

LOS APORTES EN LA SOCIEDAD CONYUGAL UNA REVISIÓN DE SU ALCANCE

Luis Darío Vallejo Ochoa¹

Resumen

Como regla general, por el simple hecho del matrimonio, surge una sociedad conyugal que beneficia por iguales partes a los cónyuges, con independencia de los aportes que realicen. Con lo cual se da pábulo a que ella se nutra de las contribuciones que hace uno solo de ellos, y lo que es peor, que aquél que nada aporta, que no cumple con sus obligaciones de cónyuge y progenitor o que sencillamente abandona a su consorte e hijos, luego, en cualquier tiempo, pueda reclamar una participación paritaria en los “*bienes sociales*”. Tal estado de cosas hace pertinente propugnar la formulación de un nuevo criterio hermenéutico que apunte a una aplicación lógica de las normas vigentes, determinada por lo justo y equitativo, con lo cual no sería necesario modificar la expresión de las normas decimonónicas que regulan el tema, todo sobre la base de la teoría del negocio jurídico, que permita la formación de un patrimonio o capital que sea fruto del trabajo, la ayuda y el socorro mutuos y que en esa medida aproveche a cada cónyuge, con lo cual sería evitado el enriquecimiento sin causa, el abuso del derecho.

Palabras clave: Matrimonio, Sociedad Conyugal, Aportes, Incumplimiento.

¹ Abogado de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Especialista en Derecho de Familia de la Universidad Pontificia Bolivariana. Docente Universitario. Asesor y litigante. Aspirante a Magíster en Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana.

Introducción

De tiempo atrás la jurisprudencia y doctrina, nacionales y extranjeras, han asumido que para el surgimiento de la sociedad conyugal basta con la celebración del matrimonio, sin que sea necesario efectuar aportes, y para que cada uno de los cónyuges tenga un derecho paritario en los activos y pasivos sociales formados, sin importar el comportamiento de los mismos frente a sus obligaciones de tales y padres, todo sobre la base de una pretendida interpretación literal de los artículos 113, 180 y 1830 del Código Civil.

Con inusitada frecuencia se advierte que los cónyuges asumen un comportamiento que dista mucho de los fines de ayuda y socorro propios del matrimonio, con lo que se le convierte en una empresa de intereses individuales, lucros particulares, aprovechamiento del trabajo del otro, abandono en el cumplimiento de las obligaciones que obran a favor de la pareja y la descendencia, lo que amerita un escrutinio más riguroso de la legislación y la jurisprudencia con el propósito de establecer ¿De qué manera asumen y tratan tal estado de cosas, cómo lo regulan, qué derechos o sanciones le atribuyen a quien de tal forma procede?. Todo para apuntar una respuesta al siguiente interrogante: ¿El derecho de gananciales está condicionado por los aportes que cada cónyuge hace a la sociedad conyugal?

Lo que actual y ordinariamente se advierte es que *“El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges, de los deberes que la ley les impone como tales y como padres”* aparece consagrado en la ley 25 de 1992, artículo 6-2ª, y en el Código Civil artículos 165 y 200, como una causal para el divorcio, la separación de cuerpos o de bienes, sin que la situación trascienda al ámbito específico de la composición de la sociedad conyugal y es por ello por lo que en este caso, ni en ninguno

otro, el cónyuge que tal actitud asume ha de soportar una sanción que lo prive de la porción de gananciales o, por lo menos, le reduzca su porción, y, en consecuencia, su participación en la sociedad conyugal es paritaria en relación con la del cónyuge inocente, como ocurre para cuando los cónyuges, por el contrario, cumplen con los fines del matrimonio, hacen aportes para el surgimiento y robustecimiento de la sociedad conyugal, lo que de suyo resulta contrario a la teleología de las normas que regulan la materia y agrede principios elementales del derecho.

La inequidad que suscita el hecho de otorgarle un derecho pleno al cónyuge que nada aporta a la sociedad conyugal, que abandona injustificadamente el cumplimiento de las obligaciones que emergen del contrato matrimonial, nos ha motivado suficientemente para abordar una investigación de corte documental que permita evidenciar las manifestaciones y tendencias de la jurisprudencia, la doctrina y la legislación al respecto, y presentar una propuesta que consulte la verdadera vocación jurídica, económica y participativa de la dicha sociedad, lo que implicará poner de presente el carácter contractual del matrimonio, los efectos económicos de éste, la naturaleza de las normas que los regulan, la necesidad de aportes a la sociedad y la participación proporcional en los gananciales.

1. Naturaleza jurídica y características del matrimonio

Si se tiene como punto de partida que el matrimonio es algo más que un evento social y se le reconoce un carácter jurídico, surge la necesidad de referirlo a un marco superior, el constitucional, para notar que el artículo 42 de la Carta señala que *“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, o por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. (...)”* (Constitución Política, 2011, Art. 42).

Y el Código Civil en el art. 113 precisa que *“El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”*, para en tal virtud estimarlo como un instrumento fundacional de la familia, con capacidad productora de una serie compleja de efectos jurídicos de diversa índole: personales como el parentesco (Código Civil, 2014, Art. 47); con contenido económico como es el caso de la sociedad conyugal de gananciales universales (Código Civil, 2014, Art. 1781). En todo caso un contrato, aunque con características especiales.

En tal orden de ideas es pertinente aproximar el matrimonio a la teoría general del negocio jurídico, entendido este como

Una o varias declaraciones o manifestaciones de voluntad, hechas con arreglo a la ley, por una o varias personas capaces, con la intención de producir un efecto jurídico querido por ellas, que está preestablecido o amparado en una norma legal, y que puede consistir en la creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones (Valencia Restrepo, 2003, p. 300).

Lo cual hace necesario admitir que para la generación del evento matrimonial se requiere la formación de una voluntad y la emisión de un consentimiento atribuible a dos sujetos de derecho, personas naturales legalmente habilitadas para ello, quienes de manera deliberada y lícita pretenden la generación de los efectos determinados en la ley, lo que constituye elemento mínimo y esencial a todo negocio jurídico.

Es que de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil Colombiano (art. 115):

El contrato de matrimonio se constituye y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes, expresado ante el funcionario

competente, en la forma y con las solemnidades y requisitos establecidos en este Código, y no producirá efectos civiles y políticos, si en su celebración se contraviniera a tales formas, solemnidades y requisitos, lo que permite afirmar que (...) el matrimonio es una convención que se forma por el consentimiento libre de las partes, legalmente comprobado; y como toda convención, engendra derechos y obligaciones; (...) que nacen entre cónyuges, por razón del contrato de matrimonio (Champeau & Uribe, 1899, p. 156).

Pero es del caso hacer notar que la voluntad matrimonial resulta atemperada en la medida en que las normas que regulan los aspectos personales del contrato son de orden público e imperativas y en ese orden de ideas no es dable que los contrayentes se ocupen en la determinación o reglamentación de asuntos como la fidelidad, la cohabitación, la filiación, el parentesco, la ayuda, el socorro, por lo que y como regla general es suficiente con limitarse a expresar el consentimiento para la constitución del vínculo y la consiguiente generación de los efectos que propiamente le atribuye la ley. La potestad reglamentaria de las partes está remitida a los aspectos económicos, propiamente en el ámbito de la sociedad conyugal, únicamente.

El profesor Luis Díez Picazo (1980), sostiene:

El matrimonio ha sido tradicionalmente conceptuado por la doctrina canónica y civil como un contrato. Juega en su celebración papel relevante el consentimiento de los cónyuges, según el artículo 100, hasta el punto de que el consentimiento viciado determina su anulación. El acto de celebración de un matrimonio es, pues, sin duda, un negocio jurídico, si bien al vínculo que el matrimonio origina conviene más la calificación de relación jurídica (relación matrimonial o conyugal).

Por dos órdenes de razones ha negado algún sector de la doctrina la naturaleza negocial del acto de celebración de un matrimonio. Es el primero la

imposibilidad de que los contrayentes determinen de modo autónomo el contenido de la relación jurídica que crean. Los contrayentes no pueden alterar el esquema legal de sus recíprocos derechos y deberes ni sustituirlo por otro. Pero debe tenerse en cuenta que la sustancia del negocio jurídico se encuentra no tanto en el poder de determinación del contenido de la relación jurídica que el negocio crea como en el poder de creación de la propia relación jurídica. Debe, además, pensarse que el poder de las partes no alcanza nunca al contenido esencial de la relación jurídica que crean. Las partes pueden querer otro tipo de negocio, pero el establecido han de quererlo con todo su esencial contenido. Y acontece que todo el contenido de la relación de matrimonio es esencial: que no hay un matrimonio sin deber de fidelidad, sin deber de auxilio o sin indisolubilidad.

El segundo orden de razones se funda en la intervención necesaria de los órganos del Estado para obtener la consecuencia de que el matrimonio es un acto de poder estatal. La intervención del órgano del Estado es, desde luego, necesaria, hasta el punto de que el matrimonio celebrado sin la intervención del juez municipal o con la intervención de juez incompetente es nulo, conforme al número 4º del artículo 100; pero de ello no puede de ningún modo deducirse que el matrimonio sea un acto de poder estatal y que sea el juez quien celebra y constituye el matrimonio. El matrimonio celebrado sin la intervención de los testigos que exige el artículo 100 es también nulo y no puede pensarse que sean los testigos actores del matrimonio. Se trata en uno y otro caso de requisitos de tipo formal (p. 36).

Por su parte, Mario Rotondi (1953) señala:

Se ha observado un caso de acto complejo en el matrimonio (que tradicionalmente fue considerado como contrato bilateral), poniéndose de relieve que, además de las dos voluntades de los esposos dirigidas recíprocamente a tomarse como marido y mujer, es indispensable la autónoma voluntad del funcionario celebrante (ministro de culto reconocido o

funcionario del Estado Civil), el cual no se limita a hacer acto de presencia y a testificar la realidad de la coincidencia de la voluntad de los esposos, sino que emite una declaración propia de voluntad dirigida a unirlos en matrimonio (p. 120).

Con independencia del instrumento que sea señalado como referente, por definición legal, el matrimonio es: (i) un “*contrato*”, en cuanto brota de la comunión de los consentimientos, libres de vicio, emitidos por los contrayentes capaces para ello; (ii) regulado expresamente por la ley y por lo tanto *nominado*; (iii) para cuya formación es menester acatar un protocolo previa e imperativamente establecido, por ello *solemne*; (iv) *bilateral*, no sólo en cuanto han de concurrir dos partes sino porque de él surgen derechos y obligaciones recíprocos para ellas; (vi) *singular* por cuanto concurren dos partes unipersonalmente integradas; (vii) con existencia independiente y propia, por lo que resulta *principal*, y (viii) de *ejecución permanente*.

En tal sentido y de conformidad con la teoría moderna, se trata propiamente de un acto jurídico con características especiales, en cuanto sólo requiere de la inequívoca manifestación de la voluntad de los contrayentes para su constitución y la generación de los efectos establecidos en la ley y no necesariamente pretendidos y regulados por las partes.

A la sazón es menester indicar que en el matrimonio tradicional, como en los demás negocios jurídicos, concurren elementos *de la esencia* o que no pueden faltar (C.C. art. 1501), a riesgo de no producir efectos o degenerar en otro contrato diferente, como la pareja conformada por un hombre y una mujer, actualmente en Colombia se discuten los alcances de la sentencia C-577 de 2011² que pone en evidencia el *déficit de protección de las parejas*

² La Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011 declaró la exequibilidad del artículo 113 del Código Civil, y decidió “**EXHORTAR** al Congreso de la República para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las

homosexuales y propugna por una legislación que expresamente regule el tema; *de la naturaleza*, que hacen parte de él sin la necesidad de un pacto expreso al respecto, como la aptitud para la procreación, la sociedad conyugal, y, *accidentales*, que requieren de cláusulas especiales para su ocurrencia, contenidas en actos accesorios como, por ejemplo, las capitulaciones matrimoniales.

2. Efectos del matrimonio

De conformidad con los textos de los artículos 113, 176, 178 y 180 del Código Civil, con ocasión del matrimonio brotan diversos efectos, que según la Corte Suprema de Justicia pueden ser analizados en tres grupos (Sentencia de Casación Civil, 2011, p. 1529).

3.1. En primera medida, el matrimonio modifica el **estado civil** de las personas, atributo de la personalidad que está consagrado constitucionalmente y desarrollado por el artículo 1° del decreto 1260 de 1970 que lo concibe como la situación jurídica del individuo “en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible, y su asignación corresponde a la ley” a lo cual añade el artículo 2° ibídem que “el estado civil deriva de los hechos, actos, y providencias que lo determinan y de la calificación legal de ellos.

(....)

Menester es recordar que las normas que regulan el estado civil, en palabras de la Corte, “son las que tienden a asegurar la organización que posee una sociedad para su normal y correcto funcionamiento, y tienen como

parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas”.

característica predominante que interesan más a la comunidad que a los hombres individualmente considerados y se inspiran más en el interés general que en de los individuos... de esta manera aparece muy calificado el carácter de orden público que corresponde a las leyes de derecho privado que rigen, por ejemplo, el estado y capacidad de las personas, base de la organización social” (Sentencia de Casación Civil, 1940, p. 569).

3.2. De otro lado, del matrimonio surgen (sic) una serie de vínculos que son indispensables para la pervivencia de la vida en común y que hacen parte de las denominadas **relaciones de familia**; de ello, precisamente, dan cuenta los artículos 176 a 179 del Código Civil, que imponen a los cónyuges la necesidad de “guardarse fe”, “socorrerse”, “ayudarse mutuamente”, ejercer “la dirección del hogar”, “vivir juntos”, “ser recibido en la casa del otro” y “subvenir a las ordinarias necesidades domésticas”. Se trata, en lo fundamental, de las relaciones personales que permiten a los contrayentes asegurar que el vínculo matrimonial permanezca firme, a pesar del tiempo y de las adversidades que le son propias.

(...)

3.3. Pero a la par que de tan delicadísimas relaciones, indisponibles para las partes, el matrimonio suscita el establecimiento de **un régimen económico** entre la pareja, pues de alguna manera habrá de determinarse si se efectúan aportes a un haber común, si el trabajo y el apoyo mutuo reporta beneficios y, de haberlos, cómo se repartirán unos y otros al fenecer el vínculo nupcial.

Con base en la consistencia y alcance de los señalados efectos, la Corte precisa la índole de las normas que los regulan, para de manera contrastante señalar que al tiempo que los dos primeros, estado civil y relaciones de familia, están regulados por normas de orden público, de suyo imperativas, el régimen legal económico apenas si tiene el carácter de supletorio, con lo que consiguientemente resulta privilegiado el principio de la

autonomía de la voluntad, como que los contrayentes pueden elegir y construir el estatuto a que habrá de ser sometida la sociedad conyugal que ha de surgir con ocasión de la celebración del contrato matrimonial y, solo en su defecto, regirá el ordenamiento jurídico preestablecido.

En otras palabras, el régimen que aparece construido a partir del artículo 1781 del Código Civil, tiene el carácter de supletorio y está llamado a integrar la voluntad de las partes, los contrayentes, expresada en las capitulaciones matrimoniales, en cuanto no sean contrarias al orden público (la ley y las buenas costumbres), ni desconozcan derechos personales de los cónyuges o de la descendencia común, como lo manda el artículo 1773 de la misma obra³.

3. La sociedad conyugal

La teoría del negocio jurídico advierte la generación de tres tipos de efectos: los *esenciales*, que no pueden faltar a riesgo de impedir la formación del negocio o de convertirlo en otro; los de la *naturaleza*, que hacen parte de él y su ocurrencia no exige cláusula expresa, y, los *accidentes*, cuya generación sólo es posible en la medida en que sea prevista y dispuesta expresamente por la partes.

Si se atiende a la naturaleza contractual del matrimonio, es menester admitir que la sociedad conyugal hace parte de la naturaleza del vínculo y en tal sentido no se hace necesario que los contrayentes formen y expresen una voluntad inequívocamente encaminada a la generación de una comunidad de bienes. Por el contrario, emerge sin la necesidad de un consentimiento

³ C. C. art. 1773 “Las capitulaciones matrimoniales no contendrán estipulaciones contrarias a las buenas costumbres ni a las leyes. No serán, pues, en detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge respecto del otro o de los descendientes comunes”.

específico al respecto, y en algunas ocasiones en contra de la voluntad de los contrayentes, quienes no han obrado con la previsión requerida para optar convencionalmente su exclusión.

De lo dicho al rematar el acápite anterior se desprende que la sociedad conyugal puede estar sometida a tres regímenes diferentes: el *legal ordinario*, compuesto por las disposiciones de ley, consagrado con carácter supletorio en los artículos 180 y 1781 y s.s. ibídem; el *capitular o convencional*, fruto necesario y exclusivo del principio de la autonomía de la voluntad, cuyo basamento obra en los artículos 1602⁴ y 1774⁵ de la codificación citada, desarrollado en los artículos 1771⁶ y s.s., cuya concreción es lograda con la celebración de las *Capitulaciones Matrimoniales*, con lo que deviene en un instrumento regulador con vocación *especial*; y el *mixto*, que puede ser expresamente previsto por las partes para someter la comunidad de bienes a los sistemas anteriores o sobrevenir como consecuencia de la imprevisión de los capitulantes, quienes han generado vacíos en el régimen especial y que deben ser suplidos mediante la aplicación de las normas del régimen común.

El sistema señalado resulta común a otras legislaciones, como lo evidencia Bonnecase (1993) al expresar:

La institución del régimen matrimonial es susceptible de revestir formas variadas; es decir, existen varias clases de regímenes matrimoniales. La institución del régimen matrimonial no es uniforme, no consta de reglas preestablecidas necesariamente en el código mediante regímenes tipo y entre los cuales fatalmente deban escoger las partes: estas puede formular

⁴ Art. 1602. "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

⁵ Art. 1774. "A falta de pacto escrito se entenderá, por el mero hecho del matrimonio, contraída la sociedad conyugal con arreglo a las disposiciones de este título".

⁶ Art. 1771. "Se conocen con el nombre de capitulaciones matrimoniales las convenciones que celebran los esposos antes de contraer matrimonio, relativas a los bienes que aportan a él, y a las donaciones y concesiones que se quieran hacer el uno al otro, de presente o de futuro".

totalmente su propio régimen en los límites fijados por la ley, siendo esto lo que establece el artículo 1387 del código civil: “la ley sólo rige la sociedad conyugal en cuanto a los bienes, a falta de capitulaciones especiales, que los esposos pueden pactar como juzguen conveniente, a condición de que no sean contrarias a las buenas costumbres y a las modificaciones que siguen” (p. 363).

Se entiende que el régimen patrimonial del matrimonio es el conjunto de disposiciones legales y/o convencionales que regula la suerte de los bienes adquiridos antes, durante y una vez disuelta la sociedad conyugal, así como los derechos y obligaciones de los cónyuges con ocasión del ejercicio social.

Mientras que *“Tradicionalmente se ha llamado **sociedad conyugal o comunidad conyugal** a toda asociación de esfuerzos y de bienes de los cónyuges, tendientes a formar una masa común que se distribuirá entre ellos a la fecha de su disolución”* (Naranjo Ochoa, 1999, p. 317).

Al indagar de qué manera aparecen regulados los efectos económicos o patrimoniales del matrimonio en el régimen legal ordinario colombiano, se puede dar cuenta de una primera disposición, la contenida en el artículo 180 del Código Civil, modificado por el decreto 2820 de 1974, artículo 134, inciso 1º, que consagra una regla general para presumir: *“Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, según las reglas del título XXII, libro IV del Código Civil”*.

Con todo, es menester precisar que por excepción, en los siguientes casos, no es generada una sociedad de gananciales universales:

a. Cuando los esposos así lo han dispuesto mediante capitulaciones matrimoniales (Código Civil, 2014, Art. 1774);

b. En el evento del llamado “*matrimonio in extremis*”, cuando la muerte que se temía no ocurre dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la celebración, en cuyo caso “... *el matrimonio no surtirá efectos, si no se revalida observándose las formalidades legales*” (Código Civil, 2014, Art. 136, derogado parcialmente por la Ley 1564 de 2012 art. 626-a). Caso en el cual brota un contrato matrimonial válido, pero eficaz en la medida en que sea cumplida la condición consistente en sobrevenir la muerte que se temía en el plazo fijado. Es decir, como consecuencia de la ineficacia del negocio matrimonial no surge sociedad conyugal;

c. De los matrimonios celebrados en el extranjero, “... *a menos que de conformidad a las leyes bajo cuyo imperio se casaren se hallen sometidos a un régimen patrimonial diferente*”, art. 13 del Decreto 2820 de 1974.

Al punto proceden las siguientes observaciones:

La Corte Constitucional al ocuparse del examen de constitucionalidad del artículo 180 del Código Civil, significó:

(...) esta disposición trata de las consecuencias patrimoniales de la celebración del matrimonio en el exterior, es decir, de **las consecuencias patrimoniales de la adquisición del estado civil de casado en el exterior**, que han de producirse en Colombia. Desde otro punto de vista, **la misma se refiere a las obligaciones y derechos patrimoniales que nacen de las relaciones de familia**, respecto del cónyuge, en el caso del matrimonio contraído en el exterior que ha de tener efectos en Colombia.

Por consiguiente teniendo en cuenta el principio señalado de la aplicación de la ley personal, es necesario hacer una distinción: **si es un matrimonio entre nacionales colombianos o entre un nacional colombiano y un extranjero, como regla general debe aplicarse la ley civil colombiana,**

específicamente las normas sobre sociedad conyugal; por el contrario, si es un matrimonio entre extranjeros, por excepción no es aplicable la ley civil colombiana y se presume legalmente que rige la separación de bienes, lo cual pueden desvirtuar los contrayentes mediante la aportación de la prueba sobre sometimiento a otro régimen, conforme a las leyes del país de la celebración del mismo (Sentencia C-395 de 2002, p. 1536).

A su turno la Corte Suprema de Justicia consideró:

Ahora bien, al abordarse de nuevo la problemática que tiene como génesis la necesidad de fijar el alcance del inciso 2º del artículo 180 del Código Civil, la Corte encuentra que debe recogerse la doctrina plasmada en su sentencia de 6 de septiembre de 1966, ya que la interpretación armónica y teleológica de esa disposición, permite concluir que sólo cobija aquéllos matrimonios celebrados en el exterior, en los cuales participen extranjeros, por las razones que pasan a explicarse: (...)

(...)

En conclusión, la Corte reafirma la interpretación según la cual el inciso 2º del artículo 180 del Código Civil sólo se aplica a los matrimonios celebrados por extranjeros en el exterior, cuyos efectos se pretenden hacer surtir en Colombia, y por lo mismo, de la regla se excluyen los matrimonios entre colombianos que, en todo caso, siguen gobernados por las leyes nacionales (Villamil Portilla, 2011, p. 1537-1540).

d. Tampoco surgirá sociedad conyugal de aquellos matrimonios “... *en que la nulidad haya sido declarada con fundamento en lo dispuesto por el numeral 12 del artículo 140 de este código. En ese evento, no se forma*

*sociedad conyugal,...*⁷ (Código Civil, 2014, art. 1820-4, modificado Ley 1ª de 1976, art. 25). A menos que del anterior no haya surgido dicha sociedad o se encuentre, por lo menos, disuelta a la fecha de la celebración del ulterior matrimonio.

Luego, el artículo 1781 y s.s. de la codificación civil determina que la sociedad conyugal se nutre básicamente con los bienes adquiridos con causa social⁸, a título oneroso durante su vigencia y, los aportados a la misma por virtud del mandato legal o disposición capitular, amén de los frutos generados por los bienes sociales y propios de los cónyuges.

A partir de esta regla general la doctrina y la jurisprudencia, con apoyo en las disposiciones legales, avanzan para precisar la composición de la sociedad conyugal y al efecto distinguen: *el activo social*, que resulta de la sumatoria de los denominados “*haberes absoluto y relativo*”; *el pasivo social externo* (a favor de terceros); las “*recompensas*” o “*compensaciones*” (pasivo interno), todo lo cual contrasta con los denominados “*bienes propios*” (activos y pasivos) de cada cónyuge.

En punto de las atribuciones que asisten a los cónyuges sobre los bienes en la vigencia de la sociedad de gananciales, el artículo 1 de la ley 28 de 1932 dispone:

Durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración 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

⁷ C.C. art 140. “El matrimonio es nulo y sin efecto en los casos siguientes:
(...)

12) Cuando respecto del hombre o de la mujer, o de ambos estuviere subsistente el vínculo de un matrimonio anterior.”;

⁸ C.C. art. 1792. “La especie adquirida durante la sociedad no pertenece a ella aunque se haya adquirido a título oneroso, cuando la causa o título de la adquisición ha precedido a ella”.

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.

Y a manera de colofón, el canon 1830 de la codificación citada, tasa paritariamente el derecho sobre los gananciales, al disponer: *“Ejecutadas las antedichas deducciones, el residuo se dividirá por mitad entre los dos cónyuges”*.

De lo anotado se desprende que la sociedad conyugal, con todo y que como norma general nace por mandato de ley, automáticamente y con ocasión de la celebración del matrimonio, no constituye un ente jurídico con personería propia, no conforma una masa indivisa de bienes y la participación de los cónyuges en los gananciales universales es paritaria, todo lo cual le imprime un carácter especial, propio.

La construcción de una teoría general en materia de la sociedad conyugal exige de la concurrencia de los siguientes elementos: a. Existencia de un matrimonio; b. Eficacia del vínculo; c. Proyecto de vida en común. Lo que se explica de la siguiente manera:

a. Como ya quedó dicho, el contrato de matrimonio se perfecciona con la manifestación de voluntad de los esposos ante el funcionario competente y con apego a las solemnidades determinadas en la ley.

A pesar de que en el derecho civil colombiano se carece de una teoría legal de la inexistencia del negocio matrimonial, la doctrina y la jurisprudencia tradicionales han apuntado que el matrimonio no es tal cuando lo intenta una pareja homosexual o cuando el hombre y la mujer no concurren ante el juez o

el notario público para celebrarlo, por lo que el acto resulta sencillamente tentado y consiguientemente no produce efectos jurídicos propios. No genera sociedad conyugal alguna.

Es del caso hacer notar que con ocasión de la sentencia C-577 de 2011, ya referenciada, se ha dado pábulo a la celebración de los denominados “*matrimonios entre parejas del mismo sexo*”, algunos de ellos atacados mediante el ejercicio de la acción de tutela que a la postre han sido desestimadas por falta de legitimación en la causa por activa y sin haberse ocupado del asunto sustantivo⁹, mismas que fueron remitidas a la Corte Constitución para la eventual revisión y sin que hasta el momento se conozca su pronunciamiento. En el entre tanto y en la medida en que los “*vínculos contractuales*”¹⁰ solemnizados ante los jueces y notarios perduren y tengan la consistencia de un matrimonio, producirán los efectos que la ley le atribuye a este y en consecuencia procederían las consideraciones que en este trabajo son apuntadas;

b. Decir de la eficacia del matrimonio supone predicar la existencia del acto, para a partir de allí atribuirle real capacidad productora de los efectos jurídicos propios del mismo. Es lo que normalmente ocurre con las parejas heterosexuales que concurren ante el juez o el notario, para con el lleno de las exigencias de ley expresar el consentimiento matrimonial. Entonces el acto podrá dar pábulo al surgimiento de la sociedad conyugal.

Pero es menester hacer notar que la eficacia va más allá de la simple

⁹ Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil de Decisión, veintitrés (23) de octubre de dos mil trece (2013), magistrado ponente Álvaro Fernando García Restrepo; Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala Civil Familia, catorce (14) de noviembre de dos mil trece (2013), magistrado ponente Jaime Londoño Salazar;

¹⁰ Cfr. Sentencia C-577 de 2011. “**QUINTO.**- Si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual.”

validez, es decir, que puede ocurrir un matrimonio válido pero ineficaz, como es el caso del llamado “*matrimonio en estado de necesidad*” o “*in extremis*”, en el cual si la muerte que se temía no ocurre dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la celebración y no es revalidado con observancia de las formalidades de ley “*el matrimonio no surtirá efectos*”¹¹. Es claro que por la ocurrencia de la circunstancia especial, el inminente peligro de muerte, el juez puede omitir algunas solemnidades de ley, lo que no constituye óbice para la validez del contrato, pero si para la eficacia, y por ello no genera sociedad conyugal;

c. Los contrayentes obran movidos por unas mismas visión y misión, alentados por el anhelo de fundar una familia, suplir las necesidades individuales y familiares de manera cabal y oportuna, generar bienestar, en fin, construir un proyecto de vida en común, lo que implica el cumplimiento de las obligaciones patrimoniales y extra patrimoniales derivadas del acto matrimonial, todo lo cual se entiende como fundamento esencial al surgimiento de la sociedad conyugal y se concreta con el aporte de recursos materiales e inmateriales que permitan alcanzar tales metas.

A la luz de la teoría general del negocio jurídico se tiene que el matrimonio es un contrato bilateral, lo que, de un lado, traduce la necesaria concurrencia de dos partes, y, del otro, el surgimiento de derechos y obligaciones que radican en cada uno de los sujetos y obran de manera recíproca. Para el caso constituyen pilar fundamental de la sociedad conyugal.

¹¹ Art. 136 C.C., versión artículo 626 de la Ley 1564 de 2012. “Cuando alguno de los contrayentes o ambos estuvieren en inminente peligro de muerte, podrá procederse a la celebración del matrimonio, siempre que los contrayentes justifiquen que no se hallan en ninguno de los casos del artículo 140. Pero si pasados cuarenta días no hubiere acontecido la muerte que se temía, el matrimonio no surtirá efectos, si no se revalida observándose las formalidades legales.”.

Justamente en ese sentido se proyecta el discurso del transcrito artículo 113 del estatuto civil, cuando señala que uno de los fines del matrimonio es el de “*auxiliarse mutuamente*”, lo que se concreta en la ayuda y socorro mutuos.

La ayuda, dice del acompañamiento, los cuidados, el apoyo, la solidaridad, el auxilio físico, espiritual y moral que permanentemente se deben prodigar marido y mujer, cuyo incumplimiento grave e injustificado da lugar al divorcio, las separaciones de cuerpos o de bienes según el Código Civil (arts. 154 y ss., 165 y ss., y 197 y ss.).

Por su parte, el socorro tiene la consistencia de la relación legal alimentaria, necesariamente con calado económico y pesa tanto sobre cada cónyuge, así lo dispone el artículo 411-1¹² de la obra citada, como sobre la sociedad conyugal, pues, es suyo el “*mantenimiento de los cónyuges*” (art. 1796-5⁰)¹³. En todo caso asume la naturaleza de una obligación civil y cada acreedor podrá exigir el pago de la prestación, al tiempo que el reclamado está facultado para oponer resistencia (art. 1527)¹⁴.

Se reitera, la suma de los elementos antes dichos permiten que obre la regla general para presumir el surgimiento de la sociedad conyugal con ocasión del matrimonio civil o religioso y que broten a favor de los cónyuges los derechos paritarios sobre los gananciales.

¹² Art. 411 “Se deben alimentos:

¹⁰) Al cónyuge;

(...)”.

¹³ Art- 1796-5: “La sociedad conyugal es obligada al pago:

(...)”.

⁵⁰) Del mantenimiento de los cónyuges; del mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes, y de toda otra carga de familia.

(...)”.

¹⁴ Art. 1527: “Las obligaciones son civiles o meramente naturales.

Civiles son aquéllas que dan derecho para exigir su cumplimiento.

(...)”.

A contrario sensu, cuando no hay comunidad de vida, al punto que cada uno de los cónyuges adopta sus propias misión y visión, y se llega al extremo de ocurrir el abandono injustificado en el cumplimiento de las obligaciones de cónyuge y padre, se genera una situación no sólo anómala, sino enteramente contraria a la teoría del negocio jurídico, que no puede merecer ninguna tutela y consiguientemente excluye la aplicación de la norma general y por ende debe ser negada toda pretensión sobre la masa de bienes sociales formulada por el incumplido, como que de tal matrimonio no surgió ninguna sociedad conyugal. Todo lo cual permitiría la aplicación de la sanción inherente al incumplimiento de los contratos, que para el caso se haría consistir en la posibilidad de obtener el decreto de divorcio, separación de cuerpos o de bienes, de conformidad con las conveniencias del actor, que en todo caso atraería a disolución conyugal (Ley 25 de 1992 art. 6-2)¹⁵

4. Ausencia de aportes e incumplimiento de obligaciones matrimoniales

De lo que se viene de anotar procede preguntar: ¿Basta con ostentar el título de cónyuge para obtener el derecho al cincuenta por ciento (50%) de los gananciales, sin detenerse a precisar si es necesario hacer aportes, cumplir con las obligaciones de tal y propiciar los fines del matrimonio?

De ser así, se tendría que el cónyuge podría abstenerse de hacer todo tipo de aporte, abandonar el cumplimiento de sus obligaciones maritales y de padre, frustrar los fines del matrimonio, y, con todo, tendría derecho a reclamar y percibir, en cualquier tiempo, una cuota igual a la que le

¹⁵ Son causales de divorcio:

(..)

2) El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres.

correspondería a aquél que, a pesar de su pareja, forjó todos los activos, que si cumplió cabal y oportunamente con sus deberes. Situación que en nuestro medio ocurre con una frecuencia inusitada, no solo al interior de los llamados matrimonios simulados, sino también de los reales.

La carencia de una disposición de ley que expresamente regule el asunto, plantea la disyuntiva entre la ocurrencia de un vacío en la legislación colombiana o la franca contradicción con la bilateralidad del contrato matrimonial, en cuanto se afirma que “... es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente” (C. C. art. 113), que aparentemente excluye toda posibilidad de recurrir a las formas, argumentos, medios y métodos de interpretación, que hagan viable la integración sistémica del ordenamiento jurídico, con lo que se le rendiría tributo a la llamada “*plenitud hermética del derecho*” y de paso proporcionaría solución a tan inequitativa situación.

Sin embargo, no se conoce de la estructuración de una teoría doctrinal o jurisprudencial que se haya interesado en el tema, y menos de una iniciativa legal que regule de manera expresa tales comportamientos. Lo que se advierte es que la falta de interés en ocuparse del asunto da pábulo a la ocurrencia de pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales a favor del cónyuge que no hizo aportes, que se sustrajo a la ayuda y el socorro, incumplido, que provocó una separación de hecho, quien resulta adjudicatario de la cuota plena de gananciales, lo cual es enojoso, hartó injusto y contrario a Derecho en sentido estricto.

Estado de cosas que provoca comportamientos deleznable tendientes a la “protección” de los intereses individuales, como las simulaciones y el ocultamiento ilícito de bienes, con lo cual el cónyuge que procede de tal manera queda expuesto a la gravísima sanción que consagra el artículo

1824¹⁶ del Estatuto Civil, consistente en la restitución doblada del bien sustraído dolosamente y la pérdida de todo derecho en él.

Desde lo práctico, el problema, nos pone ante la encrucijada de reconocer derecho a los cónyuges que nada han aportado o proteger los derechos del industrioso que todo lo ha puesto, *“hasta el alma”*, y, desde luego, todo esto, obra como elemento de referencia que sopesan las parejas de cara a optar entre la celebración del matrimonio y la consiguiente sociedad conyugal o la constitución de una unión marital de hecho con sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, que exige de aportes, como que sólo pertenecen a dicha sociedad **los bienes “producto del trabajo, ayuda y socorro mutuos”**, según lo estatuye el art. 3 de la ley 54 de 1990¹⁷, con lo que se le presta flaco servicio al matrimonio, tan caro a los intereses de algunos sectores de la nación colombiana.

A la luz de las teorías del negocio jurídico y la causa, resulta válido preguntar: ¿Para la formación de la sociedad conyugal es menester realizar aportes que, por lo menos, sean el fruto del trabajo, ayuda y socorro mutuos? ¿Cuál es el derecho que asiste al cónyuge que nada aporta o que se sustrae al cumplimiento de sus obligaciones?

Si se tiene que el matrimonio es un acto jurídico bilateral que no se ha desprendido de la teoría de la causa, la hipótesis que se plantea como alternativa de solución, es la de que la sociedad conyugal se presume de

¹⁶ Art. 1824 C.C. “Aquel de los cónyuges o sus herederos, que dolosamente hubiere ocultado o distraído alguna cosa de la sociedad, perderá su porción en la misma cosa, y será obligado a restituirla doblada”.

¹⁷ Ley 54 de 1990, art. 3: “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”.

hecho, surge y se nutre de los aportes que hacen los cónyuges y por ello el derecho a gananciales ha de estar condicionado por la ocurrencia de aquellos.

No resulta técnico, ni lógico aplicar reglas generales, propias de situaciones normales, como las que dicen del trabajo, socorro y ayuda mutuos como fines del vínculo (Código Civil, 2014, Art. 113) y del surgimiento de la sociedad conyugal como consecuencia obligada (Código Civil, 2014, Art. 180), a situaciones que verdaderamente resultan, en cuanto anómalas y arbitrarias, contrarias de hecho y de derecho a tales preceptos. Tal manera de proceder terminaría por privilegiar la violación de principios elementales para permitir que el trasgresor derive beneficio de la propia culpa, como que en todo caso *“ejecutadas las antedichas deducciones, el residuo se dividirá por mitad entre los dos cónyuges”*, según lo dispone el artículo 1830 del Código Civil Colombiano.

Y es que, por otra parte, los factores histórico, cultural y económico que informaron la expedición del artículo 1830 en comento, que permitían considerar a la sociedad conyugal como un fondo de solidaridad familiar, ordinariamente nutrido por los aportes del marido, han sido claramente superados, pues, la mujer no solo ha reivindicado la capacidad jurídica, sino que, además, al incursionar en el mercado laboral se ha convertido en una persona económicamente activa, de suyo productiva e independiente de su cónyuge, con lo que la dicha sociedad recibe aportes del marido y la mujer y es fuente de riqueza que supera la esfera de lo personal, para trascender a la economía nacional.

En ese orden de ideas es menester hacer una interpretación de las normas vigentes a la luz de la *evolución científica del derecho*, para ponerlas a tono con las nuevas manifestaciones de los hechos, la familia y la sociedad.

Ese es el reto de la judicatura, la universidad y en fin, de los estudiosos del derecho.

La construcción de una teoría generada por la libre investigación científica del derecho y eventualmente la expedición de una disposición que regule el tema, que ponga coto a la situación anómala denunciada, ha de tener como sustento los siguientes antecedentes:

Si nos remontamos a la génesis del asunto, nos encontramos con que Suárez Franco, (2006), afirma:

El sistema de gananciales parece haber sido de muy antigua raigambre española; precisamente su origen se le atribuye al ya nombrado Fuero Juzgo. Los gananciales no comprendían sino las ganancias y adquisiciones hechas durante el matrimonio; las ganancias se estimaban en proporción a los aportes de cada cónyuge; la mujer adquiría su cuota de gananciales, ya sobreviviera a su marido, ya muriera antes que el marido.

El criterio para distribuir los gananciales era el de proporcionalidad con los bienes de cada cónyuge; este criterio fue cambiado por la ley de Castilla, que vino a establecer la división por mitad, no obstante que en León (siglo XV) la división fue proporcional; con todo, los códigos posteriores, como el Fuero Viejo de Castilla, el Fuero Real y el Especulo siguieron al ordenamiento de Castilla (p. 248).

Valencia Zea (1983), al ocuparse de establecer los efectos de la separación de hecho, hace reminiscencia de una sentencia del Tribunal Superior de Medellín, del 2 de octubre de 1978, pronunciada en el proceso ordinario de Ana Francisca Agudelo de Mejía contra Conrado Mejía

Barreneche y otros - no publicada -¹⁸ y precisó al respecto:

La sociedad conyugal es el vínculo patrimonial entre los esposos y tiene su fundamento en la comunidad de vida, en el socorro y ayuda mutua, vale decir, en el cabal cumplimiento de las obligaciones propias de su estado; si tales deberes dejan de cumplirse, prolongándose por mucho tiempo esa situación, carece del soporte la comunidad de gananciales y en justicia puede decirse que los bienes adquiridos en esta etapa ya no ingresan al haber social sino al propio de quien los obtiene con su exclusivo esfuerzo (p. 213).

Agrega el autor:

La doctrina actual acepta esta jurisprudencia del Tribunal Superior de Medellín y rechaza la propuesta por la Corte Suprema de Justicia por ser contraria a elementales dictados de equidad. En la ley no se encuentra todo el derecho. Cuando el art. 1820 del C.C. enumera las causales de disolución de la sociedad conyugal, pasó en silencio la separación de hecho, con lo cual se acusa un vacío de la ley. El art. 8º de la ley 153 de 1887 prevé el silencio de la ley y ordena aplicar al caso la analogía y los principios generales del derecho. Finalmente la tesis de la Corte es contraria a la propia naturaleza y esencia de la sociedad conyugal, la que supone siempre la vida en común de los casados.

El art. 1471 del Proyecto de Código de Derecho Privado estatuye que el cónyuge que abandone el hogar durante un año antes de la disolución de la sociedad, *“o hubiere faltado a la obligación de fidelidad debidamente comprobada, o hubiere cometido atentado grave contra la vida o integridad del otro, perderá el derecho a reclamar los gananciales que resultaren de la administración del cónyuge ofendido...”*.

¹⁸ El rastreo efectuado no da cuenta de precedentes similares en la jurisprudencia nacional;

Y más concretamente el artículo 1472 del mismo Proyecto estatuye. *“La sociedad conyugal se disolverá si se acreditare que durante dos o más de dos años han vivido separados de hecho. Por tanto, ninguno de los cónyuges participará en los gananciales adquiridos por el otro durante la separación (Valencia Zea, 1983, p. 331).*

En relación con el derecho comparado, el señalado profesor da cuenta de las siguientes referencias:

a) En Argentina:

Para dar una solución justa a estos casos la doctrina elaboró la tesis de que la separación de hecho disuelve la sociedad conyugal; la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires adhirió en 1928 a esta postura, advirtiendo que la petición de gananciales implicaba un enriquecimiento injusto, pues se pedía la adjudicación de bienes en cuya adquisición no se había participado (Kemelmajer de Carlucci, citado por Valencia Zea, 1983, p. 213).

Posteriormente la doctrina limitó la anterior tesis al afirmar que la sociedad conyugal se disuelve sólo para el cónyuge que hubiere dado lugar a la separación, no para el inocente. Intervino el legislador y adoptó esta doctrina por la ley 17.711 de 1968 (que dio una nueva red. al art. 1306 del C.C. argentino) al prescribir: “producida la separación de hecho de los cónyuges, el que fuere culpable no tiene derecho a participar en los bienes gananciales que con posterioridad a la separación aumentaron el patrimonio del no culpable”.

b) En la legislación alemana:

El activo de la nueva sociedad conyugal se integra con los excedentes que existan entre el patrimonio inicial y el patrimonio final (§1373 red. de la ley de 1957). Patrimonio inicial es el de cada cónyuge en el momento del matrimonio, al que se une lo que adquieren durante el régimen a título de herencia, donación o legado (§1374, red. de la ley de 1957). *Patrimonio final* es el poseído por los cónyuges el día de la disolución de la sociedad (§1375, red de la ley de 1957)” (Valencia Zea, 1983, p. 329).

Una norma realmente interesante de la nueva ley alemana es la contenida en la nueva redacción dada al § 1381: “el deudor puede rehusar el cumplimiento del crédito de compensación si según las circunstancias el pago del mismo resultare notablemente inicuo”.

Una grave iniquidad puede resultar si el cónyuge que ha realizado el excedente menor, no ha cumplido culposamente durante largo tiempo las obligaciones económicas resultantes de las relaciones matrimoniales” (Valencia Zea, 1983, p. 330);

c) En los países socialistas soviéticos, el Código de la Familia, de 1926, estableció en el art. 10 que “el patrimonio adquirido por marido y mujer durante el matrimonio es considerado como un patrimonio común de los cónyuges. En caso de controversia, el tribunal decidirá la parte que corresponda a cada uno de los cónyuges” (Valencia Zea, 1983, p. 334);

d) “Según el nuevo Código de la Familia Polaco, de 1950, el matrimonio crea entre los cónyuges una comunidad de gananciales, (...). Cuando termina la sociedad, los bienes comunes se dividen por partes iguales entre marido y mujer; pero

el cónyuge por cuya culpa ha sido pronunciado el divorcio, puede, a petición del otro, ser privado total o parcialmente de su cuota en el patrimonio común si no ha contribuido o solo ha contribuido de modo insignificante a la constitución de ese patrimonio (Valencia Zea, 1983, p. 335).

En otras legislaciones encontramos las siguientes referencias:

El Código de Familia de Costa Rica (1974), dispone: “*Artículo 41: (...). Únicamente no son gananciales los siguientes bienes, sobre los cuales no existe el derecho de participación.*

(...)

5. *Los adquiridos durante la separación de hecho de los cónyuges”.*

En el Perú, el Código Civil dispone en el artículo 204.- *“En caso de separación de hecho se suspende para el cónyuge culpable el derecho a gananciales durante el tiempo de la separación”* (Código Civil Peruano, 1936, Art. 204)

La jurisprudencia argentina se ha pronunciado para significar:

Si bien la sentencia de divorcio produce la disolución de la sociedad conyugal con efecto al día de la notificación de la demanda (art. 1306, primer párrafo, Cód. Civil), habida cuenta que el divorcio por presentación conjunta tramitado conforme el art. 67 bis de la ley 2393 -como es el de autos- tiene los mismos efectos que el decretado por culpa de ambos cónyuges, no existe razón de orden público que impida acceder a la petición de uno de los cónyuges en el sentido de que en este proceso se declare la disolución de la sociedad conyugal con retroactividad a la fecha en que se produjo la separación de hecho y, consecuentemente, que los cónyuges no tienen derecho a participar en los bienes adquiridos por el otro desde la fecha de separación (Doctrina de los arts.1306, tercer párrafo, y 3575, Cód. Civil). (CNCiv., Sala B, 13/4/82, LL 1982-D-419) (<http://upauderecho2.blogspot.com/2008/08>).

Exclusivamente el cónyuge no culpable tiene derecho a participar en los bienes gananciales adquiridos después de la separación de hecho. Si hay culpabilidad recíproca, como cuando luego del abandono del hogar conyugal por uno de los cónyuges han roto ambos la fidelidad conyugal uniendo sus vidas con terceros, ninguno puede aprovechar los aumentos gananciales posteriores a la separación (CNCiv., Sala C, 29/4/82, LL 1982-D-419) (<http://upauderecho2.blogspot.com/2008/08>).

El art. 1271 del Cód. Civil se refiere al momento de la disolución de la sociedad conyugal y, a través de su doctrina, se pone a cargo de quien invoque el carácter propio de un bien la prueba de ello. Pero si lo que se debate no es la calidad de ganancial o propio de los bienes, sino el derecho

de la actora, culpable de la separación de hecho, para participar en los gananciales que hubiere adquirido el marido, resulta aplicable la norma del art. 1306 del Cód. citado (CNCiv., Sala E, 8/4/81, LL 1981-C-483) (<http://upauderecho2.blogspot.com/2008/08>).

Si bien todo acto de disposición de cualquier bien ganancial por el cónyuge equivale a una liquidación parcial del acervo, no hay que confundir y asimilar la disolución de la sociedad conyugal con el asentimiento para la venta de los gananciales, ya que la ley no autoriza a disolverla por otros medios diversos de los que ella establece, y si bien puede haber separación de hecho de los esposos, la comunidad de gananciales en favor del inocente, no cesa por esa circunstancia y los bienes que adquiriera el culpable de la separación se siguen incorporando a la sociedad conyugal en beneficio del primero (art. 1306, Cód. Civil). (CNCiv., Sala G, 23/2/81, LL 1981-C-208). (<http://upauderecho2.blogspot.com/2008/08>)

De lo anotado, claramente se desprende que aunque en las diversas legislaciones se ha tenido a la sociedad conyugal como un efecto natural del matrimonio, su constitución exige del cumplimiento de las obligaciones que recíprocamente pesan sobre los cónyuges, de la verdadera ocurrencia de una comunidad de vida, nutrida con los bienes fruto del trabajo, la ayuda y el socorro mutuos y consiguientemente no se privilegia al cónyuge que nada aporta, se le hace producir efectos jurídicos al abandono de las obligaciones para provocar la disolución de la sociedad, y en tal sentido establecer la proporcionalidad al momento de la disolución o negarle todo derecho sobre las adquisiciones ocurridas durante la época de la separación de hecho. Evidentemente tales criterios consultan de manera más adecuada, justa y equitativa, lo que debe ser el régimen legal patrimonial del matrimonio.

En lo doméstico, el régimen legal de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes constituye un referente importante y bien vale la pena destacar:

a. Como regla general sólo algunas uniones maritales de hecho generan sociedad patrimonial entre compañeros permanentes: las singulares y permanentes, ley 54 de 1990, art. 2;

b. Esta se nutre, exclusivamente, con los bienes que sean “*producto del trabajo, ayuda y socorro mutuos*” y sean adquiridos durante la vigencia de la sociedad o por una causa social, art. 3 ib.;

c. Contrastantemente son propios: (i) los bienes adquiridos a título gratuito (donación, herencia o legado); (ii) los adquiridos antes o por una causa anterior al surgimiento de la unión marital de hecho; (iii) los adquiridos con independencia del trabajo, ayuda y socorro mutuos, art. 3, parágrafo ib.;

d. Adicionalmente aparece consagrada como causal suficiente para dar por disuelta la sociedad patrimonial “*la separación física y definitiva de los compañeros*”;

e. Para el ejercicio de las acciones de disolución y liquidación de la sociedad patrimonial se cuenta con un año, contado a partir de la separación física y definitiva, del matrimonio con terceros o de la muerte de uno o ambos compañeros, al cabo del cual opera la “*prescripción*” [caducidad] de la acción, art. 8 ib.;

Finalmente, es del caso hacer notar cómo la sociedad conyugal ha sido utilizada como un mecanismo generador de opciones económicas para

algunos personajes que ven en ella y en el matrimonio una oportunidad de obtener lucro a cambio fementidas manifestaciones de aprecio y consideración, con lo que la mezquindad viene a enrarecer el ambiente doméstico.

5. Conclusiones y recomendaciones

Mientras es producida una disposición de ley que regule el tema de manera explícita, se aboga por asumir que la norma consagrada en el artículo 180 del estatuto civil tiene la consistencia de una regla general, contentiva de una presunción simplemente legal, cuya aplicación supone una comunidad de vida, que los cónyuges participen de unas mismas visión y misión matrimoniales, cumplan con sus obligaciones de tales y que el trabajo, la ayuda y el socorro mutuos constituyan el supuesto esencial para nutrir la sociedad conyugal.

Consiguientemente, en los casos anómalos, que trasgreden los supuestos dichos, como los que ocurren al interior de aquellos matrimonios en los que los cónyuges se sustraen al cumplimiento de sus obligaciones, no tributan a la sociedad conyugal, producen separaciones de hecho injustificadas y pretenden hacer aprovechamiento indebido de la industria del otro, les debe ser negado todo derecho en los bienes activos adquiridos por el otro.

Pretender una solución a tal situación que con desparpajo aflora, desde la óptica de la teoría del negocio jurídico aproxima el empleo de mecanismos de defensa como la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*), consagrada en el artículo 1609¹⁹ del estatuto sustantivo civil, como que *“es manifiestamente contrario a la equidad y a la buena fe que debe presidir la ejecución de todo acto jurídico (art. 1603), el que en tales contratos una de las parte use, o mejor, abuse de las acciones que la ley le otorga, para pretender que la otra parte cumpla, sin que ella, a su vez, haya cumplido ni manifieste su disposición de cumplir las obligaciones de su cargo”*

¹⁹ C.C. art. 1609. “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en forma y tiempo debidos”.

(Ospina Fernández & Ospina Acosta, 2000, p. 589).

De igual manera, si se estima que la sociedad conyugal es el fruto de la comunidad de vida, lo que supone trabajo, ayuda y socorro mutuos, y no simplemente de la celebración del matrimonio, se recomienda echar mano de la teoría del enriquecimiento sin causa, como que el cónyuge que reclama participación en la riqueza que no contribuyó a crear se está apoderando de lo que no le pertenece, en la medida en que la situación escaparía al contenido del artículo 180 del Código Civil, que sólo sería aplicable a situaciones regulares, propias de la comunidad de vida en estricto sentido.

Además, es del caso tener en cuenta el mandato del artículo 95-1 de la Constitución Nacional que impone la obligación de *“respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”*, con lo que se pondría coto a la aspiración del cónyuge a una cuota sobre los bienes adquiridos por el otro durante separación de hecho provocada arbitrariamente por él.

Por otra parte, para evitar los riesgos que evidentemente comporta el someter el asunto a la contingencia de los fallos judiciales, es recomendable la utilización de las capitulaciones matrimoniales, un instrumento regulado por la ley vigente (Código Civil Colombiano art. 1771 y ss.), que permite exigir aportes, establecer la distribución proporcional de los gananciales, establecer sanciones económicas para quien incumpla con lo pactado, hasta impedir el surgimiento de la sociedad conyugal²⁰, entre otras alternativas.

Finalmente, no escapa a este trabajo de investigación proponer una reforma sustancial del régimen patrimonial del matrimonio, para establecer una inversión de la ecuación legal que hoy rige el tema, y consiguientemente consagrar que del matrimonio no surgirá una sociedad conyugal a menos que

²⁰ Art. 1774. “A falta de pacto escrito se entenderá, por el mero hecho del matrimonio, contraída la sociedad conyugal con arreglo a las disposiciones de este título”.

los contrayentes así lo dispongan expresamente. Es decir, que el régimen legal que regule las manifestaciones económicas del matrimonio presuma la inexistencia de la sociedad conyugal, lo que podría ser desvirtuado mediante disposición en contrario establecida en las capitulaciones matrimoniales, fruto de la reflexión y deliberación propia de los esposos sobre el tema.

Referencias bibliográficas

Unión para la Apertura Universitaria –Derecho-. (2008). *Derecho de familia*. Recuperado el 3 de noviembre de 2012 de <http://derecho2.blogspot.com/2008/08/sociedad-conyugal-separacion-de-hecho.html>

Bonnecase, J. (1993). *Tratado elemental de derecho civil*. México. Harla.

Champeau, E. & Uribe, A. (1899). *Tratado de derecho civil colombiano*. Tomo I. Paris: Laguerre.

Código Civil Argentino. (1876). Recuperado el 3 de noviembre de 2012 de www.codigocivilonline.com.ar/

Código Civil Colombiano. (2014). Librería Jurídica Snáchez R. Ltda. Medellín.

Código Civil de Perú. (1936). Recuperado el 3 de noviembre de 2012 de www.notarioslalibertad.org/.../Codigo_civil_de_1936.pdf - Perú

Código de Familia de Costa Rica. (1974). Recuperado el 3 de noviembre de 2012 de www.iin.oea.org/badaj_v/docs/lcofcr74.htm

Colombia. Corte Constitucional. (2002). M.P. *Jaime Araújo Rentería*.
(*Sentencia C-395 de 2002*). Bogotá: s.n.

Colombia. Corte Constitucional. (2011). M.P. *Eduardo Mendoza Martelo*.
(*Sentencia C-577*). Bogotá: s.n.

Diez Picazo, L. (1980). *Estudios de derecho privado*. Madrid: Civitas.

Jurisprudencia y Doctrina. (2011). *Número 477*. Bogotá: Legis.

Kemelmajer de Carlucci, A. (1978). *Separación de hecho entre cónyuges*.
Buenos Aires: Astrea.

Manrique Reyes, A. (1991). *La constitución de la nueva Colombia*. Santiago
de Cali: Presencia.

Naranjo Ochoa, F. (1999). *Derecho civil- personas y familia*, 8a. ed. Medellín:
Librería Jurídica Sánchez R.

Ospina Fernández, G. & Ospina Acosta, E. (2000). *Teoría general del contrato
y del negocio jurídico*, 6a. ed. Bogotá: Temis.

Rotondi, M. (1953). *Instituciones de derecho privado*. Barcelona: Labor.

Sentencia de Casación Civil del 29 de julio de dos mil once, expediente
25286-3184-001-2007-00152-01. M.P. *Edgardo Villamil Portilla*.
Jurisprudencia y doctrina, número 477. Bogotá: Legis.

Suárez Franco, R. (2006). *Derecho de familia*, 9a. ed. Bogotá: Temis.

Valencia Restrepo, H. (2003). *Las tres grandes teorías generales del derecho (Lo mínimo que se debe saber sobre el derecho)*. Medellín: Señal Editora.

Valencia Restrepo, H. (2007). *Código civil colombiano*, 6a. ed. Medellín: Librería Jurídica Comlibros.

Valencia Zea, A. (1983). *Derecho Civil- derecho de familia*, 5ª. ed. Tomo V. Bogotá: Temis.