, pero siempre vigentes, Leyes 57 y 153 de 1887 que en sus artículos 5 y 2 ordenan:

Artículo 5 de la Ley 57.- "Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella.

Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

1ª. La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general;

2ª. Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior; ... "

Artículo 2º de la Ley 153 de 1887. "La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que la ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga; se aplicará la ley posterior".

Lo anterior significa que también la sociedad patrimonial se compone de la misma forma y manera en que se conforma la sociedad conyugal.

Pero si no se admite tal explicación ante la confusión, debe buscarse una solución desde la óptica de la Constitución porque no pueden coexistir dos formas de conformar un patrimonio común de la familia, obedeciendo al origen de ella, porque se violarían los pluricitados textos de los artículos 13 y 42 de la Constitución Política Colombiana.

Con mecanismos Constitucionales pueden encontrarse varias soluciones:

- La primera, inaplicar la norma de la Ley 54 de 1990, porque ella es discriminatoria.
- La segunda, entender que con la remisión del artículo 7 de la Ley 54 de 1990, al Código Civil se ha derogado tácitamente el artículo 3 de la misma Ley para entender que tanto la sociedad conyugal como la sociedad patrimonial se conforman de la misma manera.
- La tercera, aspirar a una sentencia integradora que precise y haga claridad sobre el punto.

4. Tercera diferencia. De una exigencia especial.

Se ha entendido que para que surja la Sociedad Conyugal sólo se exige el matrimonio sin importar que los bienes sean adquiridos con la participación de ambos cónyuges; lo anterior significa que bien puede un cónyuge dedicarse a la vida contemplativa en tanto que el otro se dedica a la vida productiva y aquél tendría igual derecho que éste.

En materia de Sociedad Patrimonial, el artículo 3, de la Ley 54 de 1990, ordena: **“El patrimonio o capital producto del trabajo, ayuda y socorro mutuos pertenece por partes iguales a ambos compañeros permanentes...”**

Hay aquí, entonces, prima face una diferencia entre las condiciones que se exigen para invocar el derecho en la sociedad conyugal y las condiciones que se exigen para invocar el derecho en la sociedad patrimonial.

Si bien es cierto que el Código Civil no trae de manera expresa la misma norma de la Ley 54 de 1990, puede pensarse que también la Legislación Civil Colombiana tiene como fundamento de la coparticipación en los bienes sociales, el trabajo, el socorro y la ayuda mutuos; puede pensarse que el Legislador de 1887 partió de la presunción de que los cónyuges iban a cumplir a cabalidad con sus obligaciones y bajo esa presunción vino también a presumir que la

adquisición de un bien, por uno cualquiera de los cónyuges, era fruto del socorro, el trabajo y la ayuda mutuos.

Obsérvese que el artículo 176 del Código establece como obligaciones entre cónyuges el socorro y la ayuda mutuos. ¿Qué ha de pasar con quien incumple con esas obligaciones?

Múltiples historias cuentan que uno de los cónyuges abandona, de un todo y por todo al otro cónyuge, quien dado a desempeñar su actividad logra establecer un patrimonio. ¿Es justa, es equitativa, responde a los principios éticos, la norma que permita el enriquecimiento sólo por tener la calidad de cónyuge? Debe, en consecuencia, interpretarse la disposición del artículo 180 del Código Civil para entender que puede alegarse el no derecho sobre los bienes de un cónyuge probando que el otro cónyuge no aportó en su adquisición, aporte que no se requiere que sea en dinero: basta con probar el trabajo, el socorro y la ayuda mutuos.

La interpretación propuesta no es ajena a la normatividad colombiana; los artículos 26, 30 y 32 del Código Civil señalan:

Artículo 26: "Los jueces y los funcionarios públicos, en la aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos, las interpretan por vía de doctrina, en busca de su verdadero sentido, así como los particulares emplean su propio criterio para acomodar las determinaciones generales de la ley a sus hechos o intereses peculiares.

"Las reglas que se fijan en los artículos siguientes deben servir para la interpretación por vía de doctrina".

Artículo 30. "El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.

"Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto".

Artículo 32: "En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación anteriores, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural".

Pero si alguna duda ofrece la interpretación del texto civil (artículo 180 del Código Civil) puede acudirse a una interpretación constitucional para evitar ese doble tratamiento en la valoración del derecho que crea una discriminación en razón del origen familiar, en claro atentado contra los artículos 13 y 42 de la Constitución Colombiana.



5. Cuarta diferencia. Causales de Disolución del Patrimonio Común.

La sociedad conyugal por mandato del artículo 1820 del Código Civil, se disuelve: **“La sociedad conyugal se disuelve:**

- 1º) Por la disolución del matrimonio.
- 2º) Por la separación judicial de cuerpos, salvo que fundándose en el mutuo consentimiento de los cónyuges, y siendo temporal, ellos manifiesten su voluntad de mantenerla.
- 3º) Por la sentencia de separación de bienes.
- 4º) Por la declaración de nulidad del matrimonio, salvo en el caso de que la nulidad haya sido declarada con fundamento en lo dispuesto por el numeral 12 del artículo 140 de este Código. En este evento, no se forma sociedad conyugal, y
- 5º) Por mutuo acuerdo de los cónyuges capaces; elevado a escritura pública, en cuyo cuerpo se incorporará el inventario de bienes y deudas sociales y su liquidación...).

Si se observa el texto del artículo 5 de la Ley 54 de 1990, debe precisarse su significado en primer lugar. La norma entremezcla los términos que ha venido usando; de un lado la ley reguló la unión marital de hecho. De otro lado reguló la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes. En el artículo citado se habla de sociedad marital pero hay que entender que la norma se refiere a la sociedad patrimonial.

Retomando el punto diferencial, hay que observar que en el artículo 1820 del Código Civil, las causales de disolución de la Sociedad Conyugal se reducen a la terminación del matrimonio, la separación de cuerpos y la separación de bienes (disolución por mutuo acuerdo o por sentencia judicial).

Las causales de disolución de la sociedad patrimonial consisten en la terminación de la unión marital, incluyendo la separación de cuerpos que pone fin a la unión y la separación de bienes (disolución por mutuo acuerdo o por sentencia judicial).

No hay en el fondo diferencia alguna en cuanto a las causales de disolución. La diferencia surge sólo en las formas de ciertas causales de disolución de sociedad conyugal, formas que no se exigen respecto de la sociedad patrimonial por la propia naturaleza de la unión marital.

- 6. Quinta diferencia.** Oportunidad para solicitar la Liquidación, que no la Disolución.

Frente a la sociedad conyugal, cada cónyuge puede demandar la disolución de ella cuando a bien lo tenga, ya por vía directa (causales del art. 200 del C.C.) o ya por vía indirecta demandando el rompimiento del vínculo matrimonial o la separación de cuerpos. Pueden también los cónyuges demandar la disolución por mutuo acuerdo en cualquier tiempo.

El texto de la norma citada en el aparte anterior es el siguiente:

Artículo 200. "Cualquiera de los cónyuges podrá demandar la separación de bienes en los siguientes casos:

- 1º. Por las mismas causas que autorizan la separación de cuerpos, y
- 2º. **Por haber incurrido el otro cónyuge en cesación de pagos, quiebra, oferta de cesión de bienes, insolvencia o concurso de acreedores, disipación o juego habitual, administración fraudulenta o notoriamente descuidada de su patrimonio en forma que menoscabe gravemente los intereses del demandante en la sociedad conyugal"**.-

Por su parte a la sociedad patrimonial se le señala un plazo de un año para disolverla; afirmación poco afortunada de la norma y que por absurda ha de mirarse como no escrita. En verdad, si la disolución se da por la terminación de la unión marital o por la separación de cuerpos o de bienes, no puede establecerse un plazo para pretenderla. Además hay que observar que el término señalado en el artículo 8º de la Ley se cuenta a partir de hechos y actos que por sí solos traen como consecuencia la disolución; por ejemplo, la muerte de uno de los compañeros permanentes: no tiene sentido afirmar que a partir de tal hecho se tiene un año para pretender la disolución de la sociedad patrimonial por la simple y elemental razón de que la muerte la disuelve per-se. Obligatoria e irremediabilmente hay que concluir que el término de un año, referido en la norma, nada tiene que ver con la disolución; el término, aunque inoperante como habrá de demostrarse, se refiere únicamente a la liquidación de la Sociedad Patrimonial.

Sobre las consideraciones anotadas en el párrafo anterior, es necesario señalar que la mayoría de los Magistrados de la Corte Constitucional Colombiana sostienen conceptos contrarios y consideran que aún para disolver la sociedad patrimonial se debe actuar dentro del término del año (ver sentencia C 114 de 21 de marzo de 1996 con Ponencia del Dr. Jorge Arango Mejía, que aparece publicada en la revista "Jurisprudencia y Doctrina", Editorial Legis, N.º. 294, tomo XXV, de junio de 1996).

Dada la disolución de la sociedad conyugal cualquiera de los cónyuges o sus herederos pueden demandar en cualquier tiempo la liquidación de aquella y sólo podrá oponerse la prescripción extraordinaria porque se está en pre-

sencia de una comunidad, ya que el efecto inmediato de la disolución es hacer surgir una comunidad proindivisa entre cónyuges o entre un cónyuge y los herederos del otro o entre los herederos de aquellos.

Dada la disolución de la sociedad patrimonial surge también una comunidad proindiviso entre compañeros permanentes o entre uno de ellos y los herederos del otro o entre los herederos de aquellos; ¿por qué razón entonces se va a establecer que en este caso no puede demandarse la liquidación, sino dentro del año siguiente? Por mandato legal, contestaría el más desprevenido de los lectores de la norma; pero otro desprevenido lector del artículo 13 de la Constitución Política observaría que hay un trato desigual en razón del origen familiar y por lo tanto la norma sería inaplicable por motivos de inconstitucionalidad.

Importa destacar que la Corte Constitucional al analizar la norma en comento (artículo 8 de la Ley 54 de 1990), señaló que era constitucional, en sentencia de fecha 21 de marzo de 1996 dijo: **“... la Corte Constitucional no considera que la Constitución consagre la absoluta igualdad entre el matrimonio y la unión libre, o unión marital de hecho, como la denomina la ley 54 de 1990. Por análogas razones, tampoco son iguales la sociedad conyugal y la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes”.** ³

Existe un argumento más para demostrar lo absurdo de la norma y su inoperancia: si se aplica la norma en su texto literal, lo que se tendrá, entonces, será una comunidad surgida de la disolución, que sólo puede liquidarse dentro del año siguiente a su formación y pasado ese año la comunidad permanecerá sin posibilidad de liquidarse; esta circunstancia queda revestida del absurdo y tal interpretación debe abandonarse por mandato imperativo de las reglas de hermenéutica vigentes en Colombia.

Pensar que el legislador quiso consagrar en el texto una extinción del derecho real de dominio es un despropósito mayor y pese a que la norma habla de “prescripción”, lo que trató la norma de señalar, pero sin lograrlo, por lo ya dicho, fue un término de caducidad para pretender la liquidación de la comunidad. También sobre este punto la posición de la Corte Constitucional en la sentencia citada es contraria, porque ella estima que se está en presencia de una prescripción, pero el error en el concepto salta cuando se miran los argumentos de la Corte y en especial cuando ella da ejemplos de “prescripciones de corto tiempo” porque todos y cada uno de esos ejemplos constituyen casos de caducidad.

7. Sexta diferencia. De una reglamentación confusa.

Se afirma, impulsivamente, que hay una diferencia entre sociedad conyugal y sociedad patrimonial en el trato dado a ellas por el Legislador: se dice

que frente a la primera, el artículo 180 del Código la impuso como consecuencia ineludible del matrimonio; y frente a la segunda, el artículo 2 de la Ley 54 de 1990 la trae como una mera presunción legal.

Tal diferencia es sólo aparente. Si se miran integradamente las normas reguladoras de la sociedad conyugal se tendrá que concluir que el Legislador Colombiano, sin decirlo expresamente, señaló la presunción legal de que en todo matrimonio celebrado en Colombia hay sociedad conyugal y puede probarse lo contrario si se establece la existencia de capitulaciones matrimoniales excluyentes o la previa disolución de la sociedad o la exclusión normativa del artículo 25 de la ley 1ª. de 1976, que señala en el numeral 4º **“Por la declaración de la nulidad del matrimonio, salvo en el caso de que la nulidad haya sido declarada con fundamento en lo dispuesto por el numeral 12 del artículo 140 de este Código. En este evento no se forma sociedad conyugal, ...”**

La sociedad patrimonial también admite la presunción y no por inferencia, sino por mandato legal (art. 2 de la Ley 54 de 1990).

No puede sostenerse que hay aquí una diferencia porque ambas instituciones se presumen por el Legislador, pero sí hay en la configuración de las presunciones un trato diferencial: para presumir la sociedad conyugal en un matrimonio basta comprobar que el matrimonio existe y que se celebró en Colombia. Para presumir la sociedad patrimonial, en una unión marital de hecho, no basta con probar que la unión marital existe en Colombia, sino que además debe probarse un mínimo de tiempo y, a veces, ciertas circunstancias personales. (Releer el artículo 2 de la ley 54 de 1990).

Hay una grave desigualdad en el trato de las presunciones y esa desigualdad surge por el origen familiar, lo que es a todas luces inconstitucional; cómo explicar que a marido y mujer les baste probar la existencia del matrimonio, en Colombia, para que entre ellos se presuma la existencia de la sociedad conyugal y que a los compañeros permanentes no les baste lo mismo sino que tengan que agregar tiempo y otras circunstancias?

8. Séptima diferencia. De la posibilidad o imposibilidad de concurrencias.

Es posible, aunque discutible, la concurrencia de sociedades conyugales; en el trabajo presentado para optar al título de Especialista en Derecho de Familia, ya citado aquí, el suscrito dijo:

1. Del Patrimonio Conyugal

1.1. Concepto de Patrimonio Conyugal

En todos los regímenes jurídicos se maltrata la denominación del aspecto patrimonial en el matrimonio; en la mayoría de los sistemas se habla de "sociedad" en tanto que en otros ordenamientos se habla de "comunidad". En Colombia, tanto el estatuto original (Código Civil) como los estatutos posteriores (Ley N^o. 28 de 1932, Ley N^o 68 de 1946, Decreto N^o. 2820 de 1974 y Ley N^o. 1 de 1976) se habla de "sociedad conyugal" para hacer referencia al régimen patrimonial entre cónyuges. De otro lado, la jurisprudencia y la doctrina hablan indistintamente de "sociedad" o de "comunidad".

Mal designar una institución crea, de entrada, una confusión intelectual toda vez que debe procederse, en primer lugar, a clarificar que no es propiamente tal institución o como se viene repitiendo desde tiempo atrás que se trata de una situación "sui generis".

Importa por lo dicho, tratar de precisar qué es la "sociedad conyugal": más de Cien años de estudios críticos nos liberan de la tarea de probar que no se trata de una sociedad ni de una comunidad; todos los argumentos pueden resumirse en una simple frase: "La Sociedad Conyugal" no es sociedad ni comunidad porque ella no admite los elementos configurantes de éstas.

Pudiéramos salir del paso, anotando sin más análisis que estamos frente a una institución independiente cuya normatividad (en los estatutos ya citados) la convierte en una figura diferente a todos los institutos civiles consagrados en el ordenamiento jurídico Colombiano; proceder de esta manera nos ahorraría tiempo y trabajo pero quedaría flotando en el ambiente una fuerte sensación de inconformidad. En verdad, la mal llamada "Sociedad Conyugal" no constituye una rueda suelta en nuestro ordenamiento jurídico, pese a la ausencia de norma escrita, porque ella cabe perfectamente dentro del concepto de patrimonio autónomo o patrimonio personalidad. Si bien es cierto que no aparece en nuestra legislación una tipificación expresa de los patrimonios autónomos, lo cierto es que la realidad jurídica ha llevado a la jurisprudencia y a la doctrina a señalar las pautas que permiten identificarlos.

Acogiendo el concepto de patrimonio autónomo, expresado por el profesor Chileno Luis Bustamante Salazar en su obra "El Patrimonio" (Editorial Jurídica Chile 1979, Santiago de Chile) puede precisarse: El patrimonio personalidad (autónomo) puede entenderse... "como una universalidad de bienes e intereses, adscrita a la satisfacción de una finalidad, carente de titularidad jurídica activa, a la cual, sin embargo, quedan vinculadas todas las acciones y derechos de los terceros cuando concurren los presupuestos que el ordenamiento jurídico señala". (1) Aplicando estas pautas al aspecto patrimo-

nial entre cónyuges se observa su perfecta correspondencia; por esta razón debe dejarse de lado la equivocada denominación de la institución y los inconvenientes encasillamientos que se pretenden hacer a la luz de las teorías de la sociedad y de la comunidad.

1.2. Del Patrimonio Conyugal en Colombia.

El Código Civil Colombiano consagraba un sistema de muebles y adquisiciones ubicable dentro de los denominados régimen de unidad de bienes y régimen de muebles y gananciales. Lo anterior, porque respecto de la administración y control del patrimonio el marido era amo y señor pero respecto de la integración de la masa patrimonial se hacía necesario distinguir entre muebles y gananciales. El sistema del Código Civil tuvo vigencia hasta el 31 de Diciembre de 1932, porque a partir del 1º de enero de 1933, entró en vigencia la Ley N.º. 28 de 1932, que estableció la plena capacidad jurídica de la mujer, razón por la cual el sistema del Código vino a sufrir modificaciones.

1. Bustamante Salazar, Luis. El Patrimonio. Santiago de Chile: Ed. Jurídica, 1979.

Frente a la Ley N.º 28 de 1932 han surgido criterios encontrados respecto del sistema vigente en Colombia: de un lado un grupo de doctrinantes, encabezados por el Dr. Arturo Valencia Zea, sostiene que la Ley N.º. 28 no sólo varió lo atinente a la administración de los bienes conyugales, sino que también cambió el sistema de muebles y adquisiciones por el sistema de gananciales. De otro lado surge el grupo opositor que a fuerza de releer el texto de la Ley, llega a la conclusión, compartida por la ponencia, de que sólo se modificó lo atinente a la administración de la masa patrimonial, y no la conformación que se sigue regulando por las normas del Código Civil y por las normas que lo han modificado, tales como el Decreto N.º 2820 de 1974 y la Ley N.º. 1 de 1976.

Dentro del primer criterio, al patrimonio conyugal sólo pertenecen los bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia de la relación patrimonial (vigencia de la "Sociedad Conyugal" en el lenguaje antitécnico aquí criticado) con las excepciones que expresa-mente están consagradas. Dentro del criterio que se comparte en esta ponencia, el patrimonio conyugal está conformado, además de los bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia de aquél, por los bienes muebles que los cónyuges tienen al momento de contraer matrimonio y por los bienes muebles que los cónyuges adquieran a título gratuito durante la vigencia del Patrimonio Conyugal; la razón para sostener y defender esta posición no es otra que la clara expresión normativa y una simple deducción al analizar el texto de la Ley N.º. 28 de 1932. Esta norma no establece parámetros para conformar la masa patrimonial, solamente remite a

las disposiciones del Código Civil y éste regula la conformación del patrimonio conyugal en la forma que aquí se acepta. El profesor Valencia Zea mal estima que la regulación del Código, en la conformación de la masa patrimonial, es consecuencia lógica de la incapacidad de la mujer casada; hay aquí un error de apreciación normativa por cuanto que el Código en el señalamiento de las pautas de composición de la masa no distingue entre marido y mujer; habla indistintamente de cónyuge. La diferencia se hace para fines de administración, para fines de responsabilidad y para fines de restituciones; significa lo anterior que en lo atinente a la conformación de la masa patrimonial se tiene que aplicar el sistema del Código Civil.

1.3 Límites Espaciales y Temporales del Patrimonio Conyugal.

Importa ahora precisar respecto de cuáles matrimonios y desde cuándo surge en Colombia un patrimonio conyugal.

1.3.1. Límites Espaciales.

Es necesario precisar respecto de cuáles matrimonios puede predicarse en Colombia, la existencia de un patrimonio conyugal; dos normas nos permiten tal precisión:

Artículo 180 del Código Civil, modificado por el artículo 13 del Decreto N° 2820 de 1974: "Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, según las reglas del Título 22, Libro IV, del Código Civil.

"Los que se hayan casado en país extranjero y se domiciliaren en Colombia, se presumirán separados de bienes, a menos que de conformidad a las Leyes bajo cuyo imperio se casaron se hallen sometidos a un Régimen Patrimonial diferente."

Artículo VII de la Ley N°. 20 de 1974: "El Estado reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado de conformidad con las normas del Derecho Canónico. Para la efectividad de este reconocimiento la competente autoridad eclesiástica transmitirá copia auténtica del acta al correspondiente funcionario del Estado quien deberá inscribirla en el Registro Civil."

Esta norma fue adicionada por el Protocolo final del Concordato así:

"EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO VII

I. De acuerdo con la legislación vigente en el Estado Colombiano, la inscripción de un matrimonio canónico que no haya sido anotado en el registro civil al tiempo de su celebración, podrá siempre efectuarse a requerimiento de cualquiera de los cónyuges o de quien tenga un interés legítimo en dicho matrimonio. Con tal fin será suficiente la presentación de una copia auténtica

de la respectiva partida eclesiástica. La muerte de uno o de ambos cónyuges no será obstáculo para efectuar dicha inscripción.

II. Los efectos civiles del matrimonio canónico debidamente inscrito en el registro civil registrarán a partir de la fecha de la celebración canónica de dicho matrimonio.”

1.3.1.1. Matrimonios celebrados en Colombia:

De las normas transcritas se puede concluir, como regla general, que todos los matrimonios civiles y religiosos celebrados en Colombia, y por el sólo hecho de su celebración, dan origen a la formación de un patrimonio conyugal regido por el título 22 del libro 4º del Código Civil. El principio general tiene excepciones, esto es, matrimonios celebrados en Colombia que no originan la formación de un patrimonio conyugal; las excepciones son dos:

· La consagrada en el numeral 4º del artículo 25 de la Ley N.º 1 de 1976; Artículo 25. El artículo 1820 del Código Civil quedará así:

Artículo 1820. La sociedad conyugal se disuelve:

“... 4º. Por la declaración de nulidad del matrimonio, salvo en el caso de que la nulidad haya sido declarada con fundamento en lo dispuesto por el numeral 12 del Artículo 140 de este Código. En este evento, no se forma Sociedad Conyugal. (Vínculo anterior vigente)”.

La que surge como consecuencia de la celebración de Capi-tulaciones Matrimoniales cuando los futuros contrayentes han decidido que en su matrimonio operará un sistema de Separación de Bienes (exclusión del Patrimonio Conyugal). Esta situación es viable en Colombia y tiene como respaldo normativo el claro texto del artículo 1773 del Código Civil.

Matrimonios celebrados en el Exterior

De las normas transcritas se puede concluir, como regla general, que todos los matrimonios celebrados en el exterior y que estén domiciliados en Colombia no dan origen a la formación de un Patrimonio Conyugal porque se presume separados de bienes (presunción legal). Para desvirtuar la presunción hay dos medios:

· *Probar que en el Estado donde se contrajo matrimonio existe un régimen de bienes.*

· *Probar que hubo Capitulaciones Matrimoniales de acuerdo con la Ley Colombiana y que en ellas se consagró un Régimen de Bienes.*

1.3.2. Límites Temporales.

Es necesario establecer cuál es el período a tener en cuenta para la conformación del Patrimonio Conyugal; la respuesta es fácil en la casi totalidad de los sistemas donde se precisa que el período va desde la celebración del matrimonio hasta la ocurrencia de alguna de las causales que obligan a la disolución. En la legislación Colombiana la situación se ha prestado a discusiones porque el artículo 1º de la Ley N° 28 de 1932, establece que “Durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiriera; pero a la Disolución del Matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio, y en consecuencia se procederá a su liquidación”.

La norma transcrita señala los límites temporales que han de tenerse en cuenta para la conformación del Patrimonio Conyugal, tales son: La celebración del matrimonio y el momento en que ocurra una de las causales de Disolución señalada por la Ley; hasta aquí no hay duda ni discusión alguna pero el hecho anotado en el Artículo 1º de la Ley N° 28 de 1932 (disposición y administración de cada cónyuge) crea confusiones. Por ello se ha llegado a afirmar que no existe patrimonio conyugal sino en el momento mismo de la disolución (en una manida frase se resume el problema: “La Sociedad Conyugal nace para morir”). Esta es una mala apreciación del problema; importa destacar que a partir de la celebración del matrimonio, dentro de las reglas anotadas al hablar de los límites espaciales, surge la posibilidad de la existencia del patrimonio pero esta posibilidad sólo se concreta al momento de presentarse la causal de disolución; por lo tanto debe analizarse el patrimonio existente, en cabeza de cada cónyuge, al momento de la disolución y realizar un análisis retroactivo hacia el momento de la celebración del matrimonio, para poder determinar qué bienes conforman el patrimonio conyugal teniendo en cuenta las reglas consagradas en los artículos 1781 a 1804 del Código Civil y en las normas pertinentes del Decreto N° 2820 de 1974 y Ley N° 1 de 1976.

1.4 De la Disolución del Patrimonio Conyugal en Colombia.

El Patrimonio Conyugal se disuelve, en Colombia, por dos vías: Una consecucional y otra directa.

1.4.1. La Vía Consecucional.

A consecuencia de las afectaciones del matrimonio que ponen fin al vínculo o a la convivencia, el patrimonio conyugal se disuelve salvo una excepción.

Las afectaciones del vínculo que ponen fin al vínculo matrimonial son: la muerte, real o presunta, de uno de los cónyuges; la declaración de nulidad; la declaración de divorcio y la declaración de cesación de efectos civiles.

La afectación del vínculo que pone fin a la convivencia pero mantiene el vínculo es la declaratoria de separación de cuerpos.

Los fenómenos jurídicos atrás relacionados traen como consecuencia la disolución del patrimonio conyugal, salvo cuando se trata de una separación de cuerpos temporal y los cónyuges expresamente solicitan mantener el patrimonio conyugal.

Una vez disuelto el patrimonio conyugal por vía consecencial, la sociedad no revive, sino por la celebración de un nuevo matrimonio, de ser posible, entre los mismos sujetos. Cuando se está frente al fenómeno de la Inexistencia, no puede hablarse de Patrimonio Conyugal porque éste parte del supuesto indispensable de que el matrimonio exista jurídicamente.

Importa hacer una referencia al matrimonio católico. Cuando frente a este mismo matrimonio se dan los fenómenos de la muerte, la cesación de efectos civiles y la separación de cuerpos, la consecuencia es igual: el patrimonio conyugal se disuelve. Pero frente a la "declaración de nulidad eclesiástica", la situación no es clara: Si se admite la posibilidad de anular el matrimonio católico, el dogma de la indisolubilidad pierde toda vigencia; pero los canonistas explican que el fenómeno subyacente en las "declaraciones de nulidad" no es otro que el de la inexistencia porque el pretendido matrimonio no llegó a surgir jurídicamente dejando, así, a salvo el dogma de la indisolubilidad. Salvar el dogma trae como corolario el tener que afirmar que en consecuencia en tales matrimonios no se forma patrimonio conyugal.

1.4.2. La Vía Directa

El Patrimonio Conyugal puede disolverse por vía directa sin que el vínculo matrimonial ni la convivencia se afecten. La Disolución directa se logra por vía extrajudicial o por vía judicial. Para lo primero, basta con que los cónyuges acudan, de mutuo acuerdo, ante el Notario para poner punto final al patrimonio conyugal, esto es, para disolverlo.

Por el camino judicial se logra la disolución cuando uno de los cónyuges logra probar una de las causas consagradas en el artículo 200 del Código Civil, y el Juez así lo declara.



La norma sustantiva reza así:

“Art. 200. Modificado, Ley 1^o de 1976, art. 21: Cualquiera de los cónyuges podrá demandar la separación de bienes en los siguientes casos:

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

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

1.5. Análisis de dos textos legales.

1.5.1. Artículo 25 de la Ley N^o 1 de 1976.

“Art. 25.- El artículo 1820 del Código Civil quedará así:

Artículo 1820. La sociedad conyugal se disuelve:

1^o Por la disolución del matrimonio;

2^o. Por la separación judicial de cuerpos, salvo que fundándose en el mutuo consentimiento de los cónyuges y siendo temporal, ellos manifiesten su voluntad de mantenerla;

3^o. Por la sentencia de separación de bienes;

4^o. Por la declaración de nulidad del matrimonio, salvo en el caso de que la nulidad haya sido declarada con fundamento en lo dispuesto por el numeral 12 del artículo 140 de este código. En este evento, no se forma sociedad conyugal, y

5^o. Por mutuo acuerdo de los cónyuges capaces, elevado a escritura pública, en cuyo cuerpo se incorporará el inventario de bienes y deudas sociales y su liquidación.

No obstante, los cónyuges responderán solidariamente ante los acreedores con título anterior al registro de la escritura de disolución y liquidación de sociedad conyugal.

Para ser oponible a terceros, la escritura en mención deberá registrarse conforme a la ley. Lo dispuesto en este numeral aplicable a la liquidación de la sociedad conyugal disuelta por divorcio o separación de cuerpos judicialmente decretados.”

La norma trae los casos en los cuales se disuelve el patrimonial conyugal; casos que corresponden a lo anotado en el punto 1.4. de este trabajo.

Puede darse el caso de una persona que contrae varios matrimonios en Colombia, sin que se hayan disuelto los vínculos civiles anteriores. Así, por ejemplo: Pedro contrae matrimonio con Ana en 1980 y, sin disolver tal vínculo, contrae matrimonio con María en 1985 y, sin disolver esos dos vínculos anteriores, contrae matrimonio con Rosa en 1990.

Si Pedro fallece en 1995; si Pedro obtiene en cada matrimonio el divorcio o la separación de cuerpos indefinida; si Pedro de común acuerdo disuelve los patrimonios conyugales; si Pedro en separación de bienes obtiene la disolución de sus patrimonios conyugales; si Pedro obtiene las nulidades de sus matrimonios por causales diferentes a la señalada en el numeral 12 del artículo 140 del Código Civil, habrá que concluir que en todos y cada uno de los matrimonios de Pedro hubo patrimonio conyugal y que todos están disueltos y que todos hay que liquidarlos.

Obsérvese que el numeral 4º del artículo 25 de la Ley N° 1 de 1976 sólo establece la no conformación del patrimonio conyugal si los matrimonios subsiguientes a uno preexistente se anulan con base en la causal del numeral 12 del artículo 140 del Código Civil. Lo anterior significa que en todos los demás casos de concurrencia de matrimonios en Colombia (si se dan los presupuestos del aparte 1.3.1.1.) se forman tantos patrimonios conyugales como matrimonios se celebren.

1.5.2 Artículo 2082 del Código Civil.

Esta norma está derogada expresamente por el artículo 242 de la Ley N° 222 de 1995.

No obstante la derogatoria, importa analizar la norma porque muchos autores consideran que no es posible la concurrencia de patrimonios conyugales porque el artículo en comento los prohíbe. Tal afirmación era y es equivocada por dos razones fundamentales:

1.5.2.1. La norma se refería a sociedades a título universal y de gananciales a título universal. El artículo 2082 decía:

“Se prohíbe toda sociedad a título universal, sea de bienes presentes y venideros o de unos u otros.

Se prohíbe, asimismo, toda sociedad de ganancias, a título universal, excepto entre cónyuges.

Podrán, con todo, ponerse en sociedad cuantos bienes se quiera, especificándolos.”

Obsérvese que la norma prohíbe sociedades a título universal y se prohíbe toda sociedad de gananciales, excepto entre cónyuges). Los conceptos de sociedad universal y de sociedad de gananciales son, en boca del profesor Fernando Vélez, los siguientes:

“El Derecho Romano, dice el Sr Vera en el artículo 2.056, igual al 2.082, reconocía la sociedad universal de todos los bienes presentes y futuros, aún aquellos que vinieran a los socios por donación, herencia o legado. Las leyes de Don Alfonso, el sabio, aceptaron esta legislación con algunas modificaciones como se ve en las leyes 7ª y 9ª, tít. 10 de la parte 5ª...

La nulidad de la cláusula en que se hace figurar en una sociedad los bienes futuros, trae la nulidad de todo el contrato de sociedad.”

“Cuando sólo se designan algunos aportes y se agrega que también entran los que el socio posee, esta cláusula entrañará la nulidad de todo el acto, como en el caso anterior. Los bienes que no se designan no entran en la sociedad, aunque se establezca en el contrato que los designados son todos los que el socio posee.”

“Dice el art. 2.056 que se prohíbe toda sociedad de ganancias a título universal. Esto se refiere a bienes que no entran en la sociedad y, por lo mismo, no están afectos a las deudas de ellas”.

“Las ganancias de los bienes que forman la sociedad, es claro que son para ésta.”

55. Para mejor inteligencia del artículo 2.082, diremos que, según el Sr. Vera, el Código Francés admite la sociedad universal de todos los bienes y ganancias, “excluyendo los que vengan a los socios por herencia, legado o donación”.

Efectivamente, dicho Código en su artículo 1835, dice que las sociedades son universales o particulares; en su artículo 1837, que la sociedad de todos los bienes presentes es aquella en que las partes ponen en común todos los bienes muebles e inmuebles que poseen, y en su artículo 1838, que la sociedad universal de ganancias comprende todo lo que las partes adquieran con su industria, a cualquier título que sea, durante la sociedad, y los bienes muebles que posean al celebrarse el contrato, pero no sus inmuebles personales, de los cuales sólo entra a la sociedad el goce de ellos. De esto se deduce que entran en aquélla las deudas muebles de cada socio. Según el artículo 1839, la simple convención de sociedad universal sólo establece la sociedad

universal de ganancias. (Baudry-Lacantinerie, Précis etc., t. 3º, núms. 764, etc.).

56. Sociedades universales en la generalidad de los casos, sólo serían origen de complicaciones y dificultades entre los socios y aun con terceros. Esas sociedades pueden ser una manera de simular una donación de un socio al otro; lo que probablemente es causa de que el artículo 1840 del Código Francés disponga que no puede celebrarse sino entre personas hábiles para donar o para recibir donaciones (arts. 1444, etc.).

Por esto creemos que es acertado que el artículo 2082 prohíba las sociedades a título universal, sea de bienes presentes, de bienes futuros o de unos y otros. De esta prohibición resulta que adolecería de nulidad absoluta (t. 6º. Núms. 507, etc.) un contrato en que las partes dijese que aportaban a la sociedad todos sus bienes presentes o éstos y los futuros, o los últimos. Las partes pueden poner en la compañía todos los bienes que quieran, pero determinándolos como debe ser (art. 1464, 1465, 1466 y 1867; arts. 467, num. 4º., 493, etc., C. de C.).

Que sea sociedad de ganancias a título universal, puede deducirse del artículo 1838 del Código Francés citado antes. De modo que si en un contrato de sociedad se estipula que pertenecerá a ésta todo lo que cada uno de los socios gane de cualquier manera, o sea, en toda clase de trabajos, oficios o profesiones, el contrato será absolutamente nulo.

De esta regla se exceptúa a los cónyuges, lo que quiere decir que pueden tener sociedad a título universal de ganancias. De esto no debe deducirse que puedan celebrar un contrato distinto al de su sociedad conyugal (n. 43), sino que ésta comprende todas las ganancias de cada cónyuge (art. 1781), salvo lo que estipulen en sus capitulaciones matrimoniales (art. 1776)." (2).

El Patrimonio conyugal en Colombia no corresponde a tal clasificación; el patrimonio conyugal, sin ser sociedad como ya se explicó, puede ubicarse

Vélez, Fernando. Derecho Civil, tomo 8. Bogotá: Ediciones Lex Ltda., 1983.

dentro del sistema de un régimen de muebles y gananciales.

1.5.2.2. Al confrontar la norma con los conceptos transcritos, es claro que en materia de patrimonio conyugal no se trata de sociedades universales ni de sociedades de gananciales lo que bastaría para desvirtuar el argumento materia de análisis; pero,

además, obsérvese que la misma norma admite

conurrencia de sociedades de gananciales entre cónyuges. Para finiquitar este punto es preciso reiterar que el patrimonio conyugal en el Código Civil Colombiano corresponde al concepto de régimen de muebles y gananciales no universal porque aquellos bienes hacen parte de él y hay bienes que se excluyen.

Pero aceptando en vía de discusión que el patrimonio conyugal sea una sociedad a título universal, es perfectamente posible que concurren varias de ellas por mandato expreso de la norma.

1.6. Una Primera Conclusión.

Queda demostrado que en Colombia es posible la concurrencia de patrimonios conyugales; siempre que se den los presupuestos del punto 1.3.1. y salvo la excepción del numeral 4º del artículo 25 de la Ley N° 1 de 1976. Cuando se encuentren dos o más matrimonios subsiguientes respecto de una misma persona, sin haber disuelto los patrimonios conyugales, existirán tantos patrimonios conyugales como matrimonios existan. El problema de la liquidación y el orden de liquidarlos es asunto que escapa al tema de este trabajo, pero las soluciones se encuentran en la jurisprudencia y en la doctrina colombianas referentes al problema antes de la vigencia de la Ley N° 1 de 1976." ¹¹¹.

Es posible, sin discusión alguna, la concurrencia de sociedad conyugal y de sociedad patrimonial; en el trabajo pluricitado se dijo:

2. De la Relación Patrimonial entre Compañeros Permanentes.

2.1. Concepto de Relación Patrimonial entre Compañeros Permanentes.

En su naturaleza puede asemejarse al patrimonio conyugal y por ello se remite a lo anotado en el punto 1.1. de esta ponencia. Se diferencian esos patrimonios en la conformación de sus activos y en algunas de las causales de disolución.

La relación patrimonial entre compañeros surge desde el momento mismo en el que surge la unión marital de hecho y goza, a veces, de presunciones de existencia conforme el texto del artículo 2 de la ley N° 54 de 1990 que establece:

"Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos:

a) Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o

ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho.”

b) Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho.” (Subrayas extratexto).

2.2. De la Relación Patrimonial entre compañeros permanentes en Colombia.

2.2.1. Del concepto de Presunción.

El artículo 66 del Código Civil es del siguiente tenor:

“Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.

Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal.

Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.

Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibile la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias.”

La presunción pertenece por esencia al campo del derecho probatorio; frente a una presunción el sujeto beneficiado con ella se libera de la carga de la prueba. Si no se dan los elementos que estructuran la presunción, el sujeto queda situado de nuevo frente a la regla general de la carga de la prueba: Incumbe a la parte probar (Art. 177 C.P.C). Así por ejemplo: si no se dan los elementos para presumir que el marido de la mujer casada es el padre del hijo de ella ¿cuál será la consecuencia? ¿Que ese hijo no tiene padre? ¿Que hay que probar quién es el padre? Por supuesto que la respuesta correcta es la afirmación del segundo interrogante. Si no se dan los elementos para presumir el domicilio de una persona, ¿será que esa persona carece de domicilio o habrá que probar cuál es? Por supuesto que hay que probarlo. Si no se dan los elementos para presumir la mala fe, ¿será que ella está ausente de la actividad o será que hay que probarla? Por supuesto que hay que probarla.

En síntesis, cada vez que no se den los elementos de una presunción, la consecuencia no es la inexistencia del hecho; la consecuencia no es otra que la necesidad de desplegar una actividad probatoria.

2.2.2. Del contenido del artículo 2 de la Ley N° 54 de 1990.

La norma es del siguiente tenor:

“Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos:

a) Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho.”

b) Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho. (Subrayas extratexto).

Ha establecido el Legislador una doble situación de presunciones frente al aspecto patrimonial de los compañeros permanentes; si no se dan los elementos de las presunciones, ¿cuál será la consecuencia? ¿La no existencia de relación patrimonial o la necesidad de probarla? Si se han aceptado como ciertas las conclusiones dadas en el punto 2.2.1., es obligatorio concluir que si no se dan los presupuestos del artículo 2 de la ley N° 54 de 1990, lo que deberán hacer los interesados es probar que la relación patrimonial existe.

2.2.3. De los elementos a probar para establecer la relación patrimonial entre compañeros permanentes en Colombia.

Deben probarse dos hechos:

2.2.3.1. La Unión Marital de Hecho.

Para efectos de la ley, sin ahondar en el punto que es polémico, se exige probar la Unión Marital de Hecho ante el Juez de Familia en Primera Instancia.

2.2.3.2. La Oportunidad y forma de adquisición y el valor de los Bienes.

Deberá probarse que los bienes fueron adquiridos durante la vigencia de la Unión Marital de Hecho, como fruto del trabajo, el socorro y la ayuda

mutua o que habiéndose adquirido con anterioridad o sin las exigencias dichas, aumentaron su valor porque este mayor precio pertenece a la relación patrimonial: El artículo 3 de la Ley N° 54 establece:

“El patrimonio o capital, producto del trabajo, ayuda y socorro mutuos, pertenece por partes iguales a ambos compañeros permanentes.

Parágrafo: No formarán parte del haber de la sociedad, los bienes adquiridos en virtud de donación, herencia o legado, ni los que se hubieren adquirido antes de iniciar la unión marital de hecho, pero sí lo serán los réditos, rentas, frutos o mayor valor que produzcan estos bienes durante la unión marital de hecho.”

2.2.4. De la Disolución de la Relación Patrimonial entre Compañeros Permanentes.

Concretando el artículo 5° a los casos de disolución de la relación patrimonial, se hace necesaria una visión independiente de cada una de las causales señaladas:

“Artículo 5°. de la Ley N° 54 de 1990:

“La sociedad marital entre compañeros permanentes se disuelve:

- a) **Por la muerte de uno o ambos compañeros;**
- b) **Por el matrimonio de uno o de ambos compañeros con personas distintas de quienes forman parte de la sociedad patrimonial;**
- c) **Por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes elevado a escritura pública;**
- d) **Por sentencia judicial”.**

La expresión “disolución de la sociedad marital” se presta a confusiones porque no se ha empleado en el texto legal para tipificar un fenómeno determinado; se ha hablado de Unión Marital y de Sociedad Patrimonial. La norma se viene entendiendo como referida a la relación patrimonial, lo que lleva a señalar en la Ley, la ausencia de causales para terminar las uniones maritales, situación que es importante regular o al menos precisar por vía de interpretación para señalar que la Unión Marital de Hecho termina por las mismas causas por las cuales termina el matrimonio”.

2.2.4.1. La muerte de uno o ambos compañeros:

La muerte puede ser real o presunta, y frente a tal hecho sobre toda especulación crítica. Este supuesto no sólo da lugar a la disolución de la rela-

ción patrimonial sino que también es una de las causales de terminación de la Unión Marital de Hecho.

2.2.4.2. El matrimonio de uno o ambos compañeros con terceras personas:

Se viene entendiendo, por la mayoría, que basta con la simple celebración del matrimonio de uno o de ambos compañeros con terceras personas para que se dé la disolución de la relación patrimonial; tal interpretación es imprecisa porque no siempre, por la simple realización del matrimonio se acaba la unión: puede darse el caso de compañeros permanentes que sin terminar la unión (permanente y singular) realicen un matrimonio sin que se produzca convivencia con el cónyuge. Debe entenderse, en un sentido lógico, que la disolución de la sociedad patrimonial se dará sólo cuando termine la unión por rompimiento total de la comunidad o porque se pierda, al menos, uno de los elementos esenciales de ella (singularidad y permanencia), independientemente de la realización o no de un matrimonio.

En este punto se observa una grave omisión normativa porque no se estableció la consecuencia patrimonial cuando el matrimonio se celebra entre los compañeros mismos. En razón, dice la mayoría, de los regímenes diferentes del matrimonio y de la unión marital ha de entenderse que también se disuelve la sociedad patrimonial por tal hecho.

2.2.4.3. Mutuo consentimiento expresado ante Notario mediante escritura pública.

Consecuencia del principio de la autonomía de la voluntad y consecuente con el mismo principio en materia de patrimonio conyugal, esta causal no se presta a problema alguno.

2.2.4.4. Por Sentencia Judicial.

La parquedad de la norma induce al intérprete a buscar los elementos estructurales de esta causal; lo primero, indagar por las razones para pretender la decisión judicial. Lo segundo, determinar el procedimiento y la competencia para ello.

2.2.4.4.1 Razones para invocar una Sentencia Judicial.

La Ley N^o.54 de 1990 nada dice; por razones analógicas hay que pensar que los motivos para solicitar la disolución de la relación patrimonial no pueden ser otros que los consagrados por el Código Civil Colombiano para obtener la disolución del patrimonio conyugal, artículo 1820; esta afirmación se hace por vía analógica ya que la norma no señala las causas para invocar la sentencia judicial y al hacer la remisión en el artículo 7^o deja por fuera el Capítulo V que se refiere a las causales de disolución del patrimonio conyugal.

2.2.4.4.2 Procedimiento y Competencia.

También, con base en la remisión del artículo 7º se llega a la conclusión sobre el procedimiento que no puede ser otro distinto al liquidatorio reglado en los artículos 625 y 626 del Código de Procedimiento Civil.

La competencia radica en los jueces de familia porque así lo ordena el texto del artículo 7º. de la Ley en comento.

2.3. Una Segunda Conclusión.

Si la consecuencia lógica de la no presunción es la posibilidad de probar, es entonces posible afirmar que pueden darse uno o varios patrimonios conyugales (ver punto 1.6.) y esa circunstancia no impide la existencia de una relación patrimonial respecto de uno o ambos cónyuges con terceros, con los que se convive en una unión marital de hecho; lo anterior permite señalar que puede darse la concurrencia entre uno o varios patrimonios conyugales y una o dos relaciones patrimoniales. (Por ejemplo el patrimonio conyugal de A con B y relación patrimonial de A con C o el patrimonio conyugal de X con Z y las relaciones patrimoniales de X con M y Z con T).

2.4. Una Tercera Conclusión.

Se ha demostrado que es posible la concurrencia de patrimonios conyugales y que es posible que éstos concurren con una relación patrimonial; pero es importante señalar que es imposible la concurrencia de relaciones patrimoniales por la simple razón de que ellas sólo pueden surgir de la unión marital de hecho y ésta no admite concurrencia porque la institución exige permanencia y singularidad." (5)

9 De una síntesis necesaria

Puede afirmarse, de lo dicho, que las diferencias entre sociedad conyugal y sociedad patrimonial, aparte de la denominación misma de ellas, se contraen a las señaladas en los puntos 6 y 7 de este escrito. Hay diferencias en cuanto a los elementos que se deben probar para establecer la presunción de sociedad conyugal o de sociedad patrimonial y hay diferencia en cuanto que puede hablarse de concurrencia de sociedades conyugales pero no puede hablarse de concurrencia de sociedades patrimoniales. Pero estas dos diferencias no afectan la estructura de las instituciones ni vulneran los derechos constitucionales de los sujetos invulnerados; son, en una palabra, diferencias no esenciales; las otras diferencias resaltadas, o no lo son tales, o deben mirarse como contrarias al orden constitucional.

Mil Gracias.

